

Revue de droit d'Assas

Nº 30 Nov. 2025

Numéro spécial
30^e parution

Guillaume Blanc-Jouvan
Julien Boisson
Stéphane Braconnier
Charles-Édouard Bucher
Marie Caffin-Moi
Anne Caron-Déglise
Marie-Laure Coquelet
Maxime Cormier
Édouard Dubout
Thibaut Fleury Graff
Léna Gannagé
Julia Heinich
Éloi Krebs

**Un article,
une réforme**

Pauline Le Monnier de Gouville
Laurent Leveneur
Haritini Matsopoulou
Sabine Mazeaud-Leveneur
Ludovic Pailler
Matthieu Poumarède
Dominique Rousseau
François Saint-Bonnet
Bertrand Seiller
Philippe le Tourneau
Antoine Touzain
Muriel Ubéda-Saillard
Agathe Van Lang

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
La Grande Arche – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

Lextenso

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

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Loïc Bréhin et Nicolas Chapalin

Comité de rédaction :

Lucile Agostini-Malaury, Fanny Amate,

Clara Amsallem, Pierre Barthélémy,

Dana Belgacimi, Mélinda Benhaiem,

Tristan Berthoumieux, Jan Borrego Stepniewski,

Alexandre Breteau, Claire Cambillau,

Mathilde Codazzi, Sabine Cornillat, Camille David,

Marylou Fourdrain, Clément Gaubard,

Gérôme Legros, Éloïse Le Hénaff,

Ariane Leimdorfer, Victoire Ohannessian,

Trestan Planquais, Théophile Rospars,

Victor Simon, Samuel Vétier et Sarah Vivat

Comité de rédaction en chef :
Stanislas Julien-Steffens, Coline Mayaudon
et Geoffrey Perrier

Chargés de la diffusion :
Gérôme Legros et Zoé Morlan

Chargé du financement :
Rémi Adam

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 30, novembre 2025, p. X

En ligne : www.assas-universite.fr/revue-droit-dassas

Revue de droit d'Assas

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Niki Aloupi,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut des hautes études
internationales

Denis Baranger,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut Michel Villey

François Blanc,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Centre de recherches
en droit administratif

Thierry Bonneau,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut de droit comparé de Paris

Guillaume Boudou,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale d'histoire,
philosophie et sociologie du droit (ED8)

Jean-François Cesaro,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale
de droit privé (ED6),
Co-directeur du Laboratoire de droit social

Emmanuelle Chevreau,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut d'histoire du droit –
Jean Gaudemet

Claudine Desrieux,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherches en économie
et droit

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale
Georges Vedel (ED7)

France Drummond,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut de recherche
en droit des affaires de Paris

Dominique Fenouillet,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directrice du Laboratoire de sociologie
juridique

Olivier de Frouville,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Centre de recherche sur les droits
de l'homme et le droit humanitaire

Léna Gannagé,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherche de droit
international privé et du commerce international

Yves Gaudemet,

Membre de l'Institut,
Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Thomas Genicon,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directeur du Laboratoire de sociologie
juridique

Cécile Guérin-Bargues,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Vice-présidente en charge de la recherche

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Julien Icard,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directeur du Laboratoire de droit social

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,

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

Martine Lombard,

Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Ancien directeur scientifique de la Revue

Fabrice Picod,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École de droit international,
droit européen, relations internationales
et droit comparé (ED9),
Directeur du Centre de droit européen

Didier Rebut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut de criminologie
et de droit pénal de Paris

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Louis Vogel,

Membre de l'Institut,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Président honoraire de l'Université

Quelques mots de la rédaction en chef

Loïc Bréhin et Nicolas Chapalin

Il est des instants où le temps semble suspendre son cours, non pour s'immobiliser, mais pour offrir, à qui veut bien le saisir, une perspective plus vaste. La parution de ce trentième numéro, marquant les quinze années de la *Revue de droit d'Assas*, est de ceux-là : elle marque un moment de transmission où le passé se donne à voir, le présent s'affirme et l'avenir s'ouvre.

Quinze années, depuis la fondation de la *Revue* par les professeurs Nicolas Balat et Étienne Casimir, alors doctorants, sous la supervision du professeur Denis Mazeaud, ont bâti un pont invisible entre le passé et l'avenir de la pensée juridique. Les propositions de réforme, recueillies dans ce numéro anniversaire, en jalonnent la traversée : elles relient ce qui a été pensé aux perspectives qu'il reste à explorer. Chaque contribution se présente ainsi sous les traits d'un exercice libre de législation auquel les auteurs – qu'ils en soient ici remerciés – ont bien voulu se risquer. Ici un processus épuré, là une garantie redessinée, ailleurs une vigilance accrue aux droits fondamentaux, partout l'ambition mesurée d'aligner la norme sur la justice qu'elle prétend servir. Les vingt-deux contributions qui composent ce dossier spécial, aussi riches qu'inventives, révèlent que réformer n'est pas céder artificiellement au goût du neuf, mais rendre au droit sa capacité à répondre, sans renier son héritage, aux défis du temps présent.

Le jeu entre continuité et réformes, au cœur de ce numéro anniversaire, gagne jusqu'au conseil scientifique de la *Revue*, largement enrichi à cette occasion. Il lui appartient, non de figer quelque tradition, mais de l'animer, la transmettre et l'enrichir. En accueillant dix-sept nouveaux membres, qui, chacun à leur manière, veillent sur les destinées doctorales au sein de notre université, la *Revue* sait que son héritage doctoral se poursuit et s'étoffe. La continuité de l'œuvre collective s'en trouve assurée.

Entièrement portée par un souffle collectif, la *Revue* témoigne en effet de ce que rien ne naît seul. À l'heure de concevoir chacun des numéros, le comité de rédaction en chef laisse entrevoir un nouveau

souffle ; le comité de rédaction, par son art très exact de la mise en forme, prête ensuite à chaque parution l'élan nécessaire pour atteindre le lecteur. Aussi convient-il de rendre un hommage appuyé aux cent six doctorantes et doctorants qui, depuis 2010, dans l'ombre des pages, ont servi successivement la respiration de la *Revue*.

Gratitude est également due à la directrice scientifique de la *Revue* qui, par son exigence, préserve la justesse et l'ambition de l'ensemble. Depuis le onzième numéro, soit près de dix ans, Madame la professeure Cécile Chainais, aussi prodigue de ses conseils que de ses encouragements, assure aux rédacteurs en chef successifs un soutien indéfectible.

Le moment est d'ailleurs venu, pour l'un d'eux, de prendre congé de la *Revue* qu'il a portée tout au long des deux dernières années. Qu'il soit permis d'exprimer à Loïc Bréhin la reconnaissance que la *Revue* lui doit pour son énergie, sa constance et sa vigilance bienveillante. Stanislas Julien-Steffens, qui œuvre déjà pour la *Revue* depuis plusieurs mois, lui succède et reçoit ainsi ce témoin, porteur de promesses autant que de responsabilités. En cela, continuité et renouvellement s'embrassent.

Somme toute, la transmission, autant que la projection vers l'avenir, irrigue pleinement ce trentième numéro, dont il reste à former le vœu que sa découverte suscitera en vous, chères lectrices, chers lecteurs, le même plaisir que nous avons eu à vous le léguer.

Quelques mots de la direction scientifique

Cécile Chainais, directrice scientifique

C'est un grand bonheur que de voir s'épanouir aujourd'hui ce trentième numéro de la *Revue de droit d'Assas*, signe du dynamisme et de la longévité d'une *Revue* qui s'est progressivement inscrite dans le paysage universitaire français.

Ce numéro-anniversaire est l'occasion d'un élargissement du comité scientifique de la *Revue*. Avec les doctorants qui composent le comité de rédaction et en accord avec ses directeurs éditoriaux, il nous est apparu que l'heure était venue d'élargir cette instance, inchangée depuis les origines.

Nous avons ainsi proposé à Stéphane Braconnier, directeur de la publication, un enrichissement de l'actuel comité scientifique par des personnalités qui le rejoignent ès-qualité, en tant que directeurs de centres de recherche ou d'écoles doctorales de notre université – proposition acceptée avec enthousiasme par le président de l'Université. Un tel élargissement du comité scientifique nous a paru s'imposer dès lors que la *Revue de droit d'Assas* est, en son principe, un projet doctoral : ce sont les doctorants qui tracent les grandes orientations de la *Revue* et qui en assurent la réalisation. Or les directeurs de centres de recherche ou d'écoles doctorales représentent un relais naturel à l'égard des doctorants, afin de favoriser leur éventuel investissement dans le fonctionnement interne de la *Revue*, ou de les inciter à participer directement à l'écriture de la *Revue* – notamment dans la partie « Variétés autour du droit », destinée à accueillir leurs contributions ou libres propos.

Cet élargissement s'imposait également dès lors que les universitaires occupant ces fonctions peuvent faire bénéficier les doctorants de leur expertise scientifique dans les branches du droit les plus diverses, en adéquation avec l'esprit pluridisciplinaire qui anime la *Revue*. En outre, même si ce sont traditionnellement les doctorants qui, en dialogue avec la direction scientifique, déterminent les thèmes qu'ils souhaitent voir aborder dans la *Revue* – tradition que l'on ne saurait remettre en cause sans porter atteinte à l'ADN de cette dernière ! –

l'appartenance au comité scientifique peut être de nature à faciliter les échanges autour des choix éditoriaux qui sont les leurs, dans un esprit bienveillant et constructif.

Que soient donc remerciés chaleureusement toutes celles et ceux qui, avec spontanéité et enthousiasme, ont accepté de rejoindre le comité scientifique et dont les noms figurent dans l'*Ours* du présent numéro. Nos remerciements vont également à Cécile Guérin-Bargues, qui, sans la moindre hésitation, a accepté de rejoindre le comité scientifique en sa qualité de vice-présidente à la recherche et d'apporter ainsi un appui précieux, hautement symbolique, à cette initiative.

Je suis particulièrement reconnaissante à ces nouveaux membres, comme anciens, de marquer ainsi leur attachement à la *Revue* et d'apporter leur soutien aux doctorants qui la font vivre quotidiennement, au fil des numéros.

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1
Quelques mots de la direction scientifique p. 3

Un article, une réforme

Réviser la Constitution pour les élus ou les citoyens ? <i>Dominique Rousseau</i>	p. 8	La durée de la séparation des deux patrimoines de l'entrepreneur individuel : pour une modification de l'article L. 526-22 du code de commerce <i>Laurent Leveneur et Sabine Mazeaud-Leveneur</i>	p. 103
Réinverser le calendrier électoral <i>François Saint-Bonnet</i>	p. 11	Pour l'introduction de dispositions supplétives dans le régime de la SAS <i>Marie Caffin-Moi et Julia Heinich</i>	p. 107
Sécuriser le délai de recours contre les décisions individuelles <i>Bertrand Seiller</i>	p. 15	Un droit des entreprises en difficulté sans cessation des paiements est-il l'avenir ? <i>Marie-Laure Coquelet</i>	p. 116
L'autorité de chose jugée de la déclaration d'illégalité d'un acte administratif – Propositions pour un renforcement <i>Éloi Krebs</i>	p. 23	Pour une réécriture de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle <i>Guillaume Blanc-Jouvan</i>	p. 121
L'unification inutile du contentieux des contrats de la commande publique <i>Stéphane Braconnier</i>	p. 32	Remédier aux déficiences du RGPD <i>Ludovic Pailler</i>	p. 125
Pour une véritable réforme du droit des avant-contrats <i>Antoine Touzain et Maxime Cormier</i>	p. 39	Faudrait-il redéfinir les autorités de contrôle d'accès aux données de connexion à la lumière du droit européen ? <i>Haritini Matsopoulou</i>	p. 134
Réformer le droit des contrats spéciaux : le contrat d'abonnement <i>Charles-Édouard Bucher</i>	p. 51	Repenser le contrôle des mesures de sûreté pré-sentencielles <i>Pauline Le Monnier de Gouville</i>	p. 142
Quel avenir pour l'article 16-7 du Code civil ? Regards de droit international privé <i>Léna Gannagé</i>	p. 57	La création nécessaire d'une autorité publique indépendante pour l'environnement en droit interne <i>Agathe Van Lang</i>	p. 157
Du tout biologique à la toute volonté : quelques pistes de réflexion pour une réforme possible du droit de la filiation <i>Julien Boisson</i>	p. 70	L'évolution de l'« intérêt pour agir » : une « réforme » progressive de la prise en compte de l'intérêt général en droit international <i>Thibaut Fleury Graff</i>	p. 168
Droits fondamentaux, sécurité juridique et exercice de la capacité civile des adultes vulnérables : la protection juridique des adultes doit-elle encore évoluer ? <i>Anne Caron-Déglise</i>	p. 83	<i>Societas delinquere potest</i> – En finir avec l'irresponsabilité pénale internationale des entreprises <i>Muriel Ubéda-Saillard</i>	p. 176
La victime, un responsable comme les autres ? <i>Philippe le Tourneau et Matthieu Poumarède</i>	p. 95	<i>Full Integration</i> ? Le dilemme de la « pleine incorporation » des valeurs de l'Union européenne <i>Édouard Dubout</i>	p. 186

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Guillaume BLANC-JOUVAN,

Maître de conférences à l'Université
Paris-Panthéon Assas

Julien BOISSON,

Maître de conférences
à l'Université Paris-Nanterre,
Membre du CEDCACE (EA 3457)

Stéphane BRACONNIER,

Agrégé
de droit public, Président
de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Loïc BRÉHIN,

ATER à l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Charles-Édouard BUCHER,

Agrégé
de droit privé et de sciences criminelles,
Professeur des Universités,
Directeur de l'Institut de recherche en droit
privé (IRDP – UR 1166), Nantes Université

Marie CAFFIN-MOI,

Professeur
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Anne CARON-DÉGLISE,

Avocate générale
à la Cour de cassation

Cécile CHAINAIS,

Professeure
à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice scientifique de la *Revue*

Nicolas CHAPALIN,

ATER
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Marie-Laure COQUELET,

Professeur
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Maxime CORMIER,

Maître de conférences
à l'Université Paris Panthéon-Assas,
Membre du Laboratoire de droit civil et
Membre associé de l'Institut de droit comparé

Édouard DUBOUT,

Professeur de droit public
à l'Université Paris Panthéon-Assas

Thibaut FLEURY GRAFF,

Professeur
à l'Université Panthéon-Assas (IHEI),
Directeur du Master Droit international public

Léna GANNAGÉ,

Professeur
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Julia HEINICH,

Professeur
à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Éloi KREBS,

Maître de conférences en droit
public, Université Bourgogne Europe

Pauline LE MONNIER de GOUVILLE,

Maître
de conférences en droit privé et sciences
criminelles, Université Paris-Panthéon-Assas

Laurent LEVENEUR,

Professeur
à l'Université Panthéon-Assas

Haritini MATSOPOULOU,

Professeur
de droit privé et sciences criminelles
à l'Université Paris-Saclay

Sabine MAZEAUD-LEVENEUR,

Professeur
à l'Université Paris-Est Créteil

Ludovic PAILLER,

Professeur agrégé
de droit privé et sciences criminelles
à l'Université Jean Moulin Lyon III

Matthieu POUMARÈDE,

Professeur
à l'École de droit de Toulouse

Dominique ROUSSEAU,

Professeur émérite
de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon
Sorbonne, Membre honoraire de l'Institut
universitaire de France

François SAINT-BONNET,

Professeur
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Bertrand SEILLER,

Professeur
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Philippe le TOURNEAU,

Professeur émérite
de l'École de droit de Toulouse

Antoine TOUZAIN,

Professeur agrégé
à l'Université Rouen Normandie,
Membre du CUREJ (UR 4703)

Muriel UBÉDA-SAILLARD,

Professeure
à l'université de Lille

Agathe VAN LANG,

Professeure agrégée
de droit public, Nantes Université,
DCS (UMR 6297)

Dossier spécial

Un article, une réforme

Pour célébrer ses quinze ans, la *Revue de droit d'Assas* a demandé à des auteurs de porter, sous un angle entièrement prospectif, une réforme précise d'un élément emblématique de leur domaine de recherche.

Le lecteur trouvera dans ce dossier, non une rétrospective de quelques réformes achevées ou abandonnées, mais des propositions concrètes de réforme d'un point qui sera à même de susciter réflexions et débats.

Il pourra naviguer parmi une multiplicité de propositions qui embrassent le droit dans toute sa pluridisciplinarité en couvrant tant les champs de l'histoire du droit et du droit international que les différentes composantes du droit public et du droit privé.

Un article, une réforme

Réviser la Constitution pour les élus ou les citoyens ?

Dominique Rousseau

Professeur émérite de droit public

à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Membre honoraire de l'Institut universitaire de France

La République fut gaullienne avec le général, bourgeoise avec Pompidou, aristocratique avec Giscard d'Estaing, monarchiste avec Mitterrand, opportuniste avec Chirac, bonapartiste avec Sarkozy, bonhomme avec Hollande, bizarre avec Emmanuel Macron. Le Président de la République s'était engagé, aussitôt élu et dans son discours au Congrès de Versailles le 3 juillet 2017, à réviser la constitution. Là n'est pas l'originalité : Giscard d'Estaing élu en mai 1974 fait modifier la constitution en octobre 1974 pour permettre à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel; Jacques Chirac élu en mai 1995 fait modifier la constitution en 1995 pour étendre le domaine du référendum aux lois relatives à la politique économique et sociale du pays; Nicolas Sarkozy élu en mai 2007 fait modifier la moitié de la constitution en juillet 2008 pour, notamment, introduire la possibilité pour tout justiciable de soulever à l'occasion d'un procès une question prioritaire de constitutionnalité. Finalement, n'ont pas touché à la constitution les présidents de gauche, François Mitterrand et François Hollande, qui pourtant se rattachaient à une histoire et une philosophie constitutionnelle contraires à celles exprimées par le texte de 1958.

En revanche, l'originalité peut venir du contenu de la révision constitutionnelle annoncée mais toujours repoussée. Depuis 1958, la constitution a été révisée 25 fois et toutes ont eu pour objet principal la structure des institutions étatiques et leurs relations mutuelles. Le mode d'élection du président de la République a été changé en 1962,

et la durée de son mandat en 2000 et 2008; la durée des sessions parlementaires a été modifiée en 1995; le mode de composition du Conseil supérieur de la magistrature a été modifié en 2008; le Premier ministre a perdu la maîtrise totale de l'ordre du jour parlementaire et les projets et propositions de loi sont soumis au même régime depuis la révision de 2008... En d'autres termes, les révisions constitutionnelles ont cherché un rééquilibrage des pouvoirs institués : un peu plus de compétences au Parlement, un peu moins au Premier ministre, un peu plus au président de la République... Toutes ces révisions reposaient sur l'idée que la qualité démocratique de la société dépendait de l'organisation de la forme de l'État.

Dans la typologie classique des systèmes politiques, il est admis, depuis Maurice Duverger, de distinguer trois catégories de démocratie : la démocratie présidentielle, la démocratie parlementaire et la démocratie semi-présidentielle. La première donne à un président de la République élu au suffrage universel le pouvoir de déterminer la politique du pays; la deuxième donne ce pouvoir à un Premier ministre appuyé sur la confiance des députés et responsable devant eux; la troisième partage le pouvoir entre un président élu par le peuple et un Premier ministre responsable devant l'Assemblée nationale, l'équilibre entre les deux têtes de l'Exécutif dépendant de la concorde ou non des majorités présidentielle et parlementaire. Jusqu'à aujourd'hui, de révisions en révisions, de commissions en commissions, les remèdes à la crise démocratique ont été cherchés

dans une de ces trois catégories : durée du mandat présidentiel, nombre d'assemblées parlementaires, mode d'élection des députés... Toutes propositions sympathiques mais qui relèvent du bricolage inspiré d'une pensée du xix^e siècle ! Car elles ont pour unique objet de distribuer autrement les rôles entre les acteurs de la représentation politique alors que l'exigence contemporaine est d'ouvrir aux citoyens les chemins de la fabrique de la loi.

Depuis 2002, l'enroulement des élections présidentielles et législatives produit une pratique institutionnelle qui fonctionne sur trois lois simples et non écrites formulées par le doyen Vedel : le pouvoir de déterminer la politique du pays et donc de faire les lois est donné à celui qui gagne les élections; le pouvoir de sanctionner l'équipe gouvernante ne relève plus du Parlement mais du peuple lors des élections générales qui se déroulent tous les cinq ans; *entre les deux moments électoraux*, le caractère démocratique du système est assuré par le contrôle juridictionnel, la garantie des libertés et le statut de l'opposition.

1. La question constitutionnelle moderne est donc d'imaginer les institutions qui peuvent faire vivre la démocratie « entre les deux moments électoraux ». D'abord, des institutions de contrôle qui donnent aux citoyens le pouvoir d'empêcher l'application de lois qui, votées par les élus, porteraient atteinte à leurs droits fondamentaux – liberté individuelle, droit à la santé, respect de la vie privée... Ensuite, des institutions de réflexion qui donnent aux citoyens les informations leur permettant de savoir, de comprendre et donc de juger les politiques publiques. Enfin, des institutions de proximité qui donnent aux citoyens les moyens de faire connaître, d'exprimer et d'imposer la prise en charge politique de leurs préoccupations et besoins sociaux quotidiens. Ces trois exigences modernes – contrôle, réflexion, proximité – doivent trouver leur expression dans et par trois institutions qui font, aujourd'hui, une démocratie équilibrée : la Justice, la Presse et des Assemblées primaires de citoyens.

« On ne peut oublier, écrivait en 1993 le doyen Vedel dans son rapport sur la révision de la constitution, que ce sont d'autres prescriptions, moins directement liées à l'organisation des pouvoirs publics, qui donnent sa véritable portée au texte fondamental ». Ces « autres prescriptions », ce sont les Déclarations des droits et libertés, celles de 1789, 1946 et 2004, qui ont pleine valeur

constitutionnelle et sur lesquelles il convient, aujourd'hui, de (re)fonder le système politique. Concrètement, cela veut dire prendre l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon lequel « tous les citoyens ont le droit de concourir *personnellement* à la formation de la volonté générale » et en déduire que les parlementaires doivent avoir l'obligation, inscrite dans la constitution, de réunir des assemblées primaires de citoyens dans leur circonscription pour discuter des projets et propositions de loi et recueillir leurs avis avant qu'ils ne soient présentés à l'Assemblée nationale. Obligation renforcée pour les « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » puisque l'article 7 de la Charte dispose que « toute personne a le droit de participer à leur élaboration ». Cela veut dire prendre le préambule de 1789 affirmant que les droits de l'homme sont publiquement énoncés « afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la constitution et au bonheur de tous » pour reconnaître aux citoyens le droit de réclamer l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée la discussion de telle ou telle proposition de loi et le droit d'accéder directement à une Cour constitutionnelle pour lui demander de vérifier la conformité des lois aux droits et libertés garantis par la constitution. Cela veut dire prendre le principe constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire pour en déduire sa séparation du pouvoir politique et donc la suppression du ministère de la Justice et la création d'un Conseil supérieur de la Justice compétent pour la formation, la nomination, la discipline de l'ensemble de magistrats et le bon fonctionnement de la Justice. Cela veut dire prendre le principe de la libre communication des pensées et des opinions pour en déduire qu'une autorité constitutionnelle indépendante devra être créée pour garantir notamment que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché. Cela veut dire prendre le droit à la résistance à l'oppression définie à l'article 2 de la Déclaration de 1789 comme un « droit naturel et imprescriptible » pour fonder la reconnaissance dans la constitution du statut de lanceur d'alerte civique.

2. Dans cet esprit, une proposition de loi constitutionnelle n° 779 a été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 janvier 2025 « visant à l'instauration de conventions citoyennes ». Elle prévoit notamment de modifier l'article 39 de la constitution qui serait ainsi rédigé : « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre, aux membres du Parlement et aux citoyennes et citoyens ». Des alinéas sont ajoutés à cet article 39 pour préciser que « les propositions de la convention citoyenne prennent la forme d'une proposition de loi déposée au bureau de l'assemblée de leur choix », que « des représentants de la convention citoyenne, désignés par cette dernière de manière à respecter la parité entre femmes et hommes, présentent ce texte à la commission saisie par cette assemblée pour examen de la proposition de loi », que « cette première assemblée doit se prononcer sur la proposition de loi dans un délai de six mois après le dépôt à son bureau », que « le texte voté en séance publique, avant transmission à l'autre assemblée, conformément à l'article 45, est transmis pour avis à la convention citoyenne. La convention citoyenne dispose d'un délai de deux mois pour se prononcer. Son avis est transmis au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat et publié dans le dossier législatif de chaque assemblée », qu'« après transmission à l'autre assemblée, les représentants de la convention citoyenne, désignés par cette dernière présentent, dans la commission saisie, leur proposition et leur avis sur le texte adopté par la première assemblée. Cette deuxième assemblée doit également se prononcer sur la proposition de loi dans un délai de six mois après le dépôt à son bureau », que « en cas de désaccord sur la rédaction du texte de loi, une commission mixte paritaire est convoquée par les présidents des deux assemblées, conformément au dernier alinéa de l'article 45. En cas de désaccord après la réunion de la commission mixte paritaire, le texte est soumis au vote de l'Assemblée nationale ». Et à l'article 45, il est précisé que « lorsque la proposition de loi est à l'initiative des membres d'une convention citoyenne, la commission mixte paritaire comporte un nombre de membres de la convention citoyenne identique au nombre

cumulé de sénateurs désignés par le Sénat et de députés désignés par l'Assemblée nationale ».

Les formes institutionnelles de la démocratie – présidentielle, parlementaire, semi-présidentielle – garantissent aux représentants le monopole de la fabrication de la volonté générale. La forme constitutionnelle de la démocratie casse ce monopole et garantit aux citoyens le pouvoir d'intervenir en continu dans cette fabrication. L'enjeu politique de la prochaine révision est ce passage d'une forme institutionnelle et intermitente de la démocratie à une forme constitutionnelle et continue de la démocratie. De passer d'une figure unidimensionnelle du citoyen – celle de l'électeur – à une figure plurielle où le citoyen est tout à la fois électeur, pétitionnaire, lanceur d'alerte, requérant, associatif... Et le miracle de ce passage est qu'il s'accomplirait en donnant vie aux promesses oubliées de 1789 : si la représentation politique est inévitable, donner aux membres du corps social les droits et libertés leur permettant de contribuer à la fabrication des lois, de contrôler les représentants et, le cas échéant, de réclamer contre eux.

Si Emmanuel Macron dit s'inspirer de Mendès France, il ne pourra qu'être sensible à cette analyse en forme de projet constitutionnel pour une République moderne : « La démocratie ne consiste pas à mettre épisodiquement un bulletin dans une urne, à déléguer les pouvoirs à un ou plusieurs élus, puis à se désintéresser, s'abstenir, se taire, pendant cinq ans. Elle est action continue du citoyen, non seulement sur les affaires de l'État, mais sur celles de la région, de la commune, de la coopérative, de l'association, de la profession. Si cette présence vigilante ne se fait pas sentir, les gouvernants (quels que soient les principes dont ils se recommandent), les corps organisés, les fonctionnaires, les élus, en butte aux pressions de toutes sortes de groupes, sont abandonnés à leurs propres faiblesses et cèdent bientôt soit aux tentations de l'arbitraire, soit aux routines et aux droits dits acquis. Le mouvement, le progrès ne sont possibles que si une démocratie généralisée dans tout le corps social imprime à la vie collective une jeunesse constamment renouvelée. La démocratie n'est efficace que si elle existe partout et en tout temps »¹. La voie est tracée : en marche !

1. Pierre Mendès France, *La République moderne*, Gallimard, 1962, p. 26.

Un article, une réforme

Réinverser le calendrier électoral

François Saint-Bonnet

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas (Paris II)

« Les pouvoirs de l'Assemblée nationale expirent le troisième mardi de juin de la cinquième année qui suit son élection »¹. L'article 1^{er} de la loi organique du 15 mai 2001 modifiant la date du terme des pouvoirs de l'Assemblée nationale paraissait bien innocent à l'époque de son adoption, d'ailleurs dans une assez large indifférence. Après deux cohabitations de deux ans chacune (1986-1988 et 1993-1995) lors des deux septennats de François Mitterrand et une autre de quatre années (1997-2002) avec Lionel Jospin sous celui de Jacques Chirac, on avait fait le choix de réduire le mandat du chef de l'État à cinq ans. On pensait alors que cela éviterait une quatrième cohabitation, situation jugée par les initiateurs de la réforme comme nuisible à l'efficacité de l'action politique. On ajoutait volontiers que cette réduction serait un progrès démocratique, parce que les électeurs seraient plus fréquemment sollicités pour désigner leur premier magistrat. Mais la seule révision de la Constitution ne suffisait pas à atteindre ces objectifs, encore fallait-il que les élections les plus importantes – les présidentielles – se déroulent avant les élections législatives, ravalées au rang de scrutin « confirmatif » du choix opéré quelques semaines auparavant.

Calendriers instables

Au début de la V^e République, les scrutins présidentiels se déroulaient à la veille des vacances de

Noël. Le 21 décembre 1958 pour la première élection de De Gaulle (par des grands électeurs et non au suffrage universel direct), le 19 décembre 1965 pour la seconde (cette fois au suffrage universel direct). La démission du Général le 28 avril 1969 fait basculer la consultation au printemps. Georges Pompidou est élu le 15 juin de la même année. Sa mort, le 2 avril 1974, « maintient » l'échéance à cette saison. Depuis, toutes les présidentielles ont eu lieu à cette saison : 19 mai 1974 pour Valéry Giscard d'Estaing, 10 mai 1981 pour la première élection de François Mitterrand, 8 mai 1988 pour la seconde, 23 avril 1995 pour la première élection de Jacques Chirac, 21 avril 2002 pour la seconde, 6 mai 2007 pour Nicolas Sarkozy, 6 mai 2012 pour François Hollande, 7 mai 2017 pour la première élection d'Emmanuel Macron et 20 avril 2022 pour la seconde.

Les élections législatives se déroulent depuis 1958 à des dates assez variables dans l'explication desquelles il n'est pas utile d'entrer ici. Retenons simplement que la dernière version de l'article LO 121 du code électoral avant 2001 disposait que « les pouvoirs de l'Assemblée nationale expirent le premier mardi d'avril de la cinquième année qui suit son élection ». De sorte que, hors hypothèse d'une élection suivant une dissolution, comme en 1968, 1981, 1988, 1997 et 2024, le scrutin se déroule à la fin de l'hiver ou aux premiers jours du printemps compte tenu de la disposition de l'article LO 122 en vertu duquel

1. Art. LO 121 du code électoral.

« les élections générales ont lieu dans les soixante jours qui précèdent l'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale ». Cela explique que les seconds tours des élections des législatures qui arrivaient à leur terme aient toujours lieu en mars : 1967 (12 mars), 1973 (11 mars), 1978 (19 mars), 1986 (16 mars), 1993 (28 mars). Depuis 2002 et l'entrée en vigueur du nouvel article LO 121 issu de la loi organique de 2001, elles se déroulent en juin : 2002 (16 juin), 2007 (17 juin), 2012 (17 juin), 2017 (18 juin), 2022 (19 juin). Reste le cas particulier de 2024, le second tour a eu lieu un 7 juillet parce que ce scrutin fait suite à la dissolution annoncée le 9 juin de la même année.

Primauté de l'élection présidentielle

Revenons aux intentions du législateur de 2001. La gauche de gouvernement et le centre droit se sont mis d'accord pour préférer le quinquennat au septennat avec l'assentiment d'une majorité de Français lors du référendum du 7 juin 2000. Seule une petite partie du centre droit (27 députés de l'UDF) la rallia pour considérer que l'élection présidentielle devait être organisée avant. L'ancien Premier ministre Raymond Barre, qui en était, avait ainsi assuré ne pas « donner un coup de main à Jospin » mais voter « pour respecter l'esprit de la V^e République » : « L'élection présidentielle a une primauté sur l'élection législative ». Daniel Vaillant, ministre de l'Intérieur, soutenant la proposition de loi, se situait sur une ligne identique : « la logique institutionnelle qui fait de l'élection du président de la République le moment fort de l'expression des citoyens »². La droite hurla à la manœuvre politique du Premier ministre (Lionel Jospin) tandis que Verts et communistes se plaignirent d'une mesure qui renforcerait l'hégémonie présidentielle ainsi que la bipolarisation.

Ces derniers eurent raison pendant quinze ans. Les élections législatives n'eurent d'autre raison d'être que de « donner une majorité » au Président fraîchement élu. L'enjeu étant purement technique ou arithmétique, les taux de participation au premier tour fléchirent continument : 64,4 % en 2002, 60,4 % en 2007, 57,2 %

en 2012, 48,7 % en 2017, 47,5 % en 2022. Malgré les progrès continus de l'extrême droite, dépourvue d'alliance électorale générale, ces taux limitaient le nombre des triangulaires³ : l'illusion de la bipolarisation demeurait. Deux pôles dans les institutions, trois dans le corps électoral, malgré des frontières pour le moins mouvantes.

Déclin de la légitimité des députés

L'inversion du calendrier a donc fortement contribué au déclin de la légitimité des députés et à la focalisation de la vie institutionnelle sur le seul président de la République. La V^e République, régime techniquement parlementaire et pratiquement centré sur la figure présidentielle, amplifiait un phénomène observé dès les premières années du régime et renouait ainsi avec une histoire constitutionnelle à tonalité bonapartiste. L'énergie démocratique était tout entière orientée vers le seul lien entre un monarque républicain omnipotent et un corps électoral heureux de participer tous les cinq ans à un plébiscite au cours duquel il levait le pouce pour un candidat et le baissait pour un autre. En réalité, il s'agissait bien plutôt d'un plébiscite inversé : au second tour, on votait *contre* plus qu'on approuvait les vues du gagnant. Le rapprochement avec les plébiscites napoléonien trouve ici sa limite.

La V^e République, dont il importe de rappeler qu'elle s'inscrit juridiquement dans la lignée des régimes parlementaires du fait de la responsabilité de Premier ministre devant la chambre basse (art. 49 de la Constitution), tournait radicalement le dos à cette tradition parlementaire, initiée sous les monarchies limitées de la Restauration et de Juillet, approfondie sous les III^e et IV^e républiques. Le chef de l'État, roi ou président « inaugurant les chrysanthèmes », s'y limitait au rôle d'arbitre – vocalable retenu dans l'article 5 de l'actuelle constitution – et le gouvernement déterminait et conduisait la politique de la nation – termes que l'on trouve à son article 20.

Elle a renoué avec ce passé qui n'est pas sans noblesse lors des trois cohabitations, lorsque le centre névralgique n'était plus dans la relation entre le corps électoral préférant éliminer que de choisir et le Président faussement de « tous les

2. M. Noblecourt, « Sans alliance, la gauche risque de disparaître à l'Assemblée », *Le Monde* 1^{er} oct. 2001, p. 29.

3. La qualification au second tour supposant d'obtenir 12,5 % des inscrits, plus la participation est faible et plus le taux de suffrages exprimés nécessaire croît, par conséquent, moins l'hypothèse de triangulaires ou de quadrangulaires ne se réalise.

Français », mais bien dans le lien entre une majorité parlementaire composite et un gouvernement qui ne l'était pas moins. Il n'y a donc aucune fatalité à considérer que seules la logique plébiscitaire et la prééminence de l'exécutif permettent de gouverner efficacement.

Tripolarisation

Ce qui devait arriver arriva. Le plébiscite « contre » un candidat n'a pas bénéficié au vainqueur : les électeurs de 2022 étaient sans doute prêts à repousser Marine Le Pen mais certainement pas à s'abandonner à Emmanuel Macron, ce qui a conduit – malgré un taux de participation calamiteusement bas – à le priver de majorité parlementaire. Si l'explication arithmétique, circonscription par circonscription, est redoutablement complexe (un scrutin législatif n'existe pas, il y a 577 scrutins différents), force est d'observer toutefois qu'il y a une logique à ce que les trois blocs de force comparable qui structurent l'opinion se retrouvent dans l'Assemblée. Le Président, en dissolvant l'Assemblée en juin 2024, a peut-être pensé qu'il pourrait retrouver une majorité institutionnelle à la faveur de la division de la gauche, il n'en a rien été : les trois coalitions électoralles ont donné trois coalitions de parlementaires de sorte qu'aucune d'elles ne peut revendiquer la victoire. Dans ces conditions, la logique voudrait que l'on renoue avec la tradition parlementaire de majorités disparates, coalitions de gouvernement ou simples accords au cas par cas, bref de compromis, avec un Président qui régnerait sans gouverner, selon l'heureuse formule d'Adolphe Thiers en 1830.

Habitus présidentialiste

Un frein puissant vient empêcher cette évolution et la possibilité même d'une culture parlementaire du compromis. Tous les leaders politiques caressent le rêve d'un retour des temps anciens où un Président serait triomphalement élu et que, dans la foulée de cette apothéose démocratique, les électeurs lui donneraient une majorité comme un seul homme. De l'extrême droite jusqu'à la gauche radicale, tous les candidats à la candidature font comme si leur élection, au plus tard en 2027, allait être suivie d'un scrutin législatif donnant au vainqueur une majorité. Ce n'est pas impossible mais le contraire non plus : puisque les

électeurs ne voteront pas *pour* eux mais *contre* leur adversaire du second tour, ils ne se sentiront nullement liés par un devoir de fidélité envers celui qui aura gagné. Ce qui s'est passé en 2022 à l'égard d'Emmanuel Macron peut aisément se reproduire, à l'issue d'une dissolution immédiatement postérieure à l'élection présidentielle, à l'égard d'un candidat issu des rangs de l'extrême droite, de la droite modérée, de la gauche de gouvernement ou de l'extrême gauche.

Faiblesse structurelle du Président

De surcroît, quand bien même cette majorité sortirait-elle des urnes à la faveur d'un mode de scrutin avantageux pour les partis qui ont le vent en poupe, il n'y aurait toujours pas de majorité dans une opinion qui demeurerait tripolaire. Les tendances peuvent évoluer, certes, mais un bloc qui rassemble un tiers des électeurs peut se rapprocher de la moitié sans espérer sérieusement pouvoir la dépasser. Il est plus probable que la courbe inverse se dessine. En tout état de cause, la tripolarisation, solidement ancrée depuis 2002, lorsque le candidat de l'extrême droite est parvenu au second tour de la présidentielle, ne peut sans doute pas aboutir à une majorité dans l'opinion malgré une situation de retour à un présidentialisme majoritaire. Jacques Chirac de 2002 à 2007, Nicolas Sarkozy de 2007 à 2012, François Hollande de 2012 à 2017 et Emmanuel Macron de 2017 à 2022 ont été très rapidement très impopulaires et en proie à des contestations sociales massives.

Faire des législatives « le moment fort de l'expression des citoyens »

Dans ces conditions, comment faire en sorte que ceux qui gouvernent puissent être, sinon pleinement soutenus, au moins faiblement contestés par les citoyens ? Sans doute en cessant de croire que les plébiscites *contre* soient regardés comme des plébiscites *pour*. Pour y parvenir, il importe que l'élection présidentielle cesse d'être « le moment fort de l'expression des citoyens », selon l'expression du ministre de l'Intérieur en 2001. Lorsque les citoyens pensent qu'une élection véhicule un véritable enjeu – en réalité, toutes les élections législatives en sont porteuses – ils se mobilisent, comme l'atteste le taux de participation au scrutin de 2024 (66,7 %), près de vingt

points de plus que lors des deux précédents (2017 et 2022). Et il n'y a nul scandale démocratique au fait que la tripartition dans l'opinion ne se traduise en tripartition dans l'hémicycle. Si ce scrutin devient « le moment de l'expression des citoyens », sans cultiver l'espoir d'une présidentielle qui le deviendrait, tout porte à croire que les candidats, parfaitement conscients du fait qu'ils ne pourront pas mettre en œuvre *tout* leur programme, seront enclins au compromis, à une certaine souplesse dans la manière d'appréhender l'intérêt général. Pour cela, il convient de réinverser le calendrier électoral en replaçant le scrutin législatif « normal » (hors dissolution) en mars et l'élection présidentielle en avril ou en mai, une élection qui cesserait d'être l'occasion de tout promettre et de ne rien tenir. Ceci en se contentant d'abroger la loi organique du 15 mai 2001, ce qui ne nécessite pas une majorité qualifiée ou un référendum, contrairement à une révision constitutionnelle.

Absence de culture du compromis en France ?

On a tendance à considérer cette proposition comme farfelue ou irréaliste parce que, contrairement aux Allemands notamment, les Français n'auraient pas la culture du compromis, qu'ils auraient un certain goût pour les gouvernements « forts » et pour les personnages de sauveurs. C'est incontestable, l'histoire constitutionnelle française en est peuplée. Mais ce n'est pas la seule « tradition » constitutionnelle en France : ce pays a aussi connu la culture du compromis sans manquer à la « grandeur », comme pendant la Première Guerre mondiale au cours de laquelle le système parlementaire a fonctionné à nouveau, autant que faire se pouvait, dès 1915. Il a été capable de mener une politique de reconstruction après la Seconde Guerre mondiale malgré des institutions fort décriées.

Il n'est pas question de soutenir que la pratique parlementaire soit la seule qui convienne à la France. Elle chemine, par intermittence, avec des périodes de plus forte personnalisation du pouvoir. Cette concentration de la puissance a

été possible des années 1960 aux années 2000, moment où elle a pris fin du fait de la cristallisation de la tripolarisation de l'électorat. La difficulté présente résulte du fait que l'on feint de croire que cette agglomération des pouvoirs dans les mains du Président est encore actuellement possible alors que tel n'est nullement le cas. On peut être élu par une majorité d'électeurs sans être soutenu par une majorité de Français. Cela ne rend pas *impuissant* mais cela rend moins *efficace* que lorsque les mesures sont, bon an mal an, acceptées par ceux auxquels elles sont destinées.

Il n'est pas certain non plus que la culture du compromis qui est nécessaire aujourd'hui dure indéfiniment : peut-être que dans les années à venir, un homme ou une femme parviendra à briser cette tripolarisation en réunissant sur son nom une grande partie des citoyens et que l'on en reviendra à une culture de plébiscite *pour* et non *contre*. Rien n'est écrit à l'avance. Mais lorsqu'un *hiatus* existe entre un modèle politique et l'aspiration des citoyens dans leur diversité, deux solutions se présentent. Soit faire la sourde oreille au risque de précipiter la chute du régime, la culture française de la révolution est plutôt riche si on la compare à celle de l'Angleterre ou des États-Unis par exemple. Soit s'adapter en utilisant les leviers les plus simples et les moins inefficaces.

Mesure sage sans conséquences immédiates

Concrètement, l'abrogation de la loi du 15 mai 2001 qui réforme l'article LO 121 du code électoral – des parlementaires peuvent considérer avec faveur le fait de rendre *décisive* « leur » élection – on n'œuvrerait pas pour un avenir immédiat car depuis la dissolution de 2024, les calendriers électoraux se trouvent soient dissociés, soit réas-sociés avec des législatives postérieures aux présidentielles en cas de dissolution immédiate en 2027 (ou avant en cas de démission du président de la République). En revanche, on envoie le signal que le régime peut se reparlementariser sans se renier.

Un article, une réforme

Sécuriser le délai de recours contre les décisions individuelles

Bertrand Seiller

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Préoccupation majeure de tout système juridique contemporain, la sécurité juridique apparaît comme une exigence protéiforme. Elle présente schématiquement une dimension formelle, qui requiert l'accessibilité du droit, et une double dimension matérielle, qui impose qu'il soit intelligible et stable. Le plus souvent, la sécurisation recherchée de tel élément de ces composantes suffit à assurer le respect du principe. Mais il convient de prendre garde à l'incidence éventuelle du progrès accompli sur une autre composante du principe de sécurité juridique. L'amélioration de la sécurité juridique procurée sur un point provoque en effet parfois une dégradation sur un autre.

Une illustration en est fournie par le mécanisme du délai de recours contre les décisions administratives individuelles. Par le fait d'une solution jurisprudentielle particulièrement audacieuse, il a connu en 2016 une évolution inspirée par la volonté d'apporter une meilleure sécurité juridique mais dont il résulte indirectement un état du droit peu conforme à celle-ci.

Pour le comprendre, le rappel des dispositions régissant la matière s'impose. En vertu de l'article 9 d'un décret du 28 novembre 1983, codifié aujourd'hui à l'article R. 421-5 du code de justice administrative (CJA), « les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ». À l'égard des décisions impli-

cites, nées du silence conservé par l'administration sur une demande, un mécanisme adapté mais similaire prévaut. La demande doit en ce cas faire l'objet d'un accusé de réception (art. L. 112-3 du code des relations entre le public et l'administration [CRPA]) comportant diverses mentions, parmi lesquelles figure celle des délais et voies de recours contre la décision implicite de rejet susceptible d'apparaître (art. R. 112-5 du CRPA). La sanction de ces exigences formelles est posée par l'article L. 112-6 du CRPA : « les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications exigées par la réglementation ».

Il résulte de cet ensemble de dispositions que l'absence d'indication des délais et voies de recours lors de la notification d'une décision individuelle ou dans l'accusé de réception de la demande d'une telle décision emporte une conséquence remarquable : la dispense du délai de recours, en principe ouvert pendant deux mois à compter de la notification de la décision attaquée (art. R. 421-1 du CJA). Une telle dispense sanctionne radicalement l'irrespect par l'administration de contraintes formelles tendant à assurer la parfaite information des destinataires des décisions individuelles, notamment au sujet des modalités de contestation de celles-ci.

C'est dans ce cadre que le Conseil d'État, en 2016, a statué sur le recours exercé par un agent public ayant contesté sa pension de retraite

23 ans après sa concession. Désireux de profiter d'une bonification d'ancienneté ouverte par une évolution jurisprudentielle¹, l'intéressé se prévalait, pour justifier la recevabilité temporelle de son recours, du fait que si la notification de l'arrêté de concession de la pension mentionnait bien l'existence d'un recours juridictionnel et le délai pour l'exercer, il ne précisait en revanche pas le tribunal compétent pour en connaître. La très longue période écoulée entre la notification de la décision en cause et l'action contentieuse a incité la haute juridiction à juguler ce que l'article R. 421-5 du CJA pouvait avoir de néfaste pour la sécurité juridique.

Il a ainsi décidé que « le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; [...] en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; [...] en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »².

En conséquence, à l'absence de délai de recours posée par l'article R. 421-5 du CJA précité, est substitué, par l'effet de la jurisprudence et au nom du principe de sécurité juridique, un « délai de secours », d'une durée d'un an en principe.

Cette correction prétorienne d'un choix pourtant ancien du pouvoir réglementaire semble

anecdotique. Elle peut en effet être perçue comme un sage ajustement par le juge d'une disposition textuelle aux effets potentiellement néfastes. L'arrêt *Czabaj* rejoindrait ainsi la longue liste des illustrations de la célèbre assertion d'Hauriou, selon lequel « le législateur a la main lourde [...]. La jurisprudence a plus de doigté »³.

La situation née de la conjonction de la disposition codifiée et de sa neutralisation par l'effet d'une solution jurisprudentielle s'avère cependant moins satisfaisante et anodine qu'il ne paraît de prime abord. Ce que la sécurité juridique a gagné en stabilité des situations nées de décisions administratives individuelles, elle l'a inversément perdu par l'apparition d'un piège contentieux dans lequel peuvent tomber les destinataires de ces décisions.

Dans la mesure où, ainsi que l'a reconnu le rapporteur public lui-même dans ses conclusions sur l'affaire *Czabaj*, « les règles qui gouvernent la recevabilité des requêtes ne doivent pas induire les justiciables en erreur »⁴, il est impératif de remédier au mauvais état du droit régissant la recevabilité temporelle des recours visant les décisions administratives individuelles. Condamnable en l'état (I), il semble heureusement rectifiable (II).

I. Un état du droit condamnable

La sécurité juridique exige que les règles de droit applicables à une situation donnée soient claires et mises en œuvre sans ambiguïté. En conséquence, les personnes concernées doivent pouvoir se fier à une disposition dépourvue d'ambiguïté rédactionnelle, *a fortiori* lorsqu'elle est codifiée. Or, en l'occurrence, l'interprétation prétorienne de l'article R. 421-5 du CJA, par la restriction insoupçonnable qu'elle lui apporte, fait naître une insécurité juridique dont bien des justiciables pourraient être victimes.

A. Un texte trompeur

Il est certain que le cas soumis en 2016 au Conseil d'État mettait en lumière les conséquences parfois choquantes de la règle posée par l'article R. 421-5 du CJA : la recevabilité du

1. CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° C-366/99 et CE, 29 juill. 2002, *Griesmar*, p. 284.

2. CE, Ass., 13 juill. 2016, *M. Czabaj*, p. 340, concl. Hennard.

3. M. Hauriou, note sous CE, 23 juill. 1909 et 22 juill. 1910, *Fabrègues*, S. 1911, III, p. 121.

4. O. Hennard, concl. préc.

recours, exercé 23 ans après la notification d'une décision individuelle pour revendiquer le bénéfice d'une évolution postérieure autorisant l'intéressé à prétendre à une revalorisation de sa pension de retraite, ne pouvait être admise sans hésitation. Mais l'interprétation restrictive, pour ne pas dire *contra legem*, retenue par le juge conduit à opposer un délai de recours – plus long que le délai ordinaire mais imprévisible – aux justiciables, alors qu'ils pensaient légitimement être soustraits à toute contrainte temporelle pour leur action contentieuse.

Ce que le Conseil d'État a décidé ne relève pas, en effet, d'une atténuation de la portée de la règle posée par l'article R. 421-5 du CJA : substituer un délai, même substantiellement plus long que celui de droit commun, à une absence totale de délai modifie la nature de la règle et non simplement le degré de son libéralisme. Dans le premier cas, l'écoulement du temps reste dépourvu de toute conséquence sur l'éventuelle négligence de l'intéressé, lequel est autorisé à agir quand bon lui semblera ; dans le second, il le contraint à apprécier, avant une date butoir, la pertinence d'une action de manière à l'exercer avant qu'il ne soit trop tard. Ainsi que l'a estimé la Cour européenne des droits de l'Homme, amenée à statuer sur la jurisprudence *Czabaj*, « cette nouvelle règle de recevabilité touche non pas aux seules modalités d'exercice du droit au recours, ainsi que l'a estimé le Conseil d'État, mais est susceptible d'affecter sa substance même »⁵.

Le fait, relevé par le rapporteur public, qu'aucun État européen n'offre un mécanisme aussi généreux que celui de l'article R. 421-5 du CJA est indifférent : le juge ne saurait opposer des conditions de recevabilité contraires à celles qui sont explicitement prévues par les dispositions textuelles en vigueur. Si de telles dispositions se révèlent, à l'usage, la source d'abus imprévus, leur modification, par l'autorité compétente, peut être décidée et leur nouvelle version, une fois rendue publique, opposée aux justiciables.

Le cas en cause pouvait néanmoins paraître suffisamment isolé pour que la portée de la solution retenue et corrélativement le trouble qu'elle

fait naître, paraissent modestes. En effet, d'une part, il semble probable que peu de personnes attendent plus d'un an après la notification d'une décision pour la contester et, d'autre part, les autorités administratives respectent depuis longtemps l'obligation de mentionner les délais et voies de recours lors de la notification des décisions individuelles.

Cette appréciation repose toutefois sur une perception exagérément optimiste de la situation. D'abord, au regard du très grand nombre de décisions individuelles émises chaque année par les autorités administratives, l'hypothèse dans laquelle le destinataire de l'une d'elles comprend tardivement l'intérêt de la contester n'est pas rare, *a fortiori* quand le jeu même de l'article R. 421-5 du CJA l'autorise à y réfléchir à n'importe quel moment. Ensuite, l'administration française a mis fort longtemps à se conformer à l'exigence de mention des délais et voies de recours dans les notifications des décisions individuelles. Par ailleurs, ce respect n'est toujours pas systématique ainsi qu'en attestent bien des affaires récemment jugées par les juges administratifs⁶. Enfin, la combinaison de ces diverses considérations fait qu'aux millions de décisions mal notifiées dans les premières années de mise en œuvre du décret de 1983, à l'égard desquels l'article R. 421-5 du CJA laisse croire qu'elles n'ont déclenché aucun délai de recours, s'ajoutent probablement encore chaque année des milliers de nouvelles décisions, rentrant elles aussi dans le champ de l'article R. 421-5 du CJA.

En conséquence, tant dans son principe que par son application potentielle dans un très grand nombre de cas, la restriction des conditions temporelles de recevabilité du recours exercé contre les décisions administratives individuelles mal notifiées fait naître un piège dont peuvent être victimes beaucoup de justiciables. Le décalage entre un dispositif textuel, aisément accessible et très libéral, et une jurisprudence en donnant une interprétation restrictive et connue des seuls spécialistes du contentieux administratif crée une insécurité juridique insuffisamment perçue par les initiateurs de celle-ci.

5. CEDH, 9 nov. 2023, *Legros et autres*, n° 72173/17, § 138.

6. V. par ex. : CAA Nancy, 26 nov. 2024, req. n° 22NC01767, au sujet du rejet exprès d'un recours gracieux en 2020 ou CAA Douai, 31 oct. 2024, req. n° 22DA01678, au sujet d'un arrêté de mise en recouvrement et de liquidation d'une astreinte administrative en 2016.

B. Une insécurité juridique

Qu'une solution jurisprudentielle, élaborée au nom du « principe de sécurité juridique, lequel implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps », soit elle-même à l'origine d'une atteinte à la sécurité juridique semble profondément paradoxalement. Il n'en est rien en raison du fait que ce principe présente des dimensions formelle et matérielle : le respect ou le progrès de l'une d'elles, n'exclut pas un recul corrélatif d'une autre.

Ce n'est certes pas la solution de l'arrêt *Czabaj* en elle-même qui est ici en cause. La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de recours contestant certaines mises en œuvre de cette jurisprudence a, en effet, considéré que la substitution d'un délai sensiblement plus long que le délai de droit commun à une absence de délai ne porte pas une atteinte condamnable au droit d'exercer un recours, reconnu notamment par la Convention⁷. Pour parvenir à cette conclusion, elle a d'abord rappelé « que l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, lequel tend notamment à garantir aux justiciables une certaine stabilité des situations juridiques ainsi qu'à favoriser la confiance du public ». Elle a précisé, à cet égard, que « l'effectivité du droit à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription est assurée par l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence ». Elle a néanmoins reconnu que « la consécration de cette nouvelle limitation dans le temps de la justiciabilité des décisions administratives individuelles peut être comprise comme visant non seulement à tempérer l'ampleur de la sanction attachée à la méconnaissance, par l'administration, de la garantie que constitue pour le destinataire d'une décision la mention des voies et délais de recours mais aussi à sanctionner l'éventuel abus du droit de recours de la part d'un requérant ayant, en pratique, eu connaissance de la décision qu'il attaque bien longtemps avant l'introduction de la requête ». Pour autant, elle a estimé que « cette nouvelle règle de recevabilité touche non pas aux seules modalités d'exercice du droit au recours, ainsi que l'a estimé le Conseil d'État, mais est susceptible

d'affecter sa substance même ». Selon elle, toutefois, « l'évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire aux droits protégés par l'article 6 de la Convention et [...] elle n'a pas à se prononcer sur l'opportunité d'une telle évolution ». Elle a constaté enfin que « la règle dégagée par la décision *Czabaj* vise, selon ses propres termes, à assurer la bonne administration de la justice et le respect du principe de sécurité juridique » et a affirmé que, « contrairement à ce que soulignent les requérants, le principe de sécurité juridique ne saurait bénéficier au seul justiciable mais vise également à protéger les défendeurs et les tiers ».

Estimant finalement que « la consécration d'un délai raisonnable de recours contentieux, fixé, en règle générale, à une année à compter du moment où le requérant a eu connaissance de la décision dont il est le destinataire, accorde à celui-ci une période de temps qui ne saurait être regardée, en principe, comme insuffisante pour pouvoir s'enquérir des voies et délais de recours lui permettant de contester cette décision », ce d'autant que le requérant est « mis à même de justifier de circonstances particulières pouvant entraîner, à l'appréciation du juge, l'allongement du délai raisonnable », elle a considéré que « la création, par voie prétorienne, d'une nouvelle condition de recevabilité, fondée sur des motifs suffisants justifiant le revirement de jurisprudence opéré, ne porte pas, alors même qu'elle est susceptible d'affecter la substance même du droit de recours, une atteinte excessive au droit d'accès à un tribunal tel que protégé par l'article 6 § 1 de la Convention ».

En revanche, la Cour a estimé que « l'application aux instances en cours de la nouvelle règle de délai de recours contentieux, qui était pour les requérants à la fois imprévisible, dans son principe, et imparable, en pratique, a restreint leur droit d'accès à un tribunal à un point tel que l'essence même de ce droit s'en est trouvée altérée ». Elle en a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Mais les interrogations que la jurisprudence *Czabaj* fait naître ne se limitent pas à celles liées aux atteintes, portées au droit au recours et à la sécurité juridique, par la substitution, éventuellement rétroactive, d'un délai de recours, même allongé, à une absence de délai. Une autre, ina-

7. CEDH, 9 nov. 2023, *Legros et autres*, préç.

perçue à ce stade, mérite d'être étudiée au regard de la jurisprudence passée de la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle se rapporte au regrettable décalage entre l'état réel du droit (délai contentieux d'un an même en cas de notification incorrecte d'une décision individuelle) et celui suggéré trompeusement par le code de justice administrative (pas de délai de recours contentieux contre une décision individuelle mal notifiée). Est ici en cause une atteinte à la sécurité juridique, non dans l'une de ses dimensions matérielles, mais dans sa dimension matérielle : l'accessibilité pour le moins douteuse de la règle régissant la recevabilité temporelle des recours visant des décisions administratives individuelles. Cette fragilité, au regard du principe de sécurité juridique, nuit indirectement au droit d'exercer un recours effectif contre les décisions en cause.

Sur ce point, des condamnations passées de la France en raison de la complexité de règles encadrant la recevabilité de certains recours contentieux nourrissent des craintes quant à l'état du droit résultant de la combinaison de l'article R. 421-5 du CJA et de la jurisprudence *Czabaj*.

Dans une affaire *Geouffre de la Pradelle*⁸, le requérant avait allégué avoir pâti de l'incertitude régnant en droit français quant à la catégorisation des décisions de classement des sites et, en conséquence, quant aux modalités de leur publicité. Amené à penser qu'il s'agissait d'une mesure individuelle, il avait attendu la notification personnelle du décret litigieux pour saisir le Conseil d'État, dont l'arrêt lui apprit ultérieurement que le délai de recours avait expiré la veille du jour où le préfet lui communiqua ledit décret. La décision de classement du site qu'il entendait contester, adoptée deux ans et demi après l'ouverture de la procédure, avait été publiée dans un numéro complémentaire du *Journal officiel* sous la forme d'un simple extrait et, pour prendre à temps connaissance du texte intégral, il aurait dû se déplacer à 500 km de son domicile. Dans ce contexte, la Cour s'est fondée sur « l'extrême complexité du droit positif, telle qu'elle résulte de la combinaison de la législation relative à la protection des sites avec la jurisprudence concernant la catégorisation des actes administratifs » et sur le fait que « le requérant était en droit de comp-

ter sur un système cohérent qui ménageait un juste équilibre entre les intérêts de l'administration et les siens ; spécialement, il devait jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte administratif qui constituait une ingérence directe dans son droit de propriété », pour affirmer que « le système [des délais de recours] ne présentait donc pas une cohérence et une clarté suffisantes » (même pour l'avocat qu'était, en l'occurrence, le requérant) et condamner la France pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Quelques années plus tard, la Cour a encore condamné la France⁹, au sujet, cette fois, des conséquences contentieuses attachées, par voie prétorienne, à l'acceptation de l'offre d'indemnisation proposée par le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, instauré par la loi du 31 décembre 1991. La Cour a ainsi relevé que « le requérant pouvait raisonnablement croire à la possibilité d'introduire ou de poursuivre des actions parallèles à sa demande d'indemnisation présentée au fonds, même après acceptation de l'offre de ce dernier ». En effet, « compte tenu du libellé de l'article 47 VIII de la loi, on ne saurait reprocher à M. Bellet de s'être référé à l'intention du législateur, telle qu'elle ressortait des travaux parlementaires. D'après ceux-ci, le législateur a effectivement souhaité que les victimes, fussent-elles déjà indemnisées, conservent leur intérêt à agir ». Elle a ainsi considéré qu'« à la lumière de la loi et des travaux préparatoires, M. Bellet, qui avait de bonne foi accepté l'indemnité, ne devait pas s'attendre à ce que la cour d'appel déclare son recours irrecevable » pour en déduire que « le système ne présentait pas une clarté et des garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des recours offerts et aux limitations découlant de leur exercice simultané ».

Dans un registre un peu différent, il convient de relever que la Cour de justice de l'Union européenne, a, pour sa part, affirmé que le droit de l'Union « s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet à une juridiction nationale de rejeter comme forclos un recours tendant à constater la violation des règles de passation des marchés publics ou à obtenir des dommages-intérêts pour la violation

8. CEDH, 16 déc. 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, n° 12964/87.

9. CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, série A n° 333-B.

de ces règles en application du critère, apprécié de manière discrétionnaire, selon lequel de tels recours doivent être formés promptement »¹⁰.

Le droit européen, dans ses deux volets, est ainsi hostile à toute incertitude entourant l'exercice des voies de recours. Comme l'exige la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, tout justiciable doit « jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte administratif », ce qui impose que le régime des délais de recours présente « une cohérence et une clarté suffisantes ». Tel n'est certainement plus le cas de la contestation des décisions administratives individuelles depuis que la jurisprudence *Czabaj* a substitué un délai, même sensiblement plus long que le délai de droit commun, à l'absence de délai posée explicitement par l'article R. 421-5 du CJA lorsque ces décisions ont été irrégulièrement notifiées. La connaissance du droit codifié, seul aisément accessible et, en conséquence, gage en principe de sécurité juridique, ne procure aucune garantie de respecter les conditions de recevabilité temporelle du recours contentieux. Seule la maîtrise de son interprétation prétorienne, accessible aux seuls spécialistes du contentieux administratif¹¹, permet d'éviter le piège d'un délai inapparent.

Condamnable de ce fait, l'état du droit s'avère néanmoins heureusement rectifiable.

II. Un état du droit rectifiable

La source du piège contentieux réside, pour le justiciable, dans l'existence d'un délai de recours d'origine prétorienne et, de ce fait, invisible, en lieu et place d'une disposition réglementaire codifiée le dispensant de tout délai pour contester une décision individuelle. Rétablir la sécurité juridique et indirectement un accès clair et effectif au juge suppose non seulement de choisir entre les deux solutions mais aussi de graver celle retenue dans le code de justice administrative.

A. Choisir une solution

Chacun des deux partis possibles présente des vertus indéniables entre lesquelles le choix est difficile.

La dispense de délai posée par l'article R. 421-5 du CJA favorise évidemment le destinataire de l'acte en lui garantissant la recevabilité perpétuelle du recours que l'évolution des circonstances pourrait l'amener à souhaiter déposer. Indirectement et plus fondamentalement, elle est conçue pour inciter les autorités administratives à informer correctement les personnes visées par leurs décisions sur les délais et voies de recours à leur disposition pour contester celles-ci. Les mentions exigées dans la notification sont nombreuses et permettent l'exercice efficace d'un recours : la notification doit ainsi préciser si la décision relève d'un recours administratif préalable obligatoire ainsi que l'autorité devant laquelle il doit être porté¹², le délai de recours ouvert à l'encontre de la décision (mais pas l'existence éventuelle d'un délai de distance¹³), la juridiction administrative compétente (mais pas celle territorialement compétente¹⁴) en précisant laquelle s'il s'agit d'une juridiction spéciale¹⁵. En cas d'indication d'un délai erroné plus favorable au requérant que celui théoriquement ouvert, ce dernier profite de ce délai allongé¹⁶. Les précisions ainsi exigées de l'administration lorsqu'elle notifie une décision individuelle garantissent le droit à un recours effectif tout autant que leur sanction prévue à l'article R. 421-5 du CJA.

En conséquence, la neutralisation drastique de cette disposition opérée par la jurisprudence *Czabaj* peut légitimement apparaître comme insatisfaisante : en assurant qu'un an, en principe, après la notification irrégulière d'une décision individuelle, celle-ci échappera à toute contestation directe, cette jurisprudence n'encourage pas les autorités administratives à une indication scrupuleuse des délais et voies de recours ouvertes contre cette décision. Ce que le droit à un recours effectif perd par un risque

10. CJUE, 28 janv. 2010, *Uniplex (UK) Ltd/NHS Business Services Authority*, n° C 406/08.

11. Sur le lien classiquement établi entre le caractère essentiellement jurisprudentiel du droit administratif et le fait qu'il constitue « un droit pour initiés, un droit aristocratique », un droit non démocratique car « secret », v. notamment G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979, n° 31, p. 31.

12. CE, 19 mai 2004, *Jouve*, n° 248175.

13. CE, 8 juin 1994, *Mme Moumini*, n° 120198.

14. CAA Versailles, 8 févr. 2007, X, n° 05VE02052.

15. CE, 15 nov. 2006, *Toquet*, n° 264636.

16. CE, 7 déc. 2009, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 315064.

accru d'exercice de recours mal exercés, la sécurité juridique le gagne d'une part, en raison de la moindre clarté des conditions de contestation des décisions individuelles et d'autre part, par l'impossible remise « en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps »¹⁷.

Inversement, l'ouverture sans condition de délai du recours direct contre ce type de décisions lorsqu'elles sont mal notifiées constitue certainement une faveur excessive accordée à leur destinataire. L'affaire *Czabaj* a révélé le risque d'abus de cette ouverture perpétuelle du prétoire puisqu'elle permet à certains destinataires de décisions individuelles de profiter de l'évolution favorable des règles encadrant leur situation individuelle très longtemps après que celle-ci s'est constituée. La Cour européenne des droits de l'Homme, ainsi que cela a été précédemment relevé, a reconnu que « la consécration de cette nouvelle limitation dans le temps de la justicierabilité des décisions administratives individuelles peut être comprise comme visant [...] l'éventuel abus du droit de recours de la part d'un requérant ayant, en pratique, eu connaissance de la décision qu'il attaque bien longtemps avant l'introduction de la requête »¹⁸. Dès lors, soulignant que « la règle dégagée par la décision *Czabaj* vise, selon ses propres termes, à assurer la bonne administration de la justice et le respect du principe de sécurité juridique »¹⁹, elle a considéré que « la consécration d'un délai raisonnable de recours contentieux, fixé, en règle générale, à une année à compter du moment où le requérant a eu connaissance de la décision dont il est le destinataire, accorde à celui-ci une période de temps qui ne saurait être regardée, en principe, comme insuffisante pour pouvoir s'enquérir des voies et délais de recours lui permettant de contester cette décision »²⁰. Il est vrai que ce délai est six fois plus long que le délai de droit commun accordé pour saisir le juge administratif français et qu'il aménage une période suffisamment longue pour apprécier l'opportunité de remettre en cause une décision individuelle, puis, le cas échéant, de se renseigner sur les exigences pro-

cédurales pour ce faire. Au surplus, il convient de rappeler que, même mal exercé, le recours peut donner lieu à une régularisation (sauf, certes, s'il l'a été hors délai...) et que le code de justice administrative prévoit des mécanismes de transmission à la bonne juridiction administrative d'un recours déposé devant une autre incompétente²¹. En conséquence, l'absence ou les inexactitudes de l'indication des délais et voies de recours dans la notification d'une décision individuelle ne condamnent pas nécessairement à l'irrecevabilité le recours exercé.

Ces considérations peuvent inciter à choisir de substituer le délai raisonnable d'un an à l'absence de tout délai posée par l'article R. 421-5 du CJA. La solution *Czabaj* peut en effet se prévaloir d'un équilibre satisfaisant entre les préoccupations contradictoires d'assurer la sécurité juridique par la stabilisation des situations juridiques nées des décisions individuelles et de préserver un droit au recours prolongé au profit de leur destinataire lorsque l'administration ne l'a pas correctement informé sur les modalités de leur contestation. Une période d'un an pour exercer en ce cas son recours semble pertinente, ainsi d'ailleurs que l'a reconnu elle-même la Cour européenne des droits de l'Homme.

Il ne saurait être question, dans le cadre de la présente étude, de trancher entre les deux solutions en présence. L'objet de la réflexion est, en effet, seulement de montrer que la dimension formelle de la sécurité juridique interdit le maintien de l'état du droit actuel, dans lequel une disposition réglementaire codifiée et dépourvue d'ambiguïté est contredite par une solution jurisprudentielle infinitémoins accessible. Le délai de recours ouvert à l'encontre des décisions individuelles irrégulièrement notifiées doit obéir à une règle univoque, claire et gravée dans le marbre du code de justice administrative.

B. Graver la solution

Retenir l'une ou l'autre des deux solutions précédemment identifiées (maintien d'une absence de délai ou imposition d'un délai allongé par rapport au délai de droit commun) et souhaiter l'officiali-

17. CE, Ass., 13 juill. 2016, *M. Czabaj*, préc.

18. CEDH, 9 nov. 2023, *Legros et autres*, préc.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. V. art. R. 351-1 et s. du CJA.

ser par son insertion dans le code de justice administrative emporte des conséquences sur la voie à suivre pour y parvenir.

Avant de les évoquer, il convient de faire justice d'une troisième solution, tentant un compromis entre la disposition textuelle et sa restriction prétorienne. Il consisterait à maintenir la rédaction actuelle de l'article R. 421-5 du CJA, mais à la compléter par un nouvel alinéa reprenant l'apport de la jurisprudence *Czabaj* en précisant que s'ouvre alors en principe un délai d'un an, sauf circonstances particulières, pour contester la décision individuelle mal notifiée. Il est aisé de comprendre que cet ajout, qui pourrait certes être opéré par la voie réglementaire, mettrait en lumière la contradiction entre la disposition initiale et son complément issu de l'initiative jurisprudentielle. L'insécurité juridique formelle – qui résulte actuellement de la substitution d'une solution jurisprudentielle peu accessible à une disposition textuelle claire – céderait la place à une insécurité juridique matérielle puisque les justiciables peineraient à déterminer la règle de délai à respecter pour exercer leur recours contentieux : un même article codifié poserait en effet deux règles contradictoires, l'une prévoyant une absence de délai, l'autre en instaurant un d'une durée d'un an.

Il convient donc que l'autorité compétente tranche en faveur de l'une ou l'autre en n'en faisant apparaître qu'une dans le code. Mais, selon celle retenue, la voie pour modifier celui-ci diffère.

Paradoxalement, le maintien de la règle initialement posée par le décret du 28 novembre 1983 et actuellement inscrite à l'article R. 421-5 du CJA, supposerait un rehaussement de son niveau normatif. En effet, et ainsi que le prouve le fait que le Conseil d'État ait pu substituer un délai d'un an à l'absence de délai voulue par le pouvoir réglementaire, la valeur simplement réglementaire de la dispense de délai en cas de notification irrégulière d'une décision individuelle permet au juge de faire prévaloir une norme prétorienne d'une autre substance. La démonstration de René Chapus, encore valable pour l'essentiel, de la valeur *infra* législative et *supra* décrétale des règles posées par le juge²², suggère donc, si le

maintien de la dispense du délai devait être décidé, de reprendre la teneur de l'actuel article R. 421-5 dans une disposition législative...

Alors même que les règles de délai de recours ne sont pas considérées comme entrant dans le domaine législatif, procéder ainsi, indiquerait d'une part, le refus du législateur d'entériner la jurisprudence *Czabaj* et mettrait d'autre part et surtout le principe de la dispense du délai à l'abri de celle-ci. Le désaveu législatif condamnerait ainsi la jurisprudence *Czabaj* à l'obsolescence et la partie législative du code de justice administrative serait complétée d'un nouvel article L. 421-1.

Si le choix se portait en revanche sur la jurisprudence *Czabaj* et l'abandon corrélatif de la dispense de délai posée depuis 1983, un simple décret suffirait. Il remplacerait l'actuelle disposition par une nouvelle, posant l'ouverture d'un délai dérogatoire d'un an en cas de notification irrégulière d'une décision individuelle. En une telle hypothèse cependant, il serait probablement sage de ne pas retenir la possibilité d'un allongement supplémentaire du délai en cas de circonstances particulières qu'aménage pourtant l'arrêt du Conseil d'État. En effet, outre que la caractérisation de telles circonstances est restée très exceptionnelle depuis 2016²³, au point que la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré le délai d'un an comme imparable en pratique, le fait que la recevabilité éventuelle du recours exercé plus d'un an après la notification dépende de l'appréciation des circonstances propres à chaque espèce par le juge pourrait conduire cette Cour à estimer que « le système ne présent[e] pas une clarté et des garanties suffisantes »²⁴ et porte atteinte de ce fait à la sécurité juridique.

Il n'est décidément pas simple de respecter celle-ci. La jurisprudence *Czabaj*, pourtant expressément inspirée par la volonté d'en assurer la sauvegarde, a fait paradoxalement naître une situation qui la fragilise. Si un remède peut aisément être apporté à ce regrettable défaut, cela suppose néanmoins de veiller à ne pas susciter une nouvelle entorse à cette exigence toujours plus contraignante pour les systèmes juridiques contemporains.

22. R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *D. 1966, chron.*, p. 99.

23. CE, 29 nov. 2019, *Mme Megueddem*, n° 426372 : à propos d'un décret de contestation des liens d'allégeance avec la France.

24. CEDH, 4 déc. 1995, *Bellot c/ France*, préc.

Un article, une réforme

L'autorité de chose jugée de la déclaration d'illégalité d'un acte administratif – Propositions pour un renforcement

Éloi Krebs

Maître de conférences en droit public,
Université Bourgogne Europe

Quelle autorité doit être attachée à la décision par laquelle un juge déclare illégal un acte administratif contesté devant lui par la voie de l'exception, c'est-à-dire par voie incidente à l'occasion d'un recours par voie d'action dirigé contre un acte pris sur son fondement ou pour son application ? Le caractère aride de cette question, symptomatique des études de contentieux administratif, pourrait facilement rebouter le lecteur. Qu'il nous laisse toutefois le convaincre que, conformément au souhait formulé par les concepteurs de ce dossier, l'analyse prospective que nous souhaitons proposer permet de faire la lumière sur les évolutions affectant l'un des éléments emblématiques du contentieux administratif – l'exception d'illégalité des actes administratifs – et, plus largement, les équilibres du procès administratif.

Classiquement présentée comme une présomption irréfragable de vérité légale des décisions de justice (ce qu'exprime l'adage *res judicata pro veritate habet*), l'autorité de chose

jugée est plus modestement un attribut attaché à certaines décisions de justice interdisant de remettre en cause les énonciations contenues dans leur dispositif et dans les motifs qui en sont le soutien nécessaire : comme l'écrivait le Doyen Carbonnier, « ce qui donne au jugement sa pleine valeur [...] , ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue, c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges »¹. Triplement limitée à l'identité de parties, d'objet et de cause, l'autorité de chose jugée interdit de recommencer un litige déjà jugé et empêche les parties à l'instance de poursuivre leur contestation indéfiniment. En cela, elle est un instrument essentiel de pacification sociale, et donc de sécurité juridique. Motulsky affirmait ainsi que « l'instition de l'autorité de la chose jugée, socialement indispensable pour éviter que les procès s'éternisent [...] , fait triompher la valeur de Sécurité sur la valeur de Justice »².

1. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, Quadrige, 2004, n° 46.

2. H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1958, chron. 1, spéc. n° 48.

En contentieux administratif, l'autorité de chose jugée remplit également une autre fonction : la soumission de l'administration au principe de légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir, recours ouvert même sans texte à l'encontre de tout acte administratif³ et tendant à l'annulation des actes administratifs illégaux. Cette soumission se traduit par l'effet *erga omnes* de l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir, garanti par une autorité absolue de chose jugée⁴. Ainsi, tout juge devant lequel est contesté ou appliqué un acte dont a été prononcée l'annulation doit tenir pour acquise l'illégalité de cet acte et sa disparition de l'ordre juridique, le cas échéant en soulevant d'office l'exception de chose jugée⁵. Fondamentalement liée à la nature même du recours pour excès de pouvoir⁶, l'autorité absolue de chose jugée des jugements d'annulation est ainsi également porteuse de sécurité juridique en garantissant la non-application des actes illégaux, et donc la cohérence de l'ordre juridique.

Une telle autorité absolue n'est toutefois pas reconnue aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs contestés par la voie de l'exception d'illégalité⁷. N'ayant qu'un effet relatif, celles-ci ne s'imposent pas au juge devant lequel est soulevée la question de la légalité du même acte. Cette solution se comprend au regard de la différence d'objet du recours pour excès de pouvoir, dirigé contre l'acte lui-même, et de l'exception d'illégalité qui n'est qu'un moyen parmi d'autres au soutien d'une demande principale dont l'objet n'est pas la disparition de l'acte visé par l'exception d'illégalité⁸. Au demeurant, l'exception d'il-

légalité pouvant être formée à toute époque à l'encontre des actes réglementaires⁹ et devant un juge qui ne serait pas forcément compétent pour connaître du recours par voie d'action dirigé contre cet acte¹⁰, il n'y a pas lieu d'en tirer les mêmes conséquences que s'agissant d'un acte contesté par voie d'action, dans le délai et devant le juge compétent. Ainsi, l'acte déclaré illégal ne disparaît pas de l'ordre juridique ; il est seulement rendu inapplicable au litige¹¹. Conforme à la logique juridique, cette solution n'en reste pas moins insatisfaisante du point de vue des exigences de la légalité, en particulier vis-à-vis des actes réglementaires. Dès lors qu'ils peuvent constituer le support de nombreuses situations juridiques individuelles, la question de leur légalité est susceptible de se poser par voie d'exception dans plusieurs litiges. L'autorité relative de la déclaration d'illégalité impose donc aux parties de soulever cette exception déjà examinée par un autre juge, et au juge de l'examiner à nouveau dans le cadre du débat contradictoire ; elle peut, dans le pire des cas, aboutir à un résultat différent, le juge n'étant pas lié par la première déclaration d'illégalité.

Inefficace, inopportune et en décalage avec les préoccupations contemporaines d'économie procédurale dans le contentieux administratif¹², l'autorité relative de chose jugée des déclarations d'illégalité pourrait-elle être abandonnée au profit d'une autorité absolue ? Certains auteurs l'ont soutenu ou envisagé¹³, sans pour autant que le juge administratif fasse évoluer sa jurisprudence¹⁴. Plusieurs raisons conduisent toutefois à revenir sur cette question. D'abord, l'autorité de

-
3. CE, Ass., 17 févr. 1950, n° 86949, *Dame Lamotte*, p. 110; sur le lien entre le recours pour excès de pouvoir et le principe de légalité, v. B. Plessix, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA* 2022, p. 206.
4. Affirmant explicitement cette autorité absolue de chose jugée : CE, 22 mars 1961, n° 51333, *Simonet*, p. 211.
5. CE, 28 juill. 2000, n° 198318, *Commune de Port-Vendres*, p. 360; *BJDU* 2000, p. 218, concl. S. Astry.
6. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, n° 1210.
7. V. not. CE, 3 juill. 1996, n° 112171, *Société ABC Ingineering*, p. 259; CE, 10 oct. 2011, n° 329623, *Commune de Ramatuelle*.
8. B. Seiller, « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique », *RFDA* 2014, p. 721; sur ce point, v. égal. J. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, th. dactyl. Pau, 1996, p. 25 et s.; v. toutefois C. Lantero, « Le juge de l'exception n'est pas le juge de l'exécution », note sous CE, 9 févr. 2024, *Association pour une retraite convenable*, *AJDA* 2024, p. 1220.
9. CE, 29 mai 1908, n° 25488, *Poulin*, p. 580.
10. Suivant le principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception : art. R. 312-3 du code de justice administrative.
11. CE, 27 mai 2002, n° 227338, *SA Transolver service*, p. 176.
12. T. Ducharme et I. Michalis, « L'hypothèse de l'économie procédurale en contentieux administratif », *AJDA* 2024, p. 2256.
13. En ce sens : R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1208 et s.; B. Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, th. dactyl. Paris 2, 1995, P. Delvolvè (dir.), p. 722 et s.; J. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, préc., p. 612 et s., spé. p. 616.
14. Par ex. : CAA Lyon, 16 oct. 2018, n° 18LY0255; v. égal. CE, 9 févr. 2024, n° 471937, *Association pour une retraite convenable*, *AJDA* 2024, p. 1220, note C. Lantero.

chose jugée et la portée qui y est attachée sont, on l'a vu, indissociables de considérations liées à la sécurité juridique et au principe de légalité. Or, la tension entre ces deux principes constitue une clé de lecture essentielle pour l'appréhension des évolutions récentes de l'office du juge administratif¹⁵ : si ce dernier a longtemps été construit de manière à étendre la soumission de l'administration au principe de légalité, le renforcement des pouvoirs du juge et la prise de conscience de l'effet de ses décisions sur l'ordonnancement juridique l'ont conduit à mieux intégrer les exigences de la sécurité juridique ; la reconnaissance d'une autorité absolue de chose jugée aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs permettrait ainsi de réconcilier ces deux principes souvent placés en opposition. Ensuite, la démarche positiviste, technique et centrée sur l'étude de la jurisprudence, en somme conforme à la « manière française de faire du droit administratif »¹⁶ semble tout à fait pertinente pour aborder cette question, notamment au regard des évolutions récentes du régime de l'exception d'illégalité et, plus largement, de l'office du juge administratif. C'est dans cette perspective qu'il convient d'examiner les arguments favorables à une autorité absolue (I) et les modalités suivant lesquelles celle-ci pourrait être mise en œuvre (II).

I. Le renforcement des arguments favorables à une autorité absolue

D'emblée, il faut souligner qu'aucune raison juridique impérieuse ne commande ni n'interdit qu'une autorité absolue de chose jugée soit reconnue aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs, la solution de l'autorité relative étant, on l'a dit, conforme à la logique même de l'exception d'illégalité. Les arguments ici avancés tiennent davantage à des considérations d'opportunité liées à la mise en cohérence des juris-

prudences administrative et judiciaire sur une même question (A), aux effets des modes de contestation indirects d'un acte réglementaire (B), ou encore aux limitations apportées au périmètre de l'exception d'illégalité (C).

A. Un alignement sur une solution déjà retenue par la jurisprudence judiciaire

La jurisprudence civile reconnaît depuis longtemps une autorité absolue aux décisions par lesquelles le juge administratif déclare illégal un acte réglementaire¹⁷. Cette solution a avant tout le mérite de l'économie procédurale en dispensant le juge civil de son obligation de renvoi préjudiciel lorsqu'est soulevée devant lui la question de la légalité d'un acte administratif déjà déclaré illégal par le juge administratif. Elle est également rationnelle en ce qu'elle permet d'éviter des divergences d'appréciation de la légalité d'un même acte administratif par le juge administratif et le juge civil. En effet, depuis la jurisprudence SCEA du Chéneau de 2011, le juge civil est compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif « lorsqu'il apparaît manifestement au vu d'une jurisprudence établie que la contestation peut être accueillie au principal » ou lorsque « serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne »¹⁸. Or, dans la mesure où la seconde voie de l'alternative ne repose pas sur le critère de l'illégalité ou de la légalité *manifeste* de l'acte administratif en cause, des divergences sont susceptibles de se produire quant à l'appréciation de la légalité d'un même acte administratif par le juge administratif et le juge civil. La reconnaissance d'une autorité absolue de chose jugée aux déclarations d'illégalité permettrait de limiter ces divergences.

A *fortiori*, ces divergences d'appréciation sont également susceptibles d'intervenir lorsqu'une pluralité de juges administratifs apprécie la léga-

15. Parmi une littérature abondante sur cette question : D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403 ; v. égal. J. Attali, *Le juge administratif et le principe de légalité. Réfutation du discours de la crise*, th. dactyl. Paris 2, 2024, B. Seiller (dir.), nos 37 et s.

16. C. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, Méthodes du droit, 2018, p. 57 et s. ; v. égal. F. Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *RFDA* 2014, p. 145.

17. En ce sens : Civ. 1^{re}, 19 juin 1985, n^o 84-11.528, *Bull. civ. I*, n^o 200 ; D. 1985, p. 426, rapp. P. Sargas : « toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, fût-elle décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil qui ne peut plus faire application d'un texte illégal » ; v. F. Melleray, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », *AJDA* 2004, p. 138.

18. TC, 17 oct. 2011, n^o 3828 et 3829, *SCEA du Chéneau*, p. 698.

lité d'un même acte administratif, il nous semble donc opportun d'étendre cette autorité absolue de chose jugée au sein même de l'ordre administratif. Une précision doit toutefois être faite : l'autorité absolue ne serait attachée qu'aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs prononcées par le juge administratif; plus précisément, comme nous aurons l'occasion d'y revenir, elle ne devrait être attachée qu'aux décisions du juge compétent pour connaître du recours par voie d'action dirigé contre l'acte en question. *A contrario*, une telle autorité absolue ne serait donc pas attachée aux déclarations d'illégalité du juge civil, ni aux déclarations d'illégalité du juge pénal. Bien que certaines décisions de ce dernier se voient reconnaître, dans l'ordre administratif, une autorité absolue de chose jugée¹⁹, cette autorité ne couvre que les énonciations de fait contenues dans les décisions; cela exclut donc l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, laquelle n'est pas une question de fait²⁰.

B. Un rapprochement du régime contentieux du refus d'abroger un acte réglementaire

Construits par la jurisprudence au début du xx^e siècle²¹, l'exception d'illégalité et le recours contre le refus d'abroger un acte administratif réglementaire répondent à une logique commune, tant du point de vue de leur objet que de leurs modalités d'exercice. Leur mise en œuvre permet de s'abstraire de l'expiration du délai de recours afin de mettre en cause la légalité contemporaine de l'acte réglementaire afin que « puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales que cet acte est susceptible de porter à

l'ordre juridique »²². Dans les deux cas, le juge n'est pas saisi de conclusions tendant à l'annulation de l'acte mais d'une « action en appréciation de [sa] validité et en rétablissement de la légalité pour l'avenir »²³. Cette dimension prospective du recours explique que la légalité de l'acte réglementaire contesté par voie incidente ne soit pas appréciée à la date de son édition mais à la date de son application concrète²⁴; elle explique également que, dans le cadre de ces voies de recours obliques, ne soient invocables que les moyens tirés de l'illégalité interne de l'acte ou de l'incompétence de son auteur²⁵ : ces illégalités, seules affectées par les changements de circonstances de fait et de droit²⁶, sont également susceptibles de se propager aux actes ultérieurs.

Ces deux voies de recours diffèrent toutefois quant aux effets du constat de l'illégalité de l'acte réglementaire. S'agissant de la déclaration d'illégalité par voie d'exception, elle ne permet en effet que d'écartier l'application de l'acte réglementaire dans le litige; si l'administration est tenue de l'abroger, cette obligation n'est qu'une obligation générale imposée par la loi²⁷ et n'est pas directement impliquée par la décision du juge. En l'absence de réaction de l'administration, l'acte illégal restera donc dans l'ordre juridique et oblige donc les requérants à « prendre un nouveau ticket pour le manège contentieux » (celui du recours contre le refus d'abroger) s'ils souhaitent obtenir la disparition de l'acte réglementaire²⁸. S'agissant du contentieux du refus d'abroger un acte réglementaire, les effets de l'annulation prononcée par le juge ont été renforcés par l'articulation de l'office du juge avec l'exercice de son pouvoir d'injonction. Ainsi,

19. C'est le cas des seules décisions *définitives* des juridictions de *jugement* statuant *au fond* sur *l'action publique*, ce qui exclut les décisions des juridictions d'*instruction* et celles des juridictions de *jugement* statuant sur *l'action civile* : v. G. Delvolvè, « Chose jugée », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n° 192 et s.

20. CE, Sect., 4 déc. 1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins de Bordeaux et de sa région et autres*, p. 613.

21. Pour l'exception d'illégalité : CE, 24 janv. 1902, n° 00106, *Avezard*, p. 44 (sol. impl.); pour le recours contre le refus d'abroger : CE, Sect., 10 janv. 1930, n° 97263 et 05822, *Despujol*, p. 30.

22. CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, p. 187.

23. A. Lallet, « Le contentieux de l'abrogation des actes réglementaires », concl. sur CE, Ass., 19 juill. 2019, n° 424216, *Association des américains accidentels*, RFDA 2019, p. 891.

24. Pour l'exception d'illégalité, il s'agit de la date de l'édition de l'acte contesté par voie d'action (v. CE, 4 oct. 2021, n° 448651, *SA Ceetrus France*); pour le recours contre le refus d'abroger, il s'agit de la date de la décision du juge (v. CE, Ass., 19 juill. 2019, n° 424216, *Association des américains accidentels*, p. 297).

25. CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, préc.

26. À la différence des exigences de forme et de procédure, cristallisées à la date d'édition de l'acte.

27. Art. L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration.

28. A. Lallet, « Le contentieux de l'abrogation des actes réglementaires », concl. préc.

« l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office [...], pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique »²⁹. C'est donc de la décision du juge elle-même que résulte l'obligation d'abroger l'acte réglementaire, et par voie de conséquence sa disparition *erga omnes* de l'ordre juridique par son abrogation. À défaut d'entraîner l'obligation d'abroger l'acte réglementaire, la reconnaissance de l'autorité absolue de chose jugée à la déclaration d'illégalité par voie d'exception de cet acte permettrait en pratique de donner le même effet *erga omnes* à la déclaration de son illégalité, cohérente avec l'objet commun de ces deux voies de droit : le rétablissement de la légalité pour l'avenir.

C. Un rééquilibrage de l'exception d'illégalité face à la réduction de son périmètre

Trois évolutions affectant l'exception d'illégalité peuvent être mentionnées. La première, spécifique au contentieux de l'urbanisme, résulte de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, issu de la loi du 9 février 1994 (n° 94-112) ; elle interdit l'invocation par voie d'exception de l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un règlement d'urbanisme après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause (réserve faite de certaines irrégularités substantielles). La deuxième, d'un champ d'application plus limité, résulte de l'article 54 de la loi ESSoC du 10 août 2018 (n° 2018-727) qui

permet au bénéficiaire ou à l'auteur de certaines décisions administratives non réglementaires³⁰ de demander au tribunal administratif d'apprécier la légalité externe de cette décision ; le constat par le juge de la légalité externe de la décision en cause s'impose avec autorité absolue de chose jugée et aucun moyen tiré de cette cause ne peut plus être invoqué à son encontre, par voie d'action ou par voie d'exception. Or, les décisions concernées par ce dispositif sont celles pour lesquelles la théorie de l'opération complexe permet la contestation hors délai par la voie de l'exception d'illégalité, alors même qu'elles seraient devenues définitives ; l'effet principal produit par cette réforme réside donc dans la fermeture de l'exception d'illégalité vis-à-vis de ces décisions³¹. La troisième résulte de la jurisprudence CFDT Finances de 2018 selon laquelle les vices de forme et de procédure ne peuvent être utilement soulevés à l'encontre d'un acte réglementaire dans le cadre d'une contestation formée par la voie de l'exception d'illégalité ou d'un recours contre le refus de l'abroger³².

Il n'est pas ici question de contester la pertinence individuelle de ces solutions, chacune ayant sa justification propre. Il faut toutefois constater que leur accumulation s'inscrit dans un mouvement plus général de « sécurisation contentieuse » des actes administratifs³³ consistant à minimiser le risque d'une annulation juridictionnelle néfaste pour la stabilité des situations juridiques – et donc la sécurité juridique –, soit par la régularisation des illégalités qu'ils contiennent³⁴, soit par la neutralisation de celles-ci³⁵, soit encore par des restrictions apportées à l'exercice des recours contentieux³⁶. Or, comme le relève Benoit Plessix, c'est précisément l'hon-

29. CE, Ass., 19 juill. 2019, *Association des américains accidentels*, préc. ; CE, Ass., 21 avr. 2021, n° 393099, *French Data Network*.

30. La liste des décisions concernées est établie par l'art. 1^{er} du décret n° 2018-1082 du 4 décembre 2018 relatif à l'expérimentation des demandes en appréciation de régularité.

31. Sur ce point : L. Feihlès, « Le concept d'opération complexe », *RFDA* 2020, p. 39.

32. CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, préc. ; cette limitation n'est pas opposable à la contestation par voie d'exception des actes non réglementaires, même lorsque ceux-ci s'insèrent dans une opération complexe : CE, 4 août 2021, n° 429800, *Commune de Mitry-Mory*.

33. En ce sens, à propos de la demande en appréciation de régularité : L. Janicot et J.-C. Rotoullié, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *RFDA* 2018, p. 821 ; O. Mamoudy, « La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain », *AJDA* 2018, p. 1821.

34. Par ex., possibilité pour le juge de procéder d'office à une substitution de base légale : CE, Sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Prefet de la Seine-Maritime c. El Bahi*, p. 480.

35. Par ex., inopérance des moyens tirés des vices de procédure n'ayant pas privé l'intéressé d'une garantie ou n'étant pas susceptibles d'avoir eu une influence sur le sens de la décision prise : CE, Ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony*, p. 649.

36. Par ex., conditions restrictives de recevabilité des recours contre les décisions relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols : art. L. 600-1-1, 2 et 3 du code de l'urbanisme.

neur du droit public français que d'avoir permis la contestation des actes réglementaires, aussi bien par voie d'action que, à titre perpétuel, par voie d'exception, cette dernière voie de droit constituant une garantie fondamentale au profit des citoyens³⁷. La reconnaissance d'une autorité absolue de chose jugée aux déclarations d'illégalité ne consisterait en outre pas en un déséquilibrage de l'exception d'illégalité en défaveur de la sécurité juridique, mais bien en un rééquilibrage rendu opportun par la réduction de son périmètre. Au demeurant, l'évolution que nous proposons est, par certains aspects, bénéfique pour la sécurité juridique dès lors que cette dernière semble en réalité bien plus affectée par le risque d'appréciations divergentes de la légalité d'un même acte que par l'autorité absolue conférée à la première déclaration d'illégalité³⁸. Du reste, les atteintes portées à la sécurité juridique pourraient être limitées par la précision des modalités de mise en œuvre d'une telle autorité absolue de chose jugée.

II. La précision des modalités de mise en œuvre d'une autorité absolue

Si, comme on l'a dit, rien n'interdit ni n'impose qu'une autorité absolue de chose jugée soit reconnue aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs, une telle évolution n'est pas sans conséquences sur les équilibres du contentieux administratif. L'évolution que nous proposons doit donc nécessairement s'accompagner d'une réflexion sur les modalités suivant lesquelles elle pourrait être mise en œuvre, aussi bien s'agissant du périmètre de l'autorité absolue de chose jugée (A) que de ses conditions (B) et de ses effets (C).

A. Le périmètre de l'autorité absolue de chose jugée des déclarations d'illégalité

L'autorité absolue de chose jugée des déclarations d'illégalité ne devrait *a priori* concerner que les seuls actes administratifs réglementaires, en raison la portée générale impersonnelle de la norme qu'ils posent. Cette délimitation appelle deux précisions.

