



UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS  
- PARIS II -

# Revue de droit d'Assas

N° 17    Déc. 2018

## **Le portrait**

**Laurence Idot, une pionnière du droit  
de la concurrence**

## **Le dossier**

**Grandes et petites controverses  
doctrinales en droit privé**

Par Pierre-Emmanuel Audit, Guillaume Beaussonie,  
Maxime Brenaut, Charles-Édouard Bucher, Guillaume  
Drouot, Philippe Malaurie, Jean-Pierre Marguénaud,  
Cécile Pérès et Jean-Christophe Roda

## **Perspectives**

**Contentieux du droit de l'Union  
européenne**

Par Stéphane Gervasoni, Fabrice Picod et Sacha Prechal

# Revue de droit d'Assas

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

**lextenso** éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier)

ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

**Guillaume Leyte**

Conseillère de la rédaction :

**Emmanuelle Filiberti**

Directeurs éditoriaux :

**Nicolas Balat et Étienne Casimir**

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

## COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteur en chef :

Maxime Cormier

Rédacteur en chef adjoint :

Nathan Allix

Responsables de la diffusion :

Eva Helesbeux et Quentin Monget

Responsable du financement :

Claire Leveneur

Membres du comité de rédaction :

Maxime Brenaut, Guygonne-Bettina Deker,

Jeanne de Dinechin, Flavien Dréno,

Rodolphe Eugène, Mathilde Gheeraert,

Cécile Keller-Rousselet, Philippe Morange,

Hugo Nadjar, Kevin Quinsac, Romain Raine,

Gabriel Sebban

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Guillaume Drago,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Yves Gaudemet,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Michel Humbert,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Christian Larroumet,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Yves Lequette,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Laurent Leveneur,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Martine Lombard,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Denis Mazeaud,**

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

**Jacques-Henri Robert,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Louis Vogel,**

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

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 17, décembre 2018, p. X

En ligne : [www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)

# L'intro

**Maxime Cormier**, rédacteur en chef

---

L'introduction à cette dix-septième parution de la *Revue de droit d'Assas* doit-elle adopter le même ton que celui de son sommaire ? Si la réponse positive s'impose, on serait bien tenté d'imaginer que les quelques lignes qui suivent seront placées sous le signe du conflit, de la tension, de l'électricité même !

Il faut dire que ce numéro est paré d'un dossier dont l'intitulé ne laisse guère de place à l'équivoque : « Grandes et petites controverses doctrinales en droit privé ». Sans surprise, il sera donc ici question d'oppositions, de réfutations, de heurts ou encore de duels que le lecteur aura l'occasion de découvrir ou de redécouvrir. « Sans surprise », non pas parce que la *Revue* entend se reconvertir en une publication pour ceux qui souhaitent retrouver le sommeil, mais bien plutôt parce que, comme l'écrit le Professeur Philippe Malaurie dans l'introduction à ce dossier, « pas de droit sans controverse » ! Si le droit ne sait se défaire de la controverse, comment pourrait exister une doctrine sans controverses et donc sans conflits ?

De conflits, la rubrique « Perspectives » n'en est pas privée puisqu'il est question dans ce numéro du contentieux du droit de l'Union européenne. Or, pour avoir un regard authentique sur la matière, ne fallait-il pas le concours d'un universitaire ainsi que de juges du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne ?

À l'aune de ces précisions, et pour ne pas détonner, s'agit-il pour le soussigné de fourbir sa plume afin de s'adonner lui-même à la controverse ou d'engager quelconque contentieux ? Ici comme ailleurs, le naturel doit être dompté. Plus encore, il faut le repousser en se rendant à l'évidence : la controverse – lorsqu'elle ne dégénère pas en querelle – comme le contentieux ne sont pas des fins en soi. Les deux phénomènes s'apparentent davantage à des préliminaires à la vérité, qualifiée car juridique, mais vérité tout de même : le conflit qui se joue dans les ouvrages permet d'identifier la véritable solution à la question posée, et celui qui se tient dans les prétoires débouche sur la véritable situation à protéger. À la réflexion donc, controverse et contentieux riment moins avec destruction qu'avec construction.

De construction, il en est justement question dans les pages qui suivent grâce au portrait du Professeur Laurence Idot, « Pionnière du droit de la concurrence ». Mené par le Professeur Emmanuelle Claudel, il éclaire opportunément les jalons – et les obstacles – du développement de cette matière, tout autant qu'il témoigne des divers moments d'une carrière passée dans les murs de notre Université, comme en-dehors.

Enfin, la *Revue de droit d'Assas*, elle-même, n'échappe pas à la construction avec de nouveaux visages à de nombreux étages. Privilège de l'ancienneté couplé avec celui de la rédaction en chef, on souhaiterait ici accaparer trois ou quatre lignes de la *Revue* pour formuler quelques remerciements. Aux professeurs Chainais, Balat et Casimir, déjà, pour m'avoir confié en toute confiance la barre de ce beau navire. À Antoine Touzain, ensuite, pour m'avoir appris avec bienveillance – et patience ! – à le manœuvrer. À Nathan Allix, également, pour avoir eu la gentillesse de bien vouloir m'accompagner dans cette aventure qui, certains jours, n'est pas de tout repos. Aux membres du Comité de rédaction de la *Revue*, enfin, et à tous ceux qui œuvrent à son succès, pour ne pas avoir quitté le navire ou pour l'avoir rejoint.

Bonne lecture à tous !

# Sommaire

## L'intro

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1

## Grand Un • Autour du droit

### Grand A

Du droit et des hommes

#### Le portrait

*Laurence Idot*

p. 6

### Grand B

Droit de regard

#### Variétés

« Écrire dans les Variétés » –  
D'après Edmond Rostand,  
*Cyrano de Bergerac*, acte II, scène VIII

*Jeanne de Dinechin* p. 13

Photosynthèse : pour un droit  
à l'ensoleillement

*Raphaël Galvao* p. 14

Champions du Monde !

*Antoine Touzain* p. 15

Se faire des films...

*Nathan Allix* p. 17

## Grand Deux • Au tour du droit

### Grand A

Droit sans frontières

Grandes et petites controverses doctrinales  
en droit privé

#### Petit un :

Une introduction aux controverses  
doctrinales en droit privé

*Philippe Malaurie* p. 21

#### Petit deux :

La controverse doctrinale considérée  
en elle-même

*Jean-Pierre Marguénaud* p. 24

#### Petit trois :

Une controverse oubliée : la place  
du raisonnement conceptuel  
dans le Droit

*Pierre-Emmanuel Audit* p. 29

#### Petit quatre :

De l'effet constitutif du jugement  
de condamnation pénale et ses  
conséquences en droit transitoire :  
grande puis petite controverse  
entre Roubier, Merle et Vitu

*Maxime Brenaut* p. 37

**Petit cinq :**  
**Des controverses autour de la réserve héréditaire**  
*Guillaume Drouot* p. 48

**Petit six :**  
**La clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ?**  
*Cécile Pérès* p. 60

**Petit sept :**  
**La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation**  
*Charles-Édouard Bucher* p. 73

**Petit huit :**  
**Regard comparatiste sur la doctrine « concurrentialiste » française**  
*Jean-Christophe Roda* p. 89

**Petit neuf :**  
**À propos d'une controverse contemporaine et persistante : le vol d'informations**  
*Guillaume Beaussonie* p. 99

## **Grand B** **Perspectives**

Contentieux du droit de l'Union européenne

**Petit un :**  
**Le droit de l'Union européenne, soixante ans après : amorce du déclin ou renouveau ?**  
*Fabrice Picod* p. 107

**Petit deux :**  
**Perspectives d'évolution du Tribunal de l'Union européenne**  
*Stéphane Gervasoni* p. 111

**Petit trois :**  
**La Cour de justice de l'Union européenne**  
*Sacha Prechal* p. 118

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Nathan ALLIX**, ATER à l'Université Panthéon-Assas

**Pierre-Emmanuel AUDIT**, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**Guillaume BEAUSSONIE**, Professeur à l'Université Toulouse-Capitole, Codirecteur de l'Institut Roger Merle, Codirecteur du Master 2 DPAPP, IEJUC (EA 1919)

**Maxime BRENAUT**, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas et Chargé de cours à l'Université d'Angers

**Charles-Édouard BUCHER**, Professeur à l'Université de Nantes et Directeur de l'Institut de recherche en droit privé (IRDP)

**Emmanuelle CLAUDEL**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Freya CLAUSEN**, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas et Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

**Maxime CORMIER**, ATER à l'Université Panthéon-Assas

**Jeanne de DINECHIN**, Doctorante contractuelle chargée d'une mission d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

**Guillaume DROUOT**, Professeur à l'Université de Bordeaux

**Raphaël GALVAO**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

**Stéphane GERVASONI**, Président de la neuvième chambre du Tribunal de l'Union européenne

**Laurence IDOT**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Philippe MALAURIE**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Jean-Pierre MARGUÉNAUD**, Professeur à la Faculté de droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges et Membre de l'Institut de droit européen des droits de l'Homme (IDEDH) de l'Université de Montpellier

**Cécile PÉRÈS**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Fabrice PICOD**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et Directeur du Centre de droit européen

**Pierre-Emmanuel PIGNARRE**, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas et Research Fellow à l'Institut Max Planck de droit international procédural (Luxembourg)

**Sacha PRECHAL**, Présidente de la troisième chambre de la Cour de justice de l'Union européenne

**Jean-Christophe RODA**, Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et Directeur du Master 2 Droit des affaires approfondi

**Antoine TOUZAIN**, Doctorant en droit à l'Université Panthéon-Assas

# Grand Un

## Autour du droit

### Grand A

Du droit et des hommes  
le portrait

Laurence Idot

p. 6

### Grand B

Droit de regard  
variétés

« Écrire dans les Variétés » –  
D'après Edmond Rostand, *Cyrano  
de Bergerac*, acte II, scène VIII p. 13

Photosynthèse : pour un droit  
à l'ensoleillement p. 14

Champions du monde ! p. 15

Se faire des films... p. 17

# Grand A : le portrait

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

Pour ce numéro, l'« Homme du droit » est une femme...

## Laurence Idot : une pionnière du droit de la concurrence

Propos recueillis par **Emmanuelle Claudel**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

© Sandrine Roudeix



**E**mmanuelle Claudel. – *Vous avez soutenu votre thèse de doctorat, consacrée au « Contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux » en 1981, sous la direction de Berthold Goldman. Vous faites partie de la première génération d'universitaires, avec Marie Chantal Boutard-Labarde, puis Louis Vogel, à avoir consacré votre recherche au droit de la concurrence. C'était un choix téméraire à l'époque. Avant de nous parler de vous, pourriez-vous nous parler un peu de Berthold Goldman, de ce qu'il vous a apporté ?*

**Laurence Idot.** – Une petite correction. En réalité, nous étions déjà la deuxième génération, voire la troisième. Il ne faut pas oublier les thèses en droit de la concurrence soutenues dans les années 60, en particulier celle de Jean-Bernard Blaise en droit français, ou encore celle d'Odette Loÿ en droit communautaire, ainsi que les très nombreux travaux en droit communautaire ou en droit des affaires qui abordaient par des biais divers le droit de la concurrence. Pour les communautaristes, comme on nous appelait à l'époque, le droit de la concurrence était déjà une matière incontournable. Mais il est vrai que, lorsque j'avais évoqué l'idée de faire une thèse en droit de la concurrence, l'un de mes professeurs, aujourd'hui disparu, m'avait dit : « vous ne serez jamais agrégée avec un tel sujet ». C'était en 1975.

Curieusement, je n'ai pas eu la chance de suivre les enseignements de Berthold Goldman, même lorsque j'ai fait mon deuxième DES en droit public, mention droit communautaire, à Paris I en 1975. À l'époque, soit peu après la loi Faure et l'éclatement de la Faculté de droit de Paris, les enseignements de droit communautaire étaient mutualisés entre Paris I, où Pierre-Henri Teitgen avait créé le Centre universitaire d'études des communautés européennes (CUECE), et Paris II. Le « droit commercial européen » était enseigné par un professeur de Paris II, en général spécialisé en droit international privé.

Berthold Goldman, nouveau président de l'Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (ancien nom de Paris II), venait de reprendre ce cours. C'est ainsi que j'ai commencé à assurer ses travaux dirigés et « l'état-major » de son équipe à Paris I et au CUECE en plus de mon poste d'assistante à la faculté de droit de Paris V, nouvellement créée. Le cumul n'était pas interdit à l'époque... C'était un vrai plaisir de travailler avec lui, car il vous faisait confiance, mais il fallait être très réactif. Le téléphone sonnait souvent à 7 h 30 le matin, car il dormait très peu et avait déjà fait une demi-journée de travail, alors que vous sortiez à peine de votre lit. Une fois les questions matérielles réglées pour l'organisation des travaux dirigés, il n'hésitait pas à aborder des sujets multiples, à parler par exemple de son dernier concert. J'ai le souvenir de quelqu'un qui « pétillait ». Tous les sujets l'intéressaient et je crois avoir plus échangé avec lui sur mes activités extérieures que sur des thèmes purement juridiques.

Encore plus curieusement, Berthold Goldman n'a pas vraiment dirigé ma thèse. Au retour de mon séjour de six mois à l'Université de Michigan comme *research scholar*, je l'ai rédigée d'un seul trait. La première version était terminée depuis quelques mois, lorsqu'il a accepté d'en prendre la direction à la suite de la vacance du directeur initial. Je me souviendrai toujours du jour où je suis allée rue des Saint-Pères – il était alors président du jury d'agrégation de droit privé – pour avoir sa réponse. Il a annoncé devant les autres membres du jury qu'il reprenait la direction et m'a donné immédiatement quatre rendez-vous à un mois d'intervalle pour discuter de chacun des quatre titres. Les rendez-vous n'étaient pas très longs, car il avait tout lu et annoté. Il faisait oralement ses observations et suggestions, mais me laissait entièrement libre des suites à donner. Je lui dois beaucoup. Sans son intervention, je n'aurais pas eu cette carrière, d'autant qu'il a été très présent pendant la phase de préparation du concours, organisant soutenance de travaux, leçons en loge. Malgré ses multiples activités, il était toujours à l'écoute de ses doctorants. Cela a créé des liens entre nous, « les thèses Goldman », comme nous nous appelions à l'époque. Pour le définir, je dirai : rigueur, efficacité, ouverture.

**E.C. – Vous êtes revenue en France en 1988 après avoir été détachée en Côte d'Ivoire à l'issue de l'agrégation. Vous n'avez certainement pas fait de droit de la concurrence : qu'avez-vous retenu de votre séjour ?**

**L.I.** – Une précision importante, je souhaitais partir et je m'y suis énormément plu. J'ai eu du mal à prendre la décision de rentrer, mais il fallait être réaliste : le temps de la coopération était terminé et l'on vivait les dernières années de la présidence Houphouët Boigny. J'ai découvert une autre approche du droit, bien éloignée de celle que nous enseignons à nos étudiants parisiens, d'autres matières qui n'avaient aucun rapport avec mes centres d'intérêt initiaux, comme le droit foncier ou le droit patrimonial de la famille. C'était une excellente école sur le plan pédagogique, car il fallait s'adapter à ses étudiants qui attendaient énormément de nous. Il y avait un tel contraste entre le contenu des cours que nous leur donnions et leur réalité quotidienne. La principale difficulté était l'accès aux sources. L'on ne disposait que des textes bruts de droit ivoirien et, en leur absence, comme en droit des affaires (l'OHADA n'existant pas encore), le droit français antérieur à l'indépendance s'appliquait. Sur tout sujet, il y avait une question préalable de détermination du droit applicable. Les conditions matérielles n'étaient pas toujours idéales, d'autant qu'à l'époque il n'y avait bien sûr pas d'ordinateurs et encore moins Internet. Une année, du fait de l'absence d'électricité pendant la journée à cause de la sécheresse, les cours en amphithéâtre ont eu lieu sans climatisation et sans micro, ce qui était un vrai exercice physique, mais les étudiants, beaucoup plus touchés que nous, restaient très attentifs et silencieux. Ces conditions, que l'on qualifierait aujourd'hui de rudimentaires, avaient des avantages, à la fois pour les enseignants – on était moins prolixe et on réfléchissait davantage avant d'écrire – et pour les étudiants, qui assimilaient le cours d'autant mieux qu'ils étaient habitués à la tradition orale. Le cours en amphithéâtre avait toute sa raison d'être.

J'ai profité de mon séjour pour sillonner, non seulement la Côte d'Ivoire, mais également les pays voisins. Les contrastes entre eux étaient alors saisissants. Lorsque j'ai quitté l'UNCI, la coopération avait en partie porté ses fruits. À mon arrivée début 1983, il y avait un seul professeur ivoirien ; grâce au concours CAMES, qui a débuté précisément en 1983 à Abidjan, ils étaient douze en 1988. La relève était assurée. Malheureusement, la situation politique s'est fortement dégradée ensuite. Certains de

mes collègues ivoiriens ont disparu dans des conditions tragiques et j'ai souvent pensé au sort de mes étudiants. Heureusement, tout semble rentré dans l'ordre aujourd'hui.

**E.C. – *Le droit de la concurrence que vous avez découvert à l'époque était un droit encore adolescent, qui n'allait accéder en France à l'âge adulte, ou presque adulte, qu'en 1986, avec l'adoption de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre. Quel regard portez-vous sur l'évolution de la matière et sur le personnage d'âge mûr qu'il est devenu ? Quelles sont selon vous les lignes fortes de son évolution ?***

**L.I. –** Lorsque j'ai découvert le droit de la concurrence en 1972-1973 avec comme sujet d'examen l'affaire des matières colorantes (soit une série d'arrêts de la CJUE de 1972 dans une affaire d'entente horizontale de fixation des prix, connue pour la définition des pratiques concertées et l'application de l'article 85 du traité de Rome – art. 101 TFUE – à des entreprises extérieures à la Communauté), ce n'était même pas encore l'adolescence. Quant au droit français, il était si embryonnaire que ma thèse n'y consacre que quelques notes de bas de page. La situation a vraiment changé à la fin des années 80. Plus que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, fondamentale bien sûr pour la France du fait la suppression du contrôle des prix, je mettrai en avant l'Acte Unique européen et les conséquences qu'il a eues sur la politique européenne de concurrence. Un premier élan a été pris dans les années 90. C'est l'entrée en vigueur du contrôle européen des concentrations, avec pour double effet l'arrivée des économistes et des grands cabinets d'affaires anglo-saxons, mais également la réalisation du marché intérieur et l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Sur le plan institutionnel, il ne faut pas oublier la création du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, qui a joué un rôle décisif sur un certain nombre de questions procédurales. Les années 2000 ont été bien sûr dominées par la « modernisation » de la politique européenne de concurrence. Là, le droit européen de la concurrence a atteint l'âge adulte et a entraîné dans son sillage le droit français. À vrai dire, chaque décennie marque une étape ne serait-ce que parce l'objet des règles (l'activité des entreprises) est en permanente évolution – nous sommes maintenant confrontés au défi de la numérisation – mais l'entrée dans le <sup>xxi</sup>e siècle demeure à ce jour le fait marquant.

Quant aux lignes fortes, la complexification me semble l'emporter, avec ses aspects positifs mais également négatifs. Si l'on a une approche plus juridique, le maître mot est « modernisation » et ses différentes facettes. Sur le plan substantiel, c'est à dire l'introduction d'une analyse plus économique des comportements et des opérations, je serai mesurée. Avoir des décisions mieux fondées économiquement était bien sûr indispensable, mais il me semble que l'on est passé d'un extrême à l'autre. Les économistes venant à l'appui des avocats, l'on se retrouve souvent avec des démonstrations opposées. De plus, si leur rôle est fondamental dans de grandes affaires de dimension européenne, au niveau national, l'analyse de certains comportements relève davantage parfois du bon sens. L'introduction en droit français du critère du « dommage à l'économie » pour la détermination de la sanction pécuniaire, qui partait d'une bonne idée, a eu de multiples effets pervers. En revanche, l'on manque d'analyses *ex post* des conséquences économiques des décisions adoptées, de même que fait défaut, surtout en France, l'analyse économique en amont des réformes que l'on propose d'introduire. Je pense notamment au titre IV sur les pratiques restrictives, dont je persiste à dire que ce n'est pas du droit de la concurrence, mais un droit de relations commerciales déséquilibrées, qui devrait être intégralement revu dans le sens de la simplification. Malheureusement, une fois de plus, c'est la voie inverse qui est empruntée.

Sur le volet « institutionnel » de la modernisation – la « décentralisation » – c'est-à-dire la plus grande implication des autorités et juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence, je serai très positive. Je suis une ardente partisane du *Réseau européen de concurrence*. Mon jugement n'est peut-être pas totalement objectif, d'abord en raison des conditions dans lesquelles il a été conçu – il n'avait pas été prévu à l'origine, mais est né des discussions avec les différentes parties prenantes et j'ai eu la chance de participer à de nombreux travaux –, mais également en raison de la place que l'Autorité française y a occupé d'emblée grâce à la conviction et à l'action du Président Lasserre. Le travail en réseau est un indéniable succès et le droit de la concurrence devrait servir de modèle pour la construction de l'Union. Je n'hésite pas à dire que le règlement n° 1/2003 est, après

l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, le moment fort du droit français de la concurrence. La réforme de 2008, bien sûr très importante, n'en est qu'une conséquence indirecte.

Je m'exprimerai plus tard sur le deuxième « volet » de la modernisation dite procédurale, à savoir la généralisation des procédures dites négociées, mais en tant que juriste, je ne peux manquer de signaler l'évolution significative qu'ont connu les « procédures concurrences » du fait de la généralisation du principe du respect des droits de la défense et de l'accentuation du contrôle juridictionnel, dont la conséquence visible immédiate est le développement de la motivation des décisions et des arrêts. Là, l'exercice a peut-être atteint ses limites. Certains arrêts interminables du Tribunal de l'Union ne contribuent pas nécessairement à l'amélioration du droit, mais sans doute est-ce dû en partie aux contraintes du recours en annulation, finalement peu adapté à une matière telle que le droit de la concurrence où les faits jouent souvent un rôle décisif. Toutes ces règles de procédure sont désormais relues à la lumière des droits fondamentaux, sans que l'entrée en vigueur de la Charte ait modifié au demeurant les solutions. Les avancées essentielles ont eu lieu dans les années 90.

**E.C. – Le droit de la concurrence et le droit de l'Union ont dès l'abord été à la frontière entre le droit public et le droit privé. Quel regard portez-vous sur cette frontière ?**

**L.I.** – Si la distinction a bien évidemment des justifications, les conséquences que l'on en tire, en particulier dans la formation de nos étudiants et le recrutement des enseignants, sont exacerbées en France. Nos collègues des autres États membres, même ceux qui connaissent la dualité des ordres juridictionnels, ne se posent pas ce genre de problème. Cela tient à notre système de recrutement. Dans ces mêmes colonnes, Didier Truchet regrettait récemment qu'il n'y ait pas une seule agrégation de droit. Je partage tout à fait son point de vue. Le droit de la concurrence relève des deux ; il n'y a pas plus de droit public de la concurrence que de droit privé de la concurrence. Cela étant, comme le champ de l'étude est de plus en plus vaste, chacun privilégie des aspects de la matière en fonction de ses centres d'intérêts et de ses compétences, ce qui peut être légitime aussi longtemps que l'on ne prétend pas introduire des sous-branches et créer des catégories. Les seules distinctions pertinentes sont celles qui sont inhérentes à la matière et sont délimitées par l'objet des règles. La faiblesse de la doctrine en France en droit de la concurrence (nous sommes très peu nombreux par rapport à la situation en Allemagne ou au Royaume-Uni, pour prendre des exemples proches) tient à la fois à cette distinction et aux carcans que nous impose le ministère pour l'organisation des diplômes. À cela, s'ajoute l'obstacle de la langue. Depuis l'élargissement de 2004, l'on ne s'exprime pratiquement plus qu'en anglais. Nos collègues économistes ont beaucoup à nous apprendre pour nous aider à mieux s'insérer dans ce monde dominé par une concurrence internationale à tous les niveaux, y compris universitaire.

**E.C. – Autre frontière : celle qui sépare les disciplines. Votre première recherche fondatrice, votre thèse, était marquée d'un double sceau : celui du droit de la concurrence, on vient de le dire, et celui du droit international privé, qui sont restés vos deux disciplines phares, et souvent lues de manière conjointe. À votre avis, le droit européen a-t-il chassé le droit international privé en droit de la concurrence ? Reste-t-il matière à recherche ?**

**L.I.** – C'est plutôt l'inverse. Le droit international – vous noterez que je dis « droit international » sans spécifier « privé » – a envahi le droit de la concurrence. C'est la conséquence logique de la mondialisation... Les autorités de concurrence sont de plus en plus fréquemment confrontées à des situations présentant des éléments d'extranéité. Pour la Commission européenne, rares sont désormais les affaires limitées au seul territoire de l'Union. Il suffit de regarder les premières décisions de l'année 2018 en antitrust : les entreprises visées sont Qualcomm, Gazprom, et bien sûr Google. Un constat identique peut être opéré pour les actions en réparation du fait des violations de droit de la concurrence, qui relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler « la mise en œuvre du droit de la concurrence dans la sphère privée ». Certes, au sein de l'Union, les questions de compétence internationale et de détermination de la loi applicable sont tranchées en application des règlements de l'Union (« Bruxelles I et I bis », « Rome I » et « Rome II »), mais la méthode et les raisonnements sont ceux du droit international privé.