La première concerne le sort de l'exception d'illégalité visant les actes non réglementaires ; à leur égard, une raison majeure justifie de les soumettre à un régime distinct des actes réglementaires : si l'exception d'illégalité peut être formée à toute époque à l'encontre des actes réglementaires, s'agissant des actes non réglementaires, elle n'est recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est soulevée³⁹. Cette solution est justifiée par l'impératif de sécurité juridique, tenant à ce que les situations juridiques consolidées par l'effet du temps ne soient pas susceptibles d'être remises en cause sans délai ; ce même impératif pourrait justifier de conserver un effet relatif au jugement les déclarant illégaux par la voie de l'exception. Peut toutefois être posée la question du sort des décisions « ni réglementaires ni individuelles », catégorie intermédiaire hétéroclite formellement consacrée par l'article L. 200-1 du code des relations entre le public et l'administration. Cette catégorie est celle des « décisions d'espèce », c'est-à-dire des actes qui, bien que posant une norme particulière ont, comme l'acte réglementaire, un effet impersonnel – c'est-à-dire s'appliquent indépendamment des personnes concernées⁴⁰. Ces actes, sur certains de leurs aspects, sont justement soumis au régime des actes réglementaires⁴¹. Ils constituent, par ailleurs, le domaine d'application privilégié (bien que non exclusif) de la théorie de l'opération complexe qui, on l'a vu, permet de surmonter l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité à l'encontre d'un acte non réglementaire définitif⁴². Une extension à leur profit de l'auto-

37. B. Plessix, « Le droit administratif français, droit de l'acte réglementaire », *Dr. adm.* 2018/7, repère 7 ; *Droit administratif général*, 5^e éd., LexisNexis, coll. « Manuel », 2024, n° 1190.

38. En ce sens : B. Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 705 et s.

39. CE, Sect., avis, 30 déc. 2013, n° 367615, *Okosun*.

40. B. Seiller, « Acte administratif – Identification », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2020, n° 397.

41. Par ex., leur entrée en vigueur (art. L. 221-7 du code des relations entre le public et l'administration) ou leur abrogation (art. L. 243-1 du même code).

42. L. Feilhès, « Le concept d'opération complexe », préc. ; l'auteur souligne toutefois qu'un acte individuel peut s'intégrer dans une opération complexe : par ex., à propos d'un arrêté fixant la composition du jury d'un concours, CE, Sect., 2 nov. 1956, *Lombard*, p. 307.

rité absolue de chose jugée de la déclaration d'illégalité semble donc pertinente.

La seconde concerne le sort de l'exception d'inconventionnalité. Au regard de la portée générale et impersonnelle de la norme posée par la loi, la portée de l'autorité de chose jugée de la déclaration de son inconventionnalité semble en effet soulever les mêmes problématiques que la déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire contesté par voie d'exception : comme l'acte réglementaire déclaré illégal, la loi déclarée inconventionnelle ne disparaît pas de l'ordre juridique⁴³ et la décision du juge n'est revêtue que d'une autorité relative de chose jugée (les autres juges n'étant pas tenus par cette déclaration, l'inconventionnalité de la loi n'étant en tout état de cause pas un moyen d'ordre public). Faudrait-il alors également reconnaître une autorité absolue de chose jugée aux déclarations d'inconventionnalité de la loi ? Si l'on raisonne sur le modèle du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception qui aboutit, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité de la loi, à son abrogation, laquelle s'impose à tous les pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles⁴⁴, on peut être conduit à abonder en ce sens. Une telle solution méconnaîtrait toutefois les limites de l'office du juge administratif : alors que ce dernier a le pouvoir d'annuler ou d'abroger un acte administratif dont il est saisi par voie d'action, il ne dispose pas d'un tel pouvoir vis-à-vis de la loi dont il ne peut connaître par voie d'action mais est seulement habilité à écarter au motif de sa contrariété avec un engagement international⁴⁵. La reconnaissance d'une autorité absolue de chose jugée aux déclarations d'inconventionnalité serait donc paradoxale, raisons pour laquelle le maintien de l'autorité relative nous semble préférable.

B. Les conditions d'une autorité absolue de chose jugée de la déclaration d'illégalité

Devraient seules bénéficier d'une autorité absolue les déclarations d'illégalité prononcées par le juge compétent pour connaître du recours par voie d'action dirigé contre l'acte – lequel sera nécessairement un juge administratif, juge naturel de la légalité administrative⁴⁶. Ne seront donc pas concernées les déclarations d'illégalité prononcées par le juge pénal, ni *a fortiori* par le juge civil dans le cadre de la jurisprudence *SCEA du Chéneau*⁴⁷. Trois difficultés doivent toutefois être résolues. D'abord, la publicité donnée à la déclaration d'illégalité, qui devra être connue de tous les acteurs concernés (notamment du juge saisi d'autres litiges qui devra soulever d'office le moyen tiré de l'exception de chose jugée). Cette publicité pourrait être faite, sous le contrôle du juge de l'exécution⁴⁸, par la publication du jugement dans un recueil officiel⁴⁹ ou par tout moyen qui assure sa connaissance par les intéressés. Ensuite, la remontée de l'exception d'illégalité vers le juge compétent pour statuer par voie d'action sur le recours dirigé contre l'acte visé (le plus souvent le Conseil d'État) afin de donner la plénitude de ses effets à la déclaration d'illégalité. Il nous semble que l'institution d'un mécanisme de questions préjudiciales au sein de la juridiction administrative produirait de trop lourds inconvénients sur la durée des instances ; par ailleurs, l'exercice, par l'auteur de l'exception d'illégalité, d'une voie de recours limitée à la déclaration d'illégalité risquerait d'aboutir à une contradiction de jugements si le juge supérieur infirmait la déclaration d'illégalité. On se résout donc à s'en remettre au jeu des voies de recours exercées par le défendeur, ce qui, on en convient, fait peser une part d'aléa sur l'autorité absolue des déclarations d'illégalité. Enfin, la question de l'incidence d'un changement de circonstances de fait ou de

43. En ce sens : CE, 31 juill. 2019, n° 428530, *Association La Cimade*.

44. Constit., art. 62, al. 2 et 3.

45. C'est l'interprétation de l'article 55 de la Constitution retenue dans l'arrêt *Nicolo* (CE, Ass., 20 oct. 1989, n° 108243, p. 190) ; en ce sens, v. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », n° 191.

46. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pedone, 1952, p. 82.

47. TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau*, préc ; en ce sens : B. Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 725 et s.

48. Moyennant une adaptation de la jurisprudence *Association pour une retraite convenable* (CE, 9 févr. 2024, préc.), affirmant que la déclaration d'illégalité d'un acte administratif par le juge de l'exception d'illégalité n'implique, par elle-même, aucune mesure d'exécution.

49. À l'instar de ce qui est prévu pour la loi déclarée inconstitutionnelle dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité : art. 23-11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

droit sur la légalité de l'acte déclaré illégal. Cette difficulté pourrait être résolue en faisant reposer l'autorité absolue sur une présomption d'illégalité de l'acte déclaré illégal – cette présomption ne pouvant être levée que par la démonstration d'un changement de circonstances de fait ou de droit (ce qui permet de limiter le champ du débat contentieux sur l'exception d'illégalité).

Il pourrait également être envisagé de conditionner l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité à la circonstance qu'elle constitue le support nécessaire du dispositif d'annulation d'un acte administratif, comme a pu le juger le Conseil d'Etat⁵⁰. Cette solution a le mérite de ne faire de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité qu'une simple extension de l'autorité déjà reconnue au dispositif d'annulation. Il nous semble toutefois qu'une telle autorité devrait également être reconnue aux jugements déclarant l'illégalité d'un acte administratif à l'occasion d'une question préjudicielle posée par un juge judiciaire ainsi qu'aux jugements rendus dans le cadre de la demande en appréciation de régularité créée par la loi ESSoC déjà mentionnée, laquelle ne prévoit une autorité absolue que s'agissant des déclarations de *légalité* et non d'*illégalité*⁵¹ bien que, dans l'un et l'autre cas, la déclaration d'illégalité ne constitue pas le support d'un dispositif d'annulation. Une telle autorité devrait enfin bénéficier aux déclarations d'illégalité n'aboutissant pas à un jugement d'annulation, le juge rejetant le recours pour un autre motif (par exemple, pour substitution de base légale). Cette extension est plus difficile à justifier dès lors que la déclaration d'illégalité n'est pas le support nécessaire du dispositif et que les jugements de rejet n'ont qu'une autorité relative. Cette difficulté pourrait être surmontée en prévoyant, soit que la déclaration d'illégalité soit retranscrite dans le dispositif de l'acte, soit que le motif déclarant illégal l'acte contesté par voie d'exception soit revêtu de l'autorité absolue de chose jugée, nonobstant la cir-

constance qu'il ne constitue pas le support nécessaire du dispositif. En tout état de cause, pourrait être reconnue la possibilité pour le défendeur de relever appel du jugement accueillant l'exception d'illégalité mais rejetant le recours, par dérogation au principe selon lequel une partie n'est pas recevable à contester un jugement faisant intégralement droit à ses conclusions⁵².

C. Les effets attachés à l'autorité absolue de chose jugée de la déclaration d'illégalité

S'agissant des effets matériels de la déclaration d'illégalité, leur nature même ne serait pas affectée : pour le dire autrement, il ne s'agirait pas de conférer un effet abrogatif à la déclaration d'illégalité. Une telle solution, soutenue par certains auteurs⁵³, pourrait se prévaloir de deux arguments nouveaux : d'une part, c'est une portée abrogative plutôt que déclarative qui a été conférée aux décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel déclare une loi contraire à la Constitution dans le cadre de la QPC ; d'autre part, un tel pouvoir n'est pas inconnu du juge administratif puisqu'il a été reconnu dans le cadre du recours par voie d'action exercé contre un acte réglementaire devenu illégal à la date à laquelle le juge statue⁵⁴. La jurisprudence s'est toutefois toujours explicitement prononcée contre une telle solution : la déclaration d'illégalité a seulement pour effet de priver de base légale les actes pris sur le fondement ou pour l'application de l'acte déclaré illégal, sans faire revivre le droit antérieur⁵⁵. Cette dernière solution nous semble la plus conforme à la nature de l'exception d'illégalité, qui est de n'être qu'un moyen au soutien d'une demande principale. La portée de ces effets matériels serait toutefois renforcée : la déclaration d'illégalité permettrait au juge de faire droit à des conclusions tendant à l'annulation par voie de conséquence des décisions administratives consécutives à l'acte déclaré illégal, intervenues en raison de cet acte ou qui n'auraient pu être prises en

50. CE, 28 déc. 2001, n° 205369, *Syndicat CNT-PTE, AJDA* 2002, p. 542, note B. Seiller.

51. En ce sens : L. Janicot et J.-C. Rotoullié, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », préc.

52. Sur ce principe : CE, Sect., 28 janv. 1966, n° 60273, *Société La Purfina française*, p. 68. La jurisprudence a admis une telle dérogation s'agissant des jugements de rejet pour incomptérence : CE, Sect., 17 juill. 2009, n° 288559, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Becker*, p. 283.

53. G. Peiser, « Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'Etat de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception », in *Mélanges Jean-Marie Auby, Dalloz*, 1992, p. 277 et s.

54. CE, Sect., 19 nov. 2021, *Association des avocats Elena France*, préc.

55. CE, Ass., 18 janv. 1980, n° 14397, *Bargain*, p. 29 ; CE, Sect., 28 avr. 2014, n° 357090, *Anschling*, RFDA 2014, p. 512, concl. M.-A. de Barmon ; p. 721, note B. Seiller ; AJDA 2014, p. 1264, chron. A. Bretonneau et J. Lessi.

son absence (le champ d'application de l'annulation par voie de conséquence couvrant celui de l'exception d'illégalité)⁵⁶. Ce renforcement doit toutefois être relativisé : outre le fait que cette annulation par voie de conséquence n'affecterait pas les décisions administratives définitives⁵⁷, la reconnaissance d'une autorité absolue pourrait être assortie de la reconnaissance d'un pouvoir de modulation temporelle.

Inauguré par la décision *Association AC!* de 2004 à propos de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir⁵⁸, étendu à l'ensemble des actes administratifs, unilatéraux ou contractuels⁵⁹ ainsi qu'au prononcé de l'abrogation d'un acte réglementaire par le juge de l'excès de pouvoir⁶⁰, ce pouvoir n'a pas été reconnu au juge de l'exception d'illégalité. Cela s'explique précisément en raison de la portée seulement relative de la déclaration d'illégalité : destiné à tempérer les atteintes excessives causées à la sécurité juridique par l'annulation *erga omnes* d'un acte administratif, ce pouvoir serait d'une utilité limitée au regard de la portée seulement relative de la déclaration d'illégalité⁶¹. A contrario, c'est l'effet abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi dans le cadre de la QPC et l'autorité absolue attachée à cette décision qui justifient la possibilité d'en

moduler les effets⁶², ainsi que pour les arrêts rendus par la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité⁶³, également revêtus de l'autorité absolue. La mise en œuvre de ce pouvoir est aujourd'hui bien maîtrisée par le juge administratif. En l'appuyant sur les mêmes motifs (la prise en compte des circonstances manifestement excessives pour la sécurité juridique de l'effet immédiat de la déclaration d'illégalité et l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire des effets de l'acte illégal) et en l'exerçant selon les mêmes modalités (soit la sauvegarde des actes adoptés sur le fondement de l'acte déclaré illégal, soit le report à une date ultérieure de l'effet de la déclaration d'illégalité), ce pouvoir pourrait être également reconnu au juge de l'exception d'illégalité.

Ces quelques réflexions ont permis de montrer que la reconnaissance d'une autorité absolue de chose jugée aux déclarations d'illégalité est parfaitement envisageable et que, sous réserve d'ajustements jurisprudentiels, elle ne bouleverserait pas les équilibres du procès administratif. Ici s'arrête le rôle de la doctrine et commence celui des requérants et du juge pour concrétiser cette proposition dans le droit positif.

-
56. CE, Sect., avis, 30 déc. 2013, n° 367615, *Okosun*; v. F. Alhama, « L'annulation des actes administratifs par voie de conséquence », *RFDA* 2022, p. 30.
57. Par ex., pas d'annulation par voie de conséquence des décisions définitives de nomination des candidats reçus au concours à la suite de l'annulation de la délibération du jury de concours : CE, Sect., 10 oct. 1997, n° 170341, *Lugan*.
58. CE, Ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC!* et autres, p. 162.
59. Reconnaissant ce pouvoir dans le contentieux des contrats administratifs : CE, Ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic Travaux Signalisation*, p. 360; CE, Ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, p. 509.
60. CE, Sect., 19 nov. 2021, *Association des avocats Elena France*, préc.
61. En ce sens : J.-H. Stahl et A. Courrèges, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA* 2004, p. 438.
62. Constit., art. 62, al. 2 et 3.
63. CJCE, 15 oct. 1980, n° 4/79, *Province agricole de Champagne*; ce pouvoir existe également dans le cadre des arrêts rendus sur renvoi en interprétation : CJCE, 8 avril 1976, n° 43/75, *Defrenne*.

Un article, une réforme

L'unification inutile du contentieux des contrats de la commande publique

Stéphane Braconnier

Agrégé de droit public

Président de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le contentieux des contrats de la commande publique occupe une place singulière en droit administratif français. Héritier d'une tradition où le contrat administratif, largement occulté par l'acte unilatéral, constituait un instrument marginal d'action publique, il s'est longtemps caractérisé par une double fragmentation. Fragmentation des voies de droit d'abord : la contestation entourant le contrat pouvait emprunter soit le recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes dits « détachables », soit l'action en nullité ou en responsabilité contractuelle, soit encore, à partir de 1991, des référés divers, notamment le référé précontractuel. Fragmentation des compétences juridictionnelles ensuite : si le juge administratif est, depuis toujours, le juge « naturel » des contrats administratifs, certains contrats, pourtant passés par des personnes publiques, échappent à la qualification de contrats administratifs et, partant, à la compétence du juge administratif¹. De même, une partie non négligeable des contrats soumis au code de la commande

publique est passée par des personnes privées et donne conséquemment naissance, le critère organique n'étant pas rempli, à des contrats de droit privé de la commande publique, qui relèvent, en cas de litige, de la compétence exclusive du juge judiciaire.

De surcroît, depuis deux décennies, le contentieux des contrats administratifs a été profondément recomposé. Sous l'influence du droit de l'Union européenne, le législateur français et, plus encore, le juge administratif, ont, de concert, créé un bloc homogène de recours spécifiques (référé précontractuel et référé contractuel) et imposé l'exigence d'un contentieux efficace et rapide au profit, notamment, des candidats évincés des procédures de passation des marchés publics. Le Conseil d'État a ainsi bâti une véritable « constitution contentieuse du contrat »², à travers des arrêts de principe : SMIRGEOMES (2008)³, qui a rationalisé l'intérêt à agir des candidats évincés dans le cadre du référé précontractuel ; Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe

1. Sur cette question : H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., Dalloz, 2024, p. 112 et s.

2. V. notre ouvrage, *Précis du droit de la commande publique*, 8^e éd., Le Moniteur, 2025, p. 515 et s.

3. CE, Sect., 3 oct. 2008, n° 305420, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du Secteur Est de la Sarthe [SMIRGEOMES]*, RFDA 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta, et p. 1139, note P. Delvolvè; *Contrats et marchés publics* 2008, comm. 264, note J.-P. Piétri; RDI 2008, p. 499, obs. S. Braconnier; AJDA 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber; Dr. adm. 2008, comm. 154, comm. B. Bonnet et A. Lalanne.

(2007)⁴, qui a ouvert aux concurrents évincés un recours de plein contentieux contre le contrat; Béziers I (2009)⁵ et Béziers II (2011)⁶, qui ont redéfini l'office du juge saisi par les parties au contrat; enfin Tarn-et-Garonne (2014)⁷, qui a ouvert aux tiers lésés un recours objectif de plein contentieux en contestation de validité du contrat, en lieu et place du classique recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, devenu résiduel. L'ensemble a ainsi substitué à l'éparpillement d'actions un système lisible et plus sécurisé⁸. Le juge du contrat, saisi en plein contentieux, dispose désormais d'une gamme de prérogatives allant de l'annulation du contrat à sa régularisation, en passant par la résiliation ou la modulation temporelle des effets de ses décisions.

Cette unification « par les voies de droit » n'a cependant pas entraîné une unification totale du contentieux au profit du juge administratif et a donc laissé perdurer la fragmentation juridictionnelle mentionnée plus haut. En effet, la commande publique ne se réduit pas aux contrats administratifs conclus par des personnes publiques (CCP, art. L. 6 : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs »). Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices peuvent aussi être des personnes privées, par exemple des sociétés d'économie mixte, parfois soumises aux règles de la commande publique, mais concluant des contrats de droit privé dont le contentieux, en référé ou au fond, relève de la compétence du juge judiciaire. Autrement dit, il existe, au sein

des contrats de la commande publique, une ligne-frontière entre les contrats, les plus nombreux, qui relèvent, par détermination de la loi, de la compétence du juge administratif parce qu'ils sont conclus par des personnes publiques, et ceux, beaucoup moins nombreux, dont le contentieux appartient au juge judiciaire parce qu'ils sont conclus par des personnes privées et échappent, à ce titre, à la qualification législative de l'article L. 6 susvisé.

Conséquence de l'application rigoureuse des règles de répartition du contentieux, la persistance, dans le champ des contrats de la commande publique, d'un îlot de compétence au profit du juge judiciaire forme, à l'évidence, un facteur de complexité. Aussi, animé de la volonté légitime de faciliter aux opérateurs économiques l'identification du juge compétent en cas de contentieux afférant à un marché ou une concession soumis au code de la commande publique, le législateur a envisagé, en 2024, de prolonger le processus initié en 2016 et d'unifier l'ensemble du contentieux des contrats de la commande publique en le confiant au juge administratif (Projet de loi, AN, n° 550 de simplification de la vie économique, 24 avril 2024, art. 5).

Mais l'enfer juridique étant souvent pavé de bonnes intentions politiques, cet objectif s'est rapidement avéré pernicieux, le rattachement forcé au juge administratif des contrats de la commande publique impliquant une remise en cause des principes organiques de répartition des compétences qui, en dépit de leur caractère parfois abscons, présentent néanmoins l'avantage d'éviter les fictions juridiques. En raison de l'insé-

-
4. CE, Ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe, Lebon*, p. 360; RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, et p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud et p. 935, note Canedo-Paris; AJDA 2007, p. 1497, obs. S. Braconnier, et p. 1588, chr. Lénica et Boucher; RIEP 2007, p. 267, note Delvolvé; *Contrats et marchés publics* 2007, comm. n° 154, note Piétri; JCP A 2007, 2212, note Lindtch, B/CP 2007, p. 391, obs. CM, Terneyre et Schwartz; D. 2007, p. 2500, note Capitant; Dr. adm. 2007, comm. 142, note Cossalter; RDP 2007, p. 1383, note Melleray; JCP G 2007, II, 10156, note Ubaud-Bergeron et 10160, note Seiller; JCP G 2007, I, 193, chr. Plessix; LPA 2007, n° 167, p. 3, note Chaltiel et n° 181, p. 6, note Glatt; RDC 2008, p. 465, note Rolin; RDI 2007, p. 429, note Dreyfus.
 5. CE, Ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, AJDA 2010, p. 142, chron. J. Liéber, D. Botteghi, F. Llorens et P. Soler-Couteaux et comm. 123, Ph. Rees; JCP A 2010, p. 2072, note F. Lindtch; RFDA 2010, p. 519, note D. Pouyaud.
 6. CE, Sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers* (affaire dite « Béziers II »), Lebon, p. 117; *Contrats et marchés publics* 2011, comm. 150, note J.-P. Pietri; AJDA 2011, p. 665, chron. A. Lallet et X. Domino; AJCT 2011, p. 291, note J.-D. Dreyfus; Dr. adm. 2011, comm. 46, note F. Bremet et F. Melleray; JCP G 2011, 658, note M. Ubaud-Bergeron; JCP A 2011, 2171, note F. Lindtch; RDI 2011, p. 270, note S. Braconnier; RFDA 2011, p. 518, note Pouyaud.
 7. CE, 4 avr. 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 945, tribune S. Braconnier, et p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi; D. 2014, p. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet et A. Dizier; RDI 2014, p. 344, obs. S. Braconnier; AJCT 2014, p. 375, obs. S. Dyens, et p. 380, interview S. Hul, et p. 434, Prat. O. Didriche; RFDA 2014, p. 425, concl. B. Dacosta, et p. 438, note P. Delvolvé; RTD com. 2014, p. 335, obs. G. Orsoni.
 8. S. Braconnier, « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation », AJDA 2014, n° 17, p. 945.

curité juridique et de l’alourdissement des charges administratives que l’adoption d’une telle mesure a été suspectée de faire peser sur les entreprises co-contractantes et les acheteurs de droit privé (*vº infra*), cette unification a été supprimée lors de l’examen du texte par le Sénat (Texte n° 8 adopté par le Sénat le 22 octobre 2024), suppression ensuite confirmée par l’Assemblée nationale (Texte n° 144, adopté le 17 juin 2025).

Alors que le texte est toujours en discussion au Parlement, la dialectique qu’il soulève demeure pourtant pleinement d’actualité : l’unification des voies contentieuses de la commande publique doit-elle s’accompagner d’une unification totale de la compétence juridictionnelle, au profit du juge administratif ?

Si une partie de la doctrine a pu souhaiter une telle évolution pour garantir la cohérence et la lisibilité du contentieux, cette perspective nous semble devoir être résolument écartée. Le juge administratif ne peut en effet absorber l’ensemble du contentieux sans heurter les fondements du dualisme juridictionnel, qui reposent, à titre principal, voire exclusif, sur la nature des actes contestés.

Il est utile de rappeler, ici, l’assertion de Chapus selon laquelle « ce sont assurément les tribunaux judiciaires qui sont normalement compétents pour connaître des actions engagées contre les personnes privées ordinaires », ainsi que l’idée selon laquelle « le juge administratif ne peut connaître que des activités de l’administration »⁹ et le principe posé par Odent, en écho à celui consacré par l’arrêt Blanco de 1873, en vertu duquel la détermination du juge compétent dépend du point de savoir « si la solution du litige met en cause des questions de droit public ou de droit privé ».

Le juge administratif n’est ainsi compétent que lorsque sont en cause des actes qui concentrent, à la fois, la présence d’une personne publique, l’intérêt général et la puissance publique, le critère organique, rationnel et objectif (*vº TC, 12 avril 1976, Sté des Établissements Méhut c/ Commune de Neuves-Maisons*) apparaissant comme la première des conditions à cette compétence.

Or, force est de constater que les contrats de la commande publique, qui ont, à l’exclusion des

marchés publics de travaux publics, longtemps été considérés comme des contrats « ordinaires » échappant à l’emprise du droit et du juge administratifs, ne sont pas au nombre des actes qui, par la force de l’évidence, devraient nécessairement et intégralement relever de la compétence du juge administratif, surtout lorsqu’ils sont conclus par des personnes privées.

Si le contentieux des contrats de la commande publique s’est fortement unifié par les voies de droit et par l’office du juge du contrat (I), il demeure nécessaire de maintenir une dualité juridictionnelle, notamment pour les contrats de droit privé passés par des personnes privées. L’unification contentieuse de la commande publique ne peut être totale (II).

I. L’unification des voies contentieuses : cohérence

L’unification du contentieux des contrats de la commande publique s’est d’abord opérée, non pas par un bouleversement de la compétence juridictionnelle, mais par la rationalisation et l’harmonisation des voies offertes aux opérateurs économiques et, plus largement, aux parties à ces contrats, pour contester, notamment, leurs modalités de passation. L’objectif poursuivi, sous l’influence du droit européen, était clair : assurer l’effectivité des recours et la sécurité juridique des relations contractuelles. L’éclatement ancien entre recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, action en responsabilité et contestations diverses a ainsi progressivement cédé la place à un contentieux unifié, centré sur le juge du contrat et fondé sur le plein contentieux. Deux dynamiques sont ici apparues déterminantes : la rationalisation des recours liés à la passation des contrats de la commande publique (A) et la consécration d’un plein contentieux objectif et subjectif, appuyé sur un office rénové du juge, en ce qui concerne l’exécution (B).

A. La rationalisation des recours liés à la passation des contrats de la commande publique

La première étape du mouvement d’unification se situe dans la phase de passation des contrats.

9. *Traité de droit administratif*, t. 1, n° 515.

Les directives « Recours » n° 89/665/CEE et n° 92/13/CEE, profondément modifiées par la directive n° 2007/66/CE, ont imposé aux États membres le déploiement de recours rapides, efficaces et proportionnés contre les manquements aux règles de publicité et mise en concurrence. La France a transposé ces exigences en introduisant deux mécanismes : le référé précontractuel d'abord, le référé contractuel ensuite.

Le référé précontractuel (CJA, art. L. 551-1 et s. et ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009, art. 2) permet de suspendre une procédure de passation avant la signature du contrat, lorsque des irrégularités sont identifiées par un candidat. Il constitue un instrument de prévention, dont l'efficacité repose sur la célérité et l'ampleur des pouvoirs du juge : suspension, injonctions, mesures correctrices. Le référé contractuel, introduit par l'ordonnance susvisée du 7 mai 2009, intervient quant à lui après la signature du contrat, afin de sanctionner les manquements les plus graves (absence de publicité, signature prématuée malgré un référé en cours). Le juge peut prononcer la nullité du contrat, réduire sa durée ou infliger une amende civile à l'acheteur.

La jurisprudence *SMIRGEOMES* de 2008¹⁰ a, en ce qui concerne les contrats administratifs, renforcé la rationalisation du système en limitant la recevabilité des moyens. Le Conseil d'État a ainsi décidé que le concurrent évincé ne peut invoquer utilement que les manquements qui l'ont lésé ou sont susceptibles de le lésé. Ce « filtre de l'intérêt lésé » a permis d'éviter les recours dilatoires et de préserver l'efficacité économique du référé.

Ces deux recours constituent une première unification fonctionnelle : qu'il s'agisse de contrats passés par une personne publique ou par une personne privée agissant comme pouvoir adjudicateur, ils sont accessibles devant le juge compétent (administratif ou judiciaire), avec des pouvoirs identiques. L'unification réside donc moins dans l'unicité de juge que dans l'homogénéité des mécanismes disponibles et des garanties offertes.

B. La consécration d'un plein contentieux unifié au profit d'un office renoué du juge

La seconde étape du processus d'unification s'est manifestée par l'abandon de la logique des actes détachables et le renforcement de l'office du juge du contrat. L'arrêt *Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* de 2007¹¹ a ainsi ouvert aux concurrents évincés un recours de plein contentieux contre le contrat, rompant avec la technique classique du recours pour excès de pouvoir contre la décision de signer. Cette solution répondait à une double exigence : d'une part, renforcer la lisibilité et l'efficacité du contentieux ; d'autre part, respecter le droit au recours effectif imposé par le droit européen.

Ce mouvement a été amplifié par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* de 2014¹², qui a consacré un véritable recours objectif en contestation de validité du contrat, identique à celui qui est accessible devant le juge judiciaire : tout tiers susceptible d'être lésé de manière directe et certaine par un contrat peut désormais en contester la validité devant le juge du contrat, qui dispose alors de pouvoirs étendus lui permettant de prononcer l'annulation, la résiliation, la régularisation de certaines clauses, tout en modulant dans le temps la portée de ses décisions.

Parallèlement, l'office du juge a été profondément transformé par les arrêts *Commune de Béziers I* (2009)¹³ et *Béziers II* (2011)¹⁴. Dans le premier, le Conseil d'État a privilégié la stabilité des relations contractuelles, en recherchant si une régularisation est possible plutôt que d'annuler purement et simplement le contrat. Dans le second, il a reconnu aux parties la possibilité de demander la reprise des relations contractuelles en cas de résiliation illégale. Ces arrêts traduisent une nouvelle philosophie : la stabilité contractuelle et l'intérêt général prennent sur la sanction automatique de l'irrégularité.

Le plein contentieux a ainsi uni, en contentieux administratif des contrats, les recours ouverts aux parties et aux tiers. Le juge du contrat, quel qu'il soit, est désormais doté d'un

10. CE, Ass., 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

11. CE, Ass., 16 juill. 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, préc.

12. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

13. CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers I*, préc.

14. CE, Ass., 21 mars 2011, *Commune de Béziers II*, préc.

office complet, cohérent et homogène pour traiter, en amont de la passation ou durant la phase d'exécution, tous les litiges susceptibles de naître d'un contrat de la commande publique.

Cette évolution du contentieux administratif des contrats a indiscutablement rapproché l'office du juge administratif de celui du juge judiciaire. Les contrats de la commande publique, qu'ils soient administratifs ou privés, sont désormais traités dans un cadre contentieux similaire, concentré autour du juge des référés d'une part, du juge du contrat d'autre part. Il est donc possible d'affirmer que le contentieux des contrats de la commande publique est désormais unifié au niveau des voies contentieuses ouvertes, soit aux opérateurs économiques évincés, soit aux parties. Mais cette unification demeure essentiellement procédurale et ne peut remettre en cause la dualité des ordres de juridiction qui, elle, nous semble devoir perdurer.

II. Les limites de l'unification : permanence

L'idée d'une unification totale, au profit du juge administratif, peut séduire par sa simplicité apparente, notamment si n'est pris en considération que le contentieux de la passation. Elle est toutefois contraire à la logique profonde du droit administratif, qui repose sur un partage de compétences justifié par la nature même des contrats. Dans le champ de la commande publique, plusieurs hypothèses démontrent que le rattachement automatique de tous les litiges contractuels au juge administratif serait artificiel, en particulier ceux qui se produisent durant la phase d'exécution.

A. Les contrats de droit privé de la commande publique conclus par des personnes privées

Un premier exemple est celui des personnes privées agissant en tant que pouvoirs adjudicateurs.

Tel est le cas, par exemple, des sociétés d'économie mixte ou des sociétés publiques locales, qui sont soumises au code de la commande publique mais concluent des contrats de droit privé. Le contentieux de ces contrats ressortit donc naturellement à la compétence du juge judiciaire, sauf hypothèse où ils présentent les caractéristiques d'un contrat administratif par application des critères du contrat administratif ou par détermination de la loi. Le critère organique demeure ici dominant.

La jurisprudence ancienne *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* (1956)¹⁵ avait reconnu la nature administrative d'un contrat conclu entre deux personnes privées lorsqu'il confiait à l'une d'entre elles l'exécution même d'un service public. Mais cette solution est restée marginale et n'a jamais vraiment prospéré. De manière encore plus significative, l'arrêt *Société Entreprise Peyrot* (1963)¹⁶ avait admis que les contrats conclus par des sociétés concessionnaires d'autoroutes, bien que personnes privées, devaient être considérés comme des contrats administratifs en raison de leur objet, lié à la construction et l'entretien des autoroutes, mission éminemment publique. Cette fiction juridique a longtemps permis de rattacher à la compétence du juge administratif des contrats qui, en principe, auraient dû relever du juge judiciaire.

Par souci de clarté, le Conseil d'État a préféré abandonner cette fiction juridique en 2015 avec l'arrêt *Rispal*¹⁷, qui juge que les contrats conclus entre une société concessionnaire d'autoroute et une autre personne privée demeurent, parce qu'ils sont conclus entre deux personnes privées, des contrats de droit privé. Ce revirement a été motivé par la prévalence du critère organique, traditionnel en droit administratif, et la volonté de revenir à une logique plus respectueuse de la répartition des compétences et de la nature des cocontractants. Il illustre la résistance de la logique dualiste face à des tentatives d'unification forcée et, par construction, artificielle.

15. CE, Sect., 8 juill. 1956, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, R, 48; CJEG 1973, 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron; AJDA 1973, 358, chron. Léger et Boyon; JCP 1974, II, 17629, note Pellet; RA 1973, 633, note Amselek.

16. CE, Sect., 8 juill. 1963, *Société Entreprise Peyrot*, R, 603; D. 1963, p. 534, concl. Lasry, note Josse; GAJA, n° 82, p. 545; RDP 1963, 767, note Fabre et Morin, 776, concl. Lasry; AJDA 1963, 463, chr. Gentot et Fourré; JCP 1963, II, 13375, note Auby; S 1963, 273, concl. Lasry; GP 1964, II, 58, note Blaivoet; v° également : CE, Sect., 3 mars 1989, *Soc. des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, R, 69, concl. Guillaume; AJDA 1989, 391, note Dufau; RFDA 1989, 619, note Pacteau; JCP 1989, II, 21323, note Level; RA 1989, 167, note Foussard.

17. CE, Ass., 9 mars 2015, *Rispal c/ Société des Autoroutes du Sud de la France*, n° 388806, RFDA 2015, p. 265, concl. N. Escaut, note M. Canedo-Paris.

B. La spécificité du droit de la responsabilité contractuelle

Une autre difficulté réside dans le régime de la responsabilité contractuelle. Lorsque le contrat de la commande publique est un contrat de droit privé, c'est naturellement le juge judiciaire qui est compétent pour en connaître, notamment dans les litiges opposant l'acheteur privé et son cocontractant. Forcer le transfert de compétence au juge administratif reviendrait à appliquer à des contrats privés des règles qui lui sont étrangères, en contradiction avec la logique du dualisme juridictionnel, fondé sur la règle ancienne selon laquelle la compétence suit le fond¹⁸.

La jurisprudence du Tribunal des conflits est ici éclairante. Dans sa décision Société Axa France IARD de 2014¹⁹, celui-ci a défini la notion de « contrat administratif par accessoire », en jugeant qu'un contrat d'assurance conclu par une personne publique pour les besoins d'un service public pouvait relever du juge administratif. Mais cette extension reste encadrée et limitée à des hypothèses précises. Il démontre ainsi que, si des ajustements ponctuels sont envisageables, une absorption complète du contentieux par le juge administratif n'est ni nécessaire ni cohérente.

De ce point de vue, la réforme envisagée semble n'avoir été inspirée que par la volonté d'unifier le contentieux de la passation qui, pour important qu'il soit, n'est pas le seul contentieux afférent aux contrats, publics ou privés, de la commande publique. En effet, le contentieux de l'exécution continue à dominer assez largement les litiges soumis au juge. Or, rien ne paraît justifier que ces derniers qui, dans le cas des contrats privés de la commande publique, opposent des personnes privées, ne soient, à la faveur d'une translation globale de compétence au profit du juge administratif, soumis la compétence exclusive de ce dernier. Si les règles de passation, d'ordre public et dérogatoires aux modalités ordinaires de passation des contrats privés, pourraient, à la faveur d'une interprétation extensive du « régime exorbitant du droit commun » (*vº supra*), justifier la compétence du juge administratif, il n'en va pas de même de la responsabilité contractuelle qui, dès lors qu'elle oppose des

personnes privées, doit relever, *a priori*, du seul droit privé et de la compétence exclusive du juge judiciaire. On voit mal ce qui justifierait que soient appliqués à ces litiges purement privés des règles de droit public relevant de la compétence du juge administrative et la justifiant même.

De même, si la compétence du juge administratif était consacrée en ce qui concerne le contrat privé « initial » de la commande publique, celui-ci demeurerait-il compétent pour juge des avenants successifs, de droit privé, susceptibles d'être conclus ? La question mérite d'être posée.

Enfin, il convient de rappeler que le dualisme juridictionnel n'est pas un archaïsme mais une garantie. Il repose sur la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, qui posent la séparation entre fonctions administratives et fonctions judiciaires. Si, dans certains cas, cette séparation engendre une complexité pour les opérateurs économiques, elle demeure un principe structurant de l'ordre juridique français. L'unification contentieuse ne doit pas se traduire par une remise en cause de ce socle, sauf à créer de nouvelles incertitudes. À cet égard, la suppression par le Sénat, de l'article du projet de loi confiant au juge administratif l'intégralité du contentieux des contrats de la commande publique illustre heureusement la prévalence de cette logique sur laquelle il est important de ne pas revenir.

L'évolution du contentieux des contrats de la commande publique témoigne ainsi d'une tension permanente entre efficacité et respect des principes fondamentaux. L'unification procédurale, largement réalisée grâce au recours au plein contentieux et à la redéfinition de l'office du juge, a permis d'atteindre l'objectif de lisibilité et de rationalité. En revanche, l'unification juridictionnelle, qui aurait consisté à confier à un seul juge l'ensemble du contentieux, aurait constitué une rupture avec les fondements du droit administratif français.

Le maintien de la dualité juridictionnelle, aussi imparfait soit-il, demeure donc nécessaire. Il préserve la logique organique et matérielle du contentieux administratif et judiciaire, tout en offrant, grâce à la convergence des offices du juge, une cohérence pratique suffisante pour répondre aux attentes des opérateurs écono-

18. V. ci-dessus, Introduction.

19. TC, 13 oct. 2014, n° C3964, Société Axa France IARD c/ MAIF, DA 2015, comm. 3, note Brenet.

miques. **L'unification juridictionnelle est donc, à l'évidence, une réforme à ne pas mettre en œuvre.** Au total en effet, une telle réforme risque fort de s'avérer décevante, pour ne pas dire trompeuse : des avantages limités n'en seront tirés qu'au prix d'une remise en cause de principes fondateurs du droit administratif et,

partant, d'un obscurcissement du droit positif. À l'inverse, le dispositif actuel, qui préserve les critères de répartition des compétences, notamment le critère organique, nous semble beaucoup plus intelligible. Il forme un rempart utile contre l'émergence d'un nouvel oxymoron juridique.

Un article, une réforme

Pour une véritable réforme du droit des avant-contrats

Antoine Touzain¹

Professeur agrégé à l'Université Rouen Normandie
Membre du CUREJ UR 4703

Maxime Cormier

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas
Membre du Laboratoire de droit civil et membre associé
de l'Institut de droit comparé

1. Contre la réforme de la réforme du droit des contrats.

Alors que se profile le 10^e anniversaire de la réforme du droit des contrats réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016², elle-même ratifiée par une loi du 20 avril 2018³, évoquer la réforme du droit commun des contrats pourrait paraître malvenu. L'heure ne devrait-elle pas seulement être aux célébrations ? Au-delà, plus prosaïquement, s'engager dans une réforme de la réforme du droit des contrats pourrait présenter une opportunité douteuse. D'abord, une nouvelle réforme serait synonyme d'instabilité normative et donc source, dans une certaine mesure, d'insécurité juridique. Les arguments des partisans d'une « ratification sèche »⁴ de l'ordonnance du 10 février 2016 résonnent encore.

Ensuite, si un effort législatif devait être fait en droit des obligations, ce serait plutôt sur le terrain du droit des contrats spéciaux ou sur celui du droit de la responsabilité civile. Alors que la rénovation du premier terrain est engagée, à la suite de l'*Offre de réforme* de l'Association Henri Capitant⁵ et de l'*Avant-projet de réforme* rédigé à la demande de la Chancellerie par une commission présidée par le Professeur Stoffel-Munck⁶, des mouvements se font parfois ressentir sur le second depuis le projet de réforme présenté en mars 2017⁷. Pourquoi donc réformer le droit commun des contrats alors qu'il devient pressant de sortir les autres branches du droit des obligations de leur état de quasi-léthargie législative ? Enfin, dans une période où la doctrine renoue

-
1. La réflexion du co-auteur s'est nourrie de sa mission auprès de la Chancellerie, dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux, et spécialement des riches discussions menées avec Isabelle, Jules et Olivier, qu'il remercie chaleureusement.
 2. Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
 3. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.
 4. N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2017, act. 1045.
 5. Association Henri Capitant, *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, 2020.
 6. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, 2022.
 7. V. en dernier lieu la proposition de loi n° 1829, déposée le 16 sept. 2025 par Sacha Houlié, visant à Réformer le régime de la responsabilité civile et à améliorer l'indemnisation des victimes (v. P. Januel, « Une proposition de loi pour sauver la réforme de la responsabilité civile », *Dalloz actualité* 8 sept. 2025).

avec l'analyse exégétique en matière contractuelle⁸, son attention serait mieux dirigée vers un approfondissement du sens des textes plutôt que vers leur réécriture.

2. Pour la réforme de la réforme du droit des contrats. Les arguments qui viennent s'opposer à l'idée d'une réforme de la réforme du droit des contrats ne peuvent emporter l'adhésion. À l'évidence, les membres de la doctrine ne sauraient être relégués au rang de commentateurs dociles des articles du Titre 3, Livre III, du Code civil. L'éthique de l'exégèse, qui devrait exister⁹, ne doit pas annihiler la force créatrice des auteurs et donc empêcher toute réflexion autour d'une réforme de l'ordonnance du 10 février 2016. Au demeurant, il serait pour le moins surprenant qu'une communauté ayant goûté pendant aussi longtemps à la liberté, à cause de l'inertie législative, tombe dans l'enfermement par le seul réveil du législateur. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer la Cour de cassation qui a joui de la même liberté et qui n'hésite pas à retoucher certains des textes de la réforme pourtant clairs¹⁰. Plus encore, si l'attention est redirigée sur le législateur, une réforme de la réforme présenterait d'indéniables avantages par rapport à une évolution de la matière qui serait le fait de la jurisprudence. Cette évolution est impérative afin de remédier aux oubliés et scorées du nouveau droit existants à son entrée en vigueur ou bien apparus ultérieurement. L'avantage essentiel de l'intervention du législateur est d'éviter les écueils de la construction jurisprudentielle des règles normatives : nul besoin d'attendre qu'un litige se noue sur le sujet attendu, que la question posée à la Cour de cassation permette d'appréhender effectivement ce sujet, et que la réponse alors apportée par les juges du droit soit satisfaisante. La parole du législateur est bien moins contingente et les remous liés à l'instabilité législative alléguée sont plus relatifs que ceux engendrés par un tissu normatif troué que le juge voudrait rapiécer. Nulle surprise donc que le législateur se soit déjà

engagé dans une réforme d'une réforme : il l'a fait il y a peu pour le droit des sûretés, l'ordonnance du 15 septembre 2021¹¹ venant corriger certains points déjà envisagés par la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006¹². Outre que le texte le plus récent a réformé les pans de la matière qui n'avaient pas pu l'être en 2006, faute d'habilitation suffisante, il est venu procéder à des ajustements du droit des sûretés réellement à la fois structurels et substantiels comme en témoigne l'article 2414 du Code civil qui autorise désormais l'hypothèque sur immeuble futur. Une voie similaire pourrait être suivie par le législateur pour le droit commun des contrats, un besoin de réforme de la réforme se faisant ressentir sur certaines questions.

3. Le besoin d'une réforme du droit des avant-contrats. S'il n'est pas exclu de réformer les dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016, il reste à identifier les points du droit commun des contrats qui doivent être retouchés. Il suffit de quelques instants pour se rendre compte que bien des questions pourraient repasser entre les mains du législateur. Évidemment, il y a les mécanismes qui reposent sur des choix politiques, comme la révision pour imprévision consacrée à l'article 1195 du Code civil, qui laissent toujours une place à l'amendement. Ce n'est pas tout : les mécanismes *a priori* plus techniques peuvent également être remis sur le métier pour des raisons diverses. Si le regard se porte sur les sanctions de l'inexécution, outre la construction d'un droit de la responsabilité contractuelle s'articulant effectivement avec les articles 1217 et suivants du Code civil, la perfection de certaines dispositions est nécessaire. Il en va ainsi de l'article 1221 du Code civil qui a créé un contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée du contrat sans préciser si celui-ci est d'ordre public, la question étant à la fois débattue et cruciale¹³. La présente contribution envisagera plutôt la conclusion du contrat et s'attachera à proposer une réforme du droit des

8. V. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 14.

9. V. not. F. Chénédé, *Droit des obligations et des contrats*, 3^e éd., Dalloz, 2023, n° 002.05.

10. V. par ex. Com., 14 mai 2025, n° 23-17.948.

11. Ord. n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

12. Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

13. V. M. Cormier, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, LGDJ, 2022, préf. D. Mazeaud et Th. Genicon, n° 769 et s.

avant-contrats. La matière a fait une entrée remarquée dans le Code civil à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016, à double titre. D'abord, alors que les rédacteurs du Code civil de 1804 ont très largement gardé le silence sur la période qui précède la conclusion du contrat, les rédacteurs du nouveau droit des contrats ont œuvré pour la consécration législative de ses points saillants : la négociation du contrat¹⁴, l'offre et l'acceptation¹⁵, la conclusion du contrat par voie électronique¹⁶, et les avant-contrats¹⁷. Connus de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine, ces derniers engagements font ainsi désormais l'objet de dispositions législatives. Ensuite, cette entrée a été remarquée dans la mesure où elle s'est essentiellement appuyée sur des arrêts de la Cour de cassation relatifs au pacte de préférence¹⁸ et à la promesse unilatérale¹⁹, afin de respectivement consolider²⁰ et renverser²¹ les solutions posées par le juge. Sans doute est-ce dans cette « méthode » qu'il faut trouver l'origine des maux qui affectent aujourd'hui les articles du Code civil consacrés aux avant-contrats. Ces maux sont connus : absence injustifiée de disposition dédiée à la promesse synallagmatique dans le droit commun des contrats, inefficacité de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence et, surtout, mutisme des articles du Code civil sur des aspects essentiels des outils contractuels comme la durée des avant-contrats ou le sort de certains engagements pris à leur occasion. Pour le dire autrement, le législateur n'a pas réalisé « un effort supplémentaire d'induction vers une catégorie générale » d'avant-contrat²². C'est dire qu'il

existe un besoin de réforme de la réforme du droit des contrats quant aux avant-contrats et qu'il serait opportun que le législateur intervienne, les réponses apportées par la jurisprudence à certains égards n'emportant pas l'adhésion²³.

4. La place de la réforme du droit des avant-contrats. S'il s'agit de réformer les règles dédiées aux avant-contrats dans le Code civil, il semble logique que le fruit de la réforme se trouve dans le droit commun des contrats. L'assertion n'est pas si évidente : il est envisageable que le pacte de préférence et les promesses aient davantage leur place dans le droit des contrats spéciaux. Un tel rattachement peut s'expliquer de plusieurs manières. Dans une perspective relativement historique, avant l'ordonnance du 10 février 2016, les avant-contrats étaient appréhendés dans le cadre du droit des contrats spéciaux et en particulier celui du droit de la vente. L'*Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* semble s'inscrire dans cette lignée puisqu'il propose de consacrer des textes dédiés aux avant-contrats pour certains contrats spéciaux : le contrat de vente serait ainsi doté de dispositions pour le pacte de préférence²⁴, la promesse unilatérale²⁵ et la promesse synallagmatique²⁶ ; les contrats de prêt et de dépôt se verrait attribuer des articles pour la seule promesse unilatérale²⁷. S'il faut saluer la volonté de l'*Avant-projet de réforme* d'amender le droit des avant-contrats, ce que n'avait pas envisagé de faire l'*Offre de réforme*, les modalités proposées – justifiées par l'ordre de mission qui avait été donné à la commission – attirent les critiques. L'éclatement des règles

14. C. civ., art. 1112 à 1112-2.

15. C. civ., art. 1113 à 1122.

16. C. civ., art. 1125 à 1127-4.

17. C. civ., art. 1123 et 1124.

18. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2006, 10142, comm. L. Leveneur ; *Dr. et patr. oct.* 2006, p. 93, obs. Ph. Stoffel-Muñck ; *GA/C*, t. II, 14^e éd., Dalloz, 2024, par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, n° 163.

19. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1995, p. 87, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1994, p. 584, obs. J. Mestre.

20. C. civ., art. 1123.

21. C. civ., art. 1124.

22. S. Pellet, « Négociations et avant-contrat », in M. Latina (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 25, spéc. p. 31.

23. V. par ex., sur la durée du pacte de préférence, *infra* n° 7.

24. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1585 et 1586.

25. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1589 à 1591.

26. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1587 à 1597-2.

27. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1877-1 et 1877-2 (promesse de prêt), art. 1921 et 1922 (promesse de dépôt).

ferait certainement naître des difficultés d'articulation normative entre le droit commun et le droit spécial, entre les contrats qui disposent de règles spéciales et ceux qui n'en sont pas dotés. Au-delà, à l'heure où la vente n'est plus nécessairement vue comme le contrat-moteur de la matière contractuelle, il y a peut-être un certain anachronisme dans l'idée que les règles posées à son sujet pourraient rayonner sur celles des autres contrats nommés ou non. En tout état de cause, la réforme du droit des avant-contrats manquerait en partie sa cible si elle n'aboutissait pas à la création d'un ensemble de règles cohérent et applicable à tous les contrats. Pour autant, ce parti pris ne signifie pas nécessairement que droit des contrats spéciaux et avant-contrats n'ont pas à être rapprochés. Il a ainsi été proposé de réformer ce droit en créant un Titre dans le Code civil qui viendrait aux côtés des Titres consacrés aux autres contrats spéciaux²⁸. Il est vrai que les avant-contrats sont des contrats à part entière et qu'ils font l'objet d'une réglementation par le Code civil, ce qui leur donne la qualité de contrats nommés à l'instar des contrats de mandat, d'entreprise ou de prêt. Comme ces derniers contrats, les avant-contrats mériteraient ainsi un Titre composé de trois paragraphes pour le pacte de préférence, la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique. Toutefois, il n'est pas obligatoire de ranger un contrat nommé parmi les contrats spéciaux : la cession de contrat régie par l'article 1216 du Code civil ne figure-t-elle pas au sein du droit commun des contrats ? Plus encore, l'opportunité du déplacement des règles relatives aux avant-contrats est discutable. Il serait dommage que les questions liées à la conclusion du contrat ne soient plus réunies en un même endroit ; ce serait revenir sur une avancée de l'ordonnance du 10 février 2016. Il y a un avantage à la fois pédagogique et technique au rapprochement des avant-contrats avec les autres règles liées à la conclusion du contrat. N'est-ce pas la comparaison entre la promesse unilatérale et l'offre de contracter qui a également permis de

mettre en évidence les errements de la jurisprudence vis-à-vis de la première ? Au-delà, il n'est pas certain que les avant-contrats soient des contrats nommés comme les autres et qu'ils mériteraient un Titre rangé parmi les contrats spéciaux. En effet, à la différence des autres contrats spéciaux qui s'appuient sur une opération économique au sens large – transférer la propriété d'une chose contre un prix pour la vente, effectuer une prestation matérielle contre un prix pour le contrat d'entreprise, etc. –, les avant-contrats tendent vers la réalisation d'une opération juridique spécifique, à savoir la conclusion d'un autre contrat, nommé ou pas. L'originalité de ce « contrat-moyen »²⁹, couplée avec l'opportunité de traiter en un même lieu la conclusion du contrat, plaide ainsi en faveur d'une appréhension des avant-contrats au sein du droit commun des contrats.

5. Des règles et des enseignements tirés de la réforme du droit des avant-contrats. L'élaboration d'un nouveau droit des avant-contrats devrait donc aboutir à la création de règles qui ont vocation à être insérées dans le droit commun des contrats, dans une sous-section renommée « Les avant-contrats » comptant plusieurs paragraphes. Au-delà de ce renouveau normatif, il y a ici l'occasion de tirer des enseignements pouvant être employés pour des réformes à venir. Assurément, puisque le premier grief adressé aux articles 1123 et 1124 du Code civil était d'avoir essentiellement « réagi » à la jurisprudence, il importe de proposer des règles qui dépassent les seules questions envisagées par les juges. À l'inverse, par « esprit d'économie législative »³⁰, il ne faudrait pas envisager les textes du Code civil comme des décalques des éléments tels qu'exposés dans les manuels. Les questions qui trouvent une réponse assez naturelle dans la liberté contractuelle ou dans d'autres règles du droit commun ne devraient pas avoir leur place dans la nouvelle Sous-section. C'est ainsi qu'il ne semble pas nécessaire de consacrer des règles aux contrats qui ont pour seul objet l'organisation

28. V. M. Latina, « Les avant-contrats : proposition de texte dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux », in H. Kassoul et D. Gantschnig (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, 2021, p. 81, spéc. n° 5 et s. Adde du même auteur les articles publiés sur *Dalloz actualité* à la suite de la diffusion de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux (Dalloz actualité 25 mai 2022, 8 juin 2022 et 13 juin 2022).

29. R. Libchaber, « Des moyens et des fins en matière de contrat », in *Mélanges Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 195.

30. G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323.

des négociations entre les parties³¹. Il est certain que cette approche est en partie subjective, voire arbitraire, car chacun voit les questions nécessitant l'intervention du législateur à sa porte. À l'épreuve du temps, les prédictions faites et dispositions prises pourraient ainsi s'avérer insuffisantes, nécessitant une nouvelle réforme. Il reste, pour l'heure, qu'il faut présenter la réforme du droit des avant-contrats en traitant successivement le pacte de préférence (I), la promesse unilatérale (II) et la promesse synallagmatique (III).

I. Le pacte de préférence

6. Maintien en l'état des éléments de l'article 1123 du Code civil. L'article 1123, consacré par l'ordonnance du 10 février 2016, ne mérite pas d'être rayé d'un trait de plume. La définition qu'il donne du pacte de préférence, dans son premier alinéa, est satisfaisante : si le verbe « traiter » n'est pas forcément très juridique, il est aisément de comprendre qu'il implique l'obligation pour le promettant de proposer prioritairement de contracter avec le bénéficiaire, la formulation permettant d'éviter une répétition. Quant à la « différence de structure » entre cette définition et celle de la promesse unilatérale qui serait « étrange », empêchant de distinguer leur différence « au premier coup d'œil, surtout pour un lecteur non averti »³², et sans nier la pertinence de la critique – si ce n'est que l'on peut douter que la définition du pacte de préférence soit destinée à un lecteur non averti –, il apparaît que le texte ne génère pas de difficulté particulière et qu'il ne serait probablement pas adéquat de procéder à une retouche à l'occasion d'une réforme, qui pourrait générer des incompréhensions. De même, il apparaît pertinent de maintenir

les éléments de régime des alinéas 2 à 4, quitte à leur apporter des précisions afin de renforcer leur efficacité³³. Plus généralement, et malgré l'importance fondamentale de la liberté contractuelle dans le pacte de préférence, la réforme serait l'occasion de venir préciser le régime non-contentieux comme contentieux de cet avant-contrat, pour éviter qu'il ne génère que de fausses espérances³⁴.

7. Durée du pacte de préférence. Au stade de la formation du pacte, la question la plus épingleuse est celle de sa durée. La doctrine a en effet souligné le danger d'un pacte à durée indéterminée, au regard de la faculté de résiliation unilatérale alors consacrée³⁵ : il suffit au promettant, en amont de la vente du bien, de procéder à la résiliation du pacte, ce dernier se trouvant privé de toute utilité³⁶, risque qui s'est confirmé dans la jurisprudence récente³⁷. L'applicabilité de la faculté de résiliation n'est pourtant pas aussi évidente qu'il y paraît, d'autant que la distinction des contrats selon leur durée déterminée ou indéterminée n'est pas une *summa divisio* : tous les contrats ne sont pas de durée³⁸. Le pacte de préférence s'inscrit en effet difficilement dans la distinction : tant que le promettant ne s'est pas décidé à vendre, le droit du bénéficiaire n'existe qu'en germe ; ce n'est que lorsque le promettant décide de vendre qu'il se concrétise³⁹. La jurisprudence a ainsi, par le passé, pu admettre la production d'effets d'un pacte 37 ans après sa conclusion⁴⁰. Cette solution est pertinente : elle est plus conforme à l'esprit du pacte et à son économie. Ce contexte étant rappelé, réformer les avant-contrats ne saurait se faire sans prendre parti sur cette question, à laquelle plusieurs réponses peuvent être apportées. La première consiste en l'érection d'une durée déterminée en

31. *Contra* R. Libchaber, *Le contrat au xxie siècle : L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020, n° 85.

32. M. Latina, « Les avant-contrats : proposition de texte dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux », préc., spéc. n° 10.

33. V. *infra* n° 9.

34. A. Tani, « Pacte de préférence ou fausse espérance ? », *D.* 2025, p. 1215.

35. C. civ., art. 1211.

36. En ce sens, v. not. J. Carbonnier, *RTD civ.* 1960, p. 323 ; Th. Genicon, *RDC* 2010, p. 32 ; S. Lequette, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, p. 491, spéc. n° 22.

37. Civ. 1^{re}, 25 sept. 2024, n° 23-14.777. On notera tout de même que, dans cette affaire, le promettant n'avait pas résilié, et s'était donc trouvé tenu par le pacte.

38. En ce sens, v. C. Grimaldi, « La durée en droit des contrats (contrats, obligations, prestations) », *D.* 2024, p. 778, spéc. n° 43 et s.

39. V. ainsi G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3^e éd., Dalloz, 2024, n° 253 : le pacte créerait une « obligation éventuelle », « latente », qui ne devient « effective » que si le promettant décide de vendre.

40. Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, *RTD civ.* 1960, p. 323, obs. J. Carbonnier.

condition de validité du pacte de préférence : cette solution a pour elle la clarté ; elle risquerait néanmoins de conduire à l'annulation de nombreux pactes⁴¹ (sauf à opter pour la réduction, mais à quelle durée ?), mais aussi de créer du contentieux sur la durée maximale autorisée (une préférence pour 90 ans serait-elle admissible ?). La deuxième consisterait à inscrire le pacte dans les contrats de durée, en rappelant la possibilité de l'affubler d'une durée déterminée et, à défaut, le jeu de la faculté de résiliation unilatérale sous réserve d'un préavis⁴² : il s'agirait alors d'une codification de la jurisprudence dans son dernier état, qui a pour elle de ne pas bouleverser les habitudes, mais qui a pour défaut de maintenir la discutable faculté de résiliation, qui vide pourtant largement le pacte de son intérêt⁴³. D'où une troisième voie, qui bousculerait sans nul doute les habitudes : admettre expressément la possible perpétuité de la préférence. Reste à vaincre l'argument de l'inconstitutionnalité : n'y aurait-il pas là une atteinte excessive à la liberté contractuelle ainsi qu'au droit de propriété du promettant ? Il est possible d'en douter, car il ne s'agit pas de supprimer la faculté de disposer de la chose mais seulement de renoncer pour l'avenir à la liberté de choisir son cocontractant, le promettant demeurant libre de ne pas contracter et, surtout, de déterminer le contenu du contrat projeté (le bénéficiaire pouvant se substituer au tiers, mais dans les conditions négociées entre ce dernier et le promettant). Cette voie supposerait évidemment de poser des garde-fous : il faudrait ainsi que la perpétuité ait été expressément stipulée par les parties – ou qu'elles aient prévu une renonciation à la faculté de résiliation unilatérale, ce qui reviendrait au même –, quitte à prévoir un délai maximal après lequel le droit du bénéficiaire sera réputé éteint (ce qui revient à la même difficulté que pour la première option, le délai pouvant être fixé à 30 ans, par inspiration de la prescription extinctive immobilière⁴⁴) ; surtout, une exception à l'admission de la perpétuité doit être

prévue lorsqu'une atteinte supplémentaire à la liberté du promettant est stipulée, notamment en présence d'un prix bloqué dans le pacte : en ce cas, la perpétuité – et même un délai de trente ans – serait excessive, et l'on pourrait, à l'instar de ce qui est prévu pour les clauses d'inaliénabilité⁴⁵, exiger que la préférence soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

8. Exécution non-contentieuse du pacte.

Focalisée sur le régime contentieux du pacte de préférence, la réforme de 2016 a passé sous silence son exécution tranquille, dans laquelle le promettant respecte sa parole. Il reste que la bonne exécution de l'avant-contrat pourrait être facilitée par des dispositions (supplétives, évidemment, les parties pouvant parfaitement prévoir leur propre procédure) venant encadrer la mise en œuvre du pacte. Un texte pourrait ainsi utilement intervenir, de manière à concilier les droits du bénéficiaire, qui doit être tenu au courant de l'existence d'un projet de vente, de manière à éventuellement exercer ses droits, avec ceux du promettant, qui doit pouvoir vendre son bien sans souffrir d'obstacles excessifs⁴⁶. À ces fins, il serait pertinent de prévoir une obligation d'information pesant sur le promettant : le projet de vente devrait être notifié par écrit au bénéficiaire, lui laissant la possibilité d'exercer sa préférence dans un délai raisonnable ou, si l'on veut éviter l'imprécision et coller à la pratique, un délai de deux mois. La notification vaudrait offre de contracter à l'égard du bénéficiaire, dont l'acceptation suffirait à conclure le contrat projeté. En cas de refus, les choses sont moins simples et mériteraient d'être précisées : le promettant recouvre certes sa liberté de vendre, mais seulement aux conditions qui avaient été proposées au bénéficiaire, voire à des conditions plus favorables pour le promettant (et donc moins favorables pour le bénéficiaire, dont on peut supposer qu'il n'aurait pas plus accepté à de moins bonnes conditions) ; en revanche, le promettant

41. Comp. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 269-3, qui dénoncent « le risque [...] que la validité du pacte soit tributaire de l'habileté du rédacteur d'acte ».

42. En ce sens, v. l'*Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1585.

43. Comp. la proposition doctrinale de réserver le cas de la fraude ou de l'abus dans la rupture : A. Tani, « Pacte de préférence ou fausse espérance ? », préc., n° 12.

44. Délai qui aurait sa part d'arbitraire et qui ne serait pas toujours adapté, notamment en matière de cession de droits sociaux, ce qui serait un appel à la stipulation expresse d'un délai plus court.

45. C. civ., art. 900-1.

46. Quant au bénéficiaire, sa protection passe par l'action interrogatoire, sur laquelle v. *infra* n° 9.

ne saurait ultérieurement s'entendre avec le tiers pour des conditions plus favorables à ce dernier (par exemple une réduction du prix) sans resoumettre le projet au bénéficiaire. En outre, la préférence ne devrait être définitivement purgée qu'à condition que la vente projetée soit conclue dans un certain délai (que l'on pourrait arbitrairement fixer à douze, dix-huit ou vingt-quatre mois) : au regard des fluctuations du marché, il serait parfaitement compréhensible qu'un bénéficiaire de pacte refuse de se substituer à un instant t , mais le souhaite passé un certain délai.

9. Violation du pacte. La violation était le point central d'attention du législateur sur le pacte de préférence en 2016. Chacun sait qu'il fut opté pour la codification de la jurisprudence restrictive n'admettant la nullité ou la substitution que sous condition pour le bénéficiaire d'apporter la double-preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁴⁷. Pour atténuer cette *probatio diabolica*⁴⁸ (encore que la double-preuve soit parfois apportée⁴⁹), le législateur consacra néanmoins une action interrogatoire, en ouvrant au tiers la faculté de demander par écrit au bénéficiaire la confirmation de cette existence et de cette intention : à l'expiration du délai (raisonnable) fixé par le tiers, le bénéficiaire ne peut plus agir en nullité ou en substitution. La doctrine a souligné les limites du texte, l'action interrogatoire étant surtout destinée à sécuriser les droits du tiers, et étant donc mal pensée : le tiers a en réalité tout intérêt à ne pas interroger le promettant, ce qui lui permet, en cas de contentieux, de se prévaloir de son absence de connaissance, sinon du pacte, du moins de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁵⁰. Le texte est donc, en l'état, insuffisamment protecteur du bénéficiaire, et même contreproductif puisqu'il incite le tiers à ne surtout pas exercer l'action interrogatoire. Il apparaît donc nécessaire de modifier l'équilibre

du texte, ce qui pourrait passer par la consécration d'une présomption : dès lors que le bénéficiaire parvient à démontrer que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte, il revient au tiers de prouver la renonciation du bénéficiaire à s'en prévaloir. Ce disant, l'action interrogatoire deviendrait la pièce maîtresse du mécanisme : le tiers serait incité à l'exercer, pour sécuriser ses droits, et le bénéficiaire serait en conséquence mieux protégé. En somme, l'ineffectivité du pacte n'apparaîtrait que dans l'hypothèse d'une ignorance de l'existence même du pacte par le tiers, ce qui serait écarté dans le cadre, important en pratique, des pactes de préférence immobiliers, sous réserve d'admettre la possibilité de les inscrire à la publicité foncière⁵¹. En outre, la réforme serait l'occasion d'une sécurisation des pactes de préférence à prix bloqué : il conviendrait d'ajouter aux textes existants qu'en ce cas, la substitution du bénéficiaire au tiers doit se faire audit prix.

II. La promesse unilatérale

10. Maintien en l'état des éléments de l'article 1124 du Code civil. Les règles relatives à la promesse unilatérale de contracter, prévues à l'article 1124 du Code civil depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, ne doivent pas toutes être retravaillées. Tout d'abord, la définition de l'avant-contrat proposée par le texte est satisfaisante et n'appelle pas d'amendements⁵². Il faut même remarquer sa finesse et la précision qu'elle apporte *in extremis*, laquelle vient préfigurer l'inefficacité de la révocation anticipée de la promesse par le promettant. C'est, ensuite, cette inefficacité qu'il faut maintenir. Les arguments qui avaient été élevés contre la jurisprudence *Consorts Cruz*⁵³ n'ont pas disparu et la mise en œuvre du deuxième alinéa de l'article 1124 du Code civil, quoique de manière

47. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, préc.

48. Selon l'opinion de P-Y. Gautier (D. 2006, p. 1861 ; *RTD* civ. 2021, p. 663).

49. V. par ex. Civ. 3^e, 9 avr. 2014, n° 13-13.949.

50. En ce sens, S. Pellet, « Négociations et avant-contrat », préc., spéc. p. 32-33.

51. Dans le même sens, admettant une publicité facultative (mais conditionnant l'opposabilité) du pacte de préférence, v. L. Aynès (dir.), *Pour une modernisation de la publicité foncière, Rapport de la commission de réforme de la publicité foncière*, 2018, p. 73.

52. En ce sens, v. déjà M. Latina, « Les avant-contrats : proposition de texte dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux », préc., spéc. n° 22.

53. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, préc.

anticipée⁵⁴, n'a pas fait apparaître de doutes sur sa pertinence ou sa formulation⁵⁵. Une longue vie pourrait ainsi attendre l'inefficacité de la révocation anticipée de la promesse par le promettant, d'autant que les interrogations liées à la constitutionnalité du mécanisme⁵⁶ ont été écartées par la Cour de cassation⁵⁷. Enfin, la règle prévue au troisième alinéa de l'article 1124 du Code civil au sujet de la nullité du contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse devrait-elle aussi échapper à toute réforme – sauf éventuellement, en matière immobilière, à réformer (et cette fois pour de vrai) la publicité foncière, par exemple en exigeant la publicité de la promesse unilatérale à peine d'inopposabilité⁵⁸. Il a été préconisé par ailleurs de reprendre plus globalement la question de la sanction de l'inexécution de la promesse unilatérale : en précisant la responsabilité du promettant et du tiers; en indiquant que le contrat conclu avec le tiers doit empêcher la conclusion du contrat avec le bénéficiaire pour être annulable; en rappelant que l'inexécution d'une promesse de contrat réel ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts⁵⁹. Ces remarques, qu'elles procèdent ou non d'une comparaison avec les dispositions dédiées aux autres avant-contrats, sont fondamentalement justes. Faut-il pour autant modifier les textes du Code civil afin de les intégrer ? Peut-être qu'une réponse négative s'impose ici pour des raisons d'opportunité plus que pour des raisons techniques. En effet, comme cela a été souligné⁶⁰, toutes les solutions applicables aux avant-contrats, essentiellement celles qui se déduisent sans trop de frictions d'autres règles, n'ont pas nécessairement à être évoquées dans le Code civil. Il n'est ainsi pas douteux que l'inexécution de la promesse engage la responsabilité contractuelle du promettant et, éventuellement,

la responsabilité extracontractuelle du tiers avec qui le promettant a conclu un contrat. De même, il est évident que le contrat conclu avec un tiers « en violation » de la promesse s'entend de celui qui empêche, même partiellement, la bonne exécution de la promesse initiale. Pareillement, les principes relatifs aux contrats réels – dont l'existence même est d'ailleurs possiblement en sur-sis – ainsi que ceux qui évoquent la distinction entre la promesse de conclure un contrat et le contrat en cause plaident déjà en faveur d'une sanction spéciale pour la promesse de conclure un contrat réel. En définitive, par une opportunité qui n'est toutefois pas à l'abri de la discussion, il ne semble pas nécessaire de créer des textes sur la sanction de la violation de la promesse unilatérale.

11. Délai d'option. La question de la durée du droit accordé par l'avant-contrat ne se pose pas seulement dans la perspective du pacte de préférence. La particularité de la solution proposée dans le cadre de cet accord rend même nécessaire la prise de position pour la promesse unilatérale pour écarter tout risque de confusion. L'hypothèse la moins problématique est assurément celle dans laquelle les parties ont spécifiquement convenu d'un délai pour l'exercice du droit d'option reconnu au bénéficiaire. Ce dernier dispose alors du délai prévu pour décider de conclure ou non le contrat envisagé. *Quid* du cas où le bénéficiaire ne veut pas lever l'option et le promettant, quant à lui, entend conclure un contrat avec un tiers ? Afin que la situation ne soit pas bloquée le temps du délai d'option, une renonciation de la part du bénéficiaire pourrait être possible. Toutefois, afin d'assurer la protection de ce bénéficiaire, un certain formalisme doit exister : la renonciation devrait être faite par écrit. Une

54. Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *D.* 2021, p. 1574, note L. Molina; *D.* 2022, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki; *RTD civ.* 2021, p. 630, obs. H. Barbier; *CCC* 2021, comm. 147, note L. Leveneur; *Com.*, 15 mars 2023, n° 21-20.399, *D.* 2023, p. 985, note S. Tisseyre; *RTD civ.* 2023, p. 345, obs. H. Barbier; *CCC* 2023, comm. 75, note L. Leveneur.

55. V. toutefois R. Mortier, « Révocation en question : comment adapter l'article 1124 du Code civil aux promesses unilatérales de contrat assorties d'une fenêtre de levée d'option ? », *JCP N* 2020, ét. 1033.

56. V. M. Fabre-Magnan, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 826.

57. Civ. 3^e, 17 oct. 2019, n° 19-40.028, *RTD civ.* 2019, p. 851, obs. H. Barbier; *RDC* 2020, p. 20, note S. Pellet.

58. En ce sens, L. Aynès (dir.), *Pour une modernisation de la publicité foncière*, op. cit., 2018, p. 73. L'Ord. n° 2024-562 du 19 juin 2024 modifiant et codifiant le droit de la publicité foncière, dont la ratification n'a pas été déposée à temps pour que le texte puisse entrer en vigueur, prévoyait seulement que « les promesses unilatérales peuvent être publiées » (art. 710-28 du C. civ.).

59. V. M. Latina, « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : la promesse unilatérale de vente », *Dalloz actualité* 8 juin 2022.

60. V. *supra* n° 5.

autre hypothèse, celle de la promesse unilatérale prévoyant un droit d'option sans en préciser la durée, est plus difficile à appréhender. La Cour de cassation a récemment jugé, dans une affaire où l'option sans terme explicite avait été levée onze ans après que le droit soit né, qu'en matière de promesse unilatérale de vente à durée indéterminée, « l'engagement des promettants ne peut être rétracté sans que l'autre partie soit préalablement mise en demeure d'accepter ou de refuser l'achat »⁶¹. Si la durée du droit d'option n'est la durée du contrat⁶², les juges semblent néanmoins transposer à la première la règle que l'article 1211 du Code civil prévoit pour la seconde. L'*Avant-projet de réforme* du droit des contrats spéciaux envisage de consacrer en substance cette règle pour la promesse unilatérale de vente⁶³, d'autres entendant la retenir pour l'ensemble des promesses unilatérales⁶⁴. Toutefois, ces propositions n'intègrent que partiellement les enseignements de la décision précitée car elle précise également qu'il peut être déduit de l'intention des parties que le droit d'option est assorti d'un délai raisonnable et que la promesse est caduque une fois ce délai dépassé. Sans doute faut-il voir dans cette demi-transcription la conséquence des interrogations qui entourent la caducité en général ou dans le contexte de la promesse unilatérale en particulier, notamment par comparaison avec le régime de l'offre de contrat. Pourtant, les deux aspects de la solution dégagée par la Cour de cassation peuvent coexister dans un texte : lorsque les parties n'ont pas précisé de délai pour lever l'option, celle-ci cesse d'exister après un délai raisonnable s'il peut être déduit de l'intention des parties ou après la mise en demeure infructueuse du bénéficiaire de lever l'option dans un délai raisonnable fixé par le promettant.

12. Appréciation de la vileté du prix de la vente. S'il est acquis que l'option octroyée par une promesse unilatérale puisse être levée long-

temps après la conclusion de cette promesse, il est certaines questions qui restent en suspens comme celle de l'appréciation de la vileté du prix de la vente. C'est en tout cas ce qui ressort d'un récent arrêt de la Cour de cassation au sujet d'une promesse conclue devant notaire en 1971 avec un terme dont la prorogation a permis une levée d'option efficace en 2016⁶⁵. Le promettant tenta notamment de contester la validité de la vente en raison de la vileté du prix stipulé dans la promesse, le terrain objet de l'acte ayant une valeur sans commune mesure avec ce prix au moment de la levée d'option. Les juges du droit rejetèrent l'argument de la manière suivante : « la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire, de sorte que la vileté du prix s'apprécie, à la différence de l'action en rescission pour lésion ouverte dans les conditions prévues par les articles 1674 et suivants du Code civil, à la date de la promesse et non à celle de la levée d'option ». La solution, dont les conséquences pourraient être largement tempérées par la vigilance des rédacteurs d'actes, a été généralement critiquée⁶⁶. Outre qu'elle procède à une assimilation trop poussée entre la promesse et l'acte conclu *in fine*, elle prescrit une différence de traitement assez discutable entre l'appréciation de la vileté du prix et celle de la lésion en matière immobilière. Il serait donc opportun que la réforme du droit des avant-contrats vienne la renverser et que le Code civil prévoie qu'en cas de promesse unilatérale, sauf clause contraire, la vileté du prix s'apprécie au jour de sa réalisation. Assurément, la disposition suggérée semble contredire la profession de foi présentée à titre liminaire puisqu'elle vise à réagir à une décision prétroriennne et elle repose sur des principes *a priori* connus. Toutefois, il revient toujours à la

61. Com., 27 janv. 2021, n° 18-22.492, *RTD civ.* 2021, p. 400, obs. H. Barbier; *D.* 2022, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki; *RDC* 2021/3, p. 4, note M. Caffin-Moi.

62. V. H. Barbier, obs. préc.

63. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1589 : « Si la durée de la promesse unilatérale est indéterminée, le promettant ne peut la résilier qu'après avoir mis le bénéficiaire en demeure de lever l'option dans un délai raisonnable, qu'il fixe lui-même ».

64. V. M. Latina, « *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : la promesse unilatérale de vente* », préc.

65. Civ. 3^e, 21 nov. 2024, n° 21-12.661, *JCPN* 2025, 1023, note M. Mekki; *CCC* 2025, comm. 2, note L. Levener; *LEDC* janv. 2025, obs. M. Cormier; *Gaz. Pal.* 2025, n° 1, p. 6, obs. D. Houtcuff.

66. V. les notes et observations citées *ibid.*

loi de combattre une jurisprudence qui serait malvenue⁶⁷.

13. Indemnité d'immobilisation. Il est un dernier aspect de la promesse unilatérale que le législateur a négligé au moment de l'ordonnance du 10 février 2016 : l'indemnité d'immobilisation, soit le prix dû par le bénéficiaire au promettant en contrepartie de l'option qu'il lui consent. Il aurait été possible d'intégrer dans le Code civil la définition de cette indemnité et d'en préciser le régime, à commencer par le fait que cette indemnité est acquise au promettant si le contrat envisagé n'est pas conclu et qu'elle vaut en principe acompte si ce contrat est effectivement conclu. La difficulté essentielle qui concerne l'indemnité d'immobilisation se manifeste lorsque son montant est si élevé que le bénéficiaire ne dispose plus dans les faits d'une liberté de choix quant à la conclusion du contrat. Il est arrivé à la Cour de cassation d'envisager cette disparition comme le signe que le contrat en cause n'était pas une promesse unilatérale mais plutôt une promesse synallagmatique, seule la première se caractérisant par l'existence d'un véritable droit d'option. Certaines promesses unilatérales ont ainsi été requalifiées en promesses synallagmatiques⁶⁸. Toutefois, d'autres décisions estiment que l'option persiste techniquement malgré le montant de l'indemnité d'immobilisation, ce qui exclut toute requalification⁶⁹. Le flottement jurisprudentiel est en partie causé par l'un des enjeux de la distinction entre promesse unilatérale de vente et promesse synallagmatique de vente, à savoir l'enregistrement de la première sous peine de nullité lorsqu'elle vise la vente de certains biens ou droits⁷⁰ (règle discutable qu'il serait opportun de supprimer à l'occasion de la réforme des contrats spéciaux). Il reste que ce flou n'est guère satisfaisant : la réforme du droit des avant-contrats devrait être l'occasion de trouver une solution

claire lorsque l'indemnité d'immobilisation prévue dans la promesse unilatérale semble trop importante, la requalification en promesse synallagmatique présentant une justesse technique douteuse. Une première piste serait de refuser toute modération du montant de l'indemnité ou toute requalification de l'acte. Il faudrait moins y voir un attentiste législatif qu'une volonté de respecter la force obligatoire du contrat légalement formé, telle que consacrée à l'article 1103 du Code civil⁷¹. Une deuxième piste consisterait à persister sur la voie de la requalification, mais à envisager la requalification de la promesse unilatérale en une vente avec clause de dédit. C'est ce que prévoit l'*Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*⁷². La proposition a été critiquée, à juste titre, en ce qu'elle vient faussement en aide au bénéficiaire qui serait confronté à une indemnité d'immobilisation trop importante, à tel point que sa liberté de ne pas conclure le contrat serait trop malmenée⁷³. En effet, la requalification en vente assortie d'une clause de dédit ne le dispense pas du paiement de l'indemnité prévue dans le contrat ; il s'agira simplement d'une indemnité de dédit et non pas d'immobilisation. Une troisième piste devrait être privilégiée : celle de révision de l'indemnité manifestement excessive par le juge. D'aucuns pourraient voir ici une forme d'extension du contrôle judiciaire de la clause pénale prévu à l'article 1231-5 du Code civil et chacun devrait relever que l'indemnité d'immobilisation ne peut être assimilée à une clause pénale car elle ne sanctionne pas l'inexécution de la promesse unilatérale⁷⁴. Toutefois, le régime de la clause pénale n'a pas le monopole de la modération judiciaire. Pour s'en convaincre, il suffit d'envisager le contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée du contrat prévu à l'article 1221 du Code civil qui constitue une autre hypothèse de relâchement de la force obli-

67. Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

68. V. par ex. Civ. 3^e, 26 sept. 2012, n^o 10-23.912, *D*, 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki; *RTD civ.* 2012, p. 723, obs. B. Fages; *RDC* 2013, p. 59, obs. Y.-M. Laithier.

69. V. par ex. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n^o 09-65.673, *D*, 2012, p. 462, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki; *RTD civ.* 2011, p. 346, obs. B. Fages; *RDC* 2011, p. 420, obs. Y.-M. Laithier.

70. C. civ., art. 1589-2.

71. V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 13^e éd., LGDJ, 2024, n^o 264.

72. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, préc., art. 1590, al. 3 « Quand le montant de la somme convenue porte une atteinte manifestement excessive à la liberté du bénéficiaire de ne pas se porter acquéreur, la promesse unilatérale est requalifiée en une vente assortie d'une clause de dédit ».

73. V. M. Latina, « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : la promesse unilatérale de vente », préc.

74. V. par ex. Civ. 3^e, 5 déc. 1984, n^o 83-11.788, *RTD civ.* 1985, p. 372, obs. J. Mestre; *RTD civ.* 1985, p. 592, obs. Ph. Rémy.

gatoire du contrat pour préserver d'autres intérêts. Rien ne devrait donc empêcher le législateur de créer un contrôle de l'indemnité d'immobilisation *sui generis*, contrôle qui devrait être d'ordre public et qui permettrait au juge de ramener à une somme raisonnable l'indemnité dont le montant initial serait excessif au regard de la liberté de lever l'option. En l'occurrence, le standard du raisonnable apparaît d'autant plus opportun qu'il existe souvent des pratiques quant à la fixation de l'indemnité d'immobilisation, par exemple 10 % du prix de vente en matière immobilière⁷⁵.

III. La promesse synallagmatique

14. La grande oubliée. La promesse synallagmatique existe-t-elle ? Souvent avancé en doctrine⁷⁶, le doute sur la réalité de la notion pourrait sembler avoir gagné le législateur, au regard de son mutisme complet sur le sujet en 2016. Non pas qu'aucune mention n'en soit faite dans le Code civil, dont l'article 1589, alinéa 1^{er}, proclame que « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix ». Le silence du droit commun n'en demeure pas moins discutable : la catégorie des avant-contrats, qui y est désormais utilement inscrite, mérite sans doute d'accueillir ce troisième grand modèle.

15. Circonscrire la notion. Consacrer l'avant-contrat de promesse synallagmatique dans le Code civil suppose, au préalable, de procéder à un redoutable travail d'identification. Les termes du débat sont connus : si la promesse synallagmatique de contrat vaut contrat, comment la distinguer du contrat définitif ? En pratique, il s'agit pour les parties de sceller leur accord, tout en prévoyant sa réitération dans certaines formes (par exemple un acte notarié), en subordonnant sa prise d'effet à la survenance d'un événement (il s'agit alors d'une vente à terme⁷⁷), voire en subordonnant la conclusion de la vente définitive

à l'accomplissement d'une condition (autorisation administrative, obtention d'un crédit⁷⁸...). Il est alors difficile de reconnaître l'autonomie de la qualification : qu'est-ce qu'une promesse synallagmatique, sinon un contrat affecté d'un terme ou d'une condition ? Les choses se compliquent davantage dès lors que la pratique peut également avoir recours à des promesses synallagmatiques « ne valant pas contrat », en essentialisant un élément venant s'ajouter aux conditions habituelles de formation du contrat envisagé : en ce cas, tous les éléments du contrat n'étant pas réunis, la promesse ne saurait lui équivaloir, et l'on est en présence d'un simple contrat préparatoire. Face à ce maquis de la pratique contractuelle, comment définir la promesse synallagmatique ? Sans doute faut-il se garder de vouloir trop embrasser les situations différentes : lorsque les parties n'ont pas entendu sceller définitivement leur engagement en subordonnant la formation du contrat à accord ultérieur (ce qui est notamment le cas en présence d'une essentialisation), l'épaisseur de l'engagement apparaît trop légère pour justifier de l'appréhender au titre des avant-contrats⁷⁹ ; il serait en revanche opportun de venir inscrire l'essentialisation comme limite à la formation du contrat définitif (par exemple en posant dans l'article 1583, en matière de vente, que, normalement formée dès l'accord sur le bien et le prix, ne l'est pas lorsque les parties ont subordonné sa formation à un accord sur un élément supplémentaire). Autrement dit, la définition de la promesse synallagmatique mériterait d'être centrée sur la figure de la promesse valant contrat : ce qui en fait le particularisme, c'est que les parties ont dès la promesse donné leur consentement à la conclusion future du contrat. Il s'agirait alors de définir la promesse synallagmatique comme le contrat par lequel les parties s'engagent à conclure un contrat dont les éléments essentiels sont d'ores et déjà déterminés, mais dont elles retardent la conclusion à l'accom-

75. Il ne faut toutefois pas envisager cette pratique comme une obligation, de sorte qu'une indemnité d'immobilisation fixée à 13 % du prix de vente ne devrait pas nécessairement être ramenée à 10 % de ce prix.

76. V. les nombreuses références citées in A. Denizot, *Rép. civ. Dalloz*, 2023, v^o « Promesse de vente », spé. n^o 6.

77. Civ. 3^e, 9 déc. 2010, n^o 09-71.205.

78. V. C. consom., art. L. 313-41, qui a recours alors à la qualification de vente sous condition suspensive.

79. *Contra Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, art. 15 ; M. Latina, « Les avant-contrats : proposition de texte dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux », préc., spé. n^o 26 et s. : l'enjeu tiendrait à la sanction en cas de violation : la promesse de contrat valant contrat serait frappée de nullité, tandis que celle ne valant pas contrat ne pourrait donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts.

plissement d'une formalité, ou à la réitération de leur consentement dans une forme particulière.

16. Préciser le régime. Une disposition propre à la promesse synallagmatique de contrat serait encore l'occasion d'apporter certaines précisions quant au régime applicable. Quant à la validité de la promesse, la réforme pourrait être l'occasion – à supposer que l'on estime que la jurisprudence n'y suffirait pas – de consacrer une règle de parallélisme des formes : lorsqu'une forme est requise pour la validité du contrat promis, il convient de l'exiger au stade de la promesse, pour éviter que cette dernière puisse servir de moyen de contournement du formalisme⁸⁰. Une autre précision tiendrait à l'exécution de la promesse : il serait opportun d'affirmer que les parties doivent, par la promesse, s'engager à accomplir la formalité

dans un certain délai, qui serait convenu par elles (en application de la liberté contractuelle) ou, à défaut, devrait être raisonnable, afin d'éviter que l'avant-contrat demeure dans un état végétatif. De manière à assurer l'efficacité de la promesse, le texte pourrait utilement consacrer la jurisprudence en offrant expressément au juge la faculté de contraindre les parties à accomplir ladite formalité⁸¹ – le cas échéant sous astreinte⁸² –, voire celle de rendre un jugement valant contrat⁸³. Enfin, la disposition gagnerait à consacrer, à l'instar de ce qui est prévu pour la promesse unilatérale, la nullité du contrat conclu en violation de la promesse avec un tiers qui en connaissait l'existence (avec, ici encore, la possibilité de faire publier l'avant-contrat à la publicité foncière en matière immobilière).

80. Cette proposition est notamment faite par M. Latina, « Les avant-contrats : proposition de texte dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux », préc., spéc. n° 28.

81. V. par ex. Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2020, n° 19-16.561.

82. M. Mignot, *J.-Cl. civil*, 2022, art. 1589 à 1589-2, Fasc. 10 : Vente – Nature et forme – Promesse synallagmatique de vente, n° 99.

83. V. par ex. Civ. 3^e, 16 juin 2009, n° 08-14.901.

Un article, une réforme

Réformer le droit des contrats spéciaux : le contrat d'abonnement

Charles-Édouard Bucher

Agrégé de droit privé et de sciences criminelles

Professeur des Universités

Directeur de l'Institut de recherche en droit privé

(IRDP – UR 1166) Nantes Université

1. Qualifié de « nouveau grand maître des contrats spéciaux »¹ par un auteur, le contrat d'abonnement n'a pourtant pas retenu l'attention de tous ceux qui se sont attelés à proposer des réformes du droit des contrats spéciaux. Ni l'Association Henri Capitant² ni la commission présidée par Philippe Stoffel-Munck³ ne l'ont envisagé. Cette lacune a été relevée⁴. Elle s'explique probablement par la croyance que seuls les contrats nommés qui donnent corps au mécanisme de l'abonnement méritent qu'on leur consacre des dispositions au sein des titres du Livre III du Code civil.

2. Pourtant, un Code civil rénové ne peut rester indifférent à cette figure contractuelle si présente. En effet, le contrat d'abonnement n'est-il pas, lui aussi, « l'expression concrète et quotidienne de la vie contractuelle »⁵ ? Ce contrat ne

constitue-t-il pas une manifestation typique de ces « réalités faiblement considérées par le passé » auxquelles la réforme du Code civil fait aujourd'hui vœux de « s'ouvrir »⁶ ? La rhétorique mobilisée pour légitimer la nécessité d'une réforme du droit des contrats spéciaux peut ainsi également l'être pour justifier l'introduction de cette figure dans le Code civil. Et ce d'autant plus que, comme on le verra, quelques dispositions suffisent pour traiter du régime juridique qui lui est véritablement propre, c'est-à-dire distinct de ceux des contrats nommés qui lui donnent corps, si bien que l'équilibre et la cohérence d'ensemble de la réforme ne seraient nullement menacés par l'introduction du contrat d'abonnement.

3. Accéder à des contenus de divertissement (films, séries, musique, jeux vidéo...) par internet sur téléviseur, ordinateur ou appareil connecté,

1. F. Collart Dutilleul, « Les évolutions du droit commun des contrats au Bénin et en France : divergences et convergences », à paraître. Nous profitons de ces quelques lignes pour remercier très chaleureusement François, lequel, par ses écrits et ses propos conclusifs tenus lors de plusieurs colloques, nous a convaincu de l'importance de cette figure contractuelle.

2. Association Henri Capitant, *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, 2020.

3. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Commission présidée par le Professeur Ph. Stoffel-Munck, juill. 2022.

4. F. Collart Dutilleul, « Observations provisoirement conclusives sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », in C.-E. Bucher et M.-A. Daillant (dir.), *La réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, 2023, p. 191.

5. *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Commission présidée par le Professeur Ph. Stoffel-Munck, juill. 2022, p. 4.

6. *Ibid.*

bénéficier d'activités de remise ou de maintien en forme dans une salle de sport, profiter de voyages par métro, bus ou tramway de manière illimitée, avoir accès à certaines fournitures indispensables, telles que l'eau, le gaz, l'électricité, être certain d'obtenir une place et à prix réduit dans un théâtre ou dans un opéra ou de recevoir un journal sans craindre son épuisement, accéder à un réseau internet ou téléphonique, profiter d'un service d'entretien d'un véhicule pendant plusieurs années à un prix forfaitaire, avoir à disposition des vélos en libre-service, c'est tout cela, et bien d'autres choses encore, que le contrat d'abonnement permet.

4. Plutôt que de contrat d'abonnement au singulier, on devrait probablement employer le pluriel, et parler de contrats d'abonnement. Le pluriel reflète en effet la diversité qui caractérise cette figure contractuelle. La diversité est tout d'abord fonctionnelle. Dans certains cas, l'abonnement n'est pas nécessaire pour accéder au service proposé mais permet de bénéficier de prestations de manière répétée en s'acquittant d'un prix forfaitaire. Ainsi, par exemple, en souscrivant un abonnement, un usager pourra emprunter les transports en commun (métro, tramway, bus...) aussi souvent qu'il le souhaitera. Dans d'autres cas, la conclusion d'un tel contrat est au contraire indispensable pour pouvoir bénéficier de services ou pour se voir délivrer certains produits. Ainsi, un consommateur ne pourra obtenir la fourniture d'électricité et de gaz que s'il s'abonne. Par ailleurs, ses factures d'énergie incluront un montant correspondant au prix de l'abonnement mais également un autre montant qui dépendra de sa consommation. La diversité est ensuite matérielle. Les contrats nommés sur lesquels l'abonnement se greffe sont divers. Dans certains cas, l'abonnement concerne un contrat de vente comme dans l'abonnement à un journal. Dans d'autres cas, l'abonnement se greffe sur un contrat d'entreprise, comme dans l'abonnement à un transport en commun ou à un club de sport

ou sur un bail, comme dans la location de vélos offerts en libre-service.

5. Cette diversité empêche-t-elle toute tentative de définition ? La réponse est assurément négative. C'est autour d'une définition stricte que les auteurs s'accordent généralement⁷. Selon eux, l'abonnement suppose un prix définitivement fixé au jour de la conclusion de l'accord qui ne saurait dépendre de la quantité de prestations fournies, c'est-à-dire un prix totalement forfaitaire. Cette définition apparaît néanmoins trop restrictive. À la suivre, les contrats de fourniture d'eau et d'énergie ne seraient pas des contrats d'abonnement car une partie du montant des factures de l'abonné varie en fonction de sa consommation. Or les rares occurrences que l'on trouve du contrat d'abonnement dans le droit positif concernent, justement, les contrats d'abonnement aux services communaux de distribution d'eau du code général des collectivités territoriales⁸ et les contrats d'abonnement à un réseau de chaleur ou de froid du code de l'énergie⁹. Et les articles¹⁰ qui les concernent énoncent que les factures comprennent un montant calculé en fonction de l'eau ou de l'énergie réellement consommée par l'abonné. Il serait donc peu compréhensible de retenir une telle définition du contrat d'abonnement, n'incluant pas les rares manifestations que le droit positif actuel connaît de ce contrat et ce d'autant plus que la partie du prix acquitté qui correspond à un droit d'accès est forfaitaire¹¹.

6. Si l'on ne peut retenir le seul critère du prix totalement forfaitaire, l'unité de la figure des contrats d'abonnement se trouve néanmoins assurée par la notion d'abonnement. L'abonnement a des origines anciennes puisqu'elles remontent à l'ancien droit. Il désignait une technique du droit fiscal qui permettait de regrouper toutes les redevances dues par une personne à un montant forfaitaire et de manière définitive. Puisqu'il s'agissait de fixer des bornes (*abornare*)

7. Sur cette question, v. B. Gross, « Observations sur les contrats par abonnement », *JCP G* 1987, I, 3282 ; J. Leprovaux, *JCL. Contrats-Distribution*, fasc. 2180, 2009, v^o « Contrats par abonnement », n^o 16 ; M. Lagelée-Heymann, *Le contrat à forfait*, IRJS-André Tunc, 2016, préf. L. Aynès, n^os 121 et s.

8. CGCT, art. L. 2224-12 et s.

9. C. énergie, art. L. 741-1 à L. 742-3.

10. CGCT, art. L. 2224-12-4, I ; C. énergie, art. L. 741-1.

11. V. M. Lagelée-Heymann, *Le contrat à forfait*, op. cit., n^o 126, soulignant qu'une simple différence de degrés sépare les contrats totalement forfaitaires et les contrats partiellement forfaitaires.

aux redevances, on en est venu à parler d'abonnement¹². L'abonnement s'entend désormais d'une modalité simplificatrice greffée sur un contrat qui permet l'exécution échelonnée des prestations moyennant un engagement d'une certaine durée et le paiement d'un prix totalement ou partiellement forfaitaire¹³. L'intérêt est évident. Le contrat d'abonnement vient favoriser la permanence d'une relation contractuelle dans le temps. Le fournisseur s'attache un client sur une certaine période. Le client, quant à lui, pourra espérer bénéficier d'un meilleur prix. La simplification est également notable. Il n'est pas nécessaire de conclure, à chaque reprise, un contrat. Ainsi, l'usager des transports en commun qui a souscrit un abonnement pourra les utiliser sans être tenu, à chaque utilisation, d'« acheter » un billet, c'est-à-dire de conclure un contrat de transport. L'abonnement rend donc les choses plus simples.

7. La définition ainsi donnée du contrat d'abonnement permet d'exclure de son sein des contrats qui reçoivent pourtant une telle dénomination dans la pratique. Ainsi en va-t-il des formules qui favorisent la conclusion dans le temps de contrats que le client sera d'autant plus incité à conclure qu'il recevra, à chaque occasion, divers avantages et services de la part de son contractant (prix réduit, priorité...). Par exemple, en souscrivant un « abonnement » avec une compagnie de taxis, le

client bénéficiera d'une commande prioritaire d'un véhicule et l'attente du chauffeur sera réduite¹⁴. De même, celui qui s'abonne à un service de télépéage autoroutier pourra emprunter les voies réservées équipées de dispositifs adaptés et passera donc plus rapidement la barrière de péage grâce à un badge qui lui sera délivré¹⁵. Il peut en outre choisir une formule qui lui offrira des remises sur ses trajets¹⁶. Mais dans ces deux cas, qui ne sont aucunement exhaustifs¹⁷, nous sommes alors en présence de contrats autonomes. L'« abonnement » avec la compagnie de taxis vient encadrer la conclusion de contrats de transport qui se noueront à chaque commande d'un véhicule. On peut y voir un contrat-cadre¹⁸. Tandis que la qualification de location convient à l'« abonnement » souscrit avec l'entreprise de télépéage. Le contrat a en effet seulement pour objet la délivrance d'un badge¹⁹ dont l'utilisateur aura la jouissance pendant la durée du contrat²⁰ moyennant le paiement d'un prix. Ce même utilisateur conclura, à chaque entrée sur l'autoroute, un contrat avec la société concessionnaire d'autoroute. Parfois même, les professionnels proposent des formules qui mêlent deux aspects et constituent tout à la fois un contrat d'abonnement et un contrat-cadre. Ainsi, par exemple celui qui s'inscrit au « programme » *Amazon Prime* pourra non seulement regarder des films et des séries et écouter de la musique, c'est l'abonnement, mais aussi profiter d'un service de livrai-

-
12. V. P.-Y. Gautier, « La panne de compteur : évaluation des consommations du client et liquidation du prix, dans le cadre d'un contrat d'abonnement », *RTD civ.* 1992, p. 403.
13. Comp. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, v^o « Abonnement » : « Modalité simplificatrice et régulatrice de certains contrats (transport, vente, fournitures diverses, etc.) qui, moyennant un engagement de longue durée (le contrat d'abonnement), permet à celui qui verse en une ou plusieurs fois un prix forfaitaire globalement étudié pour cette durée, d'obtenir de son contractant le service périodique de certaines prestations dont la fourniture répétée exigerait à chaque reprise, sans l'abonnement, une convention distincte (Ex. abonnement de chemin de fer, de théâtre, abonnement à des revues ou journaux) ou même le service permanent de certaines fournitures (eau, gaz, électricité, téléphone), pour lesquelles l'abonnement, plus qu'une commodité est une nécessité ».
14. V. Abonnement « *Business Pass* » G7.
15. V. les diverses formules d'abonnement proposées par Ulys, le « n^o 1 du télépéage en France ».
16. V. par ex., l'« abonnement télépéage spécial 30 » (Ulys).
17. On songe encore aux « cartes avantage » proposées par la SNCF qui permettent de bénéficier de réductions sur les voyages et sur les services offerts par l'entreprise ferroviaire.
18. Comp. pour une telle définition du contrat d'abonnement, J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n^o 17 ; N. Sauphanor-Brouillaud, *JCI. Concurrence-Consommation*, fasc. 850, 2020, v^o « Reconduction des contrats de consommation », n^o 10.
19. V. Conditions générales et particulières de l'abonnement Ulys Classic au 1^{er} mai 2024 : « II. Objet du contrat. Le présent contrat a pour objet la délivrance au Titulaire de badges acceptés sur le réseau des sociétés françaises concessionnaires d'autoroutes, des exploitants d'ouvrages à péage (à l'exclusion des tunnels du Mont-Blanc et du Fréjus), et, sauf restriction expresse des conditions particulières, des exploitants de parkings disposant d'équipements signalés par le pictogramme “t”, pour l'acquittement des sommes dues au titre du passage dans les ouvrages susmentionnés ».
20. Il devra restituer le badge lors de la résiliation du contrat.

son prioritaire et de « ventes flash », qui ne relèvent pas de la figure contractuelle de l'abonnement. On est alors en présence d'un contrat complexe avec cette précision que l'élément de complexité ne tient pas à la combinaison de plusieurs types de contrats nommés mais à la présence d'un contrat d'abonnement et d'un contrat-cadre.

8. Comme on le sait, l'application d'un régime juridique constitue l'enjeu de l'opération d'identification et de qualification d'un contrat. En identifiant un contrat, on rend applicable le régime juridique qui lui est attaché. À cet égard, le contrat d'abonnement endosse des vêtements qui ne sont, à proprement parler, pas les siens. Prenant les traits d'un contrat nommé, il se voit appliquer le régime juridique auquel ce contrat est soumis²¹ ainsi que les règles générales à tous les contrats qui ne sont pas incompatibles avec ces règles particulières. Ainsi, le transporteur de personnes est tenu d'assurer le déplacement et de « conduire sain et sauf le voyageur à destination ». La circonstance que le voyageur dispose d'un abonnement, d'un ticket à l'unité ou d'un billet n'y change rien. Parce qu'il constitue un contrat à exécution successive, le plus souvent à durée déterminée, les dispositions qui concernent ce type de contrat trouveront à jouer et, plus particulièrement, celles qui sont relatives à son renouvellement et à sa tacite reconduction des articles 1214 et 1215 du Code civil. Par ailleurs, certaines dispositions prévues par les droits spéciaux sont susceptibles de s'appliquer, et notamment celles du code de la consommation lorsque le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non professionnel. Ainsi, depuis la loi Chatel du 28 janvier 2005, codifiée dans le code de la consommation²², le professionnel prestataire de services est tenu d'informer le consommateur de la possibilité qu'il a de s'opposer à la tacite reconduction. L'information sera donnée par écrit (lettre nominative ou courrier électronique), au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction.

Le contrat d'abonnement est donc soumis à l'application de la législation sur la vente à l'abonnement et la vente à la consommation. La date limite de non-reconduction doit figurer dans un encadré apparent. Et lorsque cette information n'a pas été donnée – ou n'a pas été donnée correctement – le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment, à compter de la date de reconduction. De même, et plus récemment, la loi du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, également codifiée dans le code de la consommation²³, comporte certaines dispositions visant à faciliter la résiliation des abonnements en ligne « en trois clics ». Les professionnels doivent proposer une fonctionnalité de résiliation en ligne qui rend le désabonnement aussi simple que l'abonnement. La fonctionnalité doit être présente sous la mention « résilier votre contrat » ou une formule analogue. L'entreprise devra confirmer la réception de la décision de résiliation puis informer l'abonné de la date et des effets de la résiliation. Enfin, la résiliation des abonnements à des services audiovisuels et de vidéos à la demande (VOD), avec reconduction tacite, est aussi facilitée²⁴. Le consommateur pourra mettre gratuitement un terme à son abonnement lorsqu'il déménage ou lorsque son foyer fiscal évolue. Ce qu'a eu en vue le législateur est la situation de deux personnes qui avaient chacune un abonnement à un tel service avec le même contractant et qui vivent désormais ensemble ; un des deux abonnements, devenu inutile, pourra être résilié.

9. Forts de cet aperçu, plusieurs observations peuvent être faites sur les dispositions qui s'appliquent *de lege lata* au contrat d'abonnement. La première observation est que l'on a souligné tout l'intérêt qu'il y avait à conclure un contrat d'abonnement. L'abonné peut espérer bénéficier d'un meilleur prix en s'engageant. Mais le contrat le liera pendant une période assez longue. Il l'enchaînera à son contractant. Des dispositions qui permettent à l'abonné de se débarrasser de ses chaînes sont donc nécessaires²⁵. La deuxième observation est que le droit commun tel qu'il

21. On retrouve, parfois, certaines particularités. Ainsi dans la vente à l'abonnement, la délivrance de la chose peut se faire de manière continue (fourniture d'électricité) ou répétée (journaux) ; v. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 13^e éd., LGDJ, 2024, n° 159.

22. C. conso., art. L. 215-1.

23. C. conso., art. L. 215-1-1.

24. C. conso., art. L. 215-1, al. 5.

25. Certains contractants peuvent d'ailleurs chercher à rendre assez complexes les modalités de résiliation de leurs contrats.

résulte des articles 1214 et 1215 du Code civil n'est pas très adapté puisque les dispositions qu'il comporte sont essentiellement descriptives. Il s'agit principalement d'expliquer comment un contrat peut se renouveler, comment opère la tacite reconduction et quels effets elle produit. Le droit de la consommation se révèle, à cet égard, beaucoup plus opérationnel dans la mesure où il cherche à accorder des droits spécifiques à la partie qu'il entend protéger²⁶. La troisième observation est qu'il existe plusieurs angles morts dans la législation spéciale. Ainsi, sont seuls visés par l'article L. 215-1 du code de la consommation, les « contrats de prestations de services », c'est-à-dire essentiellement des contrats d'entreprise. Or les contrats d'abonnement peuvent concerner d'autres contrats, comme des ventes de journaux²⁷. Les dispositions consuméristes ne couvrent donc pas tous les contrats d'abonnement conclus par un consommateur. Toutes ces raisons – nécessité de permettre à l'abonné de se libérer, absence de dispositions en ce sens dans le Code civil, lacunes du code de la consommation –, expliquent que l'on doit s'intéresser à ce que pourrait être le régime juridique du contrat d'abonnement.

10. Deux propositions peuvent être formulées. L'une est d'ordre substantiel, l'autre est d'ordre formel. La première proposition, d'ordre substantiel, a pour objet de répondre à la question de savoir quel régime juridique pourrait être envisagé. Nous pensons que le code de la consommation vise juste en ciblant la résiliation et le refus de la tacite reconduction. Les dispositions qui doivent désormais trouver place dans le Code civil concernent donc ces deux questions. S'agissant de la tacite reconduction, la possibilité de s'y opposer doit être clairement présentée.

Une telle information doit être donnée à l'abonné. S'agissant de la résiliation, résilier un abonnement, même conclu à durée déterminée, doit être tout aussi facile que de s'abonner. On peut ainsi songer à prévoir un principe d'équivalence des formes²⁸. Ou encore, en allant plus loin, mettre en place une fonctionnalité permettant de résilier le contrat quelle que soit la manière dont le contrat a été conclu (par voie électronique ou par un autre moyen). La seconde proposition, d'ordre formel, a pour objet de répondre à la question de savoir où ce régime juridique pourrait être envisagé. Le contrat d'abonnement concerne tous les contractants, et pas seulement les consommateurs. Les dispositions qui l'intéressent doivent donc se retrouver au sein du Code civil. Au sein de ce code, comme en ont témoigné les éléments de droit positif mis en avant précédemment, elles ont plutôt leur place dans les parties consacrées au droit commun des contrats, et plus précisément dans la section 3 sur la durée du contrat du chapitre IV, lui-même consacré aux effets du contrat. Une fois le code et la partie de ce code identifiés, un nouvel obstacle se dresse à l'inscription de dispositions relatives au contrat d'abonnement : pourquoi suggérer que l'on y prête attention à l'occasion d'une réforme du droit des contrats spéciaux ? Au moment même où l'on s'apprête à fêter les dix ans de l'ordonnance du 10 février 2016, une nouvelle réforme du droit commun n'est plus à l'ordre du jour. La chancellerie n'a ainsi pas autorisé le groupe de travail réuni autour de Philippe Stoffel-Munck à le retoucher²⁹. Et parce qu'il n'était pas possible de compléter le droit commun, la Commission Stoffel-Munck a procédé au comblement de certaines de ses lacunes en s'attaquant à ses traductions concrètes³⁰. C'est pour-

26. Il est vrai que le droit commun prévoit qu'un contrat tacitement reconduit devient un contrat à durée indéterminée, résiliable en tant que tel à tout moment. Cette porte de sortie est celle qui est également prévue par le droit de la consommation. Mais le droit de la consommation prévoit aussi, et surtout, qu'une information sur le droit de s'opposer à la tacite reconduction devra être donnée au consommateur et au non-professionnel.

27. V. P.-Y. Gautier, « Des limites de la tacite reconduction et des conditions générales dans les ventes par abonnement », *RTD civ.* 2014, p. 397.

28. V. F. Collart Dutilleul, « Observations provisoirement conclusives sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », préc., p. 197, qui souhaite qu'au moins soit posé que tout contrat d'abonnement doit pouvoir être résilié dans les mêmes formes et selon la même procédure que celles qui ont présidé à l'engagement.

29. Par exception à cette interdiction, la solution de l'article 1165 du Code civil relatif au prix dans les prestations de service peut être supprimée. Pareillement, le projet de loi de simplification de la vie économique de 2024 qui entendait habiliter le gouvernement à légitérer par voie d'ordonnance pour réformer le droit des contrats spéciaux n'investissait pas le gouvernement du pouvoir de toucher au droit commun sauf pour améliorer son articulation avec le droit des contrats spéciaux réformé (art. 11).

30. Sur cette démarche, v. C. Goldie-Genicon, « L'adaptation au droit commun », in C.-E. Bucher et M.-A. Daillant (dir.), *La réforme des contrats spéciaux*, op. cit., p. 61, spéc. p. 65.

quoi, s'agissant des avant-contrats, les textes consacrés à la vente comporteraient des dispositions qui concernent l'indemnité d'immobilisation et les promesses à durée indéterminée alors qu'il aurait été plus logique de les envisager dans la sous-section relative au pacte de préférence et à la promesse unilatérale. Il est donc tout à fait envisageable de procéder de même pour le contrat d'abonnement en traitant des dispositions qui le concernent au sein des titres rénovés consacrés aux contrats nommés sur lesquels il se greffe, à savoir la vente, le contrat d'entreprise ou encore la location. On peut encore songer à pré-

senter les dispositions relatives à l'abonnement comme devant participer d'un droit commun des contrats spéciaux avec cette précision que l'élaboration d'un tel droit, intermédiaire entre le droit commun et le droit spécial des contrats, s'imposerait tant par choix – recueillir des règles générales applicables à plusieurs contrats – que par nécessité – combler les lacunes du droit commun en s'en rapprochant le plus. Quoi que l'on pense de ces modalités, le contrat d'abonnement ne peut indéniablement rester aux abonnés absents du Code civil.

Un article, une réforme

Quel avenir pour l'article 16-7 du Code civil ? Regards de droit international privé

Léna Gannagé

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

La question du sort qu'il convient de réserver à l'article 16-7 du Code civil peut être légitimement posée¹ au lendemain de la décision rendue par la Cour de cassation le 14 novembre 2024².

Par cet arrêt abondamment commenté, la haute juridiction acceptait de reconnaître en France une décision canadienne établissant le lien de filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui au Canada à l'égard d'un parent d'intention n'ayant aucun lien biologique avec lui. Ce faisant, la Cour admettait que soit reçu dans l'ordre juridique français le « point de vue »³ d'un ordre juridique étranger favorable à la gestation pour autrui, avec cette conséquence que l'effet ultime attaché à une pratique pénalement sanctionnée en France, pouvait y être accueilli sans difficulté. Au moins dans les relations internationales, la différence entre les systèmes autorisant le recours à la maternité de substitution et le système français qui la prohibe s'estompe ainsi

complètement à la faveur du franchissement de la frontière.

Il aura fallu pour cela modifier la lecture qui était donnée jusque-là des exigences de l'ordre public international pour affirmer, contre l'avis de l'avocat général⁴, que « la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la reconnaissance en France des liens de filiation établis à l'étranger tant à l'égard du parent biologique que du parent d'intention ».

À suivre la première chambre civile, les droits fondamentaux imposeraient désormais la reconnaissance en France du lien de filiation de l'enfant, tel qu'établi à l'étranger, à l'égard des

-
1. M.-A. Frison Roche, « L'interdiction de la GPA posée par le Code civil n'existe plus », *Actu-juridique.fr*, 26 nov. 2024.
 2. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, n^o 23-50.016, *JCP G* 2024, 1410, note L. d'Avout; *D.* 2025, p. 229, note D. Fenouillet, Ch. Goldie-Genicon et C. Péres; R. Legendre, « Gestation pour autrui à l'étranger : l'absence de lien biologique avec le parent d'intention n'est plus un obstacle à la reconnaissance de la filiation », *Le club des juristes*, 22 nov. 2024; *Gaz. Pal.* 2025, n^o 4, p. 23, note S. Fulili-Lemaire; M.-A. Frison-Roche, « L'interdiction de la GPA posée par le Code civil n'existe plus », préc.
 3. On trouvera sur le site de la Cour de cassation le rapport de M. le conseiller H. Fulchiron et celui de l'avocat général Mme A. Caron-Déglise.
 4. L'expression est empruntée à P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9 et s.
 5. V. à cet égard, le rapport de Mme A. Caron-Déglise, spéc. p. 42.

parents d'intention sans que l'ordre juridique français ne puisse s'y opposer.

L'arrêt permet ainsi de mesurer l'ampleur des bouleversements opérés en une dizaine d'années au sein de la jurisprudence française.

Jusqu'en 2014, en effet, la haute juridiction, mettant en avant le mécanisme de l'ordre public puis celui de la fraude, s'était fermement opposée à la transcription à l'état civil des actes de naissance établis à l'étranger à l'issue d'un processus de gestation pour autrui⁵.

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 2014⁶, puis l'avis émis par celle-ci à la demande de la Cour de cassation française en 2019⁷, conduiront à infléchir la position de la haute juridiction. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant imposera ainsi la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du parent biologique. Il commandera aussi de reconnaître la maternité d'intention tout en laissant aux États le choix des moyens pour y parvenir. Le recours à l'adoption par le parent non biologique allait permettre, dans un premier temps, de satisfaire à ces exigences⁸ sans franchir le pas de la transcription intégrale des actes de naissance dressés à l'étranger ou de la « reconnaissance *ab initio* des liens de filiation »⁹ établis par la décision étrangère.

Ces solutions en demi-teinte visant à concilier les droits de l'enfant et l'interdit, déjà sérieusement ébranlé, de la gestation pour autrui auraient pu continuer à servir durablement de boussole à la haute juridiction. Mais celle-ci s'employa curieusement à les remettre en cause à plusieurs

reprises, en allant au-delà des exigences de la Cour de Strasbourg, jusqu'à renier complètement sa propre jurisprudence. Aussi, après avoir admis la transcription intégrale de l'acte de naissance à l'état civil¹⁰, elle approuve désormais la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du parent d'intention qui n'a aucun lien biologique avec l'enfant. Ce faisant, la Cour de cassation franchit un cap supplémentaire dans l'accueil en France des effets attachés aux conventions de gestation pour autrui intervenues à l'étranger.

Le renversement de perspective est désormais complet et, avec lui, c'est la question du sens de l'interdit posé à l'article 16-7 du Code civil qui se trouve posée¹¹. Privé d'une bonne partie de sa force de dissuasion, le texte fait l'effet d'une disposition incantatoire dont l'utilité peut aujourd'hui être sérieusement discutée.

On objectera sans doute que celle-ci conserve toute son autorité dans les relations internes et qu'elle permet d'empêcher le recours à la gestation pour autrui en France. Mais pour être exact, l'argument est considérablement affaibli par la porosité des frontières entre les situations internationales qui échappent désormais à l'emprise du texte et les situations françaises qui lui demeurent soumises. Et de fait, l'internationalité des situations apparaît bien souvent artificielle¹² et très éphémère, puisqu'un nombre important d'entre elles n'échappe à leur ancrage naturel au sein de l'ordre juridique français que l'espace de quelques mois. Or l'abandon du recours au mécanisme de la fraude, qui permettait de sanctionner ces internationalisations fictives, conduit

-
5. Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n^o 10-19053 et 09-66486, D. 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet; *JCP G* 2011, 441, note F. Viala et M. Reynier; *Dr. fam.* 2011, étude 14, p. 19, C. Neirinck; *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. Chénédé; *ibid.*, p. 265, obs. B. Haftel; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note P. Hammje; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser.
6. CEDH, 26 juin 2014, n^o 65192/11, *Mennesson c/ France*; CEDH, 26 juin 2014, n^o 65941/11, *Labassée c/ France*, D. 2014, p. 1773, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon; *ibid.* 2014, p. 1806, note L. d'Avout; *ibid.* 2014, p. 1797, note F. Chénédé; *Dr. fam.* 2014, p. 28, note C. Neirinck.
7. CEDH, avis, 10 avr. 2019, n^o 16-2018-001, D. 2019, p. 1084, note H. Fulchiron; *RTD civ.* 2019, p. 286, obs. J.-P. Marguénaud; *ibid.*, p. 307, obs. A.-M. Leroyer; J. Heymann et F. Marchadier, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger » (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019), *JDI* 2019, p. 1149.
8. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n^o 16-50.025, 16-16.901, 15-28.597, 16-16.495 et 16-16.455, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. Bollée; D. 2017, p. 1737, note H. Fulchiron; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. Chénédé; *ibid.*, p. 431, obs. P. Salvage-Gerest; *ibid.*, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse.
9. Pour reprendre les termes de la Cour EDH dans l'avis du 10 avril 2019, préc., spéc. § 52.
10. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n^o 18-12.327 et 18-11.815.
11. V. déjà, F. Chénédé, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p. 375.
12. V. à cet égard, Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481, spéc. p. 504; Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 14^e éd., 2024, n^o 59-61, p. 490 et s., spéc. p. 500; L. d'Avout, note sous Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., spéc. p. 1974; D. Fenouillet, Ch. Goldie-Genicon et C. Peres, note sous Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., n^o 8.

à un traitement différencié, et maintes fois dénoncé¹³, entre les couples français qui ont les moyens de se rendre à l'étranger et ceux qui, moins fortunés, sont passibles pour les mêmes faits de sanctions pénales en France.

Aussi, dès 2015, certains auteurs prévoyaient-ils déjà qu'une telle évolution ne pourrait conduire à terme qu'à l'abrogation de la prohibition de la gestation pour autrui « car on ne pourra tolérer indéfiniment, dès lors que l'ordre juridique français aura accepté d'entériner tout ou partie des conséquences d'une telle gestation pour autrui, que seules les classes sociales les plus favorisées puissent y recourir en se rendant à l'étranger »¹⁴.

C'est peu dire que la jurisprudence de 2024 confère à ces propos une actualité toute particulière. L'affaiblissement progressif du domaine dévolu à l'impérativité de l'article 16-7 C. civ. conduit, en effet, à se demander s'il faut se résigner à en accepter l'abrogation ou s'il est encore possible de lui restituer une partie au moins de son autorité. La réponse n'est pas évidente.

La gestation pour autrui reste fondamentalement un sujet éthique et philosophique. Il touche à une certaine conception de la dignité; de la personne et du corps; de l'individu et de la liberté.

Il oppose ceux qui mettent en avant le principe d'indisponibilité du corps humain, refusent la marchandisation du corps des femmes et l'assimilation de la procréation à une prestation de service¹⁵ et ceux qui, dénonçant ces visions apocalyptiques, exaltent la liberté individuelle, réclament pour la mère porteuse celle de disposer pleinement de son corps, vantent enfin les vertus des gestations pour autrui éthiques qui poussent le don de soi jusqu'à celui de porter un enfant et d'y renoncer pour le donner à une autre. En posant en principe que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », l'ordre juridique français a choisi, à travers l'article 16-7 du Code civil,

de faire prévaloir les premières considérations sur les secondes.

Depuis lors, le développement d'un véritable marché de la gestation pour autrui dont le montant se chiffrait en milliards de dollars a montré que les justifications du maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui en France demeurent extrêmement puissantes. Aussi et de manière assez paradoxale, jamais la raison d'être de l'article 16-7 du Code civil n'a paru aussi justifiée alors même que son impérativité n'a jamais été aussi menacée.

Dès lors, s'il est inenvisageable de se résigner à l'abrogation du texte, c'est aux moyens de renforcer son autorité qu'il convient de s'intéresser. La jurisprudence la plus récente étant manifestement engagée sur une pente contraire, seules des mesures législatives semblent en mesure d'y contribuer. Le choix de la voie à suivre dans cette perspective n'est pas évident dans la mesure où la marge de manœuvre des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme paraît désormais sérieusement encadrée par la Cour de Strasbourg.

Le législateur est au demeurant déjà intervenu sur ce terrain. On se souvient en effet qu'à l'occasion de l'adoption de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, le Parlement avait complété en précisant le texte de l'article 47 du Code civil. À cette occasion, l'attachement de l'ordre juridique français à la prohibition de la gestation pour autrui avait été clairement rappelé lors des débats parlementaires.

Pour autant, les mesures adoptées n'ont pas permis d'endiguer les tentations libérales de la première chambre civile. Intervenant sur le seul terrain de la force probante des actes d'état civil dressés à l'étranger, le législateur avait choisi de traiter du problème de l'accueil en France des effets attachés à la gestation pour autrui par « le petit bout de la lorgnette »¹⁶ en plaçant le débat

13. V. notamment sur ce point, Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », préc.; L. d'Avout, note sous Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., spéci. p. 1977; M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », D. 2015, p. 224 et s.; D. Fenouillet, Ch. Goldie-Genicon et C. Peres, note sous Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., n° 8.

14. Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », préc., n° 23.

15. Pour une mise en évidence des dangers de cette pratique, v. parmi une littérature abondante, S. Agacinski, *Corps en miettes*, Flammarion, Café Voltaire, 2013; M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, Fayard, 2013; A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui » in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, p. 121.

16. 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 », *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1, spéci. p. 3.

sur le terrain probatoire là où il aurait fallu traiter plus directement du problème au fond¹⁷.

Ces atermoiements expliquent ainsi que l'article 16-7 du Code civil reste encore un texte en quête de consolidation (I). Ils appellent à cet égard des remèdes dont la portée exacte reste cependant à déterminer (II).

I. Les atermoiements du législateur

L'arsenal législatif relatif à la gestation pour autrui est relativement maigre. Longtemps, les principes essentiels du droit des personnes avaient suffi pour permettre à la jurisprudence d'asseoir la prohibition de celle-ci en France. La Cour de cassation se posait alors en gardienne de l'indisponibilité du corps humain, de sorte que le législateur n'avait pas à intervenir pour lui montrer la voie à suivre. C'est plutôt le contraire qui se produisit dans un premier temps. La jurisprudence *Alma Mater*¹⁸ inspira ainsi directement l'article 16-7 du Code civil et le texte parut suffisant pour nourrir de manière durable l'ordre public international.

Les tribulations récentes de la première chambre civile ont révélé le caractère lacunaire des dispositions législatives et la nécessité de limiter les tendances libérales de la Cour de cassation. C'est dans ce contexte que la loi du 2 août 2021 sur la bioéthique entreprit de modifier, en le complétant, l'article 47 du Code civil.

Le Parlement s'emparait ainsi de la question de la gestation pour autrui, par une voie étroite et périphérique : celle de la force probante dévolue aux actes d'état civil dressés à l'étranger. Les questions de fond, notamment, celle de l'établissement ou de la reconnaissance en France du lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses parents

d'intention étaient en revanche laissées de côté (A). Ce faisant, la voie était libre pour permettre à la Cour de cassation de s'aventurer sur ce terrain au risque de remettre en cause la force de l'interdit et la cohérence des orientations défendues par le législateur (B).

A. La voie étroite de l'article 47 du Code civil

Le choix du législateur d'intervenir sur le terrain de l'article 47 du Code civil est directement lié à la nature des questions qui se posent devant les tribunaux français à dater de 2015, c'est-à-dire après la condamnation de la France par la Cour EDH dans l'affaire *Mennesson*.

Avant cette date, la position de la Cour de cassation s'appuyait sur « une analyse globale »¹⁹ du processus de gestation pour autrui. Les magistrats appréhendaient la convention relative à la maternité pour autrui conclue à l'étranger et l'intégralité des effets attachés à celle-ci comme un tout indissociable²⁰, avec cette conséquence qu'aucun de ses effets ne pouvait être accueilli dans l'ordre juridique français²¹. En particulier, la transcription de l'acte de naissance obtenu en application du jugement étranger était refusée en France.

L'arrêt *Mennesson* allait conduire les juridictions françaises à abandonner cette approche globale pour tenir compte des exigences de la Cour de Strasbourg. Désormais, les différents éléments constitutifs du « processus d'ensemble » de la maternité pour autrui seront examinés de manière individuelle, à la manière de pièces détachées, abstraction faite de la cohérence même de cette démarche dont les limites ne tarderont pas à apparaître. L'acte de naissance établi à l'étranger sera ainsi analysé en lui-même,

17. V. à cet égard L. Pailler, « L'art de la fuite en avant. À propos de l'article 7 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique », *D.* 2021, p. 1928 ; Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 512.

18. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

19. Ch. Bidaud-Garron et H. Fulchiron, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la cour de cassation » note sous Ass. plén., 3 juill. 2015, *D.* 2015, p. 1819, spéc. p. 1820.

20. Sur cette indissociabilité, v. 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 », préc., p. 7 ; sur le refus de toute dissociation entre le « processus » suivi pour concevoir l'enfant et l'établissement du lien de filiation et sur l'évolution de la jurisprudence sur ce point, v. les observations très fines de D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, p. 429, n° 12 et n° 18 et s.

21. La motivation des arrêts de 2011 est particulièrement claire à cet égard : La convention de GPA étant « nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil », le jugement américain qui lui donne effet en conférant aux parents d'intention les qualités de père et de mère de l'enfant est contraire à l'ordre public international français puisqu'il méconnaît le principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes. Par voie de conséquence, la transcription de l'acte de naissance étranger obtenu en application du jugement étranger est refusée en France. Ainsi ni le lien de filiation, ni l'acte de naissance permettant d'en rapporter la preuve ne pouvaient produire des effets dans l'ordre juridique français.

indépendamment de la décision en application de laquelle il a été dressé et surtout de la convention qui est à l'origine de la naissance de l'enfant.

Les décisions de l'Assemblée plénière rendues le 3 juillet 2015 sont éclairantes à cet égard²². Elles ne font plus référence à la décision établissant le lien de filiation pas plus qu'à la convention relative à la maternité de substitution alors même que celles-ci étaient au cœur de l'argumentation retenue par la cour d'appel ou par le pourvoi. C'est dans ce contexte que l'article 47 du Code civil qui régit la force probante des actes d'état civil dressés à l'étranger est sollicité²³.

Encore faut-il comprendre les liens entre ce texte et l'opération de transcription elle-même. On rappellera ici, en reprenant la présentation qu'en fait Bertrand Ancel, que « la transcription d'un acte d'état civil étranger n'est pas une simple opération de consignation sur les registres français d'un acte élaboré par un officier public (ou un juge) étranger. Elle consiste dans l'établissement d'un acte d'état civil français parallèle »²⁴ établi à partir des informations figurant dans l'acte étranger.

La finalité de cette opération est de permettre aux intéressés d'obtenir des papiers français, c'est-à-dire un acte de naissance français²⁵ qui leur éviterait d'avoir à produire en France des papiers étrangers toutes les fois qu'ils doivent apporter la preuve de l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention²⁶.

Or cette opération de transcription n'impose pas de vérifications importantes de la part des autorités amenées à y procéder, c'est-à-dire, le plus souvent, les autorités consulaires²⁷.

Aux termes de l'article 5, alinéa 2, du décret n° 2008-251 du 2 juin 2008, modifié par le décret du 6 mai 2017, il importe notamment que les conditions posées à l'article 47 du Code civil, aient été respectées²⁸. De là, la nécessité de s'assurer non seulement que l'acte n'est ni « irrégulier » ni « falsifié » mais aussi que les mentions qui y figurent correspondent à « la réalité ».

Jusqu'à une époque récente, ce concept de « réalité » n'avait pas suscité beaucoup de débats en doctrine. Et de fait, les mentions figurant dans l'acte de naissance, notamment celles relatives aux parents, ne soulevaient pas de difficulté d'interprétation particulière. Mais la transformation de la parentalité et le développement des techniques de procréation médicalement assistée ont conduit à exacerber le conflit de lois dans ce domaine, chaque ordre juridique définissant désormais les figures de la parentalité en fonction de sa conception de la filiation et plus loin de la famille elle-même. Les conflits de qualifications ont surgi là où on les attendait le moins, autour des concepts de père et de mère qui paraissaient jusque-là faire l'objet d'une définition universelle. Avec eux s'est posée la question de savoir à quelle loi demander leur définition, c'est-à-dire selon quelle loi interpréter le concept de réalité.

La référence à la loi française a paru s'imposer pour beaucoup, sans doute parce que la question a été essentiellement appréhendée comme une question de qualification²⁹. En conséquence de cela, la transcription de l'acte de naissance étranger pouvait valablement intervenir sur les registres français, toutes les fois que les mentions de père et de mère figurant sur cet acte correspondaient

22. Ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002, *Dalloz* 2015, p. 1819, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon.

23. Le texte prévoit à l'époque que : « 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 ».

24. 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 », préc., p. 3.

25. Ch. Bidaud, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français. Cesser de déformer et enfin réformer », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 247, spéc. p. 255.

26. V. sur ce point, 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 », préc., p. 3.

27. Ch. Bidaud, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français. Cesser de déformer et enfin réformer », préc., p. 250.

28. V. L.-D. Hubert et N. Nord, *JCL. Civil Code*, fasc. 20, 2010, v° « Actes de l'état civil, événements d'état civil survenus à l'étranger », 2020 (actualisation 2021), n° 88.

29. Sur la qualification, v. Ch. Bidaud, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française" », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35, spéc. p. 40.

aux définitions du droit français. Dans cette perspective, seuls le père biologique ou la mère porteuse qui avait accouché de l'enfant, pouvaient voir leurs noms retranscrits aux registres de l'état civil. Tel était au demeurant le cas dans les affaires qui ont donné lieu aux arrêts de l'Assemblée plénière de 2015³⁰.

Lorsque cette transcription était impossible, faute de satisfaire aux exigences de l'article 47 du Code civil, la voie de l'adoption restait ouverte au parent d'intention qui ne pouvait voir son nom retranscrit à l'état civil. Cette solution de compromis avait reçu un accueil relativement mitigé. Approuvée par certains comme une solution d'équilibre³¹, elle s'exposait néanmoins aux critiques de ceux qui trouvaient qu'elle était trop libérale puisqu'elle ne privait plus la convention de gestation pour autrui de tout effet en France, conduisant ainsi à fragiliser la force de l'interdit posé à l'article 16-7 du Code civil³². Mais elle encourait également les objections de ceux qui lui reprochaient une discrimination injustifiée entre les parents d'intention dont le traitement n'était pas identique alors pourtant qu'ils avaient conçu ensemble le même projet parental³³.

Cette jurisprudence allait, en toute hypothèse, être remise en cause par la haute juridiction dans les arrêts du 18 décembre 2019³⁴ par lesquels la Cour admettait la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger, permettant ainsi aux parents d'intention non biologiques de figurer à l'état civil. Il aura fallu pour cela affirmer que la réalité visée à l'article 47 du Code civil devait s'apprécier selon la loi étrangère, c'est-à-dire celle de l'État où l'acte avait été dressé. De la sorte, la définition des parents n'était plus tributaire de la loi française mais de celle de l'État où la gestation pour

autrui avait été réalisée, laquelle admet assez naturellement que la catégorie de parents puisse inclure celle des parents d'intention. Corrélativement, la réception des effets attachés à la gestation pour autrui en France se trouvait sensiblement élargie³⁵. La portée de l'interdiction posée à l'article 16-7 du Code civil parut alors suffisamment menacée pour justifier l'intervention du législateur.

La loi du 2 août 2021 se contenta d'ajouter une phrase à l'article 47 C. civ. Celle-ci prévoyait que la « réalité » mentionnée par le texte devait s'apprécier selon la loi française. Cela revenait à imposer par la voie législative l'interprétation dominante de cette disposition qui avait prévalu jusqu'aux arrêts du 18 décembre 2019. Si la jurisprudence se trouvait ainsi « combattue par la loi »³⁶, il n'empêche que le souhait de la mettre au pas enfermait le législateur dans les limites étroites de l'article 47 du Code civil. Les effets en France de la maternité de substitution n'allait être appréhendés que sur le seul terrain de la réception des actes de naissance dressés à l'étranger et plus précisément sur celui de leur force probante et de leur transcription.

Or comme l'avait rappelé la haute juridiction elle-même dans ses décisions du 18 décembre 2019, « l'action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement du lien de filiation »³⁷. Autrement dit, ce n'est pas le lien de filiation en tant que tel qui est reconnu en France, c'est l'acte permettant de l'établir, c'est-à-dire l'instrument relatif à la preuve de la filiation³⁸ qui est appelé à y produire des effets.

Sans doute dans la pratique, un glissement s'était-il subrepticement opéré du terrain de la preuve vers celui du fond³⁹. L'acte de naissance

30. *Supra*, note 22.

31. V. en ce sens, le rapport de Mme A. Caron-Déglise, préc., spéc. p. 42.

32. F. Chénédé, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », préc; sur la critique de l'ouverture de l'adoption au parent d'intention, v. S. Bollée, note sous Civ. 1^{re}, 5 juil. 2017, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143.

33. Sur cet argument et sur les limites du principe d'égalité, v. A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui », préc., spéc. p. 130.

34. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n^os 18-12.327 et 18-11.815.

35. Sur l'instrumentalisation de la transcription et les liens de celle-ci avec la reconnaissance, v. Ch. Bidaud, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français. Cesser de déformer et enfin réformer », préc., p. 252 et 256.

36. A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, 2022, n^o 1001, p. 780; Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

37. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, préc., § 12.

38. Ch. Bidaud, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français. Cesser de déformer et enfin réformer », préc., p. 257.

39. Sur lequel, v. Ch. Bidaud, *ibid.*; D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », préc., p. 460.

corrobore par la possession d'état permet en effet de faire échapper dans une large mesure la filiation à la contestation. Il n'en demeure pas moins qu'en s'abstenant de traiter directement des questions d'établissement ou de reconnaissance du lien de filiation, le législateur laissait le champ libre à la Cour de cassation pour déterminer le contenu de l'ordre public international sur ce terrain.

B. Les incohérences ajoutées par la jurisprudence

L'occasion lui sera rapidement donnée de se prononcer à ce sujet dans sa décision du 14 novembre 2024. Comme l'expliquent l'avocat général mais aussi le rapporteur de l'arrêt⁴⁰, il ne s'agissait pas en l'occurrence de se prononcer sur la transcription de l'acte de naissance dressé à l'étranger mais sur la reconnaissance dans le for du lien de filiation de l'enfant à l'égard d'un parent d'intention n'ayant aucun lien biologique avec celui-ci.

En admettant cette reconnaissance, la Cour de cassation a fait sauter les derniers verrous qui permettaient de limiter l'accueil en France des effets attachés à la gestation pour autrui, non sans consacrer une certaine incohérence des solutions au sein du droit français. Et de fait, l'articulation de la solution retenue par la haute juridiction avec la nouvelle mouture de l'article 47 du Code civil ne va pas sans difficulté. Car selon que l'on demandera la transcription à l'état civil du jugement étranger établissant le lien de filiation et ayant obtenu l'exequatur en France⁴¹ ou celle du seul acte de naissance de l'enfant, les parents mentionnés à l'état civil ne seront pas les mêmes.

La transcription du jugement permettra d'y faire figurer les parents d'intention, qu'ils aient ou non la qualité de parents biologiques, tandis que la transcription de l'acte de naissance se limitera, conformément aux exigences de l'article 47 à y faire figurer les parents qui correspondent aux

définitions du droit français, c'est-à-dire, pour l'heure, le père biologique ou la mère porteuse qui a accouché de l'enfant.

Plus loin, c'est la cohérence même de l'article 47 du Code civil qui interpelle désormais. À quoi bon en effet limiter la force probante de l'acte de naissance dressé à l'étranger aux seules mentions relatives au parent biologique, dès lors que la filiation de l'enfant à l'égard du parent non biologique peut aujourd'hui être reconnue en France ?

Aussi, et de manière assez paradoxale, les règles de preuve semblent désormais en porte à faux avec les règles de fond.

Enfin, au-delà de cette distorsion, c'est surtout la question de l'autorité de l'article 16-7 du Code civil dans les relations internationales qui se trouve posée. Manifestement, les mesures adoptées par le législateur dans la loi du 2 août 2021 n'ont pas permis d'en garantir l'effectivité. Aussi, ce sont d'autres pistes que celle de l'article 47 du Code civil qui méritent d'être explorées.

II. Les perspectives d'évolution

Aucune mesure législative destinée à encadrer la reconnaissance en France des effets attachés à la gestation pour autrui ne peut être pensée sans être portée par une position claire à l'égard des maternités de substitution.

La jurisprudence récente en remettant en cause la force de l'interdit posé à l'article 16-7 du Code civil a conduit en effet à introduire le doute et la confusion autour de l'effectivité de celui-ci. Aussi, toute tentative de réforme impose de commencer par répondre à une question préalable : celle de savoir si l'ordre juridique français entend rester attaché ou non à la prohibition de la gestation pour autrui, mais également s'il dispose encore de la marge de manœuvre nécessaire pour le faire.

40. V. le rapport de Mme A. Caron-Déglise, préc., p. 41 et celui de H. Fulchiron, préc., p. 4.

41. On rappellera ici que, sauf lorsque la régularité de la décision est contestée ou « qu'il est demandé au juge de la constater », ce qui est souvent le cas en matière de gestation pour autrui, l'exequatur n'est pas, en principe, un préalable nécessaire à la transcription de la décision en matière de statut personnel. V. en ce sens Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., § 6 et 7 : « Les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes, produisant de plein droit leurs effets en France sauf s'ils doivent donner lieu à une mesure d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes, peuvent être mentionnés sur les registres français de l'état civil indépendamment de toute déclaration d'exequatur. Leur régularité internationale est cependant contrôlée par le juge français lorsque celle-ci est contestée ou qu'il lui est demandé de la constater ».

De la réponse à cette question, dépend le choix des orientations méthodologiques qu'il est possible d'adopter. La tolérance à l'égard de la gestation pour autrui impliquerait en effet d'adopter des outils de coordination permettant d'en fixer le régime en France, telles qu'une règle de conflit⁴² ou une règle de reconnaissance. Le maintien de la condamnation commanderait au contraire le renforcement des mécanismes de protection tels que l'ordre public international ou la fraude qui, seuls, seraient en mesure de contribuer à consolider le principe de la prohibition⁴³.

À cet égard, en dépit de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, il ne semble pas que la raison d'être de l'interdiction ait connu une quelconque évolution (A). Aussi, c'est aux moyens de garantir l'effectivité de celle-ci qu'il conviendra de s'intéresser (B).

A. Quelle position à l'égard de la gestation pour autrui ?

La question d'un infléchissement possible de la position du droit français à l'égard de la maternité de substitution ne peut être justifiée que s'il apparaît que les fondements de la prohibition de celle-ci n'ont plus lieu d'être, ou encore que les moyens d'en garantir l'effectivité sont condamnés par les engagements internationaux de l'État français, notamment par la Convention européenne des droits de l'homme.

À s'en tenir d'abord au seul droit français, il ne semble pas possible d'y déceler un quelconque affaiblissement des justifications apportées à la prohibition de la maternité de substitution.

La force de l'interdit repose en effet sur la diversité des courants idéologiques qui le sous-tendent. Il n'est pas seulement défendu par les courants conservateurs ou traditionalistes, il trouve aussi dans les courants progressistes et féministes de sérieux relais⁴⁴.

Les uns et les autres dénoncent la commercialisation et l'instrumentalisation du corps des femmes, en particulier des plus pauvres d'entre elles; les pressions qui risquent de peser sur la sincérité de leur consentement; les souffrances et les troubles que peut engendrer la séparation avec l'enfant qu'elles ont porté et qui doit être remis aux parents d'intention. Au-delà de la mère porteuse elle-même, c'est encore l'éclatement de la filiation qui accompagne la maternité de substitution qui est pris pour cible et la nécessité pour l'enfant à naître d'assumer, à travers le récit de ses origines, une histoire lourde et enchevêtrée. Sans doute opposera-t-on à ce réquisitoire la défense de l'autonomie personnelle des femmes, notamment celle de la mère porteuse, et l'existence de « GPA éthiques » fondées sur le paradigme du don⁴⁵, où la mère porteuse n'est pas rémunérée mais simplement « indemnisée » ou « défrayée »⁴⁶.

Les évolutions récentes ont malheureusement permis de renforcer les arguments hostiles à la légalisation des maternités de substitution. Le marché de la gestation pour autrui est devenu, on l'a dit, une réalité qui se chiffre en milliards de dollars⁴⁷. Il s'accompagne souvent d'une rémunération des mères porteuses qui transforme la procréation en service⁴⁸. Et si nul ne conteste l'existence d'histoires individuelles altruistes et

42. V. à cet égard l'article 63 du projet de code de droit international privé qui soumet l'établissement de la filiation à la loi de l'État dans lequel a été conclue la convention de gestation pour autrui, tout en consacrant aussi le recours au principe de proportionnalité.

43. Sur la diversité des méthodes susceptibles d'être retenues, v. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 5^e ed., PUF, 2021, n° 795-1.

44. V. à cet égard S. Agacinski, *Corps en miettes*, *op. cit.*, p. 15 : « Il faut donc en finir avec l'idée que la GPA serait progressiste, tandis que le respect du droit des personnes serait conservateur. On ne peut créer de nouveaux droits – quels qu'ils soient – *au mépris du droit des femmes* » (souligné par l'auteur); et sur la diversité des fondements de la prohibition de la gestation pour autrui, v. D. Borillo, « Pouvoir penser la GPA pour mieux la réguler », in D. Borillo et T. Perroud (dir.), *Penser la GPA*, L'Harmattan, 2021, p. 13.

45. A. Fouque, « Les enjeux de la gestation pour autrui », entretien avec M. Gauchet, *Le Débat*, n° 157, nov.-déc. 2009, et A. Fouque, « La gestation pour autrui, paradigme du don : 2009 », reproduit in *Génésique. Féminologie III*, Éditions des femmes, 2009, p. 15.

46. Sur la portée de cette indemnité, v. S. Agacinsky, *Corps en miettes*, *op. cit.*, p. 118; M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, *op. cit.*, p. 104 et s.

47. A. Madanamoothoo, « Vers une interdiction mondiale de la GPA ? Les enjeux d'un marché de 21 milliards de dollars », *The Conversation*, 10 déc. 2024.

48. M.-A. Frison-Roche, « L'interdiction de la GPA posée par le Code civil n'existe plus », préc.

heureuses, elles ne sauraient masquer le fait que la grande majorité des conventions relatives à la gestation pour autrui sont conclues aujourd’hui pour des raisons d’ordre économique⁴⁹. Comme l’écrit Sylviane Agacinski, « l’on ne voit aucune femme riche devenir mère porteuse »⁵⁰.

Ce qui est en cause, fondamentalement, ce sont les frontières entre la personne et le marché, la dignité de la mère porteuse et celle de l’enfant porté pour être confié à un tiers. Sur ce point, les craintes suscitées par la maternité de substitution n’ont jamais paru aussi justifiées, de sorte que la raison d’être de la prohibition au sein de l’ordre juridique français demeure intacte.

Le législateur l’a bien compris en refusant de légaliser la gestation pour autrui lors de l’adoption de la loi sur la bioéthique du 2 août 2021. Si l’on ajoute à cela, le fait que l’interdiction édictée à l’article 16-7 du Code civil se double d’un dispositif pénal⁵¹, il devient possible d’affirmer sans beaucoup d’hésitations qu’il y a là des principes essentiels du droit français, c’est-à-dire des principes sur lesquels l’ordre juridique français ne saurait transiger y compris dans les relations internationales.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme a sans doute conduit à affaiblir la portée de la prohibition de la maternité pour autrui en la privant d’une partie de son effectivité, du moins toutes les fois que sont en cause les droits fondamentaux de l’enfant. Mais elle n’impose pas pour autant de remettre en cause l’interdit de la gestation pour autrui en tant que tel, pas plus qu’elle ne le dépouille – et c’est essentiel – de l’intégralité de ses effets. Ainsi reconnaît-elle aux États dans l’arrêt *Mennesson* « une ample marge d’appréciation, s’agissant de

la décision non seulement d’autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l’étranger et les parents d’intention »⁵².

Cette position de la Cour sera précisée quelques années plus tard dans l’avis qu’elle rendra le 10 avril 2019 à la demande de la Cour de cassation française. Tout en affirmant que l’article 8 de la Convention « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation » entre l’enfant né d’une gestation pour autrui et la mère d’intention⁵³, elle laisse aux États parties, on l’a vu, le choix des moyens à mettre en œuvre pour la reconnaissance de celui-ci⁵⁴.

Elle confirme ainsi que l’article 8 de la Convention n’impose pas « une obligation générale pour les États de reconnaître *ab initio* un lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention ». Il est, à cet égard, tout à fait possible et conforme aux exigences de la Convention de « reconstruire »⁵⁵ ce lien par d’autres procédés et notamment par le recours à l’adoption. Une telle affirmation revient à admettre que tous les effets attachés à la convention relative à la maternité de substitution sur le terrain de la filiation puissent ne pas être reconnus en France, signe que l’illicéité de celle-ci au regard de l’ordre juridique français n’est pas condamnée à avoir une valeur incantatoire.

C’est pourtant au rebours de cette conclusion que s’inscrit la jurisprudence récente de la Cour de cassation. En reconnaissant le lien de filiation de l’enfant à l’égard du parent d’intention, la haute juridiction a accepté en effet d’accueillir en France l’intégralité des effets découlant de la

49. V. les chiffres donnés par le Global Market insights, *Surrogacy market Size, Share and Growth Report 2025-2034*, <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>; D. Perrin, « La gestation pour autrui côté business », *Le Monde*, 29 déc. 2017.

50. S. Agacinski, *Corps en miettes*, *op. cit.*, p. 9.

51. V. notamment les articles 227-12 et 227-13 du code pénal.

52. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, préc., § 79.

53. CEDH, avis, 10 avr. 2019, préc., § 46.

54. *Ibid.*, § 51.

55. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garron, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l’homme », préc. Sur la diversité des options possibles, v. M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle et S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, 8^e éd., LGDJ, 2023, p. 89 et 90.

convention relative à la gestation pour autrui, du moins sur le terrain de la filiation.

Pour ce faire, il a fallu dissocier la question de l'illicéité de la convention de celle de ses effets⁵⁶ et poser en principe que la première ne pouvait plus rejaiir sur la seconde sans porter atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant.

Aussi, la question de la reconnaissance du lien de filiation sera-t-elle examinée en elle-même, abstraction faite de la convention dont elle procède, non sans sombrer, au demeurant, dans un certain artifice. La haute juridiction pourra ainsi affirmer sans difficulté qu'« aucun principe essentiel du droit français n'interdit la reconnaissance en France d'une filiation établie à l'étranger qui ne correspondrait pas à la réalité biologique ». Le rapprochement avec la filiation issue de la procréation médicalement assistée pourra alors être utilement invoqué au soutien de cette affirmation, alors même qu'il n'est guère pertinent⁵⁷. Et de fait, ce qui heurte l'ordre public en France ce n'est pas tant l'absence de lien biologique entre l'enfant et le parent d'intention que la nature du projet parental qui est à l'origine de la filiation. La gestation pour autrui est un projet illicite et pénallement sanctionné, là où la procréation médicalement assistée est autorisée par la loi, de sorte que l'analogie entre les filiations issues des deux procédés de procréation peine à convaincre. Mais l'impossibilité, selon la Cour de cassation, de tenir compte de l'illicéité du projet parental pour se prononcer sur la réception de ses effets en France, sous peine de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant, conduit en réalité à priver l'interdit de la gestation pour autrui dans les relations internationales de toute consistance⁵⁸.

Que cette conclusion qui est contraire à l'article 16-7 du Code civil n'ait en rien été imposée

par la Cour européenne des droits de l'homme montre à quel point le mécanisme de l'ordre public international demeure à la discrétion des tribunaux.

Aucun contentieux comme celui de la gestation pour autrui ne permet de mesurer avec autant de force la dépendance de l'ordre public international à l'égard du pouvoir d'appréciation du juge, du sentiment de justice qui l'anime et de ses convictions idéologiques.

Dès lors, si l'objectif est de maintenir une certaine effectivité à l'article 16-7 du Code civil dans les relations internationales, il convient de s'interroger sur les moyens d'encadrer la mise en œuvre du mécanisme. Dans cette voie, il est possible de se demander si le recours à une « clause spéciale d'ordre public », assortie le cas échéant de règles matérielles, ne permettrait pas de réguler quelque peu les tendances libérales de la jurisprudence.

B. Vers une clause spéciale d'ordre public ?

Cette clause prend généralement la forme d'une disposition législative ou conventionnelle qui définit dans un domaine particulier les exigences de l'ordre public international. Elle permet ainsi de réduire l'élasticité du mécanisme dans le champ qui lui est assigné⁵⁹. Si elle se rencontre souvent sur le terrain du conflit de lois, il n'est pas interdit d'y avoir recours sur le terrain de la reconnaissance. Car s'il est vrai que l'ordre public qui se déploie dans ce contexte intervient généralement sous sa forme atténuée, il ne s'agit pas pour autant d'un ordre public nul⁶⁰, de sorte que la clause pourrait conserver ici toute son utilité.

Dans les travaux qu'il lui consacre, P. Lagarde met en évidence deux éléments qui caractérisent, selon lui, la clause spéciale d'ordre public : d'une part la clause fixe le contenu de l'ordre public du

56. Sur les liens entre la conception de l'enfant et celle de l'établissement de la filiation et sur les implications de leur dissociation v. D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », préc., nos 18 et s., p. 446 et s.

57. Pour la critique de ce rapprochement, v. R. Legendre, « Gestation pour autrui à l'étranger : l'absence de lien biologique avec le parent d'intention n'est plus un obstacle à la reconnaissance de la filiation », préc.; contra C. Bidaud-Garron, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité « appréciée au regard de la loi française » », préc., p. 45.

58. Rapp. M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », préc., « Le standard de l'intérêt de l'enfant sert en effet, alors techniquement, à saper toutes les bases et tous les interdits ».

59. Sur cette notion, v. P. Lagarde, *Rép. dr. int.*, v° « Ordre public international », Dalloz, 1998 (actualisation 2020); « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française », *Mélanges François Rigaux*, Bruxlant, 1993, p. 263 et s., spé. p. 278 et s.

60. V. pour le rappel de ce principe en matière de gestation pour autrui, D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », préc. Et sur la portée de celui-ci, L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. com. fr. DIP* 2008-2010, Pedone, p. 205.

for; d'autre part, elle précise le lien requis avec l'ordre du for pour évincer la norme étrangère⁶¹.

L'adoption d'une clause spéciale d'ordre public dans le domaine de la maternité de substitution permettrait ainsi de fixer le « seuil d'intolérance »⁶² de l'ordre juridique français à l'égard des effets en France de la gestation pour autrui.

Encore faut-il pour définir ce seuil tenir compte, en tentant de les concilier, des différents intérêts légitimes en présence : les intérêts collectifs d'abord qui fondent la cohésion de l'ordre interne et au service desquels l'ordre public international est traditionnellement consacré, mais aussi l'intérêt de l'enfant et celui de la mère porteuse⁶³.

Les premiers commandent que soit donnée toute son effectivité à la prohibition de la gestation pour autrui en refusant de lui faire produire le moindre effet dans l'ordre du for. Telle était au demeurant la position de la Cour de cassation française jusqu'en 2014. Selon la Cour EDH, elle-même, une telle orientation procédait de la volonté de la France « de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et [...] la mère porteuse »⁶⁴. Bien que la Cour ait apporté des tempéraments importants à l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui, elle n'impose pas, on l'a vu, la désactivation complète de l'article 16-7 du Code civil dans les relations internationales. Aussi est-il envisageable au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg de maintenir l'interdiction de principe en y apportant les tempéraments requis par la Convention EDH, c'est-à-dire en tenant compte de l'intérêt de l'enfant⁶⁵ et du respect de ses droits fondamentaux.

C'est au demeurant cet intérêt qui est venu limiter les effets attachés à la prohibition de la gestation pour autrui dans les relations internationales. Sans remettre en cause la nécessaire protection de l'intérêt général, la Cour de Strasbourg a imposé la conciliation de celui-ci avec l'intérêt supérieur de l'enfant de manière à parvenir à un juste équilibre entre les intérêts en présence⁶⁶.

Or l'intérêt de l'enfant, comme le rappelle la Cour elle-même, est multiforme. Il inclut d'abord le droit au respect de sa vie privée qui impose la reconnaissance d'un lien de filiation à l'égard de ses parents d'intention, les États conservant à cet égard le choix des moyens pour y parvenir. Mais il inclut également pour la Cour « d'autres éléments fondamentaux qui ne plaignent pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère d'intention ». Parmi eux figurent la protection contre les risques d'abus que comporte la gestation pour autrui et la possibilité de connaître ses origines⁶⁷.

Le droit de l'enfant à connaître ses origines est essentiel⁶⁸. Il impose de ne pas occulter l'histoire de la conception de l'enfant et de faire en sorte que sa filiation la reflète le plus fidèlement possible. Or la transcription intégrale de l'acte de naissance à l'état civil, de même que la reconnaissance de la filiation établie à l'égard des parents d'intention, a pour effet de gommer cette histoire en laissant dans l'ombre la mère porteuse.

Ces considérations expliquent que, sans être idéal, le recours à l'adoption⁶⁹ par le parent d'intention qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant constitue une solution opportune qui permet de préserver le souci de l'ordre du for de ne pas céder à la politique du fait accompli⁷⁰, tout en tenant compte du droit de l'enfant à connaître ses origines. Elle ménagerait aussi les intérêts de

61. P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française », préc.

62. *Ibid.*

63. Sur ces différents intérêts, M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle et S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, op. cit., p. 90.

64. V. à cet égard, l'arrêt *Mennesson*, préc., § 99 et l'avis préc. de la Cour du 10 avr. 2019, § 39.

65. Sur lequel, v. M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », préc.

66. Sur cette conciliation, v. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., n° 795-1.

67. V. l'avis de la Cour EDH, préc., § 41.

68. V. sur ce point, S. Hefez, « Troubles dans la famille », in M. Misrahi-Abadou et B. Cyrilnik (dir.), *Nouvelles fertilités, nouvelles familles, nouvelle humanité*, Odile Jacob, 2024, p. 161, spéci. p. 171.

69. V. à cet égard, D. Fenouillet, Ch. Goldie-Genicot et C. Péres, note sous Civ. 1^e, 14 nov. 2024, préc., qui tout en reconnaissant que l'adoption n'est certes pas « la panacée » affirment que dans l'attente d'un éventuel instrument encadrant la gestation pour autrui, elle constitue la seule voie acceptable. V. aussi L. d'Avout, note sous Civ. 1^e, 14 nov. 2024, préc., p. 1976.

70. Sur laquelle, v. Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », préc.

la mère porteuse en s'assurant du consentement de celle-ci à l'abandon de l'enfant.

On soulignera sans doute pour la critiquer qu'une telle orientation consacre une différence de traitement injustifiée entre les parents d'intention qui sont parties à un même projet parental⁷¹. L'observation est en elle-même parfaitement exacte, mais elle passe sous silence le caractère illicite, en l'occurrence, du projet parental. Autant l'argument relatif aux droits fondamentaux de l'enfant peut être audible et justifier d'apporter des dérogations aux effets attachés à la prohibition de la gestation pour autrui, autant les parents d'intention qui ont assumé en toute connaissance de cause de violer la loi française sont mal venus ensuite à revendiquer devant les tribunaux français une égalité de droits dans la mise à exécution d'un projet illicite.

Au demeurant, la Cour EDH elle-même a distingué très clairement dans l'arrêt *Mennesson* le statut des parents d'intention et celui des enfants nés d'une gestation pour autrui pour conclure que les droits fondamentaux des premiers n'étaient pas violés par l'absence de reconnaissance du lien de filiation à leur égard⁷².

Plus loin, ce qui est essentiellement en cause ici c'est la question de savoir si l'interdiction de la gestation pour autrui peut encore avoir une valeur de principe au sein de l'ordre juridique français, y compris pour les situations affectées d'un élément d'extranéité, avec cette conséquence que les dérogations qui lui sont apportées doivent demeurer exceptionnelles⁷³.

C'est précisément ce rapport de principe à exception⁷⁴ que la clause spéciale d'ordre public pourrait contribuer à préserver. Insérée dans le Code civil à la suite de l'article 16-7, elle conduirait à poser en principe qu'une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger est privée de tout effet en

France. Des exceptions pourraient ensuite venir tempérer ce principe pour tenir compte des paramètres de variabilité de l'ordre public mais aussi pour ménager les droits fondamentaux de l'enfant. Ce sont ces derniers qui nous retiendront ici pour l'essentiel.

Il serait ainsi envisageable de prévoir que, dans l'intérêt de l'enfant⁷⁵, sa filiation à l'égard du parent biologique peut être établie ou reconnue en France, tout en précisant que le parent non biologique qui souhaiterait établir un lien de parenté avec l'enfant doit recourir à l'adoption.

Sur le fond, cette proposition ne ferait en réalité que codifier la position qui était celle de la jurisprudence française avant que la Cour de cassation n'entreprene de la remettre en cause dans les arrêts du 18 décembre 2019 puis du 14 novembre 2024. Sa seule ambition est de fixer un cadre permettant de réduire l'élasticité du mécanisme de l'ordre public et l'incertitude attachée aux techniques de réalisation des droits fondamentaux. Ce faisant, elle permettrait de restituer au législateur dans le domaine de la gestation pour autrui, le pouvoir de procéder lui-même à l'arbitrage entre les différents impératifs en présence⁷⁶.

Il est probable que cette proposition s'exposera aux critiques de ceux qui l'estimeront trop rigide ou trop libérale. C'est là le sort des solutions de conciliation dont la cohérence n'est jamais parfaite. Elles sont le reflet de la position inconfortable dans laquelle se trouve l'ordre juridique français contraint de faire produire chez lui des effets à une pratique qu'il prohibe et qui contredit ouvertement ses principes essentiels. Une telle situation n'est pas étrangère aux internationalistes qui ont généralement recours pour la résoudre au mécanisme de l'adaptation. Inconnus du droit français, du moins en matière de gestation pour autrui, les parents d'intention

71. V. les observations de L. Brunet et M. Mesnil, « GPA et exequatur », *AJ fam.* 2023, p. 364 et s., rapportées par Mme A. Caron-Déglise, rapport préc., p. 34 : « En matière de gestation pour autrui, tous les parents d'intention sont des parents, et au même titre, et pas seulement celui qui a fourni des gamètes » ; V. aussi A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui », préc., p. 139.

72. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, préc. Et sur cette dissociation, D. Bureau et H. Muir Watt, préc., n° 795-1.

73. Sur la nécessité de « réaffirmer les prohibitions françaises » et « d'entrevoir les dispenses exceptionnelles », v. L. d'Avout, note sous Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., p. 1978.

74. Sur l'inversion de ce rapport par la jurisprudence, v. *ibid.*, p. 1975.

75. Sur le fait que l'intérêt de l'enfant pourrait fonder « une action nouvelle au fond », v. *ibid.*, p. 1978.

76. Sur la légitimité de cet arbitrage, v. F. Chénédé, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », *Mélanges Champenois*, Lextenso, 2012, p. 139, spéc. p. 178.

sont finalement assimilés à des figures de la parentalité admises par l'ordre du for : celle des parents biologiques et des parents adoptifs avec comme seul objectif d'établir ou de reconnaître la filiation de l'enfant selon un modèle lictile au regard du système français.

La clause spéciale d'ordre public peut ainsi servir de solution d'appoint pour préserver une certaine consistance à l'article 16-7 du Code civil. Elle dissuadera surtout, parmi les parents d'intention, ceux qui ne souhaitent pas recourir à la procédure de l'adoption en lui préférant l'établissement d'un lien de filiation originale et exclusif avec l'enfant.

Il n'est pas certain cependant que les solutions qu'elle préconise, et que la Cour EDH avait jugé conformes aux exigences du droit conventionnel⁷⁷, puissent échapper de manière durable à une remise en cause par les droits fondamentaux. Au-delà de la préservation de l'intérêt légitime de l'enfant, ceux-ci sont désormais invoqués, en effet, pour garantir l'égalité de traitement entre les parents d'intention⁷⁸.

Il est probable de ce fait que le souci de dissuader ces derniers de recourir au tourisme procréatif ne trouvera d'issue à l'avenir que dans les propositions faites par certains auteurs de conférer aux règles pénales du droit interne une extra-

territorialité dans le domaine de la gestation pour autrui en les adaptant à la complexité des intérêts en présence⁷⁹, l'objectif n'étant évidemment pas d'infliger des peines privatives de liberté aux parents d'intention mais d'adopter des sanctions pécuniaires permettant de restaurer à l'article 16-7 du Code civil une vertu comminatoire. Il est significatif à cet égard que c'est vers cette voie de la répression que s'orientent aujourd'hui les États qui demeurent attachés à la prohibition des maternités de substitution⁸⁰ et il convient de rappeler ici qu'une proposition de loi a été déposée en ce sens en France⁸¹.

Une telle orientation qui conduit à introduire le droit pénal au cœur de la famille est inhabituelle et sans doute pas très heureuse⁸². Mais, dans un domaine où, pour reprendre les termes de Sylvain Bollée, il n'existe pas « de bonnes solutions, seulement de moins mauvaises »⁸³, elle pourrait constituer désormais le seul moyen de ne pas vider l'article 16-7 du Code civil de toute substance.

Si elle n'est pas endiguée, l'instrumentalisation des droits fondamentaux⁸⁴ rendra sans doute ce pis-aller inéluctable et il est pour le moins paradoxal que ce soit la « fondamentalisation »⁸⁵ du contentieux de la gestation pour autrui qui ait ouvert subrepticement la porte à la pénalisation.

77. Avis du 10 avril 2019, préc.

78. Sur la discrimination entre les parents d'intention et la proposition intéressante de prévoir le recours à l'adoption pour chacun d'entre eux, v. A. Marais, *Droit des personnes*, 5^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2025, n° 297 ; sur la différence de traitement entre les différents types de couples et le risque de sa contrariété à la Convention EDH, v. Ch. Bidaud, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité appréciée au regard de la loi française », préc., spéc. p. 46.

79. S. Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Trav. com. fr. DIP* 2012-2014, Pedone, p. 215 et s., préc. p. 225, et déjà S. Bollée, note sous Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, *JDI* 2009, comm. 9 ; F. Bellivier, note sous CA Paris, 25 oct. 2007, *RDC* 2008, p. 545 ; A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui », préc., p. 139 ; *id.*, *Droit des personnes*, op. cit., n° 297. V. aussi D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., n° 795.

80. V. pour l'Australie, S. Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé », préc. p. 225 et pour l'Italie, v. H. Rouidi, « Italie et GPA : non le tourisme procréatif n'est pas un "délit universel" », *Le club des juristes*, 30 oct. 2024.

81. V. en dernier lieu, les termes très durs et pour certains discutables de la proposition de loi n° 572 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse déposée au Sénat le 23 mai 2024.

82. V. sur ce point, M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », préc.

83. S. Bollée, note sous Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, préc.

84. Sur laquelle, v. Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 519. ; D. Fenouillet, Ch. Golide-Genicon et C. Péres, note sous Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc., n° 10.

85. Sur le phénomène de la fondamentalisation du droit international privé, v. Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2016, t. 387, p. 9.

Un article, une réforme

Du tout biologique à la toute volonté : quelques pistes de réflexion pour une réforme possible du droit de la filiation¹

Julien Boisson

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre
Membre du CEDCACE (EA 3457)

1. Les nouvelles formes de parenté interrogent sur ce qui fait famille. Que l'on songe à l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe², puis de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées³, au recours accru à la gestation pour autrui (GPA) et à l'AMP à l'étranger dans des conditions impossibles en France, à

l'essor du nombre d'enfants conçus dans le cadre d'un projet coparental (en dehors de tout couple) ou d'un projet parental à plus de deux individus – pluriparenté⁴, ou encore à la possibilité pour des personnes transgenres de concevoir un enfant. Les nouvelles formes de parenté invitent à réfléchir plus précisément sur les fondements de la filiation⁵ et sur ce que pourrait être le droit

-
1. L'auteur remercie le Comité de rédaction de la *Revue de droit d'Assas* de bien avoir voulu lui proposer de réfléchir à une réforme du Droit de la famille, exercice aussi stimulant qu'il est difficile. La présente contribution cherche à mettre à l'épreuve, à traduire techniquement, à tirer toutes les conséquences de ce que pourrait être une refonte du droit de la filiation articulée autour de la seule volonté et du projet parental, proposée par certains auteurs. Elle est une invitation à la discussion. Que Zoé Jacquemin et Marc Pichard soient sincèrement remerciés pour leur précieuse relecture et leurs conseils; ils ne sont responsables en rien des conclusions retenues, sur lesquels l'auteur lui-même n'a pas de positions arrêtées et réfléchit encore.
 2. L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (*JO* 18 mai).
 3. L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (*JO* 3 août).
 4. Terme que l'on préférera, dans le cadre de cette contribution, à celui de « pluriparentalité », qui insiste davantage sur le rôle social de l'individu et non sur sa qualité juridique de parent. Sur ce phénomène, v. M. Cresp, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistence juridique », *AJ fam.* 2018, p. 163; H. Fulchiron, « Penser la famille au pluriel ? », *Dr. fam.* 2017, repère 9; Ph. Guez, « Vers une meilleure prise en compte de la pluriparentalité en France », *Lexbase* 2024, N9850BZT.
 5. V. l'étude de V. Deschamps, *Le fondement de la filiation : De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du livre premier du Code civil*, LGDJ, 2019, préf. D. Fenouillet. Adde A. Batteur, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* 19 juin 2007, n° 122, p. 6; S. Becqué-Ickovicz, « Les fondements de la filiation en droit français : fondement classique et propositions », *Lexbase* 2024, N983BZE; « Réflexions sur les sources du droit et les fondements du droit de la filiation : à propos de la gestation pour autrui », *RTD civ.* 2025, p. 221; A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Varenne, 2017; H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », *D.* 2024, p. 1827; G. Kessler, « Le fondement biologique : entre déclin et renouveau », *Dr. fam.* 2022, dossier 9, n° 6.

de la filiation de demain⁶. Elles fournissent un véritable laboratoire pour le droit de la famille. Elles remettent en cause la dimension traditionnellement hétéronormée, genrée et binaire de la filiation. Elles bousculent le « mythe du sang »⁷ et plus largement celui de l'engendrement charnel sur lesquels serait construit le droit de la filiation à partir de la seconde moitié du xx^e siècle⁸.

2. Le législateur contemporain, pour les situations pour lesquelles il est intervenu, a préféré mettre de côté cette question sensible et modifier, parfois de façon substantielle, mais toujours à la marge, les règles régissant l'établissement du lien de filiation. Aucune réflexion d'ampleur n'a été menée. Pourtant, ces évolutions pourraient inviter à repenser profondément la place du biologique – et plus précisément de la procréation – dans le droit de la filiation français comme dans celui de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. L'on sait que le droit français actuel connaît deux grandes catégories de filiations, celle du titre VII, sobrement intitulé « De la filiation », et celle du titre VIII, plus précisément désigné comme « De la filiation adoptive ». Il y aurait donc une filiation « tout court », à laquelle le législateur n'a pas jugé utile au fil des réformes d'attribuer un quelconque qualificatif et une filiation adoptive. La doctrine a donc pris l'habitude

de nommer la première la « filiation par le sang »⁹, la « filiation charnelle »¹⁰, la « filiation par procréation »¹¹, ou par combinaison la « filiation par procréation charnelle »¹², « la filiation d'origine »¹³, en somme une filiation reposant sur la vérité biologique, ou à tout le moins sa vraisemblance. La seconde, au contraire, est présentée, par opposition à la première, comme une filiation « élective »¹⁴, c'est-à-dire une filiation reposant sur la volonté¹⁵.

4. Une telle présentation, quasi-manichéenne, est trompeuse. D'abord, la volonté a toujours joué un rôle important au sein de la filiation du titre VII. Ainsi, la reconnaissance de l'article 316 du Code civil repose sur un acte juridique, donc sur la volonté de son auteur d'établir le lien de filiation. À cet égard, les reconnaissances mensongères, dites de complaisance, ont toujours été admises dès lors qu'elles émanent d'un homme¹⁶ et sous réserve de celles frauduleuses. Par ailleurs, la femme qui accouche peut décider de le faire dans le secret. Par sa volonté, elle peut alors faire obstacle, au moins dans un premier temps¹⁷, à l'établissement du lien de filiation. Ensuite, la filiation du titre VII fait une place importante à la « réalité sociologique » à travers les effets qu'elle fait jouer à la possession d'état. À cet égard, il ne faut pas se méprendre. Certes la possession d'état permet d'établir la filiation à certaines

-
6. J.-J. Lemouland, « 1972-2022 : et maintenant ? », *Dr. fam.* 2022, dossier 11.
7. V., à propos du droit issu de la réforme de la loi n° 72-3 du 3 janv. 1972 sur la filiation (*JO* 5 janv., p. 145), V. Larribau-Terneyre, « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA* 16 mars 1994, n° 32.
8. D. Fenouillet, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté : adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *APD* 2014, t. 57, p. 37. Sur le passage du modèle social de la filiation de 1804 au modèle génétique, v. L. Brunet, « Des usages protéiformes de la nature : essai de relecture du droit de la filiation », in P. Bonte, E. Porqueres i Gené et J. Wilgauw (dir.), *L'argument de la filiation : aux fondements de sociétés européennes et méditerranéennes*, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 297.
9. J.-J. Lemouland, « 1972-2022 : et maintenant ? », art. préc., n° 6.
10. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 2^e éd., PUF, 2017, coll. « Quadrige », n° 453 et s.; D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 5^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2022, n° 400 et s.
11. F. Chénédé (dir.), *Droit de la famille*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2023, n° 21 et s.; P. Courbe, A. Gouttenoire et M. Farge, *Droit de la famille*, 8^e éd., Sirey, coll. « Université », 2022, n° 1149 et s.
12. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 85.
13. F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps*, rapport au Garde des sceaux, ministre de la Justice, sept. 1999, p. 13.
14. *Ibid.*
15. La GPA est également parfois présentée comme un modèle de filiation élective, v. D. Borrillo, *La famille par contrat : la construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF, 2018, p. 115.
16. Pour une critique de cette différence de traitement entre les hommes et les femmes, v. M. Pichard, « État des personnes », in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), *La loi & le genre*, CNRS Éd., 2014, p. 28.
17. L'accouchement dans le secret ne constitue plus, depuis la loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, une fin de non-recevoir à une action en recherche de maternité.

conditions, mais ce mode est initialement pensé comme une correction, un mode de rattrapage pour établir une filiation conforme à la vérité biologique qui ne l'aurait pas été. Les hypothèses visées sont, d'une part, celle du décès du père sans qu'il n'ait reconnu l'enfant, notamment né après cet événement, et, d'autre part, celle du rétablissement de la présomption de paternité qui aurait été écartée¹⁸. Toutefois, la possession d'état permet également de consolider la filiation en la rendant inattaquable ou plus difficilement contestable. C'est ici véritablement que la « réalité sociologique » s'oppose à la « vérité biologique ». C'est alors que l'on comprend le qualificatif attaché par la doctrine à la filiation du titre VII. Non tant au regard de ses modes d'établissement classiques, finalement assez indifférents à la vérité biologique, mais au stade des actions contentieuses et en particulier celles en contestation. Pour que celles-ci prospèrent, ce qu'il faut démontrer c'est bien que le père légal n'est pas le géniteur de l'enfant, ou que sa mère légale n'est pas la femme dont il est accouché. D'où le recours aux expertises biologiques en la matière¹⁹.

5. Derrière le biologique, c'est surtout la procréation charnelle qui est à l'honneur dans le droit français de la filiation. Ainsi, lorsque l'enfant n'est pas mis au monde « naturellement » par ses futurs parents légaux, le législateur feint la pro-

création, allant parfois jusqu'à cacher l'absence de liens biologiques. Tel est le cas en matière d'adoption plénière par un couple de sexe différent. Selon une formule attribuée à Bonaparte, « l'adoption singe la nature »²⁰. Discutable à l'époque, l'affirmation a pris tout son sens depuis²¹. L'adoption plénière imite la procréation charnelle, encore qu'elle ne nie pas l'origine de l'enfant. Bien que l'acte de naissance initial de l'enfant soit considéré comme nul (C. proc. civ., art. 1175-1), le nouvel acte est une transcription du jugement (C. civ., art. 354) mentionnant expressément ce dernier²². L'existence d'une adoption plénière n'est pas totalement dissimulée, bien qu'elle semble aujourd'hui moins visible qu'hier en raison des nouvelles règles de publicisation des actes de l'état civil²³. Seule l'identité des parents d'origine, lorsqu'il y en a, est totalement cachée. Il n'en demeure pas moins que, par ce procédé, le législateur cherche à « présenter les adoptants pour ce qu'ils ne sont pas – pour les géniteurs de l'adopté »²⁴. C'est également vrai dans l'AMP avec tiers donneur ou tierce donneuse au sein d'un couple de sexe différent dont les règles en matière de filiation sont coulées dans celles du titre VII, malgré quelques spécificités tenant à l'absence de lien biologique avec l'un ou les deux parents d'intention. Ce faisant, ces enfants ont pu être comparés à des « passagers clandestins de notre système de parenté »²⁵.

18. Circ. du 30 juin 2006 de présentation de l'ord. n° 759-2005 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation, NOR : JUS C0620513 C, BOMJ n° 103, p. 23.

19. On relèvera toutefois que l'expertise génétique ne peut être la reine des preuves que du côté de la filiation paternelle. Désormais la gestatrice peut ne pas être la génitrice. Du côté de la filiation maternelle, la biologie c'est donc davantage la gestation que le sang. Une telle approche semble avoir été récemment remise en question par la Cour de cassation estimant que la mère porteuse en présence d'une GPA n'avait aucun lien biologique avec l'enfant. V. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, n° 23-50.016, B; RJP 2025, 296-15, note M.-C. Le Boursicot; D. 2025, p. 224, note M. Mesnil. Pour une critique, v. S. Becqué-Ickowicz, « Réflexions sur les sources du droit... », art. préc. *Addé R. Legendre, J. Houssier et I. Théry, « La réalité biologique de la filiation aujourd'hui », Dr. fam. 2025, dossier 8.*

20. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 59.

21. *Ibid.*

22. Et ce depuis 1996, v. F. Chénédé (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n° 222.271. *Addé*, en droit positif, Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, NOR : JUSC1312445C, BOMJ n° 2013-05 du 31 mai 2013, p. 19.

23. Désormais l'adopté ne peut obtenir une copie intégrale de son acte de naissance portant mention de l'adoption qu'avec l'autorisation du procureur de la République. À défaut, la copie intégrale comme les extraits font comme si l'enfant était né de ses parents adoptifs. V. D. n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil (JO 10 mai), art. 37. Comp., sous l'empire du droit antérieur, D. n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil (JO 9 août), art. 12; *IGEC*, 11 mai 1999, n° 197-8-1, précisant que les copies intégrales étaient délivrées uniquement par reproduction de la transcription.

24. C. Neirinck, « L'irrévocabilité de l'adoption en question », *RDSS* 2006, p. 1076.

25. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 149.

C'est le fameux « modèle ni vu, ni connu »²⁶ consacrant « une pseudo-filiation charnelle »²⁷.

6. Il est évident que les « nouvelles familles »²⁸, en particulier celles composées de deux parents de même sexe, remettent en question cette vision traditionnelle de la filiation. Pour elles, impossible de feindre la procréation. La volonté est, au contraire, à la base de l'accueil d'un enfant. Elle est le ciment de leur « projet parental », terme désormais consacré dans la loi²⁹. L'existence d'un tel projet n'est pas le propre de ces familles, parfois encore considérées comme atypiques. Les progrès scientifiques comme l'évolution de la réglementation entourant la contraception, l'avortement et l'AMP permettent désormais une planification des naissances. Le projet parental se retrouve dans toutes les familles. Selon les situations, le projet parental prend forme avant la conception de l'enfant ou plus tardivement lorsque celle-ci n'est pas initialement souhaitée, mais que l'enfant est malgré tout accueilli par l'un ou les deux parents³⁰. Selon un auteur, « désormais, ce n'est pas la nature qui détermine la parenté mais la culture (projet parental) »³¹. Faut-il alors faire de la volonté l'alpha et l'oméga du droit de la filiation plutôt que de consacrer celle-ci à côté de la vraisemblance biologique³² ?

7. S'interroger sur un éventuel changement de paradigme du droit de la filiation, ce n'est pas que tirer des constats sur des évolutions récentes, que tous d'ailleurs n'approuvent pas. Il s'agit

aussi de revenir aux grands principes du droit de la filiation qui s'inscrivent dans le temps long. Parmi eux, deux devront particulièrement guider notre route. Le premier est sans aucun doute l'égalité de traitement entre les enfants – et plus largement entre les individus³³ – indépendamment des circonstances de leur naissance dont ils n'ont pas à pâtrir³⁴. Ce primat de l'égalité, issu de la loi Carbonnier de 1972³⁵ renforcé par l'ordonnance de 2005³⁶, doit encore être parachevé. Le second est l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3, § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) à partir de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH)³⁷. Son appréciation est délicate et susceptible d'appréciations différentes³⁸. De surcroît, l'enfant visé, au sens de ces textes, est seulement celui mineur. Pourtant, il nous paraît possible d'en défendre une acceptation plus large comme semble le proposer le droit belge qui fait régulièrement référence à « l'intérêt de l'enfant » en matière de filiation. Derrière l'enfant, il y a l'individu qui a droit, à tout âge, au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 susmentionné. Or, pour la Cour EDH, le droit d'établir sa filiation est une composante du droit à l'identité rattaché au droit au respect à la vie privée. Bien que la réalité biologique ait une place centrale dans sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg tient compte également d'autres fondements et considérations, au

26. *Ibid.*, p. 150.

27. *Ibid.*, p. 153.

28. Selon une expression empruntée à H. Fulchiron, « Pour un aggiornamento des règles applicables aux "nouvelles" familles », *D.* 2018, p. 1083.

29. CSP, art. L. 2141-2 et s.; L. n° 2022-219 du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption (*JO* 22 févr.), art. 9.

30. *Contra* H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité », art. préc.

31. D. Borrillo, *La famille par contrat : la construction politique de l'alliance et de la parenté*, *op. cit.*, p. 119.

32. En faveur d'un nouveau fondement au côté de celui biologique, v. S. Becqué-Ickowicz, « Les fondements de la filiation en droit français », art. préc.; A. Gouttenoire, « L'impossible réforme du droit de la famille ? », *Lexbase* 2014, N3480BUG. *Contra* M. Pichard, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements* 2015/2, p. 141. *Addé*, sur les différentes réformes possibles (minimaliste ou maximaliste), J.-J. Lemoulard, « 1972-2022 : et maintenant ? », art. préc., n° 16 et s. Comp. C. Pérès, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.* 2019, p. 1184. Plus largement, v. M. Mesnil, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.

33. L'enfant étant compris ici comme celui par filiation qu'il soit mineur ou majeur. V. M. Pichard, « L'enfant : à propos d'une polysémie », in *Mélanges Marie-Stéphanie Payet*, Dalloz, 2011, p. 469.

34. V. J. Boisson, « L'enfant mal né », in *Mélanges Didier Guével*, Lextenso, 2021, p. 35.

35. L. n° 72-3 du 3 janv. 1972, préc.

36. Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation (*JO* 6 juill.).

37. *Contra* M. Pichard, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », art. préc.

38. M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, p. 224.

rang desquels l'intérêt de l'enfant³⁹. Il conviendra donc, tout au fil de cette reconstruction proposée, de vérifier que les évolutions suggérées répondent bien à ces enjeux cardinaux du droit français comme européen de la filiation.

8. En somme, les nouvelles familles invitent à réfléchir sur la situation de l'ensemble des enfants et de leur famille. Ces réflexions nous conduisent à repenser les fondements du droit de la filiation (I) et à réformer la filiation du titre VII du Livre I^{er} (II).

I. Repenser les fondements du droit de la filiation

Le temps est sans doute venu de remettre à plat notre droit de la filiation. La volonté pourrait devenir le fondement commun de la filiation (A) tandis que la vérité biologique ne fonderait plus qu'un devoir subsidiaire de secours envers l'enfant (B). À l'admettre, il faut nécessairement repenser le critère de distinction entre la filiation du titre VII et la filiation adoptive du titre VIII, qui pourrait être celui de l'engendrement de l'enfant (C).

A. Faire de la volonté le fondement commun de la filiation

9. L'admission de l'AMP exogène et l'interdiction corrélatrice d'établir la filiation entre l'enfant né du don et le ou les auteurs de celui-ci (C. civ., art. 342-9) tempèrent depuis longtemps le rôle de la biologie dans l'appréhension de ce qui fait famille. Les différentes actions en responsabilité civile engagées par d'anciens pères légaux se voyant privés du lien de filiation à l'égard de l'enfant qu'ils ont élevé en raison du succès de l'action en contestation de paternité initiée par la mère de l'enfant et/ou son amant témoignent, à l'inverse, que l'absence de lien biologique n'em-

pêche pas, en pratique, de faire famille⁴⁰. Au contraire, il n'est pas certain que l'intérêt de l'enfant, largement entendu, soit systématiquement d'être rattaché juridiquement à son auteur. Dans certains cas, celui-ci n'aura aucun égard pour lui (filiation établie à la suite d'une action en recherche de paternité ou de maternité)⁴¹. Initier par l'enfant, voire sa mère durant sa minorité, l'action en recherche de paternité est le plus souvent motivée par des considérations purement patrimoniales. Intentée du vivant du présumé père, l'action a pour but qu'il participe à l'entretien de l'enfant au moyen d'une pension alimentaire. Intentée après son décès, l'action a pour finalité de venir à la succession⁴². Dans d'autres cas, le géniteur souhaitera assumer pleinement sa parenté alors que l'enfant a déjà auprès de lui quelqu'un qui le comble complètement (action en contestation dans les délais requis suivie d'une reconnaissance). Pire, parfois l'enfant pourra être dépourvu de toute filiation (action en contestation non suivie d'un établissement volontaire ou contentieux de la filiation).

10. Plutôt que la biologie, la volonté pourrait être à la base de la filiation, que celle-ci soit adoptive (titre VIII) ou non (titre VII). D'aucuns rétorqueront qu'une telle proposition, outre qu'elle pourrait se heurter au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, conduirait à faire encore davantage de place à la toute-puissance de la volonté et aux individualismes – en somme aux égoïsmes – et, pire, à consacrer, voire confirmer, l'existence d'un véritable droit à l'enfant que tous honnissent. Pourtant, la reconnaissance de l'AMP avec tiers donneur aux couples de sexe différent en était déjà une manifestation dont peu se sont émus puisqu'alors celle-ci singeait la nature. En réalité, faire de la volonté le fondement de la filiation aboutit à repenser celui-ci à l'aune des notions d'engagement et de responsabilité et

39. H. Fulchiron, « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mau-ger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 139, spéc. p. 150-151. Adde G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur », art. préc.

40. Par ex., v. Civ. 1^{re}, 16 nov. 2022, n° 21-15.936, D; RJPF 2023-1/20, obs. J. Boisson.

41. Comp., sur le caractère insatisfaisant pour l'enfant des « paternités imposées », I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 91.

42. Les considérations successorales expliqueraient d'ailleurs pour beaucoup les règles issues de l'ordonnance de 2005, notamment les nouveaux délais, v. A. Batteur, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », art. préc.

donc à remettre l'intérêt de l'enfant au centre du jeu⁴³. À propos de la reconnaissance volontaire, la Cour de cassation, dans un récent avis, a précisément affirmé que celle-ci « est l'acte libre et volontaire par lequel un homme ou une femme déclare être le père ou la mère d'un enfant et s'engage à assumer toutes les conséquences qui en découlent selon la loi, notamment celle de prendre en charge l'entretien et l'éducation de l'enfant »⁴⁴.

11. La volonté, en matière de filiation, peut prendre deux formes. Elle peut tout d'abord être expresse. Tel est le cas en présence d'une reconnaissance volontaire, d'une RCA ou en matière d'adoption (plénière comme simple). La volonté peut également être tacite. C'est le cas lorsque la filiation est établie par l'effet de la loi. Du côté de la filiation maternelle, puisque celle-ci résulte du fait de l'accouchement et que la femme peut accoucher dans le secret, le fait pour celle-ci de ne pas avoir recours à cette possibilité indique qu'elle souhaite vraisemblablement assumer sa maternité⁴⁵. Du côté de la filiation paternelle en mariage, la présomption de paternité peut là encore s'expliquer par l'effet de la volonté : en se mariant à une femme, l'homme accepte d'être le père des enfants à naître pendant l'union⁴⁶. On serait en présence d'une « volonté présumée »⁴⁷, d'une « responsabilité assumée »⁴⁸.

12. Par ailleurs, l'on ne saurait assimiler volonté et acte juridique. Le domaine des faits juridiques n'est pas hermétique à toute volonté. La possession d'état nous semble pouvoir également y être rattachée. Certes, celle-ci se définit comme une réunion suffisante de faits et, parmi les principaux retenus par l'article 311-1 du Code civil, il n'est pas certain de pouvoir chaque fois déceler une once de volonté. Il faut déjà laisser de côté le *nomen*, à savoir le fait que l'enfant « porte le

nom de celui ou ceux dont on [le] dit [issu] ». Ce critère, déjà peu pertinent à l'heure où les deux parents peuvent transmettre leur nom de famille à l'enfant, ne l'est que lorsque la possession d'état sert à consolider une filiation contestée. À l'inverse, le *nomen* a peu d'utilité lorsque la possession doit permettre d'établir la filiation. En réalité, le fait essentiel de la possession d'état est sans aucun doute le traitement de l'enfant – le *tractatus*. En témoigne sa place dans le texte aux 1^o et 2^o, comme son assimilation par les auteurs de la circulaire de 2006 à la « réalité sociologique »⁴⁹ et donc à la possession d'état elle-même. Est visé le fait de traiter l'enfant comme le sien (et réciproquement) et, en conséquence, d'assurer son éducation, son entretien et son installation. Or, pour que la possession d'état soit paisible et non équivoque, au sens de l'article 311-2 du Code civil, ces faits ne peuvent qu'être volontaires. Reste alors le dernier critère, celui de la renommée ou réputation – la *fama*. Déjà aujourd'hui, le fait pour un enfant d'être reconnu par la famille, la société et l'autorité publique comme celui d'un tel ou d'une telle va dépendre le plus souvent, en pratique, des éléments matériels du *tractatus*. L'hypothèse d'école de l'ensemble du village qui sait qu'un enfant est issu d'une relation entre telle et telle personne est résiduelle. Demain, si l'on veut bien abandonner toute référence à la vérité biologique, la *fama* viendrait conforter le *tractatus*. De nouveau, la possession d'état, symbole du vécu, de la réalité sociologique ou affective, est l'expression d'une volonté tacite⁵⁰, la manifestation d'une « volonté affichée »⁵¹.

Retenir la volonté comme fondement de la filiation ne saurait aboutir à nier tout rôle à la vérité biologique. Cette dernière pourrait conduire à la reconnaissance d'un devoir subsidiaire de secours envers l'enfant.

-
43. H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité... », art. préc. *Adde*, en matière d'engendrement avec un tiers, I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationalle*, op. cit., p. 160. Plus largement, V. Deschamps, *Le fondement de la filiation : De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du livre premier du Code civil*, op. cit., n^o 609 et s.
44. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2023, avis n^o 15004, n^o 22-70.018, D; RJPF 2023-9/18, note J. Garrigue.
45. N. Neirinck, « La maternité », *Dr. fam.* 2006, étude 2, n^o 5.
46. Sur ce fondement (et les autres), v. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationalle*, op. cit., p. 87.
47. J.-J. Lemouland, « 1972-2022 : et maintenant ? », art. préc., n^o 25.
48. Y. Flour, « Rapport Dekeuwer an I : les projets de réforme du droit de la famille », *Gaz. Pal.* 4 sept. 2001, n^o 247, p. 3.
49. Circ. du 30 juin 2006, op. cit., p. 12.
50. S. Becqué-Ickowicz, « Les fondements de la filiation en droit français », art. préc.
51. J.-J. Lemouland, « 1972-2022 : et maintenant ? », art. préc., n^o 25.

B. Faire de la vérité biologique le fondement d'un devoir subsidiaire de secours envers l'enfant

13. Le lien biologique ne saurait être complètement réduit à néant. Au contraire, la récente levée de l'anonymat des dons montre, s'il le fallait, que la biologie a une importance capitale pour l'enfant pour connaître son histoire et là d'où il vient. En somme, le lien biologique est primordial quant à l'accès aux origines personnelles⁵², comme l'est d'ailleurs la connaissance par l'enfant du projet parental ayant conduit à sa naissance⁵³. Or, le droit de l'enfant d'accéder à ses origines personnelles est une composante très forte du droit à l'identité, distincte du droit d'établir sa filiation ascendante. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, encore que ces deux droits soient parfois confondus, le premier est plus fort que le second. Il admet moins de tempéraments et la marge d'appréciation de la part des États parties à la convention est plus faible. Guillaume Kessler propose alors de distinguer la figure du géniteur de celle du parent⁵⁴. L'action en recherche de paternité deviendrait une action en « reconnaissance d'ascendance génétique », c'est-à-dire en recherche de ses origines personnelles, imprescriptible et réservée à l'enfant. Les qualités de géniteur ou génitrice et de gestatrice ou gestateur seraient toutefois insuffisantes pour établir à elles seules la filiation⁵⁵. De la même manière, pour permettre à l'enfant de connaître son histoire, l'adoption plénière devrait à l'image de l'adoption simple (C. proc. civ., art. 1175-1), être mentionnée en marge de l'acte de naissance originaire et non transcrit dans un nouvel acte⁵⁶.

14. Sauf l'hypothèse où l'intervention d'un tiers est nécessaire au projet parental d'autrui, à l'instar des engendrements avec un tiers, les qualités de géniteur ou génitrice et de gestatrice ou ges-

tateur devraient imposer, selon nous, non une obligation d'entretien de l'enfant, mais de secours à son égard⁵⁷. Celle-ci serait plus restrictive que la première puisqu'elle serait fondée sur l'état de besoin de l'enfant, d'une part, et l'existence de ressources suffisantes du côté du géniteur ou de la génitrice et de la gestatrice ou du gestateur, d'autre part. Des subsides devraient pouvoir être réclamés au géniteur, à la génitrice ou à la personne qui a donné naissance à l'enfant tout au long de sa vie⁵⁸. L'action aux fins de subsides verrait ses conditions d'ouverture renouvelées et dégénérées – les qualités de géniteur ou génitrice et de gestatrice ou gestateur rempliraient la preuve des relations intimes avec la mère – et retrouverait son inspiration originelle – celle de responsabilité⁵⁹. Une créance, sur le modèle de celle alimentaire, pourrait également être reconnue à l'enfant contre la succession de son géniteur, sa génitrice, sa gestatrice ou son gestateur. La célèbre maxime de Loisel, « qui fait l'enfant le nourrit » deviendrait « qui fait l'enfant assure sa survie ». Dans la mesure où en l'état actuel des moyens de contraception, il est possible de considérer que chacun peut désormais être tenu responsable de sa propre contraception.

Admettre que la volonté serve de fondement unique au droit de la filiation de demain et la vérité biologique à un devoir subsidiaire de secours impose de réfléchir au critère de distinction entre la filiation du titre VII et celle du titre VIII. Le critère à retenir est celui de l'engendrement de l'enfant.

C. Faire de l'engendrement le fondement de distinction des deux filiations

15. Une fois admis que la vérité, débarrassée de la biologie, puisse constituer le seul fondement

52. Comp., sur la proposition de limiter l'anonymat de la mère en cas d'accouchement dans le secret, A. Gouttenoire (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, rapp. du groupe de travail « protection de l'enfance et adoption », févr. 2014, prop. n° 31.

53. H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité », art. préc.

54. G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.* 2019, p. 519.

55. Les termes de « génitrice » et de « gestateur » permettent de tenir compte de personnes transgenres ayant procréé.

56. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 120.

57. *Contra* G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur », art. préc.