Le développement actuel de ce type de contentieux ouvre bien sûr un nouveau champ de recherche. De manière générale, il y a trop peu d'études sur les aspects internationaux du droit de la concurrence et plus généralement du droit de la régulation. Cela s'explique notamment par une spécialisation prématurée, qui est accentuée ensuite dans les grands cabinets d'avocats d'affaires. Au début des années 2000, lorsque nous avions ces réunions passionnantes pour débattre du texte qui allait devenir le règlement n° 1/2003 sur la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE, j'avais été surprise de voir comment les fonctionnaires de la Commission et les praticiens avertis découvraient des problèmes de base du droit international et étaient quelque peu désarmés pour proposer des solutions. Il y a beaucoup de pédagogie à faire en ce domaine, mais il est vrai que la présence très importante des Américains dans les enceintes spécialisées ne facilite pas les choses.

**E.C. – Vous avez eu plusieurs vies professionnelles parallèles : enseignante exigeante, auteur prolifique, fondatrice de revues, directrice de comités scientifiques, présidente d'association – l'AFEC –, membre respecté du collège de l'Autorité de la concurrence... Seule la première fonction a pris fin il y a quelques mois. Comment fait-on pour concilier toutes ces activités ?**

**L.I. –** Non seulement beaucoup de collègues font beaucoup plus que moi, mais je n'ai aucun mérite, car toutes ses activités sont très étroitement liées et s'enrichissent mutuellement. Être obligée pour la revue *Europe* de faire le point tous les mois de l'actualité en droit de la concurrence m'a par exemple énormément aidée pour la préparation des cours et séminaires. Le rythme mensuel m'a imposé une discipline. Pour l'Autorité, je ne suis que membre non permanente, même si j'ai une position un peu privilégiée par rapport à d'autres. L'activité est variable. Elle a été relativement intense pendant mon premier mandat, avec des affaires passionnantes. Elle a un peu baissé ces derniers mois. Là encore, on apprend, on met en pratique, on voit quels sont les problèmes concrets qui se posent, ce qui permet d'identifier de nouveaux thèmes de recherche. C'est tout l'intérêt de notre profession de pouvoir mêler ces différents aspects.

**E.C. – Je viens de mentionner vos diverses « casquettes » : vous analysez et faites avancer le droit à travers vos écrits et participations à colloques ; vous le transmettez aux générations futures à travers vos enseignements ; vous encouragez sa diffusion à travers vos activités de directrice scientifique ; vous appliquez le droit à l'Autorité de la concurrence. Laquelle ou lesquelles vous ont le plus apporté, ou passionnée, ou épuisée, ou frustrée ? Si l'on devait vous caractériser que par une seule, laquelle préféreriez-vous porter ?**

**L.I. –** La question est pour le moins difficile et délicate d'autant que la réponse doit être publiée dans la revue de l'Université. Toutes les activités m'ont bien sûr beaucoup apporté, surtout sur le plan humain. Pour l'enseignement, si je fais le bilan, je crois que ce sont les cours de droit international privé que j'ai préféré assumer, mais j'ai cessé il y a longtemps... J'aimais particulièrement ce moment où je voyais au bout de quelques heures, parfois quelques semaines, le déclic dans le regard de certains étudiants. Ils avaient enfin compris la logique et appréciaient le raisonnement. J'ai toujours essayé d'avoir une approche très méthodique et juridique du droit de la concurrence en montrant précisément que c'était aussi du droit et pas seulement de l'économie. J'ignore si j'y suis parvenue, car c'est un peu à contre-courant. Globalement, ce sont malgré tout les activités dites de recherche que je préfère, sans doute parce que c'est là où je suis le plus libre, y compris sur le plan matériel. Dans notre matière, je regrette qu'il n'y ait pratiquement pas de colloques universitaires au cours desquels chaque intervenant présente le fruit d'un véritable travail de réflexion. Là, je suis vraiment frustrée. En droit de la concurrence, l'on est souvent trop dans l'actualité, dans la recherche du « scoop ».

**E.C. – Que vous a apporté votre présence à l'Autorité de la concurrence et que pensez-vous avoir apporté à cette institution en tant que juriste universitaire ? Avez-vous pu sentir quelquefois votre parole ou votre liberté de plume contraintes ?**

**L.I. –** Pour un universitaire, voir fonctionner de l'intérieur une institution sur laquelle on travaille est bien évidemment passionnant, même si le statut des membres non permanents est quelque peu par-

ticulier. Il n'est pas certain que ce modèle, relativement isolé (seule la Belgique a un système proche) pourra perdurer longtemps, d'autant que les contraintes de plus en plus lourdes qui pèsent sur les membres pour éviter les conflits d'intérêts (par ex., les déclarations à la HATVP) vont rendre le recrutement de personnes compétentes et disponibles délicat. Mon deuxième mandat vient bientôt à expiration et il n'est plus renouvelable, ce qui me permet de commencer à dresser un bilan. Les aspects positifs l'emportent largement. Premier apport : le travail est très diversifié et l'on apprend beaucoup de choses sur le fonctionnement de secteurs très variés. Certains sont plus faciles à appréhender que d'autres. Plus que les avocats (la procédure est d'abord écrite), il est intéressant d'entendre les chefs d'entreprise, qui sont parfois excellents pour défendre leur position. Les séances peuvent comporter des moments amusants, surtout lorsqu'on nous apporte des produits. Je me souviens d'une séance sur la vente en ligne où nous avons eu droit à un présentoir de produits cosmétiques dits de luxe pour tenter de nous convaincre qu'ils ne pouvaient être vendus sur Internet... Le résultat a été inverse. Deuxième apport : la découverte de la collégialité. Les échanges au sein du collège ont toujours été très riches, car les profils des membres sont très divers. Comme vous le savez, nous fonctionnons en section et chaque membre non permanent est en principe rattaché à deux sections, chacune sous la responsabilité d'un vice-président. Dans les limites imposées par le cadre juridique, le mode de travail peut être différent compte tenu de la personnalité et de la formation du vice-président. C'est très enrichissant.

Dans tous les cas, chacun peut apporter sa pierre à l'édifice. Quelle a été la mienne ? Sans doute le souci constant d'être en ligne avec la jurisprudence de la Cour de Justice et la connaissance de cette dernière, mais je dois reconnaître que j'ai toujours été plus à l'aise dans la fonction contentieuse que consultative. Y a-t-il des aspects négatifs ou des évolutions que je regrette ? Le développement des procédures dites négociées, s'il présente des avantages en termes d'efficacité, a entraîné une perte de substance – ce qui pose un vrai problème – et une diminution du rôle du Collège, ce qui est moins gênant mais conduit à s'interroger sur la pertinence du modèle institutionnel. Dans certaines affaires, nous avons l'impression de n'être là que pour débattre du montant de l'amende, d'où l'expression « d'amendologie » que j'ai utilisée dans un autre cadre. La nouvelle procédure de transaction atténue il est vrai ces discussions, mais le rôle du Collège en sort encore plus diminué. L'accroissement de l'écart entre les PME et les grandes entreprises est un autre point sur lequel je suis réservée. De fait, en raison de la complexification de la matière, la défense n'est pas assurée dans les mêmes conditions. Le droit de la concurrence (au sens européen et international du terme) reste très parisien, comme au demeurant d'autres disciplines.

Quant à la dernière question, les propos précédents montrent, je l'espère, que j'ai toujours conservé ma liberté de parole. Compte tenu de mes activités éditoriales, j'avais eu l'occasion d'aborder le sujet avec le Président Lasserre avant ma nomination en 2009 et il n'y a jamais eu de difficulté. Cela étant, lorsque vous acceptez d'entrer dans une institution, il y a des règles élémentaires à respecter.

### ***E.C. – Curieusement, vous avez dirigé peu de thèses. Est-ce un choix ? L'expression d'une très/trop grande exigence ?***

**L.I.** – C'est exact, j'ai fait soutenir peu de thèses – j'ai bon espoir d'en faire soutenir plusieurs dans quelques semaines –, mais j'ai donné beaucoup de sujets. Ce n'est nullement un choix, sans doute en partie le résultat d'une trop grande exigence. Les thèses de « mes » docteurs sont presque toutes de véritables sommes, même si cela n'a jamais été une demande de ma part. D'autres éléments sont à prendre en compte, notamment le fait que la matière n'a pas la réputation d'être « porteuse », du moins pour l'agrégation de droit privé. Ce n'est toutefois pas le facteur le plus important. De nombreux bons étudiants décident de ne pas s'orienter vers une carrière universitaire, car ils trouvent très vite des emplois intéressants. S'ils débute une thèse, en l'absence de contrat doctoral, ils arrêtent assez vite. La plupart sont avocats dans les départements spécialisés des grands cabinets internationaux. J'ai également beaucoup d'anciens étudiants dans les autorités de concurrence, à l'Autorité bien sûr, mais également dans les institutions européennes, Commission et Cour de Justice. Beaucoup enseignent de manière parallèle et publient. La transmission est donc assurée.

**E.C. – *Avouons-le, nous avons un autre regret : que l’auteur de référence que vous êtes, notre femme-bible en droit de la concurrence, n’ait pas rédigé l’ouvrage-bible. Pourquoi n’avoir jamais rédigé un manuel, bien plus, un traité en droit de la concurrence, signé de votre seule plume ?***

**L.I.** – Ne faites pas la remarque à certains éditeurs. Ils m’en veulent à juste titre, car j’ai signé des contrats que je n’ai pas tenus. J’avais fait il y a vingt ans une introduction qui faisait déjà plus de 80 pages... À ce rythme, j’étais partie effectivement pour rédiger un traité, mais je n’ai jamais eu assez de temps : le rythme des cours et des revues l’emportait. Sans doute ai-je accepté également trop de colloques et de missions d’enseignement à l’étranger. Il aurait fallu que je me consacre presque intégralement à ce projet et surtout que je renonce à mes activités non juridiques, ce qui était exclu... Peut-être serai-je plus disponible maintenant. Nous sommes arrivés à un stade où un ouvrage introduisant des éléments d’histoire du droit de la concurrence dans l’Union pourrait être utile, car je suis souvent surprise de constater que certains jeunes professionnels, au demeurant beaucoup plus compétents que moi sur certains aspects, en particulier l’analyse économique, ignorent de vieux arrêts ou décisions qui pourraient être tout à fait pertinents pour trancher les difficultés.

**E.C. – *Un dernier mot, Laurence : vos étudiants connaissent votre érudition en droit de la concurrence, votre rigueur scientifique, la force de votre pensée. Ils vous admirent et vous redoutent un peu. Mais il est une facette de votre personnalité qu’ils connaissent moins : combien savent que vous êtes une baroudeuse, navigatrice, pilote d’avion et d’ULM ? Que vous ont apporté ces activités extra-professionnelles ?***

**L.I.** – Ouvrir l’esprit et satisfaire ma curiosité de l’autre pour les voyages bien sûr, l’autonomie, le sens des responsabilités et le travail en équipe, mais également des amis dans des secteurs d’activité et des domaines très différents. J’ai eu la chance de pouvoir faire des choses qui sont impossibles aujourd’hui, notamment pour des raisons politiques, comme la remontée d’Abidjan en France via le Burkina-Faso, le Niger, l’Algérie. Ces activités sont indispensables à mon équilibre. Je ne travaille bien que si j’ai une activité extra-professionnelle régulière.

# Grand B :

## variétés

### « Écrire dans les Variétés » – D’après Edmond Rostand, *Cyrano de Bergerac*, acte II, scène VIII

**Jeanne de Dinechin**

Doctorante contractuelle chargée d’une mission  
d’enseignement à l’Université Panthéon-Assas

– Si tu laissais un peu ton âme de thésard  
Écris dans la *RDA* : l’humour et la gloire !  
– Et que faudrait-il faire ? Choisir un sujet ?  
Tenter de lui trouver un quelconque intérêt ?  
Tel le mauvais poète qui se croit un génie,  
N’écrire que des vers qui frisent l’infamie ?  
Ou proposer aux membres de la rédaction  
Un texte plein d’ennui et terriblement long ?  
Non, merci ! Profiter d’un moment d’insomnie ?  
S’arracher les cheveux durant toute la nuit ?  
Massacrer sans pitié le pauvre alexandrin ?  
Chercher les douze pieds et les compter, en vain ?  
Imposer de force césure aux hémistiches ?  
Faire d’un « e » muet un lâche outil de triche ?  
Non, merci ! Divertir, se changer en bouffon ?  
Proposer bêtement des vers de mirliton ?  
Tenter, comme ils le font, d’amuser le public,  
Avec un ridicule empreint de pathétique,  
Dans l’espoir de voir, aux lèvres des rédacteurs  
Naître un sourire, enfin qui ne soit pas moqueur ?  
Non, merci ! Se tourmenter à toujours chercher  
Et constater qu’on n’a pas l’ombre d’une idée ?  
Non, merci ! Corriger la ponctuation  
Et à la moindre erreur, porter attention ?  
Revoir la syntaxe et s’armer d’un Bescherelle ?

Pour un texte entier bon à mettre à la poubelle ?  
Relire l’orthographe et la prose banale,  
Se dire avec dépit : « Mon Dieu, que j’écris  
mal ! » ?  
Non, merci ! Procrastiner, avoir peur, déplaire,  
Aimer mieux faire un poème qu’un commen-  
taire ?  
Choisir le chemin que tous les doctorants fuient :  
Interrompre la thèse et lâcher les copies ?  
Non, merci, non, merci, non, merci ! Mais...  
chercher,  
Rêver, lire, penser, préparer les TD,  
Se plonger dans les codes, étudier la doctrine,  
De la vie du chercheur, accepter la routine,  
Corriger des copies pendant des jours entiers,  
Contempler sans espoir la page immaculée,  
Penser sans cesse au plan qu’on tente de  
construire,  
Regarder les lectures requises et se dire :  
« Mon petit, sois satisfait de chacun des signes  
Qu’avec ton marqueur patiemment tu surlignes »  
Ne pas perdre de temps à écrire des bêtises,  
Que le droit t’enchanté et la thèse te suffise ;  
Ne pas perdre de temps en exercice de style,  
Ne pas s’amuser beaucoup, mais sans inutile !

# Photosynthèse : pour un droit à l'ensoleillement

**Raphaël Galvao**

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

L'été, l'étudiant l'aura remarqué, commence à poindre. Le soleil darde enfin des rayons chaleureux sur les pavés de la rue Soufflot et l'on peut, sans craindre le rhume ou la bronchite, prendre sa pause-café sacerdotale en extérieur. De ces pauses ensoleillées précisément, il sera question. Que l'on flâne au Luxembourg, sur la place du Panthéon ou même au Patio du centre Assas, les climats radieux qui s'augurent promettent, dans le même temps, de rallonger indéfiniment nos moments de plein air. Or, la période coïncide fâcheusement avec les échéances de la fin de semestre toute proche : partiels, stages, mémoires, etc. Ainsi, alors même que le retour des beaux jours s'annonce, l'étudiant, lui, ne pourra en profiter sans culpabiliser.

Rien pourtant de plus plaisant que de lézarder au soleil, à l'occasion d'une promenade ou d'une pause en terrasse. Le soleil est, semble-t-il, directement corrélé au bien-être et diminue le stress. Il réduirait même la tension artérielle<sup>1</sup> ! Comment justifier alors qu'à l'époque la plus agréable de l'année l'on doive, je doive, être au paroxysme de ma productivité académique ? Au moment où la bonne humeur fait son retour, au sortir de la grande noirceur hivernale, l'on exige de moi d'être le plus studieux. Pour un droit à l'ensoleillement ! J'estime qu'il augmentera, en même temps que mon entrain, ma créativité intellectuelle<sup>2</sup> : travailler moins pour travailler mieux, l'équation semble idéale. À l'instar des végétaux, l'étudiant doit faire sa photosynthèse, et transformer les rayons du soleil en carburant pour

l'esprit. Le moral au zénith, il n'en sera que plus heureux de le mettre au service de ses révisions. Prenez donc des pauses dans la cour d'honneur ou le Patio, profitez de toutes les occasions pour traverser au rythme de vos rêveries solitaires le Luxembourg ou le Jardin des Plantes...

À l'heure même où j'écris ces lignes, le doute m'assaille toutefois. Et si les beaux jours ne rimait qu'avec oisiveté ? Comment mesurer avec certitude la causalité entre taux d'ensoleillement et efficacité retrouvée<sup>3</sup> ? Et si l'été, au lieu d'encourager le retour au dehors, ne devrait pas plutôt conduire l'étudiant à s'enterrer encore plus profondément, s'immerger dans les abîmes d'une bibliothèque troglodyte pour ne pas laisser la tentation l'effleurer ? Alors même que ces questions me taraudent, je quitte un instant la clarté aveuglante de la place du Panthéon pour un trottoir ombragé de la rue Valette. Soudain, la solution m'apparaît, le compromis idéal : j'irai m'installer, à la bibliothèque, sous le jour d'une fenêtre ou d'une grande baie vitrée. À proximité d'une croisée entrouverte, je pourrai profiter du beau temps en même temps que me consacrer à mes tâches universitaires. Le sourire me revient, je trouve l'emplacement adéquat, m'étire de contentement et allume mon ordinateur. Mais, à l'instant où j'ouvre mon fichier « *Mémoire.docx* » et que je consulte, dans le même temps, le calendrier de mes examens, voilà que de nouveau le ciel s'assombrit...

Paris, le 15 avril 2018

- 
1. D'après une étude de l'Université de Southampton : <https://www.southampton.ac.uk/news/2014/01/20-the-sun-to-lower-your-blood-pressure>
  2. Pour un aperçu historique et philosophique de l'opposition entre loisir(s) et travail : P. Thierry, « Loisir et loisirs », *Hermès, La Revue*, 2015, vol. 71, p. 182-188.
  3. Une étude américaine s'est attelée à comparer le taux d'ensoleillement dans des classes élémentaires et leurs résultats scolaires, et a démontré dans un district de Californie que les élèves de la salle la plus ensoleillée progressaient 20 % plus vite en mathématique et 26 % plus vite en lecture que les autres (Heschong Group, « *Daylighting in Schools : an investigation into the relationship between daylighting and human performance* », 20 août 1999).

# Champions du monde !

Antoine Touzain<sup>1</sup>

Doctorant en droit à l'Université Panthéon-Assas

**D**epuis le 15 juillet 2018, c'est officiel : le coup de vieux des universitaires en raison de l'arrivée en première année d'étudiants n'ayant jamais connu de victoire de l'équipe de France à la Coupe du Monde de Football peut cesser<sup>2</sup>. La France a remporté sa deuxième étoile et rapporté le trophée transalpin dans le pays natal de la compétition<sup>3</sup>. Cette dernière a aussi été l'occasion de redéfinir, l'espace d'un mois, diverses notions juridiques. Petit abécédaire.

**Abandon de famille.** Parfaitement justifié, même le dimanche midi, y compris lorsque la finale est à dix-sept heures.

**Abandon de poste.** Parfaitement justifié, même en cabinet d'avocats (pour les associés).

**Absence.** V<sup>s</sup> Adrien Rabiot ; Italie ; Karim Benzema.

**Acquêt de communauté.** Qualification retenue pour la Coupe du Monde. Qualification exclue quant aux primes des joueurs.

**Action *ut singuli*.** Quand elle est faite par Mbappé, personne ne s'en plaint.

**Actions possessoires.** Supprimées en droit français en 2015. Maintenues en droit belge.

**Aliments.** Gras, salé, sucré.

**Arbitrage.** Mode de règlement des différends. Il s'agit d'un mode alternatif : il est également possible de recourir à la vidéo (ce mode est particulièrement apprécié de l'équipe de France). Présente des inconvénients divers : il manque d'autorité vis-à-vis des supporters, et fait l'objet d'une publicité bien plus forte que les modes étatiques de règlement des conflits.

**Auteur moral.** V<sup>o</sup> Didier Deschamps.

**Brexit.** Demi-finale de Coupe du Monde.

**But.** *Contra* Giroud.

**Complice.** V<sup>o</sup> Mario Mandžukic.

**Contrat aléatoire.** En dépit de l'absence d'aléa subjectif ou objectif, les paris sur la victoire de l'équipe de France n'ont pas été annulés.

**Déchéance.** V<sup>o</sup> Allemagne.

**Défense au fond.** V<sup>o</sup> N'golo Kanté.

**Délivrance conforme.** Survenue le 15 juillet 2018 aux alentours de 18 heures 45.

**Devoir de réserve.** *Contra* Adrien Rabiot.

**Dilatatoire.** Très discutable lorsqu'est pratiqué par le Portugal en finale de l'Euro 2016. Tout à fait légitime quand pratiqué pendant la demi-finale de la Coupe du Monde 2018.

**Doyen.** Adil Rami.

**Excès de vitesse.** 36 kilomètres par heure en zone piéton.

**Fin de non-recevoir.** V<sup>o</sup> « Italie ».

**Force majeure.** Frappe de Pavard : imprévisible, irrésistible et de l'extérieur... de la surface.

**Gardien.** Personne qui a une maîtrise complète de la chose (sauf à la 69<sup>e</sup> minute de la finale de la Coupe du Monde, mais l'absence de préjudice empêche la naissance d'une quelconque obligation de réparation).

**Incapacité.** Reconnu comme un état général sur tout le territoire français le 16 juillet 2018.

**Insulte.** Catégorie à caractère changeant : pour le terme « bâtard », V<sup>o</sup> Récompense.

**Mainlevée.** Quand elle est de saisie, agréable. Quand elle est d'Umtiti, sanctionnable.

**Moyen de défense.** V<sup>s</sup> Lloris ; Hernandez ; Varane ; Umtiti ; Pavard ; Kanté<sup>4</sup>.

1. Merci à Nathan Allix et Maxime Cormier pour leur contribution à cet abécédaire.

2. Reste en revanche le coup de vieux lié à l'accueil d'étudiants nés dans un autre millénaire que leurs enseignants qui, lui, risque d'être difficile à éviter.

3. Le trophée « Jules Rimet », du nom du Français à l'origine de la compétition, ayant été conservé par le Brésil après sa troisième victoire en 1970, par une forme d'usucapion triennale qui n'est malheureusement plus applicable pour le trophée réalisé par l'italien Silvio Gazzaniga.

4. Sur certains matchs, *adde* Matuidi, Pogba, Griezmann ; Mbappé ; Giroud.

**Non-droit.** Tir d'Olivier Giroud.

**Nullité.** V° France-Danemark.

**Possession.** Permet parfois d'acquérir la propriété. Ne permet pas toujours de gagner la Coupe du Monde<sup>5</sup>.

**Préjudice d'impréparation.** *Contra* Équipe de France.

**Prestation compensatoire.** 63,6 % de possession contre le champion du Monde en demi-finale.

**Privilège.** Reconnu à certains prêteurs : celui du canapé ou même du carrelage.

**Purge.** V° France-Danemark.

**Saisie-attribution** (au sens médiatique). Emmanuel Macron.

**Servitude de passage.** Défense du Brésil en demi-finale de la Coupe du Monde 2014. *Contra* défense de l'Équipe de France pendant toute la Coupe du Monde 2018.

**Simulation.** Neymar<sup>6</sup>.

**Société créée « de fête ».** Mise en commun de ressources (généralement non monétaires mais alimentaires) en vue de l'accomplissement d'un objectif (supporter).

**Système.** Magic... à défaut d'être juridique.

**Traitement inhumain et dégradant.** V° France-Danemark.

**Trouble anormal de voisinage.** Caractérisé en cas de connexion internet plus rapide que celle des voisins (le préjudice étant la perte de chance de découvrir un but de Paul Pogba).

**Ultra petita.** N'golo Kanté (pour son dépassement de fonctions pendant toute la compétition, évidemment).

**Uniforme.** Toujours pas en vente...

**Vacance.** Italie.

**Victimes.** Australie; Pérou; les spectateurs de Danemark-France; Argentine; Uruguay; Belgique; Croatie.

---

5. Même en droit belge.

6. Mais pas Mbappé à la fin de France-Belgique, la faute était très claire.

# Se faire des films...

Nathan Allix

ATER à l'Université Panthéon-Assas

**A**lors que les jours déclinaient, que les premiers frimas s'installaient, des doctorants, cherchant un instant de réconfort, voulaient regarder un film<sup>1</sup>. Ils avaient oublié que pour qui étudie le droit, il n'est d'échappatoire : vous ne pouvez pas vous cacher, il n'est pas de vie dans le non-droit...

« – On n'y passe pas trois heures si tu veux bien ! On décide vite et on choisit un film une fois pour toutes.

- Ça marche. Franchement, je m'en fiche un peu. Choisis ce que tu veux du moment que ça ne parle pas de droit.
- *Le Seigneur des Anneaux* alors ? Au moins on sait à quoi s'attendre et puis tu n'as pas un seul moment qui fasse penser à du droit.
- Tu plaisantes ? Ça me rappelle beaucoup trop les cours de droit administratif !
- Mais qu'est-ce que tu racontes ? ! *Le Seigneur des anneaux*, le film qui se passe dans un monde médiéval fantastique, ça te rappelle le *GAJA*, le *Recueil Lebon* et consorts ?
- Évidemment ! Tu as vu « Les deux tours » ? Durant la bataille du gouffre de Helm, Aragorn lance Gimli au-dessus d'un gouffre ! C'est littéralement un lancer de nain !
- ... Tu sais que tu as des problèmes ? Et puis c'est Gimli qui lui avait demandé : « Je ne peux pas sauter aussi loin, alors lancez-moi ... mais ne dites rien à l'elfe ». Tu te prends la tête pour rien.
- Dans *Morsang-sur-Orge* aussi le nain était consentant si je ne m'abuse ! Bon, après, je ne pense pas que Théoden ait pris un arrêté de police administrative pour interdire cette pratique.
- Ok, laisse tomber. *Les visiteurs* ? Ce n'est pas super fin, mais c'est toujours rigolo.