58. Comp. H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité », art. préc.

59. À ceci près qu'originairement, l'idée de responsabilité (d'avoir eu des relations intimes avec la mère) primait celle de biologie, v. S. Mirabail, « Repenser l'action aux fins de subsides », *JCP G* 2011, p. 1767.

de la filiation, une difficulté apparaît immédiatement. Quel champ d'application reconnaître à la filiation du titre VII par rapport à celle du titre VIII ? La porosité de la frontière entre les deux catégories de filiation n'est pas nouvelle⁶⁰. De façon simplifiée, la filiation du titre VII doit permettre d'établir la filiation à l'égard de son propre enfant, compris traditionnellement comme son enfant biologique, tandis que la filiation adoptive du titre VIII permet la création d'un lien de filiation avec l'enfant d'un autre, c'est-à-dire avec un enfant déjà né⁶¹. Une nouvelle fois, cette présentation est simpliste et trompeuse. Le droit français a toujours permis d'établir une filiation *via* les modes du titre VII avec l'enfant d'un tiers : reconnaissances volontaires paternelles mensongères et possession d'état. La connaissance du défaut de conformité de la filiation à la vérité biologique au moment de l'établissement de celle-ci n'y fait même pas obstacle⁶². La différence se situe, en réalité, dans la solidité de la filiation établie. La filiation du titre VII peut être contestée si elle n'est pas conforme à la vérité biologique à la différence de celle du titre VIII. Cette filiation est donc particulièrement fragile. Toutefois, expurgée de toute dimension biologique, la filiation du titre VII ne pourra plus être contestée *via* la seule preuve de l'absence de lien du sang⁶³.

16. La difficulté de répartition ne concerne finalement que les hypothèses dans lesquelles la filiation repose sur la volonté exprimée. Il faut alors en revenir à la présentation schématique et lui redonner tout son sens : le titre VII pour son enfant, le titre VIII pour l'enfant d'autrui. La notion, développée par plusieurs auteurs⁶⁴, d'*« engendrement de l'enfant »* – à distinguer de

celle de procréation⁶⁵ – devrait être la clé de voûte de cette distinction. L'enfant engendré par ses futurs parents par opposition à celui engendré par un tiers. Le titre VII serait donc réservé au premier, c'est-à-dire à la filiation de l'enfant avec celles et ceux qui ont voulu sa naissance – projet parental *ab initio*. Comme aujourd'hui, l'adoption viserait à établir une filiation avec un enfant dépourvu de tout lien ou qui en a déjà un ou plusieurs – projet parental *a posteriori*.

17. Le titre VII viserait alors la « filiation d'intention »⁶⁶. Jusqu'à présent, le parent d'intention désigne celui social par opposition à celui légal – qui est le biologique⁶⁷. Il se distingue du beau-parent en ce que ce dernier ne participe pas au projet parental. C'est d'ailleurs pourquoi, pour le beau-parent qui souhaiterait établir sa filiation, la procédure à suivre est celle de l'adoption. L'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple continuerait d'être la voie idoine pour régler cette situation, encore qu'il faudrait admettre que l'enfant puisse être adopté plus d'une fois afin que ses différents beaux-parents puissent tous l'adopter, sans que ne prospère la règle actuelle du prix de la course⁶⁸... Le parent d'intention se distinguerait alors du géniteur et du beau-parent.

18. À retenir l'engendrement comme critère de distinction entre les deux modes de filiation, l'adoption ne devrait plus permettre d'établir une filiation avec l'enfant dont la conception s'inscrit dans un projet parental, ce incluant le recours à des procédés mal connus en droit français – comme la pluriparenté – ou interdits – comme la gestation pour autrui. L'on voit bien, de sur-

60. Addé A. Alouane, « Les parentés d'intention et les règles régissant la filiation dite charnelle : quelles perspectives ? », *RJPF* 2025/301-10.

61. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*, p. 178.

62. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2022, avis n° 15015, n° 22-70.013, B ; *RJPF* 2023-1/1, note J. Boisson ; 5 avr. 2023, préc.

63. V. *infra*, n° 27.

64. V. Deschamps, *Le fondement de la filiation : De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du livre premier du Code civil*, *op. cit.*, n° 461 et s., encore que l'auteur distingue « l'engendrement charnel » de « l'engendrement volontaire ». Comp. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*, p. 18, distinguant « l'engendrement par procréation » de « l'engendrement avec tiers donneur ».

65. H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité », art. préc.

66. La notion a été expressément utilisée par la Cour de cassation dans son communiqué relatif à l'arrêt récent rendu sur la question de l'*exequatur* en présence d'une GPA, en l'espèce réalisée par une femme seule (Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, préc.). Nous en proposons la généralisation de l'usage.

67. M. Mesnil, « La parenté d'intention en droit français : nouvelle figure du système de filiation », *RJPF* 2012/2, p. 99.

68. La Cour de cassation vient d'ailleurs de renvoyer une QPC relative à l'article 345-2 du Code civil qui refuse l'adoption d'un même enfant par plusieurs personnes au Conseil constitutionnel (Civ. 1^{re}, 9 juill. 2025, n° 25-40.010, D).

croît, les risques pour l'enfant de se trouver dépourvu de filiation avec l'un de ses parents d'intention en cas de prédécès de celui-ci avant le dépôt de la requête en adoption ou en cas de refus du parent légal d'y consentir, notamment en raison d'une séparation du couple.

En d'autres termes, seule la filiation du titre VII est à même de permettre l'établissement de la filiation avec son propre enfant. Une fois admis le rôle central de la volonté au sein de celle-ci, il convient d'en tirer les conséquences et d'en proposer une véritable réforme.

II. Réformer le Titre VII du Livre I^{er} du Code civil

Une fois admis que la filiation du titre VII puisse reposer sur l'intention, il faut abandonner le caractère genré et binaire de celle-ci (A), point de départ nécessaire pour repenser les modes d'établissement de la filiation (B) et limiter les contestations de celle-ci (C).

A. Abandonner le caractère genré et binaire de la filiation

19. Admettre que l'engendrement constitue, à côté de l'adoption, l'un des fondements volontaristes de la filiation, étranger à toute vérité biologique et procréative, doit conduire à remettre en question deux dogmes du droit français. En premier lieu, il faut revenir sur le caractère encore partiellement hétéronormé de la filiation. Certes, depuis la loi bioéthique de 2021, un enfant peut avoir deux mères sur le fondement du titre VII, mais il ne peut avoir deux pères. De surcroît, même quand deux femmes peuvent être reconnues parentes de l'enfant, c'est seulement sur la base d'une RCA en matière d'AMP exogène, ce qui fait totalement fi des situations d'AMP dites « artisanales » ou « engendrement amicalement

assisté »⁶⁹ – dont la légalité est d'ailleurs incertaine⁷⁰ – ou de celles de deux femmes dont l'une est transgenre. L'occasion pourrait également être saisie de supprimer le caractère genré de la filiation, à savoir les références à la filiation « maternelle » ou « paternelle » comme l'ont fait d'autres législations⁷¹.

20. En second lieu, actuellement, le nombre de liens de filiation, en dehors de l'adoption simple, est limité à deux. Or, de nombreux enfants sont engendrés dans le cadre d'un projet parental à plus de deux personnes. L'heure pourrait être venue de reconnaître, à l'instar de certains droits étrangers⁷², ces enfants et de consolider leur situation juridique. Certes, une telle admission ne se fera pas sans difficulté au regard des conséquences attachées à la filiation, notamment au regard de la titularité et de l'exercice de l'autorité parentale⁷³. Il faudrait encore savoir s'entendre sur le nombre maximal de liens de filiation qui pourraient être établis – certainement quatre. Ces difficultés, bien qu'elles soient réelles, ne sauraient justifier de laisser ces enfants dans le non-droit.

Une fois ces dogmes classiques remis en cause, ce sont les modes d'établissement de la filiation qui doivent être repensés.

B. Repenser les modes d'établissement de la filiation

Fonder la filiation sur l'intention oblige à réfléchir au rôle des différents modes d'établissement de la filiation contemporain. Alors que le rôle de l'acte de naissance pourrait être limité (1), celui de la reconnaissance serait accentué (2), tandis que celui de la possession d'état pourrait être maintenu (3).

69. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 153.

70. L'enfant conçu en dehors du cadre légal de l'AMP serait « illicitemente procréé », v. D. Fenouillet, *Droit de la famille*, op. cit., n° 598.

71. À l'instar du droit de l'Ontario, v. G. Kessler, « Entre innovation et avant-garde, le droit de la famille ontarien préfigure-t-il la législation française de demain ? », *AJ fam.* 2021, p. 423. En faveur du remplacement des termes « pères » et « mères » par celui plus neutre de « parent », v. D. Borillo, *La famille par contrat : la construction politique de l'alliance et de la parenté*, op. cit., p. 126.

72. Plusieurs États canadiens et américains, v. G. Kessler et J. Clouet, « Filiation et autorité parentale : regards croisés sur la pluri-parenté », *Lexbase* 2024, N9848BZR; G. Kessler, « Entre innovation et avant-garde », art. préc.

73. Addé M. Cresp, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistence juridique », art. préc.; G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur », art. préc.

1. Limiter le rôle de l'acte de naissance

21. Tant que le droit français prohibera la gestation pour autrui, le fait juridique de l'accouchement, lorsque ce dernier n'est pas réalisé dans le secret, peut continuer à établir la filiation. L'acte de naissance permettrait toujours l'établissement de la filiation à l'égard de la personne qui accouche. Derrière l'effet de la loi se trouve une volonté tacite. Simplement, dans le prolongement de la proposition de dégénérer la filiation⁷⁴, on pourrait supprimer toute référence à la « maternité ». L'on permettrait ainsi aux personnes transgenres qui accouchent d'établir la filiation avec l'enfant du seul fait de cet événement.

22. En revanche, le maintien de la présomption de paternité, ce « vestige ancestral »⁷⁵, peut être interrogé. À l'heure où le devoir de fidélité dans le mariage est devenu une coquille (presque) vide et que le prétdenu devoir conjugal prétorien a été, fort heureusement, condamné par la Cour EDH⁷⁶, les justifications intrinsèques de la présomption de paternité ont été ébranlées. De surcroît, cette présomption conduit à une série d'inégalités de traitement. Fondée sur la vraisemblance biologique, la présomption ne joue qu'au sein des couples de sexe différent. Par ailleurs, les femmes mariées ne peuvent avoir recours seules à l'AMP (CSP, art. L. 2141-2) à la différence des femmes liées par un PACS ou en concubinage (y compris d'ailleurs lorsqu'elles sont mariées avec une autre femme). De surcroît, les règles actuelles

en matière d'échec à la présomption et de rétablissemement sont peu satisfaisantes. D'une part, elles sont beaucoup trop complexes. Les textes assimilent la situation de l'enfant conçu après un divorce – donc hors mariage⁷⁷ – et celle de celui prétendument conçu pendant une période dite légale de séparation⁷⁸ (C. civ., art. 313). Ils ne se soucient pas de savoir comment l'officier d'état civil peut avoir connaissance de la demande en divorce et de l'éventuelle réconciliation des époux. Ils ne disent rien de comment modifier l'acte de naissance dans ce cas – action en rectification de l'acte de naissance pour erreur matérielle (C. civ., art. 99-1)⁷⁹ – ni comment est rétablie de plein droit la présomption par l'effet de la possession d'état (C. civ., art. 314)⁸⁰. D'autre part, le régime est peu cohérent puisqu'il permet à celui qui déclare la naissance de l'enfant, y compris un tiers, de faire échec à celle-ci en ne faisant pas mentionner dans l'acte de naissance le nom du mari de la mère. Un tel silence est censé révéler une conception de l'enfant pendant une période de séparation de fait⁸¹, qu'aucun élément ne vient pourtant corroborer. Plutôt qu'étendre une telle présomption à tous les couples, à l'instar de plusieurs droits étrangers⁸², ce qui ajoute des difficultés probatoires en matière de concubinage, ou aux couples de même sexe⁸³, nous proposons tout simplement sa suppression⁸⁴.

La filiation à l'égard de la personne qui n'accouche pas serait alors établie à titre principal par l'effet d'une reconnaissance sans qu'il y ait lieu

74. V. *supra*, n° 18.

75. J.-J. Lemouland, « 1972-2022 : et maintenant ? », art. préc., n° 9.

76. CEDH, 23 janv. 2025, n° 13805/21, *H.W. cl France*; *D.* 2025, p. 372, note J. Mattiussi.

77. Le texte vise l'hypothèse de l'enfant né plus de trois cents jours après le dépôt au rang des minutes d'un notaire de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, en somme un enfant né et conçu après le divorce et donc hors mariage, ce qui est un non-sens. *Addé*, sur l'absence de référence à la situation de la séparation de corps sans juge, J. Houssier, « Le nouvel oubli de la présomption de paternité par la loi de programmation 2018-2022 : de l'interrogation à la résignation », *AJ fam.* 2019, p. 32.

78. Circ. du 30 juin 2006, *op. cit.*, p. 18.

79. Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, *BOMJ* n° 2011-11 du 30 nov. 2011, p. 135.

80. La possession d'état est censée jouer de plein droit, mais elle devrait être constatée dans un acte de notoriété, v. Circ. du 30 juin 2006, *op. cit.*, p. 19.

81. Circ. du 30 juin 2006, *op. cit.*, p. 19.

82. Comme le droit québécois, v. A. Malacket, « La réforme du droit de la filiation au Québec : entre réponses et développements (in)attendus », *RJPF* 2022-7-8/27. *Addé* S. Becqué-Ickowicz, « Les fondements de la filiation en droit français », art. préc.

83. Comme c'est le cas en droit québécois, en droit belge ou encore en droit suisse, v. S. Becqué-Ickowicz, « Les fondements de la filiation en droit français », art. préc. ; J.-J. Lemouland, S. Ben Achour, O. Triki, et al., « L'établissement de la filiation : exemples de droits étrangers », *JCP N* 2025, p. 1036.

84. Déjà en ce sens, v. D. Borrillo, *La famille par contrat : la construction politique de l'alliance et de la parenté*, *op. cit.*, p. 141 ; G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur », art. préc.

de distinguer selon que l'enfant est né ou non dans le cadre d'un couple de sexe différent, marié ou non.

2. Accentuer le rôle de la reconnaissance

23. Pour la ou les personnes n'ayant pas porté et mis au monde l'enfant, seul un acte juridique exprès doit permettre d'établir la filiation. Il faudrait alors distinguer selon qu'il convient ou non de formaliser – et donc sécuriser – le « projet parental » en amont de la conception de l'enfant. Pour distinguer les deux hypothèses, il faudrait en revenir à la procréation. Ne plus en faire le fondement de la filiation n'implique pas, pour autant, de lui nier toutes conséquences sur celle-ci⁸⁵. Chaque fois que l'enfant est procréé naturellement, y compris avec l'aide de technique d'AMP, la reconnaissance volontaire classique pourrait prospérer. Une difficulté demeurerait en cas de pluralité de reconnaissances. Avec une telle réforme, le principe chronologique (C. civ., art. 320), dont on peut douter que la règle du premier arrivé, premier servi soit pleinement conforme à l'intérêt de l'enfant, ne saurait être préservé. Il n'a de sens qu'en présence d'un système binaire et genré de filiation. Dans une telle hypothèse, l'officier d'état civil devrait, comme sous l'empire du droit antérieur, informer le ministère public qui soulèvera un conflit de filiation auprès du tribunal judiciaire, à charge pour lui de déterminer quelle est la reconnaissance mensongère.

24. À l'inverse, chaque fois que l'enfant n'est pas procréé naturellement, un recours plus large à la RCA pourrait s'imposer. Seraient d'abord visées toutes les hypothèses d'AMP avec tiers donneur, que celles-ci empruntent les règles du code de la santé publique ou qu'elles soient artisanales, qu'elles soient réalisées en France ou à l'étranger. Seraient, ensuite, concernés les co-parents ou pluri-parents, situations dans lesquelles des AMP sont généralement réalisées, en dehors d'un couple, mais sans tiers donneurs à proprement parler. S'y ajouteraient enfin les situations de GPA, bien que toujours interdites sur le territoire français (C. civ., art. 16-7). Il n'y aurait pas lieu à distinguer selon le sexe des parents⁸⁶ et la RCA

devrait préciser les modalités de conception de l'enfant, afin de permettre à celui-ci, le temps venu, d'avoir accès à ses origines personnelles.

25. Un autre point qui mérite attention est le délai dans lequel procéder à la reconnaissance. En droit positif, alors que les actions relatives à la filiation sont enfermées dans certains délais, la reconnaissance volontaire peut intervenir à tout moment et même être révélée au décès de son auteur lorsque celle-ci est contenue dans un testament authentique. Outre que l'on comprend mal qu'un enfant puisse se voir, le cas échéant, imposer unilatéralement de la sorte une filiation de la part d'une personne qui ne s'est jamais occupée de lui (absence de possession d'état), une telle possibilité est antinomique avec l'idée même d'engendrement et de projet parental. Il conviendrait donc d'enfermer la possibilité d'établir la filiation d'intention dans un court délai, compatible avec son essence même. Le délai de deux mois sous lequel l'enfant ne peut pas être placé en vue de son adoption (C. civ., art. 352, al. 2) pourrait être envisagé. Il est certainement trop court. L'on pourrait retenir un délai légèrement plus long, celui d'un an à compter de la naissance de l'enfant. L'on sait qu'au-delà du premier anniversaire de l'enfant, la reconnaissance est considérée comme « tardive ». Ainsi, l'établissement d'un second lien de filiation après cette date est sans incidence, en principe, sur l'exercice de l'autorité parentale qui demeure entre les mains de l'autre parent (C. civ., art. 372, al. 2). Au-delà d'un an de l'enfant, la filiation ne pourra plus être établie via cette voie. Il restera alors celle de l'adoption ou de la possession d'état.

Comme sous l'empire du droit positif, la volonté exprimée doit laisser une place à celle affichée, c'est-à-dire au vécu. Le rôle de la possession d'état peut être maintenu.

3. Maintenir le rôle de la possession d'état

26. La possession d'état doit rester un mode d'établissement de la filiation « de rattrapage » afin que le droit se conforme au fait. Comme sous l'empire du droit positif, l'admission de la possession d'état permettra l'établissement de la

85. Comp. G. Kessler, « Le fondement biologique : entre déclin et renouveau », art. préc., qui propose que le lien génétique fasse présumer la volonté du parent d'assumer l'enfant dont il est l'auteur.

86. Déjà en ce sens, v. S. Becqué-Ickowicz, « Les fondements de la filiation en droit français », art. préc. ; I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 160.

filiation à l'égard de l'un des parents d'intention faute pour lui d'avoir reconnu l'enfant dans le délai d'un an imparti ou en raison de son prédécès avant la réalisation de cet acte. Le risque du décès du parent avant la naissance de l'enfant est sans incidence en présence d'un enfant non procréé naturellement puisqu'on aura toujours une RCA, rédigée avant la conception de l'enfant. En revanche, pour les enfants procréés naturellement, le risque est d'autant plus important que nous proposons de supprimer la présomption de paternité qui permettait l'établissement de la filiation à l'égard du mari de la mère dans une telle situation⁸⁷. On ne saura que trop conseiller aux futurs parents d'avoir recours à une reconnaissance prénatale. Dans les autres cas, la possession d'état, expurgée du *nomen*, sera utile. Elle pourra l'être plus largement chaque fois qu'elle révèle le projet parental, mais que la filiation n'a pas été établie.

27. Quant à la possession d'état, dans sa dimension consolidatrice de la filiation, elle pourrait être un nouveau critère d'ouverture de l'adoption, en particulier celle plénière par l'autre membre du couple. Une filiation volontairement établie non consolidée par une possession d'état conforme d'une certaine durée à déterminer ne ferait pas obstacle au prononcé de l'adoption plénière de l'enfant de l'autre membre du couple.

Fondé sur la volonté, l'établissement de la filiation serait fondé essentiellement sur des modes non contentieux. Les actions en recherche de paternité ou de maternité seraient supprimées puisque remplacées par des actions en recherche de ses origines personnelles⁸⁸. Seule serait conservée l'action en constatation de la possession d'état. Quant aux actions en contestation, elles devraient être limitées.

C. Limiter la contestation de filiation

28. Une fois admis que l'acte juridique est à la base de l'établissement du lien de filiation et que des actions contentieuses ne sont possibles

que pour établir la filiation par possession d'état, que reste-t-il à la contestation de la filiation ? À l'instar de ce qui est actuellement prévu en matière d'AMP exogène (C. civ., art. 342-10, al. 2), la filiation devrait toujours pouvoir être contestée en cas de preuve que l'enfant n'est pas issu du projet parental. Par exemple, l'enfant a été procréé naturellement avec un tiers au projet parental sans que l'intervention de ce dernier ait été prévue. La reconnaissance, qu'elle soit conjointe ou unilatérale, devrait être frappée par la caducité puisque l'un de ses éléments essentiels – voire l'élément essentiel par excellence – a disparu. Seul l'auteur de la reconnaissance concerné devrait pouvoir se prévaloir de cette caducité. Ni l'enfant, ni l'autre parent ne pourraient ainsi agir en contestation de la filiation. Ainsi, si la personne souhaite malgré tout assumer son rôle de parent, rien ne s'y opposerait. Il resterait à déterminer sous quel délai une telle action pourrait être exercée et le rôle à faire jouer, le cas échéant, à la possession d'état conforme.

29. Fondée sur le projet parental, la filiation devrait également pouvoir être contestée lorsque l'auteur de la reconnaissance n'a pas participé à celui-ci. Un tiers ne saurait demain reconnaître un enfant et s'immiscer ainsi dans sa vie. Dans une telle hypothèse, l'autre parent pourrait contester la filiation en rapportant la preuve de l'absence de projet parental. La possession d'état jouerait alors un rôle consolidateur comme aujourd'hui.

30. L'on pourrait également s'interroger sur le sort réservé aux hypothèses qui constituent d'ores et déjà des causes de caducité du consentement en matière d'AMP (révocation par écrit, demande en divorce, décès, cessation de la communauté de vie, signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps). Actuellement, le sort des enfants nés au sein d'un couple de sexe différent va dépendre du point de savoir s'il existe un lien biologique ou non⁸⁹. Dans le premier cas, la caducité du consentement à l'AMP est sans effet sur la filiation (le lien biolo-

87. V. *supra*, n° 21.

88. V. *supra*, n° 12.

89. Les causes visées sont censées interrompre le processus d'AMP (CSP, art. L. 2141-2). Lorsque l'AMP a quand même lieu, le Code civil tire les conséquences de cette caducité et prévoit des règles spécifiques au sein du chapitre V « De l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ». Contrairement à ce que la lettre laisse paraître, le texte ne vise pas toutes les AMP exogènes. Lorsque le don porte uniquement sur l'ovocyte et que l'embryon a été fécondé grâce au gamète du père d'intention, l'AMP a beau être exogène, celui-ci ne saurait invoquer à son profit la caducité de son consentement.

gique impose la filiation); dans le second cas, l'action en contestation est ouverte et l'enfant sera privé d'un parent (l'absence de lien biologique fait obstacle à la filiation)⁹⁰. On ne voit pas en quoi la situation de l'enfant devrait dépendre du fait que soit stérile celui qui aurait dû être son père plutôt que celle qui devait être sa mère. C'est une inégalité de traitement difficilement compréhensible. L'enfant conçu et né, malgré la cause de caducité du consentement, ne saurait en pâtir. Sa filiation doit être établie à l'égard de tous ceux qui ont participé à son engendrement, sans distinguer donc selon que ces personnes sont ou non biologiquement liées à l'enfant. Et ce, en dépit de la caducité du consentement à l'AMP. L'on y verra sans doute une anomalie, un paradoxe, dans un système de prime abord fondé sur la toute volonté des individus. Pourtant, cette volonté, il faut le rappeler, est tournée vers l'engagement pris envers l'enfant à naître – lequel est né malgré la caducité du consentement à l'AMP – et à la responsabilité que celui-ci implique. C'est de l'intérêt de l'enfant qu'il s'agit.

31. Faire de la volonté – et derrière elle l'engagement envers l'enfant né ou à naître – la clé de

voûte de la filiation de demain en abandonnant complètement tout lien avec le biologique revient à redéfinir ce qui « fait famille » et ce qui rend « parent ». Plutôt que de distinguer, comme le proposent plusieurs auteurs, entre la parenté – rattachement légal de l'enfant – et la parentalité – rattachement social de celui-ci⁹¹, l'opposition pourrait se trouver davantage entre le géniteur et le parent. Les quelques propositions esquissées ici ne sont, à ce stade, que des pistes de réflexions qui mériteraient encore d'être éprouvées, notamment en ayant recours au droit comparé et à d'autres sciences humaines (sociologie, anthropologie, psychologie, etc.). Le nouveau contrôle de proportionnalité *in concreto* opéré par la Cour de cassation à l'image de la Cour de Strasbourg, et très largement invoqué par les plaideurs en droit de la filiation, invite à engager une telle réflexion. Dans une décision récente, une cour d'appel a pu écarter toute action en contestation de paternité alors que les conditions légales étaient réunies⁹². En filigrane, une telle décision n'est-elle pas tout simplement révélatrice que les critères légaux, ayant pourtant passé le filtre du contrôle *in abstracto*, doivent être réinterrogés ?

-
90. À l'inverse, il est parfaitement possible de dissimuler l'AMP pour permettre une contestation de paternité, v. I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalités : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*, p. 179.
91. M. Cresp, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistence juridique », art. préc. ; H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. IX et s. ; J. Sosson, « Les enfants du droit ou l'irrésistible ascension de la postmodernité en droit de la filiation belge et français », in N. Dandoy, J. Sosson, F. Tainmont et G. Willems (dir.), *Mélanges Jean-Louis Renchon*, vol. I, Larcier, 2022, p. 1243 et s., n° 36.
92. CA Paris, 5 déc. 2023, n° 23/00510 ; *Dr. fam.* 2024, comm. 17, obs. C. Siffrein-Blanc. Comp. Civ. 1^{re}, 9 févr. 2022, n° 20-12.206, D ; *RJPF* 2022-4/23, obs. J. Boisson, qui admet l'exercice de l'action en annulation de la reconnaissance frauduleuse après avoir relevé l'absence tant de possession d'état que de contrariété à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit au respect à la vie privée.

Un article, une réforme

Droits fondamentaux, sécurité juridique et exercice de la capacité civile des adultes vulnérables : la protection juridique des adultes doit-elle encore évoluer ?

Anne Caron-Déglise

Avocate générale à la Cour de cassation

« À force de sacrifier l'essentiel pour l'urgent,
on finit par oublier l'essentiel »

E. Morin, *Le Figaro*, 13 sept. 2003

La population mondiale devrait continuer à croître dans les cinquante prochaines années pour atteindre un pic d'environ 10,3 milliards vers 2080, contre 8,3 milliards en 2024, avant de décliner jusqu'à 10,2 milliards en 2100 selon les perspectives des Nations unies¹. L'étude intitulée « Rapport social mondial : Ne laisser personne de côté dans un monde vieillissant » souligne que tout le monde n'a pas bénéficié de la même manière des améliorations de la santé et de l'éducation qui ont permis le vieillissement de la population. Cette tendance démographique et ces constats se retrouvent en France, pays de

68,6 millions d'habitants (dont 18,7 millions âgés de plus de 60 ans parmi lesquels 2,3 millions ont 85 ans ou plus²). Ce changement profond et durable n'est pas accompagné par une réelle refonte des politiques publiques qui en prendrait l'exacte mesure³, alors que sont constatées de nombreuses situations de particulière vulnérabilité liées tant aux conséquences du vieillissement chez certains individus que du handicap ou de la chronicisation de pathologies multiples fragilisant l'expression concrète de la volonté et la possibilité de participation réelle à la société.

1. ONU, *World population prospect 2024 : Summary of results*, 2024.

2. Drees, *Les personnes âgées et leurs ressources*, Fiche n° 2, situation au 1^{er} janv. 2023 et C.C.N.E., Avis n° 148 : Enjeux éthiques relatifs aux situations de vulnérabilité face aux progrès médicaux et aux limites du système de soins, 2025.

3. V. Insee : <https://www.insee.fr>; ONU News : <https://news.un.org>

Certes, ainsi que l'ont rappelé plusieurs auteurs, dont D. Noguero⁴, la vulnérabilité liée à l'avancée en âge, à la maladie ou au handicap ne conduit pas forcément à une réduction de l'aptitude, ou à une réelle inaptitude, et n'est en rien synonyme d'incapacité ou de mesure de protection juridique. Néanmoins, elle entretient des rapports avec ces notions et peut s'y manifester de diverses manières de sorte que toute réflexion prospective sur l'évolution de ce que l'on dénomme la « protection juridique des majeurs » se doit de la prendre en compte dans ses traductions concrètes, c'est-à-dire dans les possibilités effectives des personnes concernées de participer à la société dans laquelle elles vivent et dans les protections qui leur sont reconnues au regard des maltraitances de tous ordres qu'elles peuvent subir⁵.

Face à ces constats, qui ne provoquent véritablement de débats que sur la question des coûts des transferts sociaux, des retraites et des coûts de santé, il est tout aussi essentiel de s'extraire d'une logique économique et budgétaire pour y agréger les dimensions humaines concrètes que vivent les personnes et leurs proches au quotidien au regard des droits fondamentaux qui leur sont reconnus par le bloc de constitutionnalité de notre République. Alors, une forme d'évidence s'impose : une politique publique de reconnaissance des personnes à égalité de droits et de protection à proportion des besoins des plus vulnérables ne peut se construire que sur une assise juridique transversale et multidimensionnelle pour véritablement assurer un équilibre pérenne entre les droits fondamentaux des personnes et le besoin de sécurité des plus fragiles. Et il revient au droit de poser, d'abord par la loi (et non par décrets ou arrêtés), le cadre de la reconnaissance des individus-citoyens et de la protection que lui doivent les structures collectives (familles, proches choisis et collectivités publiques). Non pas un

droit compris comme un pur mécanisme neutre de régulation, une technique abstraite et procédurale sans fondement ni sens, mais un droit reposant sur des valeurs permettant de tenir un engagement durable de solidarités intergénérationnelles. Cette démarche serait incontestablement un acte de confiance concret pour ne pas abandonner le monde aux jeux des fatalités et des pouvoirs.

Certes, la règle de droit n'est pas capable, à elle seule, de renverser le mouvement général de mise à l'écart des plus fragiles. Mais elle se doit de réfléchir à ses fondements, en interrogeant la prolifération juridique contemporaine qui semble vouloir toujours compenser des manques par des normes démultipliées et souvent sans réelle cohérence⁶. Elle se doit donc d'être plus simple, sans clivage entre les différentes disciplines du droit, afin d'être comprise et respectée par tous les acteurs sous le contrôle, au besoin, du juge gardien des principes et des valeurs que la République reconnaît comme essentiels. Tout en conservant présent à l'esprit que « le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes »⁷ et qu'il doit laisser un espace suffisant pour que s'expriment la liberté mais aussi les multiples fraternités quotidiennes nécessaires au respect de la dignité.

Certes aussi, imaginer une évolution structurée et responsable de ce qu'on appelle la « protection juridique des majeurs » suppose de considérer objectivement les règles existantes en droit civil, en droit de la protection sociale et en droit pénal permettant déjà de garantir des protections, même si parfois elles sont encore méconvenues au-delà de la communauté des juristes privatisistes et si elles sont contournées dans les faits par des comportements divers.

Cependant, nous ne pouvons pas nous contenter d'énoncés platement techniques. Nous devons tenter de construire des normes par-

4. D. Noguero, « Vulnérabilité et aptitude », Ass. Henri Capitant, Colloque international, Journées internationales, *La vulnérabilité*, Journées québécoises, Québec, Canada (Montréal-Ottawa, 27 mai-1^{er} juin 2018), sous dir. rapporteur général B. Lefebvre, Université de Montréal, 28 mai 2018, p. 3 : https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2022/05/2018-JI-Quebec-Vulnerabilite-et-aptitude_France.pdf; v. aussi B. Moore, « Considérations terminologiques sur les notions d'aptitude et de capacité », in *Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury, La personne humaine, entre vulnérabilité et autonomie*, éd. Yvon Blais, 2015, p. 389; F. Lhuillier, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, th. dactyl. Lyon III, 2005, J. Rubellin-Devichi (dir.) (cités par D. Noguero).

5. Les maltraitances sont définies à l'article L. 119-1 du Casf.

6. Par ex. dans les domaines de la santé et du médico-social, la loi du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie et la proposition de loi n° 1100 relative à la fin de vie.

7. J. Carbonnier, cité par D. Salas, *Le Monde*, 3 nov. 2003 et J.-C. Guillebaud, *La force de conviction : À quoi pouvons-nous croire ?*, Points, coll. « Essais », 2006, p. 305.

gées répondant au besoin de reconnaissance et de protection que tous les âges de la vie expriment à leur façon, depuis l'enfant jusqu'au grand vieillard. Le droit de l'enfance et le droit de la protection juridique des majeurs s'appuient sur le principe de capacité juridique, sur lequel se construit l'autonomie, et sur l'impérieuse obligation de protection dans les situations de vulnérabilité ou d'abus. Dans le second plus particulièrement, les atteintes portées au plein exercice de la capacité civile peuvent-elles conduire à défendre une capacité universelle sans risque pour l'obligation de protection (I.) ? Comment conserver un dispositif de protection respectant les principes fondamentaux posés à l'article 415 du Code civil tout en garantissant le bon niveau de sécurité juridique sans lequel aucune relation n'est possible entre la personne vulnérable et les tiers (II.) ?

I. Peut-on vraiment défendre une capacité universelle sans risque pour l'obligation de protection ?

Face à la persistance de dérives dans l'accompagnement des personnes les plus vulnérables⁸, et aux critiques persistantes de notre dispositif civil de protection⁹, il ne s'agit pas de déconstruire de manière débridée la loi du 5 mars 2007 elle-même modifiée à plusieurs reprises¹⁰. Il est de notre responsabilité commune de continuer à penser la capacité des personnes en la confrontant au principe d'autonomie qui, pour un juriste, est une fiction mais qui s'exerce, ou pas, au quotidien, et d'ouvrir l'étau que la conception française de l'incapacité continue de faire peser sur les personnes protégées.

A. Le principe de capacité à l'épreuve d'une incapacité encore trop largement excluante

En France, une fois la majorité atteinte, la personne n'est plus seulement titulaire de droits subjectifs mais peut les exercer directement¹¹, jusqu'à son décès qui emporte également sa personnalité juridique. La reconnaissance de la pleine capacité civile lors de la majorité se construit en amont par une ouverture progressive des possibilités données à l'enfant d'exercer directement ses droits, parfois en contrariété avec les positions des titulaires de l'autorité parentale¹². Une fois la majorité atteinte, l'aptitude à exercer ses droits et obligations est consacrée et ouvre théoriquement à l'entièvre liberté personnelle sous réserve des contraintes légales encadrées par le bloc de constitutionnalité qui détermine la hiérarchie des normes imposées.

Contrairement à la minorité, il n'existe pas de statut particulier des adultes au-delà d'un certain seuil d'âge, qu'il serait d'ailleurs complexe de fixer. La doctrine a proposé des pistes dans ce sens pour prendre en compte la faiblesse liée à l'âge¹³ et le législateur a commencé à s'orienter vers cette voie pour restreindre des droits particuliers tels que la possibilité de poursuivre la conduite de véhicules¹⁴. Cependant, ainsi que le relève D. Noguéro, imposer mécaniquement un tel statut, serait-ce par inspiration d'expériences étrangères, ne semble pas une voie pertinente pour appréhender l'avancée du grand âge puisqu'en lui-même, un chiffre ne donne que le nombre des années, pas l'état des facultés de l'individu, qui est seul pertinent et très variable¹⁵.

8. V. États généraux des maltraitances, not. *Rapport de mission interministérielle de juill.* 2023.

9. Comité de suivi de l'application de la CIDPH, ONU, *Rapport du 14 sept.* 2021.

10. Ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille; Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice; Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

11. C. civ., art. 414 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance. ».

12. V. par ex. en matière de santé : Csp, art. L. 5134-1, I; L. 1111-5.

13. D. Guével, « Et si l'on reparlait de "séniorité" ? », *D.* 2018, p. 1201; H. Fulchiron, « Pour un instrument international sur la protection des personnes âgées vulnérables », *in Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*, LexisNexis, 2013, p. 189; H. Fulchiron, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. fam.* mars 2017, étude 19; S. Moisdon-Chataigner, « Une mesure de protection juridique adaptée aux spécificités de la maladie d'Alzheimer », *Dr. fam.* juin 2017, étude 6.

14. La Commission européenne réfléchit à imposer une durée limitée à cinq ans du permis de conduire des plus de 70 ans.

15. D. Noguéro, « Vulnérabilité et aptitude », préc., p. 4.

D'autant que la vulnérabilité est reconnue par le droit français, en particulier lorsqu'elle se traduit par de la faiblesse dans le rapport avec les autres, quel que soit d'ailleurs l'âge de l'adulte, en fonction de critères tel le handicap par exemple¹⁶. Alors, elle devient un fait juridique théoriquement démontrable. Une personne faible d'esprit peut se laisser manipuler ou abuser et notre système juridique fondé sur l'autonomie de la volonté du sujet de droit ne peut toujours assurer sa protection.

Plusieurs textes, pour les libéralités, mais aussi pour des actes à titre onéreux, consacrent des incapacités de défiance à l'égard des tiers malveillants et prennent en considération le rapport d'influence qu'ils peuvent exercer sur les personnes vulnérables. La nullité de l'acte litigieux est ainsi susceptible d'être poursuivie. Les soins lors de la dernière maladie, l'hébergement ou l'accueil dans certains établissements ou chez des particuliers, de la personne que l'on souhaite protéger, justifient des interdictions assorties de la nullité avec des exceptions, ou imposent de recueillir préalablement une autorisation judiciaire afin de réaliser l'acte¹⁷.

L'effectivité de cette reconnaissance de la pleine capacité civile a été très fortement mise en doute notamment par les associations de personnes en situation de handicap et par les associations de personnes âgées, même en l'absence de toute mesure de protection juridique. S'appuyant en particulier sur la Convention européenne des droits de l'homme, sur la Charte des droits et libertés et sur la Convention internationale des droits des personnes handicapées, elles ont dénoncé les discriminations dont elles étaient l'objet au quotidien en raison de l'âge ou du handicap, étant rappelé

qu'en France la reconnaissance du statut de personne handicapée cesse à l'âge de 60 ans.

Invoquant l'article 12 de la Convention internationale des droits des personnes handicapées et s'appuyant sur les rapports successifs du Comité des droits de l'ONU¹⁸, plusieurs auteurs et collectifs revendentiquent donc la reconnaissance d'une capacité juridique universelle¹⁹ et contestent le maintien du système français de protection juridique. Certains vont plus loin encore en proclamant que l'autonomie de vie est un droit humain²⁰. Ils soulignent que les dispositifs de protection déniént en général le plein exercice de la capacité juridique aux personnes présentant des handicaps à partir du présupposé qu'elles ne sont pas tant des sujets de droit que des objets qui peuvent être substitués dans leurs choix et leurs décisions. Certains auteurs considèrent que l'exercice de la capacité juridique est un droit permettant à chacun d'être une personne devant la loi et d'organiser ses affaires conformément à son propre jugement. Ce raisonnement repose sur la présomption que tous les adultes dont les facultés cognitives n'ont pas été dégradées possèdent cette capacité de jugement. Cette présomption ne concerne pas les personnes en situation de troubles mentaux ou atteintes de déficiences intellectuelles ou du développement²¹.

Ces prises de position sont fortement discutées par une partie de la doctrine, et en particulier D. Noguéro qui considère qu'à trop se polariser sur l'individu, on oublie que « le droit fournit des règles régissant les rapports des hommes en société, et qu'il doit, dans ce but, hiérarchiser les intérêts et opérer des choix qui ne peuvent toujours être en faveur de chaque individu [...] Centrer à outrance les règles sur le majeur vulnérable en occultant qu'il doit se mouvoir dans un

16. Not. C. pén., art. 221-4; 222-3; 225-13; 313-4.

17. C. civ., art. 909; Casf, art. L. 116-4; Csp, art. L. 3211-5-1; C. civ., anc. art. 1125-1; Casf, anc. art. L. 331-4; anc. art. L. 443-6; C. civ., art. 1596. – L. Mauger Vielpeau, « Des actes patrimoniaux accomplis du vivant de la personne dans l'urgence de la fin de vie », in A. Batteur et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Éthique et conditions de la fin de vie*, éd. Mare & Martin, coll. « Sciences & Droit », 2016, étude 29, p. 343.

18. ONU, *Rapport sur les droits des personnes handicapées de la rapporteuse spéciale C. Devandas-Aguilar*, 2019; Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU, *Observations et recommandations quant à l'application de la Convention de l'ONU en France*, 14 sept. 2021.

19. B. Eyraud, J. Minoc et C. Hanon (dir.), *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, coll. « Polémiques », 2018; spéc. A. Dhanda, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », p. 52; v. aussi ONU, *Rapport sur les droits des personnes handicapées de la rapporteuse spéciale C. Devandas-Aguilar*, préc., n° 60, p. 15.

20. Confcap Capdroits, *Livret scientifique et citoyen : L'autonomie de vie comme droit humain*, 27 avr. 2022.

21. A. Dhanda, « Choisir et agir pour autrui ? », préc.

groupe, et que les membres de ce groupe ont également besoin de repères et certitudes, afin de l'accueillir et d'entrer en relation, est contreproductif, à terme, pour la protection du premier »²².

L'incapacité juridique, une construction juridique incomprise. L'incapacité au sens strict est une inaptitude juridique qui n'a pas toujours bonne réputation de sorte que le terme a quasiement été effacé de la loi du 5 mars 2007 et du vocabulaire de la protection au profit de la vulnérabilité et de la personne vulnérable²³.

Pourtant, dans la réalité de la vie courante des personnes, il existe bien des restrictions à la possibilité de participer pleinement à la vie de la société et de prendre des décisions conformément à ses choix ou à ses préférences. La classification adoptée par la CIF dans le secteur du handicap, et la définition même du handicap, en décrivent certaines²⁴. Ces incapacités de fait dites fonctionnelles, mesurées selon plusieurs critères, ne recouvrent ni la notion juridique d'incapacité ni d'autres incapacités de fait telle l'impossibilité d'accès concret à la connaissance et à l'exercice de ses droits en raison d'une vulnérabilité particulière résultant de plusieurs facteurs.

L'incapacité de droit quant à elle est la conséquence des mesures continues de protection juridique anticipées par soi-même (mandat de protection future) ou prononcées par le juge (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, habilitation familiale), étant toutefois précisé que seules les mesures de tutelle et de curatelle sont portées en mention de l'acte d'état civil de la personne protégée.

Le périmètre de l'incapacité de droit varie suivant plusieurs paramètres résultant d'une part des règles du Code civil et, d'autre part, du contenu du mandat de protection future ou de la décision du juge. En matière personnelle, le principe posé par le législateur est que la personne protégée prend seule les décisions qui la

concernent si son état le permet (C. civ., art. 459, al. 1^{er}) et qu'elle doit recevoir directement les informations nécessaires pour cela selon des modalités adaptées à son état et à ses facultés de compréhension (C. civ., art. 457-1). Les exceptions sont bornées par les textes et soumises à l'intervention du juge. À l'inverse, en matière patrimoniale, l'incapacité de droit varie selon que la mesure est une mesure d'assistance ou de représentation, et selon le type d'actes, le législateur de 2007 ayant globalement repris l'architecture de la loi du 3 janvier 1968. Bien sûr le juge doit individualiser et proportionner le périmètre de l'incapacité de droit mais l'analyse des décisions rendues montre que tel n'est pas véritablement le cas dans la majeure partie des situations.

Le Code civil lui-même porte la trace de cette conception large de l'incapacité, inspirée de la protection patrimoniale et de la sécurité juridique des actes (C. civ., art. 1145, al. 1^{er}; art. 1146, 2^o; art. 1147; art. 1150). Certes l'article 1148 dispose que « toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus dans des conditions normales », mais cette rédaction ouverte est incomprise dans la réalité des relations nouées par les personnes protégées.

Même si la compréhension des mécanismes juridiques s'est améliorée grâce aux échanges entre professionnels²⁵, la présomption de capacité personnelle, voire strictement personnelle, de la personne protégée en matière personnelle est loin d'être une évidence²⁶ et, en matière patrimoniale, les aménagements favorisant l'exercice de la capacité sont ignorés dans la plupart des cas.

B. Existe-t-il un droit fondamental à la protection et pour qui ?

Notre modèle juridique, tout comme celui des démocraties libérales, pré suppose la rationalité des individus adultes et valorise fortement l'auto-

22. D. Noguéro, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », *RRJ* 2019-1, XLIV-176, p. 111.

23. J. Hauser, « Faut-il brûler le droit des incapacités ? Commentaires de futures décisions », *RTD civ.* 1998, p. 656; « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. fam.* 2007, chr. 14.

24. OMS, *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé*. Ces définitions doivent encore évoluer, notamment dans la réception qu'en fait la France.

25. V. not. HAS, *Accompagner la personne nécessitant une mesure de protection juridique*, déc. 2024.

26. V. par exemple en matière médicale, où la combinaison entre les articles 459-1 et 459 est presque totalement incomprise et où l'alinéa 2 de l'article 459 fait toujours une référence à l'acte, la série d'actes ou l'ensemble des actes.

nomie individuelle comme la sphère privée. Chacun est présumé apte à maîtriser les informations données ou reçues, à choisir raisonnablement parmi plusieurs options en appréhendant leurs conséquences et en les arbitrant pour parvenir à des choix assumés. Par exception, lorsque l'adulte est dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés... (C. civ., art. 425), des régimes d'incapacité peuvent être organisés, soit de manière volontaire et anticipée, soit par décision judiciaire.

L'autonomie sans limites pourrait en effet avoir pour effet non seulement de méconnaître l'intérêt même de la personne concernée, alors que le législateur a exprimé sans ambiguïté qu'il s'agissait là d'un des objectifs de la protection (C. civ., art. 415, al. 2), mais aussi de provoquer son délaissement ou son abandon. Ce qui est contraire aux principes et valeurs du droit et de l'éthique, et recouvre d'ailleurs le périmètre de plusieurs infractions pénales (délaissement, non-assistance à personne en danger, par exemple)²⁷. De surcroît, elle exposerait les personnes concernées aux abus multiples provoqués par les rapports de force de la vie quotidienne et, à terme, à leur exclusion de la vie sociale. Ainsi que l'a démontré l'étude *Citizing*²⁸, l'organisation d'une mesure de protection protège l'exercice même des droits, les travaux de C. Bouland²⁹ soutenant avec pertinence que la mise en mouvement d'une mesure de protection peut elle-même habiliter la personne protégée à conclure des actes juridiques auxquels, sans elle, elle n'aurait pas eu accès.

Peut-on alors considérer qu'en dépit des restrictions certaines apportées à l'exercice direct de la capacité civile par le régime d'incapacité civile, il existe un droit à la protection qualifiable de fondamental permettant une ingérence de l'État ? Dit autrement, les atteintes portées à la pleine capacité civile sont-elles justifiées par l'objectif poursuivi ? La CEDH considère que « priver

une personne de sa capacité juridique, même partiellement, est une mesure très grave qui devrait être réservée à des circonstances exceptionnelles »³⁰ mais qu'« une marge d'appréciation doit inévitablement être laissée aux autorités nationales qui, en raison de leur contact direct et continu avec les forces vives de leur pays, sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les besoins et les conditions locales »³¹. Cette marge varie suivant la nature du droit de la Convention en jeu et est plus étroite lorsque le droit en jeu est crucial pour la jouissance effective par l'individu de droits intimes ou essentiels³². Elle retient en général les critères de « nécessité » et de « besoin social impérieux » de l'organisation d'une mesure de protection juridique et vérifie, au cas par cas, si l'ingérence de l'État est arbitraire ou disproportionnée³³.

Ces éléments d'appréciation du droit à la protection des personnes les plus vulnérables étant posés, il nous appartient de nous demander notamment s'il peut exister un droit d'exiger cette protection au sens de reconnaissance de droit opposable, étant rappelé qu'il n'existe pas, en droit positif, de définition donnée par le législateur par exemple au « droit opposable au logement » ; de sorte que le terme a plusieurs sens, dont la mise en action d'un mécanisme juridictionnel (dimension procédurale) et l'accès à un logement qui est une obligation de résultat. Le format de cet article ne nous permet pas de développer cet aspect. En revanche, il est essentiel à ce stade de nous demander qui doit être protégé (la personne ou les tiers par les actes qu'elle accomplit) et comment, pour parvenir à respecter tout à la fois les exigences de la CEDH et les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité de la loi du 5 mars 2007.

Faut-il, ainsi que nous y engage D. Noguéro³⁴, considérer que, pour exister et aspirer à l'efficacité, une telle protection ne saurait négliger les

27. C. pén., art. 223-3 et 223-6.

28. *Citizing, Protection juridique des majeurs : Et si ça n'existe pas ?, Évaluation des impacts socio-économiques de la protection juridique de majeurs par les mandataires professionnels*, sept. 2020.

29. C. Bouland, *L'assistance à la création d'un acte juridique*, éd. Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2024.

30. CEDH, 18 sept. 2014, n° 13006/13, *Ivinovic c/ Croatie*, § 38.

31. CEDH, 6 oct. 2005, n° 11810/03, *Maurice c/ France*, § 117, repris dans l'arrêt *Calvi et C.G. c/ Italie* du 6 juill. 2023 cité *infra*.

32. CEDH, 23 mars 2017, n° 53251, *A.-M.V c/ Finlande*, § 83.

33. V. CEDH, 6 juill. 2023, n° 46412/21, *Calvi et C.G. c/ Italie*.

34. D. Noguéro, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », préc.

tiers ? Il écrit : « Sans jugement de valeur, qui consacreraient un rapport d'infériorité, ces tiers sont les personnes dites "normales", ou "ordinaires", au sens où elles ne subissent pas une cause de vulnérabilité comme celles à qui on les compare. Dans l'activité juridique, il s'agit d'appréhender la situation de personnes jugées dans une situation différente à la normale, à supposer que l'on puisse établir un critère au moins relatif de la normalité (G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, 13^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2013). Il ne faut pas négliger que même une personne vulnérable est susceptible, par son comportement, de troubler la situation d'autrui. La protection est une remise à niveau afin de pouvoir agir et échanger avec les autres. Celle-ci effectuée, il convient d'assumer les suites de son action au détriment d'autrui ».

Si ces observations doivent être entendues, relevons que l'étude de D. Noguéro se limite à la protection patrimoniale alors que la protection personnelle ne recouvre pas seulement l'accomplissement d'actes. Un prisme d'analyse plus large doit encore être travaillé pour sortir d'une analyse classique à partir de la seule sécurité juridique des actes. Sans occulter la nature essentiellement relationnelle de l'autonomie, que la reconnaissance de la capacité juridique traduit en actes, comment protéger sans anéantir la personne ? D'autant que les actes eux-mêmes ne sont pas toujours exclusivement patrimoniaux ou personnels mais peuvent être mixtes, et que la personne protégée ne peut totalement être exclue de leur conception et de leur accomplissement. Sans doute en reconnaissant et en restaurant une certaine forme de capacité par la protection habilitante³⁵.

Comment personnaliser alors les mesures dans le respect de chaque personne et comment aussi sortir de nos représentations de la protection juridique des personnes et, en creux, des motifs médicaux qui la sous-tendent ? Rappelons que l'objectif du législateur de 2007, toujours valable, a été d'instaurer et d'exercer les mesures de protection dans le respect des libertés et des droits fondamentaux (C. civ., art. 415). De sorte que c'est bien la réalité concrète du respect de ces droits de la personne protégée qui est en jeu

comme celle de sa participation à une mesure qui doit être proportionnée à ses besoins et orientée vers le développement de son autonomie, donc de l'exercice maximal de sa capacité juridique. Alors, la protection mise en place doit être à la fois contenante et habilitante au sens développé par C. Bouland. Ce qui suppose de revoir les critères d'évaluation de ce que le Code civil nomme l'altération des facultés personnelles, en amont comme en aval de la mesure et, pendant l'exercice de celle-ci, les enjeux concrets de l'information et du recueil du consentement, non seulement par les organes de protection mais aussi par les tiers. Cela implique surtout de dépasser le modèle de la représentation qui corsète toujours à l'excès le fonctionnement des mesures, quelles qu'elles soient, en inversant la présomption de capacité des personnes protégées dont il faut rappeler qu'elle demeure sauf dans les domaines dans lesquels la mesure l'a restreinte.

II. Un dispositif juridique à consolider en dépassant le modèle de la représentation et en consacrant une procédure dédiée et un juge gardien des libertés civiles et de la protection

Ainsi que nous l'avons développé, dans le modèle qui est le nôtre, la protection doit être assurée aux plus vulnérables avec un objectif classique et premier de fonder le vivre ensemble sur les valeurs d'une société démocratique et des objectifs de concorde. Une personne est juridiquement considérée comme vulnérable lorsque, pour reprendre les propos de X. Lagarde³⁶, elle n'est pas en mesure d'exercer tous les attributs de la personnalité juridique, c'est-à-dire d'exercer les droits dont elle est titulaire parce qu'elle se trouve dans une situation pathologique ou hors norme.

Notre dispositif juridique de protection peut sans doute encore évoluer pour mieux s'adapter à la réalité des situations rencontrées et sortir de l'assimilation trop souvent faite entre protection et impossibilité d'agir. Un renversement du modèle de la représentation, la reconnaissance d'une procédure dédiée et la création d'un juge nouveau, le juge des libertés civiles et de la pro-

35. C. Bouland, *L'assistance à la création d'un acte juridique*, op. cit.

36. Cour de cassation, *Rapport annuel de 2009 dirigé par X. Lagarde : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 62.

tection, peuvent constituer les fondements d'une réforme d'ampleur à laquelle le ministère de la justice ne s'est pas encore attelé, en lien avec les ministères de la santé et des solidarités.

A. Renversement du modèle de la représentation

Sortir de la représentation classique de l'impossibilité d'agir. L'article 425 du Code civil dispose que « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique ». Cette formulation nous apparaît excessive et trompeuse. En effet, l'impossibilité dont on parle est en réalité l'impossibilité d'agir seul et sans soutien, en particulier parce que l'information reçue et comprise, comme la mise en acte de la volonté, ou du refus, est significativement altérée par des troubles mentaux (psychiques, psychiatriques ou cognitifs) ou physiques, ces derniers devant empêcher l'expression de la volonté.

La loi du 5 mars 2007 a introduit la priorité du « droit commun de la représentation »³⁷ sur les mesures de protection judiciaire, lesquelles se partagent entre l'assistance et la représentation laquelle, par application de l'article 440, alinéa 4 du Code civil, doit demeurer l'exception motivée par le juge. Dans la réalité, la proportion des mesures de représentation est trop importante, tant dans le mandat de protection future où elle est la règle faute d'avoir retenu la proposition du rapport de mission interministérielle de 2018 s'inspirant du système belge³⁸, que dans les mesures judiciaires (et l'habilitation familiale)³⁹. En tout état de cause, quel que soit le niveau de la mesure, la pratique des acteurs persiste à

considérer que la protection consiste à « faire à la place de ».

Il est donc fondamental de se demander si les techniques classiques du droit civil, et en particulier celle de la représentation, sont toujours adaptées à la protection juridique des adultes. Dans le droit commun, la représentation permet à une personne se trouvant dans l'impossibilité d'agir pour un motif de fait, par exemple l'éloignement, ou de droit, par exemple l'incapacité juridique, d'investir « une personne du pouvoir d'accomplir un acte juridique dont les effets se produiront directement sur la tête du représenté »⁴⁰. Elle est, en pratique, une fiction juridique bien commode lors de la passation d'actes⁴¹, mais elle est contraire aux principes posés à l'article 415 du Code civil et à l'objectif d'autonomie de la personne protégée.

G. Raoul-Cormeil souligne lui-même le risque de confusion entre la technique de protection et la mesure et rappelle que, depuis que le groupe de suivi de la Convention internationale du droit des personnes handicapées du 30 mars 2007 exhorte les États signataires à abroger les mesures dites substitutives, plusieurs pays européens dont l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, ont fait disparaître les régimes dits de représentation⁴². Seules les mesures d'assistance survivent, avec une forte volonté d'accompagnement et de soutien de la personne dans l'exercice des droits, tout en conservant des « fenêtres de représentation »⁴³.

Comme cet auteur, nous partageons l'idée que la distinction de la technique et du régime de la représentation détermine un cap et une méthode. Sous l'angle de la technique juridique, le mouvement de suppression de la représentation a, en théorie, déjà été engagé par la loi du 5 mars 2007, même s'il est insuffisamment res-

37. C. civ., art. 428, al. 1^{er}.

38. Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 21 sept. 2018, proposition n° 41, p. 47.

39. V. chiffres clés de la justice 2023 et 2024, étant précisé que les données renseignées sont imprécises.

40. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2000, v^o « Représentation ».

41. G. Wicker, « Le nouveau droit commun de la représentation », *D.* 2016, p. 1942 et s., spéc. p. 1943.

42. G. Raoul-Cormeil, « L'avenir de la protection en matière patrimoniale : vers la suppression de la représentation ? », in *Les métamorphoses de la protection juridique des majeurs : regards prospectifs sur les 15 ans d'application de la loi du 5 mars 2007*, Colloque Cour de cassation du 18 oct. 2024, Defrénois (à paraître).

43. E. Pecqueur, A. Caron-Déglise et Th. Verheyde, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la CIDPH », *D.* 2016, p. 958 et s., spéc. p. 963.

pecté. Sous celui du régime, le rapport de mission interministérielle de 2018⁴⁴ a déjà appelé à bousculer le modèle en proposant la « mesure unique de protection »⁴⁵ à la française, construite sur la curatelle simple tout en laissant la place, sous des conditions drastiques, à la technique de la représentation, pour faire face aux situations les plus difficiles.

Ce changement de perspective est indispensable, selon nous, pour ne plus considérer qu'une mesure de protection entraîne *ipso facto* une impossibilité d'agir, dans tous les cas. Et il n'est pas contradictoire avec la volonté légitime de sécurisation des actes exposée précédemment. Il suppose en premier lieu de revisiter les modes d'appréciation et d'évaluation de l'altération des facultés personnelles au sens du Code civil et de la perte d'autonomie au sens des dispositifs sociaux et médico-sociaux. Le rapport de mission remis en 2023 dans le cadre des États généraux des maltraitances a proposé des pistes concrètes dans ce sens⁴⁶. Il s'agit d'introduire une appréciation individuelle globale, multidimensionnelle et pluridisciplinaire en amont de la possible intervention d'une mesure de protection et de réinterroger les conclusions qu'en tirent les acteurs dans tous les champs, lorsque l'exercice de la capacité civile apparaît fortement altéré ou empêché en particulier au regard des possibilités de décider ou de consentir. Sont également proposées des réévaluations régulières des situations prenant en considération le fonctionnement de la personne et les soutiens mobilisables.

La prise en compte de la diversité des publics concernés et de la réalité des évolutions démographiques. La protection juridique des adultes ne concerne pas que des publics précaires et n'est pas une simple protection sociale judiciarisée, même si elle en fait incontestablement partie. Elle se doit d'intégrer les projections démographiques et les besoins des personnes, des aidants et des professionnels concernés non

seulement dans le champ judiciaire ou juridique mais aussi dans les champs sociaux, médico-sociaux et de la santé. Il est, en conséquence, devenu indispensable de diversifier les propositions de techniques d'anticipation, voire de gestion maximisée dans l'intérêt des personnes vulnérables de type fiducie, en amont comme en cours de protection.

Dans ce sens, le mandat de protection future doit pouvoir évoluer vers un modèle à la belge, ainsi que l'ont proposé le rapport de mission interministérielle de 2018 et plus récemment, avec des variantes, le 116^e Congrès des notaires de 2022. Il est en effet peu compréhensible que cet outil ne trouve pas sa place alors qu'il fonctionne bien dans d'autres pays et dans d'autres cultures depuis déjà de nombreuses années (depuis 1989 au Québec, 2005 au Royaume-Uni, 2013 en Belgique, pour ne citer qu'eux). Les récentes dispositions sur la publicité de ce mandat⁴⁷ et la proposition du règlement européen de mai 2023 sur la protection transfrontière des adultes⁴⁸ pourraient relancer le débat.

Les dispositions spécifiques relatives à la désignation d'une personne de confiance⁴⁹ et aux directives anticipées, trop peu utilisées et excessivement réservées aux domaines de la santé et du médico-social alors qu'elles sont précisément destinées à soutenir l'expression de la volonté des personnes les plus fragiles, trouveraient toute leur place dans une protection juridique à la française rénovée, s'appuyant sur les principes de tout État de droit permettant un accès effectif au juge en cas d'atteinte estimée grave et disproportionnée aux droits fondamentaux et aux libertés des personnes.

B. Réforme procédurale : une procédure et un juge des libertés civiles et de la protection

La particularité essentielle du régime procédural de la protection juridique des majeurs

44. Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, préc., p. 16.

45. N. Peterka, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 451.

46. États généraux des maltraitances, *Rapport de mission interministérielle de juill. 2023*, préc.

47. Décret n° 2024-1032 du 16 novembre 2024 relatif au registre des mandats de protection future.

48. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des mesures et la coopération en matière de protection des adultes, COM(2023) 280 final.

49. Csp, art. L. 1111-6; Casf, art. L. 311-5-1.

tient au fait que ce qui est en jeu est la contestation portant sur la capacité de la personne concernée à exercer seule ses droits civils. En tant que personne adulte, elle dispose en effet de la capacité de jouissance et d'exercice de ses droits. Or, ce qui fait débat en cas d'altération des facultés personnelles médicalement constatée, c'est la limitation possible de la capacité d'exercice – jamais la suppression totale en raison notamment des dispositions de l'article 415, alinéa 2 du Code civil et des règles du statut personnel posées à l'article 458.

Il ne peut donc, à notre sens, être considéré que le juge est saisi *in rem*, pour contrôler un ou plusieurs actes. Il est plutôt saisi *d'une situation in personam*, de l'appréciation du besoin de protection de la personne concernée au regard des altérations qu'elle présente et de ses conséquences tant dans la sphère patrimoniale que personnelle. Ce qui oblige déjà au stade de la procédure de mise en protection, mais aussi pendant toute la durée de celle-ci et lors de sa révision qui n'est pas un renouvellement automatique, à un régime procédural mettant en application effective des principes fondamentaux de la procédure de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, du bloc de constitutionnalité (DDH, art. 16) et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 47).

Dans ce sens, nous savons que la jurisprudence a, depuis l'arrêt Vaudelle portant sur la communication des actes de la procédure pénale au curateur⁵⁰, introduit les principes fondamentaux de la procédure dans le régime de la protection des adultes, souvent de manière renforcée et non atténuée. Le juge des tutelles est devenu le garant des libertés fondamentales de fond et de procédure et doit, à ce titre, veiller à ce que tous les droits du majeur protégé, sa dignité et ses droits de la défense soient particulièrement respectés non seulement à l'occasion d'un acte mais aussi à l'occasion de l'exercice des droits de la personne en les faisant reconnaître et en les habilitant à les exercer à égalité avec les autres par une assistance/représentation adaptée favorisant dans la mesure du possible l'autonomie. Il faut donc nécessairement dépasser les régimes de la

procédure gracieuse et de la procédure contentieuse et les règles de la procédure de protection, à tort appelées de procédure tutélaire, doivent donc figurer au code de procédure civile dans une partie dédiée, chantier qui n'a encore jamais été engagé par le ministère de la justice.

La place essentielle du juge et de son office de gardien des libertés civiles et de la protection. Le juge des tutelles a été créé par la loi du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation des mineurs. Il est devenu également compétent en matière de protection des majeurs par la loi du 3 février 1968, puis les deux compétences ont été dissociées par la loi n° 2009-526, entrée en vigueur sur ce point le 1^{er} janvier 2011. Cette fonction spécifique était confiée à un juge d'instance jusqu'à la disparition de celui-ci au profit du juge des contentieux de la protection par l'effet de la loi du 23 mars 2019, sans modification de l'article L. 213-4-2 du code de l'organisation judiciaire de sorte que c'est ce juge qui est aussi juge des tutelles. Pourtant, la réalité procédurale de la protection juridique des majeurs n'est pas exclusivement contentieuse⁵¹ et est bien spécifique.

La particularité du régime procédural de la protection juridique des majeurs tient d'abord à la continuité du lien procédural et à la procédure orale qui entretient le contradictoire vivant. Il est mis en œuvre par un juge qui non seulement décide de la mesure judiciaire de protection mais intervient sur une durée souvent longue, non pas en raison d'un conflit mais parce que son rôle est particulier. Il est en effet le garant du respect des droits et des libertés de la personne tant dans les mesures qu'il prononce que pour toutes les autres mesures de protection juridique de son ressort (mandat de protection future ou habilitation familiale, en particulier). Il exerce une surveillance générale en vertu de l'article 416 du Code civil, concurremment avec le procureur de la République. À ce titre, et dans ce but, il a des contacts fréquents et réguliers avec les services sociaux, les médecins, les établissements de soins, d'accueil, d'hébergement, les notaires, les huissiers de justice, les avocats, les commis-

50. CEDH, 30 janv. 2001, n° 35683/97, *Vaudelle c/ France*.

51. G. Raoul-Cormeil, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles », *AJ fam.* 2014, p. 148; E. Jeuland, « La nature juridique de la procédure de tutelle : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection », *RTD civ.* 2018, p. 271.

saires-priseurs, les associations, les mandataires judiciaires, les directions de la cohésion sociale, les établissements financiers... Tous sont des interlocuteurs habituels du juge des tutelles. Avec le soutien de son greffe et du magistrat délégué à la protection des majeurs de la cour d'appel, il anime une véritable équipe sur son territoire d'exercice.

Il est régulièrement saisi de très nombreuses demandes d'autorisation d'actes de gestion, d'actes personnels (notamment fixation de la résidence, disposition des droits sur le logement, fixation des droits de visite, actes médicaux...) et de révision des mesures (demandes de maintenue, d'aggravation, d'aménagement, de changement des organes ou échéance du délai de mesure).

Ces missions du juge, garant des libertés individuelles et gardien des repères fondamentaux des personnes vulnérables, de leurs familles et des professionnels, sont essentielles et bien identifiées par les différents acteurs.

Pourtant, les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits⁵², anciens mais non démentis à ce jour, relèvent des carences graves. La Cour des comptes concluait déjà en 2016 que « la protection juridique des majeurs n'est pas structurée comme une politique publique alors qu'elle n'est plus, de longue date, un simple régime civiliste » et ajoutait que « les risques sont élevés pour le respect concret des droits et du patrimoine des personnes protégées. Cela est d'autant moins admissible que ces personnes sont vulnérables, privées en tout ou partie de leur liberté, et n'ont, pour la plupart, pas de moyens d'expression et de recours ». Le Défenseur des droits soulignait quant à lui que l'office du juge devait évoluer, la dénomination de juge des tutelles n'étant pas adaptée puisque la réalité de l'action de ce juge était d'être un juge protecteur des droits et des libertés, dans l'esprit de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

Ces deux rapports mettent ainsi en avant la place et le rôle essentiel du juge judiciaire dans ce domaine si particulier qu'est la protection des personnes présentant des altérations de leurs facultés. Le temps est donc venu de faire évoluer son rôle en allant jusqu'au bout de la logique de

spécialisation de la fonction car ce juge n'est pas un juge civiliste comme les autres. Cette spécialisation se justifie non seulement par le nombre des affaires traitées mais surtout par la complexité croissante de la fonction, qui nécessite une maîtrise de ses aspects juridiques multiples et de plus en plus complexes, mais aussi de solides connaissances et compétences complémentaires, en matière patrimoniale, médicale, de protection sociale, de relations familiales, de techniques d'entretien, de gestion de cabinet, de construction de réseaux et de management d'équipes qui exigent des relations suivies, cohérentes et constantes pour qu'une véritable politique publique puisse s'installer avec efficacité et respect des personnes.

Pour exister, la fonction doit être incarnée et ne peut pas être laissée à la seule appréciation du chef de juridiction, livrée aux choix de politique de juridiction. La stabilité des partenariats construits et donc de l'accès et des réponses apportées exige un juge identifié par tous et des procédures simplifiées permettant les rencontres, y compris entre professionnels, chaque fois que nécessaire. À cette fin, le juge doit être formé spécifiquement puis demeurer dans ses fonctions un temps suffisant pour assurer une continuité et une cohérence des réponses.

Surtout, la procédure spécifique que nous appelons de nos vœux doit s'appuyer un juge clairement identifié dont l'office est de veiller et garantir la protection des droits et des libertés des personnes les plus vulnérables. Dans un État de droit en effet, seul le juge peut limiter l'exercice de la capacité juridique. Il est, en sa qualité d'autorité judiciaire, gardienne et garante constitutionnelle des libertés individuelles, ici libertés civiles, et du niveau de protection proportionné aux besoins de la personne concernée. Sa compétence pourrait être étendue aux domaines à fort enjeu de respect des libertés civiles : les soins psychiatriques sans consentement, les difficultés liées aux arbitrages les plus conflictuels en matière de soins ou encore d'admission en établissement, voire les situations de fin de vie dans lesquelles l'expression de la volonté est altérée.

« À force de sacrifier l'essentiel pour l'urgent, on finit par oublier l'essentiel » écrivait E. Morin.

52. Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante*, sept. 2016, p. 11 ; Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, sept. 2016, p. 39.

Depuis des années déjà, l'urgent l'emporte toujours sur l'essentiel de ce que devrait être la protection juridique des adultes dans une société démocratique, à fortes valeurs proclamées. Il est impératif de se saisir de ce sujet devenu encore plus complexe tant en raison de la crise contemporaine des fondements mêmes de notre modèle de rapport au droit que par les choix budgétaires qu'il conviendra de faire pour garantir les solidarités intergénérationnelles et ne pas sacrifier les

plus vulnérables, qui appartiennent à toutes les catégories sociales. Le droit et la loi ne pourront pas tout, mais ils peuvent sans doute toujours, dans une démocratie respectueuse de l'universalité des droits humains, des droits civils et politiques, des libertés de chaque personne, contribuer avec l'engagement éthique à être la boussole incontournable du respect effectif des plus vulnérables d'entre nous.

Un article, une réforme

La victime, un responsable comme les autres ?

Philippe le Tourneau

Professeur émérite de l'École de droit de Toulouse

Matthieu Poumarède

Professeur à l'École de droit de Toulouse

La responsabilité civile présente toujours une dimension humaine, puisqu'elle met en scène deux sujets, l'un, l'auteur du dommage (débiteur de l'indemnisation), l'autre, la victime (créancière de celle-ci). Toute action en responsabilité implique en amont la rencontre dommageable de deux activités humaines, dont l'une est privilégiée, celle de la victime. Celle-ci, la personne subissant « personnellement un préjudice »¹, est aisément identifiable. Au surplus, le *fait* de la victime, requis pour exonérer le responsable n'est que le « fait quelconque de l'homme » des articles 1240 et 1241 du Code civil², tandis que sa faute « doit être appréciée de la même façon que [celle] de l'auteur »³. Cependant, si le contenu de cette notion est aisément identifiable⁴, il semble

qu'il en soit différemment de ses effets, ce qui soulève une interrogation : la victime peut-elle être un responsable comme un autre ? Autrement dit, doit-elle être juridiquement⁵ responsable envers elle-même⁶ et contre tout (et tous) ?

À dire vrai, la jurisprudence a d'ores et déjà tranché le sens et la portée de cet oxymore – la victime responsable – en excluant qu'elle puisse être responsable alors même qu'elle n'a pas commis de faute. Seule la faute de la victime est prise en considération pour exonérer partiellement le défendeur⁷. Toutes les chambres de la Cour de cassation sont désormais unanimes, alors même que ce ne fut pas toujours le cas. De 1963 à 1987, la deuxième chambre civile avait ainsi adopté une position contraire, conduisant notam-

1. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, v^o « Victime ».

2. Si les solutions relatives au fait ou à la faute de la victime sont traditionnellement étendues au contrat, cette circonstance peut conduire à reconnaître au fait ou à la faute du créancier contractuel une certaine originalité par rapport au fait ou à la faute de la victime en matière délictuelle (voir C. André, *Le fait du créancier contractuel*, LGDJ, coll. « Bib. dr. privé », t. 356, 2002).

3. L. Andreu, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, Le fait juridique*, 15^e éd., Sirey, 2024, n^o 178; voir cependant : C. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime*, th. dactyl., préf. A. Tunc, 1977, p. 18 et s. – Aussi sur la faute de la victime : Y. Le Magueresse, *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, avant-propos Ph. le Tourneau, préf. D. R. Martin, PUAM, 2007.

4. Voir toutefois, en matière de construction, les arrêts qui, visant *l'immixtion* du maître de l'ouvrage, semblent exiger une compétence particulière du créancier : Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 13^e éd., 2023, n^o 3312.142.

5. Moralement, c'est une autre affaire : en présence d'un dommage, à la question « Qui a fait cela ? », l'agent répond en toute lucidité, se détachant de la masse, « C'est moi qui... ». Il s'accuse et, en s'accusant, il « repasse sous les traits de [sa] signature au bas de l'acte ; accusare, désigner comme cause » (Ricoeur, *Philosophie de la volonté*, t. I, Aubier, 1949, p. 56).

6. L. Josserand, « La responsabilité envers soi-même », *DH* 1934, chron. 73. – Addé C. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime, op cit.*

7. Civ. 1^{re}, 17 janv. 2008, n^o 06-20.107, *Bull. civ. I*, n^o 14 ; D. 2008, p. 1256, note A. Dumery.

ment à rendre responsable la victime du fait des choses qu'elle avait sous sa garde, optimisant ainsi le raisonnement causaliste alors adopté par la Cour.

Quoiqu'il en soit, et sans qu'il soit utile, à présent, de revenir sur une jurisprudence bien établie, il en résulte que le champ de la responsabilité de la victime est restreint à sa propre faute, à moins que son fait présente les caractères de la force majeure. Mais il ne s'agit plus alors de responsabilité de la victime ; seulement d'exonération du responsable.

Si la possibilité d'opposer à la victime sa propre faute pour l'en rendre responsable est ancienne-ment admise, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence, il n'en demeure pas moins qu'elle interroge : « faut-il ou non considérer la faute de façon unitaire, selon qu'elle émane d'une per-sonne dont on cherche à engager la responsabilité ou qu'elle résulte du comportement de la victime ? »⁸. Quel pourrait être son fondement, alors même que l'article 1240 du Code civil, selon ses propres termes, suppose l'*altérité* dans le rapport de responsabilité qu'il instaure : la victime est « autrui » et non soi-même. Or tenter de fonder une telle responsabilité sur l'article 1241 serait également vain, tant il doit être lu à l'aune du premier. En l'absence d'un texte énonçant une responsabilité envers soi-même qui conduise, *de facto*, à réduire la réparation due à la victime, il importe alors de comprendre les voussoirs de l'influence de la faute de la victime sur la réparation de son propre dommage.

Aussi, il convient de s'interroger sur les fonde-ments juridiques qui conduisirent à affirmer la

responsabilité de la victime envers elle-même (I), avant de proposer de mettre fin à la responsabi-lité de la victime (II).

I. Les fondements de la responsabilité de la victime

La faute de la victime a pour conséquence de la rendre (co)responsable de son mauvais sort. Sa faute vaut celle du responsable. Elle n'en est que le miroir, peu important que l'article 1240 du Code civil ne puisse pas être mobilisé pour fonder une telle solution. Deux fautes différentes ont contribué séparément à causer un dommage *unique*. Le « *partage de responsabilité* », selon l'expression couramment retenue en pratique, est effectué d'après la gravité respective des fautes commises, tant par l'auteur de l'acte dom-mageable que par la victime. Mais, alors quels sont les fondements d'une telle solution, à défaut de textes la supportant ? Si le xix^e siècle y voyait une forme d'équité⁹, l'avènement des régimes de responsabilité sans faute conduisit à l'affirmation politique de la primauté de la faute (A), avant qu'un raisonnement causaliste l'emporte (B).

A. L'affirmation de la primauté politique de la faute

L'hypothèse d'une hiérarchie entre les régimes pour faute et les régimes sans faute s'est tra-duite, dès les années 1920, par ce que le doyen René Savatier a dénommé le principe de subsidiarité¹⁰ (application du principe de bon sens, donné par la règle *specialia generalibus derogant*¹¹), qui

-
8. N. Allix, « La faute de la victime n'ayant pas causé le dommage », *D.* 2022, p. 29.
9. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, t. VII, Pedone, 1885, n^o 28, p. 560 : « L'indemnité se détermine ainsi proportionnellement aux fautes et aux torts que la partie lésée doit imputer à elle-même et à son adversaire. Ce mode de détermination est une très légitime satisfaction donnée aux principes du droit et de l'équité ».
10. R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, *Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, n^o 280, 331 et 390; du même auteur, « Règles générales de la responsabilité civile », *Rev. crit. lég. et jur.* 1934, p. 408; note sous Req., 13 avril 1934, *DP* 1934, I, p. 41. – L'œuvre du doyen en matière de responsabilité civile fut, dans un premier temps, centrée autour de cette conception hiérarchisée des régimes de responsabilité, mais la pensée de l'auteur évolua au point d'abandonner cette prééminence systématique de la responsabilité pour faute (voir R. Legeais, « René Savatier, jurisconsulte français [1892-1984] », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 9, spé. p. 15 et 16). Pour la reprise de l'idée de subsidiarité avec d'importantes nuances : R. Houin, note sous Req., 16 avr. 1945, *JCP* 1946, II, 3178, spé. II; R. Rodière, note sous Req., 3 févr. 1942, *JCP* 1942, II, 2037, spé. II. Comp. H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, Sirey, 4^e éd., 1949, n^o 1016, p. 8.
11. En vertu duquel les régimes spéciaux instaurés par la loi évinent normalement, dans leur domaine, les régimes issus du droit commun, dès lors qu'ils sont de même nature. *La loi spéciale doit s'appliquer dans toute sa plénitude aux situations qu'elle régit*; la loi générale viendra seulement la compléter si elle comporte des lacunes. En ce sens, les régimes spéciaux ne sont pas auto-nomes, du moins s'ils restent dans la mouvance de la responsabilité civile, mais complémentaires des régimes généraux des articles 1240 et suivants, de sorte qu'ils demeurent assujettis à ceux-ci.

eut des conséquences directes sur la responsabilité de la victime.

Il s'agissait d'un mode de résolution des conflits entre les régimes de responsabilité civile pour faute, au premier rang desquels se situe celui qui est énoncé par les articles 1240 et 1241 du Code civil, et les régimes de responsabilité civile sans faute, illustrés par l'article 1242, alinéa 1^{er} *in fine*, du même code. La question qui se pose alors est la suivante : « le juge peut-il, alors même que les circonstances établissent que l'un des protagonistes a commis une faute, prononcer une condamnation sur le fondement d'un régime de responsabilité civile sans faute ? »¹². Le principe de subsidiarité, tel qu'énoncé par le doyen Savatier, engendra dès les années 1920 des constructions relativement complexes, qui se sont manifestées tant quant à l'obligation à la dette que lors des recours entre coresponsables¹³. Mais toutes ont eu le même résultat : l'impossibilité pour le responsable fautif de faire supporter au responsable non fautif une part de la réparation du dommage¹⁴. En effet, selon le doyen René Rodière, « chaque fois que l'article 1382 du Code civil peut prétendre à résoudre un litige, il est abusif d'invoquer l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil et illégal de l'appliquer »¹⁵.

Cette application du principe de subsidiarité, bien que partagée par une partie de la doctrine contemporaine, fut d'application rare en jurispru-

dence. La plupart des décisions, pourtant citées à l'appui de la reconnaissance du principe de subsidiarité, sont, en réalité, liées au principe de la primauté du criminel sur le civil. Or, si cette primauté avait des conséquences sur le rôle joué par le régime énoncé par l'article 1242, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil, ce que les partisans du principe de subsidiarité ne manquaient pas de relever, elles n'étaient pas directement liées à l'affirmation de ce principe¹⁶. Il existait, en effet, un important décalage entre l'affirmation de ce principe par la doctrine et son admission par les cours et les tribunaux lorsque le défendeur a commis une faute ; seules quelques rares illustrations de ce principe pouvant être citées. Ainsi, un jugement du Tribunal civil du Nord rendu le 24 décembre 1929¹⁷ appliqua le principe de subsidiarité. En l'espèce, un chaudronnier et son fils devant réparer une cuve à vin périrent asphyxiés par des gaz toxiques en y entrant. Les ayants droit agirent en réparation du préjudice subi sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine* (1242), du Code civil et subsidiairement sur celui de l'article 1382 (1240) du même code. Après avoir rappelé que la présomption de responsabilité civile établie par le premier de ces textes est d'une généralité absolue visant toute chose, aussi bien solide que gazeuse, le tribunal écarte son application au motif que le gardien avait commis une faute. Les juges décident ainsi

12. J. Boré, « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *JCP* 1965, I, 1961.

13. La situation du bénéficiaire d'un transport bénévole ne sera pas étudiée ici, car l'exclusion de la responsabilité du fait d'une chose s'expliquait par une considération d'équité (voir C. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. « Bib. dr. privé », t. 329, 2000, n° 206, p. 125 et 126).

14. Si l'attention de la jurisprudence et de la doctrine s'est concentrée sur le conflit entre les régimes des articles 1382 et 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil, cela est dû à des facteurs conjoncturels, les manifestations pratiques de la théorie du risque demeurant assez rares au début du XX^e siècle, malgré la permanence des régimes de responsabilité sans faute. Rien ne s'oppose, donc, à ce que le principe de subsidiarité s'applique, par exemple, aux régimes de responsabilité civile du fait des animaux ou en matière contractuelle (en ce sens : H. Mazeaud, note sous Req., 13 avr. 1934, S. 1934, p. 313). *Addre J.-P. Legros, J.-Cl. Responsabilité civile*, fasc. 151-1, v^e « Droit à réparation, Responsabilité du fait des animaux, Généralités », n° 10, p. 4.

15. R. Rodière, note sous Req., 3 févr. 1942, *JCP* 1942, II, 2037.

16. Si la Cour de cassation avait admis que l'acquittement du responsable par la juridiction répressive ne s'opposait pas à ce qu'il soit actionné en dommages et intérêts sur le fondement d'un régime de responsabilité sans faute (Civ., 24 avr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929, II, p. 70), elle faisait une application très large du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil en décidant que « [...] si le juge répressif venait à déclarer le ou les prévenus coupables du délit [...], le juge civil [...] devrait obligatoirement déclarer les défendeurs à cette action responsables en vertu du seul article 1382 du Code civil [...] » (Civ. 2^e, 21 juin 1957, *Bull. civ.* II, n° 465). En outre, s'abritant derrière le principe d'unité des prescriptions, elle décidait qu'aucune action sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil ne pouvait plus être exercée dans l'hypothèse où la victime n'avait pas agi sur le fondement de l'article 1382 du Code civil dans le délai de la prescription pénale (Req., 16 avr. 1945, *JCP* 1946, II, 3178, note R. Houin : l'annotateur approuvait l'arrêt en ces termes : « Il ne faut pas que les règles applicables à l'action fondée sur l'article 1382 puissent être étudiées lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies ; l'article 1384, al. 1^{er}, ne doit pas constituer un moyen de tourner l'article 1382 C. civ. »). Enfin, sur le fondement du principe selon lequel le criminel tient le civil en l'état, la Cour de cassation admit que le juge civil devait surseoir à statuer, alors même qu'il était saisi sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil (Civ. 2^e, 21 juin 1957, préc.).

17. Trib. civ. Nord, 24 déc. 1929, *D.H.* 1930, p. 159.

que « sans même avoir besoin de recourir à la présomption de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, la responsabilité civile [du gardien] paraît nettement résulter des circonstances reconnues ». En admettant que la responsabilité civile du gardien à l'encontre duquel était établie une faute devait être recherchée sur le fondement de la responsabilité civile pour faute, le tribunal consacre la prééminence de ces régimes et, par voie de conséquence, la subsidiarité des régimes de responsabilité civile sans faute lorsqu'ils entrent en conflit avec ceux-là¹⁸. Le tribunal adoptait, ainsi, la position d'une importante partie de la doctrine selon laquelle « la faute démontrée du gardien exclut [...] l'article 1384 »¹⁹.

Malgré l'enthousiasme d'une partie de la doctrine en faveur du principe de subsidiarité découvert par le doyen Savatier, rares sont les illustrations confirmant son admission par les cours et les tribunaux lorsque le défendeur a commis une faute. Il semble toutefois que c'est à une conclusion différente que l'on aboutissait lorsque la faute a été commise par la victime. Dans cette circonstance, une importante partie de la doctrine²⁰ a longtemps soutenu, pour les mêmes raisons, que cette faute devrait suffire à écarter la responsabilité civile sans faute du défendeur, dès lors que sa preuve était rapportée²¹. Autrement dit, la victime devait être intégralement responsable de son dommage et en supporter l'entièvre réparation. La jurisprudence a admis ainsi, à de nombreuses reprises, cette solution fondée sur la primauté de la responsabilité civile pour faute²², en exonérant entièrement le gardien en cas de faute de la victime²³, sauf s'il en a commis une²⁴, et alors même qu'elle décidaît par ailleurs que le

gardien ne pouvait s'exonérer en rapportant la preuve qu'il n'en avait pas commis²⁵.

Le principe de subsidiarité, tel qu'énoncé par le doyen Savatier, avait ainsi pour conséquence directe d'exclure la réparation due à la victime au seul motif qu'elle avait commis une faute, alors que l'auteur du dommage n'en avait pas commise, sans considération pour le sort de la victime. Si la primauté de la responsabilité pour faute sur les régimes de responsabilité sans faute émergents procérait d'une interprétation politique de la primauté de la faute sur les régimes de responsabilité n'en requérant pas, elle ne se départissait pas totalement d'un raisonnement causaliste qui finit par l'emporter en jurisprudence.

B. Le raisonnement causaliste : la contribution de la victime à son dommage

La subsidiarité des régimes sans faute a laissé place au raisonnement causaliste qui, sous le couvert de la subsidiarité des régimes de responsabilité sans faute, apparaissait ainsi dans quelques décisions.

Si la faute de la victime devait l'emporter, ce n'était pas tant en vertu d'une prétendue supériorité de la responsabilité pour faute qu'à raison du lien de causalité qu'elle venait briser. C'est ainsi que le Tribunal civil de l'Orne décidaît, non sans une certaine confusion, « Attendu que la présomption de faute doit céder devant les démonstrations positives des véritables causes du dommage [...]. Attendu que l'article 1382 redévient en ce cas applicable, l'idée de faute se substituant alors à la notion objective du risque ». Dans le même sens, Jacques Bichot dans sa thèse

18. Dans le même sens : Trib. civ. Orne, 8 juill. 1930, *DH* 1930, p. 518 : « Attendu que la présomption de faute doit céder devant les démonstrations positives des véritables causes du dommage [...]. Attendu que l'article 1382 redévient en ce cas applicable, l'idée de faute se substituant alors à la notion objective du risque ».

19. R. Rodière, note sous Req., 3 févr. 1942, *op. cit.*, loc. cit.

20. R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, *Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 389 ; R. Cavarroc, note sous CA Riom, 6 mars 1930, *Gaz. Pal.* 1930, I, p. 837, spé. p. 839.

21. Voir L. Josserand, « La responsabilité envers soi-même », *DH* 1934, chron. p. 73, spé. p. 75. Addé F. Chabas, « Cent ans d'application de l'article 1384 », in *La responsabilité civile à l'aube du xx^e siècle, Bilan prospectif*, *Resp. civ. et assur.* 2001/66 bis, p. 41, spé. n° 25.

22. *Contra* J. Bichot, *L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine*, th. Dijon, Sirey, 1933, p. 211. – Comp. : Req., 12 janv. 1927, *DP* 1927, I, p. 145, note R. Savatier : l'arrêt assimile l'imprudence de la victime à une cause étrangère exonérant le gardien.

23. Civ., 15 juillet 1902, *DP* 1905, I, p. 340 (art. 1384) ; Req., 20 janv. 1904, *D.P.* 1904, I, p. 568 (art. 1385) ; Req., 13 déc. 1922, *DP* 1923, I, p. 209 ; Req., 10 juill. 1923, *S. 1926*, p. 297, note P. Esmein ; Req., 12 janv. 1927, préc. ; Paris, 30 oct. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, II, p. 800. – Addé C. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime*, *op. cit.*, p. 220 et s.

24. CA Paris, 24 janv. 1931, *Gaz. Pal.* 1931, I, p. 486.

25. Civ., 21 janv. 1919, *DP* 1922, I, p. 25, note G. Ripert ; Req., 10 juill. 1923, préc.

de doctorat soutenue en 1933, écrivait peu après que, dans de tels cas, le défendeur n'est pas responsable, car la preuve de la faute de la victime a pour effet de détruire le lien de causalité²⁶.

Finalement, la jurisprudence admis que la seule existence de la faute de la victime ne pouvait pas faire disparaître la présomption de responsabilité civile, délaissant le principe de subsidiarité. Ainsi, par un arrêt du 13 avril 1934²⁷, la chambre des requêtes de la Cour de cassation décida que la faute d'un piéton, traversant la chaussée en dehors des passages cloutés, ne pouvait pas, par elle-même, faire disparaître la présomption de responsabilité civile. La Cour posa alors, comme exigence, le principe aujourd'hui largement admis²⁸ que la faute de la victime, pour exonérer totalement le gardien, doit présenter les caractères de la force majeure. En tant que tel, il n'est alors plus question, directement, de responsabilité de la victime mais d'*exonération* du responsable, même si, factuellement, elle se trouve alors dans une situation qui la conduit à supporter son dommage.

Toutefois, restait à envisager le cas dans lequel la faute de la victime ne présente pas les caractères de la force majeure. Or, déclinant le raisonnement causaliste, les juges prononcent un partage de responsabilité²⁹, à raison d'un concours de causes du dommage. Le défendeur verra sa dette de réparation réduite, en fonction de la gravité de la faute commise par la victime, et de la sienne propre s'il en a commis une, étant entendu que le concours des causes du dommage est admis par les juges, que le défendeur ait lui-même commis une faute ou soit responsable sur le fondement d'une responsabilité objective (art. 1242, etc.)³⁰.

Plus rationnel que l'énoncé d'un principe de subsidiarité, le raisonnement causaliste l'a large-

ment emporté en jurisprudence ces dernières années. Il pèche toutefois par deux considérations.

D'une part, si le raisonnement causaliste doit être la clé d'explication de la responsabilité de la victime, il n'y a aucune raison d'exclure du champ de sa responsabilité les régimes de responsabilité objective. La victime doit être autant responsable pour faute que, par exemple, pour le fait d'une chose qu'elle a sous sa garde.

D'autre part, il conduit à rendre la victime responsable de ses dommages. Telle est la raison pour laquelle tant les juges que le législateur écartent, en certaines circonstances, une telle solution qu'aucun texte ne soutient et qui pourrait être définitivement écartée.

II. Les contours de l'irresponsabilité de la victime

Alors que le responsable est de plus en plus souvent assuré, et tandis que la responsabilité est désormais souvent écartée au profit d'un mécanisme collectivisé de réparation des dommages, la responsabilité de la victime lui fait subir personnellement les conséquences de ses fautes qui ont contribué à la réalisation du dommage, en l'absence même de texte fondant cette responsabilité et sans que la subsidiarité des régimes sans faute ait une explication rationnelle.

À l'affliction du dommage qu'elle subit, s'ajoute ainsi le poids de la réparation de ses propres dommages qu'elle doit assumer, sans que l'on n'en perçoive les justifications. Il est consternant que le Droit l'accable de surcroît. André Tunc avait souvent dénoncé avec force cette situation, particulièrement dans le domaine des accidents de la circulation. C'est « le monde

26. *Contra J. Bichot, L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine, op. cit.*, p. 211.

27. Req., 13 avr. 1934, préc.; C. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime, op. cit.*, p. 223.

28. Civ. 2^e, 4 mars 1992, *Bull. civ. II*, n^o 74.

29. Sur le fondement de l'article 1240 du Code civil : Crim., 1^{er} oct. 1997, *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. 42. – Sur le fondement de l'article 1242, alinéa 1^{er}, du Code civil : Civ. 2^e, 12 oct. 2000, préc.; Civ. 2^e, 25 juin 1998, *JCP* 1998, II, 10191, note B. Froimion-Hébrard; Civ. 2^e, 11 juill. 2002, *Droit et patrimoine*, nov. 2002, p. 102, obs. F. Chabas. – Sur le fondement de l'article 1243 du Code civil : Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1987, *Bull. civ. II*, n^o 143.

30. Les juges du fond qui partagent la réparation du dommage dans des proportions qu'ils apprécient souverainement : Civ. 2^e, 14 févr. 1979, préc.; voir sur ce point : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Responsabilité délictuelle*, 3^e éd., Litec, 1988, n^o 1192, p. 486; addé C. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime, op. cit.*, p. 252 et s. – Comp. l'article 53 c), alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, Publications de l'Office fédéral de la justice, Berne : « Entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles ».

à l'envers »³¹ : le principe de responsabilité ne s'applique pas à ceux qui font courir le risque (tels les conducteurs-auteurs), mais s'exerce à l'encontre de ceux qui y sont exposés, les victimes.

Ces considérations ont conduit, tout à l'envers de la subsidiarité des régimes de responsabilité sans faute, la jurisprudence et le législateur à décider de l'irresponsabilité de certaines victimes placées dans des situations particulières à raison du risque qu'elles subissent (A), appelant une réflexion sur la nécessaire extension de leur sort à toutes les victimes d'un dommage corporel (B).

A. Les victimes irresponsables

Si elle concernait essentiellement les articles 1240 et 1241 du Code civil, la jurisprudence *Desmarest*, inaugurée par la Cour de cassation le 21 juillet 1982³², s'est étendue à l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, alors compris comme un régime de responsabilité indirecte supposant que la faute du préposé soit prouvée.

L'arrêt *Desmarest*, en substance, avait inauguré une jurisprudence selon laquelle la faute de la victime ne lui est pas opposable lorsqu'elle ne revêt pas les caractères de la force majeure, mettant ainsi fin à la responsabilité de la victime qu'aucun texte ne fonde. À la suite de cet arrêt, les causes d'exonération du défendeur étaient différentes, selon que la victime se fondait sur la responsabilité civile pour faute ou sur la responsabilité civile du fait d'une chose, seule la faute de la victime présentant les caractères de la force majeure pouvant exonérer le gardien. La Cour de cassation en déduisit des conséquences rappelant l'époque révolue durant laquelle elle appliquait le principe de subsidiarité, mais cette fois-ci au bénéfice des régimes de responsabilité civile sans faute, l'application de l'article 1382 du Code civil se trouvant paralysée. En effet, lorsque l'action de la victime était fondée simultanément sur les articles 1382 et 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil, elle imposa aux juges du fond de ne statuer qu'en application de ce dernier³³. Par ce coup de *Jarnac* porté à la faute, les régimes de

responsabilité civile sans faute tenaient leur revanche : le régime de responsabilité civile pour faute devait s'effacer derrière eux !

La primauté de l'article 1242, alinéa 1^{er} *in fine*, du Code civil a également permis à la Cour de cassation d'écartier l'application de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil dans un arrêt du 23 mai 1984³⁴. En l'espèce, de nuit, le véhicule automobile appartenant à M. G. et conduit par M. J. heurta et blessta mortellement M. L. qui circulait à véloMOTEUR dans le même sens. Les ayants droit de M. L. demandèrent réparation de leur préjudice à M. G. et à M. J. La cour d'appel fit droit seulement pour partie à leur demande sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil car le véloMOTEUR de la victime n'était pas éclairé. La Cour de cassation cassa l'arrêt au motif que les demandeurs avaient aussi fondé leur demande sur l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, et après avoir rappelé que « seul un événement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose, instrument du dommage, de la responsabilité civile par lui encourue par application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil [...] ».