- Tu ne t'es jamais demandé en regardant ce film si les règles applicables à la déclaration d'absence jouaient ? Je veux dire, le Comte de Montmirail n'est jamais mort, il a juste disparu pendant neuf siècles. Du coup, ne peut-on pas appliquer l'article 129 du Code civil aux biens qui subsisteraient ou est-ce que tu penses qu'il y a une prescription acquisitive de propriété ? Oh, et je ne te parle même pas des questions d'application de la loi dans le temps !
- Je suis certain de ne pas vouloir me poser la question en tout cas ! Un Disney ! Un Disney c'est bon, pas vrai ? Il n'y a pas de questions juridiques dans un Disney !
- C'est vrai que je ne pense pas qu'on puisse appliquer l'article 521-1 du Code pénal<sup>2</sup> au prince Éric, même si Ariel était à moitié poisson au début. Il reste toute de même à trancher toutes les questions liées au statut juridique des animaux. Par exemple est ce que ce Scar a commis un meurtre sur Mufasa ? Enfin, dans Disney, le vrai problème c'est quand même *Le bossu de Notre-Dame* : tu te rends compte du nombre d'infractions perpétrées par Frollo ? Tu trouves même une vidéo sur Youtube qui les liste<sup>3</sup> !
- J'ai compris, tu as véritablement décidé d'être insupportable. Bon... alors... *Harry Potter* ?
- Par où commencer ? Il y a la question de la condition des elfes de maison, des créatures magiques douées d'intelligence et de parole, la problématique de la mise en danger de jeunes enfants par un directeur d'établissement qui les laisse affronter seuls un tueur psychopathe, sans parler des difficultés à savoir si les *animagus* sont des personnes ou des « êtres vivants doués de sensibilité ». Sur-

1. L'auteur de ces lignes précise qu'il s'agit ici d'une pure fiction et souhaite ajouter, au cas où son directeur de thèse lirait cet article, qu'il consacre l'intégralité de ses journées, nuits et jours fériés à la rédaction de son prochain chapitre.

2. « Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices [...] de nature sexuelle, [...] envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

3. LinkstheSun, « Point culture : les méchants Disney », 26:56 [https://www.youtube.com/watch?v=VA2dwHMXXyw].

tout, j'allais les oublier, les baguettes ! Ah, ne me lance pas sur les baguettes<sup>4</sup> !

- Non on n'en parle pas des baguettes ! Je ne sais pas... *Moi, moche et méchant* ?
- Tu ne trouves pas le traitement réservé aux Minions très perturbant ? Ils travaillent jour et nuit, sans rémunération pour leur maître, on dirait vraiment du servage. Certes ils y consentent puisque leur but unique est de servir un génie du mal, mais ça ne rend pas la pratique plus légale ! À moins de considérer que ce ne sont pas des personnes, mais là encore je pense qu'on est au-delà de l'article 515-14 du Code civil...
- ... Tu sais quoi, je ne vais même plus essayer d'argumenter. Que dis-tu de *Fast and Furious* ? C'est de l'action pure et simple, aucune réflexion.
- Pourtant, il y a lieu à réflexion ! *Quid* de toutes les infractions évidentes au Code de la

route ? Je ne peux pas les voir sans penser aux implications au sens de la loi Badinter.

- Tu devrais consulter tu sais... et pas au sens juridique. Bon, le *Truman Show* ?
- C'est encore pire ! Tu penses à toutes les violations des libertés fondamentales de ce pauvre Truman ? Filmé et conditionné depuis le berceau, sans y avoir consenti (à son âge en même temps...), que fait-on de l'article 9 du Code civil ? En plus on ne lui accorde même pas la liberté d'aller et de venir, ses déplacements sont limités aux quelques kilomètres-carré du plateau de l'émission...
- Un film plus sombre alors ? *Orange Mécanique* ? *Minority Report* ?
- Mais bien sûr... tu ne veux pas qu'on fasse une thèse sur les mesures de sûreté non plus<sup>5</sup> ? Si tu veux on s'y met tout de suite, d'ici cinq ou six ans on devrait avoir terminé !
- Ça va, j'ai compris... On regarde *Suits* ?
- On regarde *Suits* ! »

4. Sur cette question, v. A. Touzain, « Le statut des biens magiques dans Harry Potter », in *Harry Potter et le Droit* (<https://harrypotteretledroit.wordpress.com/articles/statut-biens-magiques/>), spéc. n° 11.

5. M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas, dir. Ph. Conte, soutenue le 5 déc. 2016, n° 1.

# Grand Deux

## Au tour du droit

### Grand A

#### Droit sans frontières

Grandes et petites controverses doctrinales en droit privé

#### Petit un

Une introduction aux controverses doctrinales en droit privé p. 21

#### Petit deux

La controverse doctrinale considérée en elle-même p. 24

#### Petit trois

Une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel dans le Droit p. 29

#### Petit quatre

De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu p. 37

#### Petit cinq

Des controverses autour de la réserve héréditaire p. 48

#### Petit six

La clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ? p. 60

#### Petit sept

La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation p. 73

## Petit huit

Regards comparatistes sur la doctrine  
« concurrentialiste » française p. 89

## Petit neuf

À propos d'une controverse  
contemporaine et persistante :  
le vol d'informations p. 99

# Grand B

---

## Perspectives

Contentieux du droit de l'Union  
européenne

## Petit un

Le droit de l'Union européenne,  
soixante ans après : amorce  
du déclin ou renouveau ? p. 107

## Petit deux

Perspectives d'évolution du Tribunal  
de l'Union européenne p. 111

## Petit trois

La Cour de justice  
de l'Union européenne p. 118

# Petit un du Grand A :

## une introduction aux controverses doctrinales en droit privé

### Une introduction aux controverses doctrinales en droit privé

Philippe Malaurie

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**J**e remercie la *Revue de droit d'Assas*, mon Université (j'ai été étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Paris, la mère au prestigieux passé de Paris II, depuis octobre 1943) de me faire l'honneur de présenter son « dossier » sur les controverses doctrinales en droit privé. C'est un grand et beau sujet car nous sommes là au cœur du droit. La controverse, c'est le contre, le « mouvement opposé »<sup>1</sup>, c'est la contestation, la querelle, ce qui, tout à la fois, construit et désorganise la société, la raison d'être du droit. Jean Carbonnier l'avait résumé en un seul mot : « Le principe du contradictoire *consubstantiel* de la notion de procès »<sup>2</sup> et, de « *consubstantiel* », on peut faire plusieurs variations, un peu comme les *Variations Golberg* de Jean-Sébastien Bach : la querelle, consubstantielle du droit, le procès, consubstantiel du droit, le débat, consubstantiel du droit, la contestation, consubstantielle du droit, la controverse, consubstantielle du droit. La conclusion est simple : pas de droit sans controverse.

Ne nous emballons pas : la controverse est sans doute au cœur du droit, mais il y a d'autres réalités humaines qui le sont également (I) et il faut donc contester la controverse : elle a du bon, mais également du mauvais (II).

**I.** – Au cœur du droit, il y a toutes sortes de réalités fondamentales, parfois indiscutables et indiscutées, parfois sujettes à controverse et entre lesquelles on a tenté depuis des siècles d'établir une hiérarchie. La justice (le droit est fait pour l'assurer), le droit naturel (aujourd'hui appelé « les valeurs fondamentales », on dit aussi, mais moins souvent, avec le charme très discret de la logique abstraite, la « fidélité aux principes »), la raison (« le bon sens est la chose du monde la mieux partagée », première ligne du *Discours de la méthode*, profession de foi universelle, à tout moment et en tout lieu démentie). Il y a aussi la force exaltée par Lhering : « Le droit est la politique de la force »<sup>3</sup>, ce

1. F. Gaffiot, *Dictionnaire latin-français*, v° *Controversia*.

2. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002, 27<sup>e</sup> éd., n° 28.

3. R. von Lhering, *L'évolution du droit*, 1892.

qui a une drôle de résonance pour un Français qui, comme moi, a connu la deuxième guerre mondiale et les crimes du nazisme exaltés pour un culte de la force. « La force prime le droit » avait prophétisé Bismarck (1863). Ou bien, autre cliché, très répandu : le droit, c'est l'histoire : « Avant d'être un phénomène moral, culturel, économique, rationnel, social ou politique, le droit est un phénomène historique »<sup>4</sup> ; c'est aussi ce que disait Ihering : « Le sentiment de droit n'est pas inné, mais acquis en fonction du milieu historique ». Mais c'est aussi ce que dément Goethe : « Malheur à toi d'être né petit-fils ! ». Autre réalité fondamentale : le but ; ce qui fonde le droit c'est son but. Pas de droit s'il n'a pas une finalité, ce qui en fait un acte raisonnable et rationnel. Pas de droit non plus sans nation et sans patrie. Martin l'avait dit du droit international privé en une phrase flamboyante : « Le droit international privé n'est pour moi que la forme juridique de l'idée de patrie »<sup>5</sup>, ce qu'aujourd'hui contestent avec véhémence les mondialistes et les apôtres du droit européen.

Il y a aussi une multitude d'autres notions « fondamentales » du droit qui conduisent à la très complexe richesse du droit : le climat (comme Montesquieu et les écologistes contemporains), la volonté sociale (le « contrat social » de Jean-Jacques Rousseau), l'expérience (chère à la *Common Law*), la coutume (mais il y a de « mauvaises coutumes »), l'ennui (ce fut un des moteurs de mai 1968 en France : « La France s'ennuie »), le combat contre les prédateurs (Hésiode, *Les travaux et les jours*, VII<sup>e</sup> av. J.-C., où s'affrontent la justice et la démesure (*l'ubris*) : « Le fils de Cronos (Zeus) a institué pour les hommes une loi, tandis que pour les poissons, les bêtes sauvages et les oiseaux de proie, il a établi celle de se manger les uns les autres »).

Ces diverses réalités fondamentales peuvent se contredire, d'où naît une tension permanente, la richesse et la misère de la vie humaine, d'incessants conflits, de constantes controverses, affinant souvent l'esprit humain. Le droit naît de la lutte entre ces antinomies, et les antagonismes font naître aussi des compromis pacifiants. Toute vie sociale est un affrontement permanent : entre le bien et le mal, les hommes et les fem-

mes, les vieux et les jeunes, la société et les individus, les riches et les pauvres, les maîtres et leurs subordonnés, etc. Le rôle du droit est de concilier les opposés, d'assurer le *Concordia discordantium* selon le titre même (un bel intitulé) du *Décret* de Gratien, œuvre majeure du droit canonique médiéval (v. 1140). Concilier l'inconciliable. C'est une œuvre pacifiante, ce que précisément cherche le droit.

**II.** – Pourtant, de la controverse ne naît pas toujours un bien. Une cruelle image en a été donnée au <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle par Buridan (un philosophe scolastique) dont l'âne légendaire, ayant faim et soif, se trouvant à mi-chemin devant une botte de foin et un seau d'eau, ne parvint pas à choisir. Il en mourut, de faim et de soif. La controverse mène, si on ne la résout pas, à l'inaction, et l'inaction fait mourir.

Le même thème se retrouve dans la première bande dessinée française, celle de Christophe (Colomb) : *La famille Fenouillard, Le Savant Cosinus. Le Sapeur Camember* (1890-1898) était un bidasse pas très futé (nous sommes au lendemain de la défaite de 1870 et l'esprit de revanche donne à l'armée française une importance majeure dans les mentalités). Le sapeur apprend qu'il se passe quelque chose dans la famille du Colonel ; il demande à sa bonne amie Mamzelle Victoire, servante chez ledit Colonel, ce qu'il en est. Celle-ci est partagée entre le devoir de la discrétion professionnelle et le souci de conserver son gentil copain, pas très malin. Elle répond « Il y a des ceusses qui disent ci, et des ceusses qui disent ça ». Sans le savoir, Mamzelle Victoire pratique la controverse sans solution, la controverse pour la controverse, le ci et le ça, le pour et le contre, un débat permanent sans conclusion, un bavardage oiseux sans issue qui mène à l'inaction (et donc à la mort), à l'ignorance et à la confusion (qui mène souvent au crétinisme).

Plus grave est la faiblesse morale qui peut profondément vicier la controverse. Elle peut créer une condescendance donnant l'illusion de la supériorité intellectuelle sur ceux qui s'engagent (les « Mains sales » de Jean-Paul Sartre, « Ceux qui vont au charbon » de Raymond Barre). Ce vice n'est pas tellement l'enfermement auquel peut mener la controverse mais le

4. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 2016, 6<sup>e</sup> éd., n° 13.

5. E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Montchrestien, 1931-1935, Préface.

dévolement auquel mène la vie de l'esprit qui se dégrade chaque fois qu'on méprise l'autre.

\* \* \*

La controverse est-elle, dans son principe, utile ou oiseuse ? Oui et non ; il y a du pour et du contre, comme chaque fois qu'est en cause la condition humaine, sa misère et sa grandeur. À mon sens, le *pour* l'emporte s'il parvient à une décision, échappant alors aux maux (et aux mots) du verbalisme et de l'inaction. Pas seulement parce que, comme on dit, de la discussion jaillissent la lumière, la justice et la pacification, mais

parce qu'elle oblige à être sceptique à l'égard de sa propre personne, imposant la rencontre avec d'autres, la patience et la modestie, mais surtout, parce que comme l'avait dit Saint Bernard de Citeaux au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, l'humilité est le chemin qui mène à la vérité. La controverse impose l'humilité et aussi mène à la vérité.

Je m'arrête sur cette profession de foi un peu moralisante. Je laisse aux rédacteurs de la *Revue de droit d'Assas* le soin d'énumérer les grandes et petites controverses de droit privé. Je sais qu'en les lisant, j'apprendrai beaucoup.

# Petit deux du Grand A :

## la controverse doctrinale considérée en elle-même

### La controverse doctrinale considérée en elle-même

**Jean-Pierre Marguénaud**

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences  
économiques de l'Université de Limoges  
Membre de l'Institut de Droit européen des droits  
de l'Homme (IDEDH) de l'Université de Montpellier

Quand on a eu la malice de commencer sa carrière en écrivant sur « l'animal en droit privé »<sup>1</sup> et l'immense bonheur d'avoir reçu de l'illustre François Terré le label de « thuriféraire de l'Europe des droits de l'homme »<sup>2</sup>, on est forcément aguerri à la controverse doctrinale. Au fil du temps, elle a même façonné, sinon un art de vivre, du moins une manière d'être universitaire.

Comme il serait difficile de choisir telle ou telle des petites et des grandes controverses qui, à l'écrit comme à l'oral, ont jalonné un parcours qui s'achève, peut-être sera-t-il permis de livrer quelques réflexions générales sur la controverse doctrinale considérée en elle-même. Cet exercice offrira, en outre, l'avantage de s'en tenir à des considérations impersonnelles qui, normalement, ne devraient pas ranimer trop de rancœurs et de passions.

Quelques précisions tenant à la définition du sujet doivent être apportées. Il convient tout d'abord de distinguer entre controverse doctrinale et controverse provoquée par la doctrine. La

première oppose, entre eux, les femmes et « les hommes instruits » (comme les nommait Portalis), universitaires ou professionnels du droit, dont le point de vue sur une question d'intérêt juridique vaut « non par raison d'autorité mais par l'autorité de la raison » (comme l'enseignait Cornu). La seconde naît de la réaction de tel ou tel représentant de la société civile et/ou politique à l'opinion d'un membre de la doctrine juridique qui a critiqué ses positions personnelles ou professionnelles. Ce sont les controverses provoquées par la doctrine qui, il y a peu, ont provoqué le déclenchement contre les enseignants-chercheurs d'une épidémie de procédures bâillons si inquiétante que, pour tenter de la contenir, un rapport a été remis au Secrétaire d'État chargé de la recherche et de l'enseignement supérieur le 20 avril 2017 par une Commission présidée par le Professeur Denis Mazeaud<sup>3</sup>. Au moment d'exclure cette grave question du champ de la présente réflexion, on ne laissera pas passer l'occasion de rappeler que selon un

1. J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, préf. C. Lombois, PUF, 1992.

2. F. Terré, « Réformer le droit », in O. Sautel (dir.), *Réformer le droit !*, LexisNexis, 2007 p. 4.

3. [http://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2017/50/2/Rapport\\_Commission\\_Mazeaud\\_754502.pdf](http://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2017/50/2/Rapport_Commission_Mazeaud_754502.pdf)

arrêt *Mustafa Erdogan c/ Turquie* du 27 mai 2014 rendu à la requête d'un Professeur de droit, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné l'importance de la liberté académique et précisé que cette liberté n'est pas restreinte à la recherche universitaire ou scientifique, mais s'étend à la possibilité pour les universitaires d'exprimer librement leurs opinions, fussent-elles polémiques ou impopulaires, dans les domaines relevant de leurs recherches, de leur expertise professionnelle et de leur compétence.

Il faut encore préciser qu'il ne peut y avoir de controverse doctrinale qu'en présence de désaccord sur le fond entre membres de la doctrine. Quand il y a si peu de désaccords que les opinions se confondent, il peut y avoir de très vives controverses se terminant devant les instances disciplinaires et les tribunaux; mais elles ne sont pas à proprement parler des controverses doctrinales. Le lecteur sera donc abandonné à lui-même pour se remettre en mémoire quelques retentissantes affaires de plagiat...

Ceci posé, on peut essayer de caractériser la controverse doctrinale en distinguant selon qu'elle est explosive, parce qu'elle se développe dans un registre passionnel, ou constructive, parce qu'elle est maintenue dans un cadre rationnel.

## I. La controverse doctrinale explosive

Pour rendre une controverse doctrinale particulièrement explosive, il y a plusieurs recettes. Il en est une qui est pratiquement infaillible. Pour la réussir, il suffit de greffer une discussion de fond sur des querelles personnelles. Par chance, dans les Facultés de Droit, ou ce qu'il en reste, le terrain est particulièrement favorable à leur éclosion, à leur développement et à leur entretien. C'est ainsi, par exemple, que les mécanismes de recrutements et de promotions par des instances locales sont de véritables machines à broyer l'amitié et à déchaîner les rancunes. Si ces querelles, grandes consommatrices d'énergie en laissent encore un peu en réserve, rien n'est mieux indiqué pour la dépenser qu'une controverse doctrinale dont le sujet est, au fond, tout à fait secondaire. L'avantage de la controverse doctrinale construite sur des ressentiments personnels, c'est qu'elle peut se prolonger ou rebondir même lorsque l'évolution des carrières des protagonistes les amènent à fréquenter des établisse-

ments où ils n'ont plus guère d'opportunités de se croiser.

Il est un peu plus difficile d'allumer une controverse doctrinale explosive entre des collègues qui se sont à peine entrevus lors d'un colloque ou dans un jury de soutenance et qui, par conséquent, n'ont aucune raison préalable et particulière de s'en vouloir. La tâche n'est pourtant pas insurmontable. Un des moyens d'en venir à bout consiste à mettre aux prises sur un sujet donné un auteur qui manie l'humour et un contradicteur qui lui est complètement hermétique. L'humour, en général, est destiné à faire rire aux dépens de quelqu'un, certes, mais à faire rire d'abord. Or, face à un interlocuteur réfractaire à l'humour, celui qui le pratique d'ordinaire est relativement désarmé. En effet, il s'exercerait en vain à l'autodérision et il doit renoncer à tout espoir d'amener l'adversaire à rire de lui-même. Il ne lui reste plus alors qu'à tenter de faire rire les autres aux dépens du contradicteur. Alors les risques sont très grands que l'humour ne devienne de mauvais goût ou qu'il ne dégénère en pure méchanceté. L'un se sentant agressé, l'autre un peu humilié de n'avoir pas fait mouche avec son arme favorite, la situation devient explosive et la controverse doctrinale va enfin pouvoir changer de ton.

Le ton peut monter également, et le débat s'enflammer, lorsque s'affrontent des auteurs qui ne conçoivent pas d'aborder sérieusement de graves questions d'intérêt juridique sans se prendre eux-mêmes au sérieux et des débatteurs qui considèrent que les deux aspects peuvent être dissociés et que l'on peut très bien par conséquent discuter des sujets les plus terribles sans se prendre pour le sauveur de l'Humanité. Il se produit alors un décalage, une distorsion, une rupture de confiance nourris d'accusations synallagmatiques de suffisance et d'insuffisance qui finissent presque fatidiquement par tendre la discussion.

La plus explosive des controverses doctrinales est celle mettant aux prises des auteurs qui, sans se prendre pour des super-héros dont dépend le salut de la Civilisation, sont devenus à leur corps plus ou moins défendant, les champions de camps politiques, philosophiques, culturels, religieux, économiques ou sociaux, qui s'affrontent sur une question devenue juridiquement cruciale. Les coups, qui dans un tel contexte sont portés non seulement par le relais de revues

juridiques spécialisées mais également par voie de presse, deviennent alors d'autant plus rudes qu'ils ne visent pas la personne d'un collègue – dont il convient de ménager la susceptibilité – mais un auteur abstrait, dont la sensibilité est en quelque sorte absorbée par la cause qu'il porte. Là encore une distorsion peut se produire, et les débats s'envenimer, parce qu'un auteur incarnant une cause abstraite n'en reste pas moins une personne qui souffre des coups qu'elle reçoit.

D'autres facteurs susceptibles de rendre une controverse doctrinale explosive pourraient sans doute être encore recensés. Ceux qui ont été identifiés devraient cependant suffire pour s'interroger sur l'utilité d'une controverse doctrinale explosive.

Sur le plan interpersonnel, elle peut contribuer à rendre irréversible une franche inimitié et à briser une amitié qui s'était nouée entre collègues qui partageaient à peu près toutes les opinions sauf une.

D'un point de vue général, il n'est pas assuré qu'elle travaille beaucoup à renforcer l'autorité de la doctrine qui est « autorité de la raison ». Les passions qu'elle déchaîne vont, effectivement et précisément, à l'encontre de la raison et tendent à ramener le débat doctrinal au niveau de ceux qui se propagent sur les réseaux sociaux servant davantage, comme on le sait, à déverser des réactions instinctives qu'à alimenter des discussions de fond. C'est dire que c'est la crédibilité même de la doctrine juridique que la controverse doctrinale explosive met en péril. Le danger est plus grand encore lorsque le travail des juges est placé sous les feux croisés des participants à une controverse doctrinale de ce type. Une bonne partie du rôle de la doctrine juridique consiste, on le sait, à critiquer les décisions de justice. Seulement, lorsque l'une d'entre elles provoque une controverse doctrinale virulente, il peut advenir que les champions de l'un des deux camps s'en prennent aux juges en des termes démesurément cinglants. Puisque la raison d'autorité est du côté des juges, la cause défendue, en s'en prenant sans retenue à eux, risque d'en pâtir quelque peu. C'est un risque que chacun peut accepter de courir. Ce qui est plus discutable, c'est que la multiplication des controverses

donnant à quelques-uns le prétexte d'accoler aux juges des mots aussi forts que ceux de trahison ou de forfaiture peut entraîner une grave rupture du dialogue entre la Faculté de Droit et le Palais de justice et rejaillir sur l'ensemble de la doctrine juridique. Or, il n'est pas certain que la doctrine ait beaucoup à gagner à ne plus avoir pour interlocuteurs que le législateur et les médias ; lesquels seront d'ailleurs eux aussi plus attentifs à une controverse plus sereine.

## II. La controverse doctrinale constructive

Dans une carrière placée sous le sceau de la controverse doctrinale, les occasions d'être plus ou moins mêlé à des confrontations explosives ont sans doute été trop nombreuses. Il y en a eu d'autres qui ont permis de découvrir, grâce à une controverse doctrinale, ce qu'il y a de plus rare et de plus précieux dans la vie d'un universitaire : nouer de solides et durables relations d'amitié avec des collègues dont on ne partage pratiquement aucune des opinions. L'une de ces aubaines, due à un colloque sur un sujet particulièrement polémique, aura permis de bénéficier du plus spirituel des compliments académiques que l'on puisse recevoir : « Cher collègue, c'était déjà une épreuve de vous lire, ce fut un supplice de vous entendre »<sup>4</sup>. Donc, la controverse doctrinale peut faire surgir des trésors sur le plan interpersonnel. C'est cependant d'un point de vue général que se révèlent ses plus grandes richesses.

Pour les découvrir, il faut commencer par balayer les préjugés d'une grande partie des collègues des disciplines scientifiques dures qui ne comprennent pas (ou font mine de ne pas comprendre) à quoi peuvent bien servir et correspondre les recherches des juristes, en leur répondant : à rien, sauf à prévenir et réparer les atteintes à la liberté, à l'égalité, à la santé et à la dignité que les découvertes des autres peuvent provoquer. La recherche juridique est donc, à tout le moins, nécessaire pour contrecarrer les effets pervers de la recherche scientifique et pour déterminer les meilleures solutions à apporter aux « mille questions inattendues qui viennent s'offrir au magistrat »<sup>5</sup> et au législateur. Quelles

4. Salutations présentées à l'issue d'un colloque par le Professeur Alain Prothais.

5. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

que soient les modalités qu'elle prend, elle aboutit toujours à la formulation de propositions. Or, les juristes qui, quoi qu'ils en disent parfois par pur mimétisme, ne travaillent pas dans des laboratoires, ne disposent pas des moyens techniques de réaliser des expériences qui permettraient de vérifier la pertinence de leurs propositions. Avant que le droit positif ne les accueille par le relais du juge ou du législateur, il faut bien commencer par éprouver leur solidité et leur aptitude à trouver un juste équilibre entre des intérêts antagonistes. Or, la seule manière de réaliser ce test préparatoire n'est-il pas ce que Portalis appelait « la discussion des hommes instruits »<sup>6</sup>, autrement dit, le débat doctrinal, qui, dans les grandes et quelques petites occasions, débouche sur une controverse doctrinale ?