Il s'agissait, dans ces hypothèses, d'éviter que les règles édictées par un régime ne soient tournées en recourant à un autre régime. Telle était la justification avancée par la doctrine à l'appui du principe de subsidiarité des régimes de responsabilité objective³⁵. Simplement les aspirations ont changé : à la défense politique de la faute, s'est substituée la volonté de faire bénéficier la victime du régime de responsabilité civile le plus favorable, sans que puisse lui être opposée sa propre responsabilité. Si cette jurisprudence, concernant non seulement les articles 1382 et 1383 mais également l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, est aujourd'hui abandonnée³⁶, c'est à la faveur de l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1985.

Dans son champ d'application, le principe est que les victimes, hormis les conducteurs des véhicules, ne peuvent pas se voir opposer leur propre faute, s'agissant du moins des atteintes à leur

31. C. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime*, op. cit.

32. Civ. 2^e, 21 juill. 1982, *JCP* 1982, II, 19881, note F. Chabas; *RTD civ.* 1982, p. 606, obs. G. Durry.

33. Civ. 2^e, 25 janv. 1984, *D.* 1984, p. 242, note C. Larroumet; Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1984, *Bull. civ. II*, n° 22; Civ. 2^e, 8 févr. 1984, *Bull. civ. II*, n° 26.

34. Civ. 2^e, 23 mai 1984, *Bull. civ. II*, n° 89.

35. J. Boré, « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », préc., II, B, b.

36. Cet abandon résulte naturellement du délaissement de la jurisprudence *Desmarest* (voir par ex., Civ. 2^e, 6 avr. 1987, *JCP* 1987, II, 20828, note F. Chabas. – *Contra CA Paris*, 3 janv. 2000, *Resp. civ. et assur.* 2000, comm. 291).

personne (loi n° 85-677, 5 juill. 1985, art. 3, al. 1^{er}; mais pas quant aux atteintes aux biens, pour lesquels la faute de la victime peut limiter ou exclure la réparation selon qu'elle aura été cause partielle ou exclusive de l'accident : loi 5 juill. 1985, art. 5). Il n'en va autrement qu'en cas de faute *inexcusable* ayant été la cause exclusive de l'accident (la jurisprudence entend la notion de faute inexcusable d'une façon invraisemblable, certes dans l'intérêt de la victime, donc dans l'esprit de la loi³⁷). De même, pour les victimes les plus faibles (moins de 16 ans ou plus de 70 ans et, quel que soit leur âge, personnes affligées d'un taux d'incapacité au moins égal à 80 %), seule une faute *intentionnelle* est de nature à faire échec à leur indemnisation (loi 5 juill. 1985, art. 3, al. 2 et 3). Dans ces deux cas, le raisonnement causaliste refait surface en ce sens que la faute de la victime, qualifiée, vient exonérer le responsable.

Cette hypothèse qui écarte la responsabilité de la victime n'est pas isolée. Dans plusieurs cas et pour des raisons diverses, il semble acquis que la victime ne peut être responsable³⁸. Ainsi en est-il de la victime privée de discernement. Peut-on aller plus loin et poser un principe général d'irresponsabilité de la victime subissant un dommage corporel ?

B. Pour l'irresponsabilité de la victime subissant un dommage corporel

Il apparaît que tous les avant-projets et projets de réforme de la responsabilité civile proposés depuis vingt ans accordent une place aux effets de la faute de la victime contrairement au Code civil. Et, il en résulte une tendance nette. S'ils n'écartent pas totalement la responsabilité de la victime pour ses propres dommages, ils la limitent considérablement, notamment en cas d'absence de discernement de la victime³⁹, encore seule la faute lourde⁴⁰ ou la faute grave⁴¹ peut engager sa

responsabilité en cas de dommage corporel, etc. Se dessine ainsi une volonté de marquer une irresponsabilité relative des victimes, en particulier lorsqu'elles subissent un dommage corporel. Cette direction doit être approuvée, quoiqu'elle n'aile pas suffisamment loin. Sans doute, « l'examen des systèmes juridiques étrangers permet de constater que nulle part la faute de la victime n'est totalement et en toute circonstance dénuée d'influence sur l'évaluation de la réparation due »⁴². Pour autant, il pourrait être opportun de sauter le pas, et de retenir une solution de portée générale en cas de dommage corporel, sans plus distinguer entre les victimes. L'inadéquation ou le mauvais réflexe de la victime ne doivent pas l'accabler en le privant d'indemnisation, comme nous l'écrivons dans les éditions successives de notre traité⁴³; les imprudents, maladroits et malchanceux méritent l'indulgence. L'article 1254 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020, en prévoyant que « seule une faute lourde peut réduire la réparation du dommage corporel », n'évitera pas des conflits de qualification qu'implique une distinction entre les victimes de dommages corporels. Aussi, allant plus loin, dans le souci d'être cohérent avec les solutions retenues par ailleurs et d'éviter les conflits de qualification, il pourrait être proposé de manière générale d'exclure toute exonération partielle lorsque la victime a commis une faute : « la faute de la victime ne peut réduire la réparation de son dommage corporel ». Naturellement, cette irresponsabilité de la victime aurait pour limite la force majeure qui rompt le lien de causalité et constitue ainsi une cause exonératoire au profit du responsable en application des régimes de responsabilité : la faute de la victime. Une telle disposition, favorable à la victime, aurait alors vocation à s'appliquer en toute circonstance : en droit commun, mais également en droit spécial, dès lors qu'elle est plus favorable à

37. Un exemple : Civ. 2^e, 21 déc. 2023, n° 22-18.480, *Bull. civ. II*. La victime évoluait à très vive allure sur une planche à roulettes dans une rue à forte déclivité, à une heure de forte circulation, en étant démunie de tout système de freinage ou d'équipement de protection et s'est élancée sans respecter les feux de signalisation lumineuse présents à l'intersection située au bas de la rue ni le flux automobile perpendiculaire à son axe de progression : elle n'a pas commis de faute inexcusable !

38. Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 2144.44.

39. Par exemple P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, art. 1351-1 ; F. Terré, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, art. 47.

40. Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, art. 1254.

41. P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, op. cit., art. 1351.

42. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 426, p. 398.

43. Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 013.11.

la victime que le texte spécial. La *valorisation contemporaine de la personne humaine* rend inacceptable qu'une victime reste sans recours ni secours à la suite d'un dommage, sous prétexte que son auteur n'est pas identifié ou est insolvable, non seulement lorsque la victime est parfaitement innocente, mais même lorsqu'elle a commis quelque faute ayant concouru à l'accident.

Plus radicalement, nous plaidons depuis des années pour l'instauration d'un véritable droit des dommages corporels⁴⁴. Substituant au droit de l'indemnisation un droit à l'indemnisation, nous proposons que *tous les dommages corporels et psychiques* (mais eux seuls), *quelle qu'en soit l'origine* (domestiques, professionnels, de transport, de la route, médicaux, des infractions, du terrorisme, etc.), contractuels comme déli-

tuels, fussent indemnisés, *forfaitairement et automatiquement* par la Sécurité sociale⁴⁵. Cela, sans se livrer aux casuistiques actuelles, et sans interférence de la faute dans les régimes de responsabilité dite objective, mais qui laissent sur le bord du chemin certaines victimes, notamment les conducteurs de véhicules automobiles. Son idée centrale, qui nous semble relever du Droit naturel, est que l'indemnisation des dommages corporels, surtout ceux qui sont causés par des choses dangereuses et par l'aléa thérapeutique, doit être fondée sur la solidarité (d'autant plus que de nombreuses victimes d'accidents en sont elles-mêmes les auteurs), car ils constituent des risques de société, *a fortiori* lorsqu'il s'agit des « dommages sériels », qui se multiplient.

Non, la victime n'est pas un responsable comme un autre !

44. Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 012.12; Ph. Le Tourneau, « Le changement du droit de la responsabilité », RDA, n° 10, févr. 2015, p. 97.

45. Dans le même sens : L. Melennec, *L'indemnisation du handicap : Pour l'instauration d'un régime unique de l'invalidité et de la dépendance*, 1997, Desclée de Brouwer; L. Bloch, *L'exonération en Droit de la responsabilité civile*, th. Bordeaux, 2003, n° 315 et s.

Un article, une réforme

La durée de la séparation des deux patrimoines de l'entrepreneur individuel : pour une modification de l'article L. 526-22 du code de commerce

Laurent Levener

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Sabine Mazeaud-Levener

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, le législateur a voulu encourager le travail indépendant. Son apport majeur se trouve dans la création du statut de l'entrepreneur individuel dans « le double objectif de renforcer la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur tout en dé-complexifiant l'accès à une telle protection »¹.

Auparavant existait, depuis la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée qui reposait sur la technique du patrimoine d'affectation : il était permis à tout entrepreneur individuel d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale (C. com., art. L. 526-6). Pour ce faire il suffisait d'effectuer une déclaration d'affectation de certains biens en joignant la liste,

aujourd'hui remplacée par une déclaration d'affectation de certains biens en joignant la liste, auprès du registre du commerce et des sociétés, ou bien du répertoire des métiers, ou encore de la chambre d'agriculture, voire d'un registre spécial pour les autres EIRL tenu auprès du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire statuant commercialement. Pour les biens immobiliers, l'affectation passait par un acte notarié publié au fichier immobilier tenu par le service de la publicité foncière.

Cependant, le législateur a estimé que les entrepreneurs individuels recourraient trop peu au statut de l'EIRL « en raison de sa complexité »². Certes la résidence principale d'un entrepreneur était déjà de plein droit insaisissable par les créanciers professionnels (C. com., art. L. 526-1) – ainsi que pouvaient l'être également, sur déclaration, ses autres biens immobiliers non professionnels (C. com., art. L. 526-2). Mais la loi a voulu aller plus loin en distinguant le patrimoine profession-

1. Projet de loi n° 869, Sénat 2020-2021, exposé des motifs, p. 4.

2. *Ibid*, p. 4.

nel du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, et en protégeant automatiquement tout ce patrimoine personnel, sans aucune démarche ni information des créanciers. Ainsi, par dérogation à la règle de l'unicité et de l'unité du patrimoine posée à l'article 2284 du Code civil, « l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation » (C. com., art. L. 526-22, al. 5). Et réciproquement, en principe, « seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel » (C. com., art. L. 526-22, al. 6).

Indiscutablement le législateur a donc voulu, par cette automaticité de la séparation des deux patrimoines de l'entrepreneur individuel, le protéger mieux qu'avant. Hélas, la loi, votée assez – et même sans doute trop – rapidement (procédure accélérée : une lecture dans chaque chambre, puis une commission mixte paritaire)³ est loin d'être sans imperfection ; les parlementaires ont d'ailleurs eu conscience que le nouveau statut pouvait poser quelques difficultés : « Nos futurs collègues le retoucheront ! »⁴.

L'une de ces imperfections concerne les conséquences de la fin de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel ou son décès. Il est en effet prévu que, « dans le cas où un entrepreneur individuel cesse toute activité professionnelle indépendante, le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis. Il en est de même en cas de décès de l'entrepreneur individuel, sous réserve des articles L. 631-3 et L. 640-3 du présent code » (C. com., art. L. 526-22, al. 9). Ainsi, à la lettre – et de façon contraire à son

esprit⁵ – la protection qu'apportait la séparation des deux patrimoines s'évanouit dès ce moment et subitement, tous les biens personnels accroissent le gage des créanciers de l'ancienne activité professionnelle.

Est tout au plus réservée la possibilité d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire après la cessation d'activité ou le décès au cas où le patrimoine professionnel était en situation de cessation des paiements à cette date (C. com., art. L. 631-3 et L. 640-3). Mais encore faut-il que cette situation soit caractérisée et qu'un créancier ou un héritier saisisse le juge d'une telle demande. En outre, il se peut que des dettes se révèlent longtemps après la fin d'une activité professionnelle : il suffit de songer à une action en responsabilité civile pour un dommage, consécutif par exemple à un manquement à une obligation d'information ou un devoir de conseil, qui ne s'est révélé que tardivement⁶. Ainsi, chaque fois que le règlement du passif professionnel ne relève pas de la possibilité d'une procédure collective réservée par l'article L. 526-22, alinéa 9 du code de commerce, faute de séparation, tous les biens de l'ancien entrepreneur individuel seront soumis aux poursuites des créanciers. La protection du patrimoine personnel n'a donc qu'une durée limitée. Les créanciers professionnels de l'ancien entrepreneur individuel bénéficient d'un gage élargi, comprenant à la fois ses biens professionnels et ses biens personnels.

En outre, en cas de décès, les créanciers du défunt pourront également se faire payer sur les biens personnels des héritiers, sauf à ce que ceux-ci renoncent à la succession ou ne l'acceptent qu'à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 791). En cas d'acceptation pure et simple, les créanciers pourront, certes, demander le béné-

-
3. Dépôt du projet de loi au Sénat le 29 septembre 2021, adoption par le Sénat le 26 octobre 2021, adoption, avec modification, par l'Assemblée nationale le 10 janvier 2022, réunion d'une commission mixte paritaire le 8 février 2022, puis discussion et adoption par les deux chambres le même jour.
 4. Ph. Huppé, *Débats AN*, séance du 8 févr. 2022. V. aussi J.-P. Mattei, *Débats AN*, séance du 8 février 2022 : « Ce nouveau cadre juridique risque de confronter les praticiens à des difficultés lors des successions. Il nous appartiendra de suivre précisément cet aspect, et de le corriger si nécessaire ».
 5. Cf. en ce sens M. Grimaldi, « L'entrepreneur individuel et le droit des successions et libéralités », in L. Leveneur (dir.), *Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel*, LexisNexis, 2025, p. 86, selon qui « la protection du patrimoine privé de l'entrepreneur manquerait son but si elle avait pour terme la mort de celui-ci ». Comp. B. Saintourens, « Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022 », *RTD com.* 2022, p. 447. S. Torricelli-Chrifi, « Le décès de l'entrepreneur individuel », *Act. prat. strat. patrimoniale* 2023, n° 4, Dossier 33.
 6. Ou encore des cotisations Urssaf (qui sont des dettes professionnelles, qui engageaient le seul patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel : C. com., art. L. 526-22, al. 6), potentiellement très élevées et qui ne sont définitivement calculées qu'à retardement.

fice de la traditionnelle et mal nommée « séparation des patrimoines ». Celle-ci permet aux créanciers du défunt d'avoir un droit de préférence sur l'actif successoral et aux créanciers des héritiers sur les biens non recueillis dans la succession (C. civ., art. 878). Mais cette séparation ne prolonge pas l'ancien cloisonnement des deux patrimoines professionnel et personnel du défunt. C'est une autre distinction, seulement entre ce qui était le patrimoine global du défunt et le patrimoine propre de chaque héritier, et uniquement pour déterminer le domaine de l'assiette du droit de préférence du créancier auteur de la demande⁷. Ce dispositif permet aux créanciers – soit des héritiers, soit successoraux – qui le souhaitent, de se protéger les uns des autres en demandant, individuellement, chacun pour soi et pour une créance déterminée, un droit de préférence sur un bien du patrimoine de leur catégorie ; ce mécanisme ne protège donc nullement les héritiers. Quant à l'acceptation à concurrence de l'actif net, elle les protège certes, mais dans une certaine mesure seulement, en ce qu'elle met leurs propres biens à l'abri des poursuites des créanciers successoraux ; en revanche elle n'empêche pas les créanciers de l'activité professionnelle du défunt de saisir les anciens biens personnels de celui-ci, ni inversement les anciens créanciers personnels du défunt de se faire payer sur les biens de l'ancien patrimoine professionnel. Dès lors les héritiers, même acceptant à concurrence de l'actif net, sont moins protégés que ne l'était leur auteur qui profitait pleinement du cloisonnement de son passif entre ses deux patrimoines.

Ainsi, tandis que lors du vote de la loi du 14 février 2022 le législateur a expressément manifesté l'intention de renforcer la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, afin d'encourager le travail indépendant, paradoxalement, sur ce point précis, la protection

est au contraire affaiblie par rapport à la situation antérieure. En effet les dispositions relatives à l'EIRL prévoient qu'en cas de décès ou de cessation d'activité concomitante à la renonciation à l'affectation, les créanciers professionnels de cet entrepreneur conservaient « pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès »⁸.

Aussi bien, afin de mettre la lettre des textes du nouveau statut en conformité avec l'esprit de la loi qui leur a donné naissance⁹, on proposera, en s'inspirant de ce qui valait pour l'EIRL, la modification suivante :

Après l'alinéa 9 de l'article L. 526-22 du code de commerce (« Dans le cas où un entrepreneur individuel cesse toute activité professionnelle indépendante, le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis. Il en est de même en cas de décès de l'entrepreneur individuel, sous réserve des articles L. 631-3 et L. 640-3 du présent code »), il conviendrait d'ajouter un alinéa ainsi rédigé : « *Toutefois en cas de cessation d'activité ou de décès, les créanciers dont les droits sont nés antérieurement conservent pour seul gage général celui qui était le leur avant l'arrêt d'activité ou le décès* ».

Toutefois, une différence existe avec l'ancien statut de l'EIRL. Le gage des créanciers de l'activité professionnelle était constitué du patrimoine affecté tel qu'il résultait d'une déclaration d'affectation réalisée sur un registre ou, pour les biens immobiliers, d'un acte notarié d'affectation publié auprès du service de la publicité foncière. L'automaticité de la séparation des deux patrimoines de l'entrepreneur individuel telle qu'elle a été voulue en 2022 a conduit à supprimer toute formalité. Dès lors, comment savoir quel était le gage des créanciers de l'activité professionnelle au moment du décès de l'entrepreneur ou de sa cessation d'activité ? Et réciproquement, pour les créanciers personnels qui n'avaient pour gage

-
7. Y. Lequette, V. Brémont et S. Mazeaud-Leveneur, *JCI. Civil Code*, fasc. art. 878 à 881, v^o « Successions. – Paiement des dettes. – Séparation des patrimoines ».
8. C. com., art. L. 526-15 : « En cas de renonciation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'affectation ou en cas de décès de celui-ci, la déclaration mentionnée à l'article L. 526-7 cesse de produire ses effets. Toutefois, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou en cas de décès, les créanciers mentionnés aux 1^o et 2^o du I de l'article L. 526-12 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès ».
9. Une interprétation des dispositions actuelles selon l'esprit de la loi (v. en ce sens M. Grimaldi, « L'entrepreneur individuel et le droit des successions et libéralités », préc.) pourrait tendre au même résultat. Mais l'avantage de la proposition formulée serait d'éviter d'avoir à soutenir devant le juge cette interprétation.

que les autres biens que ceux du patrimoine professionnel ?

La piste d'un gel du gage général des créanciers antérieurs à la cessation d'activité avait été évoquée lors des travaux parlementaires, par la commission des lois du Sénat. Mais elle n'avait pas été retenue, par crainte de la complexité¹⁰ d'un recensement *a posteriori* des biens qui étaient professionnels lors de la cessation d'activité. On peut le regretter : certes ce recensement serait une formalité nécessaire, mais elle serait la contrepartie d'une protection efficace. Il faut donc savoir ce que l'on veut. Si l'on proclame vouloir renforcer une protection, il faut en donner les moyens. D'ailleurs le décret n° 2022-725 du 28 avril 2022 apporte des précisions sur ce qu'il faut entendre par biens utiles à l'activité professionnelle, qui constituent l'actif du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel¹¹, ce qui est de nature à rendre possible

l'établissement d'un inventaire, même après la cessation d'activité.

Il conviendrait donc à cet égard d'ajouter encore l'alinéa suivant : « *L'application de l'alinéa précédent est subordonnée à la réalisation, dans un délai de six mois, d'un inventaire des biens, droits, obligations et sûretés dont l'entrepreneur était titulaire et qui étaient utiles à son activité professionnelle au moment de son décès ou de la cessation de son activité professionnelle* ».

Un tel inventaire pourrait être réalisé à la demande de l'un quelconque des divers intéressés : l'ancien entrepreneur individuel ou ses héritiers, un créancier dont la créance est née au titre de l'activité professionnelle de l'ancien entrepreneur individuel, ou un créancier de l'ancien entrepreneur individuel dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle.

10. V. en ce sens, C. Favre-Rochex, « Le nouveau patrimoine professionnel », *JCP E* 2022, n° 1136.

11. C. com., art. R. 526-26.

Un article, une réforme

Pour l'introduction de dispositions supplétives dans le régime de la SAS

Marie Caffin-Moi

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Julia Heinich

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Réformer le droit des sociétés. Le thème retenu par la *Revue de droit d'Assas* pour fêter son trentième numéro est celui de la réforme. Appliqué au droit des sociétés, ce thème apparaît particulièrement d'actualité. D'une part, parce qu'une importante ordonnance relative aux nullités en droit des sociétés vient d'être promulguée et entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2025¹. D'autre part, parce que, sous l'égide du Professeur Caroline Coupet, l'IRDA et sa directrice, le Professeur France Drummond, ont engagé depuis deux ans un projet de réforme pour un nouveau droit des sociétés, le projet REPENDS. Ce projet, mené en concertation et avec le soutien du ministère de la Justice et en partenariat avec la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, a pour objectif de proposer en 2026 des voies de simplification et de modernisation du droit des

sociétés². Il ne s'agit naturellement pas dans cet article de proposer une réforme aussi ambitieuse, pour laquelle les réflexions et discussions du groupe de travail sont encore en cours.

Une proposition emblématique. Plus modestement et conformément à l'esprit de ce dossier, il nous a été demandé de réfléchir à une proposition concrète de réforme portant sur un élément emblématique du droit des sociétés. À cet égard, quoi de plus emblématique que la SAS ? Cette société est en effet devenue le fleuron du droit français des sociétés en seulement 30 ans. Les chiffres sont sans appel : de 2 594 au 1^{er} janvier 1999, le nombre de SAS est passé à 110 276 au 1^{er} janvier 2007³. Dès 2016, la SAS était devenue la première forme sociale choisie pour les créations de sociétés, devant la SARL⁴. Aujourd'hui, elle représente plus des deux tiers de créations de

-
1. Ord. du 12 mars 2025, sur laquelle v. not. C. Coupet et F. Drummond, « L'ordonnance Nullités : une réforme radicale », *BJS* mai 2025, n° BJS2023w0 ; B. Dondero, « L'ordonnance réformant les nullités en droit des sociétés », *JCP E* 2025, 1116 ; J. Delvallée, « Réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *Dalloz actualité*, 27 mars 2025 ; R. Mortier, « L'ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *JCP N* 2025, 1074 ; v. également le dossier La réforme des nullités en droit des sociétés, dir. H. Le Nabasque, *BJS* juill. 2025, n° BJS203y7 et le Colloque IRDA, Paris, 3 avr. 2025, « L'ordonnance portant réforme des nullités en droit des sociétés : un texte de rupture ? », *Rev. sociétés* 2025, p. 307.
 2. <https://irda.assas-universite.fr/fr/activite/recherche/recherche-collective-en-cours/projet-reponds>.
 3. H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2^e éd., LexisNexis, 2007, préf. A. Viandier, n° 5, p. 3-4.
 4. J. Heinich, « La SAS, plus fort que la SARL ! », *Dr. sociétés* 2017, repère 6.

sociétés à elle seule, avec 203 986 créations de sociétés sur 387 423 au total en 2024⁵.

Un succès multifactoriel. Comment expliquer le succès de la SAS ? Le premier facteur est l'extension progressive de son champ. D'abord destinée aux grands groupes de sociétés, la SAS s'est progressivement vue autorisée à accueillir des actionnaires personnes physiques ou morales, est passée d'un capital social minimum de 1,5 million de francs à un euro seulement et enfin à pouvoir être, avec la SARL, l'une des deux seules formes de sociétés unipersonnelles. Ces caractéristiques, doublées de son statut de société par actions, lui permettent de couvrir un champ très large qui va des TPE aux grands groupes de sociétés. Le second facteur est la très grande souplesse de cette forme sociale. Société par actions, elle est à certains égards bâtie sur le modèle de la SA. Mais elle est bien moins rigide que son illustre prédecesseuse. Avec seulement une vingtaine d'articles (art. L. 227-1 à L. 227-20-1 du code de commerce), elle offre aux associés une importante liberté statutaire leur permettant d'aménager très librement les conditions dans lesquelles la société est dirigée, celles dans lesquelles sont prises les décisions sociales ou encore les modalités d'entrée et de sortie des associés. Mais ce qui est le principal attrait de la SAS constitue aussi son plus grand risque.

Les dangers de la liberté statutaire. Le plus grand danger du régime de la SAS, pétri de liberté, est précisément que cette liberté ne soit, sur certains sujets abandonnés à la volonté des associés, pas exercée du tout ou mal exercée⁶.

Les débats ayant précédé l'avènement de la SAS faisaient déjà mention de ce danger. Le Sénateur Dailly l'assumait parfaitement : « Les associés des SAS ne devront leur sécurité juridique qu'au contenu des Statuts, donc au seul jeu – *non dépourvu de risques* – de la liberté contractuelle »⁷.

Toutefois, la philosophie d'hier n'est plus celle d'aujourd'hui. La SAS n'était, à l'époque, conçue que pour être une « société de sociétés », adaptée aux besoins spécifiques des groupes et réservée à des sociétés ayant un capital au moins égal à 1,5 million de francs. Ce seuil laissait supposer que les utilisateurs seraient de fins connaisseurs des rouages du droit des sociétés. Depuis que la loi du 12 juillet 1999⁸, adoptée de manière cavalière⁹, a libéralisé l'usage de cette forme sociale, l'ouvrant à des associés personnes physiques dont il n'est plus possible d'espérer autant, la sociologie des SAS a profondément changé. Ce modèle social inclut désormais « des entrepreneurs mal armés pour affronter les problèmes juridiques ; et surtout des associés naïfs »¹⁰ alors que pour reprendre l'expression de Guyon, la SAS est « une formule un du droit »¹¹, dont le pilotage devrait être confié à des spécialistes. Cette évolution renforce les risques de rédaction malheureuse ou incomplète des statuts, d'autant que le législateur de 1999 n'a pas, pour autant, jugé utile de contraindre les futurs associés à recourir à un professionnel pour rédiger ou vérifier la régularité des statuts¹². C'est la raison pour laquelle le HCJP a choisi d'offrir « un modèle de statuts-types simples destiné à aider dans leur démarche les petites structures qui choisiraient la

-
5. B. Dondero, « Créations d'entreprises : fortunes diverses des structures juridiques disponibles », *Les Échos – Annonces légales*, 15 avr. 2025.
 6. V. E. Schlumberger, « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis et LGDJ, 2015, p. 767.
 7. *Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant la société par actions simplifiée*, n° 5, Sénat, par E. Dailly, spéc. p. 6.
 8. L. n° 99-586, sur laquelle v. Y. Guyon, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées », *Rev. sociétés* 1999, p. 505 ; P. Le Cannu, « La SAS pour tous », *BJS* 1999, p. 841 ; J.-J. Daigre, « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », *JCP E* 1999, p. 977 ; N. Rontchevsky, « Présentation générale de la S.A.S. après la loi du 12 juillet 1999 », *LPA* 15 sept. 2000, p. 26.
 9. La loi n° 99-586 du 12 juill. 1999 est une loi « sur l'innovation et la recherche » et l'amendement sur la réforme de la SAS a été introduit « *in extremis* » et « à la sauvette » (Y. Guyon, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées », préc., n° 1), en Commission des affaires culturelles, familiales et sociales ; v. également, critiquant le procédé, N. Rontchevsky, « Présentation générale de la S.A.S. après la loi du 12 juillet 1999 », préc.
 10. P. Le Cannu, « La SAS pour tous », préc., n° 4.
 11. Y. Guyon, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées », préc., n° 1.
 12. V. s'interrogeant sur l'opportunité de rendre cette intervention obligatoire, afin de régler notamment le problème « lancingant » de la rédaction de statuts incomplets, P. Le Cannu, « La SAS pour tous », préc., n° 44.

forme de la SAS que cette dernière soit pluriper-
sonnelle ou unipersonnelle »¹³.

Les solutions légales disponibles. Le silence gardé par les associés ou les maladresses dans l'utilisation de leur liberté contractuelle n'est pas systématiquement source de difficulté et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, certains des espaces de liberté sont compensés par l'existence de quelques dispositions impératives dans le régime squelettique de la SAS. Par exemple, si les associés n'usent pas de l'immense liberté qui leur est offerte par l'article L. 227-5 du code de commerce, aux termes duquel « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée »¹⁴, la société ne se trouvera pas totalement désorganisée, ni empêchée de fonctionner dans l'ordre externe. Puisque l'article est immédiatement suivi d'un autre, empreint d'impérativité, imposant aux associés la désignation d'un Président représentant la société à l'égard des tiers et investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, nulle SAS ne pourra être immatriculée sans un appareillage rudimentaire de représentation légale. La liberté, fût-elle immense, ne constitue donc pas un véritable danger dans cette hypothèse dès lors que même si elle n'est pas exercée, la SAS peut fonctionner.

Ensuite, certaines dispositions du droit commun des sociétés commerciales peuvent venir au secours de l'imprévoyance des associés lors de la rédaction des statuts. Par exemple, si ceux-ci, usant de la liberté qui leur est offerte à l'ar-

ticle L. 227-14 du code de commerce, ont prévu une clause d'agrément sans anticiper l'aspect procédural de la demande ou du refus d'agrément¹⁵, il est possible, même si cela n'a jamais été clairement affirmé par la jurisprudence¹⁶, de se référer aux règles prévues dans la partie du code de commerce contenant les « dispositions communes aux valeurs mobilières », dont les actions de SAS font partie. Ainsi, si les statuts omettent de prévoir, par exemple, une procédure de rachat afin que le cédant ne reste pas captif en cas de refus d'agrément, ce dernier pourra se prévaloir de la procédure minutieusement décrite par l'article L. 228-24 du code de commerce.

Enfin, la SAS est, en partie au moins, adossée au régime de la SA, à la source duquel il est possible de puiser en cas de non-usage ou de mauvais usage de leur liberté contractuelle par les associés. Les dispositions dédiées à la SA sont, en effet, applicables à la SAS « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières » à la SAS (art. L. 227-1 du code de commerce). Elles sont alors susceptibles de venir combler les lacunes des statuts. Imaginons que des associés de SAS aient prévu une disposition sur l'amortissement du capital, sans en préciser les modalités. L'article L. 225-198, compatible avec le régime spécifique de la SAS, précise que cet amortissement « ne peut être réalisé que par voie de remboursement égal sur chaque action d'une même catégorie et n'entraîne pas de réduction de capital ». En cas de conflit entre associés, le régime de la SA peut donc utilement compléter les dispositions statutaires. Cette logique articulaire au sein du code de commerce ne fonctionne

13. https://www.banque-france.fr/system/files/2023-10/rapport_34_f.pdf.

14. La jurisprudence, allant plus loin encore, a affirmé dans un premier temps que « seuls les statuts fixent les conditions dans lesquels la société est dirigée » (Com., 25 janv. 2017, n° 14-26792, *BJS* mars 2017, n° 116d5, M. Germain et P.-L. Périn; *Dr. sociétés* 2017, n° 60, obs. J. Heinich; *Rev. sociétés* 2017, p. 631, note L. Godon), avant d'assouplir sa position en acceptant que les actes statutaires complètent les statuts sans pouvoir toutefois y déroger (Com., 12 oct. 2022, n° 21-15382, *Gaz. Pal.* juin 2023, n° 451d2, note V. Malassigné, *D.* 2022, p. 2086, note J.-B. Barbiéri; *Dr. sociétés* 2022, n° 134, obs. J.-F. Hamelin; *JCP E* 2023, 1085, obs. J.-Ch. Pagnucco; *JCP E* 2022, 1371, note B. Dondero; *Ingen. patr.* janv. 2023, p. 165, note C. Coupet; *RDC* mars 2023, n° 201g1, note J. Heinich).

15. La commission des lois avait – en vain – appellé de ses vœux que soient fixées les conditions dans lesquelles l'associé qui souhaite céder ses parts et ne reçoit pas l'agrément puisse obtenir le rachat (v. *Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant la société par actions simplifiée*, *op. cit.*, p. 17). Les sénateurs mentionnaient alors qu'il existait un doute sur l'applicabilité de ce qui est devenu l'art. L. 228-24 du code de commerce. Ils préconisaient toutefois de s'en inspirer pour la rédaction d'une disposition propre à la SAS, tout en prévoyant un délai plus long pour la cession des titres ou la réduction du capital, en raison du caractère particulièrement fort de l'*intuitus personae* dans ce type de société (v. p. 32).

16. La question a fait l'objet d'une QPC dont on ne peut tirer un enseignement clair. La Cour de cassation a seulement refusé de la transmettre au Conseil constitutionnel aux motifs qu'« Il ne résulte d'aucune jurisprudence de la Cour de cassation que les dispositions de l'article L. 228-24 du code de commerce s'appliquent en cas de non-respect d'une clause d'agrément prévue par les statuts d'une SAS » (Com., 8 mars 2018, n° 17-40.079, *BJS* 2018, p. 295, note B. Dondero; *Rev. sociétés* 2018, p. 511, note L. Godon; *Dr. sociétés* 2018, comm. 103, J. Heinich; *RTD com.* 2018, p. 719, note J. Moury).

toutefois que par éclipses dès lors que l'article L. 227-1 exclut expressément tout renvoi au régime de la SA sur des pans particulièrement importants du fonctionnement social, comme la direction et l'administration de la société ainsi que les assemblées d'actionnaires (art. L. 225-17 à L. 225-102 et art. L. 22-103 à L. 225-126 du code de commerce).

En dépit de ces possibilités d'articulation des textes, il reste quelques points particulièrement sensibles au sujet desquels le régime construit pour la SAS dans une optique de pure contractualisation, renvoie exclusivement aux statuts. Dans ces hypothèses, si les associés ne font pas usage de la liberté qui leur est offerte, ils courrent un risque de contentieux dont la résolution s'avère incertaine. Seules des dispositions supplétives, qui n'ont pas été pensées par le législateur, pourraient alors constituer un filet de sécurité.

L'utilité de dispositions supplétives. Une réforme – indolore – de la SAS pourrait consister à proposer un socle minimal de dispositions supplétives permettant d'assurer le fonctionnement social ou l'effectivité des dispositions statutaires lorsqu'elles existent. L'idée n'est pas d'obéir la liberté contractuelle à l'origine de la « fièvre de la SAS »¹⁷, mais de suppléer, dans les cas les plus graves, son non-usage. Les dispositions supplétives sont, dans cette perspective, un outil précieux. Loin de contraindre la volonté de ceux auxquels elles sont subsidiairement applicables, elles leur laissent « la liberté de modifier, d'atténuer, de renforcer ou de supprimer la solution édictée par l'ordre juridique à titre supplétif »¹⁸ et ne rencontrent « d'autres bornes que celles que la nature impose à l'imagination individuelle »¹⁹. Elles ne sont donc en aucun cas incompatibles avec l'ADN de la SAS.

Au-delà de leur aptitude à se substituer à une volonté défaillante, les dispositions supplétives possèdent une vertu incitative : elles sont « une

invitation à l'expression de la volonté individuelle »²⁰, particulièrement précieuse dans un contexte sociétaire où les décisions d'un jour – celui de la signature des statuts – peuvent peser pour l'éternité sur la vie de la société. Autrement dit, lorsqu'une disposition propose une règle à défaut de stipulation statutaire, les bénéficiaires de la liberté contractuelle ont immédiatement l'idée de s'interroger sur leur propre volonté, fût-elle différente ou contraire. Les dispositions supplétives sont alors non seulement un filet de sûreté, mais aussi, sans nul doute, une provocation à la réflexion. Autant de vertus que l'on pourrait mettre au service de la SAS, sans en trahir l'esprit et sans en diminuer l'attractivité.

Le législateur n'est pas resté imperméable à cette technique lors de la création de la SAS, mais le moins que l'on puisse dire est qu'il l'a utilisée avec parcimonie²¹. En effet, une seule disposition supplétive figure dans le droit spécial de la SAS. L'article L. 227-18 prévoit ainsi que si les statuts ne précisent pas les modalités de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause d'agrément ou de cession forcée, ce prix est fixé par accord des parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil²². Il s'agissait de protéger les droits de l'associé exclu ou à qui on refuse d'agrérer le cessionnaire proposé, afin d'éviter que la SAS ne soit dévoyée au détriment, notamment, des minoritaires. Cette volonté de protection est restée concentrée sur les minoritaires et le législateur ne s'est guère soucié d'assurer le fonctionnement social en présence de statuts incomplets, voire de stipulations statutaires invalides.

Les dispositions supplétives manquantes. Trois articles du régime de la SAS issu des articles L. 227-1 et suivants du code de commerce concentrent les plus grands risques d'insécurité et méritent d'être assortis de dispositions supplétives. Ils ont en commun de faire de la liberté

17. P. Le Cannu, « La SAS pour tous », préc., n° 44.

18. C. Pérès, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney, n° 14.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. E. Schlumberger, « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », préc., n° 21 : « L'un des traits marquants de la SAS, qui contribue à l'isoler au sein du paysage sociétaire peut-être davantage encore que la liberté contractuelle censée y régner, est le faible nombre de dispositions supplétives qui la concernent ».

22. Ajoutons que cette disposition ne présente plus d'intérêt depuis la réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ord. n° 2014-863 du 31 juillet 2014, qui a généralisé la solution de l'article L. 227-18 à l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une clause statutaire prévoit la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ses droits par la société, « sans que leur valeur ne soit ni déterminée, ni déterminable ».

statutaire un cadeau empoisonné : il s'agit de l'article L. 227-6 concernant la désignation du Président (I), de l'article L. 227-9 relatif aux décisions sociales (II) et enfin du tout nouvel article L. 227-20-1, issu de la réforme des nullités en droit des sociétés par l'ordonnance du 12 mars 2025, autorisant à insérer des « clauses de nullité »²³ dans les statuts de SAS (III).

I. Pour des dispositions supplétives ajoutées à l'article L. 227-6

L'article L. 227-6 pose un principe impératif : celui de la représentation de la société à l'égard des tiers par un Président. Toutefois, si le principe est impératif, les conditions de sa mise en œuvre ne le sont pas.

Silence des statuts et désignation du Président. L'article L. 227-6 énonce que la société est représentée par un Président « désigné dans les conditions prévues par les statuts ». Les associés sont donc invités à se saisir de la liberté qui leur est offerte quant aux modalités de désignation du Président. En cas de silence des statuts, nulle indication n'est donnée par le texte, de sorte que des difficultés peuvent survenir, le régime de la SA étant écarté dans toutes ses dispositions relatives à la direction, exceptées celles relatives aux responsabilités civiles et pénales²⁴.

Au moment de la constitution, il n'y a pas de difficulté réelle, car les associés seront nécessairement contraints de désigner un Président²⁵. En revanche, il faut penser à sa succession en cas d'arrivée du terme du mandat²⁶, de démission, de décès, de révocation ou encore d'incapacité. Or la désignation ne fait pas partie des décisions obligatoirement collectives dans la SAS : elle peut être statutairement confiée à l'assemblée, avec

des conditions de *quorum* et de majorité librement choisies, mais aussi à tout autre organe existant ou *ad hoc*, à un associé isolé, un groupe d'associés, voire un tiers. Les possibilités sont multiples.

Il peut arriver que le silence ne soit pas insurmontable. Tel est le cas lorsque le Président est désigné dans les statuts, car il suffira alors de se référer, par défaut, à la procédure prévue pour la modification des statuts. Au pire, les associés taiseux auront renoncé à une solution plus souple ou, au contraire, plus exigeante. Toutefois, la désignation du Président ne procède pas nécessairement des statuts. La désignation peut être effectuée par un acte extérieur à ces derniers, de sorte que la désignation n'emporte, dans cette hypothèse, aucune modification des statuts. En cas de désaccord entre associés, le risque de blocage existe donc bel et bien et la détermination de la règle applicable autorise toutes les conjectures. Si la doctrine propose parfois la nécessité d'une décision collective, au nom des « principes du droit des sociétés »²⁷, il n'y a aucune garantie qu'un juge retienne cette solution par défaut, faute de fondement pertinent. Aussi faudrait-il, certes un peu arbitrairement, que le législateur prévoie une règle supplétive. L'article L. 227-6, al. 1^{er} rénové pourrait être ainsi rédigé :

« La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts et, à défaut de précision, par une décision des associés prise à la majorité simple [...] »

Silence des statuts et révocation. Plus problématique encore est la question des modalités de la révocation du Président. De manière surprenante, l'article L. 227-6 n'y fait même pas allusion. Contrairement à ce qu'il en est pour la

-
23. Sur cette notion, v. déjà C. Coupet, « La nullité des actes et délibérations sociales de SAS : vers l'admission des clauses de nullité statutaires ? », in *La SAS : 25 ans après*, Colloque DJCE, LexisNexis, 2019, 127; sur la réforme, v. M. Caffin-Moi, « L'avènement des « clauses de nullité » dans les statuts de SAS », *RDC* juin 2025 ; n° 202p4.
24. Art. L. 227-8 : « Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée ».
25. Pour certains auteurs, le premier Président doit être désigné par les statuts en application de l'article L. 225-16, applicable à la SAS, qui ne vise que les premiers administrateurs ou premiers membres du conseil de surveillance, auxquels il faudrait assimiler le Président (L. Godon, *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014, n° 491).
26. Le renouvellement tacite est exclu, le dirigeant arrivé au terme de son mandat devenant un dirigeant de fait (Com., 17 mars 2021, n° 19-14.525, *BJS* mai 2021, p. 27, note P.-L. Périn; *Dr. sociétés* 2021, n° 91, obs. J.-F. Hamelin; *RDC* 2021, p. 28, note J. Heinich).
27. V. par ex., P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 10^e éd., LGDJ, 2023, n° 1005 : « Aucune solution supplétive n'est explicitement affirmée pour le cas où les statuts seraient incomplets. Les principes du droit des sociétés devraient justifier, semble-t-il, une décision collective ».

désignation, rien n'indique aux associés de se saisir de la question. Les statuts doivent pourtant désigner scrupuleusement l'auteur de la révocation, qui peut-être une personne ou un organe, ainsi que, le cas échéant, les conditions de *quorum* et de majorité²⁸. Il faut également prévoir les modalités de la révocation. Les associés prudents s'en saisissent d'ailleurs, prévoyant parfois une révocation pour juste motif à défaut duquel le Président peut demander une indemnisation²⁹, parfois une révocation pour motif grave³⁰, ou encore une révocation à tout moment et à effet immédiat³¹. C'est dire que si les statuts sont muets, les circonstances entourant la révocation du Président étant conflictuelles par nature, le risque de contentieux est grand et les solutions incertaines. Le régime de la SA est, ici encore, hors-jeu. La doctrine propose parfois d'adopter la logique du parallélisme des formes et de considérer que l'on révoque le dirigeant comme on le désigne³². Mais encore faudrait-il que les statuts aient prévu le mode de désignation ! Le silence des statuts à cet égard n'est pas une hypothèse d'école puisque la jurisprudence, qui y a été confrontée, a été contrainte de faire œuvre créatrice. Au sujet d'un directeur général, elle a énoncé qu'il peut être révoqué sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un juste motif, dès lors que les statuts ne subordonnaient pas la révocation à une telle condition. C'est dire qu'à défaut de stipulation statutaire, le principe est celui de la révocation *ad nutum* du directeur général, ce qui est transposable au Président³³. Ce choix effectué par la Cour de cassation comporte une part d'arbitraire. La solution ne peut se recommander du seul droit du mandat, dont la procuration

peut être révoquée par le mandant « quand bon lui semble » (C. civ., art. 2004), dès lors que la Cour de cassation refuse l'analogie entre le mandat social et le mandat du Code civil, le droit du mandat n'ayant, selon elle, « pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre la société et son dirigeant »³⁴. Toutefois, quel qu'en soit le fondement, la révocation *ad nutum* est préconisée par une partie de la doctrine et choisie par le Cour de cassation. Une disposition supplétive pourrait alors être adoptée, afin de consacrer cette jurisprudence.

En outre, l'absence de disposition supplétive n'est pas confortable dans une société dans laquelle on ne sait pas si la révocation judiciaire peut intervenir si elle n'est pas statutairement prévue. Les avis divergent sur le sujet. Pour certains, même si la jurisprudence ne s'est pas prononcée, la révocation judiciaire ne pourrait procéder que d'une clause des statuts en prévoyant la possibilité³⁵. Pour d'autres, le mutisme des statuts ne condamne pas la révocation par le juge³⁶. Cette division doctrinale renforce l'insécurité car si le silence condamne la révocation judiciaire, le Président risque d'être irrévocabile dans les faits.

Pour l'ensemble de ces raisons et pour pallier l'impératifs des rédacteurs des statuts, l'article L. 227-6 pourrait être complété par un alinéa 5 ainsi rédigé :

« *Le Président et, le cas échéant, le directeur général ou directeur général délégué est révoqué dans les conditions prévues par les statuts. À défaut de précision statutaire, il peut être révoqué à tout moment par une décision des associés prise à la majorité simple* ».

28. Par exemple, les statuts prévoient parfois que la révocation par décision collective ordinaire : Paris, 19 juin 2015, n° 14/19462, *Rev. sociétés* 2015, p. 734 (le fait que le directeur général soit désigné dans les statuts n'implique pas de suivre la procédure prévue pour les modifications statutaires si une clause statutaire prévoit une révocation par décision ordinaire).

29. V. par ex., Com., 24 mai 2017, n° 15-21.633, *Dr. sociétés* 2017, comm. 186, C. Coupet; *Rev. sociétés* 2017, p. 707, note P.-L. Périn; Com., 14 nov. 2018, n° 17-11.103, *Dr. sociétés* 2019, comm. 25, J. Heinich; *BJS* 2019, p. 18, note Th. de Ravel d'Esclapon.

30. Com., 15 nov. 2011, n° 10-20.544, *Dr. sociétés* 2012, n° 27, obs. D. Gallois-Cochet (directeur général en l'espèce, mais solution transposable).

31. Com., 8 avr. 2014, n° 13-11.650, *Rev. sociétés* 2014, p. 725, note C. Tabourit-Hyest.

32. L. Godon, *La société par actions simplifiée*, op. cit., n° 518.

33. Com., 9 mars 2022, n° 19-25795, *JCP E* 2022, 1144, note B. Dondero; *Dr. sociétés* 2022, comm. 52, note J.-F. Hamelin; *JCP G* 2022, 517, note J. Heinich.

34. Com., 18 sept. 2029, n° 16-26.962, *Dr. sociétés* 2019, comm. 199, R. Mortier; *RTD com.* 2019, p. 926, A. Lecourt.

35. J. Heinich, *Droit des sociétés*, 2^e éd., LGDJ, 2025, n° 925; M. Germain et J.-L. Périn, *La société par actions simplifiée*, 7^e éd., Joly éd., 2023, n° 567-1; solution retenue par Versailles, 17 sept. 2023, n° 11/08075, *Dr. sociétés* 2014, comm. 67, M. Roussille.

36. H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 4^e éd., LexisNexis, 2016, n° 248; J.-F. Hamelin, note ss. Com., 9 mars 2022, préc.

II. Pour une disposition supplétive ajoutée à l'article L. 227-9

Silence des statuts et décision des associés. Le même constat peut être fait, ensuite, en matière d'adoption des décisions sociales par les associés. L'article L. 227-9, al. 1^{er} se contente d'indiquer que : « Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient ». Sans précision des statuts, non seulement on ignore quelles sont les décisions qui doivent être prises par les associés et quelles sont celles qui peuvent être prises par un autre organe, mais surtout on ignore sous quelles formes (réunion d'une assemblée générale, en présentiel ou à distance, vote par correspondance, acte unanime) et dans quelles conditions (délais, forme et lieu de convocation, *quorum*, majorité) ces décisions relevant de la compétence des associés doivent être prises. Même lorsque l'alinéa 2 du même article constraint les associés à prendre collectivement les décisions les plus graves, qui sont expressément listées, il renvoie, pour les conditions de leur adoption, aux « conditions prévues par les statuts », sans autre forme de précision.

Or le régime de la SA est, pour ce qui concerne les assemblées d'actionnaires, totalement écarté par l'article L. 227-1 du code de commerce. Le bon fonctionnement de la SAS peut dès lors se trouver entravé par la négligence des associés lors de la rédaction des statuts si aucune disposition ne prévoit les conditions et les modalités de la prise des décisions des associés, mais aussi si les statuts prévoient des dispositions qui sont jugées illicites.

Tel est le cas de la prévision statutaire selon laquelle les décisions des associés étaient adoptées « à la majorité du tiers des droits de vote des

associés, présents ou représentés, habilités à prendre part au vote considéré ». Après avoir été admise par les juges du fond³⁷, condamnée par la chambre commerciale³⁸ puis à nouveau validée par la cour d'appel de Paris sur renvoi³⁹, cette clause statutaire a définitivement – semble-t-il – été écartée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Pour elle, « la décision collective d'associés d'une société par actions simplifiée, prévue par les statuts ou imposée par la loi, ne peut être valablement adoptée que si elle réunit au moins la majorité des voix exprimées, toute clause statutaire contraire étant réputée non écrite »⁴⁰. *Exit* donc les clauses de majorité-minorité dans les SAS. Mais la sanction est redoutable : si la clause prévoyant la règle de majorité applicable pour la prise de décision des associés est réputée non-écrite, que reste-t-il dans les statuts ? Rien. Et dans la loi ? Rien non plus. Sans doute peut-on déduire de l'arrêt que, par défaut, c'est la règle de la majorité simple qui devrait s'appliquer. Mais l'absence de disposition légale ou statutaire introduit malgré tout une insécurité juridique sur un sujet si essentiel dans la vie d'une société qu'il nous apparaît nécessaire de s'en saisir pour proposer une disposition supplétive. D'ailleurs, on peut relever que dans le projet de loi initial de 1994, il était prévu un seuil minimal de majorité pour prendre les décisions sociales. Mais l'Assemblée nationale l'avait supprimé « renvoyant aux statuts le soin d'y procéder »⁴¹. À la lumière du contentieux récent sur la question, il serait sans doute utile d'y revenir. Seules les décisions collectives des associés sont néanmoins concernées par la règle impérative posée par la Cour de cassation. La liberté statutaire reste donc entière, en dehors du domaine réservé à la collectivité des associés par l'article L. 227-9, al. 2 (augmentation, amortissement ou réduction de capital, fusion, scission,

37. CA Paris, 20 déc. 2018, n° 16/25967.

38. Com., 19 janv. 2022, n° 19-12.696, *D.* 2022, p. 342, note A. Couret et p. 1875, note A. Rabreau; *Rev. sociétés* 2022, p. 493, note L. Godon; *RTD com.* 2022, p. 99, obs. J. Moury; *Dr. sociétés* 2022, comm. 42, obs. J.-F. Hamelin; *Gaz. Pal.* 21 juin 2022, n° Gaz. Pal. 437n3, note M. Caffin-Moi; *JCP E* 2022, 1091, note B. Dondero; *JCP E* 2022, 1363, n° 5, obs. F. Deboissy et G. Wicker; *BJS* avr. 2022, n° BJS200y3, note F.-X. Lucas; *RTDF* 2022, n° 1, p. 88, notes D. Poracchia.

39. CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/05320, *Gaz. Pal.* 24 oct. 2023, n° 455c3, note M. Buchberger; *BJS* juill. 2023, n° BJS202d3, note B. Dondero; *Dr. sociétés* 2023, comm. 86, obs. J.-F. Hamelin; *Dr. sociétés* 2023, repère 6, note R. Mortier; *Dalloz actualité*, 10 mai 2023, note J. Delvallée.

40. Ass. plén., 15 nov. 2024, n° 23-16670, *BR*, *BJS* déc. 2024, n° BJS203n2, note H. Le Nabasque; *BJS* déc. 2024, n° BJS203m5, obs. A. Couret; *JCP E* 2024, 1346, note B. Dondero; *Dr. sociétés* 2025, repère 1, note R. Mortier; *Dr. sociétés* 2025, comm. 4, note J.-F. Hamelin; *Rev. sociétés* 2025, p. 51, note L. Godon; *D.* 2024, p. 2224, note J.-B. Barbièri; *Gaz. Pal.* 7 janv. 2025, n° Gaz. Pal. 471r5, note A. Tadros.

41. *Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant la société par actions simplifiée*, op. cit., p. 30.

dissolution, transformation en une société d'une autre forme, nomination de commissaires aux comptes, comptes annuels et bénéfices), pour prévoir que les décisions seront prises autrement que par la collectivité des associés. Ainsi, toute décision non visée à l'alinéa 2 peut valablement être prise par le Président, le directeur général, un organe *ad hoc*, un groupe d'associés représentant moins de la moitié du capital ou des droits de vote, voire un seul associé.

Disposition suppléative et disposition impérative. À la lumière de la jurisprudence récente et pour pallier un éventuel silence des statuts sur la question de l'adoption des décisions des associés, deux dispositions, l'une impérative et l'autre suppléative, pourraient être ajoutées. La disposition impérative aurait pour objet de consacrer la règle posée par l'assemblée plénière. La disposition suppléative aurait pour objet de pallier une absence de disposition statutaire sur les conditions d'adoption des décisions collectives des associés. Cet ajout, qui pourrait intervenir après le premier alinéa de l'article L. 227-9 du code de commerce, pourrait être ainsi rédigé :

« En l'absence de précision statutaire, les décisions collectives des associés sont prises à la majorité simple. En toute hypothèse, une décision collective ne peut être valablement adoptée que si elle réunit au moins la majorité des voix exprimées, toute clause statutaire contraire étant réputée non-écrite ».

Cependant, sécuriser les modalités d'adoption des décisions des associés serait vain si la violation des dispositions statutaires ne pouvait être sanctionnée par la nullité des décisions irrégulièrement adoptées. À ce titre, la SAS est relativement privilégiée par rapport aux autres formes sociales depuis la réforme des nullités opérée par l'ordonnance du 12 mars 2025, puisque le texte permet d'introduire dans les statuts une disposition en ce sens. Mais là encore, l'ajout d'une disposition suppléative peut être préconisé.

III. Pour une disposition suppléative ajoutée au nouvel article L. 227-20-1

L'avènement de la clause de nullité dans la SAS. S'il est toujours insatisfaisant d'ajouter à l'instabilité ambiante en proposant de réformer une réforme dont l'encre est à peine sèche, il semble que l'ajout d'une disposition suppléative en matière de SAS serait une correction aussi légère qu'utile. Cette réforme du 12 mars 2025 est à l'origine d'une disposition remarquée et d'ores et déjà souvent critiquée⁴², dont le siège est à l'article L. 227-20-1 nouveau du code de commerce.

Le droit spécial de la SAS se trouve enrichi d'une nouvelle disposition confortant un peu plus encore la liberté statutaire dont jouissent les associés. Cet article permet de prévoir au sein des statuts une clause de nullité, c'est-à-dire une clause stipulant que les décisions sociales prises en violation de dispositions statutaires ou de certaines d'entre elles, peuvent être annulées par le juge. L'avantage offert aux associés de SAS est ici majeur, dès lors que le Code civil, reprenant l'apport de principe de l'arrêt *Larzul*⁴³, énonce à présent que : « Sauf si la loi en dispose autrement, la violation des statuts ne constitue par une cause de nullité » (art. 1844-10, al. 4). Seul le régime de la SAS permet donc de sanctionner de la manière la plus efficace possible la violation des statuts, à condition – et ce n'est pas la moindre difficulté – que les associés se saisissent de cette liberté. Mal informés, les associés pourraient oublier de prévoir une clause de nullité dans les statuts.

La regrettable abrogation de l'article L. 227-9, al. 4. Le risque que fait courir l'article L. 227-20-1 nouveau en misant sur la liberté statutaire est d'autant plus grand que la même ordonnance abroge par ailleurs l'article L. 227-9, al. 4 du code de commerce. Or c'est en interprétant ce dernier article, de manière certes un peu divinatoire, que la Cour de cassation, dans un

42. J. Granotier, « Réforme des nullités et SAS : donner c'est donner ! », *Dr. sociétés* 2025, n° 5; J.-F. Hamelin, « La réforme de la réforme des nullités en droit de sociétés aura-t-elle lieu ? », *Dr. sociétés* 2025, repère 6; M. Caffin-Moi, « L'avènement des « clauses de nullité » dans les statuts de SAS », préc.
43. Com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, *Dr. sociétés* 2010, comm. 156, M.-L. Coquelet; *JCP E* 2011, 1000, note F. Deboissy et G. Wicker; *JCP E* 2010, 1562, note A. Couret et B. Dondero; *D.* 2010, p. 2800, note J.-C. Hallouin; *BJS* juill. 2010, n° 135, p. 651, note H. Le Nabasque; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. Le Cannu; *RTD* civ. 2010, p. 553, note B. Fages.

arrêt *Larzul 2*⁴⁴, avait permis d'annuler les décisions prises en violation des dispositions statutaires autorisées par l'article L. 227-9, al. 1^{er} pour imposer et aménager les décisions des associés. Il était établi, jusqu'à cet arrêt, que l'alinéa 4 ne permettait que de sanctionner le non-respect de l'alinéa 2 imposant des décisions collectives pour les décisions graves. Pour le comprendre, il suffit de prendre un exemple : avant l'arrêt *Larzul 2*, s'il était prévu que la révocation du directeur général devait être prononcée en assemblée générale et votée à la majorité qualifiée, une révocation prononcée par le Président seul ne pouvait pas être annulée. Les statuts n'avaient donc qu'une maigre portée. La jurisprudence *Larzul 2* les a rendus plus effectifs, compensant la rigueur de l'arrêt *Larzul 1*⁴⁵, dans la SAS au moins. Interdire la nullité en cas de violation des statuts est, en effet, particulièrement délétère dans cette forme sociale, dont le régime ne contient que très peu de dispositions impératives. En neutralisant cette jurisprudence par l'abrogation pure et simple de l'alinéa 4, la réforme porte un coup fatal aux prévisions statutaires en matière de décisions sociales, qu'elle croit compenser par l'autorisation de stipuler des clauses de nullité.

La restauration de la force obligatoire des dispositions statutaires relatives aux décisions sociales. À compter du 1^{er} octobre 2025, si les associés ne font pas usage de la possibilité que leur offre le nouvel article L. 227-20-1 en insérant une ou des clauses de nullité dans les statuts, l'effectivité des clauses statutaires relatives aux décisions sociales est menacée. Le mésusage d'une liberté serait, ici encore, et peut-être plus qu'ailleurs, vecteur d'insécurité juridique. Une disposition supplétive, visant à restaurer l'apport de l'arrêt *Larzul 2*, pourrait alors être

ajoutée à l'article L. 227-20-1 pour permettre la nullité des décisions sociales irrégulières même à défaut de clause statutaire le prévoyant. En outre, puisque l'occasion nous est donnée de suggérer des réformes, l'occasion pourrait être saisie pour affirmer que les associés peuvent, lorsqu'ils prévoient une clause de nullité, écarter le triple test. Il ne s'agirait certes pas d'une disposition supplétive, mais d'une précision destinée à affirmer que le triple test n'est pas un dispositif d'ordre public⁴⁶. La liberté statutaire dans la SAS en sortirait renforcée.

Aussi peut-on proposer une version rénovée de l'article L. 227-20-1, en lui ajoutant un alinéa 2 ainsi rédigé :

« Les statuts peuvent prévoir la nullité des décisions sociales prises en violation des règles qu'ils ont établies. À défaut de précision statutaire, la violation des articles L. 227-9, al. 1 et 2 peut entraîner la nullité des décisions sociales. L'action en nullité est alors mise en œuvre dans les conditions prévues par les articles 1844-10-1 à 1844-17 du Code civil, sauf si les statuts écartent expressément l'article 1844-12-1 ».

Conclusion. Ces trois propositions ne constituent qu'une modeste base de réflexion et de discussion ayant pour objectif de renforcer la sécurité juridique de la SAS et pallier les lacunes les plus problématiques de son régime actuel. Elles ne constituent que des dispositions supplétives, qui peuvent parfaitement être écartées ou aménagées par les associés dans les statuts et qui n'ont pas pour objet de restreindre la liberté statutaire qui a fait le succès de la SAS. Leur contenu pourrait être discuté, complété ou affiné dans la perspective d'une éventuelle réforme, si le législateur décidait de s'en saisir.

44. Com., 15 mars 2023, n° 21-18324, *BJS* 2023, p. 13, note H. Le Nabasque; *JCP E* 2023, 1093, note B. Dondero; *RDC* 2023, n° 201q2, note M. Caffin-Moi.

45. Com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, préc.

46. V. déjà en ce sens, J.-F. Hamelin, « La réforme de la réforme des nullités en droit de sociétés aura-t-elle lieu ? », *Dr. sociétés* 2025, repère 6. L'auteur propose toutefois une abrogation de l'article L. 227-20-1 du code de commerce, réinstaurant la possibilité d'insérer des clauses de nullité dans le droit commun et la faculté d'écarter le triple test, à l'article 1844-10 du Code civil.

Un article, une réforme

Un droit des entreprises en difficulté sans cessation des paiements est-il l'avenir ?

Marie-Laure Coquelet

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

« Tout commerçant qui cesse ses paiements, est en état de faillite » disposait naguère le code de commerce de 1807 en son article 437. Par cette formule lapidaire, les codificateurs s'inscrivaient dans la continuité du Code Savary qui voyait dans l'arrêt du service de caisse « le signe ostensible »¹ de l'échec : celui de ne pouvoir faire face à ses engagements. Comme l'écrivait Thaller, « tout négociant doit savoir combien importe la ponctualité des échéances pour éviter la gêne à ses correspondants. Un refus par lui de payer ses dettes motive tous les soupçons, justifie la prise en possession du gage par les créanciers, la faillite »². La solution peut paraître bien sévère lorsque l'on se penche sur les effets de la faillite en 1807. Cependant elle puise ses racines, historiques et sociales, dans ce qui a été dénommé « la sacralisation de la dette et de la confiance »³.

Depuis 1807, plus de deux siècles se sont écoulés sans que le lien entre faillite et cessation des paiements se soit véritablement rompu. Être en « faillite », c'est toujours être en cessation des paiements. Les deux notions ont cependant évolué de concert. La seconde subissant les métamorphoses de la première. La faillite s'est en effet progressivement adoucie en se libérant de ses stigmates d'origine⁴, et n'est plus exclusivement centrée sur le règlement collectif des créanciers. Ces transformations se sont traduites par un changement à la fois lexical et sémantique. Aujourd'hui, il n'est plus question d'enseigner le droit de la faillite⁵, ni même celui du droit des procédures collectives mais le droit des entreprises en difficulté, dont l'objectif programmatique n'est plus seulement de traiter les conséquences de l'échec mais d'en prévenir les causes par des solutions amiables ou judiciaires. Comme le résume François-Xavier Lucas, « le terme de "faillite" a cessé de décrire la situation du professionnel défaillant pour ne plus renvoyer qu'à une sanction personnelle frappant certains dirigeants d'entreprise ayant commis des fautes »⁶.

Si la cessation des paiements est demeurée en marge de cette évolution lexicale, son contenu a, pour sa part, évolué. La cessation des paiements contemporaine n'est plus réductible à un défaut de paiement isolé mais suppose que le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son

1. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau, 1898, n° 1457.

2. *Ibid.*

3. C. Magras Vergez, *La constance des stigmates de la faillite*, LGDJ, coll. « Bibl. Dr. ent. diff. », t. 18, 2019, n° 66 et s.

4. *Ibid.*

5. Pour une exception notable et ses raisons : F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, 5^e éd., PUF, 2024, spéc. n° 1 et s.
6. *Ibid.*, n° 1.

passif exigible avec son actif disponible⁷. Par ailleurs, la « diversification positive du droit des entreprises en difficulté »⁸ a brouillé ses fonctions. Depuis la loi du 26 juillet 2005, la cessation des paiements a cessé d'être « la clef de voûte des procédures collectives »⁹, voire plus largement la « boussole »¹⁰ du droit des entreprises en difficulté. Au point, où son abandon est de plus en plus souvent évoqué¹¹. La notion aurait notamment perdu sa raison d'être¹² et serait de ce fait une « notion dépassée »¹³ à laquelle il serait temps de préférer d'autres critères et concepts plus aptes à répondre au besoin d'un droit qui s'est mué en un droit de la défaillance économique¹⁴ centré sur l'anticipation et le droit au rebond¹⁵.

La charge est lourde mais elle n'est pas injuste. La cessation des paiements est certainement une notion aujourd'hui « dépassée »¹⁶ en raison d'une perte de vitesse (I) mais il faut prendre garde de ne pas la reléguer trop rapidement au rang de notion « du passé » (II). Un droit des entreprises en difficulté débarrassé de la cessation des paiements est peut-être l'avenir mais rien ne permet d'affirmer que cet avenir soit demain.

I. La cessation des paiements, une notion « dépassée » ?

« Dépassée », la cessation des paiements l'est-elle réellement ? L'épithète mérite que l'on s'y

attarde eu égard à sa polysémie. Dans le vocabulaire commun, être dépassé : c'est être battu, être démodé ou périmé, mais aussi être débordé.

« Battue », la cessation des paiements l'est-elle ? La réponse semble négative puisqu'elle figure encore en bonne place au sein du code de commerce¹⁷. Toutefois, sans être « battue », la cessation des paiements est aujourd'hui placée dans un jeu de concurrence qui rompt avec le monopole que l'histoire et la loi lui avaient jusqu'à présent concédé. Aussi, moins que battue ou défaite, la cessation des paiements d'aujourd'hui se trouve davantage « débordée ». La loi du 26 juillet 2005 a en effet distendu le lien traditionnel entre défaillance et cessation des paiements en consacrant la figure de la procédure collective sans cessation des paiements (la sauvegarde) lorsque le débiteur justifie de « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »¹⁸.

Cette innovation s'est opérée sans consommer la séparation définitive du couple « défaillance-cessation des paiements ». La loi du 26 juillet 2005 n'a pas en effet banni la cessation des paiements du droit des entreprises en difficulté, elle l'a seulement déchue de son statut de notion fonctionnelle¹⁹ en la déclassant au rang de simple critère matériel d'ouverture. Mais pareil déclassement est-il pour autant le signe d'une notion « périmée, démodée » ? La réponse est délicate. La cessation des paiements est loin d'être une notion hors d'usage et « continue de hanter les prétoires »²⁰. Les statistiques attestent en effet

7. C. com., art. L. 631-1.
8. B. Thullier, « La diversification positive du droit des entreprises en difficulté », in *Mélanges en l'honneur de C. Saint-Alary-Houin*, LGDJ, 2020, p. 547.
9. Th. Monteran, « L'état de cessation des paiements, clef de voûte des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 1.
10. F. Péronchon et al., *Entreprises en difficulté*, 12^e éd., LGDJ, 2024, n° 588.
11. V. not. C. Jouin, V. Rousseau et L. Sautonie-Laguionie, « Peut-on en finir avec le critère de la cessation des paiements ? », *Rev. proc. coll.* 2023, étude 1 ; M. Menjucq et al., « Faut-il faire évoluer le critère d'ouverture des procédures collectives : vers l'abandon de la cessation des paiements ? », *Rev. proc. coll.* 2023, table ronde 1.
12. V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, une notion impertinente ! », *Études en l'honneur de Bernard Saintourens*, FNDE-LexisNexis, 2024, p. 731, spé. n° 39 ; B. Saintourens, « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 6.
13. G. Teboul, « La cessation des paiements : une notion dépassée ? », *Gaz. Pal.* 18 avr. 2023, n° GPL448i8.
14. M. Ouachem, « À la recherche d'un critère nouveau de pré-insolvenabilité », *Rev. proc. coll.* 2024, dossier 8 ; V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, une notion impertinente ! », préc., n° 39 ; Adde J.-L. Vallen, « De la cessation des paiements à l'insolvenabilité », *JCP G* 2008, I, 148, spé. n° 6 et s.
15. Sur une approche critique de cette évolution : F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n°s 1 et 2.
16. Nous empruntons ici l'expression utilisée par G. Teboul, « La cessation des paiements : une notion dépassée ? », op. cit., n° 14.
17. V. Martineau-Bourgninaud dénombre 45 occurrences de la notion dans l'actuel Livre VI du code de commerce contre 20 dans la loi du 25 janvier 1985 : V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, une notion impertinente ! », préc., n° 7.
18. C. com., art. L. 620-1.
19. V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.
20. *Ibid.*, n° 6.

que la loi de 2005 n'a pas freiné le dynamisme des procédures collectives avec cessation des paiements et que l'intérêt porté par les chefs d'entreprise à la procédure de sauvegarde demeure très relatif²¹.

Cette résilience puise ses causes dans les choix retenus pour promouvoir l'anticipation en tant que nouvel impératif catégorique du droit des entreprises en difficultés. Tout d'abord, le délai laissé au débiteur pour déposer son bilan n'a eu de cesse de s'allonger. De 3 jours en 1807, il était de 15 jours en 1985²² et a été porté à 45 jours par la loi de 2005 ! Un tel délai laissé au débiteur pour déclarer son état de défaillance n'obérit-il pas les probabilités d'un traitement judiciaire efficient de ses difficultés ? Plus largement, comment construire une culture de l'anticipation du chef d'entreprise lorsque la loi dispose que « l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire doit être demandée par le débiteur *au plus tard* dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements [...] »²³ ? Comment éviter dans ces conditions que le débiteur ne se présente devant le juge sans que les capacités de redressement de son entreprise ne se trouvent fragilisées voire compromises ?

À l'allongement du délai du dépôt de bilan s'ajoute l'approche disruptive du traitement amiable des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005. En rupture avec les solutions antérieures, la conciliation²⁴ est en effet dorénavant une option ouverte au débiteur en cessation des paiements à la condition qu'il n'y soit pas « depuis plus de 45 jours »²⁵. Un nouveau couple a ainsi vu le jour en raison d'une « polyfonction » de la prévention²⁶. La loi de 2005 n'a pas entendu seulement faire de la prévention un outil entre les mains du débiteur pour éviter sa cessation des paiements, elle est aussi un outil destiné à lui permettre de la traiter par la conclu-

sion d'un accord confidentiel avec ses principaux créanciers.

Le bouleversement est assurément total. Il a été fort justement souligné que « l'important n'est plus [...] de déterminer le moment où se constate la défaillance du débiteur, signe avant-coureur de sa disparition, mais de mettre en place la procédure que l'on juge adéquate à la situation tant que l'unité, au moins partielle, de l'entreprise peut être maintenue »²⁷. C'est certainement en ce sens que la cessation des paiements est devenue une notion « dépassée », en ce qu'elle s'est délestée de sa charge négative.

La promotion du couple « prévention-cessation des paiements » est de surcroît garantie par l'immunité dont bénéficie le chef d'entreprise. Car tant que dure la conciliation, celui-ci est dispensé d'exécuter son obligation de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire²⁸ alors que le délai de 45 jours a expiré²⁹.

Ces transformations de fond sont-elles suffisantes pour plaider l'abandon de la cessation des paiements et envisager l'avenir du droit des entreprises en difficulté sans elle ?

II. La cessation des paiements, une notion « du passé » ?

La cessation des paiements d'aujourd'hui a peu de points communs avec la cessation des paiements d'hier. Le constat est partagé par tous. Son rôle s'est marginalisé³⁰ sous l'effet de la loi ainsi que sous l'influence d'une approche de la défaillance de l'entreprise de moins en moins juridique et de plus en plus économique. Mais cette marginalisation suffit-elle à convaincre de son inutilité radicale et de la nécessité de son abandon ?

Pour la pratique, la cessation des paiements demeure « un marqueur, un référentiel » qu'au-

21. À noter cependant un bond des demandes au 1^{er} trimestre 2025 : CNGTC, communiqué du 27 mai 2025 : *BJE* juill.-août 2025, p. 4.

22. Délai introduit par la réforme de 1967.

23. C. com., art. L. 631-4.

24. Le bénéfice du mandat *ad hoc* donne lieu pour sa part à des débats compte tenu du silence de la loi sur la situation de l'activité du demandeur.

25. C. com., art. L. 611-4.

26. B. Grelon, « Prévention et cessation des paiements », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 423.

27. *Ibid.*, n^o 29.

28. C. com., art. L. 631-1 *in fine*.

29. L'obligation est reportée à l'expiration de la procédure de conciliation si l'accord de conciliation n'est pas parvenu à mettre un terme à la cessation des paiements du débiteur : Com., 20 nov. 2024, n^o 23-12.297 (FS-B).

30. B. Grelon, « Prévention et cessation des paiements », préc., n^o 43 et s.

cun autre critère n'est parvenu à supplanter³¹. Finalement, il est moins plaidé pour l'abandon que pour le *statu quo*³².

De son côté, la doctrine a multiplié les réflexions sur la recherche de possibles critères de substitution³³ sans toutefois parvenir à sceller le sort de la cessation des paiements. Yves Guyon fut l'un des premiers à se plier au redoutable exercice de la substitution de critère³⁴ et à reconnaître que l'abandon de la cessation des paiements n'était pas une option réaliste et que c'est en réalité l'architecture des procédures et leur ligne de partage qu'il convenait de placer au cœur de la réflexion. Selon lui, la solution consisterait à admettre deux critères d'ouverture³⁵ : l'un (la cessation des paiements) pour « *imposer* le redressement judiciaire à une entreprise, à l'initiative de ses créanciers »³⁶; l'autre (l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation³⁷) réservé « au débiteur [pour] demander l'ouverture de la procédure afin de bénéficier de l'aide de la justice dans le redressement de son entreprise »³⁸. Ce faisant, la cessation des paiements constituerait la borne d'une nouvelle ligne de partage entre les procédures *volontaires* dont le débiteur serait seul à pouvoir solliciter le « *bénéfice* » et les procédures *involontaires* ou *imposées* dont le déclenchement serait entre les mains de ses créanciers à raison de sa cessation des paiements.

Cette voie est-elle à suivre au moment où débutent les réflexions du groupe de travail mis-

sionné par le gouvernement pour « proposer des solutions concrètes de simplification du droit et d'amélioration des parcours judiciaires pour les entreprises en difficulté »³⁹? Parmi les thèmes de réflexion arrêtés, qui reprennent les recommandations formulées par le Conseil d'État⁴⁰, figure « l'opportunité de *rapprocher*⁴¹ les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire » qui s'entremêlent par un jeu peu lisible de renvois de la seconde vers la première⁴². Dans ce but, les magistrats du Palais-Royal préconisent de recenser les règles et principes participant « d'un schéma procédural commun »⁴³ aux deux procédures⁴⁴. Si elle était suivie, la recommandation présenterait l'avantage de restituer (au moins pour partie⁴⁵) le cadre commun que la loi de 2005 a fragmenté en multipliant l'éventail des procédures destinées à lutter contre la défaillance des entreprises.

Au-delà d'une identité procédurale commune, ne faudrait-il pas franchir le pas d'un rapprochement plus substantiel des deux procédures ? Le Conseil d'État a manifesté son opposition à la démarche au motif que la fusion pure et simple des deux procédures « méconnaîtrait [...] la singularité de la notion-pivot de cessation des paiements [...], par construction étrangère à la sauvegarde »⁴⁶. L'objection peine à convaincre en raison d'une conception qui rattache la cessation des paiements à un passé avec lequel la loi de 2005 a décidé de rompre. En outre, si c'est « par construction » que la sauvegarde est réfrac-

-
31. C. Jouin, V. Rousseau et L. Sautonie-Laguionie, « Peut-on en finir avec le critère de la cessation des paiements ? », préc., n° 2.
32. *Ibid.*, spéc. n° 6; M. Menjucq et al., « Faut-il faire évoluer le critère d'ouverture des procédures collectives : vers l'abandon de la cessation des paiements ? », préc., p. 1.
33. V. not. M.-J. Campana et G. Teboul, « La cessation des paiements : pour quoi faire ? », *JCP E* 2003, 296; J.-L. Vallens, « De la cessation des paiements à l'insolvenabilité », préc.; M. Ouachem, « À la recherche d'un critère nouveau de pré-insolvenabilité », préc.
34. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 2, 9^e éd., Economica, 2003, n^os 1115 et s.
35. *Ibid.*, n^o 1116.
36. *Ibid.*
37. Critère emprunté au droit d'alerte : C. com., art. L. 612-3, art. L. 223-36 et art. L. 225-232.
38. *Ibid.*
39. *Minefi*, communiqué, 28 mai 2025. Cette mission fait suite à la note n^o 408503 du 20 juin 2024 du Conseil d'État pour la simplification relative au Livre VI du code de commerce : *D. actu.* 19 mai 2025, note M. Houssin.
40. *Ibid.*, n^os 18 et s.
41. Nous soulignons.
42. Pour exemples : C. com., art. L. 631-7, art. L. 631-9, art. L. 631-14 et art. L. 631-18.
43. Les mots sont ceux du Conseil d'État, n^o 20.
44. Note M. Houssin, préc., n^o 18.
45. L'exercice oblige en réalité à inclure dans le champ de la réflexion la procédure de liquidation judiciaire avec laquelle les procédures de redressement judiciaire et de sauvegarde entretiennent *procéduralement* un creuset commun. C'est la démarche notamment retenue par le législateur italien : C. Lunetti, « Le nouveau code de la crise d'entreprise et de l'insolvenabilité en Italie », *Rev. proc. coll.* 2024, étude 6, spéc. n^o 8.
46. Note M. Houssin., préc., n^o 18.

taire à la cessation des paiements, c'est également « par construction » que la conciliation peut être sollicitée par tout débiteur en cessation des paiements... lorsque celle-ci n'excède pas 45 jours ! Dès lors, quel peut être l'obstacle, hormis celui de l'opposition politique, d'introniser « par construction » la durée de la cessation des paiements au rang de nouveau critère d'articulation des procédures collectives du Livre VI du code de commerce ?

La proposition ne vise pas à rogner l'acquis de la loi du 26 juillet 2005 en plaidant l'abandon d'une procédure de restructuration sans cessation des paiements. L'acquis doit être maintenu, et le serait : le rapprochement des deux procédures s'opérant par l'addition de leurs conditions d'ouverture actuelles. Ainsi, en-deçà de 45 jours, rien ne s'opposerait plus à ce que le débiteur en cessation des paiements puisse solliciter le bénéfice d'une procédure conservant le nom de « sauvegarde », à l'image de celui qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Au-delà, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁴⁷ demeurerait obligatoire, sous peine de sanction, à moins (comme aujourd'hui⁴⁸) qu'une procédure de conciliation soit en cours.

La proposition n'est pas une proposition nouvelle. L'institution d'une procédure susceptible d'être mise en œuvre aussi bien avant qu'après la survenance de la cessation des paiements était présente dans l'avant-projet de réforme ayant abouti à la loi de 2005. Si le pas ne fut pas franchi hier, c'est en raison de la crainte que la dénomination de redressement judiciaire effraie les débiteurs et ne les conduise à renoncer à en solliciter l'ouverture⁴⁹. Aussi, « le redressement judiciaire a été dupliqué, pour l'essentiel, sous le nom de sauvegarde, pour rendre ainsi plus attrayante cette nouvelle procédure »⁵⁰.

Le choix a ainsi été fait d'ignorer, hors du cadre de la conciliation⁵¹, que la cessation des paiements est une notion plastique sujette à gradation qui peut tout aussi bien être structurelle (sa durée en est souvent l'un des indices) que conjoncturelle, voire passagère. Si la première peut se révéler irréversible eu égard notamment à son ancienneté, la seconde peut être jugulée à la condition que des mesures de réorganisation soient prises à temps. Or en cantonnant la plasticité de la notion au seul domaine du traitement amiable, le législateur a renoncé à faire évoluer le regard porté sur le traitement judiciaire de la cessation des paiements en conservant à la procédure de redressement judiciaire son caractère stigmatisant tout en fragilisant *ab initio* la procédure de sauvegarde face à la concurrence de la conciliation dans l'anticipation du traitement de la défaillance de l'entreprise.

Rien ne permet de présager la direction qu'emprunteront les réflexions en cours. L'architecture actuelle des procédures collectives a ses partisans⁵². Pourtant, un rapprochement des conditions d'ouverture des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire permettrait de porter un autre regard sur la cessation des paiements. Un regard qui serait moins complexé. Dès le début de la « crise de l'entreprise »⁵³, le débiteur doit pouvoir disposer de la possibilité de se tourner en confiance, et donc sans réticence, vers le tribunal sans que lui soit opposée sa défaillance lorsqu'elle n'en est qu'à ses prémisses. Ceci ne peut s'envisager sans un changement de prisme du traitement judiciaire de la cessation des paiements et une redistribution des procédures actuelles.

Finalement, une seule chose semble à peu près certaine : un droit des entreprises en difficulté sans cessation des paiements demeure une hypothèse encore bien théorique.

47. La proposition suppose de discuter les objectifs du redressement judiciaire et son articulation avec la liquidation judiciaire.

48. C. com., L. 631-4.

49. B. Grelon, « Prévention et cessation des paiements », préc., n° 28.

50. *Ibid.*

51. Il faut ici ajouter à la conciliation, le cas très particulier de la sauvegarde accélérée qui succédant nécessairement à une procédure de conciliation afin d'arrêter le projet de plan élaboré lors de celle-ci (C. com., art. L. 628-1, al. 2) est en conséquence ouverte au débiteur déjà en cessation des paiements eu égard aux conditions d'ouverture de la conciliation (C. com., art. L. 628-1, al. 5). En bref, la sauvegarde accélérée est au service de l'efficience de la conciliation.

52. C. Jouin, V. Rousseau et L. Sautonie-Laguionie, « Peut-on en finir avec le critère de la cessation des paiements ? », préc., n° 6.

53. Expression du droit italien.

Un article, une réforme

Pour une réécriture de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle

Guillaume Blanc-Jouvan

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

L'artiste sait combien il est important de soigner son entrée, comme sa sortie. De Marcel Proust à Leon Tolstoï, d'Albert Cohen à Louis Aragon, nombreux sont les premiers mots, les premières phrases, qui sont entrés dans l'histoire de la littérature. L'étudiant en droit lui-même, cherchant l'entame idéale, la fameuse phrase d'accroche qui attirera l'attention du correcteur, sait l'importance du commencement.

Si les codes ne sont pas des romans, si les lois n'ont pas pour finalité première une esthétique littéraire, la clarté et l'intelligibilité de la loi sont devenues des objectifs constitutionnels. Ces exigences devraient mieux inspirer le législateur, lorsqu'il entreprend une œuvre de codification, et guider sa plume. L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle en est un exemple topique. Le style du Code civil de 1804 paraît bien loin, au sujet duquel Stendhal disait : « en composant la Chartreuse, pour prendre le tour, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel ». Au-delà de la forme, c'est également et surtout le fond du texte qui devrait être corrigé.

Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 111-1 semble ainsi triplement critiquable. Il est en effet à la fois incohérent (I), inadapté (II) et inutilement lourd (III). Pour ces raisons, une réécriture du texte paraît souhaitable, de nature à modifier les règles posées et à corriger une forme malheureuse.

I. Un texte incohérent

Il existe tout d'abord une incohérence manifeste entre les intitulés précédant l'article L. 111-1 et le contenu du texte.

On constate, en effet, une confusion entre l'objet du droit d'auteur, qui est l'intitulé du titre premier, la nature du droit d'auteur, intitulé du chapitre premier, et le texte de l'article lui-même. Ces annonces ne correspondent que bien imparfaitement à l'affirmation qui les suit, ce qui n'est pas sans surprendre.

L'objet du droit d'auteur est bien l'œuvre de l'esprit, terme utilisé par le texte dans son premier alinéa. Cependant, la notion d'œuvre de l'esprit n'est jamais définie par le code, ni dans l'article L. 111-1, ni par la suite. C'est la jurisprudence qui a précisé les conditions de protection de la création (originalité ; forme), en s'inspirant de l'article L. 112-4 relatif à la protection des titres, mais la loi ne fait, elle, de manière curieuse et critiquable, que rappeler les critères que le juge ne peut prendre en considération afin de refuser l'accès à la protection. L'article L. 112-1 dispose ainsi que : « les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

Une liste des œuvres, (liste ouverte, avec l'emploi de l'adverbe « notamment »), figure bien à l'article L. 112-2 du code. L'énumération n'est pas sans rappeler celle de l'acte de commerce par

le code de commerce. Mais plutôt que procéder à un inventaire bien imparfait, il eût été préférable de fixer dans la loi les critères de la protection, qui justifient selon la jurisprudence contemporaine l'exclusion de certaines catégories d'œuvres (parfums, œuvres culinaires notamment). Or, une telle mise à l'écart de pans entiers de la création ne semble pas à l'abri de tout reproche aujourd'hui, dans la mesure où le domaine des œuvres protégeables s'est considérablement élargi, s'éloignant de la catégorie qu'on pourrait rattacher aux « Beaux-arts » pour englober des créations fonctionnelles et utilitaires. Dès lors, le véritable critère ne résiderait-il pas dans l'appréhension de l'œuvre par les sens, même si des problèmes liés à la preuve pourraient ensuite se poser pour déterminer les contours de la protection ?

En réalité, l'alinéa premier de l'article L. 111-1 s'attache à préciser la nature du droit d'auteur, ce qui correspond bien à ce qu'annonce le chapitre, mais non le titre qui le précède, en affirmant que celle-ci est un droit de propriété incorporelle. Le texte ajoute « exclusif et opposable à tous », mais ces précisions sont inutiles si l'on se réfère à la définition du droit de propriété qui comprend naturellement ces deux caractères.

Il s'agissait surtout ici de mettre fin à un débat portant sur la nature du droit d'auteur, dont la ressemblance avec le droit de propriété réglementé par le Code civil ne conduisait cependant pas une partie de la doctrine à admettre un alignement naturel entre les deux prérogatives, notamment en raison de l'importance du droit moral, extra-patrimonial. Cette double nature, originalité du droit d'auteur, est d'ailleurs rappelée par l'alinéa 2 du même texte, qui affirme que : « ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial... ». À nouveau, on peut s'interroger sur cette précision légale : que sont donc les attributs d'ordre intellectuel ? On connaît le droit moral, les droits patrimoniaux, mais les attributs d'ordre intellectuel semblent bien difficiles à identifier.

Enfin, l'alinéa 2 renvoie, pour la détermination des attributs du droit d'auteur, aux livres Ier et III du présent code. Si le renvoi au livre Ier se comprend bien, là encore le renvoi au livre III est plus discutable. Mis à part la rémunération pour copie privée, le livre III ne définit pas les éléments qui forment le contenu du droit d'auteur.

L'article L. 111-1 mentionne également l'auteur, mais, à nouveau, sans le définir. Il est vrai que, plus loin, les textes précisent la notion. Cependant, nulle part dans la loi ne figure l'affirmation selon laquelle l'auteur d'une œuvre ne peut être qu'une personne physique. À l'heure où l'intelligence artificielle semble une menace pour les auteurs, il ne serait peut-être pas inutile de rappeler le principe. L'article L. 113-1 lie par ailleurs la qualité d'auteur à la divulgation. Or, il peut y avoir création sans divulgation. On peut être auteur d'une œuvre non divulguée. La création précède la divulgation. La qualité d'auteur est acquise dès la première étape, sans nécessairement être suivie par la seconde.

Ainsi, on peut constater que les deux premiers alinéas de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle sont des textes qui ne brillent pas par leur cohérence, annonçant des développements sur la nature du droit d'auteur sans lien avec son objet, et utilisant des notions qu'il ne définit pas, ni dans le texte lui-même, ni dans les articles suivants.

Ce n'est pas tout. Le texte est également inadapté, car il pose des règles qui ne correspondent plus vraiment au droit positif et mèriraient d'évoluer.

II. Un texte inadapté

L'article L. 111-1 précise ensuite dans son alinéa 3 que la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'un contrat de louage de services n'entraîne pas de dérogation à la jouissance des droits d'auteur.

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette affirmation ailleurs, concernant le louage de services, autre nom du contrat de travail.

Longtemps, cette disposition légale pourtant dépourvue d'ambiguïté n'a pas été appliquée par les juridictions, qui retenaient une solution *contra legem*. Il a fallu attendre un arrêt de 1975 pour voir la Cour de cassation reprendre expressément le principe. Le texte ne semblait auparavant guère correspondre aux besoins de la pratique, et les tribunaux avaient donc largement consacré une solution inverse à la règle sus-mentionnée.

La Cour de cassation s'est ainsi tardivement rangée derrière une application orthodoxe du principe légal, mais c'est alors la loi qui a multiplié les dérogations, privant peu à peu l'affirmation de l'indifférence du contrat de travail sur la jouis-

sance des droits d'auteur d'une grande partie de son intérêt pratique.

L'article L. 111-1 lui-même réserve d'ailleurs l'existence d'exceptions. Celles-ci, devenues très nombreuses, vident en réalité le principe de sa substance. De plus, il existe ici une incohérence manifeste avec le régime que le droit des brevets organise relativement aux inventions de salariés. Pour ces dernières, en effet, les règles sont beaucoup plus favorables à l'employeur. Les inventions de mission lui appartiennent automatiquement, le salarié ayant droit à une rémunération supplémentaire. Quand l'invention est considérée comme hors de la mission du salarié, mais qu'un lien avec le travail peut être établi (invention réalisée dans le cours de l'exécution de ses fonctions, ou dans le domaine des activités de l'entreprise, ou par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle), l'employeur dispose d'un droit d'attribution, moyennant le versement d'un juste prix au profit du salarié. Les droits des deux parties semblent ainsi équitablement sauvegardés. Le droit des inventions de salarié respecte à la fois les nécessités pratiques et les justifications théoriques.

Le droit d'auteur est loin d'afficher une telle limpidité. Alors que les raisonnements du droit des brevets auraient largement pu être transposés, c'est un principe opposé qui est fixé dans la loi. Est-ce en raison de l'existence du droit moral, étranger à la propriété industrielle ? En aucune façon, car le droit moral reste un droit extra-contractuel, qui ne saurait être atteint par la conclusion d'un contrat. Dès lors, l'opposition manifeste entre la propriété littéraire et la propriété industrielle n'est pas justifiée.

Nous nous prononçons donc pour l'abandon, ou du moins pour la modification, du principe posé par l'article L. 111-1, alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle, et pour une cession automatique des droits au profit de l'employeur. Avec une rémunération supplémentaire au profit du salarié lorsque la réalisation d'une œuvre est exceptionnelle, sans rémunération supplémentaire lorsque la réalisation d'œuvres protégées est de l'essence de l'activité du salarié.

L'article L. 113-9 pour les logiciels, l'article L. 132-36 pour les journalistes, l'article L. 113-5 pour les œuvres collectives, l'article L. 132-24 pour le contrat de production audiovisuelle... Autant de textes qui, dans des domaines impor-

tants de la création salariée, dérogent au principe posé par le texte qui ouvre le code de la propriété intellectuelle. Est-il, dans cette situation, opportun de maintenir une affirmation, si celle-ci ne correspond plus vraiment à la réalité ? De plus, d'un point de vue pratique, aussi bien que sur le plan des justifications théoriques, l'abandon de la règle nous paraît grandement souhaitable, et fondé.

Sans reprendre les arguments que nous déjà développés ailleurs, la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, et plus généralement en droit des contrats, l'existence d'une contrepartie dans les contrats à titre onéreux, notamment, nous semblent de nature à renverser le principe posé relativement au contrat de louage de services.

La solution légale posée pour les logiciels atteint d'ailleurs le sommet de l'incohérence. Reprenant la règle empruntée au droit des brevets qui prévoit l'attribution des droits à l'employeur, l'article s'en écarte ensuite pour passer sous silence le droit à rémunération supplémentaire prévu par l'article L. 611-7. L'auteur y est donc doublement défavorisé.

Principe aux exceptions multiples, principe renversé et amputé d'une large partie de son intérêt... Les textes relatifs à l'auteur salarié brillent par leur confusion et leur inadaptation aux enjeux pratiques dans ce domaine. Dès lors, le principe affirmé par l'article L. 111-1, alinéa 3 devrait être abandonné.

Les mêmes motifs conduisent à l'abandon de la règle formulée par le texte pour le louage d'ouvrage, ou contrat de commande.

Les textes ne prévoient ici un régime dérogatoire que relativement aux œuvres de commande pour la publicité (art. L. 132-31).

Mais au-delà de cette simple exception mentionnée par les textes, il faudrait poser une cession automatique en cas de commande d'une œuvre, au nom de l'exécution de bonne foi des contrats. On n'imagine guère, en effet, un auteur réalisant une œuvre sur commande et refusant ensuite de céder les droits au commanditaire. Les deux obligations (réaliser l'œuvre commandée; céder les droits qui s'y rapportent) sont tellement imbriquées qu'il est totalement artificiel de les séparer.

Cet ensemble de principes et d'exceptions manque singulièrement de cohérence. Pourquoi prévoir un texte sur la commande dans la publi-

cité, et non pour la création salariée dans ce domaine ? Inversement, pourquoi prévoir des exceptions sur la création salariée et non applicables à la commande ?

On comprend que le but est souvent d'assurer à l'auteur une juste rémunération, mais les principes posés pour celle-ci par le code de la propriété intellectuelle ne sont-ils pas suffisants ? Et lorsqu'ils ne paraissent pas l'être, la question alors ne porte pas sur la jouissance des droits, mais sur leur exercice.

Par conséquent, au-delà du fond, les deux règles n'ont tout simplement pas leur place dans le texte qui ouvre le code de la propriété intellectuelle. Elles ne concernent en rien la nature du droit d'auteur, ni son objet, mais la titularité des droits. Et même, au-delà de celle-ci, il s'agit d'un problème lié à l'exercice des droits, nul ne songeant à retirer à l'auteur personne physique sa qualité d'auteur. C'est donc au sein des dispositions sur les contrats d'auteur que les règles devraient être affirmées pour, comme nous le souhaitons, poser des présomptions de cession.

III. Un texte inutilement lourd

Déjà marqué par des incohérences et une inadaptation aux enjeux de la pratique, le texte ajoute des derniers développements qui eux aussi prêtent le flanc à la critique. On reprochera la lourdeur de leur rédaction, et une place inadé-

quate dans le texte qui ouvre le code de la propriété intellectuelle.

Tout d'abord, le texte, qui concerne l'attribution des droits d'auteur pour les agents publics, reprend une énumération qui alourdit considérablement le texte, là où l'énoncé d'un principe eût été souhaitable et suffisant.

Ensuite, de la même façon que nous l'avons mentionné relativement au contrat de travail et au contrat de commande, la solution posée ici concerne la titularité des droits ou leur exercice, et n'a donc pas sa place dans le premier texte du code qui, rappelons-le, est censé concerner la nature ou l'objet du droit d'auteur.

Notons enfin que le principe posé par le texte, qui est calqué sur la solution retenue pour le louage d'ouvrage et le louage de service, est d'ailleurs contredit par la cession automatique prévue à l'article L. 131-3-1.

L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle est ainsi un texte qui présente de nombreux défauts. Texte incohérent, inadapté et inutilement lourd, sa reformulation permettrait à la fois d'introduire dans les textes des définitions tenant compte des défis du droit d'auteur au xxie siècle (l'œuvre; l'auteur), et de rompre avec l'énoncé de principes contestés et ne correspondant plus aux nécessités de la pratique (contrat de travail; contrat de commande; situation des agents publics).

Un article, une réforme

Remédier aux déficiences du RGPD

Ludovic Pailler

Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles
à l'Université Jean Moulin Lyon III

1. Parmi les emblèmes du droit du numérique, le règlement général sur la protection des données (RGPD) n'est pas des moindres. Au plan symbolique comme au plan juridique, il occupe une place centrale à l'instar des données dont il traite et qui sont au centre de l'économie numérique. La modification de cet instrument, déjà complété par d'autres¹, est actuellement envisagée par le législateur européen. La raison à l'œuvre n'est pas l'obsolescence de l'existant mais la recherche d'efficience. Celle du système d'application transfrontalier du RGPD dans la proposition de règlement établissant des règles de procédure supplémentaires². Et celle de la mise en conformité par une simplification des règles applicables aux petites et moyennes entreprises dans le cadre du nouveau plan de la Commission pour une prospérité et une compétitivité durables en Europe³. Aucun de ces deux trains de mesures n'emporte, dans leur rédaction actuelle, de changement significatif ou de réponse aux atteintes croissantes et au manque d'effectivité du droit fondamental à la protection des données qu'emportent mécaniquement les phénomènes consubstantiels de systématisation et de massification des traitements de données.