Ainsi la controverse doctrinale serait-elle de l'essence même de la recherche juridique. En mariant l'esprit de liberté et l'esprit de contradiction, elle joue, à moindre coût, un rôle équivalent à celui assigné à de puissants moyens techniques pour permettre aux scientifiques de tester la validité de leurs hypothèses. La controverse doctrinale donne par conséquent à la recherche juridique tout son sens et tout son sel. En poussant chacun au bout de ses arguments, elle permet d'éclairer la question discutée autant qu'il est possible de le faire et d'affiner la réponse la plus équilibrée qui, à un moment donné, puisse lui convenir. Il y a donc tout lieu de l'entretenir et de la développer en la préservant des excès de la passion entre collègues qui, avec ou sans humour, s'attachent à faire de l'Université le lieu privilégié où, en toute liberté, chacun peut contester les idées de l'autre sans être tenu de le détester.

Dans ces conditions, le plus urgent est peut-être de protéger la controverse doctrinale contre un concurrent qui depuis quelque temps lui coupe l'herbe sous le pied et dénature la recherche juridique : le contrat de recherche. Cet instrument privilégié de l'administration de la recherche limite en effet la liberté des juristes universitaires en assignant un objet prédéterminé à leurs travaux et en orientant souvent très fortement les solutions qu'ils doivent proposer. Surtout, en plaçant les résultats de la recherche collective sous une estampille officielle, il dresse

un obstacle à la libre discussion et à une véritable mise à l'épreuve de la validité de ses conclusions et recommandations. Pour conjurer ces dérives, ne faudrait-il pas en appeler à la formation d'escouades de libres chercheurs qui feraient plus résolument entrer dans la controverse doctrinale les propositions issues de contrats de recherche ? Puisque le naturel revient toujours au galop, l'auteur soussigné serait, assurément, comblé si cette question provocatrice devenait elle-même un sujet de controverse doctrinale dans le prolongement de celle, homérique, qui a opposé il y a quelques années la doctrine sur le rôle de la doctrine – sur laquelle il a été résolument choisi de ne pas revenir pour mieux faire ressortir une approche décalée.

Pour que la controverse doctrinale soit plus constructive, il faudrait encore vaincre un dernier préjugé : celui qui conduit à la laisser se développer entre juristes repliés sur eux-mêmes dans leurs amphithéâtres et leurs revues spécialisées. Souvent, en effet, les questions qui font polémiques intéressent beaucoup d'autres disciplines et provoquent l'organisation de débats musclés dans des lieux inhabituels comme des plateaux de télévision. Dans les joutes qui les opposent à des philosophes, à des médecins, à des théologiens, à des économistes, à des sociologues... Les juristes qui, surtout s'ils se sont présentés au concours national d'agrégation, sont entraînés à parler avec beaucoup d'aplomb de questions qu'ils connaissent à peine, sortent dans l'ensemble fort bien leur épingle du jeu.

En revanche, devant les caméras, à quelques rares et brillantes exceptions près, les juristes qui s'y risquent ont plutôt l'air de lapins apeurés pris dans les phares d'une voiture. La raison en est sans doute que les occasions d'être invité dans des émissions télévisées sont rares et qu'il est très difficile de se montrer à son avantage sans expérience. La raison en est peut-être aussi que, trop habitués à se disputer entre eux, les juristes ne font guère d'efforts pour s'initier aux techniques de la communication médiatique. Il y a sûrement, de ce côté-là des efforts considérables à fournir pour que la doctrine juridique qui se complait à être savante devienne un peu plus populaire. Plutôt que de mettre un point d'honneur à faire des communications en anglais

---

6. *Ibid.*

devant un auditoire choisi, les représentants de la doctrine juridique française seraient peut-être mieux inspirés d'apprendre à diffuser les résultats de leurs controverses dans un français plus accessible aux auditeurs, aux téléspectateurs et aux internautes indifférenciés.

La controverse doctrinale semble donc absolument nécessaire au maintien et au développe-

ment d'une véritable recherche juridique, dont les hypothèses ne peuvent qu'être très marginalement testées par des moyens technologiques. Il serait fâcheux, cependant, qu'elle se développe trop habituellement en vase clos : c'est ce qui l'empêche d'être aussi constructive qu'elle pourrait l'être ; c'est peut-être aussi ce qui explique qu'elle devienne aussi souvent explosive...

# Petit trois du Grand A :

---

## **une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel dans le Droit**

### Une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel dans le Droit

**Pierre-Emmanuel Audit**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**L**a controverse sur la place qu'il convient de donner aux concepts et au raisonnement conceptuel dans la pensée juridique s'est pour ainsi dire éteinte, en France, il y a environ 90 ans (I). Le parti qui l'a alors emporté n'est toutefois pas exactement celui qui prévaut actuellement bien que, des deux principaux systèmes qui s'opposaient, l'un soit clairement ressorti gagnant et que ses canons fondamentaux soient devenus consubstantiels à notre science juridique (II). Avec la clôture de cette controverse s'est décidée l'importante question de la porosité ou de l'étanchéité des frontières entre la science juridique et l'ensemble des autres sciences intéressant le fait humain.

#### **I. Historique de la controverse**

Le système que l'on qualifie aujourd'hui de *droit civil* ou de *droit continental* a toujours eu un tropisme pour les concepts et le raisonnement conceptuel. Cela tient en partie au travail des glossateurs qui, durant le Moyen-Âge, ont œuvré pour reconstruire, à partir des données consignées dans le Digeste, le système juridique

romain : pour cela, il a fallu regrouper, classer, affiner l'analyse de certaines constructions juridiques apparemment incomplètes ou incohérentes ; il a fallu systématiser. De là se sont affirmées ou sont nées des catégories et oppositions conceptuelles qui nous gouvernent encore.

Cette appétence pour les concepts a toutefois pris une tournure nouvelle au cours du XIX<sup>e</sup> siècle.

Le cadre intellectuel est, du moins à l'origine, toujours l'étude du Droit romain : les chercheurs se nomment cette fois *Pandectistes*. L'ambition est toujours celle de reconstruire ce Droit – du moins celui ayant vocation à être appliqué en Allemagne – mais l'outillage intellectuel pour y parvenir va être traité de manière différente : les concepts ne vont plus seulement être utilisés pour regrouper, classer et bâtir des ponts entre des règles et des concepts éparés ; ils vont être considérés comme étant la *cause* ou *source* des règles mêmes du Droit romain. L'idée va alors s'imposer que les concepts ont intrinsèquement des propriétés qu'il est possible de découvrir par la voie de la recherche. Les règles de droit ne sont que la manifestation de ces propriétés et il est possible, en étudiant diverses règles isolées, de

remonter à leur source. Ce faisant, on peut graduellement reconstruire la source de l'ensemble des règles du Droit, cette source étant un réseau de concepts. Ces derniers – et c'est bien nécessaire pour le système soit viable – sont traités comme des réalités, c'est-à-dire comme ayant une existence intrinsèque et indépendante de l'observateur ; tout le travail de celui-ci consiste à les mettre à jour par une patiente activité de recherche. Par ailleurs, leur caractère naturel leur confère les propriétés d'être mutuellement compatibles et cohérents entre eux.

Cette méthode de pensée n'est pas sans en rappeler une autre : celle des sciences de la Nature ; et ce n'est pas fortuit car c'est précisément cette méthode qui est alors importée par les juristes dans leur domaine. La cause en est le grand succès que connaissent, à cette époque, les sciences dites « dures » ainsi que l'approche dite positiviste qui fait leur fortune : observer les faits et en induire les lois qui les gouvernent. C'est ce que les juristes vont vouloir faire avec leurs « faits » à eux, c'est-à-dire les règles de droit. On comprend alors l'allure générale du système qui s'affirme. Comme Newton induit de la pomme qui tombe sa loi de la gravité, les juristes chercheurs induisent d'une règle de droit particulière un concept plus général qui en est la cause. De même que la loi de la gravité explique que la pomme tombe, le concept explique la règle de droit constatée. Cette loi de la gravité est une donnée de la nature, objective et indépendante du chercheur. Telle est également l'essence du concept juridique découvert ou affiné par ces juristes.

Tels sont, en somme, les traits du système qui a pu être dénommé *conceptualisme juridique* et qui s'est développé en Allemagne (*Begriffsjurisprudenz*), puis en France ainsi qu'aux États-Unis. Les Français y ont vu une méthode permettant de combler scientifiquement et donc objectivement les vides du Code civil ; les Américains le moyen de créer de l'ordre et de la hiérarchie au sein de l'infinité des décisions de justice qui forment le *corpus* d'un système de Common Law.

Cette manière de penser le Droit a néanmoins engendré une réaction dans ces trois pays au tournant du <sup>xx</sup>e siècle. En Allemagne, son plus grand pourfendeur fut paradoxalement son plus fervent défenseur : il s'agit de Jhering. Aux États-Unis, la figure de proue fut Oliver Wendell Holmes. En France, enfin, c'est Gény qui expliqua

de manière lumineuse, à partir du numéro 60 de son fameux ouvrage *Méthode d'interprétation*, l'abus des abstractions logiques qui caractérise ce système de pensée et qui, montre-t-il, a vicié la pensée juridique française : il cite par exemple la théorie du patrimoine, qui a condamné de sa seule autorité la possibilité de patrimoines d'affectation ou encore la possibilité de stipuler une assurance-vie au profit d'un enfant à naître.

La critique adressée est simple à énoncer. Les règles de droit ne sont pas des faits de la Nature, mais résultent de décisions humaines ; leur fondement n'est pas un concept, mais un jugement d'opportunité réalisé par une collectivité de cerveaux humains ; il s'ensuit que les règles, pas plus que les concepts ou leurs prétendues propriétés, n'ont de caractère naturel, ce qui implique entre autres qu'une définition n'est pas plus vraie qu'une autre et que les concepts juridiques ne sont pas naturellement cohérents ou compatibles entre eux ; qu'il n'y a pas de sens, par conséquent, à vouloir déduire toutes les conséquences possibles d'un concept général, fût-il consacré par la loi, comme s'il s'agissait d'une nécessité logique et scientifique ou encore d'assurer objectivement la volonté d'un législateur.

À l'idée que les règles de droit sont le produit d'un édifice conceptuel et logique tente de succéder celle selon laquelle les règles de droit sont le fruit d'un jugement de valeur sur la solution qu'il convient d'apporter à un conflit entre intérêts divergents ; telle est la logique qui a gouverné leur création et qui doit gouverner leur interprétation. Le législateur en est un arbitre évident ; mais c'est également au juge de jouer ce rôle, non seulement lorsqu'il doit décider dans le silence de la loi mais également lorsqu'il doit interpréter une règle générale en vue de l'appliquer à un cas particulier pouvant présenter une spécificité accusée.

La critique précitée se conjugue, au début du <sup>xx</sup>e siècle, avec une forte pression pour que les règles de droit soient pensées au regard des nécessités sociales et non pas au regard de leur cohérence logique avec le *corpus* conceptuel auquel on les a rattachées. En particulier, les ravages qu'a produit, dans le domaine des relations du travail, ce que l'on a tardivement conceptualisé sous le nom de « théorie de l'autonomie de la volonté » sont patents. L'égalité théorique et abstraite des contractants au stade de la formation du contrat, qui sert à justifier

conceptuellement son impitoyable exécution a, dans les faits, asservi la classe ouvrière à celle des possédants, la première étant sans pouvoir réel de négociation et dans une situation perpétuellement précaire. Josserand explique, dans son ouvrage *De l'abus des droits* de 1905, que l'exercice d'un droit ne saurait être libre qu'autant qu'il est compatible avec la fonction sociale qu'il poursuit; c'est condamner les excès auxquels conduit une conception purement individualiste mais conceptuellement logique des droits, l'archétype en étant le droit de propriété. La conception va ainsi se développer d'une société qui fonctionne comme un corps dont il s'agit de scruter les rouages afin de consacrer les règles les plus à même d'assurer son fonctionnement optimal.

La critique du formalisme juridique conceptuel, d'un point de vue méthodologique, et l'avènement du courant social, d'un point de vue substantiel, se conjuguent dans l'idée que les règles de droit ont une composante politique nécessaire que le système conceptualiste pensait à tort – et très certainement de bonne foi – pouvoir évincer, mais qui est indissociable de l'essence même d'une règle de droit. On a là le premier point d'achoppement majeur entre deux conceptions du Droit : celle selon laquelle il est possible d'avoir une science du Droit dans une large mesure apolitique, capable d'une neutralité axiologique dans son fonctionnement; et celle pour laquelle une telle conception ne peut être qu'une vue de l'esprit, la définition des concepts étant irrémédiablement subjective, la charge politique (au sens de *policy*) d'une règle de droit ne pouvant être évitée et l'interprétation des règles de droit étant nécessairement guidée, toutes les fois qu'une marge d'interprétation existe, par une opinion sur la *policy* la plus adéquate.

Le rejet du formalisme juridique conceptuel emporte également que la science juridique doit s'ouvrir à d'autres sciences sociales, qui l'informeront sur l'état concret de la société et éclaireront donc le juriste sur l'opportunité des règles et des interprétations à adopter. Il s'agit principalement, à l'époque, de la sociologie – naissante – et de l'économie. Là réside le second point d'achoppement majeur entre le système concep-

tuel « traditionnel » et son concurrent. Pour le premier, le Droit est une matière autonome et autosuffisante, gouvernée et devant rester gouvernée par sa rationalité propre, à défaut de quoi elle se compromettrait en se perdant dans des considérations subjectives et extra juridiques qui, somme toute, sont la négation même de l'esprit juridique. Pour le second – en modernisant quelque peu la présentation – le Droit pose sans cesse des problèmes d'interprétation dont il serait vain de penser qu'il peuvent trouver une réponse à la fois objective et acceptable dans le raisonnement conceptuel : dès lors, plutôt que d'exercer sa subjectivité pour choisir entre deux conceptions théoriques et également arbitraires, il vaut mieux choisir une solution parce que l'on peut défendre qu'elle est la meilleure au regard de l'ensemble des données à disposition pour réaliser un choix éclairé, données parmi lesquelles on trouve celles que fournissent les autres sciences sociales.

Au début du xx<sup>e</sup> siècle, la critique méthodologique a produit un certain effet (comme en témoigne le succès qu'a connu Gény); quant aux autres sciences sociales, elles exercent une influence indéniable sur les esprits.

C'est alors qu'un autre célèbre auteur français va, en 1911, publier un ouvrage dont l'importance que lui accorde certains juristes nord-américains<sup>1</sup> pour l'histoire de la science juridique contraste avec le relatif oubli dans lequel il est tombé chez ses compatriotes : il s'agit des *Notions fondamentales du droit privé* de René Demogue. Pour la majorité des juristes français, il s'agit d'un ouvrage étrange, traité poliment car il émane d'un auteur connu pour avoir imaginé une construction juridique fameuse (la distinction de l'obligation de moyen et de résultat), mais dont on peine à comprendre la logique et même l'intérêt. Le propos est volumineux; son organisation laisse à désirer (une série de chapitres portant sur des considérations dont on se demande comment l'auteur les a sélectionnées); et surtout, à quelle fin ? : « Je me suis surtout placé à un point de vue critique pour montrer sans chercher à en rien dissimuler les conflits et les contradictions qui sans doute agiteront toujours le droit civil », expose d'emblée l'auteur. On a là, pour la pensée juridique contemporaine, le

1. V. D. Kennedy et M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ*, 2006, p. 163-211.

signe de son inutilité : le but de la réflexion juridique, c'est exactement l'inverse ! Si l'auteur avait écrit « Je me suis surtout placé d'un point de vue constructif pour montrer en règle générale l'harmonie et la cohérence qui sans doute caractériseront toujours le droit civil », il est permis de penser que son ouvrage aurait connu une toute autre fortune. Mais c'est précisément l'inverse que l'auteur choisit de faire. Dans quelle entreprise Demogue s'était-il donc lancé ?

L'auteur a entrepris de mettre à jour la diversité des considérations concurrentes et parfois opposées qui sont sous-jacentes aux enjeux et questions qui forment la matière du droit civil ; les solutions qui leur sont apportés – les règles du droit positif – apparaissent alors comme autant d'équilibres instables et provisoires entre ces considérations. Le droit civil apparaît ainsi, sous la plume de Demogue, comme un édifice complexe de solutions par essence provisoires et sujettes à des ajustements perpétuels visant à atteindre un idéal législatif qui ne pourra, en tout état de cause, que rester imparfait, puisqu'il n'existe aucune vérité objective et que l'environnement social évolue. Il s'ensuit notamment que tout espoir de cohérence de l'ensemble de l'édifice est illusoire, les règles qui en forment le *corpus* résultant de pressions diverses et parfois contraires l'emportant tour à tour suivant les questions envisagées et les aspirations du moment. La technique juridique, quant à elle, est ce qui permet la réalisation pratique du Droit, c'est-à-dire la mise en œuvre concrète des choix opérés ou qu'il convient de faire. Elle doit permettre d'assurer tout à la fois ce que Demogue appelle le *principe d'économie de l'effort*, la *sécurité*, mais également l'*adaptation du Droit* aux circonstances imprévues : de là, notamment, des propositions de l'auteur de revoir en profondeur certaines notions traditionnelles, comme celle de sujet de droit.

La vision « pulvérisante » du Droit civil qui résulte des *Notions fondamentales*, comme la conception de la science juridique qui en ressort, va très vite recevoir un coup fatal dans la recension que fit Gény de cet ouvrage<sup>2</sup>. Après avoir couvert Demogue de compliments dans la première partie de son propos, Gény inverse son

discours pour faire des *Notions fondamentales* une critique assez acerbe et, à vrai dire, digne d'une soutenance de thèse qui tourne mal pour le candidat. Il reproche en substance au travail de Demogue cette lacune fondamentale de n'avoir pas tenu compte d'une exigence impérieuse de l'ordre juridique : le besoin d'un « élément catégorique de fixation », une fixité et une précision « étrangères aux spéculations philosophiques que nous suggère un examen ingénu de la vie courante ». La dissolution à laquelle se livre Demogue « risque de désarticuler la vie sociale, de la priver de toute armature ferme, capable d'en contenir les éléments ou d'en diriger les tendances ». Il lui reproche d'avoir présenté « sous les dehors de principes » des postulats d'ordre pratique « s'agençant péniblement entre eux, faute d'une source commune, parfois même se faisant mutuellement échec jusqu'à se ruiner les uns les autres ». Gény semble en effet ne pas pouvoir accepter l'idée de « principes » qui puissent être mutuellement non cohérents et voir leur autorité respective s'opposer ou se neutraliser : il y a là pour lui un vice fondamental. Les propos conclusifs de Gény sont prophétiques : « Tel qu'il se présente jusqu' alors, ce système des notions fondamentales du droit privé paraît avoir peu de chances de devenir populaire en nos milieux, faute de satisfaire certains besoins essentiels de l'esprit autant que de la discipline juridiques », ce à quoi il ajoute qu'« on pourrait craindre que sa propagation ne fit tort aux méthodes d'investigation indépendante, par le nihilisme décourageant qui s'en dégage ».

À partir de ce moment, la messe est dite<sup>3</sup>. Demogue a concrétisé, dans son ouvrage, la peur que pouvait inspirer une application radicale de la critique qu'avait faite Gény lui-même de l'abus des abstractions conceptuelles : une conception de Droit dominée par la subjectivité, l'impermanence et l'incertitude. Gény, en critiquant aussi vertement Demogue, put dès lors apparaître aux yeux de ses collègues comme mesuré et prônant des solutions responsables. En accusant Demogue de « nihilisme », Gény manifesta son attachement aux constructions juridiques et s'attachera par la suite, avec la publication de *Sciences et technique en droit*

2. F. Gény, « Comptes rendus critiques », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1911, p. 110-125.

3. Sur cet épisode et ses conséquences, lire Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, 2004, spéc. p. 147 et s. (les auteurs intitulent ce développement « le retour à l'orthodoxie juridique »).

*privé positif*, à souligner le fossé qui sépare cette vision inacceptable du Droit et la « libre recherche scientifique » qu'il prône<sup>4</sup>.

La méthode de Géný est conceptuellement bien plus rassurante : respecter les commandements clairs de la loi et, dans son silence ou son obscurité, traduire de manière technique ce que commande, telle une boussole objective, « la nature des choses » ; celle-ci pouvant être sondée, notamment, en recourant aux sciences *auxiliaires* au Droit. Les constructions juridiques, qu'on les induise du contenu de la loi ou qu'on les mobilise pour combler ses silences, restent ainsi au cœur du travail du juriste, et plus spécialement, du Professeur, détenteur de la science du Droit. Tout au plus faut-il se garder de l'excès qu'il a dénoncé à l'origine, à savoir l'érection de solutions techniques en principes naturels, ce qui, dit-il, compromettrait l'autorité même du Droit.

C'est, peu ou prou, sur cette conception de la science juridique, qui se voulait finalement équilibrée, que le débat va se clore en France. La critique de l'excès qui peut résulter des abstractions conceptuelles est alors entendue ; mais les abstractions conceptuelles doivent rester le matériau essentiel de la « boîte à outils » du juriste. Leur maniement confère une sécurité dans l'administration du Droit ; et, dans le silence de la loi, leur élaboration permet d'aboutir à des solutions raisonnées et relativement sûres dans leur mise en œuvre. Tout cela, si l'on suit Géný, sous le haut patronage de la « nature des choses » et des sciences auxiliaires.

## II. La situation actuelle

Si l'on s'intéresse maintenant à l'état actuel de la controverse, le premier constat que l'on peut faire est *qu'elle n'est plus* ; cela à un double point de vue. Tout d'abord, ce n'est plus une controverse vivante. L'immense majorité des étudiants en Droit finiront leurs études sans jamais en avoir entendu parler ; et bien que cette proposition ne puisse être appuyée par des chiffres, on peut penser qu'il en est de même de la plupart des jeunes chercheurs achevant leur thèse. Ensuite, lors même que la controverse est exceptionnellement extraite du tiroir dans lequel on l'a rangée,

l'opinion dominante se rallie d'emblée au choix principal qui a alors été effectué : la profession de foi dans la viabilité des concepts et de la logique conceptuelle pour le raisonnement juridique.

Il convient toutefois d'observer que l'attitude intellectuelle actuelle se démarque de la position sur laquelle la doctrine française s'était arrêtée lorsque la controverse s'est éteinte ou plutôt *dissipée*. Deux points qui constituaient, en effet, des composantes importantes de la position transactionnelle exprimée par Géný, ont disparu. L'un est qu'il n'est plus question d'aller chercher la matière permettant de remplir les obscurités ou vides du Droit dans ce que l'auteur appelait « la nature des choses » ; la « libre recherche scientifique » n'a pas fait recette. L'autre est que, contrairement à ce que prônait Géný, la doctrine moderne a clairement répudié tout titre des sciences « auxiliaires » à apporter quoi que ce soit à la table des juristes. Tout raisonnement importé de ces sciences « n'est pas du Droit » et, à ce titre, aucun jeune chercheur, même convaincu de leur intérêt, ne se risquera à y recourir.

L'abandon implicite de ces deux points a entraîné mécaniquement une repolarisation des esprits vers la logique conceptuelle, qui s'en est trouvée d'autant plus magnifiée. Mais, comme on l'a indiqué, *la controverse sur celle-ci a été oubliée*. On en arrive ainsi à la situation actuelle, qui n'est plus celle des années 20, sans être tout à fait redevenue celle de la fin du <sup>xix</sup>e siècle. Cette nouvelle période, qui s'est ouverte il y a plusieurs dizaines d'années déjà, pourrait être dénommée : *néo-conceptualisme*.

On peut caractériser le néo-conceptualisme, de manière simple, comme un mode de pensée dans lequel les auteurs ne se réclament plus du système conceptualiste tel qu'il a été pensé et défendu durant son âge d'or (ainsi, le fait que les concepts aient une réalité), tout en continuant d'utiliser l'ensemble de l'appareil intellectuel qui est propre à ce système, la critique de ses excès ayant été oubliée. Tout se passe comme si les canons de ce système s'étaient en quelque sorte sédimentés dans notre culture juridique pour faire pleinement corps avec elle ; ils sont passés à un niveau aussi inconscient que peut l'être la maîtrise d'une langue maternelle.

4. Ch. Jamin, « Demogüe et son temps – Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *RIEJ*, 2006.56, p. 5-19.

Ce constat n'est pas de nature à recueillir l'unanimité. On se plaît au contraire souvent à louer l'esprit juridique français, qui sait allier le raisonnement conceptuel avec une bonne mesure de pragmatisme ; l'affirmation est alors souvent appuyée de l'observation : « contrairement à nos amis allemands ».

Les manifestations de ce que la pensée conceptualiste est au cœur de notre esprit juridique et de nos méthodes de travail sont pourtant nombreuses, tandis que la mesure de pragmatisme évoquée peut souvent paraître, en comparaison, comme une pincée de sable. Ce qui s'oppose à ce qu'il en soit autrement est que *la grammaire même du système répugne à une approche pragmatique*.

On illustrera cet enracinement inconscient de la pensée conceptualiste dans notre raisonnement juridique par deux exemples simples.

En cette période de rentrée universitaire, les étudiants de deuxième année vont découvrir le droit des contrats et notamment les dispositions de la réforme gouvernant la période précontractuelle. Lorsque leur enseignant ou chargé de travaux dirigés leur parlera de l'offre, il prendra sans doute le temps de leur expliquer qu'antérieurement à la réforme, la nature juridique de l'offre avait fait débat et que l'on s'était notamment demandé s'il s'agissait d'un engagement unilatéral. Le propos est des plus anodins ; il est cependant des plus caractéristiques de notre culture juridique et susciterait, dans un système de pensée non-conceptualiste, l'emploi de plusieurs guillemets. Il est en effet affirmé sans ambages que l'offre de contracter aurait une « nature juridique », ce qui revient à dire qu'elle a une essence identifiable, laquelle a fait l'objet de recherches en vue de son élucidation. Et parmi les résultats possibles de cette recherche, qui implique notamment de scruter les arrêts de la Cour de cassation, il aurait pu y avoir la conclusion que l'offre « est » effectivement un engagement unilatéral.

Le parallèle est frappant avec la manière dont les physiciens envisagent les problèmes propres à leur discipline. Qu'on nous pardonne, pour illustrer cet état des choses déjà mis en évidence au siècle dernier, de prendre le temps d'exposer un exemple concret ; les lecteurs férus d'astrophy-

sique y trouveront à tout le moins leur compte. Dans les années 1970, deux astrophysiciens ont mis en évidence qu'une étoile<sup>5</sup> orbitait autour d'un compagnon massif mais invisible : cet objet émettait des rayons X, possédait la masse et la gravité suffisante pour être lui aussi une étoile, mais n'émettait pas de lumière. Les chercheurs se sont donc posés la question de sa *nature* : s'agissait-il d'une étoile à *neutron* ou alors d'un *trou noir* ? Cette seconde hypothèse, si elle était vérifiée, constituerait la première observation d'un trou noir et donc sa première mise en évidence empirique. Des années plus tard, une mesure très précise de la masse de ce compagnon permit d'établir que la seconde hypothèse était la bonne : il s'agissait effectivement d'un trou noir et cette observation validait empiriquement les spéculations théoriques antérieures sur leur existence.

N'est-il pas à tout le moins *insolite* que les juristes utilisent, pour réfléchir sur l'offre de contracter, un vocabulaire en tout point comparable ?

Dans un système non conceptualiste, pour envisager les règles qu'il convient d'appliquer à l'offre, on ne se serait pas posé la question de la « nature juridique » de l'offre, puisque celle-ci n'existe pas. On aurait débattu, au regard du silence de la loi, de la meilleure solution à adopter pour régir les questions liées à l'offre de contracter, en faisant notamment intervenir le droit comparé ou des disciplines extra-juridiques susceptibles de fournir des éléments de réflexion pertinents (ainsi, les réflexes psychologiques suscités par une telle situation) ; tout cela en ayant évidemment soin de choisir une solution qui soit en cohérence avec les solutions existantes sur les questions voisines. Une fois cette étude pragmatique accomplie, et la solution arrêtée, on se serait alors préoccupé de savoir dans quelle *catégorie juridique* il convenait de classer l'offre, au regard des propriétés *que l'on a décidé de lui conférer*.

Les thèses de doctorat offrent un second exemple du rôle prééminent du concept de nature juridique, et donc de l'appareil intellectuel qui lui est sous-jacent, dans notre raisonnement. On constate aisément qu'un grand nombre d'entre elles portent sur l'étude d'un concept

5. Il s'agit de l'étoile Cygnus X-1.

juridique, qu'il s'agit de « clarifier ». Certaines incorporent directement le terme de « nature juridique » dans leur titre. Le catalogue de la bibliothèque Cujas, sans permettre une classification plus précise, nous indique 170 thèses et mémoires publiées depuis 2000 partagent ce point commun. D'autres, en nombre au moins aussi important, ne le font pas mais se livrent à une étude ayant un objet identique. Parmi les travaux de la seconde catégorie, un nombre appréciable suivra pour cheminement ce que l'on appelle familièrement « le plan bateau », c'est-à-dire le fameux « I. *Nature (ou Notion)* – II. *Régime* ». Tout le travail de recherche, en pratique, est alors orienté et même *structuré* par l'idée qu'il y aurait une « nature » du concept en question et que de cette nature se « déduirait » le régime. Le sens des règles qui doivent gouverner la situation décrite par le concept en question sont ainsi mises dans la dépendance directe de considérations de type ontologiques sur le concept étudié, un rapport de causalité étant en quelque sorte instauré entre les premières et le second.

La soutenance de certaines de ces thèses donnera alors généralement lieu, au moins sur un point, à un échange prévisible. Le candidat, dans un effort scientifique intense, aura développé un arsenal intellectuel pour dégager de la manière la plus objective la définition véritable de son concept. Cette définition acquise – au terme d'un labeur d'au moins plusieurs mois – il en aura déductivement tiré un ensemble de conséquences dans la deuxième partie de son travail. L'un des membres du jury va alors faire remarquer au candidat qu'il a choisi de définir son concept de telle manière mais que, dans l'absolu, on aurait pu le définir de manière légèrement différente, ou même assez différente, en suivant une autre acception courante ou possible de celui-ci, ou alors la conception qu'en avait adopté un autre auteur. Or, dès lors que l'on adopte cette autre conception qui, insistera-t-on, est en fin de compte aussi légitime que celle que le candidat a choisi d'adopter, ses propositions de thèse défaillent. Il lui sera reproché que les règles qu'il a prévues sont insusceptibles de couvrir correctement certaines hypothèses qui pouvaient largement relever du sujet, ou alors que l'application de ces règles à ces hypothèses aboutira à des solutions contestables sinon étranges. L'utilisation de ces autres définitions possibles aurait par

ailleurs conduit à minorer un aspect du concept dont le candidat a fait un axe substantiel de son régime juridique, qui se trouve alors hypertrophié au profit d'une propriété que certains jugeront secondaires ; tandis que d'autres jugeront à l'inverse qu'une propriété importante qui aurait découlé de telle autre définition a été méconnue, ce qui conduit là encore à un régime juridique contestable.

Cette discussion n'aurait pas lieu dans un système où la recherche juridique s'effectue dans un climat intellectuel dans lequel l'idée que les concepts ont une « nature » est abandonnée, car l'on a cessé de penser qu'il y a une bonne ou vraie définition d'un concept et l'on ne fait plus dépendre « l'explication » du régime juridique attaché à un concept de sa nature, mais de *l'adéquation de ces règles à la situation concrète qu'on leur fait régir*. Dans une pensée non conceptualiste, un concept ne cause pas un régime juridique ; il est la cause de l'application d'un régime juridique, ce qui est fort différent : il est le point d'ancrage d'un régime juridique, non l'explication du fondement ou du sens des règles dont il entraîne la mise en œuvre. Enfin, dans un système non-conceptualiste, tout ce débat n'aurait pas eu lieu parce qu'en premier lieu, l'on n'aurait pas pris un concept comme intitulé et objet d'étude d'une thèse de doctorat.

L'ubiquité comme la pratique du concept de « nature juridique », accompagné d'un oubli assez patent des enseignements de Gény quant à l'abus des abstractions conceptuelles, constitue ainsi l'un des signes les plus caractéristiques du néo-conceptualisme. On pourrait en citer d'autres ; ainsi les déductions à l'excès (comme lorsqu'il s'agit de déduire toutes les implications du caractère accessoire du cautionnement), ou encore l'espoir de pouvoir faire entrer objectivement des situations dans une catégorie conceptuelle à l'exclusion d'une autre (ainsi l'opposition entre les exceptions inhérentes à la dette ou purement personnelles au débiteur).

\* \* \*

Qu'en sera-t-il, pour finir, demain ? Il semble peu probable que la situation évolue de manière substantielle.

Pour qu'il y ait évolution, il faudrait en effet que s'instaure à nouveau un débat sur la pluralité des manières de penser le Droit. Longtemps occulté, ce débat refait quelque peu surface sous

les coups de boutoir de la Cour EDH<sup>6</sup> : mais cette résurgence se produit, de ce fait, dans un contexte politique peu favorable à une réflexion dépassionnée<sup>7</sup> sur le raisonnement juridique.

Nos universités forment par ailleurs globalement les juristes comme si le mode de raisonnement conceptuel était le *raisonnement juridique authentique*. Penser autrement, ce serait ne pas penser droit. Seules des incursions à l'étranger ou la visite de chercheurs invités permettent de prendre conscience que ce mode de pensée n'est en réalité qu'une manière de penser le Droit et dont les défauts ont parfois conduit certains systèmes à s'en écarter.

Un autre frein à l'évolution est que raisonner autrement impliquerait d'accepter que les concepts juridiques et le raisonnement conceptuel n'offrent pas en réalité la sécurité qu'on leur prête, ce qui ne serait finalement que suivre les enseignements originaux de Gény. À s'engager dans cette direction, on prendrait toutefois le risque de rouvrir *Les notions fondamentales* de Demogue pour y lire ce que l'auteur a voulu nous montrer ; or la vision d'impermanence et de compromis qui s'en dégage reste un parfait repoussoir pour notre mentalité juridique.

---

6. Il ne s'agit pas de dire ici que la méthode de la Conv. EDH est l'*autre* méthode possible de raisonnement, mais simplement que l'irruption de cette méthode ne peut qu'obliger à réfléchir à nouveau sur les méthodes de raisonnement en Droit.

7. L'ensemble des critiques élevées contre le raisonnement en termes de proportionnalité porterait davantage si l'on voulait bien admettre également sa part de justesse et de réalisme.

# Petit quatre du Grand A :

## de l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire

### De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu

**Maxime Brenaut**

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas  
Chargé de cours à l'Université d'Angers

**1. – Guerre et paix.** Une controverse doctrinale, grande ou petite, ressemble à s'y méprendre à une guerre régulière menée dans le domaine des idées : le champ de recherche confine au champ de bataille, les camps s'affrontent loyalement, la victoire d'un jour signe peut-être la défaite du lendemain, et chaque belligérant, tenant d'une thèse critiquée par l'autre, peut compter sur l'appui d'alliés objectifs et doit composer avec des transfuges et des retournements d'alliances. Et, lorsque surgit le temps de la paix – et, pourquoi pas, de la réconciliation –, le débat semble désuet, l'ancienne controverse petite. Quelles que soient les limites d'une telle métaphore, force est de constater qu'elle trouve à se vérifier

dans les différentes branches du droit, et notamment en droit pénal. L'on s'en convaincra à l'aune d'un exemple précis.

**2. – Grande ou petite controverse ?** Parmi les grands débats qui auront traversé le droit pénal au cours du <sup>xx</sup>e siècle, l'un capta l'attention de la doctrine durant plusieurs décennies, qui portait sur le rôle du jugement pénal dans la constitution de la « situation juridique de condamné » et sur les conséquences qu'il fallait en tirer quant à l'application de la loi pénale dans le temps. Un tel débat semblait alors pouvoir être honoré du qualificatif de « grande controverse » (I) mais, désormais, le temps et les évolutions du droit

positif ayant fait leur œuvre, il apparaît moins essentiel. Au point d'être relégué sur l'étagère des « petites controverses » ? Voire (II).

## I. La promesse d'une grande controverse

**3. – Le temps de la guerre.** Le jugement de condamnation pénale est-il constitutif ou déclaratif ? Voilà bien une question qui, sous son apparence excessivement technique ou théorique, a captivé la doctrine pénaliste du siècle dernier. Elle était alors au cœur d'une controverse potentiellement très grande : une guerre intellectuelle d'imposante envergure, de par l'importance de ses enjeux (A) et le prestige de ses belligérants, c'est-à-dire des auteurs – Roubier, Merle et Vitu –, qui présentèrent, avec science et panache, des thèses antagonistes sur le sujet (B).

### A. L'importance des enjeux

**4. – Autonomie du droit pénal ?** La controverse autour de la nature ou de l'effet constitutifs ou déclaratifs du jugement pénal charriaient différents enjeux d'inégale importance, dont deux méritent d'être soulignés. Le premier enjeu, qui ne mérite guère que l'on s'y attarde longtemps, consistait à transporter spécifiquement dans la matière pénale un débat bien connu des civilistes, et de vérifier si les conclusions du droit civil y étaient transposables ou si le droit pénal faisait preuve d'une originalité irréductible aux thèses civilistes, dont il fallait déduire des solutions propres à nourrir la thèse d'une « autonomie du droit pénal » alors très en vogue<sup>1</sup>.

**5. – Droit transitoire.** Le second enjeu, moins théorique – et, pour le dire de façon cavalière, moins attaché à une logique d'étiquettes ou de boutiques –, qui était l'enjeu essentiel de ce débat, tenait à l'empreinte directe que la résolution de la question – constitutif ou déclaratif ? – aurait sur le droit pénal transitoire. En effet, schématiquement, pour déterminer les principes d'application de la loi pénale dans le temps, deux grandes positions s'affrontaient : la première avançait que la survie de la loi ancienne – celle du temps de l'infraction – était le principe, de sorte que la « rétroactivité *in mitius* » de la loi nouvelle plus douce – celle du temps du jugement – était

une exception ; la seconde rétorquait, dans une logique exactement inverse, que l'application immédiate de la loi pénale nouvelle – celle du temps du jugement – était de principe, mais qu'exceptionnellement la loi nouvelle plus sévère serait d'application post-active, c'est-à-dire que la loi ancienne – celle du temps de l'infraction – survivrait. L'enjeu était donc capital pour dégager, à destination des juges notamment, un *vademecum* d'application de la loi pénale dans le temps, *a fortiori* à une époque où, le principe dit « de rétroactivité *in mitius* » n'ayant pas été constitutionnellement ou conventionnellement consacré, le juge judiciaire pouvait être tenté d'en faire abstraction.

### 6. – Constitution d'une situation juridique.

Ces deux positions parfaitement antagonistes avaient un rapport direct avec la question de la nature constitutive ou déclarative du jugement pénal. En effet, dans la théorie générale du droit transitoire développée par Roubier, les lois nouvelles sont d'application immédiate aux situations juridiques en cours de constitution ; en revanche, elles sont d'application post-active relativement aux situations juridiques déjà constituées et aux effets qu'elles ont déjà produits. Il importait donc de savoir si, en matière pénale, dans l'hypothèse d'une loi nouvelle entrée en vigueur entre le jour de commission de l'infraction et le jour du jugement de l'auteur de ladite infraction, la situation juridique de référence était d'ores et déjà constituée lors de l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi ou, à l'inverse, si elle n'était qu'en cours de constitution à cette date, le jugement pénal permettant seul de clore la constitution de la situation juridique. Il fallait trancher cette question pour savoir si le juge devait appliquer la loi ancienne, en vigueur au jour de l'infraction, ou la loi nouvelle, en vigueur au moment du jugement. Deux grandes thèses s'opposaient sur ce sujet.

### B. L'antagonisme des thèses

**7. – Nouveauté du débat.** S'interroger sur la date de constitution d'une situation juridique pour déterminer la loi qui lui est, *ratione temporis*, applicable : c'est là une question que, avant Roubier et sa théorisation du droit transitoire, la doctrine pénaliste ne se posait guère. Les

1. V. not. G. Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.

classiques considéraient, en vertu du principe de non-rétroactivité des lois consacré par l'article 2 du code civil, que la loi en vigueur à la date de commission de l'infraction devait s'appliquer jusqu'au jour du jugement de l'infraction inclus, sauf loi postérieure plus douce. La notion même de « situation juridique », constituée ou non, ne faisait pas partie des débats. L'essentiel des justifications d'une telle solution était politique ou méta-juridique : la doctrine précisait qu'une « application rétroactive de la loi nouvelle plus sévère lèserait le droit acquis qu'a le délinquant, à l'encontre de la société, à ne pas voir sa condition devenir pire par l'effet de la loi », et que la rétroactivité *in mitius*, exceptionnelle, ne se justifiait que « par des raisons d'humanité et d'équité en faveur du prévenu, et par l'idée qu'en promulguant une disposition moins sévère, l'État a renoncé à une répression devenue inutile, qu'il serait injuste de mettre en œuvre au moment même de l'abroger »<sup>2</sup>. Par trop méta-juridiques et insuffisamment techniques, de telles justifications ont fini par montrer leurs limites, lorsque Roubier, par sa théorie, a entendu démontrer juridiquement et logiquement la thèse inverse.

**8. – Roubier et la notion d'effet immédiat.** La thèse de Roubier repose sur une distinction, essentielle, entre l'effet rétroactif d'une loi, d'une part, et son effet immédiat, d'autre part. L'éminent auteur reprochait aux classiques d'avoir abusivement confondu les deux notions et d'avoir mal appliqué l'article 2 du code civil prohibant la rétroactivité. Ainsi, pour Roubier, la rétroactivité revient à affecter les situations juridiques constituées avant l'entrée en vigueur de la loi, ainsi que les effets qu'elles ont déjà produits avant cette date. Il s'agit de revenir sur ce qui était déjà cristallisé. En revanche, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi nouvelle aux situations juridiques qui n'étaient qu'en cours de constitution lors de son entrée en vigueur, c'est-à-dire dont la constitution n'est devenue parfaite que

postérieurement, alors il n'est plus question de rétroactivité mais tout simplement d'effet immédiat.

**9. – Roubier et l'empire de l'effet immédiat en droit pénal.** Appliquée à la loi pénale, cette distinction entre rétroactivité et effet immédiat conduit, selon Roubier, à devoir consacrer les solutions de principe suivantes : en cas de conflit, « c'est la loi nouvelle qui est en principe compétente (principe de l'effet immédiat de la loi), sauf dans les cas où elle est plus sévère que la loi ancienne (principe de non-rétroactivité de la loi) »<sup>3</sup>. Ce principe d'une application immédiate de la loi nouvelle ne souffre, selon cette théorie, aucune objection – et en tout cas pas celle qui consisterait à faire observer que, sous l'empire de la loi ancienne, les faits reprochés au prévenu étaient déjà qualifiables d'infraction et lui faisaient déjà encourir certaines peines, de sorte que l'application de la loi nouvelle serait rétroactive et non immédiate. Pour Roubier, l'argument ne tient pas, dès lors que le fait finalement poursuivi « n'avait pas produit encore ces effets juridiques [qualification infractionnelle, sanction pénale], tant qu'un jugement prononçant la peine n'était pas intervenu »<sup>4</sup> : la situation juridique était encore en cours de constitution lors de la commission de l'infraction, ce dont il faut déduire que l'application de la loi entrée en vigueur dans l'intervalle séparant le jour de cette commission et le jour du jugement pénal est une application non point rétroactive mais immédiate<sup>5</sup>, que le principe de non-rétroactivité est donc impropre à neutraliser.

**10. – Roubier et le rôle assez limité de la non-rétroactivité en droit pénal.** En effet, pour Roubier, ce n'est qu'à la marge que le principe de non-rétroactivité est appelé à jouer un rôle en droit pénal, dès lors que « les lois nouvelles peuvent toujours atteindre les situations en cours sans rétroactivité, à moins cependant qu'elles ne prétendent agir sur des éléments

2. C'est ainsi que Merle et Vitu (*Traité de droit criminel*, t. I, Éd. Cujas, 1998, 7<sup>e</sup> éd., n° 253) synthétisent la pensée d'auteurs classiques tels qu'Ortolan ou Chauveau et Hélie. L'on précisera que certains auteurs avançaient aussi l'idée que la fonction de prévention générale de la loi pénale serait inefficace à l'égard des infractions déjà commises avant son entrée en vigueur, ce qui emporterait logiquement une application de la loi nouvelle uniquement pour l'avenir.

3. P. Roubier, *Le droit transitoire*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1960 (rééd. 2008), n° 90-III, p. 466 et s.

4. *Ibid.*

5. C'est la raison pour laquelle Roubier se refuse à parler de « rétroactivité *in mitius* » pour évoquer l'application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date de l'infraction et la date du jugement : il ne s'agit là, pour lui, que d'une hypothèse d'application immédiate sans rapport avec la rétroactivité.

antérieurs à la loi pour leur donner des effets juridiques que la loi antérieure ne comportait pas »<sup>6</sup>. Ainsi, à en croire le Doyen Lyonnais, en droit pénal, le principe de non-rétroactivité vise essentiellement, d'une part, à écarter l'application à un individu déjà condamné de lois d'incrimination et de pénalité entrées en vigueur postérieurement à sa condamnation, ce qui est logique, et, d'autre part, à justifier l'inapplicabilité d'une loi nouvelle plus sévère à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. En effet, selon lui, une loi nouvelle créant une infraction ou aggravant la peine encourue, par exemple, « ne pourrait pas être appliquée, sans qu'il y ait rétroactivité, aux faits antérieurs à la loi, dans un jugement postérieur »<sup>7</sup>. Pour le dire autrement, Roubier consacre comme solution de principe l'application immédiate, aux faits non encore condamnés, des lois d'incrimination et de pénalité nouvelles, et comme solution exceptionnelle la survie de la loi ancienne lorsque l'application immédiate de la loi nouvelle, du fait de sa plus grande sévérité, confinerait à la rétroactivité.

**11. – Vitu et le rôle très limité de la non-rétroactivité en droit pénal.** S'il fait sien l'essentiel de cette théorie, c'est-à-dire tant son présupposé – effet immédiat et rétroactivité doivent être rigoureusement distingués – que ses conclusions – le principe est l'application immédiate de la loi pénale nouvelle, l'exception l'application post-active de cette loi nouvelle lorsqu'elle est plus sévère –, c'est quant à la justification de cette dernière exception que Vitu va se démarquer de Roubier. À ce dernier, le grand pénaliste nancéen reproche, dans sa thèse de doctorat consacrée au droit pénal transitoire, une « contradiction interne »<sup>8</sup>. De fait, Roubier considère, d'une part, que c'est l'interdiction de la rétroactivité qui conduit à neutraliser exceptionnellement l'effet immédiat d'une loi nouvelle lorsqu'elle est plus sévère, ce qui semble conférer une « valeur juridique propre »<sup>9</sup> à l'infraction,

en ce qu'elle « fixe un maximum à la répression éventuelle » ; mais, d'autre part, Roubier refuse d'accorder toute valeur juridique propre à l'infraction lorsqu'il s'agit de justifier le principe d'application immédiate de la loi nouvelle plus douce, en considérant que l'infraction « n'avait pas encore produit [ses] effets juridiques » que seul le jugement de condamnation postérieur emporterait. Ces deux propositions sont incompatibles, ainsi que le relève Vitu : « ou bien on accorde à l'infraction une valeur juridique propre, et on explique ainsi la survie de la loi ancienne plus douce mais on ne justifie plus l'application immédiate de la loi nouvelle ; ou [bien] à l'inverse, on admet que les faits antérieurs au jugement n'ont aucune valeur en eux-mêmes, et on justifie l'application immédiate de la loi nouvelle mais on ne justifie plus la survie de la loi ancienne plus douce »<sup>10</sup>.

**12. – Vitu et l'explication proprement pénaliste de la survie de la loi ancienne plus douce.** Aussi, à la justification, par Roubier, de l'exception d'application post-active de la loi nouvelle plus sévère, Vitu entend substituer une autre explication qui conduirait au même résultat *in fine* sans sacrifier à une « contradiction interne » de raisonnement. Pour ce faire, il reprend une analyse, déjà avancée par Garçon, qui fait la part belle non pas au principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle, commun à toutes les branches du droit en vertu de l'article 2 du code civil, mais à un principe propre au droit pénal : le principe de légalité des délits et des peines. Pour Vitu, « un tribunal ne peut, sans compromettre la sécurité des justiciables, punir des coupables d'une peine qui n'était pas prononcée par la loi avant que cette infraction ait été commise »<sup>11</sup> ; c'est donc le principe *nulla poena sine lege praevia* qui va, exceptionnellement, neutraliser le jeu du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle. Un principe spécifiquement pénal vient ainsi tempérer, ponc-

6. *Ibid.*

7. *Ibid.* Roubier justifie son raisonnement ainsi : « au temps de la loi antérieure, ce fait n'était pas puni, ou n'était puni que d'une peine moindre ; une loi nouvelle peut bien agir sur la destinée ultérieure d'une situation juridique en cours, en l'empêchant de se constituer ou en amoindrissant ses effets ; mais elle ne peut pas agir sur la partie écoulée d'une situation juridique, en lui faisant produire des effets qui ne pouvaient en résulter sous la loi en vigueur, ou des effets plus forts que ceux qui pouvaient en être tirés sous cette loi ».

8. A. Vitu, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, thèse Nancy, 1945, n° 67.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*, n° 77.

tuellement, la portée de l'application, en droit pénal, des règles communes de droit transitoire. Ce faisant, Vitu confère au principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle une place encore plus marginale que ne le faisait Roubier.

**13. – Roubier et Vitu pour la nature constitutive du jugement pénal.** À cette divergence près, ces deux auteurs partagent leurs conclusions. Le recours, par Vitu, au principe de légalité pour expliquer l'exception d'application post-active de la loi nouvelle, outre qu'il signe sinon l'autonomie du moins la spécificité de la matière pénale, vient de surcroît corroborer un postulat défendu par Roubier : la situation juridique du condamné, si elle est créée au jour de l'infraction, n'est vraiment constituée qu'au jour du jugement de condamnation<sup>12</sup>. Roubier l'affirmait sans aucune ambiguïté : « en matière pénale, le juge fait ce que ni les parties, ni un arbitre quelconque, ne peuvent faire, et ce que son caractère seul de fonctionnaire public lui permet de faire ; son activité n'est pas déclarative, mais constitutive d'une situation juridique. [...] Il ne s'agit pas de reconnaître une situation juridique antérieure, mais bien de créer une situation juridique nouvelle [...]. Il résulte de là – indiscutablement – que le jugement, en matière pénale, est dans tous les cas constitutif d'une situation juridique, puisque la peine ne peut pas exister sans un jugement qui la prononce »<sup>13</sup>. Il ne faisait aucun doute, aux yeux de Roubier, que le « jugement prononçant la peine [...] n'est pas déclaratif mais constitutif d'une situation juridique ; la situation juridique pénale n'existait pas avant ce jugement »<sup>14</sup>. Vitu lui emboîte le pas avec la même conviction, empreinte de certitude : « c'est en matière pénale que l'on trouve l'exemple-type du jugement constitutif. [...] Le juge accomplit bien ce que ni les parties, ni un arbitre n'auraient pu faire : il use de son *imperium*, il met en œuvre le *jus gladii*, qui est la plus haute attribution de l'État. [...] Le jugement est le seul élément créateur de la peine : l'infraction

n'en est que l'occasion »<sup>15</sup>. L'acharnement de ces auteurs à défendre, de la sorte, la nature constitutive du jugement pénal se comprend aisément : il s'agit, ni plus, ni moins, de la clef de voûte de la théorie de droit transitoire pénal dégagée par Roubier et Vitu. En effet, si le jugement pénal n'est pas constitutif de la situation juridique mais simplement déclaratif, alors cela signifie que ladite situation est d'ores et déjà constituée au jour de l'infraction et que, consécutivement, la force du principe doit être donnée, non pas à l'application immédiate, mais à l'application post-active de la loi nouvelle. C'est précisément la thèse défendue par Merle.