2. Sans que l'affirmation ne puisse être étayée par des données quantitatives, la somme des traitements dont un même individu fait l'objet est considérable. Elle résulte, notamment, de la diversité des acteurs qui en sont à l'origine et de la pluralité, si ce n'est la totalité, des aspects de la vie humaine qui sont concernés. L'État fut historiquement le premier. Il n'a cessé d'accroître ses activités de traitement pour servir l'ensemble des finalités qu'il poursuit, des plus louables – numérisation des services publics, simplification des procédures – aux plus inquiétantes – traitement de données aux fins de détection automatisée de fraude fiscale ou aux prestations sociales par collecte de données disponibles sur les réseaux sociaux. Les acteurs privés ne sont pas en reste, notamment lorsqu'ils fondent leur modèle économique sur le traitement ou la cession de données⁴. Certains acteurs, les géants du numérique américains et chinois en premier lieu, détiennent des ensembles gigantesques de données qui se comptent en pétaoctets⁵. Ils ne manquent pas d'en faire le principal carburant d'un outil qui optimise leur exploitation comme il en amplifie les risques, l'intelligence artificielle. Il ne faut pas oublier, parmi les auteurs de traitement de don-

-
1. V., en dernier lieu, règl. (UE) 2025/327 du Parlement européen et du Conseil du 11 févr. 2025 relatif à l'espace européen des données de santé.
 2. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles de procédure supplémentaires relatives à l'application du règlement (UE) 2016/679, COM(2023) 348 final.
 3. V., notamment https://commission.europa.eu/priorities-2024-2029/competitiveness_fr.
 4. S. Zuboff, *L'âge du capitalisme de surveillance*, Zulma, 2020.
 5. Un pétaoctet équivaut à 1 048 576 gigaoctets.

nées, chacun des individus que nous sommes, *via* les plateformes qui ont ouvert la voie d'une surveillance interpersonnelle consentie, choisie et automatisée.

Le résultat de cette somme de traitement est un sentiment de surveillance généralisée pour toute personne qui prend conscience de la réalité décrite ainsi que de la perte de son anonymat au quotidien, et du refuge qu'il constitue pour la tranquillité et l'épanouissement personnel. Ces sentiments ne sont pas sans influence sur les comportements, lesquels sont nécessairement infléchis. Celui qui se sait observé modifie, voire améliore, selon des critères propres ou partagés, sa conduite, suivant ce que certains désignent comme l'effet *Hawthorne*. Cela n'est pas sans incidence, entre autres, sur l'exercice des droits et libertés de l'individu⁶.

3. A priori, le droit offre une réponse appropriée à ce phénomène composite et diffus par une protection anthropocentrique : un droit fondamental à la protection de ses données est conféré à toute personne par l'article 8 de la charte des droits fondamentaux. C'est à la « protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel » que sont dédiés le RGPD comme la convention 108. Certaines dispositions dudit règlement traduisent fidèlement cette approche. Celle relative à l'objet même du RGPD, qui réitère l'intitulé du texte et le précise par référence au droit fondamental à la protection des données. Celles relatives au champ d'application spatial du texte⁷ dont le critère sous-jacent est la protection de toute personne

qui se trouve sur le territoire de l'Union⁸. Cette perspective n'est pas sans écho dans la jurisprudence de la Cour de justice, laquelle considère tout traitement comme une ingérence dans le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel⁹. Elle pourrait se prolonger devant la Cour EDH *via* l'effet horizontal indirect du droit au respect de la vie privée¹⁰, c'est-à-dire par la mise en cause d'un État qui aurait manqué de protéger un individu contre l'hypersurveillance.

4. Ces premiers éléments laissent accroire à une protection de l'individu contre un phénomène pris dans sa totalité, celui de la surveillance massive, généralisée et omniprésente. À suivre cette représentation de l'état du droit, le droit de la protection des données devrait se constituer de règles transversales, applicables à tout traitement de données et qui, à elles seules, garantissent, par défaut et *a minima*, le niveau de protection attendu. Toutefois, le RGPD n'a manifestement pas été construit dans cet esprit¹¹. L'approche *ex ante*, suivie par le législateur de l'Union¹², consiste précisément pour ce dernier à ne pas trancher la majeure partie des conflits d'intérêts inhérents aux rapports de droit que font naître les traitements de données à caractère personnel. Les règles qui ont un tel objet sont d'autant plus rares que leur libellé en a parfois euphémisé l'objet ou l'effet. S'il est une interdiction explicite de traiter des catégories particulières de données¹³, les principes d'interdiction de transfert de données vers les États tiers¹⁴ et de prise de décision automatisée exclusivement fondée sur un traite-

6. Rappr. CJUE, Gde ch., 8 avr. 2014, n^o C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*, pt. 37.

7. Art. 3 RGPD.

8. Comp., art. 1 convention EDH.

9. CJUE, Gde ch., *Digital Rights Ireland*, préc., pt. 36.

10. Le propos est purement prospectif, mais tient compte de la jurisprudence nourrie de la CEDH relative aux activités de surveillance réalisées par des personnes publiques ou privées (v., notamment, Fiche thématique « Protection des données personnelles », Service de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, sept. 2022).

11. Comp., évoquant, en des termes à tout le moins ambigus, le droit de « toute personne [...] de ne pas être soumise à un suivi omniprésent illicite », Déclaration européenne sur les droits et principes numériques pour la décennie numérique, pt 18.

12. V., entre autres, sur ce changement de paradigme, N. Metallinos, « Le principe d'*accountability* : des formalités préalables aux études d'impact sur la vie privée (EIVP) », CCE 2018, dossier 11 ; A. Debet, « Les nouveaux instruments de conformité », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 592 ; I. Falque-Pierrotin, « L'Europe des données ou l'individu au cœur d'un système de compliance », in M.-A. Fribon-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 29 ; C. Zolynski, « Compliance et droit des données personnelles », in N. Borga, J.-C. Marin et J.-C. Roda (dir.), *Compliance : entreprise, régulateur et juge*, Dalloz, 2018, p. 129 ; K. Favro, « La démarche de compliance ou la mise en œuvre d'une approche inversée », *Légicom* 2017, p. 21.

13. Art. 9 et 10 RGPD.

14. Le « principe général applicable aux transferts » (art. 44 RGPD) s'exprime par une formulation négative qui conditionne le transfert au respect des exigences qu'explicitent les textes suivants.

ment de données¹⁵ n'ont été mis au clair, partiellement¹⁶ ou totalement¹⁷, qu'à la faveur d'une interprétation de la Cour de justice.

5. À rebours de l'idée suivant laquelle tout traitement est une ingérence dans les droits fondamentaux et d'une protection holistique de ces derniers, le RGPD confère à toute personne une liberté de mettre concrètement en œuvre un traitement de données à caractère personnel, qui pourrait être rapprochée de la liberté personnelle ou d'entreprendre. L'approche *ex ante*, laquelle se traduit dans le principe de responsabilité¹⁸, conduit encore à laisser à chaque responsable de traitement le soin de définir lui-même les mesures appropriées pour assurer le respect de la protection des données¹⁹. C'est à l'auteur de l'ingérence qu'il appartient, en première intention, de régler le conflit d'intérêts suivant un ensemble de règles fuyantes au frontispice desquelles est inscrit un corps de principes structurants²⁰.

6. En somme, le RGPD est un compromis entre deux objectifs en tension et qui lui servent également d'intitulé : « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel » et « la libre circulation de ces données ». Le législateur en était conscient. Il les articule en fondant la seconde sur la première, rappelant ainsi que, comme en d'autres matières, la circulation s'appuie sur la confiance. Toutefois, le détail des dispositions et leur mise en œuvre révèlent un net déséquilibre en faveur du libre partage des données²¹. Plus précisément, de l'état du droit positif résulte le constat d'une protection des données atomisée à divers égards (I) dont ressort une invisibilisation de l'hypersurveillance dénoncée. Les effets néfastes de la somme des traitements sur les droits et libertés sont négligés. Aussi la réforme de l'instrument devrait-elle s'attacher à une plus forte intégration de la protection des données (II), laquelle doit s'en-

tendre d'un recentrement du corpus de règles sur la protection de l'individu à l'égard de tout traitement ou de certains traitements. En d'autres termes, à la régulation de chacune des activités de traitement doivent s'ajouter des règles qui tranchent au fond des conflits d'intérêts relatifs au phénomène du traitement lui-même.

I. L'atomisation de la protection des données à caractère personnel

7. L'atomisation de la protection des données est un obstacle majeur à l'effectivité d'un droit fondamental dont les termes confèrent une protection holistique, en apparence. Elle procède principalement de la conjugaison de deux sous-phénomènes : l'atomisation des mesures de protection des données (A) et celle du droit subjectif à la protection des données lui-même (B).

A. L'atomisation des mesures de protection des données

8. L'atomisation des mesures de protection des données tient à leur différenciation d'un traitement à l'autre, avec de multiples nuances possibles, indépendamment du secteur dans lequel le traitement est mis en œuvre et y compris dans un même secteur. Cela tient à l'objet réel du RGPD et à la méthode de l'approche *ex ante*.

9. Tout d'abord, le RGPD a pour objet principal le rapport de droit que fait naître un traitement de données entre la personne concernée et le responsable de traitement. Chacun de ces traitements doit être conforme aux exigences du règlement. En outre, l'objet de cette régulation, le traitement, n'est pas suffisamment circonscrit. Sa définition comme « toute opération ou tout ensemble d'opération effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou à des ensembles de données à caracte-

15. V., consacrant littéralement un « droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé », art. 22.1 RGPD.

16. S'agissant de l'article 44 du RGPD, l'existence d'un principe d'interdiction, qui ressort de la formulation du texte et des conditions qui subordonnent le transfert, n'est pas explicitée par la Cour de justice qui, dans ses motifs, met l'accent sur une ouverture conditionnée (CJUE, Gde ch., 16 juill. 2020, n° C-311/18, *Schrems III*, spéc. pts. 92 et 93).

17. V., s'agissant de l'article 22.1 RGPD, CJUE, 7 déc. 2023, n° C-634/21, *SCHUFA Holding*, pt. 52.

18. Art. 5.2 RGPD.

19. Art. 24 RGPD.

20. Art. 5 RGPD.

21. V., pour une analyse approfondie, B. Bertrand, « Le modèle européen de partage des données », *Europe 2021*, étude 1.

tère personnel »²² ne suffit pas à distinguer un traitement, d'une part, d'une opération ou d'un autre traitement, d'autre part, lorsque sont impliquées les mêmes personnes concernées et responsables²³. À cet égard, la boussole que constitue la finalité est inutile car rien n'exclut qu'un traitement puisse en poursuivre plusieurs²⁴.

10. Par ailleurs, le traitement n'est pas le seul objet auquel s'appliquent les règles de protection des données. Un degré supplémentaire de fragmentation résulte des règles qui portent sur les données elles-mêmes. Pour un même traitement, le régime applicable aux différentes catégories de données peut varier. Aux « catégories particulières de données » s'applique une prohibition de principe de les traiter²⁵. Par ailleurs, certains principes de l'article 5 du RGPD ne visent que les données ou catégories de données²⁶. Les principes de minimisation, d'exactitude, de limitation de la durée de conservation des données ainsi que de sécurité et confidentialité des données peuvent obliger à différencier les mesures applicables à certaines catégories.

11. La fragmentation s'aggrave encore à la lecture de dispositions particulières qui prennent pour objet une autre notion. Tel est le cas, par exemple, de la protection des données par défaut, obligation qui doit être mise en œuvre « au regard de chaque finalité spécifique du traitement »²⁷. Dans l'absolu, c'est exiger des mesures différencierées pour un même traitement qui pourraient s'ajouter à la distinction requise à raison de la catégorie de données traitées.

12. Ensuite, la diversité de l'objet des règles de protection de données est à conjuguer avec la

logique à l'œuvre, qui laisse au responsable de traitement le soin de déterminer par lui-même les mesures appropriées pour assurer la protection des données. Il tranche *ex ante* et *a priori* le conflit d'intérêts qui l'oppose aux personnes concernées et documente ses choix²⁸. Ces mesures peuvent être d'ordre technique, organisationnel ou contractuel. En d'autres termes, et malgré les diverses publications des autorités nationales et européennes de contrôle, les mesures adoptées sont hétérogènes. Même à considérer fini le nombre des mesures disponibles, les combinaisons requises par les circonstances propres à chaque traitement démultiplient les combinaisons possibles. Cette affirmation n'est pas contredite par l'obligation de protection des données par défaut²⁹ dans la mesure où ce niveau de protection n'est pas défini *a priori* et peut résulter de différents assemblages. En revanche, elle est aggravée par la nature des obligations imposées aux débiteurs de la protection des données. Pour apprécier le caractère approprié des mesures que ces derniers ont choisies, il convient de tenir compte « de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques »³⁰. Cette modération de la charge de mise en conformité est itérée pour d'autres obligations particulières³¹ qui, comme la première, sont ainsi réduites à des obligations de moyen. La Cour de justice l'a clairement résumé : le RGPD « instaure un régime de gestion des risques et [...] ne prétend nullement éliminer les risques de violations des données à caractère personnel »³².

22. Art. 4, 2^o RGPD.

23. Comp., considérant que « pour être en présence d'un traitement unique alors que plusieurs opérations de traitement sont réalisées, celles-ci doivent former un tout », Th. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, 1^{re} éd., 2023, n^o 103.

24. V., en ce sens, sur l'obligation du responsable de traitement d'informer la personne concernée des « finalités du traitement », art. 13.1, c, et 14.1, c, RGPD.

25. Art. 9 et 10 RGPD.

26. V., distinguant entre les principes relatifs aux traitements de données et ceux relatifs aux données, Th. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, op. cit., n^o 224 et s.

27. Art. 25.2 RGPD.

28. Art. 5.2 et 24 RGPD.

29. Art. 25.2 RGPD.

30. Art. 24.1 RGPD.

31. V., s'agissant de la protection des données par défaut, art. 25.1 RGPD ; v. également, s'agissant de l'obligation de sécurité, art. 32.1 RGPD et CJUE, 14 déc. 2023, n^o C-340/21, *Natsionalna agentsia za prihodite*, pts 29 à 32.

32. CJUE, *Natsionalna agentsia za prihodite*, préc., pt 29.

B. L'atomisation du droit à la protection de ses données

13. Le RGPD est réputé établir des « règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »³³. Les droits que le RGPD confère aux personnes concernées sont conçus comme un contrepoids à la liberté laissée aux débiteurs de la protection des données, auquel s'ajoute l'action des autorités de contrôle. La logique est celle de l'empouvoiement ou de l'encapacitation des individus qui s'inscrirait dans une progression³⁴ vers la consécration d'un véritable droit à l'autodétermination informationnelle³⁵. Par l'exercice desdits droits, les personnes concernées sont censées maîtriser et contrôler leurs données à caractère personnel³⁶. Toutefois, l'atomisation du droit fondamental à la protection des données affaiblit considérablement ce mouvement, voire le décrédibilise, considérant les deux lignes de fractures qui, quoi que d'inégale importance, se combinent.

14. La première tient à la diversité des droits consacrés et de leur régime qui rend leur exercice complexe pour la personne concernée. D'emblée, il faut remarquer que l'information fournie par le responsable de traitement n'y remédie pas. Elle vise uniquement l'« existence » des droits dans la mesure où cela est nécessaire pour garantir un traitement équitable et transparent³⁷ et ne s'applique pas dans un certain nombre de cas³⁸. Les lignes de différenciation entre les différents droits sont plurielles, sans que l'objet de chacun ne soit directement en cause. À s'en tenir au RGPD, les droits conférés pourraient n'avoir pas tous la même valeur. Certains sont fondamentaux car consacrés par l'article 8 de la charte

(droit d'accès et de rectification), quand d'autres ne tirent leur valeur que du droit dérivé. Les conséquences n'en sont pas encore mesurables. Par ailleurs, certains des droits consacrés sont généraux quand d'autres ne sont applicables qu'à certaines situations. Le droit d'accès s'applique en toute circonstance, sauf les limitations adoptées en vertu de l'article 23 du RGPD. En revanche, l'exercice du droit à l'effacement n'est possible qu'en présence de l'un des six cas d'ouvertures limitativement prévus par l'article 17 du RGPD. C'est sans compter sur les droits que d'autres instruments ajoutent au prétexte de compléter le RGPD. Certains sont propres à un secteur déterminé, comme c'est le cas dans le règlement sur l'espace européen des données de santé qui comprend des déclinaisons des droits à l'information, d'accès, de rectification, à la portabilité, de limitation et d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle³⁹. D'autres droits sont inédits, comme celui d'insérer des informations dans son propre dossier médical électronique⁴⁰ ou celui de refuser l'utilisation primaire ou secondaire de ses données de santé⁴¹.

15. La seconde ligne de fracture ressort de ce que chacun de ces droits s'exerce auprès du responsable de traitement⁴². La panoplie des prérogatives de la personne concernée vaut et n'a d'effet que pour chacun des traitements dont ses données font l'objet, à quoi s'ajoute, pour certaines, la nécessité de prendre en considération la finalité poursuivie par le responsable de traitement⁴³. Dans un tel contexte, la maîtrise et le contrôle de ses données à caractère personnel deviennent illusoires. Compte tenu de l'ensemble des paramètres à considérer, dont la diversité des mesures susceptibles d'avoir été mises en place⁴⁴, et même à ne compter que ceux qui font l'objet d'une

33. Art. 1.1 RGPD.

34. Dans leur « Déclaration européenne sur les droits et principes numériques pour la décennie numérique » (JOUE, 23 janv. 2023, C 23, p. 1), le Parlement européen, le Conseil et la Commission proclament solennellement que le droit à la protection de ses données à caractère personnel « permet notamment à chacun de contrôler la manière dont ses données à caractère personnel sont utilisées et avec qui elles sont partagées » (pt 17).

35. V., sur cette notion, L. Robustelli, *Le droit à l'autodétermination informationnelle en droit européen*, Grenoble, 2022.

36. V. en ce sens art. 1 loi « Informatique et Libertés ».

37. Art. 13.2, b, et 14.2, c, RGPD.

38. Art. 13.4 et 14.5 RGPD.

39. Art. 3, 6, 7, 8, 9 et 21 RGPD.

40. Art. 5 RGPD.

41. Art. 10 et 71 RGPD.

42. Art. 12 RGPD.

43. V., par exemple, s'agissant du droit à la rectification, art. 5.1, d, et 16 RGPD.

44. V. *supra*.

obligation d'information, la gestion et la vérification de chaque traitement requiert des connaissances, notamment sur les risques engendrés, des compétences et des ressources, notamment temporelles, dont les personnes concernées ne disposent pas pleinement et vraisemblablement. À quoi bon encapaciter des personnes concernées qui ne sont pas en capacité d'exercer leur droit⁴⁵ ? Au surplus, il est douteux que la mise en balance entre le coût immédiat de l'autodétermination informationnelle et les risques associés à moyen et long terme au traitement de données à caractère personnel joue en faveur du premier compte tenu de l'intérêt, de l'avantage ou de la contrepartie qu'en retire généralement la personne concernée à brève échéance et de l'efficacité perçue des droits⁴⁶.

16. En somme, l'atomisation de la protection des données à caractère personnel produit un différentiel difficilement commensurable entre l'équilibre sur lequel il repose et la réalité des pratiques lequel accroît d'autant le déficit de protection contre un phénomène global toujours plus intense.

II. L'intégration de la protection des données à caractère personnel

17. L'intégration proposée ne consiste pas à renverser la table. L'approche *ex ante* est désormais trop bien ancrée⁴⁷ et dispose de justifications suffisantes pour raisonnablement penser qu'elle puisse être fondamentalement remise en cause. C'est un rééquilibrage du texte qu'il convient d'envisager (B), à défaut de pouvoir y procéder à droit constant (A).

A. L'insuffisante intégration à droit constant

18. Parce que refondre un instrument du droit de l'Union est une entreprise complexe et risquée,

compte tenu de la difficulté non négligeable à négocier à 27 un droit commun sur un sujet délicat, il faut en démontrer plus encore la nécessité par l'impossibilité de résoudre les problématiques soulignées à droit constant.

19. Tout d'abord, l'insuffisance ressort de l'équilibre établi par le législateur entre droit à la protection des données, d'une part, et la liberté individuelle ou d'entreprise, d'autre part. Le juge, malgré les libertés qu'il a déjà pu prendre⁴⁸, ne peut imposer, par sa jurisprudence, des solutions concrètes et précises aux différents conflits d'intérêts susceptibles de se faire jour faute de pouvoir réduire les espaces de liberté explicitement ouverts par le législateur de l'Union. Tout au plus, les autorités de contrôle peuvent inciter à l'adoption de certaines solutions, que ce soit dans leurs missions préventives et d'orientation ou dans leurs missions correctives. Leurs documentations ne sont généralement pas contraignantes et leurs décisions pourvues d'un effet d'autant plus limité que leur publication n'est pas systématique. Pour autant, l'ensemble, riche d'exemples et de bonnes pratiques, est particulièrement influent sur les responsables de traitement et sous-traitants, et plus précisément sur les petites et moyennes entreprises, qui cherchent à limiter les risques juridiques et réputationnels d'un *public* ou *private enforcement*. Il ne peut s'agir que d'un pis-aller, compte tenu de l'absence formelle de sanction du non-respect des éléments précités⁴⁹ comme de leur incomplétude.

20. Ensuite, et à droit constant, le juge ne pourrait qu'infléchir le sens des dispositions du RGPD sans modifier la place laissée à la régulation *ex ante* et les autorités de contrôle sanctionner plus systématiquement, et avec intransigeance, les manquements. Pour exemple, l'absence d'information de la personne concernée sur la base juridique du traitement⁵⁰ doit être assimilée à

45. Rappr., se fondant sur la notion de « capabilité » d'Amartya Sen, A. Latil, *Le droit du numérique, Une approche par les risques*, Dalloz, 2^e éd., 2024, p. 39-40.

46. V., déjà, s'agissant des pratiques face aux bannières cookies, « Les Français et la réglementation en matière de cookies – Vague 5 », Ifop pour la CNIL, juin 2022.

47. V., pour son explication, cons. 26 et 27, règl. (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle.

48. V., par ex., sur les obligations d'éditorialisation mises à la charge des exploitants de moteur de recherche, CJUE, Gde ch., 24 sept. 2019, n^o C-136/17, GC, AF, BH, ED c/ CNIL, pt 78; CJUE, Gde ch., 8 déc. 2022, n^o C-460/20, Google, pt 76.

49. V. cependant, pour une étude de l'autorité qui s'attache aux décisions des autorités de contrôle, L. Huttner, « La place des décisions des autorités de contrôle dans les sources du droit. Existe-t-il une « quasi-jurisprudence » des autorités de contrôle ? », in L. Pailler et C. Brunerie (dir.), *La cohérence d'un droit des données*, Dalloz, à paraître.

50. Rappr., concl. de l'avocat général Nicholas Emiliou sous l'affaire RRC Sports (n^o C-209/23), pts 164 et 165.

l'absence de base juridique plutôt que de faire l'objet d'un effort institutionnel pour identifier celle idoine⁵¹ et sauver le traitement. De façon plus générale, la principale impulsion dont les juridictions et les autorités de contrôle peuvent être à l'origine tient à l'interprétation et l'application de la règle relative à la charge probatoire⁵². Sur ce point, la Cour de justice a déjà acté la conséquence majeure du principe de responsabilité que constitue le renversement de la charge de la preuve⁵³. L'équilibre actuel reste néanmoins favorable aux responsables de traitement comme le suggère la solution retenue s'agissant du droit au déréférencement fondé sur une inexactitude. Bien que la personne concernée doive « uniquement [...] fournir les éléments de preuve qu'il peut être, compte tenu des circonstances, raisonnablement exigé de celle-ci de rechercher en vue d'établir cette inexactitude manifeste »⁵⁴, cette charge excède la simple allégation d'un manquement au RGPD. Pour mieux l'apprécier, il faut la mettre en rapport avec les obligations du responsable de traitement dans la même configuration. Il « ne saurait être tenu d'exercer un rôle actif dans la recherche d'éléments de fait qui ne sont pas étayés par la demande de déréférencement »⁵⁵. En d'autres termes, l'auteur d'une ingérence dans les droits fondamentaux n'a d'obligation de démontrer sa conformité au RGPD que dans la mesure des inexactitudes préalablement prouvées. La portée de l'arrêt aurait pu être limitée en considérant que l'exploitant du moteur de recherche est tenu d'obligations distinctes de l'éditeur de la page internet contenant les informations en cause. Toutefois, la première assertion relative à la charge probatoire de la personne concernée a été étendue à l'exercice du droit de rectification d'un registre public⁵⁶. L'ensemble envoie un contre-signal qui rend indispensable une intégration de la protection des données à caractère personnel par les textes.

B. La nécessité d'une intégration par la refonte du RGPD

21. Faute de pouvoir prétendre à quelque exhaustivité dans l'espace qui nous a été offert, attachons-nous à établir les principales modalités de la refonte proposée. Celles sur lesquelles nous souhaitons insister sont des mesures holistiques, pour l'essentiel. Elles réduisent, mais sans le remettre en cause, le modèle de régulation *ex ante* choisi par le législateur qui conserve le mérite d'une plus grande résilience face aux évolutions des technologies et des usages. L'objectif est de limiter les risques associés aux sentiments de surveillance généralisée, à défaut de pouvoir les éliminer. Les personnes concernées doivent conserver la liberté de renoncer au niveau le plus élevé de protection des données, notamment pour exercer leur droit de nouer et développer des relations avec autrui⁵⁷. Nos propositions concernent successivement les mesures de protection des données et les droits de la personne concernée.

22. Tout d'abord, deux séries de règles sur les mesures de protection de données devraient être adoptées, dont le principe serait ancré dans le RGPD et les détails fixés par des actes d'exécution. L'objectif n'est pas de multiplier inutilement les règles applicables, même si la proposition produit mécaniquement un tel effet, mais d'augmenter l'existant de lignes claires et explicites pour l'ensemble des parties au rapport de droit en cause. L'intérêt nous en paraît évident à considérer, notamment, la situation des enfants qui ne cessent de susciter des initiatives nationales. Certes, le RGPD indique que « les enfants mineurs méritent une protection spécifique »⁵⁸ mais il est indigent à leur égard. Une seule disposition leur est dédiée, qui plus est limitée à leur consentement en ce qui concerne les services de la société de l'information⁵⁹.

51. V., pour un exemple d'une telle recherche, délib. de la formation restreinte de la CNIL n° SAN-2022-019 du 17 oct. 2022 concernant la société x.

52. V., pour une inversion ponctuelle et explicite de la charge de la preuve, art. 7.1 RGPD.

53. CJUE, 24 févr. 2022, n° C-175/20, *Valsts ierņēmumu dienests*, pts 77 et 81.

54. CJUE, Gde ch., 8 déc. 2022, n° C-460/20, *Google LLC*, pt 68.

55. CJUE, Gde ch., *Google LLC*, préc., pt 70.

56. CJUE, 13 mars 2025, n° C-247/23, *Deldits*, pt 41.

57. CEDH, 16 déc. 1992, req. n° 13710/88, *Niemietz c. Allemagne*, § 29.

58. Cons. 38 RGPD.

59. Art. 8 RGPD.

23. La première série de règles concerne la détermination de mesures indérogeables de protection des données, d'un niveau plancher, qui donnent à voir, sans exhaustivité, l'essence du droit fondamental à la protection des données⁶⁰ et autant de points de repères explicites. D'une part, le législateur trancherait certains conflits d'intérêts aux fins d'éliminer tout risque inacceptable d'atteinte aux droits fondamentaux⁶¹. Dans cette perspective, serait à prescrire une interdiction explicite du traitement de données des jeunes mineurs sur le seul fondement de l'intérêt légitime du responsable. D'autre part, un certain nombre de mesures techniques ou organisationnelles minimales à adopter pour tout traitement de données. Des sujets relativement consensuels pourraient être abordés en premier lieu, comme l'obligation de différencier les opérations de traitement suivant qu'elles se font en base active ou en base archive ou le niveau de sécurité des mécanismes d'authentification. Des dispositions plus déterminantes pour l'encapacitation des personnes concernées seraient à ajouter comme l'obligation pour le responsable de traitement d'informer les personnes concernées des risques engendrés par le traitement qu'il a identifiés, de structurer l'information de manière uniforme ou de tenir une liste des traitements mis en œuvre et de la communiquer au titre du droit d'accès.

La seconde série de règles, plus difficiles à négocier et concevoir, se rapporterait au niveau de la protection des données par défaut considérée, par principe, comme supplétif de volonté lorsque le traitement est fondé sur le consentement. En d'autres termes, il s'agit d'accroître les dispositifs restrictifs ouvrant un *opt in* à la personne concernée. Ces règles pourraient être différencierées en fonction des catégories de personnes⁶² ou des secteurs concernés, compte tenu

des risques qui leur sont propres. Le droit positif en donne déjà des exemples. Il interdit, par principe, la prospection directe par courriers électroniques⁶³ ou certains traitements de données par les contrôleurs d'accès⁶⁴ « afin d'éviter que la contestabilité des services de plateforme essentiels ne soit injustement compromise »⁶⁵, sauf le consentement de la personne concernée.

24. Ensuite, la refonte du RGPD impliquerait d'enrichir les droits conférés aux personnes concernés, tout en relevant le défi de ne pas ajouter du brouillard à la fumée. Pour ce faire, une première série de dispositions nouvelles instaureraient des prérogatives en résonance avec la lettre du droit fondamental à la protection des données. En d'autres termes, leur exercice par la personne concernée vaudrait à l'égard de tout traitement; il s'agirait de droits globaux, faute de meilleur adjectif. Parce qu'il ne faut pas négliger l'atteinte à la liberté personnelle ou d'entreprise qui en résulte, ces prérogatives devraient être en nombre limité et réservées à des configurations de risques élevés d'atteintes aux droits fondamentaux de la personne concernée. Un droit d'opposition globale pourrait notamment s'appliquer dans deux hypothèses. D'une part, il serait ouvert aux parents d'un enfant mineur non concerné par l'interdiction déjà envisagée de consentir à un traitement à raison de son âge afin d'interdire le traitement des données de leur enfant lorsque le traitement n'aurait pour base juridique que le consentement, la nécessité pour l'exécution d'un contrat ou la poursuite des intérêts légitimes de la personne concernée⁶⁶. D'autre part, il viserait à interdire toute prise de décision automatisée exclusivement fondée sur le traitement des données à caractère personnel de la personne concernée. Du droit pour l'être humain de n'être pas géré par la machine.

60. Rappr., pour une approche négative à partir des limitations admises, art. 23 RGPD.

61. Comp., sur les utilisations secondaires interdites des données de santé, art. 54 du règlement (UE) 2025/327 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2025 relatif à l'espace européen des données de santé.

62. Comp., sur les recommandations précises et tranchées quant à la protection par défaut de la vie privée, de la sûreté et de la sécurité des mineurs en ligne, *Approval of the content on a draft Communication from the Commission – Guidelines on measures to ensure a high level of privacy, safety and security for minors online, pursuant to article 28(4) of Regulation (EU) 2022/2065, Annex to the Communication to the Commission, C(2025) 4764 final*, p. 28 et s.

63. Dir. 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, art. 13.

64. Règl. sur les marchés numériques, art. 5.2.

65. Cons. 36 règl. sur les marchés numériques.

66. Comp., sur les droits explicitement conférés aux parents pour assurer la protection de leurs enfants résultant du *Children's Online Privacy Act 1998*, 16 CFR 312.6, *US Code of Federal Regulations*.

25. La seconde série de dispositions nouvelles aurait pour objet d'augmenter sémantiquement ou substantiellement l'existant. Sémantiquement, d'une part, il s'agit de visibiliser certaines possibilités. Est particulièrement visé l'exercice par les parents de droits qui leur permettent d'assurer la protection de leurs enfants mineurs. Dans cette optique, et sans leur laisser le soin de résoudre par eux-mêmes l'articulation complexe du droit de l'Union et des droits nationaux, certaines prérogatives, comme l'effacement ou l'opposition, leur seraient expressément et directement conférées⁶⁷. Devrait également être ajoutée, en particulier au droit d'opposition, la possibilité pour la personne concernée d'inscrire l'exercice de son droit dans la durée de façon à empêcher

le responsable de traiter de réitérer les traitements des données sous quelque prétexte d'évolution du contexte dans lequel ils s'inscrivent⁶⁸.

26. Il est difficile de conclure la réflexion qui s'engage tant il sera difficile d'ajouter à l'image actuelle de traitements autonomes les uns des autres, et ce faisant rendus plus acceptables, celle d'un ensemble de traitement qui forme un tout inquiétant et intrusif, l'hypersurveillance. Toutefois, mettre au jour le traitement de données comme un phénomène global, indépendamment de sa réalité composite, participe d'un mouvement de renforcement des droits et libertés fondamentaux en droit du numérique qui justifie de poursuivre les travaux en ce sens.

67. Comp., pour un *opt out* global de la possibilité laissée au responsable de traiter de vendre ou partager les informations personnelles, *California Privacy Rights Act* de 2020, 1798.185, a, 19, A, vi, a, *Civil Code of California*; comp., également, sur un mécanisme d'*opt out universel* qui permet au consommateur de s'opposer à toute vente ou publicité personnalisée, 6-1-1306, a, IV, *Colorado Privacy Act*, 2021.

68. Comp., prévoyant que le refus ou le retrait du consentement aux traitements visés à l'article 5.2, al. 1, emporte une obligation pour le contrôleur d'accès de ne pas solliciter de nouveau le consentement de la personne concernée plus d'une fois par an pour la même finalité, règl. sur les marchés numériques, art. 5.2, al. 3.

Un article, une réforme

Faudrait-il redéfinir les autorités de contrôle d'accès aux données de connexion à la lumière du droit européen ?

Haritini Matsopoulou

Professeur de droit privé et sciences criminelles
à l'Université Paris-Saclay

Toutes les récentes réformes législatives n'ont cessé de renforcer les attributions du parquet, sans se soucier de l'introduction de nouvelles garanties statutaires tendant à assurer l'indépendance et l'impartialité de ce dernier dans la mise en œuvre des différentes fonctions qui lui sont confiées. Faut-il rappeler ici que les magistrats du parquet se trouvent investis de fonctions quasi-juridictionnelles, avec le recours, par exemple, aux alternatives aux poursuites (C. proc. pén., art. 41-1), à la composition pénale (C. proc. pén., art. 41-2) ou même à la convention judiciaire d'intérêt public (C. proc. pén., art. 41-1-2) ? On pourra faire observer que la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (art. 59) a permis, dans certaines hypothèses, que la proposition de la composition pénale ne soit pas soumise à la validation du président du tribunal, en conférant ainsi un propre pouvoir de sanction au procureur de la République (C. proc. pén., art. 41-2). Certes, la multiplication de telles prérogatives permet

aux magistrats du parquet de se substituer aux juridictions de jugement¹, ce qui a « pour effet de mélanger, au risque parfois de la confusion, ces deux grandes fonctions de la justice, poursuivre/ enquêter et juger »².

Quant au juge d'instruction, malgré la baisse importante du nombre d'affaires orientées vers l'instruction sur l'ensemble des dossiers poursuivis depuis vingt ans (environ 3 %), sa survie n'est actuellement pas mise en cause. On relèvera, à cet égard, que la majorité des membres du Comité des États généraux de la justice a préconisé de conserver les équilibres actuels de la procédure pénale et de maintenir le juge d'instruction, tout en reconnaissant « son périmètre d'intervention restreint ».³ De nombreux interlocuteurs ont souligné « l'expertise, la réactivité et l'efficacité » de ce magistrat, qui dispose des garanties d'indépendance et d'impartialité, dans certaines affaires complexes, techniques, sensibles jugées par les cours d'assises ou nécessitant

1. M. Delmas-Marty, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », *Les Annonces de la Seine*, 4 juin 2009, n° 34, p. 2.

2. *Rapport du Comité des États généraux de la justice, Rendre justice aux citoyens*, avr. 2022, p. 116.

3. *Ibid.*, p. 198.

des investigations au long cours ainsi que dans celles relevant des pôles spécialisés (JIRS, PNF, cybercriminalité, santé publique, terrorisme...)⁴.

Compte tenu de ces avantages, le Comité a donc jugé « prématuée la suppression du juge d'instruction » et a entendu « défendre un modèle procédural mixte, empruntant au modèle inquisitoire et au modèle accusatoire et garantissant une part importante de contradictoire dans la phase préparatoire au procès pénal »⁵.

Mais, alors qu'en droit interne, la place du parquet ne cesse de s'accroître, au détriment de celle du juge d'instruction dont le rôle s'affaiblit progressivement, on observe, au niveau du droit européen, une tendance opposée. C'est qu'en effet, à l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme⁶, la Cour de justice de l'Union européenne stigmatise le cumul des fonctions du parquet dans le cadre du procès pénal, en mettant en cause ses qualités d'indépendance et d'impartialité. Ainsi, a-t-elle été amenée à contester son pouvoir d'effectuer le contrôle préalable exigé en vue d'autoriser l'accès des autorités compétentes aux données de connexion.

Bien que les juges de l'Union ne visent pas, dans leurs décisions, le juge d'instruction, que la plupart des pays européens a supprimé, il est permis de penser que ce dernier en sort renforcé, dès lors qu'il répond aux exigences d'indépendance et d'impartialité, telles que définies par la CJUE. Cette jurisprudence devrait donc encourager le législateur français à maintenir ce magistrat, vu ses qualités indéniables. Par ailleurs, elle devrait l'inciter à repenser sérieusement la phase des enquêtes afin que l'équilibre entre Parquet et Siège soit respecté. À l'instar du juge d'instruction, l'intervention permanente d'un juge indépendant et impartial, tel le juge des libertés et de

la détention, serait nécessaire dans cette phase, afin d'autoriser certains actes susceptibles d'avoir un impact important sur la vie privée des individus, tels que l'accès aux données de connexion.

Il convient, dès lors, d'étudier la position de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne quant au pouvoir conféré aux magistrats du parquet d'autoriser l'accès aux données de connexion (I), puis d'apprécier les incidences de cette jurisprudence sur le droit français (II).

I. La place fragilisée du parquet dans la jurisprudence de la CJUE par rapport à celle d'un juge « indépendant »

C'est notamment à l'occasion de l'arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2* (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970), que la CJUE a posé l'exigence, selon laquelle l'accès des autorités nationales compétentes aux données relatives à des communications électroniques doit être soumis à un contrôle préalable exercé par une juridiction ou une entité administrative indépendante, à laquelle il appartient de vérifier l'existence d'une situation justifiant le recours à cette mesure ainsi que le respect des conditions et des garanties devant être prévues⁷.

Puis, par la décision du 2 mars 2021⁸, les juges de l'Union, après avoir confirmé le même principe, ont clairement énoncé que le ministère public ne répondait pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité, ce qui ne fait que fragiliser sa place au sein du procès pénal. En particulier, saisie d'une question préjudiciale portant sur l'interprétation de l'article 15, paragraphe 1, de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et

4. *Ibid.*, Annexe 13, p. 9.

5. *Ibid.*, p. 198.

6. CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev et a. c/ France*, JCP G 2010, 454, note F. Sudre, Gaz. Pal. 27 avr. 2010, p. 15, note H. Matsopoulou.

7. V. aussi : CJUE, gr. ch., 8 avr. 2014, n° C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ayant invalidé la Directive 2006/24/CE, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications. En particulier, la CJUE a souligné que « la directive 2006/24 ne prévoit aucun critère objectif permettant de limiter le nombre de personnes disposant de l'autorisation d'accès et d'utilisation ultérieure des données conservées au strict nécessaire au regard de l'objectif poursuivi. Surtout, l'accès aux données conservées par les autorités nationales compétentes n'est pas subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante dont la décision vise à limiter l'accès aux données et leur utilisation à ce qui est strictement nécessaire aux fins d'atteindre l'objectif poursuivi et intervient à la suite d'une demande motivée de ces autorités présentée dans le cadre de procédures de prévention, de détection ou de poursuites pénales » (§ 62 de la décision précitée).

8. CJUE, gr. ch., 2 mars 2021, n° C-746/18, *H.K. c/ Prokuratuur*, notamment § 51.

la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (Directive vie privée et communications électroniques), la CJUE a été amenée à se prononcer sur les dispositions de l'article 90 du code de procédure pénale estonien, qui permettaient à l'autorité chargée de l'enquête de demander, sur autorisation du ministère public au cours d'une procédure d'instruction, à une entreprise de communications électroniques de lui fournir des données relatives à ces communications. En l'espèce, la juridiction de renvoi (la Cour suprême) soulevait des doutes à l'égard de l'indépendance du ministère public dus au fait que ce dernier non seulement dirigeait la procédure d'instruction, mais représentait également l'action publique lors du procès, cette autorité étant, en vertu du droit national, partie à la procédure pénale. C'est dans ces conditions que la Cour suprême a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJUE une question préjudicielle prenant appui sur le deuxième point du dispositif de l'arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2*, précité, qui imposait l'exigence d'un contrôle préalable par une juridiction ou une autorité indépendante. Plus précisément, la juridiction de renvoi demandait si l'article 15, paragraphe 1, de la Directive 2002/58 devait être interprété en ce sens qu'il s'opposait à une réglementation nationale donnant compétence au ministère public, dont la mission était de diriger la procédure d'instruction pénale et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure ultérieure, pour autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation aux fins d'une instruction pénale.

A cet égard, la juridiction de renvoi précisait que si le ministère public estonien était tenu d'agir de manière indépendante et devait examiner les éléments à charge et à décharge lors de la procédure d'instruction, l'objectif de cette procédure n'en restait pas moins la collecte d'éléments de preuve ainsi que la réunion des autres conditions nécessaires à la tenue d'un procès. C'est qu'en effet, cette même autorité représentait l'action publique lors du procès pénal et était donc également partie à la procédure. En outre, il ressortait du dossier dont disposait la Cour que le

ministère public estonien était organisé de manière hiérarchique et que les demandes d'accès aux données relatives au trafic et aux données de localisation n'étaient pas soumises à une exigence de forme particulière et pouvaient être introduites par le procureur lui-même.

En réponse à la question posée, la CJUE a d'abord indiqué que l'accès à de telles données « ne saurait, en principe, être accordé, en relation avec l'objectif de lutte contre la criminalité, qu'aux données de personnes soupçonnées de projeter, de commettre ou d'avoir commis une infraction grave ou encore d'être impliquées d'une manière ou d'une autre dans une telle infraction »⁹. Puis, comme elle l'avait fait dans l'arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2*, elle a rappelé que l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées doit être subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante, susceptible d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts liés aux besoins de l'enquête dans le cadre de la lutte contre la criminalité grave, et, d'autre part, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. Par ailleurs, il est précisé que la décision de cette juridiction ou de cette entité doit intervenir à la suite d'une demande motivée de ces autorités présentée, notamment, dans le cadre de procédures de prévention, de détection ou de poursuites pénales. Or, pour la CJUE, ce contrôle préalable requiert que la juridiction ou l'entité chargée de l'effectuer « dispose de toutes les attributions et présente toutes les garanties nécessaires en vue d'assurer une conciliation des différents intérêts et droits en cause »¹⁰. Parmi ces garanties, figure « l'exigence d'indépendance à laquelle doit satisfaire l'autorité chargée d'exercer le contrôle préalable », qui « impose que cette autorité ait la qualité de tiers par rapport à celle qui demande l'accès aux données, de sorte que la première soit en mesure d'exercer ce contrôle de manière objective et impartiale à l'abri de toute influence extérieure »¹¹. Plus précisément, en matière pénale, l'exigence d'indépendance implique que « l'autorité chargée de ce contrôle préalable, d'une part, ne soit pas impli-

9. *Ibid.*, § 50.

10. *Ibid.*, § 52.

11. *Ibid.*, § 54.

quée dans la conduite de l'enquête pénale en cause et, d'autre part, ait une position de neutralité vis-à-vis des parties à la procédure pénale »¹². Or, pour les juges de l'Union, « [t]el n'est pas le cas d'un ministère public qui dirige la procédure d'enquête et exerce, le cas échéant, l'action publique. En effet, le ministère public a pour mission non pas de trancher en toute indépendance un litige, mais de le soumettre, le cas échéant, à la juridiction compétente, en tant que partie au procès exerçant l'action pénale »¹³. Il en résulte donc que « le ministère public n'est pas en mesure d'effectuer le contrôle préalable » exigé en vue d'autoriser l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées¹⁴.

Ainsi, la CJUE a-t-elle conclu que « l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale donnant compétence au ministère public, dont la mission est de diriger la procédure d'instruction pénale et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure ultérieure, pour autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation aux fins d'une instruction pénale »¹⁵. Cette solution a été également appliquée aux fonctionnaires de police, qui ne constituent pas une juridiction et ne présentent pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité requises¹⁶.

Quelques années plus tard, les juges de l'Union, ayant recours cette fois à la Directive police-justice¹⁷, ont également exigé l'intervention d'une juridiction ou d'une entité administrative indépendante dans l'hypothèse de l' extraction de données contenues dans un téléphone portable¹⁸. En l'espèce, il résultait de la décision

de renvoi que le droit autrichien permettait aux autorités de police compétentes d'accéder, sans autorisation préalable, à de telles données. La Cour a donc souligné qu'un tel accès était « susceptible de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée de la personne concernée, telles que ses habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de cette personne et les milieux fréquentés par celle-ci »¹⁹. Or, compte tenu du « risque d'une ingérence grave, voire particulièrement grave, dans les droits fondamentaux de la personne concernée », l'accès à des données contenues dans un téléphone portable doit être « subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante »²⁰. En particulier, cette dernière, « intervenant dans le cadre d'un contrôle préalable effectué à la suite d'une demande d'accès motivée [...] », doit être habilitée à refuser ou à restreindre cet accès lorsqu'elle constate que l'ingérence dans les droits fondamentaux que constituerait ledit accès serait disproportionné compte tenu de l'ensemble des éléments pertinents »²¹. Ainsi, « un refus ou une restriction de l'accès à de telles données, par les autorités de police compétentes, doit être opéré si, compte tenu de la gravité de l'infraction et des besoins de l'enquête, un accès au contenu des communications ou à des données sensibles n'apparaît pas justifié »²².

Cependant, contrairement à une jurisprudence antérieure, la Cour a considéré, en l'espèce, que cette technique d'enquête ne devrait pas se limiter aux infractions relevant de la criminalité grave, car une telle limitation aurait pour conséquence de restreindre les pouvoirs d'enquête des autorités compétentes, au sens de la

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*, § 55.

14. *Ibid.*, § 57.

15. *Ibid.*, § 59.

16. CJUE, 5 avr. 2022, n° C-140/20, *Commissioner of An Garda Siochana*.

17. Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales.

18. CJUE, gr. ch., 4 oct. 2024, n° C-548/21, *CG c/ Bezirkshauptmannschaft Landeck*, *JCP G* 2024, 1329, note A. Mornet.

19. *Ibid.*, § 93.

20. *Ibid.*, § 102.

21. *Ibid.*, § 105.

22. *Ibid.*, § 106.

Directive police/justice, à l'égard des infractions pénales en général. Or, il en résulterait un accroissement du risque d'impunité pour de telles infractions, compte tenu de l'importance que peuvent avoir de telles données pour les enquêtes pénales. Par conséquent, une telle restriction méconnaîtrait la nature spécifique des missions accomplies par ces autorités et nuirait à l'objectif de réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein de l'Union que poursuit la directive précitée. Ainsi, afin de satisfaire à cette exigence, il appartient « au législateur national de définir de manière suffisamment précise les éléments, notamment la nature ou les catégories des infractions concernées, devant être pris en compte »²³.

Prenant en considération les éléments précédemment exposés, les juges de l'Union ont conclu qu'une réglementation nationale peut conférer aux autorités compétentes la possibilité d'accéder aux données contenues dans un téléphone portable, à des fins de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales en général, dès lors que cette réglementation définit, de manière suffisamment précise, la nature ou les catégories des infractions concernées, garantit le respect du principe de proportionnalité, et soumet l'exercice de cette possibilité, sauf cas d'urgence dûment justifié, à un contrôle préalable d'un juge ou d'une entité administrative indépendante.

Même si cette affaire ne mettait pas en cause les attributions du parquet dans le procès pénal, la solution adoptée ne fait toutefois que fragiliser sa place dans le domaine des enquêtes, en imposant clairement l'intervention d'un juge ou d'une autorité présentant les garanties d'indépendance et d'impartialité pour assurer le contrôle préalable à l'autorisation d'extraction de données contenues dans un téléphone portable.

Certes, la jurisprudence de la CJUE, qui stigmatise le cumul des fonctions du parquet dans la phase préalable au procès pénal et son absence de neutralité, n'est pas sans rappeler celle de la Cour européenne des droits de l'homme, ayant affirmé, à plusieurs reprises, que l'impartialité des membres du ministère public est compromise,

dès lors qu'ils sont chargés de contrôler en amont une mesure privative de liberté, telle que la garde à vue, et sont susceptibles, ultérieurement, d'intervenir dans la même procédure en tant qu'organes de poursuite. Pour les juges de Strasbourg, il importe peu que le membre du parquet n'ait pas réellement mis en mouvement l'action publique; dès lors qu'il y avait une simple possibilité d'exercer les poursuites à l'encontre de la personne conduite devant lui, à la suite d'une arrestation, « son impartialité peut paraître sujette à caution »²⁴.

Ces indications fournies, il est permis de s'interroger sur les conséquences de la jurisprudence européenne sur la législation nationale.

II. Les incidences du « droit européen » sur le droit français

À la suite de la jurisprudence de la CJUE, la chambre criminelle de la Cour de cassation a réagi, en transmettant au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité tendant à contester les dispositions des articles 230-32 et 230-33 du code de procédure pénale relatives à la géolocalisation²⁵. Même si les dispositions en cause ont été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif des décisions du Conseil constitutionnel n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 et n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, la Haute juridiction a considéré que l'arrêt de la CJUE, rendu en grande chambre le 2 mars 2021, était « susceptible de constituer un changement de circonstances », dès lors que la juridiction européenne a estimé qu'une décision autorisant une mesure de géolocalisation devait être prise par une autorité distincte de celle assurant la direction de l'enquête et l'engagement des poursuites dans la suite de la procédure. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas partagé un tel point de vue, en affirmant que « le législateur a entouré la mise en œuvre des mesures de géolocalisation de garanties de nature à assurer, dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions

23. *Ibid.*, § 99.

24. V. notamment : CEDH, 22 mai 1984, n° 8805/79, *De Jong, Baljet et Van den Brink*; CEDH, 23 oct. 1990, n° 12794/87, *Huber c/ Suisse*; CEDH, 3 juin 2003, n° 33343/96, *Pantea c/ Roumanie*.

25. Crim. 9 juin 2021, n° 20-86.652.

et le droit au respect de la vie privée »²⁶. Par conséquent, les dispositions litigieuses ont été déclarées conformes à la Constitution.

Puis, par les arrêts du 12 juillet 2022²⁷, la chambre criminelle s'est prononcée pour la non-conformité des dispositions des articles 60-1, 60-2, 77-1-1 et 77-1-2 du code de procédure pénale concernant la conservation et l'accès aux données de connexion au droit de l'Union européenne en ce qu'elles ne prévoient pas un contrôle préalable par une juridiction ou une autorité administrative indépendante. Dans un communiqué relatif aux arrêts précités, la Haute juridiction a souligné que « le procureur de la République dirige la procédure d'enquête et exerce, le cas échéant, l'action publique », si bien qu'« il est ainsi impliqué dans la conduite de l'enquête pénale et n'a pas une position de neutralité vis-à-vis des parties à la procédure pénale, comme l'exige le droit de l'Union ». En revanche, le juge d'instruction est habilité à contrôler l'accès aux données de connexion. En effet, d'une part, il n'est pas une partie à la procédure mais une juridiction qui statue notamment sur les demandes d'actes d'investigation formées par les parties, lesquelles disposent d'un recours en cas de refus ; d'autre part, il n'exerce pas l'action publique mais statue de façon impartiale sur le sort de celle-ci, mise en mouvement par le ministère public ou, le cas échéant, la partie civile.

Compte tenu de cette jurisprudence, la personne mise en examen peut donc, sous certaines conditions, invoquer la violation de l'exigence de contrôle indépendant de l'accès à ses données de connexion. Cependant, l'acte ayant permis d'accéder aux données ne peut être annulé par la juridiction répressive que s'il a été porté atteinte à la vie privée de la personne concernée ou si celle-ci a subi un préjudice.

À vrai dire, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités, la chambre criminelle n'a fait droit à aucune requête en nullité, puisqu'elle a fixé un régime de nullités particulièrement « exigeant »²⁸. Plus précisément, dans les affaires pour lesquelles les personnes mises en examen n'avaient aucun droit sur les lignes télépho-

niques, les requêtes en nullité ont été jugées irrecevables.

Dans les affaires pour lesquelles les personnes mises en examen avaient un droit sur les lignes téléphoniques, les pourvois ont été rejetés car les données de connexion ont été régulièrement conservées dès lors que les faits relevaient bien de la criminalité grave (meurtre en bande organisée, destruction par moyen dangereux, importations et exportations de centaines de kilos de stupéfiants par organisation criminelle de dimension internationale, etc.), et que les réquisitions aux opérateurs des données de connexion (identité, trafic, localisation) et leur exploitation étaient nécessaires au bon déroulement des enquêtes.

En outre, bien que des enquêteurs aient eu irrégulièrement accès aux données de trafic et de localisation dans le cadre d'une enquête de flagrance menée sous le contrôle du procureur de la République, la Haute juridiction a jugé que la chambre de l'instruction avait valablement pu rejeter les demandes de nullité, car, en l'espèce, les catégories de données visées et la durée pendant laquelle il a été possible d'y avoir accès étaient limitées à ce qui était strictement nécessaire au bon déroulement de l'enquête.

Enfin, la chambre criminelle a estimé que l'accès par des enquêteurs, qui avaient agi sur commission rogatoire du juge d'instruction, à ces données a été régulièrement accordé.

Deux ans plus tard, la Cour de cassation, se référant également au droit de l'Union européenne, a étendu la jurisprudence sur les réquisitions des données de connexion à la géolocalisation, en temps réel, d'une ligne téléphonique²⁹. En particulier, elle a estimé que, à la différence de la géolocalisation d'un véhicule, qui peut être ordonnée, pour une durée limitée, par le procureur de la République, la géolocalisation en temps réel d'une ligne téléphonique est soumise à la Directive 2002/58/CE en ce qu'elle suppose l'accès à des données de localisation par l'intermédiaire d'un opérateur de services de communications électroniques.

Or, conformément au droit de l'Union européenne, une telle géolocalisation doit être préala-

26. Cons. const., 23 sept. 2021, n° 2021-930 QPC.

27. Crim. 12 juill. 2022, n°s 21-83.710, 21-83.820, 21-84.096 et 20-86.652, *JCP G* 2022, 1123, note O. Cahn.

28. V. note O. Cahn, préc.

29. Crim. 27 févr. 2024, n° 23-81.061, *JCP G* 2024, 412, note S. Detraz.

blement autorisée par une juridiction ou une autorité administrative indépendante. Par conséquent, la Haute juridiction a constaté la non-conformité du droit français au droit de l'Union européenne, dès lors qu'il autorise le procureur de la République à ordonner la géolocalisation d'un téléphone et permet aux enquêteurs d'accéder en temps réel aux données de localisation de l'appareil, sans prévoir de contrôle préalable de ces mesures par une juridiction ou une entité administrative indépendante³⁰. Toutefois, la chambre criminelle a précisé qu'il ne sera possible d'annuler une mesure de géolocalisation de téléphone que si l'irrégularité constatée a occasionné un préjudice à la personne mise en examen. Plus précisément, ce préjudice est établi lorsque le recours à la géolocalisation a eu lieu dans le cadre d'une procédure qui ne relevait pas de la lutte contre la criminalité grave ou que cette mesure n'était pas strictement nécessaire aux besoins de l'enquête.

Mais si la chambre criminelle fait application de la jurisprudence de la CJUE, tout en veillant à ce qu'une telle application n'entraîne pas l'annulation des procédures, tel n'est pas le cas du législateur français qui reste, de manière générale, insensible à cette jurisprudence. On rappellera, à cet égard, que, dans le cadre d'une enquête de flagrance, le procureur de la République ou les officiers de police judiciaire ou, sous le contrôle de ces derniers, les agents de police judiciaire ou les assistants d'enquête (dans le cas prévu au 3^o de l'article 21-3 C. proc. pén.) peuvent, par tout moyen, **requérir de toute personne**, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique, qui sont **susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête**, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de

leur remettre ces informations, notamment sous forme numérique, sans que puisse leur être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel (C. proc. pén., art. 60-1). Quant à l'enquête préliminaire, le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire ou, sous le contrôle de ces derniers, les assistants d'enquête (dans le cas prévu au 3^o de l'article 21-3 C. proc. pén.) peuvent procéder à de telles réquisitions (C. proc. pén., art. 77-1-1).

On constate donc que même si le législateur, tirant les conséquences de la déclaration d'constitutionnalité³¹ de certaines dispositions relatives aux réquisitions délivrées dans le cadre d'une enquête préliminaire, est intervenu, avec la Loi n° 2022-299 du 2 mars 2022, afin de mieux encadrer ces opérations, il a laissé intact le dispositif, qui autorise le procureur de la République, et même les fonctionnaires de police, à avoir recours aux réquisitions de données informatiques. Sur ce point, on pourra faire observer que pour le Conseil constitutionnel, les pouvoirs de décision et de contrôle confiés en la matière au procureur de la République, « magistrat de l'ordre judiciaire auquel il revient, en application de l'article 39-3 du code de procédure pénale, de contrôler la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits », ne portent pas atteinte au droit au respect de la vie privée³².

Cependant, bien que ce dispositif soit déclaré conforme à la Constitution, il est peu compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui exige que de telles réquisitions fassent l'objet d'un contrôle préalable par une autorité administrative indépendante ou une juridiction.

De même, il se concilie mal avec les dispositions de l'article 4, 2^o du Règlement (UE)

30. V. art. 230-34-1 C. proc. pén., inséré par la Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (art. 6-1, 33^o), qui confère au juge des libertés et de la détention (dans le cadre d'une enquête) ou au juge d'instruction (en cas d'ouverture d'une information judiciaire) le pouvoir d'autoriser l'activation à distance d'un appareil électronique, à l'insu ou sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur, aux seules fins de procéder à sa localisation en temps réel. Ce texte précise, par ailleurs, qu'il ne peut être recouru à l'activation à distance d'un appareil électronique que lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relative à un crime ou à un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement l'exigent.

31. Cons. const., 3 déc. 2021, n° 2021-952 QPC, *JCP G* 2022, 133, note Ph. Collet.

32. Cons. const., 20 mai 2022, n° 2022-993 QPC, § 13 et § 14.

2023/1543 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2023³³, selon lesquelles une injonction européenne de production visant à obtenir des données relatives au trafic, à l'exception de celles demandées à la seule fin d'identifier l'utilisateur, ou visant à obtenir des données relatives au contenu, ne peut être émise (ou validée) que « par un juge, une juridiction ou un juge d'instruction compétents dans l'affaire concernée ».

Or, si l'on s'appuie sur la jurisprudence de la CJUE ou les dispositions du règlement précité, il est permis de penser qu'il conviendrait de confier le pouvoir d'autorisation des mesures en cause soit à une autorité administrative indépendante, à l'exemple du contrôleur des demandes de données de connexion en matière de concurrence (C. com., art. L. 450-3-3), telle que l'Agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires (ANTENJ)³⁴, ou à un juge indépendant, comme le juge des libertés et de la détention.

Telle est, d'ailleurs, la recommandation du rapport d'information établi par Mme A. Canayer et M. Ph. Bonnecarrère, ayant suggéré de conférer « le contrôle des autorisations d'accès aux données de connexion, en particulier aux données de trafic et de localisation », au juge des libertés et de la détention³⁵. Selon les rapporteurs, cette solution serait « la réponse la plus forte aux exigences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et la plus conforme avec notre logique judiciaire nationale ». Ainsi, afin de faciliter le contrôle du juge des libertés et de la détention, il conviendrait de concevoir un système informatique reliant ser-

vices d'enquête, procureurs et juges des libertés et de la détention. Dans un tel système, les services d'enquête effectueraient une demande motivée d'accès aux données de connexion qui serait transmise au parquet. Ce dernier l'autoriserait dans le cas des demandes d'accès à des données d'identification, tandis qu'il donnerait un avis sur les demandes d'accès aux données de trafic et de localisation. Les demandes validées par le parquet seraient alors transmises au juge des libertés et de la détention qui se chargerait de les autoriser. Ce système informatique de visas aurait deux avantages principaux : la rapidité et l'allégement de la charge procédurale, d'une part, et la traçabilité des demandes et autorisations accordées, d'autre part.

Quo qu'il en soit, le droit européen devrait inciter le législateur français à créer un régime juridique unique pour toutes les opérations tendant à la collecte des preuves numériques. Ces actes devraient systématiquement être autorisés par le juge des libertés et de la détention dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire et par le juge d'instruction en cas d'ouverture d'une information judiciaire.

Il reste, enfin, à souhaiter que le législateur réfléchisse, dans un avenir proche, à une nouvelle répartition des compétences entre le parquet et le juge des libertés et de la détention dans le domaine des enquêtes, en tenant compte de l'ampleur effective de l'impact des actes susceptibles d'être accomplis sur la vie privée des personnes en faisant l'objet³⁶.

33. Ce règlement est relatif aux injonctions européennes de production et aux injonctions européennes de conservation concernant les preuves électroniques dans le cadre des procédures pénales et aux fins de l'exécution de peines privatives de liberté prononcées à l'issue d'une procédure pénale.

34. Cette autorité est actuellement chargée de la mise en œuvre de la plate-forme nationale des interceptions judiciaires (PNIJ).

35. Sénat, *Rapport d'information sur les modalités d'investigation recourant aux données de connexion dans le cadre des enquêtes pénales*, n° 110, 15 nov. 2023 (Proposition n° 7), p. 103 à 105.

36. *Ibid.*, p. 107.

Un article, une réforme

Repenser le contrôle des mesures de sûreté pré-sentencielles

Pauline Le Monnier de Gouville

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université Paris-Panthéon-Assas

Si la liberté n'est guère une invention juridique, il revient toutefois au législateur de chercher à la protéger, en l'encadrant dans des conditions qui permettent de rendre toute atteinte exceptionnelle. Tel est le cas au stade de la phase préparatoire du procès pénal, la loi assurant « la prééminence de la liberté au regard de la présomption d'innocence »¹. Par exception, la personne mise en examen peut faire l'objet de mesures de sûreté que nous qualifierons de pré-sentencielles et qui se présentent de manière graduelle au regard de la *gravité* de l'atteinte portées aux libertés individuelles. La première d'entre elles, créée par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, consiste en un placement sous contrôle judiciaire, qui vise à laisser en liberté la personne prévenue tout en la soumettant à une ou plusieurs obligations, de faire ou de ne pas faire². Depuis la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, la personne mise en examen peut également faire l'objet d'une assignation à résidence sous surveillance électronique (ci-après

« ARSE »)³. Cette mesure s'envisage comme une voie alternative, intermédiaire et subsidiaire au contrôle judiciaire : la personne mise en examen peut être assignée à résidence si les obligations du contrôle « se révèlent insuffisantes »⁴. Cette voie peut être cumulative puisque le juge a la possibilité d'astreindre l'intéressé à résidence tout en le soumettant aux obligations découlant d'un contrôle judiciaire⁵. Enfin, « à titre exceptionnel », si les obligations du contrôle judiciaire et de l'ARSE ne permettent pas d'atteindre les objectifs fixés par la loi, le prévenu peut être placé en détention provisoire, mesure qui représente le dernier pallier de contrainte, *l'ultima ratio*⁶. Selon les chiffres-clés du ministère de la Justice 2024, en 2023, au stade de l'instruction préparatoire, 3 % des mis en examen ont été soumis à une mesure d'ARSE, 39 % placés en détention provisoire, et 58 % ont fait l'objet d'un contrôle judiciaire⁷.

Au sein du dispositif français, ces trois mesures poursuivent un même objectif puisqu'elles

1. J.-P. Céré, « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJ pén.* 2009, p. 476; L. n° 2009-1436, 24 nov. 2009, art. 71.

2. CPP, art. 138 s. Sur le sujet, v. Dossier « Le contrôle judiciaire », *AJ pén.* 2024, p. 599.

3. CPP, art. 142-5 et 142-6.

4. CPP, art. 137.

5. CPP, art. 142-5.

6. CPP, art. 137.

7. Ministère de la justice, *Les chiffres clés de la justice*, Édition 2024, p. 16.

peuvent être décidées soit en raison des nécessités de l'instruction, soit à titre de mesure de sûreté⁸. Il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que la section 7 du chapitre premier du titre III du Livre premier du code de procédure pénale⁹ regroupe ces trois mesures pouvant être décidées, à l'égard de la personne mise en examen, pendant l'instruction. Alors qu'est en cours un projet de réécriture du code de procédure pénale, c'est sous le vocable de « mesures de sûreté pré-sentencielles » que ces trois dispositifs seraient regroupés et ainsi présentés. Si ces mesures peuvent également être décidées hors d'une instruction en attendant l'audience de jugement, le champ de notre étude sera celui de l'information judiciaire, qui repose sur une articulation de pouvoirs entre le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention (ci-après « JLD »). Au cœur de ces mesures, se trouve en effet le juge judiciaire, garant de la liberté individuelle au regard de l'article 66 de la Constitution. Le tournant majeur a lieu avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, qui crée l'institution du JLD en vue de décider de la mise en œuvre de la détention provisoire. Cette initiative se situe dans le prolongement de réflexions menées sur le plan national – on pense notamment aux travaux de la Commission présidée par Mme M. Delmas-Marty¹⁰ –, mais aussi des exigences européennes. Dans son arrêt *Huber c/ Suisse*, la Cour de Strasbourg n'exclut pas que « le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions, mais son impartialité peut être sujette à caution [...] s'il peut intervenir dans la procédure ultérieure en qualité de partie poursuivante »¹¹. En France, la difficulté résultait du cumul de fonctions exercées par le juge d'instruction, à la fois « Maigret et Salomon », pour reprendre l'expres-

sion de M. R. Badinter¹². D'après l'exposé des motifs du projet de loi présenté par Mme la Ministre É. Guigou, « le renforcement des droits des citoyens implique que le contentieux de la liberté et de la détention soit réservé à un juge du siège, en position d'arbitre impartial "paraissant tel aux yeux de tous" selon les termes de la Convention européenne. Pour que les mesures de détention provisoire fassent l'objet d'un examen rigoureux et soient réduites au strict nécessaire, leur prononcé doit être confié à un juge distinct du juge d'instruction »¹³. Tel est l'objet de la loi du 15 juin 2000, avec laquelle le juge d'instruction se voit retirer la plupart de ses pouvoirs, subissant de la sorte une « *capitis diminutio* »¹⁴. S'il était tentant de s'inspirer des systèmes judiciaires applicables en Allemagne et Italie, au sein desquels l'instruction a été supprimée au profit d'une enquête menée par le ministère public sous le contrôle d'un juge tiers aux investigations, telle n'est pas la solution retenue par le législateur, qui semble faire œuvre d'un compromis entre la création d'un juge tiers à l'instruction et le maintien du juge d'instruction. Un double compromis en effet, face à l'impossible mise en place de la collégialité de l'instruction préparatoire, d'abord, mais aussi face à la suppression du juge d'instruction, auquel le système judiciaire français reste attaché. Avec cette réforme, relevait Mme M. Delmas-Marty, c'est un « dédoublement » du juge qui s'opère : l'apparition du JLD sans disparition du juge d'instruction¹⁵. On sait, depuis, le développement considérable des pouvoirs de ce magistrat : « juge orchestre », « couteau suisse »¹⁶ de la procédure pénale, le JLD acquiert progressivement un rôle qui dépasse le contentieux de la détention provisoire, que son contrôle irrigue les enquêtes pénales ou qu'il se

8. *Ibid.*

9. « Section 7 : Du contrôle judiciaire, de l'assignation à résidence et de la détention provisoire (art. 137 à 150) ».

10. Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, M. Delmas-Marty (prés.), *La mise en état des affaires pénales*, 1991.

11. CEDH, 23 oct. 1990, n° 12794/87, *Huber c/ Suisse*, § 43.

12. R. Badinter, « La mort programmée du juge d'instruction », *Le Monde*, 21 mars 2009.

13. Ass. nat., *Projet de loi relatif au renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes*, n° 1079, 16 sept. 1998, p. 8.

14. G. Roujou de Boubée, « Le juge unique en matière pénale, essai d'un bilan provisoire », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Boulloc*, Dalloz, 2006, p. 1001, spéc. p. 1003. L'expression signifie « réduction de compétence ».

15. M. Delmas-Marty, « Une nouvelle procédure pénale ? », *RSC* 2001, p. 3.

16. L'expression est celle de M^e P. Bruno, lors du colloque « Le JLD : un juge orchestre, protecteur... ou alibi des libertés ? », TJ de Marseille et Barreau de Marseille, 5 avr. 2024.

soit étendu à d'autres contentieux, comme la rétention des étrangers, l'hospitalisation sans consentement ou les visites et saisies¹⁷.

Or cette coexistence de deux juges du siège est une spécificité française : le législateur maintient, d'un côté, l'existence du juge d'instruction, tout en créant, de l'autre côté, une institution dont la compétence est proche de celle d'un juge de l'enquête qu'ont institué, par exemple, l'Allemagne et l'Italie. La difficulté est que la juxtaposition de pouvoirs et de contrôles distincts perdure sans que leur articulation ait toujours été réglée. Si le constat de l'asphyxie de la procédure pénale a été dressé par de multiples travaux¹⁸, une étape est franchie avec les États généraux de la justice, dont le rapport met en lumière les maux rencontrés par les professionnels du droit : un code « illisible » et « peu praticable » en raison, notamment, d'un enchevêtrement de dispositions particulièrement confuses¹⁹. Nul doute que l'enchevêtrement, voire la concurrence, des contrôles du juge judiciaire participent de cette complexité.

Dans le cadre de cette étude prospective, le choix a été fait de porter l'attention sur les mesures pré-sentencielles, précisément car il nous semble que l'objectif de simplification, qu'appelle notamment de ses vœux le rapport Sauvé, pourrait être satisfait à travers un aplanissement du contentieux et une clarification de l'autorité compétente. Le contrôle des mesures attentatoires aux libertés individuelles représente l'ADN du JLD : il est l'acteur mais aussi le pivot de la phase préparatoire du procès qui garantit, en tant que tiers aux investigations, l'impartialité du contrôle réalisé. C'est en le plaçant au cœur d'un contrôle unifié des mesures pré-sentencielles (II) qu'il nous semble possible de surmonter les incohérences procédurales liées à l'asymétrie des contrôles prévus en la matière (I).

I. Un contrôle asymétrique des mesures de sûreté pré-sentencielles

Le premier constat tient à l'asymétrie de procédures entre le placement *ab initio* en détention provisoire et le contrôle *a posteriori* de la mesure, le JLD disposant en la matière d'un pouvoir restreint (A). C'est également d'un pouvoir limité dont dispose le JLD s'agissant des autres mesures pré-sentencielles (B).

A. Le pouvoir restreint de contrôle du JLD en matière de détention provisoire

1. Un pouvoir limité du JLD en matière de prolongation de la détention

Selon l'article 137-1 du code de procédure pénale, « La détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention ». Si cette disposition a pu laisser penser que le juge d'instruction s'est vu priver, simultanément, de son pouvoir de placer un individu en détention provisoire et d'en ordonner la prolongation²⁰, tel n'est pas véritablement le cas, pour deux raisons.

L'absence d'un pouvoir d'auto-saisine du JLD. La première est qu'en l'état des textes, le JLD ne dispose pas d'un pouvoir propre de prolonger ou non la détention, mesure qu'il a pourtant lui-même ordonnée. En effet, le législateur ne lui reconnaît pas de pouvoir d'auto-saisine, de sorte que son intervention au stade de la prolongation de la mesure de détention provisoire dépend de la saisine à cette fin par le juge d'instruction²¹. Or l'hypothèse est différente de celle du placement *ab initio* : autant le pouvoir d'auto-saisine du JLD aux fins de placement en détention dans un dossier dont il n'a pas encore connaissance se conçoit difficilement, autant la possibilité pour lui de suivre la détention qu'il a lui-même décidée, et de se saisir par conséquent du dossier pour prolonger la mesure arrivant à échéance ou au contraire remettre l'individu en

17. Pour aller plus loin, v. Dossier « Le juge des libertés et de la détention et ses nouvelles attributions », *Revue Justice Actualités ENM*, n° 27, janv. 2023.

18. V. not. Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 233-234 ; M.-L. Rassat, *Rapport au garde des Sceaux sur des propositions de réforme du code de procédure pénale*, 1996 ; Ph. Léger, *Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009.

19. J.-M. Sauvé (prés.), *Comité des États généraux de la justice, Rendre justice aux citoyens*, 2022, p. 195.

20. V. par ex. Ch. Guéry, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire. Juge d'instruction – chambre de l'instruction*, Dalloz Action, 2025-2026, 433.11, p. 560.

21. CPP, art. 137-1.

liberté, offrirait la garantie d'un contrôle continu sur la détention. Dans le prolongement de ce constat, une différence essentielle est à relever avec l'ordonnance de placement *ab initio*, dans l'hypothèse où le juge d'instruction serait en désaccord avec les réquisitions prises par le procureur de la République aux fins de prolongation de la détention. En ce cas de figure, le juge d'instruction qui estimerait non justifiées les réquisitions du procureur aux fins de prolongation, et refuserait donc de saisir en ce sens le JLD, n'a pas l'obligation de rendre une ordonnance motivée justifiant d'un tel refus. Les dispositions issues de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, qui imposent au juge d'instruction de statuer par ordonnance motivée même si la détention n'est pas envisagée, ne visent en effet que l'hypothèse de réquisitions tendant au placement en détention provisoire²². Le juge d'instruction conserve donc le choix de saisir ou non le JLD aux fins de prolongation, sans avoir à justifier d'un éventuel refus. De plus, au stade de la prolongation de la mesure, il n'existe pas de mécanisme permettant au procureur de la République de saisir directement le JLD lorsque le juge d'instruction s'oppose à l'idée d'une prolongation de la détention provisoire – à la différence de ce qui est prévu, sous conditions, au stade du placement en détention²³. Au regard de ces éléments, le juge d'instruction conserve donc le pouvoir de décider en amont si la mesure de détention provisoire doit ou non être prolongée. À cela s'ajoute que, depuis le 30 septembre 2024, à tout moment de la procédure et notamment lorsqu'il envisage de saisir le JLD aux fins de prolongation de la détention provisoire, le juge d'instruction peut solliciter du service pénitentiaire d'insertion et de probation un rapport sur la situation familiale, matérielle ou sociale de la personne détenue permettant d'apprécier ses garanties de représentation et les possibilités d'une alternative à la détention provisoire²⁴.

L'éviction du contrôle du JLD au-delà de la clôture de l'information. Outre l'absence d'un pouvoir d'auto-saisine du JLD, le second élément à prendre en considération est que le contrôle du JLD se trouve évincé au-delà de l'ordonnance de clôture de l'instruction. Rappelons qu'en principe, en matière correctionnelle, la détention provisoire prend fin à la clôture de l'instruction judiciaire²⁵. Dans certaines hypothèses, le législateur permet toutefois de décider du maintien en détention du prévenu. Or, ce pouvoir revient non pas au JLD, mais au juge d'instruction, lequel peut d'ailleurs décider de prononcer non pas le maintien en détention mais le placement sous contrôle judiciaire ou sous ARSE – le contrôle du JLD n'étant nullement prévu à ce stade²⁶. En matière criminelle, les ordonnances de mise en accusation ont pour effet d'entraîner le maintien en détention provisoire de la personne mise en examen²⁷. L'hypothèse que nous visons toutefois est celle de l'annulation d'une ordonnance de mise en accusation puisqu'en ce cas, le titre de détention disparaît logiquement avec elle et la détention provisoire ne repose plus que sur le mandat de dépôt délivré antérieurement à l'ordonnance de règlement. La mise en liberté devrait alors pouvoir être immédiate, sauf à ce que la détention soit de nouveau prolongée, dans le respect des conditions de l'article 145-2 du code de procédure pénale, c'est-à-dire sur ordonnance du JLD, après débat contradictoire. Or, la Cour de cassation retient une solution différente en approuvant, dans un tel cas de figure, le maintien en détention de l'individu. Selon elle, lorsque la chambre de l'instruction évoque et dessaisit le juge d'instruction en vertu de l'article 206 du code de procédure pénale, l'article 145-2 dudit code, qui donne compétence au JLD pour prolonger la détention provisoire en matière criminelle, ne peut s'appliquer que jusqu'à l'ordonnance de règlement. La Cour de cassation fait revivre, en quelque sorte, le mandat

22. CPP, art. 137-4.

23. *Ibid.*

24. CPP, art. 145-1, al. 4.

25. CPP, art. 179.

26. CPP, art. 179.

27. CPP, art. 181.

de dépôt initial²⁸. Dans le même sens, l'article 181 dispose : « Si l'accusé est placé en détention provisoire, le mandat de dépôt décerné contre lui conserve sa force exécutoire et l'intéressé reste détenu jusqu'à son jugement par la cour d'assises ». La question de la prévision d'un contrôle ultérieur sur la procédure est ainsi évincée. Au demeurant, un tel raisonnement confère une force non négligeable au mandat de dépôt initialement délivré par le JLD et conduit à éluder les garanties de renouvellement de la détention, pourtant précisément définies jusqu'à l'ordonnance de règlement. En définitive, le caractère automatique du maintien en détention en matière criminelle surprend, dans un domaine – criminel – où les enjeux, liés à la durée, plus longue, de détention, pourraient légitimer l'intervention du JLD. C'est bien le critère de gravité qui, très souvent, justifie aux yeux du législateur la compétence de ce magistrat²⁹ : pourquoi ne pas l'utiliser ici ?

Les limites à l'intervention du JLD apparaissent également à l'étude de son pouvoir de mettre en liberté l'intéressé.

2. Le pouvoir subsidiaire du JLD de décider de la mise en liberté

Dès lors que les motifs qui justifient la détention n'existent plus, le magistrat doit y mettre fin. Or, le juge d'instruction conserve le pouvoir d'ordonner la mise en liberté de l'intéressé. Le JLD n'intervient, lui, qu'à titre subsidiaire.

Le pouvoir du juge d'instruction d'une mise en liberté d'office. Le juge d'instruction a tout d'abord la possibilité de mettre en liberté, d'office, une personne placée en détention. Il s'agit là d'un pouvoir considérable maintenu au bénéfice du magistrat instructeur, qui peut en disposer à tout moment de la procédure après avis du pro-

cureur de la République et ce, en quelles matières que ce soit, à charge pour la personne mise en examen de se représenter à tous les actes de la procédure et de tenir informé le juge de ses déplacements³⁰. De son côté, le procureur dispose également d'un pouvoir d'initiative en requérant auprès du juge d'instruction la mise en liberté de l'individu³¹. S'il approuve cette demande, le juge prononce la mise en liberté immédiate de la personne mise en examen. À ce stade de la procédure, le JLD n'a toujours pas été sollicité. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une divergence entre le procureur de la République et le juge d'instruction que celui-ci doit, alors, saisir le JLD. Lorsque le juge d'instruction choisit de ne pas déférer aux réquisitions du ministère public, il a en effet l'obligation, dans les cinq jours à compter de la date des réquisitions, de transmettre le dossier, assorti de son avis motivé, au JLD, lequel se prononce dans un délai de trois jours ouvrables, sans débat contradictoire³². En définitive, le juge d'instruction, seul ou en accord avec le procureur, peut remettre la personne en liberté, sans que le JLD, qui a pourtant décidé son placement en détention, ait un avis à émettre. L'unique cas de saisine de ce magistrat prévu par la loi confère à son intervention un caractère résiduel : ce n'est que par défaut que le JLD est saisi, afin de résoudre un désaccord entre le magistrat instructeur et le procureur de la République.

Le pouvoir du juge d'instruction d'une mise en liberté facultative. Le constat est similaire dans le cadre des mises en liberté dites « facultatives ». La personne mise en examen, ou son avocat, dispose du droit d'émettre de sa propre initiative une demande de mise en liberté, à tout moment de la procédure³³. La décision de mise en liberté demeure une faculté pour le juge, lais-

28. Crim., 16 févr. 2005, n° 04-87178, *AJ pén.* 2005, p. 201, obs. C. Girault : « Le mandat de dépôt criminel, en l'état de l'annulation de l'ordonnance de mise en accusation, reprend ses effets jusqu'au prononcé de la mise en accusation par la juridiction du second degré ». À l'inverse, si la chambre de l'instruction n'évoque pas, le JLD redevient compétent (cf. Crim., 16 févr. 2010, n° 09-88.030, *AJ pén.* 2010, p. 247, obs. L. Ascensi). Rappr. Crim., 11 juill. 2007, n° 07-83103 : lorsque la décision du JLD disant n'y avoir lieu à prolongation de la détention provisoire et ordonnant la mise en liberté sous contrôle judiciaire de la personne mise en examen n'a pas encore pris ses effets au moment où l'ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises est rendue, le mandat de dépôt conserve sa force exécutoire en application des dispositions de l'article 181 du code de procédure pénale.

29. On pense notamment à la compétence du JLD pour contrôler les actes d'investigation.

30. CPP, art. 147.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. CPP, art. 148.

sée à sa souveraine appréciation et à sa conscience³⁴. Or là encore, pendant le cours de l'instruction et jusqu'à l'ordonnance de règlement, le juge d'instruction est seul compétent pour statuer sur une telle demande³⁵, dont il apprécie librement le bien-fondé. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un refus de faire droit à la demande de l'intéressé qu'il doit, dans le délai de dix (et non plus cinq, depuis la loi n° 2025-532 du 15 juin 2025) jours à compter de la communication au ministère public, transmettre le dossier ainsi qu'un avis motivé au JLD, lequel statue alors dans un délai de cinq (et non plus trois) jours ouvrables³⁶. Et ce, sans qu'un débat contradictoire soit organisé alors même que, par définition, il existe un désaccord entre l'intéressé et les autorités. Il est ainsi demandé à ce magistrat de se placer en arbitre de dissensions sans lui offrir l'espace nécessaire pour entendre les intéressés. Dans une décision du 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a approuvé cette procédure, la seule réserve tenant à la nécessité pour le demandeur ou son avocat d'avoir pu obtenir « communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public »³⁷. Il a notamment justifié sa décision par la possibilité pour l'individu de formuler des demandes de liberté à tout moment et par la fréquence de ces demandes susceptibles d'être formulées. Or, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a restreint cette faculté en l'interdisant au détenu tant que le JLD n'a pas statué sur une précédente demande. La loi n° 2025-532 du 15 juin 2025 ajoute désormais qu'à peine d'irrecevabilité, aucune demande de mise en liberté ne peut être formée tant qu'il n'a pas été statué sur l'appel de la décision de rejet d'une précédente demande. Cette irrecevabilité s'applique de plein droit jusqu'à la date de la décision rendue par la chambre de l'instruction. À défaut de pouvoir solliciter sa liberté aussi souvent qu'il le souhaite, il nous semble que le détenu devrait pouvoir bénéficier d'un débat contradictoire lors de l'examen de sa demande.

B. Le pouvoir indirect du JLD de décider d'un placement sous contrôle judiciaire ou sous ARSE

S'agissant des autres mesures de sûreté pré-sentencielles – le contrôle judiciaire et l'ARSE – l'intervention du JLD correspond une nouvelle fois à la nécessité de prévoir le regard d'un magistrat extérieur à l'instruction, portée sur une mesure autre que celle de détention provisoire. La particularité du dispositif tient cependant à la compétence partagée entre le juge d'instruction et le JLD.

1. Le choix résiduel d'un contrôle judiciaire ou d'un placement sous ARSE

À la différence du contentieux de la détention provisoire, le législateur n'a pas fait le choix de retirer au magistrat instructeur le monopole du placement *ab initio* sous contrôle judiciaire ou sous ARSE. Le pouvoir reconnu au JLD en la matière ne concurrence ainsi pas celui du juge d'instruction, pour deux raisons.

Une saisine préalable aux fins de détention provisoire. D'abord, le pouvoir pour le JLD de prononcer un contrôle judiciaire ou une mesure d'ARSE ne s'exerce que dans le cadre d'une saisine initiale aux fins de détention provisoire. L'une des différences majeures entre ces deux mesures et celle de détention provisoire tient à l'autorité compétente pour les ordonner : alors que l'article 137-1 du code de procédure pénale énonce que « La détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention », l'article 137-2 rappelle que « Le contrôle judiciaire est ordonné par le juge d'instruction » ; le JLD, quant à lui, « peut » ordonner la mesure, lorsqu'il est saisi. Si le juge d'instruction a l'obligation de recueillir les réquisitions du procureur de la République avant tout placement sous contrôle judiciaire³⁸, cette exigence ne s'impose pas à l'égard du JLD lorsque celui-ci prononce un placement sous contrôle judiciaire car, par définition, sa compétence se trouve conditionnée en

34. R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 5 tomes, 1906 à 1929, t. 3, n° 863 ; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 4, *De l'instruction écrite*, 2^e éd., H. Plon, 1866, p. 676-677, n° 1991.

35. CPP, art. 148.

36. *Ibid.*

37. Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-62 QPC, § 7, *AJ pén.* 2011, p. 136, obs. J.-B. Perrier.

38. CPP, art. 137-2.

amont par une saisine aux fins de placement en détention provisoire, émanant soit du juge d'instruction après lui avoir transmis les réquisitions du procureur³⁹, soit de ce dernier dans le cadre d'un refus du magistrat instructeur⁴⁰. Saisi d'une demande de placement en détention provisoire, le JLD a ainsi la possibilité, et même l'obligation, de prononcer une mesure de contrôle judiciaire ou d'ARSE si l'une de ces mesures lui paraît suffisante; sa décision est guidée par le principe de nécessité et son corollaire, celui de subsidiarité. Comme pour la détention provisoire, le magistrat statue par ordonnance motivée, et est tenu de fixer de façon précise et personnalisée les obligations qu'il entend imposer⁴¹ – mais cette décision reste subordonnée à sa saisine aux fins de détention. La logique est également la même s'agissant de la mesure d'ARSE, que le JLD peut ordonner à l'occasion de sa saisine aux fins de détention provisoire, à l'issue du débat contradictoire, à la demande ou avec l'accord de l'intéressé⁴².

L'absence de contrôle *a posteriori* de la mesure. En outre, le contrôle du JLD s'avère limité, puisque le magistrat ne peut suivre le déroulement du dispositif qu'il ordonne : c'est au juge d'instruction que revient le contrôle *a posteriori* de la mesure. Qu'il s'agisse du contrôle judiciaire ou de l'ARSE, le juge d'instruction conserve le pouvoir de modifier le contenu des obligations qui s'imposent à l'intéressé : en ajouter de nouvelles, en supprimer, les modifier, voire accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'observer certaines d'entre elles⁴³. De même, c'est à lui qu'il revient d'ordonner la mainlevée du contrôle judiciaire mais aussi celle de l'ARSE – les dispositions relatives à l'ARSE procédant par renvoi au régime du contrôle judiciaire⁴⁴. La circulaire d'application de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 reconnaît d'ailleurs expressément que « les prérogatives du juge des libertés en matière de contrôle judiciaire ne sont nullement équivalentes à celle du juge d'instruction. [...] Il n'appartient

pas au juge des libertés ou [sic] de la détention de contrôler le déroulement d'une mesure de contrôle judiciaire comme le fait le juge d'instruction »⁴⁵. Ce rôle limité du juge se retrouve dans le cadre de l'ARSE, dont le régime se calque, à diverses reprises, sur celui du contrôle judiciaire.

En définitive, le pouvoir du magistrat en matière de contrôle judiciaire et d'ARSE ne se révèle qu'indirect, passant nécessairement par le filtre d'une saisine aux fins d'un placement en détention. La symétrie des procédures fait ainsi défaut entre les mesures de détention provisoire, d'ARSE et de contrôle judiciaire, pourtant étroitement liées par les nécessités de l'instruction. Pour quelle cohérence ?

2. L'intrication des pouvoirs de contrôle des mesures de sûreté pré-sentencielles

Difficultés d'articulation des mesures. Dotés tous deux du pouvoir de décider d'un contrôle judiciaire ou d'une ARSE, le JLD et le juge d'instruction se placent ainsi différemment sur l'échiquier judiciaire : en amont de la mesure, la subordination du JLD à une saisine aux fins d'un placement en détention limite la compétence de ce magistrat; en aval, seul le juge d'instruction peut contrôler *a posteriori* le déroulement de la mesure. Le résultat est celui d'une interférence curieuse de pouvoirs : d'une part, celui du JLD de prononcer une mesure de contrôle judiciaire ou d'ARSE que le juge d'instruction a, par définition, estimé insuffisante; d'autre part, le pouvoir pour le juge d'instruction de mettre d'office un terme à la mesure ordonnée par le JLD. Dans le cadre d'une autre étude, nous avons souligné les difficultés d'articulation entre l'ARSE, le contrôle judiciaire et la détention provisoire, au regard de leurs régimes mais aussi de l'autorité compétente⁴⁶. Un exemple mobilisé mérite d'être souligné, qui permet de pointer les incohérences d'une asymétrie procédurale et tient à l'articulation de compétences entre le juge d'instruction et le JLD. La jurisprudence a en effet pu approuver

39. CPP, art. 137-1.

40. CPP, art. 137-4.

41. CPP, art. 137.

42. CPP, art. 142-5 et 142-6.

43. CPP, art. 142-8 et le renvoi à l'art. 139.

44. CPP, art. 142-8 et le renvoi à l'art. 140.

45. Circ. CRIM 00-16 F1 du 20 déc. 2000, *BOMJ* 2000, n° 80.

46. P. Le Monnier de Gouville, « L'assignation à résidence sous surveillance électronique : une mesure efficace face à la détention provisoire ? », in J.-P. Céré et L. Grégoire (dir.), *Dix ans d'application de la loi pénitentiaire*, L'Harmattan, 2021, p. 173.

ver la compétence du premier pour prolonger une mesure d'ARSE pourtant ordonnée par le second⁴⁷. Or, la nature contraignante de la mesure peut légitimement conduire à s'interroger sur l'opportunité de confier ce pouvoir de prolongation au juge qui a lui-même ordonné la mesure⁴⁸ – de la même façon que le JLD est compétent pour prolonger la détention provisoire. Plus encore, rappelons que le JLD qui décide de la mise en œuvre d'une mesure d'ARSE se trouve, à l'origine, saisi par le juge d'instruction aux fins de détention provisoire. C'est donc en désaccord avec ce dernier qu'il choisit de privilégier l'alternative de l'ARSE. Pourquoi, en telle hypothèse, ne pas confier ce pouvoir de prolonger la mesure au JLD dès lors que le juge d'instruction, par définition, n'était pas favorable à sa mise en œuvre *ab initio* ? En outre, si le juge d'instruction peut prolonger la mesure ordonnée décidée par le JLD, l'inverse n'est pas possible et cette considération, ajoutée aux précédentes, nuit à la clarté du dispositif.

Enchevêtrement des recours. Au-delà, la stratification des dispositions qui confèrent des pouvoirs concurrents, de même que la prévision de différents recours, achèvent de rendre la phase préparatoire du procès particulièrement complexe, voire indigeste. Un exemple parmi d'autres peut être souligné, lié à la superposition des voies de référé-liberté et référé-détention et au croisement de pouvoirs concurrents des magistrats. Lorsque le procureur de la République, à la suite du refus du juge d'instruction, saisiit directement le JLD d'une demande de placement en détention provisoire⁴⁹, celui-ci peut l'ordonner si cela lui paraît justifié – cette saisine est prévue par l'article 137-4 du code de procédure pénale qui, selon M. Ch. Guéry, « ne se dissimule pas pour marquer une défiance accrue envers le juge d'in-

struction »⁵⁰. Or, parallèlement, le juge d'instruction conserve son pouvoir de mettre en liberté l'individu, d'office, ou à la demande de ce dernier. Certes, l'avis ou les réquisitions du procureur de la République sont exigés, mais le magistrat n'est pas obligé de les suivre⁵¹. Rien ne lui interdit alors, afin de contester le placement souhaité par le procureur et ordonné par le JLD, de mettre en liberté la personne le lendemain même de son placement en détention, en délivrant une ordonnance en ce sens. Or, rien n'interdit davantage le procureur de la République d'utiliser la procédure de référé-détention⁵² pour s'opposer, précisément, à cette décision de mise en liberté. L'intrication des pouvoirs conduit ainsi, dans la pratique, à l'extension du référé-détention au placement en détention et non plus seulement aux décisions de mise en liberté et ce, au détriment d'une cohésion d'ensemble... jusqu'à parfois rendre, en pratique, ubuesque la situation de l'intéressé qui oscille entre détention et liberté⁵³.

Il y aurait d'autres exemples techniques encore, que l'on ne peut résumer ici – on songe à tout le moins à la question de savoir si le refus par le JLD de prolonger la détention provisoire lui permet, voire l'oblige à rendre une ordonnance de mise en liberté de l'individu. Si les décisions de refus de prolonger la détention provisoire et celle de mise en liberté de l'individu semblent nécessairement liées, elles sont pourtant distinctes au regard de la loi et relèvent d'autorités différentes. Face au silence des textes quant au champ d'action du juge, la Cour de cassation décide que le JLD, saisi par le juge d'instruction d'une demande de mise en liberté dans le cadre de sa compétence de droit commun, a l'obligation de remettre en liberté la personne immédiatement dès que la détention ne lui apparaît pas justifiée⁵⁴. Or lorsqu'il est saisi d'une demande de prolongation de la détention, qu'il refuse, il n'est pas soumis à

47. Crim., 3 oct. 2012, n° 12-84.863, *Dr. pén.* 2012, n° 11, comm. 150, note A. Maron et M. Haas; *Gaz. Pal.* 9 févr. 2013, n° 40, n° 117q6, note F. Fourment. Selon la Cour, les articles 142-5, 142-6 et 142-7 ne font pas obstacle à ce que le juge d'instruction prolonge l'ARSE ordonnée par le JLD. Les articles 142-5 et 142-6 prévoient que l'ARSE peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le JLD, et il ressort de l'article 142-7 qu'elle peut être prolongée par l'un de ces deux juges.

48. En ce sens : F. Fourment, « Prolongation par le juge d'instruction de l'ARSE ordonnée par le JLD », note ss Crim., 3 oct. 2012, n° 12-84.863, *Gaz. Pal.* 9 févr. 2013, n° 117q6; P. Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir*, th. Panthéon-Assas, 2011, D. Rebut (dir.).

49. CPP, art. 137-4.

50. Ch. Guéry, *op. cit.*, 433.56, p. 572.

51. CPP, art. 147 et 148.

52. CPP, art. 148-1-1 et 187-3.

53. Pour un exemple pratique, v. Ch. Guéry, « Une détention exceptionnelle... mais souhaitable », *AJ pén.* 2004, p. 238.

54. Au regard des art. 144, 144-1 et 147 du CPP. V. Ch. Guéry, *op. cit.*, 434.67, p. 634.

cette obligation (cela reste une possibilité pour le JLD de décider de mettre la personne en liberté, qui a été énoncée par la Cour de cassation⁵⁵). Plus encore, s'il décide d'ordonner, *en surplus*, la mise en liberté de la personne, il peut choisir de la différer⁵⁶. Une nouvelle fois, pour quelle cohérence ?

L'asymétrie des contrôles et les quelques exemples d'incohérences procédurales nous conduisent à proposer un alignement des pouvoirs du JLD au sein de la phase préparatoire du procès, pour un contrôle unifié des mesures de sûreté pré-sentencielles.

II. Un contrôle unifié des mesures de sûreté pré-sentencielles

Parce que les trois mesures étudiées sont intrinsèquement corrélées, la proposition consiste à unifier le contrôle applicable en le confiant à un magistrat dédié, tiers aux investigations, le JLD⁵⁷. Le postulat repose sur la nécessité d'un double regard sur la procédure mais aussi l'exigence d'impartialité, qui constitue l'essence de la fonction juridictionnelle – ce que rappelait en 1991 la Commission *Justice pénale et droits de l'homme*⁵⁸. C'est de la réponse à la question de l'impartialité du juge d'instruction que dépend l'avenir du JLD. Or ce principe ne peut être pleinement garanti lorsque le juge, le contrôleur de la légalité des actes, est aussi l'enquêteur⁵⁹ : il s'agit donc de décorreler le contrôle – *a priori* (A), mais aussi *a posteriori* (B) – des mesures de sûreté pré-sentencielles de l'autorité d'investigations.

A. Le contrôle *a priori* des mesures de sûreté pré-sentencielles

1. Des mesures intrinsèquement corrélées

S'agissant des dispositifs tant de contrôle judiciaire que d'ARSE, le JLD ne dispose pas d'un pouvoir de placement *ab initio*, de sorte que sa compétence en la matière se limite à l'hypothèse, en amont, d'une saisine émanant du juge d'instruction aux fins d'une mesure de détention provisoire. Le contrôle judiciaire, l'ARSE et la détention provisoire font ainsi l'objet de régimes distincts alors même que ces mesures sont étroitement liées, au regard à la fois de l'atteinte qu'elles portent à la liberté individuelle – justifiant le contrôle d'un juge du siège – et de leur fondement juridique, à savoir : les nécessités de l'instruction ou en tant que mesure de sûreté⁶⁰. La possibilité pour le JLD de prononcer une mesure de contrôle judiciaire ou d'ARSE lorsqu'il est saisi d'une mesure de détention provisoire atteste bien de ce lien intrinsèque. Cette étroite corrélation se manifeste, encore, par la nature hybride de l'ARSE, voie intermédiaire entre la mesure de contrôle judiciaire et celle de détention provisoire et dont le régime emprunte, tantôt au régime de l'un, tantôt au régime de l'autre et ce, au détriment d'une cohérence d'ensemble⁶¹. La proximité de l'ARSE avec le régime juridique de la détention provisoire se manifeste, à titre d'exemple, par le fait que la mesure ne peut s'envisager que pour une certaine catégorie d'infractions (faisant encourir une peine d'au minimum deux ans d'emprisonnement⁶² – tandis que le contrôle judiciaire peut être mis en œuvre

55. La Cour s'est prononcée à l'occasion de l'examen de la procédure de référé-détention : Crim., 6 août 2003, n° 03-82.964, D. 2003, p. 2594, note J. Le Calvez; *AJ pén.* 2003, p. 72, obs. J. Coste; Ch. Guéry, « Le juge des libertés et de la détention, un juge qui cherche à mériter son nom », D. 2004, p. 583.

56. Le seul support qui soulève la question résulte d'une recommandation de la Chancellerie, selon laquelle « il paraît difficile d'admettre, sauf dans des situations très particulières, que le JLD puisse rendre une ordonnance disant n'y avoir lieu à prolongation ou au maintien en détention sans immédiatement ordonner la mise en liberté de la personne » (cf. Circ. CRIM 2002-14 E8, 30 oct. 2002, *BOMJ* 2002, n° 88, p. 64). Sur cette question, v. Crim., 6 août 2003, préc.; Crim., 20 juin 2006, n° 06-82908, RSC 2007, p. 117, note A. Guidicelli; Crim., 7 juin 2006, n° 06-82339, *AJ pén.* 2006, p. 410, obs. Cl. Saas; *Procédures* 2006, n° 11, comm. 250, note J. Buisson.

57. V. P. Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir*, op. cit.

58. Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, *op. cit.*, spéc. p. 127. V. *Colloque en hommage à M. Delmas-Marty*, spéc. 3^e Table ronde, Cour de cassation, 13 oct. 2022, en ligne.

59. *Ibid.*

60. CPP, art. 137.

61. Pour aller plus loin : P. Le Monnier de Gouville, « L'assignation à résidence sous surveillance électronique : une mesure efficace face à la détention provisoire ? », préc.

62. CPP, art. 142-5; comp. CPP, art. 143-1, qui vise un *quantum* de trois ans pour la détention provisoire.

dès lors qu'une peine d'emprisonnement est encourue quel que soit son *quantum*⁶³). De plus, dans une logique similaire à celle de la détention provisoire, la mesure d'ARSE est sujette à prolongations, séquencées par des délais – tandis que le contrôle judiciaire n'est pas limité dans sa durée. Pour autant, et à titre d'exemple, encore, le prononcé d'une mesure d'ARSE n'est assorti d'aucun écrou et en cela se distingue de la détention provisoire⁶⁴. La mesure se rapproche à certains égards du contrôle judiciaire puisque non seulement la personne demeure en liberté, mais en outre il est possible de cumuler les deux voies en astreignant la personne à résidence tout en la soumettant aux obligations résultant d'un contrôle judiciaire⁶⁵. Ces « cousinages »⁶⁶ entre l'ARSE et le contrôle judiciaire d'un côté, la détention provisoire, de l'autre, posent, en pratique, une série de difficultés relatives à l'articulation, sinon à l'intrication, de ces trois mesures – quant aux modalités mais aussi à l'autorité de contrôle compétente, juge d'instruction ou JLD⁶⁷. Sorte de « restriction de liberté renforcée »⁶⁸, voire de « semi-liberté »⁶⁹, l'ARSE fait l'objet d'un régime d'autant plus délicat à déchiffrer que le législateur procède souvent par la technique du renvoi, aux dispositions relatives à la détention provisoire, donc, mais aussi à celles régissant le contrôle judiciaire. Ces corrélations doivent conduire à s'interroger sur la possibilité d'unifier les régimes applicables, à travers la compétence d'un seul juge pour contrôler ces mesures.

2. Une symétrie de contrôles *ab initio*

Si l'on pousse la réflexion autour d'un schéma processuel qui pourrait s'enrichir des institutions sur lesquelles repose notre système judiciaire pénal, deux approches paraissent possibles. Soit perpétuer une logique d'attachement à la juridiction d'instruction, dont la fonction implique de la laisser décider du contrôle judiciaire ou de l'ARSE

(cet attachement étant selon nous un facteur non négligeable d'explication de ce que le législateur n'a, jusque-là, pas franchi le pas de confier au JLD le contrôle *ab initio* de l'ensemble de ces mesures pré-sentencielles). Une telle assertion revient en réalité à minimiser les répercussions de ces mesures : le contrôle judiciaire ou l'ARSE serait prononcé davantage en raison des nécessités de l'instruction qu'à titre de sûreté – dans ce dernier cas, seule la détention provisoire paraîtrait devoir s'envisager –, de sorte que l'aval juridictionnel systématique d'un autre magistrat ne serait pas nécessaire. Soit, à l'inverse, reconnaître la compétence, et par là même la cohérence, d'une seule institution compétente pour contrôler des mesures liées par le même objectif de sûreté ou du bon déroulement de l'instruction en permettant au JLD de décider lui-même la mise en œuvre de ces trois mesures. Dans une perspective d'évolution et en privilégiant cette seconde voie, il pourrait être proposé d'instaurer une symétrie de procédures entre le placement en détention provisoire, l'ARSE et le contrôle judiciaire *ab initio*. Saisi par le juge d'instruction, le JLD aurait l'obligation de recueillir les réquisitions écrites du procureur ou du juge d'instruction. Il délivrerait une ordonnance motivée, comme cela est le cas actuellement dans le cadre de sa saisine aux fins de détention provisoire. L'on pourrait même envisager que le magistrat puisse être saisi directement par le procureur de la République aux fins d'ARSE, lorsque le juge d'instruction n'a pas fait droit à ses réquisitions, dans une perspective similaire et symétrique au dispositif existant en matière de détention provisoire⁷⁰. À tout le moins, la nature hybride, précédemment soulignée, de la mesure d'ARSE justifierait un tel transfert de compétence et ce d'autant que l'ARSE peut être qualifiée, selon la Cour européenne des droits de l'homme, de mesure priva-

63. CPP, art. 138.

64. V. É. Camous, *JCI. Procédure pénale*, art. 137 à 150, fasc. 40, v° « *Assignation à résidence sous surveillance électronique* », n° 346.

65. CPP, art. 142-5.

66. A. Maron et M. Haas, « *Assignation à résidence avec surveillance électronique : deux voix à l'unisson* », comm. ss Crim., 3 oct. 2012, n° 12-84863, *Dr. pén.* 2012, n° 11, comm. 150.

67. P. Le Monnier de Gouville, « *L'assignation à résidence sous surveillance électronique : une mesure efficace face à la détention provisoire ?* », préc.

68. F. Fournier, « *Prolongation par le juge d'instruction de l'ARSE ordonnée par le JLD* », préc.

69. D. Boccon-Gibod, « *Une mesure d'assignation à résidence sous surveillance électronique n'est pas une mesure privative de liberté* », note ss Crim., 17 mars 2015, n° 14-88310, *RSC* 2015, p. 400.

70. V. CPP, art. 137-4.

tive de liberté⁷¹. En définitive, recentrer les missions du juge sur la matière pénale, comme l'ont souhaité le législateur – avec la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 qui lui retire ses attributions civiles – et le rapport *Sauvé*⁷², pourrait consister à étendre le pouvoir de contrôle du JLD aux autres mesures pré-sentencielles. Reconnaître la compétence du JLD pour trois mesures étroitement corrélées participe en définitive d'une cohésion d'ensemble et du postulat selon lequel la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire ou, *a fortiori*, d'une mesure d'ARSE, peut parfois s'avérer aussi traumatisante qu'une mise en détention provisoire lorsque nombre de droits et libertés se trouvent entravés en raison des conséquences engendrées : perte d'un emploi, isolement, réprobation sociale, autant de répercussions qui justifient un regard juridictionnel tiers et impartial sur le choix des mesures de contrainte. Le JLD se placerait de la sorte en position d'arbitre, entre les nécessités de l'instruction, les intérêts du ministère public et les attentes de la société, ainsi que ceux de la personne mise en examen, soucieuse de voir son sort confié à un magistrat tiers aux investigations et impartial⁷³.

B. Le contrôle *a posteriori* des mesures de sûreté pré-sentencielles

Autoriser n'est pas contrôler, selon le Conseil constitutionnel⁷⁴. Face aux critiques adressées à l'encontre du JLD – un « juge sans dossier »⁷⁵, ou encore « un médecin sans patient »⁷⁶ –, l'enjeu est celui de l'effectivité du contrôle réalisé, qui ne doit plus être morcelé ou limité ponctuellement à quelques procédures ou autorisations préalables. Le renforcement du contrôle, transversal, du JLD passe par sa continuité et pour cela par un contrôle *a posteriori* de la mesure ordonnée, qu'il

s'agisse de suivre le prononcé de la mesure ou de vérifier les conditions de son exécution.

1. Le suivi des mesures ordonnées

Détention provisoire. On songe en premier lieu au renforcement possible du contrôle *a posteriori* de la détention provisoire, grâce à la symétrie procédurale qu'il s'agirait de consacrer entre la décision de placement, de prolongation de la mesure et de mise en liberté de l'individu. L'éclatement actuel des procédures, entre le contentieux de la détention et celui de la liberté, donne lieu à une complexité accrue, au détriment d'un contrôle effectif. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a eu très tôt l'occasion de dénoncer le risque d'un contrôle « purement formel lorsqu'il s'exerce par le juge des libertés et de la détention, conçu comme le magistrat à tout faire de la procédure pénale, qui tend à remplacer le juge d'instruction »⁷⁷. La Commission déplore notamment le fait qu'il soit appelé, à la différence du magistrat instructeur, « à connaître des affaires de manière ponctuelle, sans maîtrise de l'intégralité de la procédure, et sans réelle possibilité de procéder à un examen exhaustif de dossiers complexes ; surchargé au fil des réformes de contentieux nouveaux, il n'apparaît pas pratiquement en mesure de jouer pleinement son rôle ». La vision parcellaire ainsi résumée du JLD représente l'un des écueils majeurs, qui empêche le magistrat de réaliser un suivi d'ensemble d'un dossier dont il est saisi – et par conséquent un contrôle personnalisé. Or, ce constat résulte principalement d'une dissection des contentieux de la détention et de la liberté entre le juge d'instruction et le JLD. Qu'il s'agisse de placer, de prolonger, ou de mettre en liberté, l'enjeu reste celui de la liberté individuelle. La

71. La Cour tient compte d'indices tels que la durée de la mesure ou ses modalités d'exécution. En ce sens, *v. CEDH*, 6 nov. 1980, *Guzzardi c/ Italie*, n° 7367/76. La Cour a qualifié de mesure privative de liberté une assignation d'une durée de neuf heures par jour, assortie d'une obligation d'autorisation pour téléphoner et d'un signalement biquotidien aux autorités, la mesure étant prononcée pour une durée de trois ans.

72. J.-M. Sauvé (prés.), *Comité des États généraux de la justice, Rendre justice aux citoyens*, op. cit., p. 200.

73. Pour aller plus loin, *v. P. Le Monnier de Gouville, Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir*, op. cit.

74. V. Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, § 17, qui distingue les deux concepts.

75. V. Ch. Mauro, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacopelli (dir.), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 218.

76. Selon M^e P. Bruno, lors du colloque « Le JLD : un juge orchestre, protecteur... ou alibi des libertés ? », préc.

77. CNCDH, 27 mars 2003, *Avis sur l'avant-projet portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité* : www.cncdh.fr

proposition consisterait dès lors à confier au JLD un pouvoir de contrôle continu sur ce contentieux. Le juge d'instruction qui estimerait nécessaire le placement en détention d'une personne mise en examen saisirait le JLD par une ordonnance motivée à cette fin, comme cela est aujourd'hui requis. Comme aujourd'hui, encore, le juge d'instruction saisirait le JLD dans les délais impartis s'il souhaite que la mesure se prolonge. Cependant, la différence avec le dispositif actuel résulterait de l'obligation pour le JLD, si la prolongation de la mesure n'était pas sollicitée par le juge d'instruction, de vérifier, à échéances fixes, le bien-fondé de la détention, par un réexamen du dossier – comme cela est par exemple le cas en Allemagne où des échéances régulières sont fixées⁷⁸. L'on pourrait ainsi envisager à la fois une auto-saisine du magistrat dans la perspective de l'expiration du terme de la détention, mais aussi des examens réguliers du bien-fondé de la mesure, avant l'arrivée de ce terme. Cet examen régulier paraît d'autant plus nécessaire que la Cour de cassation exige désormais qu'à chaque stade de la procédure, les conditions de la détention provisoire soient vérifiées et notamment l'existence d'indices graves ou concordants de participation à l'infraction⁷⁹ – en sorte qu'un véritable contrôle et un contentieux se nouent aujourd'hui autour des décisions prises en la matière par le JLD⁸⁰.

La question de la prolongation « exceptionnelle » de la détention provisoire, qui induit des délais particulièrement longs⁸¹, reste toutefois posée. Le droit actuel prévoit un enchaînement de saisines conduisant le JLD, saisi par le juge d'instruction, à saisir la chambre de l'instruction, ce qui a notamment pour effet néfaste d'allonger la durée du processus décisionnel dans une hypothèse où la détention a, par définition, déjà duré⁸². Dans une logique d'essor de l'institution du JLD, soit l'on accepte que celui-ci statue lui-même sur une demande de prolongation exceptionnelle, quitte à solliciter le cas échéant le

conseil d'autres JLD au sein du tribunal par le biais d'une co-saisine (cela suppose toutefois qu'une juridiction comprenne un nombre suffisant de JLD). Soit l'on décide que le juge a le pouvoir de statuer en la matière mais également la faculté, de sa seule appréciation, de saisir la chambre de l'instruction lorsque le dossier lui apparaît complexe. Outre la réduction de la durée de la procédure, l'avantage d'octroyer au JLD le pouvoir de se prononcer sur une prolongation exceptionnelle de la détention réside dans l'apport d'un regard juridictionnel supplémentaire, son ordonnance étant susceptible de faire l'objet d'un recours devant la chambre de l'instruction. Enfin, très logiquement, il serait mis fin aux pouvoirs du juge d'instruction au-delà de l'ordonnance de clôture de l'information, le JLD devenant désormais compétent. De telles évolutions supposeraient toutefois, en aval, d'améliorer le contrôle de la chambre de l'instruction, afin de coordonner les pouvoirs nouvellement reconnus du JLD avec ceux de cette juridiction – ce qui représente un autre sujet d'étude en soi⁸³.

Étroitement lié au contrôle du placement et de la prolongation de la détention provisoire, le contrôle de la mise en liberté serait également confié au JLD, dans une perspective de symétrie procédurale. Cela supposerait, d'abord, de lui reconnaître un pouvoir de mise en liberté d'office, qu'il pourrait notamment mettre en œuvre à l'occasion des échéances de vérification du bien-fondé de la mesure. Cela supposerait, ensuite, de recueillir toute demande de mise en liberté : qu'elle émane du juge d'instruction – privé en conséquence de son pouvoir de mise en liberté d'office –, du procureur de la République, ou de la personne détenue. On éviterait de la sorte de transiter par un magistrat instructeur lié par ses fonctions d'enquêteur, pour confier le plein contentieux des demandes de mise en liberté à un magistrat tiers aux considérations liées à la recherche des preuves. Outre la garantie d'*impartialité* ainsi satisfaite, c'est une meilleure lisibilité

78. Notamment, le tribunal vérifie tous les trois mois, avant d'ordonner la prolongation de la mesure, que les motifs de détention existent toujours. V. not. S. Gleß, J. Leblois-Happe, C. Mauro, F. Messner et V. Murschetz, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale*, Opinio doctorum, op. cit., p. 202.

79. V. not. Crim., 14 oct. 2020, n° 20-82961 ; Crim., 27 janv. 2021, n° 20-85990.

80. En ce sens, I. Candau, VP de la République en charge de la section JIRS criminalité organisée au parquet de Marseille, lors du colloque « Le JLD : un juge orchestre, protecteur... ou alibi des libertés ? », préc.

81. CPP, art. 145-1 et 2.

82. *Ibid.*

83. Pour aller plus loin, v. P. Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir*, op. cit.

de la procédure qui serait offerte – que l'on songe aux difficultés soulevées afin de savoir si le refus par le JLD de prolonger la détention d'une personne doit conduire subséquemment le magistrat à décider de sa mise en liberté⁸⁴. C'est également la garantie d'une célérité de la procédure qui serait accentuée, lorsque l'on sait que l'intervention en bout de chaîne du JLD allonge le temps de réponse à une demande de mise en liberté et que, de ce point de vue, l'articulation actuelle des pouvoirs du juge d'instruction et du JLD « crée une situation plus néfaste pour l'intéressé que la situation précédente »⁸⁵ (i.e. avant que le JLD n'intègre le paysage judiciaire). C'est enfin la garantie d'un débat contradictoire qui serait assurée devant le JLD, débat déjà prévu pour le placement et la prolongation de la détention provisoire et qui s'étendrait, donc, aux demandes de mise en liberté en vue de privilégier les échanges entre le prévenu et l'institution judiciaire. En contrôlant de la sorte l'atteinte à la liberté de la personne mise en examen tout au long de la procédure, le JLD serait davantage en mesure d'avoir une vision d'ensemble du dossier, mais aussi de mieux connaître l'individu mis en cause.

Contrôle judiciaire et ARSE. Parallèlement, la recherche d'une articulation cohérente de la phase préparatoire du procès invite à renforcer le contrôle *a posteriori* des autres mesures de sûreté pré-sentencielles – contrôle judiciaire et ARSE. Le JLD serait ainsi investi du pouvoir de contrôler *a posteriori* la mesure, retirant au juge d'instruction tout rôle en la matière : modifier à tout moment le contenu des obligations, en prescrire de nouvelles, en supprimer certaines, voire ordonner la mainlevée partielle ou totale de la mesure, d'office ou sur requête du ministère public, du juge d'instruction ou de l'intéressé. À cet égard, l'on observe plusieurs pas en ce sens. D'abord, la loi précitée du 20 novembre 2023 confie désormais au JLD le pouvoir de modifier le contrôle judiciaire *post-instruction*, à la place de

la juridiction de jugement⁸⁶. Ensuite, en cas de violation du contrôle judiciaire ou de l'ARSE, le JLD peut être saisi par le juge d'instruction aux fins d'un placement en détention provisoire⁸⁷, mais décider de ne pas donner suite et préférer renforcer le contrôle judiciaire ou l'ARSE en modifiant les obligations : aucune disposition ne lui impose de renvoyer le dossier devant le juge d'instruction afin que celui-ci détermine un nouveau contrôle judiciaire ou une nouvelle mesure d'ARSE. Surtout, la loi de 2023 précise désormais expressément que s'il estime que la détention provisoire n'est pas justifiée, le juge « peut modifier les obligations du contrôle judiciaire ou placer l'intéressé sous [ARSE] »⁸⁸.

2. Le contrôle de l'exécution de la mesure

Le dernier versant du contrôle *a posteriori* des mesures de sûreté pré-sentencielles concerne l'exécution de la mesure. On songe à ce titre tout particulièrement à l'exécution de la détention provisoire. En l'état du droit positif, le code de procédure pénale ne prévoit pas de contrôle individuel de la mesure qui serait réalisé par le JLD. L'article 715 du code de procédure pénale dispose : « Le juge d'instruction, le président de la chambre de l'instruction et le président de la cour d'assises, ainsi que le procureur de la République et le procureur général, peuvent donner tous les ordres nécessaires soit pour l'instruction, soit pour le jugement, qui devront être exécutés dans les maisons d'arrêt. »⁸⁹. L'article 145-4 du code de procédure pénale confie au juge d'instruction le pouvoir de définir les modalités de l'incarcération, qu'elles touchent aux mesures d'interdiction de communication, d'usage du téléphone ou aux visites (au-delà de la clôture de l'information, ces attributions sont exercées par le procureur de la République). À l'occasion de ses visites dans les établissements pénitentiaires, le juge d'instruction peut voir les personnes prévenues⁹⁰, tandis qu'il revient au président de la chambre de l'instruction de « vérifier la situation des personnes mises en examen en état de détention provi-

84. *V. supra*.

85. Ch. Guéry, *op. cit.*, n° 435.25, p. 672.

86. CPP, art. 141-1.

87. CPP, art. 141-2.

88. *Ibid.* ; v. aussi CPP, art. 142-8.

89. Les règles relatives à l'exécution de la DP sont prévues aux articles 714 à 716 du CPP.

90. C. pénit., art. D. 131-3.

soire »⁹¹ (sans davantage de précisions). Le code pénitentiaire précise qu'à l'occasion de ces visites, chaque personne détenue peut demander à être entendue par le magistrat hors la présence du personnel de l'établissement pénitentiaire⁹². Le procureur de la République, quant à lui, entend à l'occasion des visites qu'il effectue dans chaque établissement pénitentiaire les personnes détenues qui auraient des réclamations à présenter et transmet ses observations au procureur général⁹³. Enfin, un rapport conjoint du premier président et du procureur général rend compte chaque année au garde des Sceaux du fonctionnement des établissements pénitentiaires de leur ressort et du service assuré par le personnel de ces établissements⁹⁴. Malgré ces précisions légales, l'insuffisance des contrôles réalisés en pratique est régulièrement dénoncée⁹⁵.

Au regard de ce qui précède, le JLD n'est ainsi pas intégré dans ces différents processus de contrôle. La mission de contrôle des conditions d'exécution de la détention provisoire représente pourtant le contrepoint nécessaire d'un renforcement, en amont, des garanties du placement ou de la prolongation de la mesure. Interrogée sur l'incidence du contrôle prévu de l'exécution de la mesure, la Commission de suivi de la détention provisoire, mise en place à la suite de la création du JLD, constatait une indifférence des conditions d'incarcération par rapport aux décisions de placement en détention⁹⁶. Dit autrement, les visites et le pouvoir de contrôle du juge d'instruction n'influent guère sur la décision de placement. En réalité, comment ces conditions pourraient-elles être prises en compte alors que le magistrat qui contrôle leur exécution n'est pas celui qui les ordonne ? Il s'agirait donc de revaloriser ce contrôle, dont l'institution du JLD serait l'acteur principal. L'établissement pénitentiaire représente un véritable « laboratoire humain » qui permettrait au magistrat de mieux réaliser les enjeux de la mesure qu'il prononce, de s'interroger davantage, en amont, sur l'opportunité d'un placement en détention, en aval sur la prolonga-

tion de la mesure ou la mise en liberté de la personne.

Si l'on s'attache à améliorer les conditions de la détention (des prévenus comme des personnes condamnées), la protection de leurs droits, notamment matériels, alors la solution est à rechercher du côté d'organismes administratifs, dont l'étude n'est pas l'objet ici. Si, en revanche, l'on aspire à développer une prise de conscience de la réalité de la détention et un suivi personnalisé de l'individu, pour une justice individualisée et une rationalisation du recours à la détention, alors la valorisation du rôle des magistrats s'avère nécessaire. Il s'agirait dès lors de prévoir un contrôle, non plus général, mais individualisé des conditions de la détention, confié à un « juge d'étape » dans le procès pénal, le JLD. Un autre contrôle de la détention des personnes condamnées pourrait être confié au second « juge d'étape », le juge d'application des peines. L'idée défendue est celle d'un « magistrat de contact », les rencontres avec les détenus et la réalité pénitentiaire faisant partie intégrante de l'évaluation que le JLD réalise de la nécessité de la mesure de détention provisoire. Dans son ouvrage sur le procès pénal, le magistrat Denis Salas envisage la parole comme un instrument de médiation symbolique à des fins de protection de l'ordre social⁹⁷. C'est précisément le dialogue et les échanges qu'il convient de développer au cœur de l'office du JLD : tant en amont dans le cadre d'un placement en détention provisoire que, par la suite, tout au long de la chaîne pénale. En pratique, le développement de contacts humains invite à prévoir des échéances de rencontres entre le JLD, le juge d'instruction et le procureur de la République et ce, pour toute décision relative à la mesure de détention par le biais d'un débat contradictoire, qu'il s'agisse du contentieux de la détention ou de la liberté. Des rencontres pourraient également être prévues, à échéances régulières, entre la personne mise en examen et le juge au sein même de l'établissement pénitentiaire. Ce contrôle pourrait même

91. *Ibid.*

92. C. pénit., art. R. 131-1.

93. C. pénit., art. D. 131-4.

94. C. pénit., art. D. 131-5.

95. V. I. Fouchard, A. Simon, *Droit de l'incarcération*, Dalloz, 2024, p. 262.

96. Ministère de la Justice et des Libertés, *Rapport de la Commission de suivi de la détention provisoire*, mai 2003, p. 66.

97. D. Salas, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1992, p. 55.

passer par des entretiens personnalisés obligatoires, à l'occasion desquels le détenu aurait la possibilité d'émettre une demande de mise en liberté. Enfin, il s'agirait de permettre d'exploiter au mieux les conclusions tirées de ces rencontres : accepter, d'une part, qu'elles influent sur l'office du JLD et sur sa décision ; provoquer, d'autre part, des échanges entre les magistrats avec les autorités publiques, dans la perspective plus large d'une réforme pénitentiaire de la détention provisoire. En définitive, ces propositions nous semblent aller dans le sens des préconisations de la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, qui émet des réserves importantes au regard des pratiques constatées en matière de détention et invite régulièrement les juges à se rendre davantage au sein des établissements pénitentiaires. Surtout, ces propositions corroborent une évolution notable liée à la création, en 2021, d'un recours contre les conditions indignes de détention et pour lequel le JLD est compétent au stade préparatoire du procès⁹⁸. Le juge judiciaire s'imposerait ainsi comme le garant de la liberté individuelle – ce qui constitue son ADN –, en contrôlant la mesure de détention provisoire de sa prononciation jusqu'à son exécution.

* * *

À l'issue de cette étude, qui ne représente qu'un pan de la phase préparatoire du procès et ne rend

donc pas compte de l'étendue des pouvoirs du JLD, tant au cours de l'instruction qu'au cours de l'enquête de police judiciaire, l'on perçoit la mutation possible de ce magistrat, tourné vers la protection des libertés. L'avenir serait le modèle d'un juge exerçant un *contrôle effectif* sur les mesures qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux dans le procès pénal, la question étant alors de savoir si le juge des libertés, le juge de l'enquête amené à contrôler davantage les actes d'investigation, doit être aussi celui de la détention ; ou s'il n'y a pas lieu, au regard des charges qui incombent à ce magistrat, de scinder les deux fonctions⁹⁹. Doit-on aller vers un « juge de surveillance pénitentiaire »¹⁰⁰, comme cela est le cas en Espagne où l'office de ce juge est dédié à la cause des détenus, y compris ceux incarcérés sur la base d'une détention provisoire ? Et plus largement vers un juge spécialisé contrôleur des mesures privatives de liberté, dans la mesure où les évolutions ont convergé vers une extension, en la matière, des pouvoirs du JLD¹⁰¹ ? En tout état de cause, comme l'a récemment souligné Mme la Ministre É. Guigou, qui fut à l'origine de la loi du 15 juin 2000 portant création du JLD, la question centrale demeure, malheureusement comme très souvent, celle de la faiblesse structurelle des moyens octroyés à cette institution : le JLD, « Jamais Là pour Dîner »¹⁰².

98. CPP, art. 803-8, créé par la loi n° 2021-403, 8 avr. 2021.

99. P. Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention, Entre présent et avenir*, op. cit.

100. Le « *juez de vigilancia penitenciaria* ».

101. Que l'on songe aux contentieux de l'hospitalisation sans consentement ou de rétention des étrangers.

102. É. Guigou, lors du colloque « Le JLD : un juge orchestre, protecteur... ou alibi des libertés ? », préc.

Un article, une réforme

La création nécessaire d'une autorité publique indépendante pour l'environnement en droit interne

Agathe Van Lang

Professeure agrégée de droit public,
Nantes Université, DCS (UMR 6297)

Le droit de l'environnement est aujourd'hui un droit tentaculaire, particulièrement vivace, qui déploie ses bras télescopiques à tous les niveaux de la hiérarchie des normes et s'insinue dans de nombreuses disciplines de droit public et privé. À telle enseigne que ses principes généraux, notions phares et modes de raisonnement propres tendent à incarner un nouveau droit commun. Il semble donc parvenu, en à peine plus d'un demi-siècle d'existence, à un degré de perfectionnement impressionnant.

Pourtant, les données de l'environnement établies par des études scientifiques traduisent davantage de dégradations que d'améliorations à l'échelle planétaire : effondrement des populations d'insectes – y compris pollinisateurs – et d'oiseaux, mauvais état écologique de l'eau, dérèglement climatique, forêts détruites par les incendies ou les maladies, pollution généralisée des milieux physiques et écosystèmes par les déchets – notamment plastiques – et produits

toxiques – polluants éternels, etc. Ces phénomènes, ainsi que leurs répercussions négatives sur la santé, la sécurité et le bien-être des individus, sont bien connus. Ils devraient logiquement susciter une forte adhésion de la part des pouvoirs publics et des citoyens à l'égard des mesures destinées à les contrer.

Pourtant, l'objectif de « protection de l'environnement, patrimoine commun de tous les êtres humains »¹ et l'encadrement corrélatif des activités humaines qu'il véhicule, sont loin d'être consensuels. Des mouvements populaires récents – « bonnets rouges », « gilets jaunes », agriculteurs... – prennent pour cible ce qu'ils considèrent comme un excès de contraintes environnementales. Le rejet des normes protectrices de l'intérêt général – dont la protection de l'environnement est une déclinaison² – au nom d'intérêts sectoriels, et plus largement la contestation irrationnelle d'actions scientifiquement fondées, ne sont pas sans évoquer le mouvement libertarien à

1. Nouvel objectif de valeur constitutionnelle consacré en ces termes par le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'alinéa 5 du préambule de la Charte de l'environnement : Cons. const., 31 janv. 2020, n° 2019-823 QPC, *Union des industries de la protection des plantes*.

2. V. art. 1^{er} de la loi du 10 juill. 1976 relative à la protection de la nature.

l'œuvre outre-Atlantique. La poussée des partis populistes ne favorise pas davantage un discours politique empreint de mesure et de rigueur. Prise dans ce maelström idéologique, la défense de l'environnement fait figure de repoussoir. Le législateur détricote, au nom de la réindustrialisation de la France, de la souveraineté énergétique, de la souveraineté alimentaire ou des intérêts économiques essentiels de la Nation, des avancées et garanties précieuses. Au début du mois de juin 2025, ont été votées par l'Assemblée nationale l'abrogation des zones à faibles émissions mobilité (ZFEm) et un nouvel aménagement de l'objectif de zéro artificialisation nette (ZAN), deux dispositifs issus de la loi Climat et Résilience du 22 août 2021 pour améliorer la qualité de l'air dans les agglomérations et l'adaptation au changement climatique. La même semaine, elle décidait la réintroduction d'un néonicotinoïde interdit par la loi Biodiversité du 8 août 2016 en raison de sa toxicité pour les polliniseurs ! Non content d'ignorer les normes européennes dans lesquelles ces mesures s'insèrent, le législateur a également amorcé le vote d'une loi de validation afin de reconnaître l'intérêt public majeur de l'autoroute A69 entre Toulouse et Castres, projet censuré par le tribunal administratif de Toulouse le 27 février 2025³. Plutôt que d'attendre l'issue du contentieux – le jugement a été frappé d'appel et son exécution suspendue – les élus de la Nation préfèrent passer en force, au mépris de la protection des espèces et de la séparation des pouvoirs.

Dans ce contexte inquiétant pour l'habitabilité future de la planète et pour le maintien des acquis du droit de l'environnement, la perspective de réfléchir à la réforme qui nous paraît la plus souhaitable est très enthousiasmante. Aussitôt, les idées se bousculent. Ainsi, le déficit d'effectivité du droit international de l'environnement rend nécessaire d'introduire le principe de

sanction des États ne respectant pas leurs engagements internationaux en matière environnementale. Au plan national, plusieurs réformes constitutionnelles paraissent utiles. En particulier, au regard des développements précédents, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de non-régression – ou d'amélioration constante⁴ – du droit de l'environnement permettrait de poser un garde-fou aux tentations réactionnaires du législateur. Pour le moment, le Conseil constitutionnel a refusé d'affirmer la valeur constitutionnelle d'un tel principe⁵, qui pourrait pourtant être déduit des articles 1^{er} et 2 de la Charte constitutionnelle de l'environnement. On pourrait soutenir également l'inscription dans la constitution d'un principe de résolution des conflits de normes constitutionnelles établissant la prééminence du droit à l'environnement sur le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, et autres droits et libertés de même valeur... La Convention citoyenne pour le climat s'était prononcée en ce sens en proposant de modifier le Préambule de la Constitution, pour y inscrire la primauté environnementale en cas de conciliation entre droits de même valeur⁶. On se souvient que cette proposition fait partie des trois immédiatement recalées (sur 149 propositions) par le président Emmanuel Macron. Il serait également intéressant d'accompagner le mouvement de prise en compte des intérêts des générations futures⁷, en consacrant leurs droits à un environnement sain. Cette réforme prendrait la forme d'un simple ajout à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement : « Chacun, dans les générations présentes et futures, a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». Ou encore, modifier la Charte de l'environnement pour conférer un fondement constitutionnel à la transition écologique qui en est dépourvue – sinon

3. TA Toulouse, 27 févr. 2025, *EEI* avr. 2025, p. 39.

4. Art. L. 110-1 II 9^o C. env.

5. Cons. const., 3 déc. 2020, n^o 2020-807 DC, *Loi d'accélération et de simplification de l'action publique*, consid. 15 ; Cons. const., 10 déc. 2020, n^o 2020-809 DC, « dérogation à l'interdiction des néonicotinoïdes » : le CC ne répond pas explicitement à la demande de reconnaissance du principe de non-régression (consid. 9), mais il impose au législateur de prendre en compte le devoir de préservation et d'amélioration de l'environnement énoncé à l'art. 2 de la Charte (consid. 13).

6. Rapport final CCC, 2020, p. 414 : proposition d'insérer un nouvel alinéa 2 dans le préambule de la Constitution : « La conciliation des droits, libertés et principes qui en résultent ne saurait compromettre la préservation de l'environnement, patrimoine commun de l'humanité ».

7. V. Cons. const., 12 août 2022, n^o 2022-843 DC, *loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat* (consid. 12) ; Cons. const., 27 oct. 2023, n^o 2023-1066 QPC, *Assoc. Meuse Nature environnement* (consid. 6) ; CE 1^{er} déc. 2023, n^o 467331, *Assoc. Meuse nature environnement*.

par une interprétation nouvelle de l'alinéa 5 du préambule, qui engage à une transformation profonde de nos modes de vie. D'autres pistes intéressent le financement de la protection de l'environnement et de la transition écologique, dans un contexte de restrictions budgétaires et de réorientation des crédits vers l'armement. Ainsi, la création d'une taxe sur les transactions financières au niveau mondial pourrait servir à financer l'adaptation au changement climatique des pays du Sud qui y sont exposés⁸; ou encore, un prélèvement sur les « ultra-riches » en France pourrait être affecté aux besoins d'investissement de la transition écologique... On devine aisément que ces propositions ne présentent pas la même envergure. Au titre des réformes juridiques profondes, comment ne pas évoquer ici le débat qui anime actuellement la doctrine environnementaliste autour de l'attribution de droits subjectifs, ou même de la personnalité juridique, à des entités naturelles – fleuves, montagnes, espèces animales... – pour en garantir la préservation. De telles solutions existent déjà dans certains pays – Nouvelle-Zélande, Canada, Bolivie, Équateur, Inde... – où elles traduisent généralement une relation particulière d'une population autochtone à son environnement. Plus proche culturellement de nous, l'Espagne vient de reconnaître la personnalité juridique à une lagune, la Mar Menor⁹. Une telle conception, consistant à faire de la Nature un sujet de droit, constitue une rupture profonde, un véritable changement de paradigme, dans les classifications juridiques structurantes – opposant classiquement sujet et objet, personne et chose. Enfin, le souhait de renforcer l'autonomie et l'effectivité du droit de l'environnement pourrait conduire à proposer la création d'une juridiction qui soit dédiée à son application, indépendante des juridictions administratives et judiciaires¹⁰.

Finalement, confrontée à la nécessité d'effectuer un choix dans la multiplicité des possibles, nous avons été guidées par plusieurs critères,

parmi lesquels le réalisme de la proposition et sa capacité à résoudre certaines causes de dysfonctionnement du droit de l'environnement, mais aussi une forme de maturité de la proposition, gage de son acceptabilité pour les pouvoirs publics et la société. Ce choix résulte aussi de notre formation de juriste, interniste et administrativiste, qui justifie de privilégier des mesures qui nous sont conceptuellement proches. Nous préconisons donc une réforme institutionnelle, avec la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante. Cette hypothèse est loin d'être inédite. Les travaux antérieurs engagés sur cette voie (I) permettent de bâtir une proposition solide (II).

I. Les premières esquisses

Il existe actuellement trois autorités administratives indépendantes (AAI) intervenant dans le domaine de l'environnement. L'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, a été créée par la loi du 12 juillet 1999, la Commission nationale du débat public a été transformée en AAI par la loi du 27 février 2002, enfin, l'Autorité de sûreté nucléaire et de radioprotection (ASNR) issue de la loi du 21 mai 2024, fusionne l'Autorité de sûreté nucléaire (AAI créée en 2006) et l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, réunissant au sein d'une même AAI la compétence d'expertise auparavant détenue par l'IRSN et celle de décision et de contrôle impartie à l'ASN. Pourtant, depuis une dizaine d'années, les réflexions se multiplient au soutien de la création d'une nouvelle autorité indépendante (A). Elles témoignent d'attentes plus ou moins ambitieuses (B).

A. Les profils envisagés

Les propositions recensées sont le fruit de rapports et études commandés par les pouvoirs publics à des élus, ou des juristes praticiens et

-
8. On sait que les engagements financiers contractés à cet égard par les pays du Nord dans le cadre de l'Accord de Paris sont difficilement respectés, alors que le montant des sommes nécessaires ne cesse d'augmenter. Les 100 Md de dollars par an promis par les pays développés ont été atteints seulement en 2022, mais la contribution a été portée à « au moins 300 Md de dollars par an d'ici 2035 » lors de la COP 29.
 9. Loi espagnole 19/2022 du 30 sept. 2022, H. Delzangles et A. Zabalza, « La reconnaissance en Espagne de la personnalité juridique et de droits accordés à la Mar Menor », AJDA 2023, p. 606.
 10. On observe une spécialisation dans le domaine environnemental au sein des juridictions judiciaires, en matière pénale, avec les pôles régionaux environnement, ou pour connaître de l'obligation de vigilance des entreprises (création d'une 34^e chambre au tribunal judiciaire de Paris dédiée à la « régulation sociale, économique et environnementale »).

universitaires¹¹. Elles émanent aussi des travaux d'un panel de citoyens tirés au sort, ou de l'initiative d'élus. Elles se fondent sur des constats identiques – manque de cohérence de l'action publique notamment au niveau territorial, complexité du droit de l'environnement et des procédures applicables, insuffisance des poursuites et des sanctions des atteintes à l'environnement, nécessité de mieux réparer le préjudice écologique, etc. – ainsi que sur l'existence d'exemples étrangers : l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Grèce, la République Tchèque, la Suède, l'Argentine, l'Ontario (Canada) ont investi leur Défenseur des droits de compétences environnementales. La Nouvelle-Zélande dispose depuis 1986 d'un Commissaire parlementaire pour l'environnement, autorité spécialisée qui « enquête sur les conflits environnementaux, en étant entouré d'experts transdisciplinaires pour accomplir son travail. L'organisme peut obtenir des données non publiques, et interroger des acteurs de la société néo-zélandaise sous serment, de façon analogique aux commissions d'enquêtes parlementaires prévues par nos institutions »¹².

Les formules proposées diffèrent cependant.

En 2013, le rapport du groupe de travail présidé par Y. Jégouzo, composé entre autres de plusieurs professeurs de droit, préconisait la création dans le Code civil d'une Haute autorité environnementale (HAE) ayant une « mission générale de gardienne de l'environnement »¹³, notamment pour assurer de manière optimale la réparation du préjudice écologique dont il défendait la reconnaissance. Il relève que « cette institution viendrait combler un vide existant dans le dispositif actuel de protection et de gestion de l'environnement »¹⁴. Il prend soin de préciser qu'il ne s'agit pas de créer une nouvelle instance, mais de regrouper en une seule des autorités existantes, sur le modèle de création du Défenseur des droits. Le groupe de travail ne s'avance pas

sur la composition et le statut de cette HAE, qui s'inspireraient des AAI, mais considère toutefois que « celle-ci devrait être dotée de la personnalité juridique et pourrait notamment saisir directement le juge ou relayer les requêtes émanant notamment des lanceurs d'alerte »¹⁵.

L'idée a ressurgi dans le rapport *Une justice pour l'environnement* remis aux ministres de la Justice et de l'Environnement en octobre 2019. La mission d'évaluation des relations entre justice et environnement y constate « l'absence de garantie des droits qui s'attachent à la protection des biens communs issus de notre appartenance collective à la biosphère ». Pour y remédier, elle suggère la création sous la forme d'une AAI, d'un « garant de la défense des biens communs dans l'intérêt des générations futures » (GDBC) ayant pour mission d'incarner « l'intérêt général écologique »¹⁶. Il serait nommé pour six ans par le Président de la République, non révocable et non renouvelable. Il serait assisté d'un collège scientifique. Elle ne détaille pas davantage son statut.

Les travaux de la Convention citoyenne pour le climat s'inscrivent de façon originale dans ce courant. Ils prônent d'une part, la création d'une instance de contrôle des politiques environnementales, le « Défenseur de l'environnement » (DE1), inscrit dans la constitution sur le modèle du Défenseur des droits, offrant une grande facilité de recours aux citoyens¹⁷ et d'autre part, d'une « Haute autorité des limites planétaires » (HALP), API collégiale chargée de missions d'expertise et de veiller au respect des limites planétaires, avec le relais de Hautes autorités régionales des limites planétaires¹⁸.

Dans le prolongement des travaux de la Convention citoyenne pour le climat, la députée Cécile Muschotti a rédigé à la demande du gouvernement, un rapport favorable à la création d'un « Défenseur de l'environnement et des générations futures »¹⁹. S'inspirant du Défenseur

11. Nous nous référerons aux propositions émanant de la doctrine universitaire dans le deuxième temps de ce propos.

12. Proposition de loi constitutionnelle visant à créer un Défenseur de l'environnement, n° 608, 16^e législature, déposée le 13 déc. 2022, exposé des motifs.

13. Groupe de travail installé par Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice, *Pour la réparation du préjudice écologique*, 13 sept. 2013, p. 24 et s.

14. *Ibid.*, p. 25.

15. *Ibid.*, p. 26.

16. Rapport *Une justice pour l'environnement*, oct. 2019, p. 90.

17. Convention citoyenne pour le climat, *Rapport final*, juin 2020, p. 418.

18. *Ibid.*, p. 404.

19. C. Muschotti, Rapport *Création d'un défenseur de l'environnement et des générations futures*, oct. 2021.

des droits, le DDEGF est conçu comme « l'autorité publique garante de la défense du vivant au nom de la République toute entière, du droit à un environnement sain pour les citoyens à la défense de l'environnement en tant que sujet »²⁰. Il devra être « une autorité indépendante, collégiale, s'appuyant sur un réseau technique et territorialisé, susceptible d'incarner la défense du bon état de l'environnement au nom des citoyens »²¹.

Une proposition de loi constitutionnelle visant à créer un Défenseur de l'environnement à l'initiative du député Gérard Leseul a été enregistrée le 13 décembre 2022. Une fois de plus, le Défenseur des droits est présenté comme source d'inspiration pour la création d'une nouvelle AAI, mais la proposition se place également dans la continuité de la Convention citoyenne pour le climat. En effet, le Défenseur de l'environnement (DE2) serait inscrit dans la Constitution, et serait accompagné de vice-présidents chargés des limites planétaires. En outre, il pourrait être assisté par un collège pour l'exercice de certaines attributions, ouvrant la voie à une participation citoyenne, dont les modalités seraient précisées par une loi organique. Il est proposé la création d'un titre XI *ter* dans la Constitution, comportant un article unique, 71-2, disposant que « Le Défenseur de l'environnement veille à la préservation de l'environnement et des biens communs planétaires par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, les organismes investis d'une mission de service public ainsi que par toute autre personne [...]. Le Défenseur de l'environnement est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelables, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique » (al. 8). Selon le rapporteur, cette création aurait des vertus simplificatrices car la nouvelle autorité fusionnerait plusieurs organismes préexistants, et de ce fait un coût limité, sinon nul. Après discussion, la Commission des Lois constitutionnelles a rejeté la proposition de création d'un Défenseur de l'environnement le

1^{er} février 2023. Il lui était reproché notamment de n'avoir pas suffisamment circonscrit les missions du Défenseur de l'environnement, générant une hésitation entre « évaluation, gestion, dénonciation tribunicienne, précontentieux et pouvoir de sanction »²². L'étendue des compétences de ces autorités varie en effet considérablement selon les formules.

B. Les compétences recommandées

Les projets sus-évoqués donnent à voir un riche éventail de missions et d'instruments dont pourrait être doté.e leur champion.ne. Il est possible d'en donner une vision synthétique en distinguant les concepts et principes sur lesquels reposeraient l'intervention de l'autorité indépendante, des missions et enfin des pouvoirs.

Si les notions d'indépendance et d'impartialité, ainsi que de transparence et de confiance, sont la plupart du temps présentes, cela s'explique aisément par le fait qu'elles sont classiquement au fondement de la création des autorités administratives indépendantes. Mais l'originalité de l'institution souhaitée s'exprime dans le recours à des notions et concepts propres au droit de l'environnement. À commencer par la référence au droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, proclamé à l'art. 1^{er} de la Charte, dont la nouvelle autorité devrait assurer le respect (v. propositions GDBC, DDEGF et DE2). La garantie des droits à l'information et à la participation du public en matière environnementale, consacrés à l'art. 7 de la Charte de l'environnement, peut également rentrer dans son champ de compétence (DDEGF). Il est question aussi du préjudice écologique pur (HAE) dont l'écocide constitue une version extrême (HALP), notions qui sont désormais inscrites dans le droit positif²³. La nécessité d'assurer l'effectivité de principes tels que les principes de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement (HAE) et le principe de non-régression ou d'amélioration constante (DE2) figurent dans les préoccupations des auteurs des différents projets. Ceux-ci relaient également le besoin de prendre en charge les intérêts des générations futures, thème dont on a vu plus haut qu'il com-

20. *Ibid.*, p. 29.

21. *Ibid.*, p. 54.

22. Rapport n° 802, Assemblée nationale, 1^{er} févr. 2023.

23. Le préjudice écologique est défini à l'art. 1247 du Code civil et l'écocide à l'art. L. 231-3 du code de l'environnement.

mence à se frayer une place dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative (GDBC, DDEGF). Cette notion est juridiquement moins solide bien qu'elle soit au cœur de de l'éthique intergénérationnelle du droit de l'environnement²⁴. Son affichage dans certaines propositions constitue un jalon utile en faveur de la reconnaissance de droits aux générations futures. La référence aux limites planétaires (HALP et DE2) paraît plus discutable. Bien que la notion figure depuis peu à l'article L. 110-1-1 associée à la transition vers l'économie circulaire qui doit viser une empreinte écologique neutre pour respecter les limites planétaires, il est difficile de la cerner en droit et d'en assurer l'application. Elle trouve son origine dans les travaux de chercheurs en sciences de la terre, qui ont identifié neuf limites planétaires²⁵, correspondant chacune à un seuil que l'humanité ne devrait pas dépasser, sous peine de menacer la stabilité des conditions de la vie sur Terre. La Convention citoyenne pour le climat avait proposé d'inscrire une définition des limites planétaires dans le code de l'environnement, comme support indispensable de la mission de protection confiée à la HALP²⁶. La proposition de loi constitutionnelle rappelle qu'en 2019, six des neuf limites planétaires sont déjà dépassées dans le monde. C'est pourquoi elle souhaite en faire « une obligation positive pesant sur le législateur qui devra s'assurer que la production de normes législatives ne dépasse pas les seuils au-delà des

quelles l'habitabilité de la terre est mise en péril »²⁷. Même si la démarche est louable, il nous paraît extrêmement difficile d'exercer un tel contrôle sur la base d'une expertise nationale. Enfin, la protection des biens communs ou des biens communs planétaires figure dans ces ébauches, qui peinent toutefois à les définir : « biens communs issus de notre appartenance collective à la biosphère » (GDBC²⁸) et biens communs planétaires conçus comme « l'ensemble des zones ou des ressources qui se situent au-delà des juridictions souveraines » (DE2²⁹). Très présente dans la doctrine contemporaine³⁰, la notion de biens communs, ou de communs environnementaux, n'est toutefois pas consacrée par le droit positif. La multiplicité de ses définitions empêche d'y voir un ancrage sérieux pour l'action d'une autorité indépendante.

Parmi les missions qui seraient attribuées à la nouvelle autorité indépendante, certaines relèvent des missions habituellement confiées à une AAI : formuler des avis et recommandations, informer tant les pouvoirs publics que les citoyens (GDBC, DE1, HALP, DDEGF, DE2); exercer une fonction de médiation (GDBC, DDEGF³¹); régler les conflits (DDEGF) et protéger les lanceurs d'alerte (HAE) ou exercer un droit d'alerte (HALP); être saisi directement par les citoyens des difficultés qu'ils rencontrent dans l'application du droit (HAE, GDBC, DE1, DDEGF, DE2). D'autres missions sont plus spécifiques au domaine environ-

24. Les « besoins de générations futures » sont mentionnés au 7^e alinéa du préambule de la Charte de l'environnement.

25. Elles ont été identifiées en 2009 par une équipe de chercheurs du Stockholm Resilience Centre menée par Johan Rockström.

26. Proposition de création de deux nouveaux articles (Rapport final, p. 408). Nouvel art. L. 110-4 : « Les limites planétaires déterminent les conditions dans lesquelles les activités humaines n'entraînent pas le développement durable et juste de l'humanité.

La définition des limites planétaires repose sur la fixation de seuils au-delà desquels le dérèglement climatique, l'érosion de la biodiversité, les apports en azote et de phosphore à la biosphère et aux océans, le changement d'usage des sols, l'acidification des océans, l'appauvrissement de l'ozone stratosphérique, l'usage de l'eau douce, la dispersion d'aérosols atmosphériques et la pollution chimique imputables aux activités sur le territoire national ne sont pas compatibles avec le développement durable et juste de l'humanité.

Ces seuils sont déterminés selon les modalités prévues à l'article L. 135-2 du code de l'environnement ».

Nouvel art. L. 110-5 : « Le respect des limites planétaires constitue une condition nécessaire à la protection de l'environnement au sens de l'article L. 110-1 du code. Les décisions prises sur le fondement du présent code ne peuvent pas porter une atteinte grave et durable à l'une des neuf limites planétaires ».

27. V. Proposition de loi constitutionnelle préc. : art. 71-2, al. 3 : « Il veille à ce que les politiques publiques respectent les limites qui conditionnent l'habitabilité de la terre ».

28. Rapport *Une justice pour l'environnement*, préc. p. 86.

29. Rapport n° 802, préc. ; proposition de loi constitutionnelle : art. 71-2, al. 1^{er} : « Le Défenseur de l'environnement veille à la préservation de l'environnement et des biens communs planétaires [...] ».

30. M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017; D. Misonne, « La définition juridique des communs environnementaux », *Responsabilité et environnement* 2018, n° 92 ; nous nous permettons de renvoyer également à notre ouvrage, *Droit de l'environnement*, 6^e éd., PUF, coll. « Thémis », (à paraître sept. 2025), § 296 et s.

31. Rapport C. Muschotti, préc., recommandation n° 5 : « Confier au DDEGF une compétence nouvelle de médiation pouvant s'exercer pendant les procédures de participation du public et d'évaluation d'impact, ainsi qu'en phase pré-contentieuse. »

nemental : il s'agit d'exercer une surveillance des atteintes à l'environnement (HAE), un contrôle des autorisations de police administrative (HALP), d'évaluer et de contrôler les évaluations environnementales (HAE, DE1, DE2), d'exercer un droit de suite, sous forme d'un suivi, d'une évaluation et d'un contrôle en aval de ces évaluations (HAE, DE1, DDEGF), ce qui peut prendre la forme d'une mission d'expertise scientifique confiée à l'autorité (DDEGF, DE2) ou encore d'exercer des missions d'éducation, d'information et de sensibilisation sur l'environnement ainsi que d'animation de la société civile sur la transition écologique (DDEGF). On notera aussi le souhait que le GDBC garantisson la qualité, la transparence et l'impartialité de l'expertise environnementale et que les plans de vigilance des entreprises soient soumis à son examen. Ces compétences traduisent clairement les réponses aux difficultés identifiées dans la mise en œuvre du droit de l'environnement.

Enfin, les diverses propositions étudiées confèrent des pouvoirs à l'autorité qu'elles appellent de leurs vœux. L'émission d'avis peut ainsi se muer en véritable pouvoir lorsque la consultation de l'autorité sur les projets ou propositions de lois, ou plus largement sur les politiques publiques concernant l'environnement, est obligatoire (DE1, HALP, DDEGF, DE2). L'autorité indépendante peut aussi être dotée de pouvoirs d'enquête (DDEGF), du pouvoir de saisir les juridictions (HALP), d'un pouvoir d'évaluation et de contrôle des politiques publiques environnementales (DE1, DDEGF) et d'un pouvoir d'injonction (GDBC, DE2). Au nombre des pouvoirs qui peuvent être traditionnellement attribués aux AAI par le législateur figure le pouvoir de régulation du secteur – surtout économique et financier – où elles interviennent. Celui-ci est peu fréquemment évoqué dans notre matière, sinon par la doctrine³². Le rapport de Mme Muschotti pour un DDEGF prend soin de justifier la non-attribution d'un pouvoir de régulation, considérée comme peu opportune car susceptible d'étendre excessivement son domaine d'intervention – eu

égard à la multiplicité des activités touchant l'environnement – et difficilement compatible avec sa mission de médiation³³. L'exercice d'un pouvoir de sanction est également admis et détenu par certaines AAI. En matière environnement, s'il est expressément exclu pour le DDEGF, l'autrice du rapport lui préférant le pouvoir d'incitation, au motif que le pouvoir de sanction pourrait entrer en concurrence avec son rôle de médiateur et complexifier le dispositif de la répression environnementale où coexistent déjà des sanctions administratives et pénales³⁴. En revanche, la proposition d'une autorité constitutionnelle (DE2) défend l'attribution du pouvoir de sanction, dont le détail est renvoyé à la loi organique³⁵. On observera enfin que l'octroi d'un pouvoir réglementaire à la nouvelle AAI n'est jamais envisagé, ce qui n'est pas surprenant dans la mesure où le domaine environnemental est bien pourvu en normes générales.

Il ne reste plus désormais qu'à puiser dans ces éléments pour dessiner le portrait-robot de l'institution parfaite.

II. Le modèle achevé

Nous suggérons la création d'une Haute autorité pour la prévention et la réparation des atteintes à l'environnement (Haprae). Afin que l'entreprise soit réalisable, cette nouvelle institution doit s'inscrire dans le cadre juridique existant relatif aux AAI (A). Pour qu'elle soit utile, elle doit épouser les besoins spécifiques du domaine environnemental (B).

A. Un moule éprouvé

L'apparition des AAI ne répond pas à un dessein préétabli, mais relève d'avantage du « hasard et de la nécessité »³⁶. Ceci explique la difficulté à identifier une catégorie juridique unifiée : « Victime de son succès, la catégorie des AAI, telle qu'elle avait été construite par les juristes [...] » fait l'objet « d'un mouvement d'éclatement toujours plus accentué »³⁷. En dépit de cette hétéro-

32. V. J. Bétaillé, « Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale », in M. Sousse (dir.), *Droit économique et droit de l'environnement*, Les conférences du CDED, Mare & Martin, 2020, p. 107.

33. Rapport préc. p. 37.

34. *Ibid.*, p. 37.

35. Art. 71-2, al. 10 : « La loi organique définit les conditions dans lesquelles le Défenseur de l'environnement dispose d'un pouvoir de sanction. »

36. A. Rouyère, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA* 2010, p. 887.

37. J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, p. 896.

généité constitutive, il est possible de discerner « deux terrains privilégiés mais non exclusifs, des autorités indépendantes »³⁸ : la régulation d'un secteur économique et la protection des droits et libertés fondamentaux³⁹. En outre, un travail considérable de rationalisation a été réalisé par le législateur, grâce à deux lois du 20 janvier 2017 qui en arrêtent une liste et élaborent leur statut commun⁴⁰.

Ces quelques repères nous permettent de préciser d'abord que l'Haprae est appelée à intervenir pour garantir l'application des droits et libertés fondamentaux environnementaux. Le texte de la Charte de l'environnement permet de les identifier aisément. Le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (art. 1^{er})⁴¹ verra sa rédaction complétée afin d'intégrer le droit à l'environnement des générations futures, comme indiqué plus haut. Cet ajout est indispensable pour dépasser la vision court-termiste des politiques actuelles, incapable de se projeter dans le temps long qui est celui des transformations écologiques. Les droits « procéduraux » proclamés à l'art. 7 de la Charte – droit à l'information et droit à la participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement – doivent aussi être protégés, en ce qu'ils concrétisent le droit substantiel de l'art. 1^{er} et parce que la tendance actuelle des politiques est de le remettre en cause sous couvert de simplification et d'accélération de la réalisation des projets. Il conviendra d'y adjoindre, là encore par une modification modeste de l'art. 7, le droit d'accès au juge en matière environnementale, qui ne figure pas dans la Charte. Or, le même constat peut être formulé que précédemment : de nombreuses dispositions législatives sont récemment venues réduire les conditions de recours au juge en matière environnementale. Les devoirs – autrement dit les obligations – de prévention et de réparation des atteintes causées à l'environnement également inscrits dans la Charte de l'environnement, res-

pectivement aux art. 3 et 4, doivent être assurés, car ils sont la condition même du respect du droit à un environnement sain. Le fondement théorique et matériel de notre Haprae se trouve ainsi établi, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des concepts actuels mais nébuleux (limites planétaires, biens communs).

Ensuite, la loi organique du 20 janvier 2017 précise que toute AAI ou API est créée par la loi. On notera sur ce point qu'elle soumet les deux types d'autorités indépendantes aux mêmes règles, les secondes se distinguant pourtant des premières par le fait qu'elles sont dotées de la personnalité morale, et que le statut législatif des AAI n'interdit pas de constitutionnaliser certaines d'entre elles, comme c'est le cas pour le Défenseur des droits, qui figure au Titre XI *bis* de la Constitution depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 71-1). Pour l'Haprae, le choix entre l'AAI et l'API paraît largement ouvert : comme le relève D. Truchet, « l'attribution par le législateur de la qualité d'AAI ou d'API ne répond à aucun critère évident »⁴². C. Muschotti s'interroge sur ce point dans son rapport en faveur de la création du DDEGF et estime que ce choix « semble donc finalement assez politique, et lié aux fonctions que l'on souhaitera confier au DDEGF. Si l'on souhaite lier le DDEGF à l'État, considérant que c'est à l'État qu'il revient, conformément à la Constitution, de garantir la préservation de l'environnement et des droits des générations futures, le statut d'AAI lui suffira [...]. Mais si l'on souhaite à l'inverse, partant du principe qu'une partie des décisions qui font l'objet de contestations et de conflits sont des autorisations accordées par l'État, renforcer l'indépendance du DDEGF dans sa prise de décision, alors le statut d'API lui conviendrait davantage en apportant une personnalité juridique »⁴³. Au vu de ces réflexions, nous penchons pour le statut d'API, la personnalité morale ayant pour conséquence que l'autorité est plus indépendante de l'État qu'elle pourra éventuellement sanctionner,

38. D. Truchet, *Droit administratif*, 10^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2023, p. 92.

39. V. Rapport P. Gélard, *Les AAI : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Ass. nat. n° 3166, 15 juin 2006.

40. Loi organique n° 2017-54 du 20 janv. 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes et loi n° 2017-53 du 20 janv. 2017 portant statut général de ces autorités.

41. Ce droit de l'homme constitue en outre une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du CJA, ouvrant la voie au référendum (CE, ord., 20 sept. 2022, n° 451129, *Épx Panchaud, Rec.*).

42. D. Truchet, *Droit administratif*, op. cit. p. 94.

43. Rapport préc. p. 44.

que ses décisions engagent sa responsabilité et non celle de l'État, qu'elle dispose d'un budget propre⁴⁴ et du droit d'ester en justice⁴⁵. L'hypothèse de l'API est également celle retenue par Julien Bétaille⁴⁶.

Il nous semble en outre nécessaire de recourir à une loi constitutionnelle pour consacrer l'Haprae dans la Constitution. Bien que la démarche n'ait pas pour conséquence de modifier la nature de l'API, qui demeure une autorité administrative, sa valeur symbolique est importante et répond à « l'adossement » de la Charte de l'environnement à la Constitution. Ainsi que le note Aude Rouyère, « la mention du modèle des AAI ou d'une AAI précise dans le texte constitutionnel est une manière de leur donner une existence constitutionnelle [...] et de leur assurer une certaine pérennité ». Elle marque la « volonté de soustraire cette autorité aux entreprises du législateur donc de lui assurer un ancrage fort et stable »⁴⁷. Ces arguments résonnent particulièrement dans l'atmosphère régressive où s'englue actuellement le législateur sur le front environnemental. Si nous avons bien conscience de la difficulté de l'entreprise⁴⁸, les critiques opposées à la proposition de loi constitutionnelle lors de la discussion en commission des lois constitutionnelles permettent de cartographier certains écueils à éviter. L'idée de créer un titre XI^{ter} nouveau avec un article unique 71-2 dédié à l'Haprae nous paraît suffisamment convaincante pour la reprendre à notre compte.

Concernant l'organisation de l'Haprae, le choix d'un organisme collégial est à privilégier par rapport à une autorité individuelle. En effet, l'ampleur du domaine couvert requiert la mise en commun au sein du collège de compétences variées. La collégialité atténue « les risques liés à la personnification d'une telle autorité », « dilue

le pouvoir et la responsabilité des commissaires », « protège l'autorité publique contre une concentration des pressions » et diversifie les modalités de désignation des membres⁴⁹. Sur ce point encore, il est possible de laisser libre cours à l'imagination dans le cadre défini par la loi du 20 janvier 2017 qui précise les règles destinées à assurer l'indépendance et l'impartialité des membres des AAI et API⁵⁰. Nous envisageons ainsi que l'Haprae soit composée de 13 membres pour un mandat de six ans non renouvelable : 4 professeurs de droit, 2 universitaires représentant les sciences « dures » (biologie, géologie, physique, climatologie...), 2 représentants d'associations de protection de l'environnement, un conseiller d'État, un magistrat de la Cour de cassation, un magistrat de la Cour des comptes, un député et un sénateur. Le président ou la présidente serait élu.e par le collège, parmi les membres autres que les élus et représentants des juridictions. Les modalités précises de la désignation des membres sont renvoyées à une loi organique. Il faudra naturellement y associer les parlementaires afin de parer la critique courante d'absence de légitimité démocratique des AAI. Cette composition, qui fait la part belle aux compétences juridiques et scientifiques, se veut la plus adaptée au domaine d'intervention de l'Haprae, qui induit inévitablement des spécificités.

B. Une recette originale

La création de l'Haprae est justifiée par la nécessité de remédier à certains dysfonctionnements criants du droit de l'environnement, amplement documentés. Pour ce faire, elle se verra confier les missions et pouvoirs suivants.

La nouvelle API sera obligatoirement consultée sur tout projet ou proposition de loi ou projet

44. La question de l'autonomie financière des API n'est pas traitée par la loi de 2017, car l'art. 36 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) s'y applique : « L'affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale [une API en l'occurrence] d'une ressource établie au profit de l'État ne peut résulter que d'une disposition de loi de finances ». Sur ce point, il est possible d'imaginer que le budget propre de l'Haprae soit abondé par une partie des taxes prélevées sur les pollueurs (TGAP) ainsi que le montant des amendes venant sanctionner les infractions environnementales et des astreintes prononcées contre l'État lorsqu'il est condamné pour manquement à ses obligations environnementales.

45. Rappelons que les AAI et API sont des autorités administratives et ne sont pas des juridictions.

46. J. Bétaille, « Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale », préc.

47. A. Rouyère, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », préc.

48. V. J. Bétaille et H. Delzangles, « Pour une autorité publique indépendante dans le domaine de l'environnement », AJDA 2023, p. 1201 : « la constitutionnalisation d'une telle figure aurait évidemment une portée symbolique non négligeable mais ses chances d'aboutir restent faibles ».

49. *Ibid.*

50. V. A. Rouyère, « Les autorités indépendantes. Le statut : une mise en ordre pragmatique », RFDA 2017, p. 413.

de décret susceptible d'avoir des effets en matière environnementale. Dans ce cadre, elle s'appliquera en particulier à veiller au principe d'amélioration constante de la préservation de l'environnement et à la cohérence globale des politiques publiques. En présence d'un avis négatif ou réservé sur le texte mis à l'étude, les parlementaires ou le gouvernement seront tenus de procéder à sa réécriture. Ce pouvoir sera doublé d'un pouvoir de recommandation afin d'inciter le législateur ou le pouvoir réglementaire à adopter des dispositions venant compléter l'arsenal juridique existant. Il s'exercera également à l'égard des personnes privées, morales ou physiques, dès lors que leurs activités ont une incidence sur l'environnement. La Haute autorité pourra en outre être consultée par les pouvoirs publics sur toute question relevant de sa compétence.

Elle exercera également une mission d'évaluation et de contrôle des politiques publiques environnementales : il s'agit de vérifier non seulement que celles-ci sont effectives, qu'elles s'appliquent, mais également la qualité des résultats obtenus au regard des objectifs poursuivis. Cet aspect demeure pour le moment insuffisant, même si la création du Haut conseil pour le climat en 2019 comble cette lacune relativement à l'efficacité des politiques publiques en matière de lutte contre le changement climatique. Le contrôle de l'efficacité de la trajectoire suivie, tel qu'il est mis en œuvre au contentieux par le juge administratif⁵¹, peut en effet être utilement transposé et exercé en amont des litiges, à bien d'autres domaines intéressant l'environnement (succès de plan nationaux de protection des espèces, amélioration de la qualité des eaux, de l'air, réduction des pesticides et autres polluants dans le milieu naturel, etc.) dans une logique d'analyse empirique du droit⁵².

Dotée d'une fonction de médiation, l'Haprae pourra être saisie par toute personne en cas de conflit à propos de la réalisation d'une infrastructure, d'une installation industrielle ou autre projet impactant pour l'environnement. Son interven-

tion préalable à la délivrance d'une autorisation administrative nous paraît essentielle pour garantir le respect du principe de prévention des atteintes à l'environnement et le droit à un environnement sain. En effet, l'exercice de ses pouvoirs de polices spéciales environnementales (telles que la police des installations classées pour la protection de l'environnement et la police de l'eau) n'est pas exempt de critiques. En particulier, ayant à arbitrer entre des intérêts multiples et antagonistes, le préfet peut avoir tendance à privilégier les intérêts économiques au détriment de l'environnement. L'objectif de développement durable, qui place sur un pied d'égalité la préservation de l'environnement, le développement économique et le progrès social, ne permet pas d'éviter la « marginalisation » des préoccupations environnementales souvent constatée⁵³.

La détention d'un pouvoir de sanction par l'Haprae nous semble au cœur de sa mission. En effet, bien que les normes environnementales soient assorties de sanctions administratives et/ou pénales, qui ont progressivement été renforcées par le législateur, elles sont perçues comme faiblement contraignantes si ces sanctions ne sont pas prononcées. Certains pollueurs peuvent ainsi avoir un sentiment d'impunité et poursuivre leurs méfaits jusqu'à la catastrophe – cf. le cas de l'usine Lubrizol. S'agissant de l'effectivité des sanctions administratives, le rôle du préfet est une fois de plus déterminant puisqu'il est l'autorité compétente pour mettre en demeure l'auteur du manquement de régulariser sa situation, puis en cas de non-exécution, pour prononcer à son encontre l'une ou l'autre des sanctions prévues à l'art. L. 171-8 C. env. Or, les données chiffrées de la police de l'eau et de la police des ICPE – y compris les plus récentes⁵⁴ – montrent que le préfet ne fait pas preuve de rigueur en la matière⁵⁵. Ceci conduit à douter de l'impartialité du préfet, qui détient à l'heure actuelle trop de compétences dans trop de domaines, et dispose en outre d'un pouvoir de dérogation lui permettant de prendre des décisions non réglementaires

51. CE, 19 nov. 2020, n° 427301, *Cne de Grande Synthe et a.*, Rec.

52. V. J. Bétaille, « Évaluer les effets du droit sur l'environnement : une idée saugrenue pour les juristes ? », *RJE* Ns. 2023, p. 31.

53. V. sur ce point not. le Rapport n° 802, préc.; J. Bétaille, « Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale », préc.

54. C. des comptes, Rapport *Gestion des risques liés aux ICPE dans le domaine industriel*, 2023.

55. V. J. Bétaille, « Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale », préc.; A. Van Lang, « Droit répressif de l'environnement : perspectives en droit administratif », *RJE* Ns 2014, p. 33.

dérogatoires aux normes environnementales (décret n° 2020-2014 du 8 avr. 2020). Dans ces conditions, il nous paraît indispensable de confier à une autorité indépendante et impartiale le pouvoir de prononcer les sanctions administratives en cas de violations des prescriptions des polices administratives environnementales. Concernant les sanctions pénales relevant de la compétence des juridictions répressives, il serait pertinent que l'Haprae ait la compétence pour déclencher les poursuites, pour surmonter l'éventuelle inertie du parquet. La faiblesse de la réponse pénale à la délinquance environnementale constitue en effet une des causes de la dégradation de l'environnement⁵⁶, faute de jouer son rôle dissuasif.

Enfin, l'Haprae serait compétente pour déterminer les modalités de la réparation en nature du préjudice écologique. Celle-ci est le principe, inscrit à l'art. 1249 C. civ., mais les décisions tant judiciaires qu'administratives montrent que les juges préfèrent encore attribuer des dommages-intérêts, faute d'une expertise suffisante⁵⁷. Nous proposons donc que les jugements établissant un préjudice écologique pur, renvoient systématiquement à l'Haprae le soin de fixer les

actions à mener par l'auteur du dommage pour restaurer les milieux impactés ou réparer les destructions réalisées. Elle se prononcerait dans un délai contraint afin de ne pas allonger excessivement le délai de jugement, et disposerait d'un pouvoir d'injonction pour imposer sa décision, aussi bien aux personnes privées que publiques.

Une telle réforme nous semble de nature non seulement à stabiliser la barque du droit de l'environnement face aux vents contraires, mais encore à maintenir son cap en vue de la prévention et de la réparation des dégradations de l'environnement pour assurer à chacun, dans les générations présentes et futures, un environnement de qualité. Elle ne tombe pas du ciel, car ainsi qu'on l'a montré, elle a été préparée par divers rapports et proposition de loi, témoignant d'une certaine maturité du projet. Son adoption par la représentation nationale lui permettrait de prouver que son intérêt pour la protection de l'environnement et de la santé publique n'est pas purement théorique. Elle n'a rien d'utopique, car c'est ici et maintenant, plus que jamais nous semble-t-il, que le respect des exigences environnementales doit prendre corps.

56. Cour de cassation, Rapport sur *Le traitement pénal du contentieux de l'environnement*, déc. 2022.

57. V. S. Batellier, « Réparation du préjudice écologique : comparaison de la jurisprudence du juge administratif et du juge judiciaire », *Dr. env.* juill.-août 2024, p. 272.

Un article, une réforme

L'évolution de l'« intérêt pour agir » : une « réforme » progressive de la prise en compte de l'intérêt général en droit international

Thibaut Fleury Graff

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (IHEI)

Directeur du Master Droit international public

L'intérêt pour agir désigne, de manière générale dans le vocabulaire juridique, « l'importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à le demander en justice [...] et à défaut de laquelle le demandeur est sans droit pour agir (pas d'intérêt, pas d'action) »¹. En droit international, le sens de la notion est identique : l'intérêt pour agir est « ce qui est escompté par [un État] pour que l'on puisse estimer que dans une circonstance déterminée, il peut exercer son pouvoir d'action »². Sans qu'elle ne figure expressément dans le statut des principales juridictions internationales³ en tant que condition de recevabilité d'une demande, cette condition est néanmoins « un principe général du droit du contentieux international » qui « conditionne le procès international »⁴, dès lors qu'elle participe de la logique

même de la fonction judiciaire : est recevable – devant une juridiction nationale comme internationale – à présenter des conclusions, « le titulaire du droit [que ces conclusions] revendiquent »⁵. Comme l'écrit encore Maarten Bos, « si le demandeur n'a pas d'intérêt à ce que le juge se prononce sur l'*objectum litis*, il manque une condition du procès autant que lorsque tout *objectum litis* fait défaut ou que l'*objectum litis* soumis au juge n'a pas les qualités requises, ou lorsqu'il n'y a pas de différend entre les parties »⁶. Se pose alors la question de l'identification de cet intérêt, et de l'État qui en est porteur, pour désigner celui qui pourra engager la responsabilité de l'un, ou de plusieurs, de ses pairs.

La question est d'autant plus fondamentale en droit international que la responsabilité y occupe une place tout à fait centrale. « Corollaire néces-

1. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., PUF, 2024, v^o « Intérêt pour agir ».

2. K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 209, 1988, p. 237.

3. Ainsi n'en est-il fait mention ni dans le Statut de la Cour internationale de Justice, ni dans celui du Tribunal international pour le droit de la mer.

4. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., LGDJ Lextenso Éditions, 2015, p. 238.

5. *Ibid.*, p. 237.

6. M. Bos, *Les conditions du procès en droit international public*, Leyde E.J. Brill, 1957, p. 214-215.

saire du droit », comme le dit la Cour internationale de Justice⁷ (CIJ), la responsabilité joue au sein du système international un rôle de premier plan puisqu'il n'existe pas, au sein de ce système et sauf exceptions restreintes, de contentieux de la légalité : les sujets du droit international sont, par principe, dépourvus de la possibilité de contester devant un juge la validité d'une règle de droit international, faute de hiérarchie des normes qui rendrait même simplement concevable une telle action. C'est donc le contentieux de la violation des règles existantes qui absorbe l'essentiel des différends internationaux et qui, ce faisant, rend d'autant plus prégnante la question de l'identification de l'entité – généralement, mais pas systématiquement, étatique – ayant intérêt pour engager cette responsabilité, de manière bilatérale ou juridictionnelle.

S'il est compliqué, en droit international, de parler de « réforme » dès lors que, dans un système où prévaut un « degré poussé de décentralisation »⁸ il n'existe pas d'autorité qui pourrait impulser une « action par laquelle on corrige une chose, on cherche à la rendre meilleure, soit en lui apportant des modifications, soit en rétablissant sa forme première, originelle »⁹, il n'en demeure pas moins que « le droit international évolue », « se » réforme – plutôt qu'« on » ne le réforme – au gré des avancées jurisprudentielles et des comportements de ses sujets. Or, ce droit a, précisément et considérablement, évolué, en particulier depuis la seconde moitié du xx^e siècle, de telle manière à favoriser la prise en compte dans l'appréciation de l'intérêt pour agir de l'« intérêt général » de la « communauté internationale » (I). Cette évolution, cependant, demeure limitée par certaines circonstances ou caractéristiques du droit international, ce qui invite à s'interroger sur la possible « réforme » de la conception de l'intérêt pour agir dans les années à venir, en un sens qui lève – ou à l'inverse réaffirme – ces limites (II).

I. Évolution de l'intérêt pour agir par la prise en compte de l'intérêt général

De manière classique, le droit international exige de l'État qui entend engager la responsabilité de l'un de ses pairs qu'il démontre avoir été « lésé » par l'action de ce dernier (A). Toutefois, dès le début du xx^e siècle et de manière renouvelée depuis les années soixante, il a été admis que des États autres que les États lésés – mais également d'autres entités, telles des associations dans le contexte du contentieux climatique – puissent agir en responsabilité contre l'État auteur du fait illicite (B).

A. Conception classique de l'intérêt pour agir

Dans un fameux passage de son arrêt de 1966 en l'affaire du *Sud-Ouest Africain*, la CIJ a rejeté la possibilité qu'existe en droit international « une sorte d'*actio popularis*, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public ». Elle ajoutait pour justifier cette position que « les droits des demandeurs doivent être établis en fonction de la nature du système qui est censé leur donner naissance », et que « s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement en est dépourvu »¹⁰. Adoptés en 2001, les articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite s'inscrivent, à première vue, dans la même perspective, dès lors qu'en vertu de l'article 42 de ce texte, « un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due : a) à cet État individuellement ou, b) à un groupe d'États dont il fait partie, et si la violation de l'obligation : i) atteint spécialement cet État [...] »¹¹. Au regard de ces éléments, il apparaît que seul a intérêt pour agir l'État qui a subi un préjudice du fait de la violation d'une obligation qui lui était due – l'illustration la plus simple étant celle de la violation d'un traité bilatéral le

7. CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c/ Espagne)*, 5 févr. 1970, Rec. CIJ 1970, p. 33, § 36.

8. V. par ex. M. Forteau *et al.*, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ Lextenso, 2022, p. 1140, § 773.

9. Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., v^o « Réforme », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R1230>.

10. CIJ, *Affaires du Sud-Ouest Africain (Éthiopie c/ Afrique du Sud; Libéria c/ Afrique du Sud)*, 18 juill. 1966, CIJ Rec. 1966, p. 47, § 88.

11. Commission du droit international (CDI), « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », 2001, art. 42.

liant à un autre État – ou un dommage matériel ou moral du fait de la violation d'une obligation due également à d'autres États¹² – dans le cas par exemple de la violation d'un traité multilatéral ou d'une règle coutumière, créant cependant un dommage pour certains États. Les affaires dont est saisie la CIJ témoignent de ce que ces hypothèses sont, en pratique et de loin, les plus fréquentes¹³.

Cette exigence d'un intérêt pour agir « direct et personnel » est classique et même « d'application stricte en droit judiciaire interne ». Il est vrai cependant que dans les systèmes nationaux il existe parallèlement « des institutions spécialisées chargées de défendre les intérêts généraux des populations », institutions qui n'existent pas « dans des rapports internationaux où triomphe encore le principe de souveraineté des États »¹⁴. Ce n'est en effet que dans des cadres internationaux très spécifiques qu'existent des mécanismes confiant à un organe la charge de représenter l'intérêt public, et d'agir pour le respect du droit, sans y avoir d'intérêt propre autre que l'exercice de cette fonction de « gardien du droit »¹⁵. Tel est par exemple le cas en droit international pénal : le Procureur de la Cour pénale internationale « peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour »¹⁶. Certains systèmes régionaux connaissent également des procédures que peuvent déclencher des organes dont l'une des fonctions est de surveiller la bonne application du droit régional par les États membres. Tel est singulièrement le cas dans le cadre de l'Union européenne, au sein de laquelle la Commission si elle « estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités » peut émettre « un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations » voire, « si

l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission », « saisir la Cour de justice de l'Union européenne »¹⁷.

Il s'agit là toutefois, pour reprendre les termes de la CIJ dans son arrêt de 1966, de « systèmes » dont la « nature » est spécifique comparée à celle du système international général, justifiant ces modalités particulières d'engagement de la responsabilité des États. Ce droit international général a pourtant évolué afin de permettre la prise en compte de l'intérêt général dans le cadre du contentieux international « classique », c'est-à-dire hors systèmes régionaux ou *sui generis* : l'affirmation de la CIJ en 1966 a été démentie par la suite.

B. Prise en compte de l'intérêt général dans la conception de l'intérêt pour agir

C'est dès 1970 que la Cour, renversant la position qu'elle avait, dans des conditions il est vrai particulières¹⁸, adoptée quelques années auparavant, a affirmé qu'« une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble, et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État [...]. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »¹⁹. Il s'agit bien ici de « la reconnaissance d'une *actio popularis*, lorsqu'un fait internationalement illicite porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble »²⁰. L'*obiter dictum* – l'assertion n'était en elle-même guère nécessaire à la résolution de l'affaire – est longtemps resté sans application pratique dans la jurisprudence. L'adoption en

12. En ce sens, v. l'article 31 § 2 des Articles de la CDI : « Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État ».

13. Pour quelques illustrations récentes parmi les affaires pendantes devant la Cour, v. par exemple *Revendication territoriale, insulaire et maritime du Guatemala (Guatemala c/ Belize)*; *Demande concernant la restitution de biens confisqués dans le cadre de procédures pénales (Guinée équatoriale c/ France)*; *Souveraineté sur les cayes de Sapodilla/cayes Zapotillos (Belize c/ Honduras)*.

14. K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », préc., p. 270.

15. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., n° 412, p. 260.

16. Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2002, art. 15.

17. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2012, art. 258.

18. V. sur ce point Ph. Sands, « *Colonialism : a short history of international law in five acts* », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2023, vol. 431.

19. CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, préc., p. 32, § 33.

20. M. Forteau et al., *Droit international public*, op. cit., p. 1119, § 758.

2001 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, suivie d'une jurisprudence sinon nourrie, du moins significative, depuis le début des années 2000, signe le premier moment de cette « réforme » du droit international favorable à la défense de l'« intérêt général ».

Déjà cité, l'article 42 de ces articles précise en effet que l'« État lésé » peut également être celui qui subit « la modification radicale de sa situation » que provoque la violation par un autre État d'une obligation due « à la communauté internationale dans son ensemble ». Cette solution, comme l'admet le commentaire officiel du texte²¹, est similaire à celle qu'énonce plus clairement l'article 48, en vertu duquel « tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble ».

Considérées comme une codification du droit international coutumier, ces prescriptions trouveront une première application nécessaire à la résolution de la question de la recevabilité d'une affaire²² dans le cadre d'un litige opposant, au début des années 2010, la Belgique au Sénégal. La première y reprochait au second de violer la Convention contre la torture en refusant de poursuivre devant ses propres tribunaux, ou d'extraire vers la Belgique, Hissène Habré, ancien dirigeant tchadien auteur de nombreux actes de tortures, d'exécutions extrajudiciaires ou de traitements inhumains et dégradants. La Belgique, toutefois, ne pouvait que difficilement se prévaloir d'un intérêt particulier en l'espèce : le Sénégal faisait valoir que son adversaire n'avait « pas qualité pour invoquer la responsabilité internatio-

nale du Sénégal en raison du manquement allégué de ce dernier à son obligation de soumettre le cas de H[issène] Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale [...]. Le Sénégal précisait notamment « qu'aucune des victimes supposées des actes qui seraient attribuables à M. Habré n'avait la nationalité belge au moment où ceux-ci ont été commis ». C'est en effet sur le fondement d'une loi de compétence universelle – reconnaissant aux juridictions d'un État la compétence de juger de faits survenus à l'étranger n'impliquant que des auteurs et victimes étrangers – que la Belgique réclamait l'tradition de M. Habré²³. La Cour cependant ne fit pas droit à l'argument sénégalais. Elle jugea en effet que « les obligations qui incombent à un État partie de procéder à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits et de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'appliquent du fait de la présence de l'auteur présumé sur son territoire, quelle que soit la nationalité de l'intéressé ou celle des victimes, et quel que soit le lieu où les infractions alléguées ont été commises. Tous les autres États parties à la convention ont un intérêt commun à ce que l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé respecte ces obligations. Cet intérêt commun implique que les obligations en question s'imposent à tout État partie à la convention à l'égard de tous les autres États parties. L'ensemble des États parties ont « un intérêt juridique » à ce que les droits en cause soient protégés »²⁴. Ainsi la Belgique vit-elle sa qualité pour agir admise, et obtint la reconnaissance de la violation de la Convention par le Sénégal – lequel engagea par la suite des poursuites, et condamna M. Habré à la perpétuité²⁵.

Cette première reconnaissance juridictionnelle de la nature *erga omnes* d'une obligation comme fondement de la recevabilité d'une affaire a, assurément, contribué au développement d'autres

-
21. Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », 2001, p. 317.
22. La notion est néanmoins mobilisée à d'autres titres dans des affaires antérieures. V. par ex. CIJ, *Affaire relative au Timor Oriental (Portugal c/ Australie)*, 30 juin 1995, Rec. CIJ 1995, § 29; CIJ, *Consequences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juill. 2004, Rec. CIJ 2004, not. p. 199, § 155; ou encore CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)*, 26 févr. 2007, Rec. CIJ 2007, not. p. 120, § 185.
23. CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c/ Sénégal)*, 20 juill. 2012, CIJ Rec. 2012, p. 448, §§ 64-65.
24. *Ibid.*, p. 449, § 68.
25. R. Maison, « L'affaire Hisssein Habré », *Annuaire français de droit international*, vol. 63, 2017, p. 501.

affaires dans lesquelles les États requérants ont agi sur le seul fondement d'un intérêt juridique au respect d'obligations ne leur étant pas spécialement dues, et dont la violation n'eut pas pour conséquence de leur causer de dommage matériel ou moral. Sur la petite vingtaine d'affaires actuellement pendantes devant la Cour, quatre reposent sur une telle approche : en novembre 2019, la Gambie a introduit devant la Cour une requête contre le Myanmar du fait de violations à l'égard des Rohingyas de la Convention contre le génocide, citant le précédent *Belgique c/ Sénégal* à l'appui de la recevabilité de sa demande²⁶ – la Cour a d'ores et déjà reconnu l'intérêt à agir de la Gambie dans son arrêt sur les exceptions préliminaires²⁷ ; en juin 2023, le Canada et les Pays-Bas, se fondant sur la Convention contre la torture déjà en cause dans l'affaire Hissène Habré, ont introduit une requête contre la Syrie, fondant leur intérêt pour agir sur la nature *erga omnes* des obligations syriennes – ce qu'a contesté la Syrie, sans être toutefois suivie par la CJU ; en décembre de la même année l'Afrique du Sud a, sur le fondement de la Convention contre le Génocide et du fait des actions menées à Gaza par Israël, introduit une instance contre ce dernier – qui n'a pas même contesté la qualité pour agir de l'Afrique du Sud, la Cour l'établissant par ailleurs sans aucune difficulté²⁸ ; *idem* enfin dans le cadre de l'instance introduite en 2024 par le Nicaragua contre l'Allemagne du fait de la fourniture d'armes à Israël. Soulevée par le demandeur dans sa requête introductory d'instance²⁹, la question de l'intérêt pour agir du Nicaragua n'est pas même été abordée par la Cour dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires³⁰.

Dans le même temps, et depuis plus longtemps encore, se sont également développés, dans le cadre régional, des mécanismes similaires. C'est d'abord le cas dans le cadre de l'Union euro-

pénne, sur le fondement de l'article 259 TFUE, en vertu duquel « chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités ». Un seul arrêt a cependant été rendu sur la base d'une saisine fondée sur cet article, lequel concernait en outre deux États directement concernés par les faits de l'espèce (différend frontalier)³¹. Les choses sont plus intéressantes de ce point de vue du côté de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Cour de Strasbourg.

En effet, en vertu de l'article 33 de la Convention EDH, « toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour EDH de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie contractante ». Si l'article ouvre incontestablement le prétoire européen à l'État dont, par exemple, les ressortissants ont subi des dommages du fait d'une violation de la Convention par un autre État partie, il permet également une action par n'importe quel État partie, n'eut-il pas subi de préjudice autre que simplement juridique. Comme le juge très explicitement la Cour dès 1961, « en concluant la Convention, les États Contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit ». Dès lors, lorsqu'un État saisit la Cour, il ne doit pas « être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à

26. CJU, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c/ Myanmar; 7 États intervenants)*, Requête introductory d'instance, 11 nov. 2019, not. p. 63, §§ 123/124.

27. CJU, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c/ Myanmar)*, Exceptions préliminaires, 22 juill. 2022, p. 517, § 112.

28. CJU, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c/ Israël)*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance, 26 janv. 2024, Rec. CJU 2024, p. 16, § 33.

29. CJU, *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au territoire palestinien occupé (Nicaragua c/ Allemagne)*, Requête introductory d'instance, 1^{er} mars 2024, not. p. 12, § 27.

30. *Ibid.*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance, 30 avr. 2024.

31. CJUE, *Slovénie c/ Croatie*, 31 janv. 2020, n° C-457/17.

l'ordre public de l'Europe »³². Une évolution similaire s'est faite jour concernant les requêtes individuelles.

On sait en effet que, sur le fondement de l'article 34 de la Convention EDH, une personne peut saisir la Cour d'une requête contre un État partie sous la juridiction duquel elle se trouvait au moment de la violation de ses droits. Pour être recevable à agir, encore faut-il cependant, par principe, que cette personne démontre qu'elle a été « personnellement et effectivement touché[e] par la violation (alléguée) de la Convention, ce qui résulte d'ordinaire d'une mesure appliquant la loi pertinente ou d'une décision estimée contraire à la Convention ou, dans certains cas, d'actes ou d'omissions d'autorités de l'État ou de parties privées supposés attentatoires aux droits du requérant découlant de la Convention »³³. La raison de cette solution s'agissant des requêtes individuelles « tient à l'interdiction visant l'*actio popularis* dans le système de la Convention [...] : un requérant ne peut pas introduire une action d'intérêt public ou général si la mesure ou l'acte litigieux ne le touche pas directement. Il s'ensuit que pour pouvoir se prétendre victime, le requérant doit produire des preuves plausibles et convaincantes de la probabilité de survenance d'une violation dont il subirait personnellement les effets, de simples soupçons ou conjectures ne suffisant pas à cet égard [...] »³⁴. Similaire lorsque le requérant est une personne morale, telle une association, la solution a cependant évolué en 2024 afin de favoriser, dans le contexte du changement climatique, les recours d'entités qui, sans être directement victimes d'une violation de la Convention, défendent les droits fondamentaux de personnes qui sont, ou pourraient être, concernées directement par la violation de ces derniers. Ainsi la Cour juge-t-elle que « la nature particulière du changement climatique, sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière, et la nécessité de favoriser la répartition intergénérationnelle de l'effort dans ce domaine [...] militent [...] en faveur de l'octroi aux associations de la

qualité pour agir dans les affaires climatiques portées devant la Cour [...] ». L'instance strasbourgeoise estime alors « opportun », « dans ce contexte spécifique », de « reconnaître l'importance d'autoriser une association à recourir à l'action en justice dans le but d'obtenir la protection des droits fondamentaux des personnes qui sont ou qui risquent d'être touchées par les effets néfastes du changement climatique [...] »³⁵.

L'*actio popularis*, rejetée par la CIJ en 1966, serait-elle ainsi devenue une évidence en 2025 ? Il faut nuancer la réponse à cette question. Car s'il est en effet assez évident que le droit international « s'est » réformé sur ce point, l'évolution demeure limitée à plusieurs titres – mais pourrait se poursuivre au cours des années à venir.

II. Limites à l'évolution et dépassement de celles-ci ?

Deux éléments principaux limitent aujourd'hui les possibilités de recours en justice sur le fondement de la violation d'obligations *erga omnes* (A). Chacune de ces limites pourrait cependant être dépassée, sous l'influence notamment de phénomènes globaux qui plaident pour une prise en compte plus large de l'intérêt général en droit international (B).

A. Limites à l'évolution de l'intérêt pour agir

L'ouverture du prétoire international à des États non-lésés par une violation du droit international, mais agissant pour le respect d'obligations générales qui ne leur sont pas spécifiquement dues, connaît deux limites : l'une qui pourrait n'être que ponctuelle, l'autre qui semble structurelle.

En premier lieu, seule a servi pour l'instant de fondement à une action en justice par un État autre que l'État lésé la violation d'une obligation *erga omnes partes*, notion qui renvoie « aux obligations *erga omnes* de nature conventionnelle, c'est-à-dire les "[o]bligations envers toutes les

32. Commission EDH, *Autriche c/ Italie*, 11 janv. 1961, n° 788/60. V. aussi, plus récemment, CEDH, 12 mai 2014, n° 25781/94, *Cypre c/ Turquie*, § 44.

33. CEDH, 9 avr. 2024, *Verein KlimaSeniorinnen et autres c/ Suisse*, § 465, et la jurisprudence citée.

34. CEDH, 7 déc. 2021, n° 37857/14, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği c/ Turquie*, § 41.

35. CEDH, *Verein KlimaSeniorinnen...*, préc., § 499.

parties à un régime particulier” »³⁶. Aucune décision de justice n'a ainsi reconnu, en l'état du droit international, l'intérêt pour agir d'un État du fait de la violation d'une obligation internationale « due à la communauté internationale *dans son ensemble* » : seules des obligations figurant dans un traité spécifique, telle que la Convention contre la torture ou la Convention contre le Génocide, ont servi de fondement à des recours par des États autres que des États lésé par leur violation – Gambie dans sa requête contre le Myanmar, Afrique du Sud contre Israël. Il est vrai que ces deux conventions sont très largement ratifiées – 175 États parties pour la première, 153 pour la seconde. Il n'en demeure pas moins qu'elles ne le sont pas par l'ensemble des États, et qu'aucune action fondée sur la violation d'une obligation *erga omnes* simplement coutumière n'a jamais prospéré.