**14. – Merle et le principe de survie de la loi pénale ancienne.** À l'exact opposé de Roubier et Vitu, le grand pénaliste toulousain se prononce en faveur de la nature déclarative du jugement pénal et en déduit la primauté du principe de survie de la loi ancienne, tempérée exceptionnellement par le jeu de la « rétroactivité *in mitius* ». Si, *in fine*, il aboutit aux mêmes solutions que les classiques – celles-là même que Roubier avait entendu rendre obsolètes –, son raisonnement pour y parvenir est original, qui peut être décomposé en deux grandes étapes : d'abord, Merle dénie toute réalité à la notion de « jugement constitutif », en général ; ensuite, il applique cette thèse globale à la matière pénale pour refuser au jugement de condamnation les qualités « constitutives » que Roubier et Vitu, dans le sillage d'une tradition bien établie, lui prêtent.

**15. – La distinction classique entre jugements constitutifs et déclaratifs.** L'on fait classiquement remonter à Merlin la distinction opérée, parmi les jugements, entre ceux qui seraient simplement déclaratifs de droit et ceux qui seraient constitutifs de droit, selon l'incidence qu'ils ont sur l'ordonnancement juridique. Les premiers se borneraient à reconnaître des droits ou des situations juridiques qui existaient déjà, quand les seconds, eux, participeraient pleine-

12. Comme le fait observer Vitu (*op. cit.*, n° 74 bis), « si le juge ne peut dépasser un certain niveau maximum de répression, c'est en raison du principe "nulla poena sine lege" qui [...] s'impose en effet à l'activité répressive du juge, pour mettre une barrière à un arbitraire qui pourrait être dangereux pour l'individu ; et comme tel, ce principe agit au jour du jugement et non pas au jour de la commission de l'infraction, puisque c'est au moment du jugement que s'exerce cette activité répressive ; le principe de légalité est une des conditions du jugement, pas le moins du monde un effet de l'infraction ».

13. P. Roubier, *op. cit.*, n° 90-II, p. 466.

14. P. Roubier, *op. cit.*, n° 90-II, p. 467.

15. A. Vitu, *op. cit.*, n° 76.

ment à la création d'un droit ou d'une situation juridique nouvelle. Les premiers constatent, révèlent ou restaurent la portée juridique de ce qui est déjà ; les seconds font davantage : œuvre créatrice. Classique, cette distinction a traversé les décennies et continue d'être enseignée, notamment lors de l'étude, en procédure civile, de l'efficacité substantielle des jugements *ratione temporis*<sup>16</sup>. Le jugement constitutif est usuellement identifié comme celui campant « un élément légal nécessaire de la naissance d'un droit qui, à son défaut, serait incomplet, inexistant »<sup>17</sup> ; le recours obligatoire à la justice pour obtenir un droit est donc un indice important de sa constitutivité. De même, lorsque le juge est investi d'un fort pouvoir discrétionnaire, il est probable que le jugement qu'il rend soit de nature constitutive<sup>18</sup>.

**16. – Merle et la négation de la notion de « jugement constitutif ».** Dans sa thèse de doctorat, Merle a toutefois entendu démontrer que, quelle que soit la branche du droit étudiée, il n'existait pas de « jugement constitutif » et que la distinction classique n'avait pas lieu d'être. Selon lui, tous les jugements sont déclaratifs, et cette « *déclarativité* » s'exprime, d'une part, à travers un « effet négatif sur la création du droit » et, d'autre part, un « effet positif sur l'efficacité du droit »<sup>19</sup>. Par là, Merle entend que, d'une part, « tout jugement se prononce, explicitement ou implicitement sur l'existence ou l'inexistence d'un droit au profit de la partie demanderesse ou requérante »<sup>20</sup>, ce dont il déduit que le jugement n'est jamais constitutif ; mais il entend également que, d'autre part, « le jugement permet à ces droits préexistants, mais à des degrés diversement efficaces, de s'exercer désormais complètement et librement »<sup>21</sup>. Pour le dire autrement, à l'aune de cette analyse, le jugement peut affecter la situation juridique

quant à son efficacité, mais pas quant à son existence : elle lui préexiste. Pour Merle, la distinction classique procède d'une confusion entre l'effet positif des jugements et un supposé effet constitutif, qu'il invite à dépasser en intégrant « cet effet positif dans la notion de déclarativité [ce qui] permet d'exprimer les effets des jugements par une conception unitaire. Les jugements ont tous le même contenu : il ne saurait y avoir que des différences de degré dans l'étendue de leur action sur le fond du droit et dans les procédés techniques qu'ils mettent en œuvre »<sup>22</sup>. C'est donc une nouvelle distinction, de degrés, entre jugements déclaratifs indicatifs et jugements déclaratifs impératifs, que Merle invite à substituer à la distinction classique, selon lui erronée.

**17. – Merle sur la nature déclarative du jugement pénal.** Appliquée au cas spécifique du jugement de condamnation, cette analyse conduit à une conclusion exactement inverse à celle de Roubier ou Vitu. En effet, pour Merle, le jugement pénal ne déroge pas à la règle, par lui dégagée, selon laquelle tout jugement est déclaratif et non constitutif. Selon lui, le jugement pénal tend à rechercher et constater une situation qui existait d'ores et déjà lors de la commission de l'infraction, et dont il ne fait que tirer les conséquences punitives – le fameux « effet positif » du jugement pénal, qui invite sans doute à le ranger parmi les jugements déclaratifs impératifs<sup>23</sup>. Niant que le jugement pénal puisse être constitutif, Merle tient pour acquis que « la situation juridique du délinquant est tout entière constituée en un trait de temps unique, c'est-à-dire au jour même de l'infraction. [...] Le jugement n'intervient pas pour créer les éléments composants de la condamnation, mais seulement pour vérifier leur existence et ordonner que

16. V. par exemple C. Bouty, *vo* « Chose jugée », *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2018, n<sup>os</sup> 48 et s.

17. Malbec, cité par R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1948, éd. Rousseau et cie, n<sup>o</sup> 45.

18. Le recours obligatoire au juge, en pénal, pour obtenir une condamnation, d'une part, et la marge de manœuvre, confinant à un pouvoir discrétionnaire – mais pas arbitraire : le principe de légalité et les *maxima* pénaux légalement encourus jouent leur rôle de garde-fou –, dont dispose le juge pénal pour choisir la peine, d'autre part, accréditent un peu plus la thèse selon laquelle le jugement pénal serait constitutif.

19. R. Merle, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 71.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. V. R. Merle, *Droit pénal général complémentaire*, PUF, 1958, p. 32 et s.

leurs pleines conséquences juridiques, jusqu'alors inefficaces, se produisent dans l'avenir »<sup>24</sup>. En d'autres termes, le jugement pénal libère<sup>25</sup> l'efficacité de la situation juridique et fait produire à celle-ci ses effets, mais il ne la crée pas : cette situation juridique est constituée antérieurement au jugement<sup>26</sup>.

**18. – Merle et le droit transitoire pénal « néo-classique ».** Ce faisant, si ce n'est pas le jugement pénal qui achève la constitution de la situation juridique mais que celle-ci est d'ores et déjà constituée au jour de la commission de l'infraction, alors toute loi nouvelle postérieure à l'infraction ne peut être appliquée, le jour du jugement, qu'au prix d'une rétroactivité (et non en vertu de ses effets immédiats). Lors, la prohibition de la rétroactivité des lois emporte que le principe est la survie de la loi pénale ancienne, et que l'exception est l'application d'une loi nouvelle plus douce, non par application immédiate mais par une « rétroactivité *in mitius* » dont la dénomination retrouve sa pertinence. La thèse de Merle est donc « néo-classique » en ce que c'est par une justification originale qu'elle revivifie les thèses classiques face aux thèses modernes de droit transitoire pénal.

**19. – Moderne contre moderne.** Si l'on se situe sur le terrain du droit transitoire, alors assurément Roubier est un moderne... et même « le » moderne par excellence, qui a balayé les constructions classiques, trop nuancées, qui confondaient application immédiate et application rétroactive. Mais si l'on se situe sur le terrain de la nature ou des effets du jugement, alors Roubier est un classique, qui fait sienne la distinction entre les jugements constitutifs et déclaratifs. Merle, à l'inverse, est un moderne à cet égard, qui s'affranchit de cette dichotomie classi-

que pour en proposer une nouvelle – jugement indicatif contre jugement impératif –, au sein de l'ensemble plus vaste des jugements qui, tous, seraient déclaratifs. Mais, sur l'application de la loi pénale dans le temps, Merle se fait moins révolutionnaire : il justifie les solutions classiques. Voici donc un moderne, Roubier, qui s'appuie sur une thèse classique pour charpenter l'argumentation de sa thèse moderniste ; et voici donc un autre moderne, Merle, qui s'appuie sur une thèse moderniste pour revivifier les solutions d'une thèse classique. Cette controverse illustre parfaitement que, lu sur le temps long, un débat doctrinal permet toujours de considérer tel ou tel auteur comme moderne par rapport à un autre, plus classique, et vice-versa. Dans une controverse doctrinale, l'on est toujours appelé à devenir le « néo-classique » d'un camp contre un autre... au risque, parfois, d'embrasser une carrière de transfuge : l'ampleur, ou « grandeur », de ladite controverse, alors, semble s'estomper.

## II. Un destin de petite controverse ?

**20. – La paix, de guerre lasse ?** Ce débat qui semblait, à la fin de la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle<sup>27</sup>, devoir être une grande controverse a vu son importance s'amenuiser au fil des décennies suivantes, jusqu'à ne laisser aujourd'hui qu'un souvenir de petite controverse. À cet affaiblissement, il est plusieurs raisons tenant, essentiellement, à l'évolution du droit positif, qui a relativisé les enjeux, et, de façon plus anecdotique, au rapprochement de Merle et Vitu (A). Il n'en demeure pas moins qu'une « petite » controverse ne confine pas à une absence de controverse : les deux thèses en présence trouvent, encore aujourd'hui, un réel intérêt théorique (B).

24. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 254, 3°. Il est rejoint, en ce sens, par Levasseur (« Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps », in *En hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 189 et s., n° 8) qui affirme que « le moment de [...] cristallisation » de la situation juridique pénale est « le jour où l'infraction a été commise (ou prétendument commise) ; il s'est produit dès ce moment-là une modification dans l'état des faits qui a entraîné instantanément la naissance d'une situation juridique dont les conséquences ont été déduites progressivement par la suite ».

25. C'est bien de libération qu'il s'agit car, ainsi que le résume le Doyen A. Decocq (*Droit pénal général*, Éd. Armand Colin, 1971, p. 77) à la suite de Merle, le propre du jugement pénal comme jugement déclaratif impératif est de « lever un obstacle légal à l'efficacité d'une situation juridique antérieure (l'impossibilité d'infliger une sanction pénale sans jugement, fût-ce avec le consentement du délinquant) » et, ce faisant, « [ordonner] que celle-ci produise ses effets ».

26. « Certes, les effets propres de la condamnation ne se produisent qu'au jour de son prononcé. Mais c'est là un trait commun à tous les jugements. La situation juridique pénale n'en pas moins "cristallisée", comme toute autre, au jour où ses conditions de fond ont été réunies, c'est-à-dire à celui de l'infraction » (*ibid.*).

27. La première édition du *Droit transitoire* de Roubier date des années 1930, la thèse de Vitu de 1945, celle de Merle de 1948.

## A. La relativisation progressive des enjeux

**21. – La consécration supra-législative de la « rétroactivité *in mitius* ».** L'enjeu capital de la controverse relative à la nature ou non « constitutive » du jugement pénal tenait à déterminer lequel du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle, tempéré par la survie exceptionnelle de la loi ancienne plus douce, ou du principe d'application post-active de la loi pénale nouvelle, tempéré par la « rétroactivité *in mitius* », devait l'emporter. Loin d'être un débat purement académique sans portée pratique immédiate, sorte de pendant juridique des discussions byzantines sur le sexe des anges, la controverse révélait en creux un intérêt majeur : l'application de la loi nouvelle plus douce était-elle « normale », logique, indépendamment de sa clémence, auquel cas les juges devaient s'y conformer par principe – c'est la thèse de Roubier et Vitu – ? Ou n'était-elle au contraire qu'une exception – thèse des classiques réactualisée par Merle –, une tolérance, qui contrevenait à une application de principe des lois anciennes et que les magistrats pouvaient, partant, plus facilement écarter ? Lorsque les modalités d'application de la loi pénale dans le temps n'étaient régies que par des normes de rang législatif (article 2 du code civil, ancien article 4 du code pénal), la « rétroactivité *in mitius* » n'était pas explicitement consacrée et, partant, faisait l'objet d'un respect très aléatoire par la jurisprudence<sup>28</sup>. Mais la substitution progressive de l'État de droit à l'État légal et la fondamentalisation des règles de droit pénal transitoire, *via* les relais constitutionnels et conventionnels, ont considérablement changé la donne. Désormais, la règle qui veut qu'une loi nouvelle plus douce doive être appliquée aux faits antérieurs à son entrée en vigueur et non encore jugés se voit conférer une impérativité bien supérieure. Elle a été consacrée par le Conseil constitutionnel<sup>29</sup>. Elle figure à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour ce qui concerne les lois de pénalité plus douces<sup>30</sup>. Et la Cour euro-

péenne des droits de l'Homme interprète désormais l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales comme consacrant une rétroactivité *in mitius* des lois d'incrimination et de pénalité<sup>31</sup>, quand la Cour de Justice de l'Union Européenne, elle, tient la rétroactivité *in mitius* pour un principe général de droit communautaire<sup>32</sup>. L'enjeu de la controverse semble donc affaibli, désormais : il n'est plus aussi impérieux de savoir si c'est la survie de la loi ancienne ou l'application de la loi nouvelle qui doit l'emporter au rang des principes puisque, en tout état de cause, le juge pénal est tenu, davantage qu'avant, de faire bénéficier le prévenu de la douceur d'une loi pénale nouvelle.

**22. – Une controverse abandonnée par ses principaux protagonistes ?** L'enjeu de la controverse semble d'autant plus relativisé que les principaux protagonistes eux-mêmes n'ont pas continué, par-delà les décennies, à ferrailer sur le sujet. Ainsi de Roubier, d'abord qui, dans la réédition du Droit Transitoire en 1960, esquive la dispute : dans sa bibliographie générale, il cite la thèse de Vitu, qui partage l'essentiel de ses vues, mais ne fait absolument aucune mention de la thèse de Merle qui niait l'existence des jugements constitutifs. Ce faisant, le doyen lyonnais se montre pour ainsi dire indifférent à la réactualisation du débat, qui annonçait pourtant de beaux développements : à cet égard, la promesse d'une grande controverse est demeurée lettre morte. Ladite controverse se fait *a fortiori* « petite » dès lors, ensuite, que Vitu, principal relais de l'analyse de Roubier sur la question au sein de la doctrine pénaliste, s'est associé à Merle pour rédiger une somme scientifique – leur fameux *Traité de droit criminel* – où ce sont les idées du pénaliste toulousain qui semblent l'avoir emporté sur celles du pénaliste nancéen. Ainsi, l'on peut lire sous la plume commune de Merle et Vitu que les néo-classiques « *estiment en effet, et à plus juste raison, semble-t-il, que la situation juridique de délinquant est tout entière*

28. Merle et Vitu (*op. cit.*, n° 254, III) déplorent d'ailleurs « les libertés que prend parfois la jurisprudence avec » cette règle : v., par exemple, les arrêts cités par A. Decocq, *op. cit.*, p. 80 et s. en matière de pratique de prix illicites ou d'infractions à la coordination des transports.

29. Cons. const., 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC, n° 75.

30. « Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ».

31. CEDH, Gr. ch., 17 sept. 2009, *Scoppola c/ Italie*.

32. CJCE, 3 mai 2005, *Silvio Berlusconi et a.*, *Gaz. Pal.*, 2005, Somm. 2081, note Soulard.

constituée en un trait de temps unique, c'est-à-dire au jour même de l'infraction. [...] Pour rendre encore plus forte l'argumentation, on ajoutera qu'il est discutable d'assimiler la condamnation pénale à un jugement constitutif. La notion même de jugement constitutif suscite des réserves »<sup>33</sup>. Est-ce à dire que Merle a définitivement emporté la conviction sur le sujet ? Cela n'est pas certain<sup>34</sup> car chacune des deux thèses conserve un intérêt théorique qui permet d'offrir une grille de lecture intéressante du droit pénal contemporain.

## B. L'utilité contemporaine des thèses

**23. – Absence de désuétude pratique de la controverse.** Merle et Vitu eux-mêmes en convenaient dans l'ultime édition de leur *Traité* : « la querelle entre les doctrines anciennes et les conceptions modernes peut apparaître assez vaine [mais] elle est moins platonique peut-être qu'on ne le pense »<sup>35</sup>. De fait, en dépit de la consécration constitutionnelle et conventionnelle de la « rétroactivité *in mitius* », la jurisprudence continue parfois d'éprouver quelques réserves à son endroit – notamment dans l'application de la législation pénale en matière de revente à perte ou de favoritisme<sup>36</sup> – ; aussi l'enjeu de la controverse n'est-il pas si désuet que cela en pratique.

**24. – Maintien de l'intérêt théorique de la controverse.** Mieux : sur un plan plus théorique, la confrontation des deux thèses antagonistes peut continuer de susciter l'intérêt, au regard de l'évolution considérable du droit de la peine depuis la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle. La date-charnière à prendre en compte ici est sans doute 1975<sup>37</sup>, avec l'institution d'une dispense

de peine et d'un ajournement du prononcé de la peine. C'est la loi elle-même qui est venue, au moins partiellement, décorréliser les deux questions de la culpabilité et de la peine. Il existe désormais des jugements déclarant la culpabilité d'un prévenu qui ne sont pas des jugements de condamnation. Or, cette quasi-césure au sein du jugement pénal a permis d'identifier, derrière une notion que l'on croyait unitaire, deux notions sous-jacentes différentes qui, chacune, semblent devoir suivre un régime particulier, notamment en matière de droit transitoire. Pour identifier ce régime, recourir aux thèses avancées par Roubier et Vitu ou par Merle peut s'avérer fort utile – et l'on peut, même, pourquoi pas, espérer, sinon les réconcilier, du moins les concilier en donnant à chacune un champ d'application propre.

**25. – Merle pour la décision sur la culpabilité.** La décision sur la culpabilité, à n'en pas douter, est exclusivement rétrospective : elle est tout entière tournée vers un fait passé, l'infraction, et il est raisonnable de considérer qu'à cet égard, le jugement pénal est purement déclaratif, ainsi que le soutenait Merle. Il constate, en jugement « indicatif », une responsabilité qui était déjà intégralement « cristallisée » au jour de la commission de l'infraction. L'on pourrait même à la rigueur lui conférer également une vertu « impérative » en ce qu'il lève un obstacle légal (la présomption d'innocence) à l'efficacité de la situation juridique (la déclaration de culpabilité). La logique voudrait donc, si l'on tire une leçon en matière de droit transitoire, que, pour les lois d'incrimination, la survie de la loi ancienne soit le principe et la rétroactivité *in mitius* l'exception. Cela explique peut-être les « libertés » prises par la jurisprudence avec cette rétroactivité

33. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 254, III.

34. C'est d'autant moins certain que la notion de jugement constitutif continue d'être défendue : v. par exemple C. Bouty, *op. cit.*, n°s 56 et s.

35. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 254, III.

36. V. les différents arrêts cités par W. Jeandidier (« Art. 112-1 à 112-4 – Fasc. 20 : application de la loi pénale dans le temps », *JCI. Pénal Code*, 2018, n° 22 et s.) et dans lesquels la chambre criminelle de la Cour de cassation manifesterait « une hostilité déclarée à la règle de la rétroactivité *in mitius* ». L'on rappellera aussi que la Cour de cassation (Crim., 6 oct. 2004, n° 03-84.827) a retenu de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques une interprétation littérale et particulièrement restrictive, limitant la portée de la rétroactivité *in mitius* qu'il consacre aux seules lois de pénalité et non aux lois d'incrimination – et ce, contre l'avis du Comité des droits de l'Homme de l'ONU. Parfois, c'est au nom de « l'indivisibilité » des dispositions légales nouvelles que la jurisprudence écartera (trop ?) facilement le jeu de la rétroactivité *in mitius* de certaines d'entre elles : v. encore récemment, en matière de dopage dans le domaine sportif, CE 24 sept. 2018, req. n° 416210.

37. L. n° 75-624 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de droit pénal, *JORF*, 13 juil. 1975, p. 7219 s. ; sur cette réforme importante, v. A. Decocq, « Chronique législative (textes publiés au Journal officiel du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 1975) », *RSC*, 1975, p. 725 et s.

*in mitius* dans l'application de certains textes d'incrimination<sup>38</sup>.

**26. – Roubier et Vitu pour la décision sur la peine.** En revanche, pour ce qui est de la décision sur la peine, c'est-à-dire sur le choix de la nature, du quantum et des modalités de la peine prononcée, le droit pénal contemporain se caractérise par une logique bien plus prophylactique que rétrospective. Certes, parmi les fonctions de la peine, la rétribution punitive est encore visée par le législateur. Mais à ses côtés, la dimension préventive tend de plus en plus à l'emporter, à travers la prévention de la récidive et l'encouragement de la resocialisation. La peine prononcée sert des intérêts qui débordent largement la seule question de la punition d'une faute passée : elle s'inscrit dans une économie de la garantie sécuritaire indexée sur le présent et surtout sur l'avenir. La justice pénale n'a pas attendu les promesses des algorithmes pour se vouloir prédictive – ou à tout le moins préventive : chez les positivistes italiens, certes, mais aussi et surtout, en France, chez Saleilles et Ancel, la dénaturation de la peine au profit d'une responsabilité sociale plus que morale a conduit à intégrer la question de la « dangerosité » dans le choix de la peine, qui moins objective, plus subjective, devient moins une réponse au délit qu'une réponse au délinquant. Ainsi, si le choix de la peine « individualisée » doit être guidé par les finalités de celle-ci – à savoir, notamment, « assurer la protection de la société », « prévenir la commission de nouvelles infractions » par le condamné et « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion »<sup>39</sup> – et donc prendre en compte « la personnalité [du condamné] ainsi que [...] sa situation matérielle, familiale et sociale »<sup>40</sup>, alors il est bien évident que la situation juridique du condamné (et non seulement du coupable), si elle s'ouvre au moment de l'infraction<sup>41</sup>, n'est

parfaitement constituée qu'au jour du jugement de condamnation. Car ce dernier ne se contente pas d'être déclaratif-impératif, c'est-à-dire de lever un obstacle et de faire produire ses effets à une situation antérieurement constituée : en réalité, il achève vraiment de constituer cette situation, en l'indexant sur des éléments présents, et en tout état de cause postérieurs à l'infraction. Le comportement du condamné durant l'instruction ou durant la phase d'ajournement de la peine, l'évaluation de sa dangerosité, de ses chances de réinsertion et du risque de récidive : c'est à partir de données non passées mais bel et bien présentes – et ouvertes sur le futur<sup>42</sup> –, que le juge pénal se prononce sur la peine. Lors, il devient plus délicat de refuser à cette condamnation sa qualité de jugement constitutif. Depuis 1975, le jugement de condamnation n'est plus susceptible d'être regardé comme la simple imposition d'une sanction pénale qui allait de soi *ab initio* dès le jour de l'infraction. En toute logique, si l'on doit en tirer des enseignements sur le régime de droit transitoire des lois de pénalité, il semble qu'il faille, ici, faire sienne l'analyse de Roubier et Vitu : l'application immédiate de la loi nouvelle est de principe, sauf exception de survie de la loi ancienne en vertu du principe de légalité des peines lorsque la loi nouvelle aggrave la peine. Cela offre notamment un outil d'analyse théorique supplémentaire pour expliquer l'effet immédiat généralement attaché aux lois instituant des mesures de sûreté, que d'aucuns voudraient moins sensibles au principe de légalité et ses corollaires que ne le sont les peines purement rétributives<sup>43</sup>.

**27. – La paix par la partition.** Si l'on voulait schématiser, l'on pourrait avancer que Merle sort vainqueur de la controverse sur le terrain des lois d'incrimination mais que Roubier et Vitu gagnent sur le terrain des lois de pénalité. La paix – c'est-

38. V. *supra* n° 21 et n° 23.

39. C. pén., art. 130-1.

40. C. pén., art. 132-1.

41. La peine entend encore, pour partie, « sanctionner l'auteur de l'infraction » et « restaurer l'équilibre social » (C. pén., art. 130-1) notamment en tenant compte « des circonstances de l'infraction » (C. pén., art. 132-1).

42. Dans cette perspective, la « responsabilité » n'est plus tant la condition préalable à la peine que la finalité de la peine elle-même : à cet égard, l'on rappellera que les propositions avancées par la *Défense sociale nouvelle* et allant dans le sens de la consécration d'une nature prospective de la peine, avaient été synthétisées via une expression aux allures de slogan, la « pédagogie de la responsabilité », forgée par... Merle (« Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *RSC*, 1965, p. 727) !

43. Sur cette question, v. nos propres développements : *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse Paris II, dir. Ph. Conte, 2016, n°s 309 et s.

à-dire la conciliation des deux thèses par-delà la controverse – ne semble donc possible que par l'attribution à chacun des belligérants d'un domaine propre, d'une portion du territoire disputé sur laquelle exercer son empire. La pacification du territoire total du « jugement pénal », objet de la guerre intellectuelle qui opposa ces deux thèses, ne peut avoir lieu qu'au prix d'une partition dudit territoire en deux parcelles distinctes : le jugement sur la culpabilité, d'une part, et le jugement sur la peine, d'autre part. Tout cela demeure schématique, bien sûr : l'existence d'une véritable « césure » dans le procès pénal n'est pas encore parfaitement établie, et le législateur ne tranche pas les choses de façon si nette, ni sur la dualité du jugement pénal, ni sur

sa nature, ni même sur les règles de droit transitoire. Mais c'est précisément cette indécision ou du moins ce défaut de choix explicitement exprimé par le législateur qui a pu inviter la doctrine à échafauder des théories controversées. Ainsi que le faisait observer Roubier, « des controverses aussi peuvent naître du silence du législateur [qui] se situent dans le champ des principes généraux du droit et font progresser nos connaissances scientifiques »<sup>44</sup>. Le propos vaut pour de nombreuses controverses, indépendamment de leur ampleur, grande ou petite, ou de leur pérennité, parfois plus tenace qu'une accusation trop rapide de désuétude n'aurait pu le laisser supposer...

---

44. P. Roubier, préface à la seconde édition du *Droit transitoire*, *op. cit.*, p. VIII.

# Petit cinq du Grand A :

## des controverses autour de la réserve héréditaire

### Des controverses autour de la réserve héréditaire

**Guillaume Drouot**

Professeur à l'Université de Bordeaux

**L**e droit des successions se prête-t-il à la controverse ? Affirmatif ! Comme le soulignait Catala, « il s'agit [...] pour cette branche du droit, d'assurer la transmission, environ trois fois par siècle, de tout le patrimoine de tous les Français. L'affaire n'est donc pas mince et fourmille de questions »<sup>1</sup>. Et, des questions aux controverses, il n'y a qu'un pas, aisément franchissable.

Nous retiendrons ici que la controverse, contrairement à la critique, implique un échange de vues, d'arguments<sup>2</sup> et que, contrairement à la polémique, elle n'a pas de ton violent ou passionné<sup>3</sup>. Dire qu'il n'y a pas de violence ou de passion ne signifie pas que les arguments soient portés à fleurets plus ou moins mouchetés ou qu'il n'y ait pas un certain délice à se disputer, ni une certaine délectation à recourir à la rhétorique (à commencer par l'usage de la prolepse). La controverse serait ainsi une discussion animée et alimentée par des arguments se répondant, discussion que l'on peut imaginer guidée par le

souci de la recherche de la vérité ou d'une certaine vérité. En ce sens, la controverse est un art méritant d'être entretenu, une entreprise salvatrice de tri et de hiérarchisation des arguments. Pour reprendre les mots que Platon utilise à propos de la dialectique, la controverse est une « purification de l'âme des opinions qui font obstacle aux sciences »<sup>4</sup>.

Par ailleurs, seule la controverse doctrinale sera ici examinée, qui, si elle peut poursuivre la même finalité de recherche de la vérité, se distingue des débats judiciaires, des hésitations ou des revirements jurisprudentiels, des débats parlementaires ou des changements de lois. Ce qui n'exclut pas, bien entendu, que la controverse doctrinale produise les phénomènes à l'instant décrits.

Le passage des questions aux controverses, disions-nous, est aisément franchissable. Il l'est d'autant plus lorsque les questions sont tout à la fois enrobées dans une technique pointue et fondamentalement politiques.

1. P. Catala, « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *LPA*, 2007, n° 129, p. 3 et s., spéc., n° 8.

2. Ainsi, les propositions de changement concernant la combinaison des quotités ordinaire et spéciale à la suite de la loi du 13 juillet 1963, ou les réactions suscitées par l'article 918 du Code civil, semblent plutôt relever de la critique du droit positif que de la controverse doctrinale. Sur la question, v. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 2014, 4<sup>e</sup> éd., n°s 745 et s., p. 662 et s. (articulation des quotités) et n° 1175, p. 1051 (C. civ., art. 918).

3. V. P. Deumier, « Autopsie d'une polémique : la QPC, la Cour de cassation et la doctrine », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 171 et s.

4. Platon, *Le Sophiste* (231 d), cité par F. Gil, V<sup>e</sup> « Controverse », in *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

Dire que le droit des successions est une matière technique confine à la banalité. La richesse des notions qu'il mobilise suffit à le démontrer : réserve, quotité disponible, rapport, imputation, donation, legs, testament, libéralités graduelle et résiduelle, donation-partage trans-générationnelle, etc. Autant de termes pouvant effrayer l'étudiant désireux de tenter l'aventure successorale.

Dire que le droit des successions est une matière profondément politique est peut-être moins évident. On pourrait y voir, précisément à cause de son caractère technique, une sorte d'outil très perfectionné de gestion du patrimoine ou encore une sorte de branche du droit privé dont la portée se limiterait aux études notariales. De fait, on imagine mal des cortèges de manifestants s'affrontant avec comme source de leur opposition les différentes méthodes d'imputation des libéralités en pleine propriété sur des droits en usufruit<sup>5</sup>. On peine de même à concevoir un jeune révolutionnaire sacrifier sa vie pour mettre fin au rapport des donations indirectes.

Pourtant, ce serait oublier que la grande technicité de la matière vise précisément à arbitrer de la manière la plus fine possible les intérêts très sensibles en présence, sensibles car mêlés d'affection et de passion familiales. Citons pêle-mêle la volonté du *de cujus*, son droit de propriété, les

attentes plus ou moins légitimes d'héritiers aspirant à la propriété et à l'égalité<sup>6</sup>, la question de la survie du conjoint et des ascendants après le décès, ou encore la conservation des biens dans la famille et la circulation de ces derniers auprès des tiers<sup>7</sup>. Le droit des successions intéresse donc la « petite » politique, c'est-à-dire la vie de la famille, premier lieu de socialisation et chaînon intermédiaire entre l'individu et la société.

À propos de cette dernière, le droit des successions est aussi lié à la « grande » politique. L'État, peut-il considérer que la propriété s'éteint avec le décès et que les biens lui reviennent, ou bien doit-il encourager « la propriété à s'allonger le long de la famille »<sup>8</sup> ? Se cachent derrière ces interrogations des choix de société. Permettre la transmission à un seul, étranger ou héritier, témoigne un penchant aristocratique ou libéral. Imposer la transmission à plusieurs un penchant égalitaire ou socialiste<sup>9</sup>.

Que le droit des successions relève de la « petite » et de la « grande » politique n'est pas surprenant. La « grande » politique nationale et la « petite » politique familiale influent l'une sur l'autre et sont inséparables. Une formule ancienne et célèbre en atteste : « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux »<sup>10</sup>. Le fait qu'il existe un rapport entre la famille et la société est difficile-

5. Sur lesquelles v. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 183, p. 190 et s.

6. L'article 917 du Code civil témoigne bien de la conciliation des intérêts des réservataires et des tiers (autres que le conjoint) lorsque ces derniers ont reçu une libéralité en usufruit. Sur la question, v. M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, coll. Manuel, 2017, 7<sup>e</sup> éd., n° 362, p. 276 et s.

7. À l'égard de ces deux derniers enjeux, pour avoir un exemple de conciliation relativement poussée des intérêts en présence, on peut se référer aux règles applicables à la réduction en valeur ou en nature à l'issue de la loi du 3 juillet 1971. Là-dessus, v. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 1211, p. 1083.

8. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, 10<sup>e</sup> éd., p. 384.

9. Comme le notait non sans malice Carbonnier : « aujourd'hui encore, c'est sur cette division spontanée que compte implicitement notre droit civil, non pas pour maintenir la propriété individuelle au-dessous d'une limite chiffrable, mais pour lui faire subir une pression diffuse qui l'éloigne de la démesure. La manière la plus séduisante d'accomplir le socialisme serait ainsi d'avoir beaucoup d'enfants, comme la forme la plus charmante de l'antimilitarisme était jadis d'avoir beaucoup de filles » (J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 380). À cet égard, on peut être surpris qu'« en URSS, les enfants mineurs, les père et mère et le conjoint n'ont droit à une réserve que s'ils sont inaptes au travail » (J. Brethe de la Gressaye, « Science et technique du droit successoral », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 57).

10. Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen de la Constitution de l'an III (1795), Des devoirs, art. 4.

ment contestable<sup>11</sup> et semble reconnu par tous, que l'on aille, par exemple, de l'anarchisme<sup>12</sup> au catholicisme<sup>13</sup>. Le droit des successions n'échappe donc pas à ce lien qui noue la famille et l'État. Selon Tocqueville<sup>14</sup>, les lois sur les successions « appartiennent [...] à l'ordre civil ; mais elles devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples<sup>15</sup> ». Quant à Le Play<sup>16</sup>, pour réformer l'ensemble de la société, il propose comme point de départ, comme levier de sa réforme, le rétablissement de la puissance paternelle, lequel passerait par l'institution d'une entière liberté de tester<sup>17</sup>.

Rappelons également que, pour imposer un ordre social nouveau, le droit révolutionnaire a recouru à la réforme du droit des successions, non sans accompagner les règles nouvelles d'une application rétroactive<sup>18</sup>. Auparavant, les enjeux politiques portés par le droit des successions avaient d'ailleurs pu faire obstacles à certaines réformes législatives. Lors des tentatives de codi-

fication initiées par Colbert<sup>19</sup> entre les années 1667 et 1685, le travail mené en parallèle par Guillaume de Lamoignon<sup>20</sup> aboutit à un projet de code assez novateur, notamment quant au souci d'unifier le droit sur le territoire français. Le sort réservé à l'un des ancêtres de la réserve, à savoir la « légitime », témoigne du caractère sensible des questions successorales. Dans le projet porté par Lamoignon, « la "légitime", attribuée aux enfants [...] devait être la même dans toute la France. L'Ordonnance de 1735 n'osera pas se rallier à cette solution très hardie. Elle maintiendra sur ce point, le dualisme entre pays coutumier et pays de droit écrit »<sup>21</sup>.

Matière passablement technique et profondément politique, le droit des successions réunit donc les éléments pour être une terre féconde de controverses.

Ont ainsi donné lieu à controverse doctrinale plusieurs mécanismes du droit des successions comme l'imputation des libéralités consenties au conjoint lors de la période comprise entre l'en-

11. V. récemment Ch. Bahurel, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *D.*, 2018, p. 859 et s.

12. S. Faure (dir.), *Encyclopédie Anarchiste*, V<sup>e</sup> « Famille », par J. Marestan (pseudonyme de Gaston Havard, 1874-1951) : « La famille, qui représente un petit état dans l'État, est ordinairement à l'image de la société dont elle est une partie constitutive. Le père y fait fonction de souverain. Despotisme jadis, jusqu'à conférer le privilège de disposer de ses enfants et même d'avoir sur eux droit de vie et de mort, son rôle est devenu plus modeste, à mesure que la femme prenait dans la vie publique une importance plus grande, et que la jeunesse s'émancipait au souffle des conceptions démocratiques et révolutionnaires. » *Adde*. P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Brocard, 1840, p. viii : « L'égalité peut-elle, par le droit de succession, être conservée entre des citoyens, aussi bien qu'entre des cousins et des frères ? en un mot, le principe de succession peut-il devenir un principe d'égalité ? ».

13. V. not. le Pape François, *La joie de l'amour*, Artège, 2016, p. 40 : « La famille est un bien dont la société ne peut pas se passer, mais elle a besoin d'être protégée » ; égal. p. 47 : « personne ne peut penser qu'affaiblir la famille comme société naturelle fondée sur le mariage soit une chose qui favorise la société. C'est le contraire qui arrive : cela porte préjudice à la maturation des enfants, à la culture des valeurs communautaires, et au développement moral des villes et des villages ».

14. 1805-1859.

15. Cité par F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 31, p. 31.

16. 1806-1882.

17. V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2012, p. 82.

18. V. not. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 60, p. 38. Contrairement à une idée reçue, héritée d'une manœuvre de Merlin de Douai, la rétroactivité ne serait pas due à l'intervention d'Héaut de Séchelles. V. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, coll. Histoires, 1992, p. 155 : « Ramel aurait dit à Merlin que l'idée de la rétroactivité avait été soufflée par Héaut de Séchelles "parce qu'il devait y gagner 80 000 livres de rentes". À l'origine de la loi du 17 nivôse an II, il y aurait donc eu une sordide histoire de succession et d'intérêts personnels. Jusque-là simplement inexacte, la version de Merlin est sur ce point mensongère. On notera d'abord l'inélégance du procédé qui consiste à rapporter les propos d'un tiers, Ramel, à propos d'un mort, Héaut de Séchelles, guillotiné pendant la Terreur en même temps que Fabre d'Églantine. Merlin de Douai avait l'art d'incriminer les disparus qui ne pouvaient plus lui répondre ! Surtout il a été établi par une étude récente sur les successions dans la famille de Héaut de Séchelles que celui-ci n'avait rien à gagner de l'effet rétroactif et de la nouvelle loi. Au surplus, Héaut de Séchelles était déjà en disgrâce en brumaire an II et l'on voit mal comment il aurait pu à lui seul déterminer le vote de la majorité de la Convention ».

19. 1619-1683.

20. 1617-1677.

21. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2016, p. 165. Sur les entreprises d'unification couronnées cette fois-ci de succès, v. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, thèse Paris II, 2014, n° 309.

trée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001 et l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006<sup>22</sup>, le caractère rapportable des donations de fruits et revenus<sup>23</sup>, le domaine personnel de l'obligation *ultra vires* aux dettes de la succession<sup>24</sup>. À propos de cette dernière, il a d'ailleurs été dit qu'il s'agissait d'une « des difficultés les plus célèbres et les plus controversées du droit successoral<sup>25</sup> ». Pourtant, cette controverse, résolue en son temps par l'arrêt *Toussaint*<sup>26</sup>, ne sera pas examinée.

Seule retiendra notre attention la réserve. Cette réduction du sujet n'en est pas vraiment une, la réserve étant un point central du droit des successions *lato sensu*. La réserve opère en effet le lien entre les libéralités et la succession, mobilise plusieurs notions comme la quotité disponible, la réduction, l'imputation (et donc le rapport), et incarne certains des enjeux les plus importants de la matière : étendue de la volonté du *de cuius*, droits des héritiers à hériter, égalité entre les héritiers, place du conjoint et des ascendants, ainsi que conservation des biens dans la famille.

Aussi bien, au sein même de la réserve, les controverses sont nombreuses<sup>27</sup> – touchant jusqu'à son existence même – et ne feront pas toutes l'objet de développements. Comment sélectionner parmi toutes les riches discussions qui ont entouré et entourent la réserve ? Certaines controverses peuvent aisément être mises

de côté sans trop de regrets. Ainsi en va-t-il des controverses caduques, à savoir celles qui n'ont plus de prolongement en droit positif. La controverse caduque n'a plus de raison d'être car son terrain d'origine a disparu. Sera ainsi écartée la discussion relative au domaine *ratione personæ* de l'ancien article 930 du Code civil<sup>28</sup>, puisque la question ne se posait que dans un contexte où la réduction en valeur était réservée à des cas particuliers, or, tel n'est plus le cas, la loi du 23 juin 2006 ayant généralisé la réduction en valeur. La controverse n'a plus lieu d'être. De même, la controverse sur l'interprétation des textes relatifs aux droits de l'enfant adultérin n'a plus lieu d'être examinée<sup>29</sup>, le principe étant l'égalité des filiations en matière successorales (C. civ., art. 733).

Cependant, toutes les controverses anciennes ne sont pas caduques. Certaines controverses, bien que tranchées, ne sont pas caduques, puisque le droit positif en optant pour un des termes de la discussion porte la trace des débats. Dès lors, certains articles du Code civil ne se comprennent bien qu'à la lumière de ces controverses. On peut citer à cet égard les échanges ayant porté sur le calcul de la réserve en présence d'un enfant renonçant<sup>30</sup>, l'imputation de la libéralité accordée au réservataire dont le montant dépasse celui de la réserve<sup>31</sup>, l'action offerte au réservataire qui voit sa réserve atteinte par une

22. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 182, p. 189 ; Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *Les successions. Les libéralités*, LGDJ, coll. Droit civil, 6<sup>e</sup> éd., 2014, n° 676, p. 361.

23. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 264, p. 262 et not. note 5 ; Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *op. cit.*, n° 868, p. 473 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 739, p. 578.

24. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 911, p. 813 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 609, p. 484.

25. Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *op. cit.*, n° 146, p. 90.

26. Civ., 13 août 1851, *Toussaint de Gérard et autres c. Époux Larenaudie*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015, 13<sup>e</sup> éd., n° 105 : « le droit à une quotité de succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes et charges ; que ce droit et cette obligation sont des conséquences corrélatives de tout titre successif universel ; qu'il n'y a point à distinguer, sous ce rapport, entre les successeurs à titre universel qui sont institués par la loi et ceux qui sont institués par la volonté de l'homme [...] que ces divers légataires sont, comme les héritiers eux-mêmes, de véritables successeurs à titre universel, ayant les mêmes droits, sujets aux mêmes charges ». La solution a été consacrée par la loi du 3 décembre 2001 mais potentiellement remise en cause par la loi du 23 juin 2006. Pour autant, la controverse ne semble pas pouvoir réapparaître, la doctrine approuvant unanimement, quoique pas forcément pour les mêmes raisons, la solution de l'arrêt *Toussaint* (v. not. Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *op. cit.*, n° 149, p. 91).

27. V. not. P. Catala, « L'article 866 du Code civil et l'attribution de la réserve », *RTD civ.*, 1960, p. 391 et s.

28. Sur la question, opposant Ponsard et Catala, v. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 1214, p. 1088.

29. V. Les grands arrêts de la jurisprudence civile, *op. cit.*, p. 567 sous l'arrêt *Mazurek*.

30. Civ., 13 août 1866, *Dufeu c. Dufeu*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 138, et C. civ., art. 913 al. 2. En principe, l'enfant renonçant n'est pas pris en compte.

31. Civ., 2 mai 1838, *Fédas c. Lacoste*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 140, et C. civ., art. 919-1. Sauf volonté contraire du disposant, la donation s'impute subsidiairement sur la quotité disponible.

libéralité consentie en usufruit<sup>32</sup>, ou encore l'attribution d'une réserve au conjoint<sup>33</sup>. Parmi ces controverses anciennes éclairant le droit positif, seule sera traitée celle relative à l'imputation de la libéralité consentie à un réservataire renonçant à la succession. Elle mérite une place d'honneur puisqu'elle tranche tout à la fois une question théorique sur la nature de la réserve et une question technique sur le secteur d'imputation de la libéralité.

Puis, au-delà des vénérables et mémorables controverses dont la solution fait toujours partie du droit positif, il y a les controverses présentes, en attente de solution. Tel est le cas des doutes que soulève l'article 1098 du Code civil, permettant de protéger les enfants non issus des deux époux des libéralités effectuées en pleine propriété par l'époux géniteur à l'autre<sup>34</sup>, ou du véritable objet de la renonciation anticipée à l'action en réduction. Cette dernière retiendra notre attention car elle constitue à n'en pas douter une véritable controverse, parfois proche de la polémique<sup>35</sup>. L'étude d'une controverse présente permettra de constater que son art ne s'est pas perdu.

Enfin, il existe les controverses perpétuelles, comme celle relative à l'existence même de la réserve<sup>36</sup>. Les discussions menées autour d'un éventuel droit à l'héritage<sup>37</sup> invitent d'une certaine manière à revenir brièvement sur la question, en particulier pour mettre en garde contre un possible assèchement de la controverse.

Ainsi, seront examinées successivement une controverse ancienne (I), une controverse actuelle (II) et une controverse perpétuelle (III). Si toutes ont en commun la question de la place de

la volonté du *de cujus*, elles ont chacune un intérêt propre : illustrer la nécessaire connaissance des controverses pour comprendre le droit positif, témoigner du maintien de l'art de la controverse, avertir contre le possible dépérissement de cet art.

## I. Une controverse ancienne éclairante

**Exposé de la controverse.** La controverse avait trait à une question relativement technique située à l'intersection de plusieurs intérêts : ceux du *de cujus*, ceux de l'héritier réservataire ayant reçu une libéralité de ce dernier, ceux des tiers ayant également reçu une libéralité du défunt. Plus précisément, il s'agissait de déterminer les conséquences de la renonciation à la succession par l'héritier réservataire à qui il avait été consenti une libéralité en avancement de part, c'est-à-dire une libéralité rapportable. Trois questions pouvaient être posées.

**Première question : le maintien de la libéralité.** Un premier point pouvait poser problème. Si la libéralité est faite en avancement de part, cela signifie que le *de cujus* n'a pas entendu avantager l'héritier mais uniquement lui transmettre, par avance, une partie de ce qu'il devrait recevoir plus tard. La libéralité rapportable anticipe la succession. Or, en renonçant à ladite succession, est-ce que l'héritier ne renonce pas également à la libéralité ? Après tout, si un bien est donné parce qu'il fait partie d'un tout ayant vocation à être reçu plus tard, si l'héritier renonce au tout, ne devrait-il pas renoncer à la partie reçue en anticipation de ce tout ?

32. M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 277, note 233, et C. civ., art. 917. L'héritier n'a qu'une option : soit demander la réduction de la libéralité et alors se contenter de sa réserve, soit laisser la libéralité en l'état et profiter de tout ce qui reste.

33. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 309, p. 239 ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 728, p. 641. Le conjoint est désormais réservataire en l'absence de parents réservataires (C. civ., art. 914-1).

34. Deux questions au moins peuvent donner lieu à débat (sans qu'il s'agisse nécessairement d'une controverse au sens ici retenu pour le second cas) :

– une fois le mécanisme de l'article 1098 du Code civil mis en œuvre, la libéralité en pleine propriété devient une gratification en usufruit. Est-il possible alors à l'enfant de poursuivre son travail de destruction en convertissant à nouveau la libéralité, pour remplacer l'usufruit par une rente viagère (C. civ., art. 1094-3) ? V. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 740, p. 656 ;  
– l'enfant adopté par un seul des époux bénéficie-t-il de l'action de l'article 1098 du Code civil ? V. Cl. Brenner, JCI. Civil Code, art. 1091 à 1100, Fasc. 30, n° 27.

35. V. les propos de J.-Fr. Pillebout, « À propos de la renonciation à l'action en réduction, une fâcheuse controverse », *JCP N*, 2008, act. 279, désamorçés dans la réponse de F. Sauvage, « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction. Retour sur une "fâcheuse controverse" », *JCP N*, 2008, act. 328.

36. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 296, p. 233 : « La réserve a toujours été une institution controversée, âprement défendue par certains, violemment critiquée par d'autres. Elle le fut lors des travaux préparatoires du Code civil, elle le reste aujourd'hui ».

37. C.-M. Pégion-Zika, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.*, 2018, p. 1 et s.

À dire vrai, la question n'était pas là. Il était, et il est toujours, admis qu'en renonçant, l'héritier conserve la libéralité. La solution n'était pas sujette à discussion puisque l'ancien article 845 du Code civil disposait que « l'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la portion disponible » ; le texte, bien qu'aménagé, n'a pas, à cet égard, varié.

La controverse se situait donc ailleurs. Elle concernait le secteur d'imputation de la libéralité faite au réservataire renonçant à la succession. Le Code civil a toujours établi un lien, rationnel au demeurant, entre la réserve et le rapport pour déterminer le secteur d'imputation des libéralités lors du calcul des droits des réservataires. Si la libéralité consentie à un réservataire est rapportable, elle doit être imputée sur sa réserve. Mais que faire si le réservataire renonce à la succession ?

**Deuxième question : la perte de la qualité d'héritier et de réservataire.** Afin de répondre à cette question, il fallait d'abord en résoudre une autre : est-ce que le réservataire qui renonce à la succession est toujours réservataire ? La question doit être posée car les qualités d'héritier et de réservataire ne sont pas nécessairement liées. Ainsi en allait-il du droit romain qui dissociait les deux qualités. C'est que la réserve, du moins ce qui en tenait lieu à travers la notion de « légitime », n'était pas perçue comme une part de la succession<sup>38</sup>. En revanche, si l'on considère que la réserve est une part de la succession, en renonçant à la succession on renonce inévitablement à la réserve. Qu'en est-il dans le système prévu par le Code civil ? Il semblerait que la réponse ne fût pas évidente pour les commentateurs. Troplong<sup>39</sup> apporte par exemple une réponse nuancée. Citons-le : « Assurément, il faut reconnaître que, dans les principes du Code Napoléon, nul ne peut demander une légitime, s'il répudie la qualité d'héritier ». On comprend que la réserve est une part de la succession : renoncer à la succession – au tout, c'est renoncer à sa réserve – la partie. L'auteur poursuit : « mais on ne s'étonnera pas non plus, qu'une personne puisse retenir, par voie d'exception, ce qu'elle ne pourrait demander par action »<sup>40</sup>. L'enfant qui

renonce à la succession peut garder cependant la légitime, profiter de la réserve par voie d'exception. De là des incertitudes sur le lien exact existant entre la renonciation à la succession et la qualité de réservataire et, ce faisant, un terrain propice au développement de la véritable controverse, à savoir la détermination du secteur d'imputation de la libéralité.

**Troisième question : le secteur d'imputation de la libéralité.** Envisageons deux options. D'une part, si l'héritier renonçant n'est plus réservataire, on ne voit pas comment il pourrait être tenu du rapport ni d'ailleurs sur quoi imputer la libéralité autrement que sur la quotité disponible... Elle devait s'imputer sur la réserve du gratifié, mais, à la suite de sa renonciation à la succession, de réserve il n'y a plus. La libéralité devrait donc s'imputer sur la quotité disponible, puisqu'il n'existe pas d'autre masse sur laquelle l'imputer.