En outre, et en second lieu, *l'actio popularis* demeure suspendue, pour prospérer devant une cour de justice internationale, à l'existence, au sein de la Convention qui contient les obligations *erga omnes partes* violées, d'une clause compromissoire fondant en droit international la possibilité même d'une action en Justice. L'acceptation expresse par l'État – par le jeu d'une telle clause ou d'une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour – est nécessaire pour que la justice internationale puisse être saisie. Telle est la raison pour laquelle la Convention de 1948 contre le Génocide et celle de 1984 contre la torture, qui contiennent chacune une clause compromissoire³⁷, sont les deux conventions

mobilisées dans les affaires listées ci-dessus. Cette condition découle d'un « principe qui est à la base même du droit international », ainsi que la Cour permanente de justice internationale, ancêtre de la CIJ, l'a affirmé explicitement dans l'un de ses premiers avis : « il est bien établi en droit international », écrit la Cour en 1923, « qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement »³⁸. La juridiction est « nécessairement “consensuelle” » en droit international³⁹.

B. Vers une « réforme » des limites à l'intérêt pour agir ?

La première des limites évoquées ci-dessus – celle qui tient à l'absence de décisions de justice internationale statuant, au contentieux, sur des obligations simplement *erga omnes* et non *erga omnes partes* – est certainement circonstancielle : il est possible de s'attendre à ce qu'elle finisse par céder par le jeu d'un recours futur qui s'appuierait sur des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et non seulement aux États parties à un même traité. Cela est d'autant plus plausible que les obligations *erga omnes* ont été mobilisées, depuis longtemps déjà, dans de nombreux avis de la CIJ – singulièrement, mais pas uniquement⁴⁰, dans ses avis sur la situation dans le territoire palestinien occupé⁴¹. Leur violation entraîne, en dehors de procédures juridictionnelles d'engagement de

36. P. d'Argent, « Les obligations internationales », in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 417, 2021, § 83, citant J. Crawford; J. Crawford, « Troisième rapport sur la responsabilité des États », in *Annuaire de la commission du droit international*, 2000, vol. 2, partie 1, paragraphe 106 (b), p. 37.

37. Ainsi, selon l'article IX de la Convention de 1948, « Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend ». V. aussi l'article 30 de la Convention de 1984.

38. CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, Avis, 23 juill. 1923, p. 27.

39. C. Santulli, *Droit du contentieux...*, op cit., p. 120, § 179.

40. V. par ex. CIJ, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Avis consultatif, 25 févr. 2019, Rec. CIJ 2019, p. 139, § 180.

41. CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, Avis consultatif, 19 juill. 2024, CIJ Rec. 2024, p. 74, § 274 : « La Cour observe que les obligations qu'Israël a violées comprennent certaines obligations *erga omnes*. Ainsi qu'elle l'a indiqué dans l'affaire de la Barcelona Traction, ces obligations, de par leur nature même, « concernent tous les États » et, « [v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés » [...]. Parmi les obligations *erga omnes* auxquelles Israël a manqué figurent celle de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination et celle qui découle de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force, ainsi que certaines obligations incombant à Israël au regard du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme ». V. aussi et déjà, dans le même sens, CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification...*, préc., not. p. 199, § 155.

la responsabilité, des obligations spécifiques pour tous les États : en particulier, l'obligation de ne pas reconnaître les situations créées – telle, par exemple, l'occupation illicite d'un territoire – par une violation des règles *erga omnes*. Une action en responsabilité contre Israël ou contre un État tiers ne respectant pas cette obligation, en dehors d'un cadre conventionnel spécifique, serait à ce titre tout à fait envisageable. L'Afrique du Sud, dans son recours fondé sur la Convention de 1948, fait néanmoins et d'ores et déjà plusieurs références à la nature simplement *erga omnes* de certaines obligations qui seraient violées en l'espèce par Israël⁴². D'autres contextes pourraient également favoriser de tels recours : ainsi, dans le cadre de la demande d'avis sur les obligations des États vis-à-vis du changement climatique, nombreux sont les intervenants à cette procédure à avoir mis en avant la nature *erga omnes* de certaines obligations, telle celle de lutter contre le changement climatique en général ou de garantir un environnement propre, sain et durable⁴³. La CIJ a suivi cette argumentation, reconnaissant notamment que les obligations qui incombent aux États « en ce qui concerne la protection du système climatique et d'autres composantes de l'environnement contre les émissions anthropiques de GES, en particulier l'obligation coutumière de prévenir les dommages transfrontières significatifs, sont des obligations *erga omnes* »⁴⁴. Dès 2011, le Tribunal international pour le droit de la mer avait pour sa part déjà qualifié, d'obligation *erga omnes* celle de préserver l'environnement des fonds marins⁴⁵ et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qualifie ce changement de préoccupation « pour l'humanité toute entière » et appréhende l'atmosphère comme un « bien commun » qu'il convient de protéger⁴⁶.

La seconde limite sera plus complexe cependant à faire évoluer – si tant est qu'une telle évolution soit même souhaitable. La CIJ en effet rejette très explicitement l'argument selon lequel la violation d'une obligation *erga omnes* entraînerait *ipso facto*, du fait de l'importance de l'obligation violée, sa compétence pour connaître du différend en cause. La Cour estime ainsi « que l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes* »⁴⁷. De manière plus générale, la Cour découpe – fort logiquement – la question de la valeur de la règle violée et celle des questions procédurales : elle a également jugé en 2012 que la règle coutumière des immunités juridictionnelles, protégeant l'État contre une action devant un tribunal étranger, ne saurait céder face à la violation d'une norme impérative de droit international⁴⁸. Cela restera sans doute, compte tenu, comme le disait la Cour en 1966, de la « nature du système » international, un obstacle aux actions étatiques devant des tribunaux internationaux. Il ne s'agit là toutefois que d'une modalité parmi d'autres d'engagements de la responsabilité internationale. La « réforme » du droit international par la prise en compte de l'intérêt général est appelée à prendre de l'ampleur par l'utilisation des autres voies – bilatérales, régionales, nationales... – offertes aux États comme à certaines personnes privées pour faire valoir le respect des obligations dues « à la communauté internationale dans son ensemble ».

42. CIJ, *Application de la convention... (Afrique du Sud c/ Israël)*, préc., Requête introductory d'instance, 29 déc. 2023, not. p. 13, § 5 et p. 19, § 13.

43. Nous renvoyons sur ce point à T. Fleury Graff, « Quel intérêt à agir pour l'environnement ? », in *Grandes questions du droit international : l'environnement* [à paraître en 2026].

44. CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, Avis consultatif, 23 juill. 2025, Rec. CIJ 2025, § 440.

45. TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, Avis consultatif, 11 févr. 2011, Rec. TIDM 2011, p. 59, § 180.

46. V. le Préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 1992.

47. CIJ, *Affaire relative au Timor Oriental (Portugal c/ Australie)*, arrêt, 30 juin 1995, p. 102, § 29. V. aussi CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c/ Rwanda), ordonnance, 10 juill. 2002, § 71, p. 245 et CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 févr. 2007, p. 105, § 147.

48. CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 févr. 2012, § 97.

Un article, une réforme

Societas delinquere potest En finir avec l'irresponsabilité pénale internationale des entreprises

Muriel Ubéda-Saillard

Professeure à l'université de Lille

1. La nature corporative d'une entité a longtemps fait obstacle à la reconnaissance d'une quelconque responsabilité pénale, dans le sillage de l'héritage laissé par le droit romain¹. L'adage *societas delinquere non potest* prévalait dans les droits internes et seule la responsabilité pénale des personnes physiques pouvait être poursuivie. Le Droit a néanmoins évolué au fur et à mesure des profondes mutations intervenues suite aux phénomènes successifs d'industrialisation, libéralisation économique et révolution technologique, faisant progressivement des entreprises des acteurs économiques et politiques puissants au plan national². De nombreux pays de *Common Law* puis de tradition romano-germanique ont ainsi su dépasser les obstacles conceptuels et techniques d'un droit pénal initialement conçu pour les individus, et consacrer le principe d'une responsabilité pénale des personnes morales afin de tirer les conséquences de leur capacité de

commettre des infractions, à l'instar de la France avec l'adoption en 1992 de l'article L. 121-2 du code pénal³. Cette problématique a été renouvelée au plan international, dans le contexte de la mondialisation, par le développement des entreprises multinationales, définies de manière structurelle comme des sociétés qui sont « formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays », et qui le plus souvent « opèrent sous des marques de commerce ou des raisons sociales communes ou liées et produisent ou distribuent des produits ou des services communs ou liés »⁴. Parce qu'elles n'étaient pas des sujets de l'ordre juridique qu'il régit, le droit international s'en est d'abord saisi en tant qu'objets, afin d'encadrer leurs activités économiques ou leurs relations avec leurs salariés, notamment dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce

1. Concernant l'irresponsabilité pénale des groupements corporatifs tels que *l'universitas*, v. R. Bernardini, *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, 2023, v^o « Personne morale ».

2. V. not. la revue *Entreprises et histoire*, et spéci. les numéros 2021/3, 2019/1 et 2009/4, ainsi que la *Business History Review*, not. le numéro 2023/3.

3. Pour une approche critique, J. Tricot, « Responsabilité pénale et politique(s) criminelle(s) », *Arch. phil. droit* 2022, vol. 63, p. 266.

4. Selon le paragraphe 1^{er} des résolutions adoptées par l'Institut de droit international en 1977 et 1995, concernant resp. « les entreprises multinationales » et « les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres ». Pour une présentation globale, J. Fernandez, *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2023, § 158 et s., et L. Dubin, P. Bodeau-Livinec, J.-L. Iten et V. Tomkiewicz (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017.

et de l’Organisation internationale du travail. Il a ainsi défini, par le biais de la « *soft law* », des principes directeurs censés fixer une feuille de route pour les législateurs nationaux⁵, ainsi que des mécanismes d’autorégulation comme le Pacte mondial (« *Global Compact* »)⁶. Son incapacité à régir, par un « instrument juridiquement contraignant », les responsabilités de ces acteurs dans le domaine des droits de l’homme révèle toutefois le caractère sensible des problématiques et rapports de force en présence. Après dix années de négociations, le groupe intergouvernemental créé par la résolution 29/9, du 14 juillet 2014, du Conseil des droits de l’homme reste confronté à des divergences importantes entre les États quant à la portée et au contenu du futur traité qui devrait notamment garantir des voies de recours aux victimes⁷. Par conséquent, mis à part les obligations imposées dans l’ordre international par quelques traités bilatéraux d’investissement ou accords d’association, c’est essentiellement aux niveaux national et régional qu’il faut pour l’instant identifier, de manière variable, les principales réglementations relatives à la protection de ces droits, *via* le devoir de vigilance⁸, le processus de conformité réglementaire (« *compliance* »)⁹ ou encore la responsabilité sociale des entreprises (RSE)¹⁰.

2. Pourtant, la puissance économique et, par voie de conséquence, la capacité d’influence et d’action des entreprises multinationales obligent à observer de manière critique l’inadaptation des catégories juridiques à l’œuvre, jusqu’à certaines formes avérées de dépassement de l’État, pourtant démiurge de l’ordre international¹¹. Par leurs facultés de rayonnement à la fois financières mais aussi technologiques, les GAFAM sont sans doute les firmes qui illustrent le mieux la manière redoutable dont peuvent se déployer des expressions mimétiques de puissance avec l’acquisition de territoires, des créations monétaires ou encore le développement de fonctions simili-juridictionnelles¹². Certaines branches du droit international prennent d’ailleurs acte de ces évolutions, de manière variable. La lecture de quelques sentences arbitrales atteste ainsi qu’en ce qui concerne le droit des investissements, la question de la subjectivité des entreprises est totalement surannée¹³. Dans le domaine de la protection de l’environnement, les incidences néfastes sur le changement climatique du comportement des entreprises entraînant des émissions de gaz à effet de serre ont récemment été mises en lumière dans les avis rendus le 29 mai 2025 par la Cour interaméricaine des droits de l’homme¹⁴ et le 23 juillet 2025 par la Cour internationale de

-
5. V. not. le Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme : mise en œuvre du cadre de référence “protéger, respecter et réparer” des Nations Unies », A/HRC/17/31, 21 mars 2011, et les Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, révisés en 2023.
 6. Ce Pacte a été souscrit volontairement par plus de 12 000 entreprises issues de 167 États : <https://unglobalcompact.org/>.
 7. Pour une vue d’ensemble du processus, v. le site internet : <https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>.
 8. V. not. la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, ainsi que la directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.
 9. V. le *Code de la compliance*, aux éditions Dalloz, qui recense l’ensemble des règles internationales, européennes et nationales (y compris étrangères) relatives aux « buts monumentaux » promus par les États.
 10. V. not. la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, et la directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d’informations en matière de durabilité par les entreprises.
 11. Pour une approche philosophique et sociologique, Z. Bauman, *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Fayard, 2011, et pour une approche juridique, en termes de rapports de systèmes, B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016.
 12. En ce sens, M.-A. Hermitte, G. Dorthe et R. Zanolli, « Transhumanismes, GAFAM et souveraineté étatique », in A. Cayol et E. Gaillard (dir.), *Les grandes notions du droit à l’heure des transhumanismes*, Paris, Mare & Martin, 2023, p. 245-322.
 13. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence, 8 déc. 2016, § 1194-1195; ou David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolelo, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney and Roger Raguso v. The Republic of Costa Rica, Affaire n° UNCT/15/3, sentence finale, 18 sept. 2018, § 738.
 14. CIDH, *Opinión consultativa OC-32/25 de 29 de mayo de 2025, solicitada por la República de Chile y la República de Colombia. Emergencia climática y derechos humanos*.

Justice, même si elles continuent d'être appréhendées par les juges à travers les obligations des « États de réglementer les activités des acteurs privés, au titre de la diligence requise », et par voie de conséquence à l'aune de la responsabilité internationale de l'État¹⁵. Ces obligations devraient même conduire les États à consacrer un « devoir de diligence des entreprises [...] lorsqu'elles opèrent dans une zone touchée par un conflit armé »¹⁶. Le moment n'est-il donc pas venu de constater, avec la Cour suprême canadienne, que le droit international « a depuis longtemps évolué par rapport [au] modèle axé sur l'État [et qu'il] n'est donc pas évident et manifeste que les sociétés [commerciales] jouissent aujourd'hui d'une exclusion générale en droit international coutumier à l'égard de la responsabilité directe pour violations des normes obligatoires, définissables et universelles de droit international »¹⁷ ?

3. La situation actuelle d'irresponsabilité débouche sur des cas d'impunité (« *impunity gap* ») qui ne manquent pas d'interroger celui ou celle qui voit dans le droit international pénal le moyen de renforcer l'effectivité des normes impératives du *jus gentium*, et partant « l'espérance d'un monde habitable »¹⁸. Elle participe des « angles morts de la responsabilité pénale individuelle »¹⁹ qui empêchent les juridictions pénales internationales de saisir toutes les dimensions des phénomènes criminels de masse relevant de leur compétence. Comment ignorer en effet le rôle des sociétés militaires privées comme Wagner dans certains conflits, au Mali ou en République centrafricaine ? Comment faire abstraction des intérêts économiques liés à l'exploitation minière lorsqu'on observe le cycle de vio-

lences sans fin en République démocratique du Congo ?²⁰ Dès un communiqué de presse du 16 juillet 2003, le Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) relevait à juste titre : « [d]e nombreux rapports indiquent qu'il existe des liens entre les activités de compagnies africaines, européennes et du Moyen-Orient et les atrocités commises en République Démocratique du Congo. La participation de groupes criminels organisés provenant de l'Europe de l'Est a également été mentionnée. Leurs activités seraient reliées à l'exploitation d'or, l'exploitation illégale de pétrole et au trafic d'armes. Il y a une grande inquiétude sur le fait que les présumées atrocités ont un lien avec l'exploitation illégale de ressources et le trafic d'armes, utilisant le système bancaire international. [...] Si cette pratique illégale des compagnies continue à contribuer au conflit, il ne cessera pas même si les personnes responsables sont arrêtées et condamnées »²¹. Les gisements de cobalt, cuivre, or, coltan ou diamants, dont regorge l'Est du pays, n'aiguisent pas seulement les appétits des groupes armés organisés tels que le M23 ou des États voisins puisqu'à l'occasion de la signature de l'accord de paix entre le Congo et le Rwanda le 27 juin 2025, grâce à la facilitation des États-Unis, le Président Trump s'est félicité d'avoir obtenu un accès théoriquement privilégié à ces richesses²². Ces « guerres des ressources » modernes laissent entrevoir un renouveau du pillage en tant que crime de guerre²³, de même qu'un vaste champ d'expression des intérêts économiques des acteurs privés.

4. Poursuivre la responsabilité pénale des entreprises au plan international participerait par conséquent à une lutte contre l'impunité plus

15. CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, Avis consultatif, 2 juill. 2025, § 428.

16. 10^e principe sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, annexé à la résolution 77/104 du 7 décembre 2022 de l'Assemblée générale des Nations Unies; v. aussi les commentaires et observations de la Commission du droit international, Troisième rapport sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés présenté par Marja Lehto, Rapporteur spéciale, A/CN.4/750, 16 mars 2022, p. 43 et s.

17. Ce jugement du 28 février 2020 est disponible en ligne : <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/18169/index.do>.

18. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 201.

19. F. Mégret, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », *RIEJ* 2013/2, p. 83-136.

20. N. Berman, M. Couttenier, D. Rohner et M. Thoenig, « *This Mine is Mine! How Minerals Fuel Conflicts in Africa* », *American Economic Review* 2017, 107(6), p. 1564-1610.

21. Communications reçues par le Bureau du Procureur de la CPI, communiqué de presse n° pids.009.2003-FR, 16 juill. 2003.

22. C. Mureithi, « *Trump eyes mineral wealth as Rwanda and DRC sign controversial peace deal in US* », *The Guardian*, 27 juin 2025. Évidemment, parmi les conditions d'accès, figurent en premier lieu la sécurisation des gisements et la pacification d'une région qui connaît des affrontements armés depuis 30 ans.

23. En ce sens, S.C. Wisner, « *Criminalizing Corporate Actors for Exploitation of Natural Resources in Armed Conflict UN Natural Resources Sanctions Committees and the International Criminal Court* », *JICJ*, 2018/5, p. 963-983.

efficiente, s’inscrivant dans un ensemble d’objectifs ambitieux liés à la quête d’une gouvernance mondiale juste et éthique, pour un « ordre international démocratique et équitable »²⁴, qu’il s’agisse de protéger les droits de l’homme, les ressources naturelles et l’environnement, de lutter contre la corruption des hauts représentants des États, voire de rééquilibrer les rapports Nord-Sud en exploitant le potentiel contre-hégémonique du droit international pénal, conformément à l’approche tiers-mondiste (« TWAIL »)²⁵ – de ce point de vue, l’article 46C § 1 du Protocole de Malabo est particulièrement instructif comme on le verra. Sans aller jusqu’à penser que « [t]he future of international criminal justice is corporate »²⁶, il est sans doute temps d’en finir, dans l’ordre international, avec l’adage *societas delinquere potest sed non puniri potest* pour plusieurs catégories de raisons (I) et ce, malgré les multiples difficultés à surmonter pour pouvoir adapter le droit international pénal, et notamment réviser le Statut de Rome de la CPI, qui en constitue la forme la plus aboutie à ce jour (II).

I. Les entreprises, auteures de violations graves du droit international (*societas delinquere potest...*)

5. Malgré les effets vertueux de l’autorégulation – et un engagement au service de la protection des « communs » d’une manière parfois plus proactive que celle des États eux-mêmes²⁷, les entreprises ont été impliquées dans des situations de crimes de masse, saisies inévitablement de manière différente aux plans national (A) et international (B).

A. La poursuite de la responsabilité pénale des entreprises devant les juridictions nationales

6. Depuis les années 1990, de nombreuses affaires de crimes internationaux compromettant des entreprises ont été portées devant les juridictions nationales étrangères, au titre de la compétence universelle ou de la compétence personnelle (active ou passive). On se contentera de tracer les grandes lignes du contentieux pénal, non sans rappeler qu’au plan de la responsabilité civile extraterritoriale l’arrêt rendu en 2013 par la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Kiobel* a mis un frein à l’application généreuse de l’*Alien Tort Statute* au profit des victimes des violations graves des droits de l’homme²⁸, même si le verdict de juin 2024 dans l’affaire *Chiquita* a montré que cette voie n’était pas devenue caduque pour autant²⁹.

7. Au cours des dernières années, les poursuites engagées contre des entreprises suspectées d’avoir participé à la commission de divers crimes (torture, disparition forcée, travail forcé, meurtre, violence sexuelle, terrorisme, etc.), en tant que complices ou même co-auteurs, se sont multipliées, révélant une grande diversité des secteurs d’activité concernés (extractif, technologique, financier, etc.), en même temps que le nombre modeste de juridictions nationales (essentiellement européennes) à même d’exercer leur compétence à cet égard. C’est ce qu’illustrent clairement la carte interactive et les rapports annuels consacrés à la compétence universelle de l’ONG Trial International³⁰. Aujourd’hui, sont visés par des poursuites une trentaine d’acteurs écono-

24. *Promotion d’un ordre international démocratique et équitable*, Note du Secrétaire général des Nations Unies, A/74/245, 25 juill. 2019.

25. V. K. Mehta, *Strategic Litigation and Corporate Complicity in Crimes Under International Law: A TWAIL Analysis*, Routledge, 2023.

26. Conformément à l’intitulé de l’article d’Eliës van Sliedregt, « *The Future of International Criminal Justice is Corporate* », *JICJ* 2025, p. 1-10.

27. L’appel lancé le 27 mai 2025 par 150 entreprises et investisseurs aux institutions de l’Union européenne pour que ces dernières fixent un objectif climatique plus ambitieux en est un exemple récent : <https://www.corporateleadersgroup.com/news/business-and-investors-call-eu-set-greenhouse-gas-emissions-reduction-target-least-90-2040>.

28. *Kiobel*, et al. v. *Royal Dutch Petroleum Co.*, et al., 133 S.Ct. 1659, 17 avr. 2013.

29. *John Doe*, et al. v. *Chiquita Brands International*, United States District Court Southern District of Florida, Verdict, 13 juin 2024; commenté par J.P. Hipp, A. Bernstein et A. Grainer, « *The Chiquita Verdict Expands International Human Rights Liability for Corporate Conduct Abroad* », *Just Security*, 26 juill. 2024 : <https://www.justsecurity.org/98093/chiquita-verdict-human-rights/>.

30. Cette carte interactive est disponible depuis novembre 2023 sur le site : <https://ujim.trialinternational.org/>.

miques spécialisés dans la fourniture de nouvelles technologies, matériels militaires, financements, mais aussi cimenterie, extraction, commerce de bois de rose ou gazole, et confection dans le secteur de l'habillement, auxquels s'ajoutent leurs dirigeants ainsi que des hommes d'affaires³¹. Parmi les nombreuses affaires traitées par le Pôle des crimes contre l'humanité, rattaché au Parquet national antiterroriste, on peut évoquer l'affaire Lafarge, qui a été portée devant les tribunaux français en novembre 2016. Cette société était soupçonnée d'avoir, via une sous-filiale syrienne, versé des fonds à divers groupes armés dont l'État islamique pour garantir, en pleine guerre civile, le fonctionnement de sa cimenterie. Elle n'avait évacué au demeurant que ses salariés étrangers, en maintenant sur place son personnel syrien. Le 28 juin 2018, elle a été mise en examen des chefs de complicité de crimes contre l'humanité, financement de terrorisme et mise en danger de la vie d'autrui. Ce dernier chef a été annulé par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a en revanche validé le premier dans son arrêt rendu le 16 janvier 2024³². Pour l'instant, l'affaire a été renvoyée devant le tribunal correctionnel pour ce qui concerne les chefs de financement d'une entreprise terroriste et violation d'un embargo. Ces poursuites s'ajoutent ainsi à celles engagées contre BNP Paribas, Amesys et Nexa Technologies pour leur complicité dans les crimes commis à l'encontre des populations civiles par les gouvernements respectivement soudanais, libyen et égyptien³³, et confirment « qu'un contexte historique, sociologique et juridique a fait ces dernières années de la France un labora-

toire dans le cadre des poursuites pénales visant des entreprises en raison de leurs activités dans un contexte de conflit armé »³⁴.

8. L'exercice proactif du rôle judiciaire de certains tribunaux nationaux, associé aux blocages ou freins divers grevant la compétence de la CPI, incite aujourd'hui un certain nombre d'observateurs à voir dans le juge interne le rouage essentiel du système global de justice pénale internationale en construction³⁵, et partant un moyen d'atteindre la responsabilité des entreprises. Même des conflits armés délaissés par le traitement médiatique et l'engagement de la société civile peuvent donner lieu à des poursuites contre des entreprises complices des violations graves commises comme, par exemple, celles imputables aux différents belligérants depuis l'internationalisation il y a dix ans de la guerre civile au Yémen qui a causé environ 400 000 victimes directes ou indirectes³⁶. Les contentieux nationaux présentent toutefois un certain nombre d'inconvénients susceptibles d'engendrer des risques multiples, qui résultent notamment de l'unilatéralisme dans lequel ils s'inscrivent inévitablement et de la disparité des régimes applicables³⁷. On peut néanmoins souligner que la consécration par les législateurs dans les droits internes du principe d'une « responsabilité pénale, civile ou administrative »³⁸ des entreprises impliquées dans la commission des crimes de droit international, comme celui qui est encouragée par l'article 6-8 du Projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, ou par l'article 15 de la

31. V. les trois derniers rapports *Universal Jurisdiction Annual Review* de Trial International, pour 2024, 2023 et 2022, qui exposent les procédures contre les sociétés Lafarge SA, BNP, Nexa Technologies (ex-Amesys), Lundin Energy, Roggio Consulting Company LLC, Inditex, Uniqlo SCMP et Skechers, et Exelia. Des hommes d'affaires sont également poursuivis : v. K. et Pierre Kayondo (Rwanda); les directeurs exécutifs d'Amesys (Égypte et Libye); l'ancien directeur adjoint de Lafarge, Eric Olsen (Syrie); les hommes d'affaires Alex Schneiter et Ian Lundin (Soudan).

32. Crim., 16 janv. 2024, n° 22-83.681. Pour un commentaire, H. Partouche, « Lafarge en Syrie : une application stricte du principe de légalité », *AJ Pénal* 2024, p. 143.

33. Pour une analyse des affaires traitées par les juridictions au titre d'une compétence pénale extraterritoriale, v. la chronique binationnelle à l'AFDI de J. Fernandez (dir.), A.-L. Chaumette et M. Ubéda-Saillard, « L'activité des juridictions pénales internationales ».

34. N. Belloubet, D. Rebut et H. Pascal, « Les entreprises face à la guerre », *RED* 2023/5, p. 31.

35. A. Becquart (dir.), *Le principe de complémentarité : la clé d'un système global de lutte contre l'impunité des crimes internationaux*, Paris, Pedone, 2024.

36. V. par ex. J. Pizzi, « *Peddling Atrocity. Holding Canadian Corporations Responsible for Core International Crimes* », *JICJ* 2022/2, p. 483-505. V. aussi Communiqué de presse Sherpa, « Complicité de crimes de guerre au Yémen : Une plainte déposée contre des entreprises d'armement françaises », 2 juin 2022.

37. V. par ex. G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda, *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, Paris, Société de législation comparée, 2013.

38. CDI, Projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et commentaires y relatifs, *Annuaire CDI* 2019, vol. II (2).

convention de Ljubljana-La Haye³⁹, constitue une étape préalable indispensable afin d’inscrire un tel principe dans le Statut de Rome.

B. La criminalité collective saisie par les juridictions pénales internationales

9. Lorsque le Tribunal militaire international de Nuremberg affirma, dans le célèbre *dictum* de son jugement, que « [c]e sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s’impose, comme sanction du droit international »⁴⁰, il permit de percer le voile de l’État, jusqu’alors opaque, pour atteindre les principaux responsables du III^e Reich. Mais le principe de responsabilité pénale individuelle auquel il donna naissance, et qui sera consacré par la suite dans les statuts de toutes les juridictions pénales internationales ou hybrides, ne permet pas en réalité d’appréhender la dimension inévitablement collective des crimes de masse, en termes de culpabilité de l’État, ni la responsabilité des entités corporatives⁴¹. Certes, le Tribunal détermina, sur le fondement des articles 9 et 10 de son Statut, que des organisations nazies telles que les *Sicherheitsdienst*, *Gestapo*, *Schutzstaffel* (SS) et *NSDP* étaient criminelles, mais il ne les condamna pas en tant que telles. Cette qualification aida seulement à apprécier la responsabilité des membres qui y avaient adhéré volontairement, dès lors que ces derniers avaient participé intentionnellement à la commission des crimes. Ainsi, devant les tribunaux militaires alliés créés sur le fondement de la loi de contrôle n° 10, ce seront bien des individus qui seront jugés, tels les dirigeants et membres du groupe chimique I.G. Farben, producteur du gaz

Zyklon B essentiel au bon fonctionnement des camps d’extermination⁴²; ou par la suite, devant le Tribunal *ad hoc* pour le Rwanda, les fondateurs, journalistes, animateurs et actionnaires de la *Radio télévision libre des Mille Collines*, ainsi que le rédacteur en chef du journal *Kangura* – deux médias déterminants dans l’incitation à commettre le génocide⁴³. Le Tribunal spécial pour le Liban a d’ailleurs lui aussi connu, mais à titre incident – pour des faits d’outrage, de la responsabilité de salariés de *Al Jadeed TV* et du journal *Al Akhbar*, qui avaient divulgué des informations dans l’affaire *Ayyash et autres*⁴⁴. Dans un autre cadre, les Commissions Vérité et Réconciliation en Afrique du Sud ou au Libéria ont souligné, dans leur rapport, la manière dont les activités économiques des entreprises dans les secteurs bancaires et financiers, médiatiques, ou d’exploitation minière et forestière, avaient pu alimenter le régime d’apartheid ou le conflit armé⁴⁵.

10. La CPI n’est pas plus en mesure de statuer sur la responsabilité des entreprises que les Tribunaux *ad hoc* ou hybrides. Aux termes de l’article 25-1 de son statut, elle « est compétente à l’égard des personnes physiques », indépendamment de leur qualité officielle comme le précise l’article 27. L’hypothèse d’une responsabilité pénale internationale des personnes morales de droit privé avait été envisagée pourtant par les travaux préparatoires du Statut de Rome; en 1996, le rapport du comité préparatoire contenait la proposition suivante : « *The Court shall be competent to take cognizance of the criminal responsibility of : b) Juridical persons, with the exception of States, when the crimes committed were committed on behalf of such juridical persons or by their agents* »

39. Convention de Ljubljana-La Haye pour la coopération internationale en matière d’enquête et de poursuite du crime de génocide, des crimes contre l’humanité, des crimes de guerre et autres crimes internationaux, 26 mai 2023.

40. Jugement, procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946, édité à Nuremberg, Allemagne, 1947, AAARGH, p. 235. Ce *dictum* est conforme aux articles 1^{er} de l’Accord de Londres et 6 du Statut du Tribunal, posant le principe de responsabilité pénale individuelle.

41. M. Ubéda-Saillard, *La justice pénale internationale au service de la paix mondiale*, Dialogue avec Vespasien V. Pella, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. « Tiré-à-part », 2023, p. 39 et s.

42. F. Jessberger, « *On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity. IG Farben on Trial* », JICJ 2010/3, p. 783-802.

43. Il s’agit des affaires concernant Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze. V. N. Farrell, « *Attributing Criminal Liability to Corporate Actor – Some Lessons from the International Tribunals* », JICJ 2010/3, p. 873-894.

44. TSL, affaires *Karma Mohamed Tahsin Al Khayat et New TV SAL* (STL-14-05) et *Ibrahim Mohamed Ali Al Amin et Akhbar Beirut SAL* (STL-14-06).

45. *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, 1998, volume 4; *Republic of Liberia, Truth and Reconciliation Commission*, Volume 3, Appendices, Titre III : *Economic Crimes and the Conflict, Exploitation and Abuse*, 30 juin 2009. Pour une analyse, L.A. Payne, G. Pereira et L. Bernal-Bermúdez, *Transitional Justice and Corporate Accountability from below : deploying Achimede’s lever*, Cambridge U.P., 2020.

cies or representatives »⁴⁶. Toutefois, de profondes divergences subsistaient entre les délégations nationales quant à cette éventualité⁴⁷. La délégation française soumit en juillet 1998, lors de la conférence de Rome, une proposition permettant à la Cour de juger la responsabilité pénale d'une entreprise selon quatre conditions afférentes à celle de la personne physique poursuivie : celle-ci devait être « en situation [légale] de contrôle au sein de la personne morale » au moment du crime; elle devait avoir agi au nom de l'entreprise, avec son accord formel et dans le cadre de ses activités; enfin, elle devait avoir été elle-même poursuivie pour des charges relatives à de tels faits, et condamnée à ce titre⁴⁸. Cette proposition ne prospéra pas malgré son caractère a priori raisonnable. L'obstacle technique principalement avancé alors était l'inexistence, dans un grand nombre de droits internes, d'un régime permettant d'engager la responsabilité pénale des entreprises⁴⁹. Cette lacune était évidemment problématique au regard du principe clé de complémentarité selon lequel, de manière synthétique, la compétence de la Cour est complémentaire de celle des juridictions nationales et les affaires ne sont recevables devant elle que si les États compétents font preuve d'une absence de volonté ou d'une incapacité pour enquêter ou poursuivre. Cela dit, comme le soulignera la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban dans sa décision du 2 octobre 2014, l'incompétence de la Cour pour connaître de la responsabilité pénale des entreprises « *is a reflection of the lack of a political (rather than legal) consensus to provide such jurisdiction in the*

Rome Statute »⁵⁰; et les juges de poursuivre : « *corporate criminal liability is on the verge of attaining, at the very least, the status of a general principle of law applicable under international law* »⁵¹. Comment combler dès lors cette « lacune » majeure du Statut de Rome⁵² ?

II. La révision salutaire du Statut de Rome (...*ergo puniri debet*)

11. Le changement de paradigme qui permettrait à la CPI de poursuivre des entités corporatives traduirait davantage une évolution qu'un bouleversement incompatible avec sa raison d'être⁵³, un peu à la manière de celle qui l'a conduite à considérer que des organisations terroristes pouvaient être à l'origine de « l'attaque lancée contre une population civile »⁵⁴ caractérisant l'élément contextuel des crimes contre l'humanité, alors même qu'elle n'a pas compétence pour connaître du crime de terrorisme et qu'une telle interprétation éloigne cette infraction de la « criminalité administrative » de l'État qui lui a donné historiquement naissance. Une telle révision, conformément à l'article 123 du Statut de Rome, mettrait fin à l'asymétrie du statut pénal des entreprises, selon qu'on l'envisage dans les droits nationaux ou international, et contribuerait à renforcer l'adéquation entre le droit international pénal et la réalité qu'il prétend régir. Elle présenterait au demeurant des avantages indéniables pour le volet des réparations, compris sur le plan de l'indemnisation financière. Évidemment, elle supposerait de dépasser l'obstacle politique, toujours diristant – et d'autant plus aujourd'hui que faillit

46. *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. Volume 2, *Compilation of proposals*, General Assembly, Supplement n° 22A (A/51/22), 13 sept. 1996, 3rd part bis, article B, proposal 2, § 1, al. b, p. 81.

47. *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. Addendum, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avr. 1998, p. 49, note 3.

48. Groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal, Document de travail sur l'article 23, paragraphes 5 et 6, A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 3 juill. 1998.

49. V. S. Geeroms, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *RIDP* 1996/3, p. 533-579, et J. Kyriakakis, « *Corporate Criminal Liability and the ICC Statute : The Comparative Law Challenge* », *Netherlands Int'l L R* 2009/3, p. 333-366.

50. TSL, ChApp., *New TVS.A.L. Karma Mohamed T Ahsin Al Khayat*, Decision on interlocutory appeal concerning personal jurisdiction in contempt proceedings, 2 oct. 2014, STL-14-05/PT/AP/ARI26.1, § 66.

51. *Ibid.*, § 67. En ce sens, H. van der Wilt, « *Corporate Criminal Responsibility for International Crimes* », *Chinese J. Int'l L* 2013/1, p. 43-77.

52. En ce sens, M. Delmas-Marty, « *Ambiguities and Lacunae. The International Criminal Court Ten Years On* », *JICJ* 2013/3, p. 553-561.

53. *Contra*, S. Eldar, « Exploring International Criminal Law's Reluctance to Resort to Modalities of Group Responsibility. Five Challenges to International Prosecutions and their Impact on Broader Forms of Responsibility », *JICJ* 2013/2, p. 331-349.

54. Art. 7, § 1, et § 2, al. a, du Statut de Rome.

le multilatéralisme et que s’avive la compétition en termes de puissance économique. Il faut s’attendre à l’expression de vives réticences de la part d’un certain nombre d’États pour des motifs variés et plus ou moins légitimes, liés au risque d’instrumentalisation de la CPI ou aux répercussions néfastes des poursuites pénales sur des intérêts socioéconomiques divers (bénéfices des entreprises et dividendes des actionnaires, emploi et niveau de vie des populations, etc.) – un renouveau du dilemme paix-justice en quelque sorte, qui opposerait à la lutte contre l’impunité les exigences liées au développement économique. Au plan de la technique juridique, la consécration d’une responsabilité pénale internationale des entreprises supposerait également de trancher deux séries de questions, qu’on se contentera d’ébaucher, relatives au type de criminalité poursuivie (A) ainsi qu’aux modes de responsabilité retenus (B).

A. Les faits punissables commis par les entreprises

12. Même si les quatre crimes relevant de la compétence de la Cour renvoient à des violations graves des droits de l’homme et du droit humanitaire qui supposent un contexte d’implication étatique ou paraétatique spécifique, rien ne fait conceptuellement obstacle à ce que leurs infractions sous-jacentes puissent être commises par des entreprises ou du moins avec leur complicité⁵⁵. Introduire le principe d’une responsabilité des personnes morales de droit privé dans l’article 25 du Statut de Rome conduit néanmoins à saisir d’autres comportements que ceux qui sont directement constitutifs de l’infraction, en appréhendant des actes commerciaux « accessoires et neutres », trahissant éventuellement une certaine « culture » de l’entreprise mais éloignés à plusieurs niveaux des crimes effectivement commis sur le terrain⁵⁶. « *The question is whether ‘globalization’ prompts an introduction of truly new international criminal offences – offences that are not directly related to individual or personal*

injuries, but rather embody collective concerns about an efficient flow of commodities and about an uninterrupted functioning of financial markets »⁵⁷. Dans le sillage de Nuremberg, il s’agirait de s’intéresser aux comportements économiques ayant facilité la commission des crimes, en fournissant des financements ou des moyens matériels, et en tirant profit⁵⁸. Devrait-on pour ce faire introduire de nouvelles infractions sous-jacentes interdisant certains types de contributions commerciales favorisant l’exécution des crimes ? Voire envisager une révision plus ambitieuse en consacrant par exemple l’écocide ? Ces questions techniques renvoient en réalité à la problématique fondamentale de la rationalité du droit international pénal, et de sa mobilisation – jusqu’à présent – comme *ultima ratio*, complémentaire des mécanismes mis en œuvre au plan national. Elles soulèvent également des interrogations quant à la formation des juges et membres du Bureau du Procureur en droit des sociétés, droit pénal des affaires et droit financier, afin de saisir clairement l’imputabilité des actes.

B. Les modes de responsabilité des entreprises

13. Deux conceptions peuvent guider la construction d’un régime de responsabilité pénale des entreprises. La plus ambitieuse est l’approche « « organisationnelle », qui tire pleinement les conséquences de la personnalité juridique de l’être corporatif et lui reconnaît une capacité de délinquer autonome, distincte de l’action de ses membres, en observant son éthique ou sa culture⁵⁹. Plus modeste est celle qui présidait à la proposition française faite à Rome en 1998, précédemment évoquée, qui lie la responsabilité pénale de l’entreprise aux actions réalisées, pour son compte, par ses représentants, à l’instar de ce que prévoit l’article L. 121-2 du code pénal. Une approche intermédiaire est également envisageable, comme en témoigne l’article 46C § 1 du Protocole de Malabo, visant à donner compétence à la Cour africaine de justice, des droits de

55. En ce sens, V. Nerlich, « *Core Crimes and Transnational Business Corporations* », *JICJ* 2010/3, p. 895-908.

56. C. Burchard, « *Ancillary and Neutral Business Contributions to ‘Corporate Political Core Crime’*. Initial Enquiries Concerning the Rome Statute », *JICJ* 2010/3, p. 925.

57. *Ibid.*, p. 946.

58. La dimension économique des crimes fait l’objet du dernier rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l’homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, en date du 30 juin 2025 (A/HRC/59/23).

59. E. van Sliedregt, préc., p. 4, qui renvoie notamment au droit australien.

l'homme et des peuples « sur les personnes morales, à l'exception des États », dont la responsabilité pénale internationale pourra être recherchée cumulativement à celle des personnes physiques « qui sont les auteurs ou les complices des mêmes crimes »⁶⁰. Cette disposition, non entrée en vigueur, renvoie à la « politique de l'entreprise » expliquant sa « conduite » criminelle, ainsi qu'à la « connaissance » au sein de l'entreprise des infractions perpétrées. Quel que soit le modèle retenu, la révision du Statut de Rome devrait par conséquent permettre d'articuler la responsabilité de l'entreprise et celle des individus agissant en son nom. Ce qui ne lèverait pas néanmoins les difficultés concrètes propres à l'imputabilité des actes, comme l'a souligné la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban : « *there can exist circumstances where the Tribunal may be unable, due to the complexity of corporate structures, internal operating processes, and the aggregate effect of the actions of many individuals, to identify and apprehend the most responsible natural persons within a corporation* »⁶¹.

14. Il conviendrait par ailleurs d'identifier dans quelle mesure l'entreprise pourrait être poursuivie en tant qu'auteur principal ou comme participant, au titre des modes de responsabilité pénale individuelle visés par l'article 25.3 du Statut de Rome. Pour rappel, le premier est celui qui commet le crime individuellement, conjointement avec une autre personne – co-auteur, ou par l'intermédiaire de celle-ci – auteur indirect (alinéa a), tandis que le second peut être instigateur (alinéa b), complice par assistance (alinéa c), ou ayant contribué à la commission du crime par un groupe (alinéa d). De nombreuses analyses doctrinaires tentent de déterminer lequel de ces modes de responsabilité, qui renvoient à des élé-

ments matériels (*actus reus*) de l'infraction potentiellement distincts, serait le plus adéquat au regard de la spécificité de l'implication des entreprises dans des contextes de crimes de masse⁶². La structure des entreprises multinationales introduit inévitablement un facteur de complexité dans la détermination de l'entité responsable, entre société mère et filiales.

15. L'écueil principal pour appréhender l'implication de l'entreprise réside néanmoins dans la preuve de l'intention criminelle qui s'imprimerait dans la relation commerciale ou économique que cette personne morale a établie avec ceux qui portent la responsabilité principale du crime en tant qu'auteurs principaux ou supérieurs hiérarchiques (art. 28 du Statut)⁶³. Cet élément intentionnel (*mens rea*) permet de relier l'acte ou l'omission incriminés, commis dans le contexte particulier du crime, à la volonté de la personne suspectée, et l'article 30 du Statut de Rome définit, de manière classique, le dol général comme la réunion de l'intention et de la connaissance, qui peut s'exprimer de manière directe (commission volontaire de l'élément matériel incriminé), indirecte (conséquence criminelle certaine et acceptée comme telle de l'acte commis) ou éventuelle (prise délibérée du risque de la conséquence criminelle de l'acte). Tout l'enjeu est de parvenir à démontrer l'existence de ce dol général, malgré la nature commerciale neutre d'actes adoptés selon une chaîne de décision complexe, ne traduisant pas une intention de délinquer ni une connaissance du contexte criminel. La révision du Statut de Rome devrait passer par une conciliation des exigences de l'article 30 avec les divergences opposant, du point de vue de l'intention, les droits internes qui consacrent la responsabilité des personnes morales.

* * *

60. Art. 46 C, § 6, du Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté en juin 2014 par la conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine. Cet instrument nécessite 15 ratifications pour entrer en vigueur, et n'a obtenu jusqu'à présent que celle de l'Angola, le 14 juin 2024. Pour une analyse, v. E. van Sliedregt, préc., et F. Couveinhes Matsumoto, R. Nollez-Goldbach (dir.), *Les États face aux juridictions internationales. Une analyse des politiques étatiques face aux juges internationaux*, Paris, Pedone, 2019.

61. TSL, ChApp., préc., § 83.

62. V. par ex. P. Kotzamani, « *Corporate Criminality and Individual Criminal Responsibility in International Law : Removing the Hurdles from the International Criminal Court's Approach to Perpetration through Control of a Collective Entity* », *Int'l Crim L R* 2020, p. 1108-1137, et T. Hamilton, « *Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute* », in N.H.B. Jorgensen (dir.), *The International Criminal Responsibility of War's Funders and Profiteers*, Cambridge U.P., 2020, p. 148-186.

63. M. Ubéda-Saillard, « La responsabilité des entreprises en zone de conflit armé », in L. Dubin, P. Bodeau-Livinec, J.-L. Iten et V. Tomkiewicz (dir.), *Les entreprises multinationales et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 449-475.

16. Imaginer quelle serait *la* réforme essentielle du droit international pénal est aujourd’hui un exercice plus périlleux que jamais, tant les assauts que subit la Cour pénale internationale s’inscrivent de manière décomplexée en dehors de toute licéité internationale – depuis la cyberattaque globale dont elle a fait l’objet en septembre 2023 jusqu’aux sanctions unilatérales adoptées par le gouvernement américain début juin 2025 contre quatre de ses juges⁶⁴, et que de

nombreux défis structurels⁶⁵ ou ponctuels⁶⁶ l’attendent dans le cadre de la réforme de son fonctionnement. Les temps ne sont pas propices à l’audace et semblent inviter à l’approfondissement, ou du moins à la consolidation, de l’existant plutôt qu’à son élargissement – en clin d’œil à la dialectique bien connue des européanistes. C’est donc précisément le moment de fixer des objectifs ambitieux à l’action prospective, en assumant la critique de l’utopie.

64. P. Hofmanski, « *The Present and Future of the International Criminal Court. Some Reflections* », *JICJ* 2025, p. 1-5.

65. V. l’Examen de la Cour pénale internationale et du Système du Statut de Rome par des experts indépendants, Rapport final, 30 sept. 2020, ICC-ASP/19/16 : <https://asp.icc-cpi.int>.

66. Le 16 mai 2025, le Procureur Karim A.A. Khan KC a annoncé qu’il se mettait en congé jusqu’à l’issue de la procédure menée suite aux allégations d’inconduite dont il fait l’objet (comportement sexuel inapproprié à l’égard d’une membre de son bureau), décidée par l’Assemblée des États parties en novembre 2024.

Un article, une réforme

Full Integration ? Le dilemme de la « pleine incorporation » des valeurs de l'Union européenne

Édouard Dubout

Professeur de droit public

Université Paris Panthéon-Assas

Des valeurs et des droits

Faut-il étendre le contrôle du respect des valeurs de l'Union européenne à la totalité des droits des États membres ? Une telle réforme – dont les prémisses sont en cours – conduirait à la « pleine incorporation »¹ des normes fondamentales de l'Union européenne dans l'ordre interne, dans le sens où leur champ d'application dans le droit national et leur invocation devant les juges nationaux deviendraient généralisés. Si elle devait aboutir, cette réforme marquerait une étape déterminante vers la fédéralisation du droit de l'Union européenne. On comprend dès lors qu'elle ne puisse que susciter la polémique. Qu'en penser en tant que juriste ? Dans ces quelques lignes, on voudrait mettre en avant les différents arguments en faveur et en défaveur de la pleine incorporation des valeurs et des droits fondamentaux de l'Union en droit interne, en se

plaçant du point de vue de la manière principalement institutionnelle avec laquelle un tel dilemme est envisagé par les juristes. Face à son caractère difficilement décidable (autrement qu'idéologiquement) en se plaçant d'un tel point de vue, il sera suggéré de changer notre approche du droit de l'Union européenne : à savoir, ne plus le concevoir comme un moyen de résoudre un enjeu institutionnel de pouvoir, mais comme celui de faire face au problème existentiel d'une société en plein doute sur ses valeurs.

Revenons d'abord brièvement à l'origine de la possible révolution de la pleine incorporation. L'idée de mettre le droit européen au service d'une protection généralisée, au sein des droits nationaux, des valeurs fondatrices inscrites à l'article 2 du traité sur l'Union européenne (ci-après TUE)², provient d'un concours de circonstances à la fois politiques et juridiques³. Du

-
1. La formule de la *full incorporation* a été forgée dans la doctrine états-unienne afin de désigner le mouvement par lequel la Cour suprême a progressivement « incorporé » le respect des droits fondamentaux de la constitution fédérale (lesquels n'étaient à l'origine opposable que contre le gouvernement fédéral) au sein des droits des États fédérés, y compris en ce qui concerne leurs affaires intérieures.
 2. Article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ».
 3. V. J.-W. Müller, « Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States? », *European Law Journal* 2015, vol. 21, n° 2, p. 140.

côté politique, la proposition d'incorporation tient à la résurgence des gouvernements « illibéraux » sein même de l'Union européenne⁴. Tandis que du côté juridique, elle s'enracine dans le jeu de l'unanimité nécessaire tant à l'activation du mécanisme spécial de contrôle du respect des valeurs prévu à l'article 7 TUE, ainsi qu'à la prise de décision dans des domaines devenus clés de l'action européenne. La paralysie des principales institutions de l'Union, menacées par le chantage des gouvernements illibéraux (principalement la Hongrie et la Pologne jusqu'en 2023) d'opposer leur veto à l'adoption de mesures nécessaires pour faire face aux graves crises frappant les Européens (notamment sanitaire, budgétaire, et militaire), a convaincu la Cour de justice de l'Union européenne de prendre en charge la question du respect des valeurs communes afin de faire obstacle aux dérives autoritaires de ces États membres, en particulier quant à l'indépendance de leur système judiciaire⁵. Ainsi qu'elle l'a jugé en formation solennelle d'Assemblée plénière, l'article 2 TUE n'a plus à être considéré comme « une simple énonciation d'orientations ou d'intentions de nature politique », mais doit être compris comme revêtant une portée proprement juridique en ce qu'il « contient des valeurs qui relèvent de l'identité même de l'Union en tant qu'ordre juridique commun »⁶. C'est à l'occasion de ce tournant axiologique que se pose le dilemme de la « pleine incorporation » des dispositions fondamentales du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux. Il en est à la fois la cause et la conséquence.

L'appel de la Cour de justice aux valeurs fondatrices de l'article 2 TUE s'explique par un obstacle technique à sa compétence de contrôle des droits nationaux : le champ d'application limité des droits fondamentaux de l'Union européenne. En vertu de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après CDFUE), les droits fondamentaux protégés au niveau de l'Union ne peuvent l'être qu'à l'encontre des actes des institutions de l'Union européenne elle-même, ainsi que par extension à ceux de ses États membres mais uniquement lorsqu'ils « mettent en œuvre » le droit de l'Union⁷. Cette formule a donné lieu à des interprétations hésitantes et des applications parfois obscures⁸, mais sa logique est claire : le respect des droits fondamentaux de l'Union ne s'impose aux droits nationaux des États que lorsqu'ils agissent en tant que *membres* de celle-ci. À défaut, le droit « commun » de l'Union européenne n'a nul titre pour encadrer l'action « individuelle » d'États agissant dans leur existence autonome, conformément à leurs propres standards constitutionnels et dans le respect de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Ainsi peut s'établir une forme d'équilibre « fédératif »⁹ entre la qualité de « membre » d'un pouvoir politique commun d'un côté, et celle d'« État » ayant son existence politique propre d'un autre côté. Or, il n'était guère contestable, pour en revenir au contexte, que les mesures illibérales portant notamment sur l'indépendance de la justice contre lesquelles la Cour de justice a entendu s'ériger en ultime

-
4. Sur l'illibéralisme et sa résurgence actuelle, v. M. Laruelle (dir.), *The Oxford Handbook of Illiberalism*, Oxford University Press, 2025.
5. Parmi une littérature abondante, on se permet de renvoyer à notre étude, « *Integration through the Rule of Law? La judiciarisation de l'État de droit* », *RAE* 2019, n° 1, p. 51. V. également T. Koncewicz, « *The Politics of Resentment and First principles in the European Court of Justice* », in F. Bignami (dir.), *EU law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge University Press, 2020, p. 455. Pour une synthèse récente de la « crise » de l'État de droit et des mesures adoptées ou envisagées pour y faire face, R. Bottner et H.-J. Blanke (dir.), *The Rule of law under Threat*, Edward Elgar, 2024.
6. CJUE, Ass. plén., 16 déc. 2022, n° C-156/21, *Hongrie c/ Parlement et Conseil*, § 232 (et du même jour, n° C-157/21, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, § 264). La formule est reprise dans CJUE, 5 juin 2023, n° C-204/21, *Commission c/ Pologne (Indépendance et vie privée des juges)*, § 67. V. également, CJUE, 19 nov. 2024, n° C-814/21, *Commission c/ Pologne (Éligibilité et qualité de membre d'un parti politique)*, spéc. § 157.
7. L'article 51, § 1^{er} (première phrase) CDFUE prévoit que : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».
8. V. A. Bailleux, « Les contours du champ d'application de la Charte. Tentative de recadrage », in A. Iliopoulou-Penot et L. Xenou (dir.), *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Bruylant, 2020, p. 201.
9. Sur l'idée fédérative (par distinction de celle d'État « fédéral »), voy. O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2^e éd., 2009; *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, Dalloz, 2022.

rempart, entraient difficilement dans le critère de la « mise en œuvre » du droit de l'Union et du champ d'application de la Charte¹⁰. Elles relevaient au contraire de l'organisation constitutionnelle et des affaires intérieures propres à chaque État. Il fallait donc bien soit se résigner à ne rien faire et abandonner les citoyens des régimes illibéraux à leur sort, soit imaginer un nouveau fondement juridique afin d'étendre le champ du contrôle européen au-delà de celui défini par la Charte. La seconde option fût retenue et le moyen d'y parvenir consista à faire appel aux valeurs fondatrices de l'Union de l'article 2 TUE, parmi lesquelles figurent notamment le respect de la démocratie, de l'État de droit, et des droits fondamentaux.

C'est ici que le problème s'inverse. Alors que l'absence de titre juridique pour contrôler de façon généralisée le respect des droits fondamentaux de l'Union au sein des droits nationaux est à l'origine du recours aux valeurs, le contrôle élargi du respect de celles-ci conduit inévitablement à fragiliser, voire rompre, l'équilibre constitutionnel de base qui justifiait la limitation de compétence judiciaire posée par l'article 51 de la Charte. Si la commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen a bien recommandé de réviser l'article 51 CDFUE afin d'étendre le champ d'application de la Charte dans les droits nationaux, sa proposition est pour le moment restée lettre morte, marquant l'attachement des États à son maintien¹¹. La Cour de justice est bien consciente du risque qu'elle prend à passer en force. Aussi n'a-t-elle, au moment où ces lignes sont écrrites¹², pas totalement franchi le cap de la pleine incorporation, ni cédé aux sirènes de ceux qui souhaiteraient qu'elle fonde

explicitement et exclusivement son contrôle de l'intégralité des droits nationaux sur le seul article 2 TUE¹³. À ce stade, la Cour de justice préfère s'appuyer sur d'autres dispositions – l'article 19 TUE s'agissant de la protection de l'État de droit¹⁴ et l'article 10 TUE s'agissant de la protection de la démocratie¹⁵ – dont elle estime qu'elles concrétisent les valeurs de l'article 2 TUE, afin de motiver juridiquement l'extension de son contrôle. La nuance est certes louable, mais le résultat est à bien des égards semblable. Alors que la construction européenne demeurait un projet d'intégration « partielle », réservant une marge d'auto-organisation à ses États membres, elle se transforme en projet d'intégration « totale », soumettant l'ensemble des organisations constitutionnelles de ses États membres à son ordre de valeurs.

Nous faut-il basculer dans une « pleine intégration » ? Une telle forme d'intégration consisterait à une soumission de l'ensemble des choix politiques nationaux à la logique des valeurs et au contrôle des instances de l'Union européenne. Sous l'angle normatif et institutionnel, la question a tout du dilemme. D'un côté, l'opération d'incorporation des valeurs répond à un besoin croissant, devenu quasiment vital dans le contexte actuel, en vue de renforcer la légitimité d'un droit de l'intégration conçu comme une structure d'organisation de l'interdépendance européenne (I). À cet argument, il est néanmoins aisément d'opposer, d'un autre côté, le risque de résistances et de désintégration par le droit que cette révision militante du pacte fondateur pourrait provoquer (II). Devant la difficulté de trancher un tel dilemme, c'est sur le plan de la consolidation des existences sociales des Européens que l'on voudrait s'effor-

10. V. néanmoins, pour une proposition de « ré-interprétation » extensive de l'article 51 CDFUE, A. Jakab et L. Kirchmair, « Two Ways of Completing the European Fundamental Rights Union: Amendment to vs. Reinterpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2022, n° 24, p. 239.

11. V. A Arena, « Tear Down the Wall! Should the Charter of Fundamental Rights be Extended to Purely Internal Situations? Reflections on the European Parliament's Proposals to Amend the EU Treaties », *Jean Monnet Working Paper* 2024, n° 6, disponible en ligne.

12. La Commission européenne a proposé à la Cour de justice de constater une violation autonome de l'article 2 TUE dans l'affaire de la loi hongroise dite de « défense de l'enfance ». Dans ses conclusions du 5 juin 2025, l'avocate générale Čapeta s'est également prononcée en faveur d'une telle possibilité de violation « indépendante » des valeurs de l'Union européenne (n° C-769/22, spéc. § 225 et s.). Si elle était confirmée cette perspective pourrait ouvrir la voie à un contrôle généralisé du respect des valeurs de l'Union européenne.

13. Notamment de la part de la doctrine allemande, v. L.D. Spieker, *EU Values Before the Court of Justice: Foundations, Potential, Risks*, Oxford University Press, 2023; A. von Bogdandy, *The Emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, Oxford University Press, 2024.

14. CJUE, 27 févr. 2018, n° C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, § 32.

15. CJUE, 19 déc. 2019, n° C-502/19, *Junqueras Vies*, § 63.

cer, pour conclure ces rapides propos, de déplacer le débat en suggérant d'envisager le droit de l'Union européenne comme un droit de la « réintégration » de la société européenne (III).

I. Légitimer le droit de l'intégration

Par la célèbre formule du « droit de l'intégration » est désigné un projet de création et d'organisation juridique d'une *interdépendance* (économique, sociale, et politique) entre des communautés nationales distinctes¹⁶. Dans un tel projet dont les fins substantielles – assurer la paix et la prospérité aux Européens – ne sont guère questionnées, la légitimité est de nature « formelle » : elle tient principalement à celle du droit qui forme la structure d'ensemble du projet dont les objectifs doivent pouvoir être poursuivis indépendamment des aléas du monde politique national¹⁷. Afin de passer pour suffisamment légitime aux yeux de ses destinataires, un droit de l'intégration ainsi conçu se doit avant tout de refléter une certaine image d'ordre et de cohérence, ce que l'on peut appeler une « moralité interne »¹⁸. Elle consiste à respecter certaines qualités de forme que la dogmatique juridique s'accorde le plus souvent à reconnaître au droit, indépendamment de son contenu. Il s'agit notamment de maintenir une intégrité globale en tant qu'ordre d'une part, et de garantir une égalité devant la loi d'autre part. Deux qualités formelles primordiales que la pleine incorporation des normes fondamentales de l'Union dans les droits nationaux permettrait de renforcer face à une fragmentation devenue problématique.

A. Intégrité du droit

Un premier avantage à la pleine incorporation du respect des valeurs et droits fondamentaux de l'Union dans les droits nationaux tiendrait au gain de cohérence globale du droit, et notamment des droits, qu'elle procurerait. Mettre fin à la fragmentation de la protection des droits fondamentaux dans l'Union permettrait de réaliser une exigence structurelle supérieure d'« intégrité », en vertu de laquelle un ensemble d'énoncés normatifs disparates et évolutifs acquière et conserve la qualité même de « droit »¹⁹. C'est une évidence de rappeler que le droit est composé de normes largement contradictoires entre elles, et qu'il ne prend forme comme ordre globalement reconnu et respecté comme étant du « droit » qu'en raison de ce qu'il est perçu comme suffisamment cohérent et convaincant par les acteurs sociaux qui y ont recours afin de réglementer leurs rapports. À défaut d'une telle intégrité, même uniquement ressentie, personne n'aurait de raison valable d'avoir recours au droit en général, et en particulier à celui de l'Union souvent perçu comme venant inopinément concurrencer le droit national au prix d'une complexité et d'une insécurité regrettables. S'agissant d'un ensemble composite comme l'est celui de l'Union européenne, l'exigence de cohérence minimale de la structure d'ensemble peut même devenir vitale, notamment s'agissant de ses normes « fondamentales » dont on peut peiner à comprendre qu'elles ne soient reconnues applicables que dans certains cas. Aussi longtemps qu'un accord minimal global sur les valeurs et normes fondamentales du libéralisme post-totalitaire était partagé en Europe, tant par le droit de l'Union que par les droits nationaux, une certaine cohérence d'ensemble de la structure juridique pouvait être

16. Selon la célèbre formule développée par P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, 1972, rééd., Bruylants, 2005.

17. V. L. Azoulai, « *Integration through law and us* », *International Journal of Constitutional Law* 2016, vol. 14, n° 2, spéc. p. 452 et s.

18. Dans *The Morality of Law*, 2^e éd., Yale University Press, 1969, L. Fuller s'emploie à dégager certaines exigences formelles internes à un ordre juridique, faute desquelles un tel « droit » devrait être considéré comme injuste (et donc comme n'étant pas du « droit »), et ce quelle que soit sa substance.

19. La conception du « droit comme intégrité » a été notamment défendue par R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, spéc. chap. 6 et 7, p. 175 et s., p. 225 et s. Dans la théorie dworkinienne, le droit comme intégrité ne se limite pas à une absence d'incohérence, mais exige de supposer, d'un point de vue épistémologique, qu'en cas de désaccords sur ce qu'est le droit, une seule (bonne) solution ne peut qu'être prescrite par lui, ce qui implique que les organes d'application du droit, en particulier les tribunaux, aient pour tâche de découvrir cette (bonne) solution et non de la créer (ou de la « poser »). Cette position, qui a donné lieu à d'importants débats, n'est toutefois pas celle retenue ici, et nous nous en tiendrons à ce stade à l'idée simple, susceptible de rassembler tant positivistes et non-positivistes, selon laquelle une exigence minimale de cohérence est nécessaire pour qu'un système de normes puisse être reconnu et/ou considéré comme étant du « droit ».

maintenue en dépit de la fragmentation. Maintenant qu'un tel consensus se délite, un risque d'incohérence radicale surgit, fragilisant la construction d'ensemble et menaçant la qualité même de droit du droit de l'Union sous l'angle de la condition d'intégrité. À cet égard, il pourrait être avancé que le dépassement de la disposition spécifique de l'article 51 de la Charte afin d'assurer une pleine incorporation des valeurs de l'Union dans les droits nationaux se justifie au nom de l'intégrité de l'ordre juridique commun de l'Union dans son ensemble, dont cette disposition spécifique fait partie et tire sa force juridique.

Ajoutons que, dans le contexte européen, la recherche de cohérence globale et d'intégrité se prolonge dans les rapports entre l'Union européenne et le système de la CEDH, tout aussi menacé par la résurgence illibérale. Alors qu'un nouveau processus d'adhésion de la première au second pourrait, après deux échecs retentissants²⁰, se finaliser²¹, la question de la fragmentation du champ de la protection des droits fondamentaux au sein même de l'Union européenne et de ses États membres continue de soulever d'importantes difficultés. Dans le récent arrêt *K.S. et K.D.*, la Cour de justice a finalement affiché une volonté de les surmonter, en s'écartant ouvertement de la lettre des traités limitant sa compétence en matière de politique étrangère et de sécurité commune afin de contrôler, au moins partiellement, le respect des droits fondamentaux de l'Union dans ce domaine sensible²². Une telle extension de sa compétence de contrôle par la Cour de justice permet en l'occurrence de combler une lacune juridictionnelle, mais elle pourrait tout autant se justifier par un besoin de meilleure cohérence juridictionnelle du contrôle des droits dans l'Union. En se faisant la garantie des valeurs et des droits qui s'y rattachent pour l'ensemble de ses États membres, l'Union européenne assumerait pleinement sa responsabilité devant la Cour de Strasbourg, quelle que soit

l'origine, européenne ou nationale, d'une éventuelle violation des droits. Elle pourrait ainsi mettre son droit et ses moyens, notamment l'arme budgétaire, au service du respect des droits et des valeurs de la CEDH à l'encontre de ses propres États membres. L'architecture d'ensemble du droit européen et de ses normes fondamentales en deviendrait grandement simplifiée, participant à un renforcement global de l'intégrité du respect des droits par les pouvoirs publics, tant européens que nationaux.

B. Égalité devant le droit

Le second grand avantage d'une pleine incorporation du respect des valeurs et des droits fondamentaux de l'Union dans le droit national des États membres serait de mettre fin à un des paradoxes les plus perturbants de la construction juridique européenne, qui affecte en profondeur sa prétention à la légitimité : les discriminations dites « à rebours »²³. De telles discriminations surviennent lorsqu'un État membre est conduit à moins bien traiter ses propres citoyens que les ressortissants d'autres États membres, voire à rompre l'égalité au sein même de ses citoyens entre ceux demeurant sur le territoire national et ceux circulant dans l'Union européenne. En matière de droits fondamentaux, un exemple récent tiré du droit au changement de sexe l'illustre²⁴ : un État membre restreignant le changement de sexe pourra imposer cette limitation des droits des personnes transsexuelles à ses citoyens, mais pas aux ressortissants d'un autre État membre dans lequel ce changement est libre et dont il devra reconnaître les effets sur son territoire, ni même à ses propres ressortissants qui auraient opéré le changement de sexe dans un tel État puis en réclameraient la reconnaissance sur le territoire national. En découle une rupture troublante d'égalité, ressentie comme une profonde injustice, entre les citoyens « mobiles » souvent (mais pas tout le temps) mieux informés et mieux dotés d'un côté, et les citoyens « séden-

20. Dans les célèbres avis CJUE, 28 mars 1996, avis 2/94 et CJUE, 18 déc. 2014, avis 2/13.

21. Le groupe de négociation *ad hoc* du Comité directeur des droits de l'homme est parvenu à un projet d'accord dit « 46+1 », le 30 mars 2023, v. Conseil de l'Europe, « 46+1 », (2023)35 final, disponible en ligne.

22. CJUE, 10 sept. 2024, n^o C-29/22 et C-44/22, *KS et KD*. La perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH comme argument justifiant l'extension de sa compétence par la Cour de justice dans le domaine de la PESC est ouvertement invoqué par l'avocate générale Capeta dans ses conclusions (§ 24 et s. et § 145 et s.).

23. V. en dernier lieu, M. van den Brink, « A Typology of Reverse Discrimination in EU Citizenship Law », *EU Law Open* 2023, vol. 2, n^o 1, p. 57.

24. CJUE, 4 oct. 2024, n^o C-4/23, *Mirin*.

taires » qui demeurent soumis à la loi majoritaire nationale, sans possibilité ou volonté de s'en émanciper, d'un autre côté. Autrement dit, l'ouverture des frontières et la libre circulation transnationale qui forment le cœur du projet européen d'interdépendance, provoquent une rupture d'égalité devant la loi nationale. Or, quand bien même l'égalité devant la loi ne s'épuise pas dans une prétendue généralité, introuvable en pratique, ni dans la seule application de la loi²⁵, le fait que le droit de l'Union parvienne à fragmenter la citoyenneté nationale et à soustraire des situations aux catégories dont la loi nationale avait pourtant prévu qu'elles relèvent, fragilise l'idée même d'égalité, voire de légalité. C'est pourquoi il est régulièrement suggéré de mettre fin à une telle inégalité, au moins dans les situations mettant gravement en cause les droits fondamentaux, en assurant aux citoyens européens un standard minimal commun de protection, non pas tant en vue de renforcer la dimension européenne de la citoyenneté que de répondre à l'exigence d'une citoyenneté *tout court*.

Avant même la crise illibérale, la proposition a été formulée à plusieurs reprises par différents avocats généraux à la Cour de justice, en vue de mettre fin à l'aberration des discriminations « à rebours ». Tel a notamment été le cas de l'avocat général Jacobs, dès les lendemains du traité de Maastricht, sur le fondement de la citoyenneté européenne et de la formule « *civis europe[aus]um* »²⁶, ou encore de l'avocat général Poiares Maduro selon qui une violation « grave et persistante » des droits fondamentaux par un État devrait affecter la qualité de membre de celle-ci²⁷. Si la Cour de justice s'est jusqu'à maintenant toujours refusée à faire droit aux propositions de ses avocats généraux, une évolution vers l'imposition aux États membres du respect d'un cadre minimal de valeurs en matière de citoyenneté n'est plus à écarter. Dans la récente affaire dite des « *golden passports* », elle a jugé contraire au droit de l'Union la réforme maltaise du droit de la nationalité consistant à en octroyer le béné-

fice, et par ricochet celui de la citoyenneté européenne, en contrepartie du versement d'une somme d'argent ou de la promesse d'un investissement²⁸. Afin de justifier son contrôle du droit interne de la nationalité, la Cour de justice s'est notamment fondée sur les externalités négatives que fait subir cette réforme sur les autres États membres contraints d'ouvrir leurs territoires à ces nouveaux citoyens, ainsi que sur le fonctionnement démocratique de l'Union elle-même et les droits de vote (aux élections européennes et municipales) que la citoyenneté européenne confère. Pour la Cour, la citoyenneté « repose en effet sur les valeurs communes que contient l'article 2 TUE »²⁹, et son accès ne peut être pour cette raison laissé à l'entière discrétion des droits nationaux. À la lettre, certes, le droit de l'Union n'a aucun titre à exercer un quelconque regard sur l'octroi de la nationalité, compétence réservée s'il en est aux États afin de définir leur propre « population ». Mais, à condition de se départir du prisme déformant qu'est l'État-Nation, et de prendre au sérieux l'hypothèse d'une double appartenance citoyenne dans un ensemble fédératif, il n'y a guère de contradiction à admettre que le niveau européen puisse progressivement imposer au niveau étatique le respect d'un certain nombre de garanties mutuelles dans l'accession à cette citoyenneté³⁰. Ce pas capital désormais franchi, il n'est plus à écarter que le respect des valeurs sur lesquelles la citoyenneté de l'Union « repose », pour reprendre les termes de la Cour, puisse être assuré à l'ensemble des citoyens européens en toutes circonstances, en tant que forme minimale d'égale dignité, dans un contexte de mise en cause de ces valeurs.

Même limitée aux cas les plus graves, l'extension de la protection des valeurs et des droits fondamentaux de l'Union à l'ensemble des droits nationaux présenterait d'indéniables avantages en termes d'intégrité du droit et d'égalité en droit, participant à la légitimation du droit de l'Union comme structure d'organisation de l'interdépendance des États et des citoyens euro-

25. O. Jouanjan, « Logiques de l'égalité », *Titre VII* 2020, n° 4, disponible en ligne.

26. Conclusions du 9 déc. 1992, dans l'affaire *Konstantinidis*, n° C-168/91, § 46.

27. Conclusions du 12 sept. 2007, dans l'affaire *Centro Europa 7*, n° C-380/05, § 20.

28. CJUE, 29 avr. 2025, n° C-181/23, *Commission c/ Malte*.

29. *Ibid.*, spé. § 23.

30. En ce sens, C. Schönberger, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Droit & Philosophie* 2009, vol. 1, spé. p. 264.

péens. Reste que si la Cour de justice s'est jusqu'à présent refusée à s'engager dans cette voie, c'est qu'une part importante d'elle-même est consciente des difficultés persistantes que suscite le passage à la pleine incorporation.

II. Provoquer la désintégration par le droit

La formule de « l'intégration par le droit »³¹, en renversant l'ordre des termes de celle du « droit de l'intégration », entend s'intéresser à la manière avec laquelle les acteurs politiques produisent un ensemble juridique de type fédéral sur la base d'un sentiment d'appartenance commune (et non plus à l'aune d'un objectif supérieur d'interdépendance qui leur serait imposé)³². La « désintégration par le droit » désigne ici le processus inverse : celui d'un mouvement de désappartenance à l'ensemble fédéral, d'une forme de sécession identitaire sur la base du droit. Tel est le risque que fait courir la pleine incorporation. La généralisation du champ de protection des valeurs et droits fondamentaux de l'Union européenne menace l'aspiration des États et droits nationaux à préserver leur identité propre, succédané dans le modèle fédéral de la part de souveraineté qui leur revient. En réaction, des résistances à l'autorité du droit de l'Union sont à prévoir de la part des droits et des juges nationaux, notamment constitutionnels. Défendre coûte que coûte les valeurs libérales de l'Union pourrait être perçu comme un passage en force, un acte lui-même « illibéral » en ce qu'il contredit le postulat de la neutralité axiologique du libéralisme.

A. Identité du droit national

Il est devenu courant de voir dans l'équilibre des valeurs et des droits fondamentaux propre à une communauté politique la traduction juridique de

son identité, qualifiée de « nationale » ou « constitutionnelle ». La rhétorique de l'identité tend à se substituer, dans le discours juridique européen, à celle de la souveraineté, devenue trop problématique pour rendre fidèlement compte de la coexistence d'une pluralité d'autorités constitutionnelles en mesure de dire le droit sur un même espace³³. Le recours à l'identité ouvre ainsi une nouvelle voie pour penser les rapports entre droits européens et nationaux, et espérer dépasser les conflits d'autorité qui s'y jouent. L'espace juridique européen ne pouvant être rigoureusement décrit ni dans les termes du monisme ni dans ceux du dualisme, c'est vers la proposition du « pluralisme constitutionnel » qu'il faut se tourner pour en saisir la complexité³⁴. La lecture pluraliste entend non seulement rendre compte du fonctionnement actuel du droit en Europe, mais préconise également aux différents tribunaux compétents, qu'ils soient nationaux ou européens, de prendre conscience qu'aucun d'entre eux n'est véritablement en mesure de revendiquer un pouvoir du dernier mot qui ne tiendrait pas suffisamment compte des positions d'autres instances juridictionnelles également compétentes. Comme une telle préconisation le montre, la fragilité du modèle pluraliste est évidente, tributaire de l'ouverture réciproque des droits et des juges. Pour éviter tout conflit radical, que l'idée même de souveraineté ne peut que conduire à provoquer, la viabilité du modèle pluraliste repose en pratique sur la notion fonctionnelle d'identité, conçue comme une recherche d'équivalence des normes fondamentales des différents ordres juridiques applicables sur un même espace³⁵. Or, c'est précisément la possibilité de perpétuer le concept charnière d'identité constitutionnelle et sa technique d'équivalence qui se trouve directement menacée par la proposition de la pleine incorporation au nom d'une identité globale supérieure. Pour défendre la

31. Imaginée notamment par M. Cappelletti, M. Seccombe et J. H. H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, 1986.

32. L. Azoulai, « *Integration through law and us* », préc., p. 453.

33. Sur les prémisses de ce mouvement, L. Azoulai et E. Dubout, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire » in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports en ordre juridique*, LGDJ, 2016, p. 567.

34. À l'origine cette proposition a été formulée par N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, 1999. Elle a trouvé des relais au sein même de la Cour de justice, v. not. l'ancien avocat général M. Poiares Maduro, « Three Claims of Constitutional Pluralism », in M. Avbelj et J. Komarek (dir.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012, p. 67.

35. Comme l'illustre la célèbre jurisprudence du CE, 8 févr. 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*. Plus largement, v. P. Auriel, *L'équivalence des protections des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2020.

généralisation de la protection des valeurs communes, la Cour de justice invoque la défense de « *l'identité même* » de l'Union européenne³⁶. De cette façon, l'identité se refond dans une logique conflictuelle d'autorité ultime, en perdant sa fonction dialogique de recherche de compromis. Redevenue analogue à la souveraineté, l'identité est rendue tout aussi problématique, exposant l'Union et son droit à la désintégration.

Face au conflit identitaire, les juges nationaux, notamment suprêmes ou constitutionnels, se trouvent dans une position inconfortable³⁷. Le jour où tombe le mur invisible de la limite du champ d'application de la Charte, leur qualité même d'instance « constitutionnelle » devient sujette à discussion. Leur attitude vis-à-vis de l'Union européenne et de son droit s'en ressent³⁸. Après un consensus permissif (tardivement rallié en France, on s'en souvient³⁹) sur la primauté du droit de l'Union européenne, qui permettait en pratique au pluralisme européen d'être relativement ordonné, des signes de contestations croissantes ont été émis par des places fortes de l'espace juridictionnel européen⁴⁰, encourageant les organes juridiques issus des réformes illibérales de certains États membres à leur emboîter le pas⁴¹, au risque de provoquer une « tribalisation » de l'Europe⁴². L'argument identitaire est au cœur de cette nouvelle forme de résistance au droit européen. Il s'appuie non seulement sur le besoin préserver certaines spécificités du droit positif, considérées comme propres à une com-

munauté nationale, mais plus profondément aussi sur une certaine manière « culturelle » de faire du droit. La justification « culturaliste » de la résistance au droit de l'Union, telle que défendue par exemple par Ulrich Haltern, avance l'idée selon laquelle le droit n'est pas seulement le produit d'une culture : il est lui-même le *producteur* d'une culture⁴³. Dans cette approche, le droit est conçu comme étant à la source d'un certain langage, d'une certaine manière d'envisager les problèmes, de les formuler, et de les résoudre, qui participe à la construction d'une communauté politique consciente d'elle-même. Le droit ainsi envisagé n'est pas rationnel mais émotionnel⁴⁴. Mais si le droit est culturel, imprégné d'histoire et d'identité, alors comment espérer produire rationnellement du commun, de « l'intégration par le droit » ? La tâche paraît difficilement surmontable. En réaction à ces résistances, la Cour de justice s'est efforcée de rappeler les justifications à la primauté de son droit, voire d'en (re)convoquer d'autres⁴⁵, mais sans pleinement convaincre. C'est que dans le contexte d'une crise des valeurs libérales, les juges constitutionnels eux-mêmes sont mis sous pression, accusés d'exercer un contrôle excessif des droits fondamentaux, parfois même considéré par une partie de la doctrine comme anti-démocratique⁴⁶. Pour assoir leur propre légitimité, ils peuvent être tentés de résister à ce qu'ils considèrent porter une trop grande atteinte aux expressions et opinions publiques. Pourtant, bien

36. CJUE, Ass. plén., 16 déc. 2022, n° C-156/21, *Hongrie c/ Parlement et Conseil*, § 232.

37. Pour une étude récente, A. Iliopoulou-Penot et F. Martucci (dir.), *Les rapports entre les juges constitutionnels nationaux et la CJUE*, Bruxelles, 2025.

38. D. Ritleng, « Les nouvelles caractéristiques de la primauté : relativisation et limites ? », in H. Gaudin (dir.), *Mare & Martin*, 2021, p. 229 ; ou encore notre étude « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTD eur.* 2018, p. 563.

39. B. Plessix et F. Picod (dir.), *Le juge, la loi, et l'Europe. Les 30 ans de l'arrêt Nicolo*, Bruxelles, 2022.

40. Notamment par la Cour constitutionnelle allemande dans la retentissante affaire *PSPP* considérant pour la première fois comme *ultra vires*, et contraire à la constitution allemande un arrêt préalable de la Cour de justice validant le programme de la Banque centrale européenne relatif à la crise financière, v. *BVerfG*, 5 mai 2020, *PSPP*, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 980/16.

41. J. Scholtes, *The Abuse of Constitutional Identity in the European Union*, Oxford University Press, 2023.

42. Conçue comme une convergence entre identitarisme et illibéralisme, v. M. Wind, *The Tribalization of Europe : A Defence of our Liberal Values*, Wiley, 2020.

43. U. Haltern, « Revolutions, Real Contradictions, and the Method of Resolving them: The Relationship between the Court of Justice of the European Union and the German Federal Constitutional Court », *International Journal of Constitutional Law* 2021, vol. 19, n° 1, p. 208. L'auteur s'appuie notamment sur l'approche culturelle du droit de P. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

44. *Ibid.*, p. 231 : « Law, then, is not simply about the promise of order. It is about identity. As such, it is highly political in a constitutive sense, erotic, and dangerous ».

45. V. les différentes contributions dans l'ouvrage collectif, *L'égalité des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2022.

46. Par exemple, B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, LGDJ, 2017.

qu'il ne soit pas aisément à écarter totalement (l'application du droit requiert inévitablement une part d'exercice du pouvoir politique), le reproche d'un pouvoir excessif des juges est le plus souvent biaisé. Ce que critiquent les contempteurs du « gouvernement des juges » n'est en réalité pas la trop grande discréption interprétative qu'ils prendraient à l'égard des textes, mais plutôt le sens qu'il donne à l'exercice de ce pouvoir, qui va à l'encontre des idéaux politiques qu'ils défendent⁴⁷. Un bon exemple en est donné aux États-Unis par l'arrêt *Dobbs* qui, sous couvert de retour à une interprétation littérale et « originaliste » des droits fondamentaux, déconstitutionnalise le droit à l'avortement⁴⁸, provoquant ainsi sa « dés-incorporation » des droits fédérés pour des raisons plus politiques que juridiques⁴⁹. Le débat sur le droit devient axiologique. Il expose le modèle libéral à sa propre contradiction.

B. Neutralité du droit européen

Mettre le droit de l'Union au service d'un certain ordre de valeurs, présenté comme à la fois libéral et intangible, l'expose à un paradoxe difficilement surmontable : celui de sa neutralité axiologique⁵⁰. En prenant ouvertement en charge le discours des « valeurs » afin d'en imposer une certaine conception à ses États membres, l'Union européenne se heurte à l'objection d'être elle-même illibérale. Si le libéralisme consiste à ne pas imposer une conception particulière de la vie bonne, en laissant à chacun la liberté de se forger sa propre éthique, alors mettre l'arme du droit au

service d'une certaine conception des valeurs ne peut que saper le fondement même d'un libéralisme authentique (sauf à le concevoir comme foncièrement hypocrite). Ce dilemme a notamment été formulé par le juriste Ernst-Wolfgang Böckenförde de la manière suivante : « L'État libéral, sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir »⁵¹. C'est pourquoi, le concept de démocratie « militante »⁵², ou « apte à se défendre » pour emprunter la formule de la jurisprudence allemande reprise par la Cour européenne des droits de l'homme⁵³, entretient une profonde aporie. Priver de liberté les « ennemis de la liberté » selon la formule consacrée, suppose qu'une certaine conception de la liberté soit considérée comme « bonne », en reniant le présupposé libéral de base selon lequel un tel débat ne peut que rester ouvert⁵⁴. En s'engageant dans la voie de la défense de ses valeurs vis-à-vis des démocraties nationales, l'Union européenne se risque-t-elle à renier les fondements mêmes du libéralisme ?

Tout dépend de ce que l'on met dans l'idéal du libéralisme. Une manière habile de contourner la difficulté de concevoir un ensemble démocratique apte à se défendre tout en demeurant axiologiquement neutre, serait de le limiter à la sauvegarde des valeurs *procédurales* du libéralisme. En se concentrant uniquement sur l'indépendance des juges et la qualité des processus démocratiques au sein des États membres, ainsi que le fait plus ou moins consciemment jusqu'à présent

47. Parmi une littérature pléthorique, F. Rouvillois, *Le gouvernement des juges. Histoire d'un mythe politique*, LGDJ, 2023.

48. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US (2022).

49. Pour une mise en lumière des contradictions de l'originalisme comme méthode d'interprétation aux États-Unis, v. I. Fassassi, « L'originalisme dépassé ? Tensions et transitions au sein du conservatisme juridique aux États-Unis », in J. Arlettaz (dir.), *Statu quo ? Constitution et conservatisme*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2025, p. 205.

50. Pour une thèse récente sur le sujet, A. Tamion, *Le droit, les droits fondamentaux, les valeurs. Problèmes d'une fondation et d'une argumentation axiologiques en droit*, th. Paris-Panthéon-Assas, 2025.

51. E.-W. Böckenförde, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in *Le droit, l'État, et la constitution démocratique*, Bruyant/LGDJ, 2000, p. 117. V. également, dans le même ouvrage, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », p. 77.

52. En réaction au fascisme, l'expression a été imaginée par K. Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights (I) », *The American Political Science Review* 1937, vol. 31, n° 3, p. 417.

53. L'origine de la formule provient du droit constitutionnel allemand, conçu comme un « ordre de valeurs », et a été reconnue comme un objectif légitime par la jurisprudence européenne afin de limiter la liberté d'expression par la Cour EDH, 26 sept. 1995, n° 17851/91, *Vogt c/ Allemagne*, § 51 et 59 (à une courte majorité de dix voix contre neuf); Cour EDH, 15 oct. 2015, n° 27510/08, *Perinçek c/ Suisse*, § 242.

54. E.-W. Böckenförde, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », préc.

la Cour de justice⁵⁵, le droit de l'Union s'évite de prendre parti sur le fond des valeurs qui pourraient rester ouvertes à la délibération nationale. Ce modèle habermassien de justice⁵⁶ permet de surmonter la question de la neutralité axiologique en ne garantissant par le droit et ses juges indépendants qu'un cadre formel à la délibération rationnelle, sans en préempter l'issue⁵⁷. Il y a toutefois une part d'artifice à prétendre être en mesure de scinder nettement ce qui relèverait de la procédure de ce qui empiéterait sur le fond des équilibres de valeurs en Europe. En matière de droits fondamentaux, contrôles du fond et de la procédure sont étroitement mêlés⁵⁸. En outre, le modèle rationaliste de la délibération démocratique en vue de parvenir à la connaissance des valeurs a tout à craindre d'une séparation trop rigide entre le fond et la procédure. L'exemple de la liberté d'expression et de sa numérisation en fournit une illustration⁵⁹. Face à la manipulation, à la désinformation, à l'incitation à la haine et à la violence, qui inondent le monde numérique, le droit européen devrait-il se contenter de mettre en place un cadre procédural de régulation de la communication en ligne, ou ne peut-il éviter de basculer dans un véritable contrôle de fond des contenus numériques⁶⁰ ? La liberté d'expression, en ce qu'elle protège non seulement une sphère subjective de non-ingérence mais aussi un espace intersubjectif d'échanges, déborde la distinction de la forme et du fond. Elle requiert à la fois des capacités de participation procédurale aux débats d'idées mais aussi des protections de fond contre les discours qui empêchent qu'un tel débat puisse se tenir sereinement. Il en va de même pour la plupart des droits, y compris économiques et sociaux, sans la jouissance effective desquels la

délibération démocratique « libérale » ne saurait passer pour véritablement équitable. Si la proposition de s'en tenir à une défense des valeurs procédurales du libéralisme semble attrayante, elle se heurte à des difficultés pratiques non-négligeables, risquant de rendre cette défense largement illusoire.

En franchissant le Rubicon de la pleine incorporation des valeurs procédurales de l'État de droit et de la démocratie, la Cour de justice s'aventure sur une pente tellement glissante qu'il lui sera difficile de ne pas basculer progressivement vers la pleine incorporation de la substance même des droits fondamentaux européens au sein des démocraties des États membres, au risque de provoquer la contestation et la désintégration. Faut-il pour autant rester indifférent à la crise des valeurs libérales en Europe ? Une autre manière de se représenter le dilemme de la pleine intégration est-elle envisageable ?

III. Penser un droit de la ré-intégration

Pour conclure, et tenter de dépasser le dilemme de la pleine incorporation, faisons un bref pas de côté sur la manière de penser le droit européen. Pionnières et visionnaires, les formules du « droit de l'intégration » et celle de « l'intégration par le droit » ont été conçues afin de désigner une relation originale (distincte de celle du droit international) entre des ordres et des institutions juridiques au sens large : l'une à travers l'objectif d'interdépendance économico-politique, l'autre par le sentiment d'appartenance fédérale. De telles manières de se représenter le phénomène européen ne suffisent cependant plus à rendre compte des effets plus profonds que la construc-

55. V. néanmoins, sur la question de fond des droits des personnes LGBTQI, les conclusions de l'avocate générale Ćapeta du 5 juin 2025 (n° C-769/22, *Commission cl Hongrie*) : « Je suis d'avis que l'égal respect dû aux personnes LGBTI dans les États membres n'est pas sujet à débat. Le non-respect et la marginalisation d'un groupe au sein de la société sont les " lignes rouges " imposées par les valeurs d'égalité, de dignité humaine et de respect des droits de l'homme » (§ 262).

56. Développé notamment dans J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

57. Dans un sens proche, insistant sur la *Formung*, O. Jouanjan, « L'État de droit démocratique », *Jus politicum*, n° 22, 2019, p. 5.

58. Pour une approche juridique, v. par exemple notre étude « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis/Nemesis, 2014, p. 265; ainsi que plus récemment A. Tamion, « Le process-based review dans la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme, ou le problème de la rationalité procédurale dans les démocraties libérales », *RDf* 2025, chr. n° 26, disponible en ligne.

59. J. Habermas s'en montre d'ailleurs inquiet dans ses derniers écrits en craignant que le modèle démocratique que nous avons connu n'« arrive à expiration », v. « Réflexions et hypothèses sur un nouveau changement structurel de l'espace public politique », in *Espace public et démocratie délibérative : un tournant*, Gallimard, 2023, p. 86.

60. Sur les tensions et ambivalences de la régulation européenne de la liberté d'expression numérique, v. notre étude « Modérer la modération : le *Digital Services Act* et la civilisation du numérique », *RTD eur.* 2023, p. 7.

tion juridique européenne produit sur les modes de vie des Européens et les façons de concevoir leurs existences, qui conditionnent grandement en retour la formation de leurs valeurs et leur rapport au droit. Comme nous le suggère Loïc Azoulai, il nous faut désormais changer notre approche du droit européen en reformulant les enjeux qu'il soulève sous un angle *existential*, et non plus seulement institutionnel⁶¹. Pour cela, l'attention ne doit plus seulement se focaliser sur les grandes structures de fonctionnement de la construction européenne, telles que ses organes ou son système de normes, mais se reporter davantage sur les transformations qu'elle produit dans les existences et les rapports sociaux. D'outil d'organisation de l'interdépendance et de l'appartenance pluri-nationales (ou demoï-cratiques) au sein d'un espace, le droit de l'Union européenne doit désormais se concevoir aussi comme un moyen de reconfiguration des existences individuelles et collectives au sein d'une société.

Présente à la seconde phrase de l'article 2 TUE⁶², la référence à la « société », qualifiée parfois d'« européenne »⁶³, voire de « bonne » société⁶⁴, émerge dans le discours juridique dans un contexte de crises si profondes qu'elles affectent la perception de la réalité que s'en font les différents acteurs sociaux en Europe. Cette apparition de la référence à la société européenne, et sa concomitance avec la perte de sens généralisée qui accompagne les crises actuelles, devrait nous inciter à reformuler la question à laquelle notre façon de penser le droit de l'Union cherche à fournir une réponse. Dans un tel contexte de désorientation, la question qui surgit dans le droit et son étude n'est plus uniquement celle de savoir « comment vivre ensemble en Europe ? », avec quel système institutionnel et selon quel ordre juridique, mais elle devient plus existentielle : « quelle vie voulons-nous vivre ensemble en Europe ? ». Appelons cette nouvelle

façon de s'interroger sur le phénomène juridique européen le droit de la « ré-intégration », dans le sens où elle se propose de contribuer à une forme de reconsolidation des existences sociales par le droit. Il s'agit de faire en sorte – grâce au droit européen et à ses outils – de mieux « intégrer » dans la société des existences désaffiliées, notamment des formes de marginalisations, d'invisibilisations, de frustrations, d'appréhensions, que l'on peut regrouper sous l'idée générale d'« insécurité sociale »⁶⁵. La démarche d'un droit européen de la ré-intégration ainsi conçu est de se demander comment faire tenir ensemble non plus seulement des États ou des peuples, mais des relations sociales complexes et multiples au sein d'une société profondément fragmentée et polarisée qui tend à perdre sa perception d'elle-même.

Pris sous ce nouvel angle, le dilemme de la pleine incorporation des valeurs libérales et des droits fondamentaux prend une autre résonance. Il ne se ramène pas à une question d'intégrité ou d'identité d'un ordre juridique conçu abstraitemen, ni de lutte pour le pouvoir de dire le droit entre des institutions revendiquant une autorité ultime. Ces considérations deviennent plus secondaires, dès lors que l'opération juridique d'incorporation contribue à sa tâche de stabilisation et de préservation du fonctionnement d'une société désaffiliée. La reformulation du dilemme ne conduit pas pour autant à penser qu'un droit, que ce soit celui de l'Union ou celui de l'État, serait par nature mieux placé que l'autre afin d'apaiser les rapports sociaux et réconcilier la société avec elle-même face à la crise actuelle des valeurs. L'approche du droit de la ré-intégration autorise au contraire à porter un regard critique tant sur le droit national que sur le droit de l'Union. C'est au plan des techniques et des aptitudes à se connecter à la complexité sociale pour en comprendre et résorber les tensions que se joue l'opportunité d'étendre le champ du

61. L. Azoulai, « European Society and its Existential Problems: Connecting European Law and Social Theory », *EU Law Open*, 2025, à paraître.

62. « Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

63. V., dans le contexte de la guerre en Ukraine, l'interdiction de certains médias afin de protéger « l'intégrité du débat démocratique au sein de la société européenne » (TUE, 27 juil. 2022, n° T-125/22, *RT France*, § 88).

64. S'agissant des droits LGBTQI, les conclusions T. Capeta, 5 juin 2025, n° C-769/22, *Commission c/ Hongrie*, § 157.

65. Sur ce concept, R. Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'est protégé ?* Le Seuil, 2003. Le lien entre la « désaffiliation » sociale analysée par R. Castel et la théorie des droits (fondamentaux) est notamment fait par J.-F. Kervégan, *Puissance des droits. Théorie, histoire, critique*, PUF, 2025, spé. p. 396 et s.

contrôle des normes fondamentales du droit de l'Union européenne au sein du droit national. De ce point de vue, la distinction même du droit de l'Union et du droit national est rendue largement indifférente, prenant acte de ce que leur interprétation réciproque sur une longue période les a rendus difficilement dissociables. La question n'est plus celle de l'autonomie d'un droit ou d'un autre dans telle ou telle *matière* (comme par exemple l'indépendance de la justice, la vie démocratique, ou le statut des personnes), mais celle de la *manière* de faire du droit pour parvenir à forger les équilibres de la vie en société. Dans cette approche du droit européen comme forme

d'intégration de la société, l'opération de pleine incorporation ne se justifie qu'au regard de la capacité de l'Union européenne et de son droit à être perçus par les acteurs sociaux comme étant en mesure de résoudre efficacement et équitablement les problèmes de la société européenne. Penser la façon avec laquelle les concepts et techniques juridiques peuvent y parvenir, tel est le nouveau défi que la crise des valeurs libérales pose au droit de l'Union européenne et à ceux qui l'étudient. La réforme à méditer n'est pas tant celle du champ du droit européen que de la manière d'en faire.

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 :
rda@assas-universite.fr*

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, ADD Associés – Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.assas-universite.fr/revue-droit-dassas.



A D D
ASSOCIÉS

Étude Généalogique

**Parce qu'hériter
est un droit**

SIÈGE SOCIAL – PARIS

4, avenue du Coq - 75009 PARIS
Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91
E-mail : paris@add-associes.com

www.add-associes.com



Tout savoir
sur le groupe ADD,
nos bureaux
et nos services