D'autre part, et c'est la seconde option, on peut défendre l'idée, avec Troplong, que si le renonçant n'est plus héritier il est toujours enfant réservataire. Dans ce cas, la libéralité qui lui a été consentie sera imputée sur sa réserve.

À ces deux options relatives à la nature de la réserve, il faut ajouter une nouvelle donnée : le respect des prévisions du défunt. En effet, en imputant la libéralité sur la quotité disponible (première option), la quotité disponible se trouverait diminuée d'autant et cette diminution risquerait de remettre en cause les autres libéralités consenties notamment à des tiers et qui devaient également être imputées sur le disponible. Alors que le défunt pensait donner 20 à l'héritier qui devaient s'imputer sur sa réserve et 30 à un tiers qui devaient s'imputer sur la quotité disponible, avec la renonciation, les 50 devraient être imputés sur le disponible. Pour peu que le disponible soit de 30 et qu'il faille d'abord imputer la libéralité consentie à l'héritier renonçant, le tiers verrait sa libéralité en grande partie anéantie : il ne peut recevoir que 10 (sur les 30 de disponible, 20 sont affectés à la libéralité du renonçant, il ne reste que 10 pour les tiers).

De là la controverse : faut-il imputer la libéralité sur la seule quotité disponible ? Ou bien

38. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 293, p. 230.  
39. 1795-1869.

40. Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, t. 2, 1855, n° 791, p. 411. V. égal. M. Peguera-Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, PUAM, Conclusion, n° 6, citant Demolombe.

faut-il l'imputer sur la réserve du renonçant voire, si le montant de la libéralité dépasse le montant de la réserve, sur la réserve puis sur la quotité disponible (hypothèse de cumul) ?

**Appréciation.** La question a donné lieu à une grande controverse. Troplong écrivait au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle que « les auteurs et les tribunaux se sont partagés sur l'affirmative et la négative, et un dissentiment profond existe, depuis trente ans, sur cette grave question, soit dans les idées du Nord, soit dans celle du Midi, soit entre les auteurs de toutes les écoles, soit enfin dans la jurisprudence »<sup>41</sup>. L'auteur présente les différents points de vue à travers les riches et divers arguments mobilisés alors. Il peut le faire avec une certaine impartialité puisqu'il semble avoir épousé tour à tour chacune des options : d'abord favorable à l'imputation sur la seule quotité disponible, il se retranche en définitive derrière l'autorité de Dumoulin<sup>42</sup> et défend l'imputation sur la réserve (qui entraîne l'imputation du surplus sur la quotité disponible : hypothèse du cumul)<sup>43</sup>. L'auteur suivait ainsi les évolutions de la Cour de cassation qui avait d'abord consacré l'imputation sur la quotité disponible avec l'arrêt *Laroque de Mons* du 18 février 1818, avant de retenir le système du cumul, à travers les arrêts *Castille*, du 24 mars 1834 et *Leproust*, du 17 mai 1843.

Demolombe<sup>44</sup>, sensiblement à la même époque, introduisait la question de la sorte : « ce que nous recherchons en ce moment, c'est à savoir si l'on peut, sans se porter héritier, retenir la réserve par voie d'exception. Sans se porter héritier, disons-nous ; et par conséquent, notre question actuelle s'applique, non pas au cas où l'enfant donataire ou légataire accepte, mais uniquement au cas où il renonce. La voici donc cette grande et célèbre controverse ! »<sup>45</sup>. Un peu plus loin, il

évoque un « débat mémorable »<sup>46</sup>. Demolombe, qui comme Troplong restitue l'ensemble des arguments en présence, est pour sa part favorable à l'imputation sur la quotité disponible.

En tout état de cause, la lecture de ces deux rhéteurs donne le sentiment d'une certaine maîtrise de l'art de la controverse et d'une certaine virtuosité dans le raisonnement juridique. Les arguments sont évoqués avec le plus de fidélité et d'impartialité possibles puis sont discutés pied à pied. Des exemples chiffrés sont employés pour montrer les effets pervers d'un système retenu par l'un ou par l'autre. Certaines formules paraissent révéler la délectation qu'ont les auteurs à s'affronter intellectuellement. On trouve chez Troplong le morceau suivant : « quant à l'argument tiré de l'article 845 du Code Napoléon [...] il n'a plus aucune portée pour les esprits sérieux ; tant il a été battu en brèche et pulvérisé dans les discussions qui ont eu lieu devant la Cour de cassation depuis 1834 »<sup>47</sup>. Chez Demolombe : « on va bientôt reconnaître, en effet, à quel point ces deux systèmes [qu'il estime erronés] ont tourmenté et, nous ne craignons pas de le dire, torturé les articles de notre Code : celui-ci, pour les assouplir à sa propre conception ; celui-là, pour les ramener à l'ancienne légitime ! »<sup>48</sup>. Le nombre de pages consacrées à la question par les deux auteurs tendrait à renforcer l'idée que l'exercice de la controverse s'accompagne d'une certaine volupté.

**Solution.** La solution à la controverse sera établie en droit positif par l'arrêt *Lavialle c. Calvin-hac* du 27 novembre 1863<sup>49</sup>. La Cour de cassation y affirme que « la réserve n'est autre chose que la succession elle-même [...] et qu'aucune disposition du code ne sépare la qualité de résér-

41. Troplong, *op. cit.*, n° 786, p. 382.

42. Troplong, *op. cit.*, n° 791, p. 412.

43. Troplong, *op. cit.*, n° 788, p. 397-398 : « Depuis 1818, date du fameux arrêt connu sous le nom d'arrêt *Laroque de Mons*, on s'était accoutumé à regarder la cour de cassation comme l'inébranlable adversaire du cumul. J'avoue que moi-même, j'ai de bonne heure formé mon opinion sur l'arrêt *Laroque de Mons*, fort bien motivé du reste et fait pour produire une vive impression. Mais plus tard, et après de longues années passées dans cette confiance, un revirement subit s'est opéré, et la cour de cassation s'est prononcée en faveur du cumul. Je crois que ce changement est du nombre de ceux qui marquent un notable progrès dans la jurisprudence ».

44. 1804-1887.

45. Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. 2, 1862, n°s 48-49, p. 59.

46. Demolombe, *op. cit.*, n° 49, p. 60.

47. Troplong, *op. cit.*, n° 793, p. 417.

48. Demolombe, *op. cit.*, n° 53, p. 84.

49. Les grands arrêts de la jurisprudence civile, *op. cit.*, n° 139.

vataire et celle d'héritier » (réponse à la deuxième question) et que la libéralité faite au réservataire renonçant doit s'imputer uniquement sur la quotité disponible (réponse à la troisième question). Désormais, l'article 912 définit explicitement la réserve comme une « part des biens et droits successoraux ». Quant au secteur d'imputation, l'article 919-1 du Code civil dispose que « la donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui renonce à la succession est traitée comme une donation faite hors part successorale. Toutefois, lorsqu'il est astreint au rapport en application des dispositions de l'article 845, l'héritier qui renonce est traité comme un héritier acceptant pour la réunion fictive, l'imputation et, le cas échéant, la réduction de la libéralité qui lui a été consentie ». La première phrase reprend la solution de l'arrêt *Lavialle*; la seconde se comprend pour que les prévisions du défunt soient respectées s'il le désire, enjeu mis en lumière par la controverse<sup>50</sup>. La controverse n'aura donc pas été vaine et il n'est pas inutile de la rappeler pour comprendre le droit positif qui tente d'instaurer un équilibre entre la préservation de la cohérence du système de la réserve et de l'imputation, et la volonté du défunt.

## II. Une controverse actuelle édifiante

**Exposé de la controverse.** L'exemple que nous voulons développer ici a trait à la renonciation anticipée à l'action en réduction. Le mécanisme, relativement récent puisqu'il date de la loi du 23 juin 2006, touche à la fois à la réserve et à la prohibition des pactes sur succession future. Le réservataire présomptif, qui n'a pas encore hérité, peut désormais renoncer, nous dit le Code civil, à l'action en réduction. Si sa réserve est atteinte, il refuse, par avance, d'en obtenir l'attribution intégrale.

Si la question de la nature de la renonciation anticipée a pu être posée, elle ne semble pas avoir donné lieu à controverse, étant quasiment dénuée d'effets pratiques. Qu'il s'agisse d'un

acte juridique unilatéral ou d'un contrat unilatéral, les effets seraient presque identiques à l'exception de la question de la rétractation du renonçant avant l'acceptation de la renonciation par le *de cujus*<sup>51</sup>.

La controverse n'a donc pas porté sur la nature de la renonciation anticipée à l'action en réduction mais sur son sens, sur sa portée, sur son objet : à quoi renonce l'héritier<sup>52</sup> ? Renonce-t-il seulement à l'action en réduction ou bien renonce-t-il, plus largement, à invoquer une atteinte à sa réserve ? On se rendra compte des enjeux à partir de l'exemple donné par M. Grimaldi<sup>53</sup>, choisi au hasard parmi d'autres. Le *de cujus* a deux enfants, A et B, et une concubine. Il donne à sa concubine un bien valant 300. Seul le premier héritier, A, renonce à l'action en réduction. Au décès du *de cujus* les biens existants ont aussi une valeur de 300. La masse de calcul de la réserve, après la réunion fictive de la donation, est donc de 600. En présence de deux enfants, la quotité disponible est d'un tiers<sup>54</sup>, soit 200 et la part de réserve individuelle de chaque enfant de 200 également. On constate que la donation empiète sur la réserve : la donation est de 300, le disponible de 200, il y a un excès de 100. L'héritier A voit sa réserve amputée de 50 et l'héritier B également. Envisageons les différentes solutions.

Sans la renonciation de l'héritier A, la concubine aurait dû verser une indemnité de réduction de 100, 50 allant à A et 50 allant à B.

Avec la renonciation de l'héritier A uniquement à l'action en réduction, ce dernier renonce à demander les 50 qui lui manquent. B en revanche peut demander les 50. Au final, la concubine devra 50 à B : elle aura 250, B, 200 et A, 150. La libéralité faite à la concubine n'est pas maintenue intégralement mais l'égalité entre les héritiers est préservée, l'imputation de la libéralité étant opérée à l'égard des deux héritiers et aucun sacrifice particulier n'étant imposé à A. On comprendra mieux ce dernier aspect de la question avec l'autre alternative.

Avec la renonciation de l'héritier A à sa part de réserve, les choses sont différentes. Il perd

50. Pour une appréciation nuancée du dispositif, v. Cl. Brenner, JCl. Civil Code, art. 912 à 930-5, Fasc. 30, n° 24.

51. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 1234, p. 1100.

52. La question est posée en ces termes par N. Levillain, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, 2006, étude 1349.

53. M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 698, note 398.

54. C. civ., art. 913.

bien évidemment les 50 qui atteignent directement sa réserve. Puis, il faudrait en outre que les 50 qui empiètent sur la réserve de B soient imputés sur la réserve de A, puisqu'il aurait accepté de sacrifier sa réserve pour que la donation soit maintenue dans son intégralité. Avec ce système, la concubine garde 300, l'héritier B obtient 200 et l'héritier A obtient 100. La libéralité est pleinement efficace sans que B n'ait eu à renoncer.

La solution de la controverse n'est donc pas neutre, puisqu'elle détermine les droits de l'héritier renonçant à l'action en réduction (ici l'héritier A) et, corrélativement, les droits du gratifié (ici la concubine).

**Appréciation.** Il n'est pas nécessaire de revenir en détail sur la controverse. Un auteur en rend du reste parfaitement compte ailleurs<sup>55</sup>, tout en y prenant part, puisque sont présentés puis éprouvés, voire combattus, les différents arguments. La controverse est d'une grande richesse et a donné lieu à de véritables échanges d'arguments divers et variés (parmi d'autres : sens des textes, intention du législateur, clarté et efficacité des méthodes en présence, promotion et définition des pactes familiaux, incitation à la renonciation à la succession ou non pour le renonçant à l'action en réduction). Ici encore, le goût de la discussion est indéniable. On peut citer notamment M. Vareille, selon lequel « une discussion animée s'est ouverte sur ce sujet, en doctrine comme chez les praticiens. Si l'auteur de ces quelques lignes réagit vivement et sans ambages à un article publié dans ces colonnes, faisant suite à d'autres publications de la même inspiration, ce n'est pas si peu que ce soit par goût de la polémique, mais bien pour faire progresser le débat et éviter aux notaires de s'engager à la légère, sur la foi de préconisations séduisantes mais téméraires, dans des solutions aventureuses qui risqueraient de les mettre en délicatesse avec leur devoir de conseil »<sup>56</sup>.

On ajoutera simplement qu'à l'image de la controverse précédente, les débats sont égale-

ment alimentés en partie par la place à accorder à la volonté du *de cuius*. Si l'on souhaite que la libéralité consentie par le défunt soit, le plus possible, exécutée dans son intégralité, il faut admettre la thèse la plus compréhensive, la thèse affirmant que l'héritier qui renonce à son action en réduction renoncerait en réalité aussi à invoquer toute atteinte à sa réserve. En revanche, si l'on souhaite privilégier l'égalité entre les héritiers et éviter que la renonciation de l'un devienne un sacrifice au bénéfice des autres, il faut retenir la thèse restrictive de la renonciation à la seule renonciation à l'action en réduction.

**Solution.** La controverse a-t-elle donné lieu à une solution en droit positif ? Il ne semble pas. Elle n'a en tout cas pas été tranchée à l'heure où nous écrivons par la Cour de cassation ou par le législateur. Le seul indice résulte d'une réponse ministérielle qui se prononce dans le sens de la thèse restrictive : l'héritier ne renonce qu'à l'action en réduction et non à ses droits réservés<sup>57</sup>. Bien qu'on ait pu soutenir que les réponses ministérielles étaient des « petites » sources du droit<sup>58</sup>, il n'en demeure pas moins que le juge qui aurait à trancher un litige portant sur la question n'est absolument pas lié par la réponse ainsi fournie. Ainsi ne paraît-il pas téméraire d'affirmer que la controverse est actuelle<sup>59</sup>.

L'examen des deux premières controverses relatives à la réserve témoigne de l'omniprésence (non du monopole) de la prise en compte de la volonté du *de cuius* dans les questions relatives à la réserve. Dans la première, il s'agissait notamment d'opposer la logique de l'imputation et la nature de la réserve à ses prévisions et au maintien des libéralités qu'il a pu adresser aux tiers. Dans la seconde, on oppose volontiers à ses prévisions l'égalité des héritiers et le caractère individuel de la renonciation.

Il n'est dès lors pas surprenant que, perpétuellement, le sort de la réserve elle-même soit remis en cause à l'aune du critère du respect des volontés du défunt.

55. Cl. Brenner, JCI Civil Code, art. 912 à 930-5, Fasc. 50, n° 55 et s.

56. B. Vareille, « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », *Def.*, 2008, n° 2, p. 159 et s.

57. Rép. Min. n° 223, *JOAN Q* 12 août 2008, p. 6991.

58. S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012, not. n° 194, p. 163.

59. En ce sens, v. D. Vigneau, « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction. Fin du danger ? », *JCP N*, 2009, 1106.

### III. Une controverse perpétuelle en voie d'assèchement ?

Un auteur, s'interrogeant en 1935 sur l'avenir de la réserve, écrivait la chose suivante : l'avenir de la réserve « est, à notre avis, intimement lié à celui du droit successoral lui-même : tant que la succession existera en France, la réserve existera. Elle n'a pas à craindre les attaques des partisans de la liberté testamentaire absolue<sup>60</sup> : elle a chez nous un trop long passé, elle est trop profondément ancrée dans nos mœurs, elle correspond trop aux aspirations de nos consciences »<sup>61</sup>. Pourtant, ces éléments n'ont jamais empêché d'étouffer les suspensions à l'encontre de la réserve. Plus récemment, la question de son maintien a pu être posée en ces termes : « est-il juste qu'une part quelconque de la succession soit réservée, affectée à certains héritiers [...] à l'encontre des libéralités que le défunt avait consenties à autrui ? »<sup>62</sup>. La réserve apparaît comme une institution perpétuellement controversée<sup>63</sup>.

Pour autant, les attaques portées contre la réserve ne sont pas uniformes et monolithiques. De fait, les raisons de supprimer ou d'aménager en profondeur la réserve ont varié au cours du temps : à chaque époque son lot de critiques propres<sup>64</sup>. Désormais, le débat sur l'avenir de la réserve est en partie alimenté par sa place dans l'ordre public international<sup>65</sup>. Si la réserve n'est pas dans l'ordre public international, alors un Français pourrait, à certaines conditions, déshériter ses enfants. La Cour de cassation semble avoir emprunté un tel chemin<sup>66</sup>.

Puis, si l'on s'éloigne un peu de la technique juridique, il est notable que les arguments contre la réserve les plus récents ont trait à la volonté du *de cujus*, soit directement soit indirectement à travers l'argument économique.

Premièrement, la volonté du défunt est mise en avant pour elle-même. On peut y voir le signe de l'individualisme qui marquerait notre époque. Si personne ne songe visiblement à réclamer l'abolition de la réserve pour restaurer la puissance paternelle, il est en revanche soutenu, toujours dans le sens de sa suppression, que le défunt devrait pouvoir punir ses descendants les plus ingrats et avantager les plus fidèles. Aux caprices des héritiers répondraient les caprices du *de cujus*, armé d'un bâton et d'une carotte. Il est également soutenu que la réserve est un obstacle à l'allotissement préférentiel de l'enfant handicapé. Or, aussi surprenant ou choquant que cela puisse paraître, il s'agit ici encore d'une manifestation individualiste<sup>67</sup>. D'une part, il est à nouveau fait référence à la volonté individuelle du *de cujus* et, d'autre part, il ne faut pas confondre individualisme, lequel peut être altruiste, et égoïsme. La bonne volonté est encore une volonté individuelle et il a été écrit que « l'altruisme est encore plus individualiste que l'égoïsme, l'égoïsme pouvant apparaître comme une réaction face à une emprise sociale antérieure [comprendre : une communauté naturelle, donnée, déjà présente], alors que l'altruisme me campe d'abord en individu, qui se tourne vers l'autre ensuite, seulement si je le veux bien »<sup>68</sup>.

60. L'auteur cite en note « Le Play et son École ».

61. V. Weil-Fribourg, *Le droit des héritiers à leur réserve en nature*, préf. R. Demogue, Sirey, 1935, n° IX, p. 13-14.

62. J. Carbonnier, « Préface », in J. Carbonnier et al., *Des libéralités. Une offre de loi*, Deffrénois, 2003, p. 8.

63. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 296, p. 233.

64. Pour une synthèse des arguments pour ou contre la réserve, v. les développements de Ch. Bahurel, *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, LGDJ, 2014, n° 704 et s.

65. Les auteurs sont partagés sur la question. V. M. Grimaldi, « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD civ.*, 2018, p. 189 et s., spéc. p. 190.

66. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 (deux arrêts), à paraître, v. M. Grimaldi, *préc.*, p. 189 : « une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ».

67. Afin d'éviter tout malentendu, précisons qu'il ne s'agit nullement de faire les procès des personnes désirant aider ou soutenir leur proche atteint d'un handicap. Il s'agit ici de s'interroger sur la manière dont sont pensés les moyens d'aider son prochain. Par exemple, on peut s'insurger contre la création d'un impôt visant à aider les personnes âgées, non pas parce qu'on est hostile à l'idée de secourir des vieillards, mais parce qu'on peut douter que la mise en place d'un impôt soit opportune, et ce pour diverses raisons.

68. F. F. Hadjadj, *Dernières nouvelles de l'homme (et de la femme aussi)*, Tallandier, 2017, p. 202.

Deuxièmement, les arguments économiques. Ils sont de deux ordres. D'un côté il faudrait assurer la transmission de l'entreprise du *de cuius* et prendre en compte la mutation de la composition des patrimoines. En réalité, l'argument invite surtout à aménager la réserve ou les règles du partage, non à la supprimer. D'un autre côté, la réserve anéantirait l'esprit d'initiative et d'entreprise : il faudrait cette fois-ci la supprimer pour que l'héritier, présumé fainéant, prenne son avenir en main. Est ainsi promue une société de *self made men*, une société d'entrepreneurs individuels sans passé motivés par l'incertitude de leur avenir<sup>69</sup>.

En tout état de cause il ne s'agirait qu'une fois de plus de débrider la volonté du défunt pour lui laisser le soin de décider de l'avenir économique de son patrimoine, peu important finalement que le présupposé économique soit la transmission d'une entreprise ou l'incitation à l'entrepreneuriat<sup>70</sup>.

*A contrario*, il est tentant d'argumenter en faveur de la réserve pour protéger la liberté individuelle des héritiers, dont le sort serait alors partiellement soustrait aux humeurs de leurs auteurs. Il y aurait un droit des héritiers à la certi-

tude d'hériter, certitude garante de leur liberté. Dans une voie différente mais potentiellement complémentaire, la réserve pourrait être maintenue à travers le droit de propriété tel que consacré par le protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans les deux cas, à la volonté du *de cuius* s'opposerait un éventuel droit à hériter des enfants<sup>71</sup>.

Argumenter ainsi, en mettant de côté l'argument de la solidarité familiale<sup>72</sup>, qui pour certaines raisons est de moins en moins audible<sup>73</sup>, ne serait pas une bonne opération. Car, *in fine*, on peut redouter que la controverse sur la réserve, voire sur l'ensemble du droit des successions, s'assèche pour se limiter à l'opposition de deux volontés. On en arriverait au résultat suivant : deux volontés isolées, atomisées, s'affrontent, celle du défunt, et celle de celui qui entend hériter. Il s'agirait alors d'un affrontement entre deux noyaux de souveraineté absolue<sup>74</sup>.

On pourrait s'en réjouir, y voir un sain nettoyage d'arguments infondés, irrationnels et passésistes pour accéder au cœur de la matière et du droit qui consisterait à trancher entre deux prétentions incompatibles<sup>75</sup>. Il nous semble au contraire que si le droit se nourrit des contro-

69. V. L. Meissonnier, « La loi portant réforme des successions et des libéralités du 23 juin 2006, une réforme manquée ? », *LPA*, 2008, n° 127, p. 7 et s. : « Que veut-on ? Une France où un grand nombre recherche une carrière dans laquelle on entre à vingt-cinq ans pour être à la retraite à cinquante ans, espérant alors que les aînés auront le bon goût de disparaître, léguant à leurs enfants un petit confort bourgeois qu'ils n'auront pas su s'offrir eux-mêmes par leur travail ? Pour la vitalité de notre économie, dont on a vu que la structure n'était plus celle de 1804, il serait bon que plus personne ne soit sûr d'hériter et tenté de fonder son avenir sur des "espérances" fussent-elles celles de son conjoint ». Il est singulier de constater que les arguments mobilisés pour attaquer la réserve, volonté de l'individu (serait-elle mâtinée d'altruisme) et rentabilité économique, sont sensiblement les mêmes que ceux promouvant les évolutions bioéthiques ou le transhumanisme. Comme si l'ensemble des questions posées à l'humanité devait finalement être perçu à travers ces deux uniques composantes (sur le passage de l'économie de marché à une société de marché, v. M. J. Sandel, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, éd. du Seuil, 2014, not. p. 44).

70. Adde. H. Leyrat, *La liberté de gérer son patrimoine*, thèse dactyl., 2018, n°s 537 et s., qui préconise la suppression de la réserve au nom de la liberté de gérer son patrimoine.

71. Sur ce droit, v. C.-M. Pégion-Zika, préc., *RTD civ.* 2018, p. 1 et s.

72. Qui, avec l'égalité entre les enfants et la protection de leur indépendance, constitue l'un des trois fondements classiques de la réserve. V. M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Def.*, 2012, p. 755 s., spéc. n° 8. On pourrait ajouter, même si le droit positif ne permet plus de soutenir cette position, la conservation des biens en nature dans la famille. Par ailleurs, on peut se demander si l'argument fondé sur l'égalité, tel qu'il est parfois invoqué aujourd'hui devant certaines juridictions, ne peut pas être lu également de manière individualiste. Ce que réclame l'héritier c'est, en tant qu'individu, d'être traité de la même manière (du moins si elle est plus avantageuse) que son voisin, peu important que la différence de traitement soit au service du bien commun. Comp. C.-M. Pégion-Zika, préc., n° 24, p. 17.

73. On peut renvoyer ici à certains passages de l'ouvrage précité de F. Hadjadj ou encore à celui de Ph. Bénétou, *Le dérèglement moral de l'Occident*, éd. du Cerf, 2017, spéc. p. 18 ; adde Y. Lequette, « Le droit est la semence des mœurs », in *Le Discours et le Code*, LexisNexis-Litec, 2004, p. 391 et s.

74. Littéralement, d'une guerre nucléaire.

75. Le contrôle de proportionnalité pouvant être le catalyseur d'une telle réduction du droit à la résolution de deux volontés ou de deux droits subjectifs antagonistes. Ainsi un auteur relevait, à la suite d'un arrêt invalidant la clause pénale imposant aux héritiers le partage amiable (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avr. 2016, n° 15-13.312, à paraître) qu'il s'agissait « de mettre en balance le respect de la volonté du défunt et le droit pour tout indivisaire de sortir de l'indivision » (M. Nicod, « Proportionnalité des clauses pénales : épisode 2 », *Dr. fam.*, 2016, comm. 152).

verses, il y a alors fort à redouter de l'appauvrissement de ces dernières. Débattre de la réserve en termes purement individuels conduirait à un appauvrissement considérable de la matière<sup>76</sup> et à une perte totale de vue de ce qu'est une

famille<sup>77</sup> et plus fondamentalement un être humain. Il faut nourrir les controverses fondamentales de la réalité, de toutes les réalités. L'enracinement de l'être dans une histoire familiale en est une<sup>78</sup>.

---

76. M. Grimaldi, *RTD civ.*, 2018, p. 192 : « On ne peut donc que dénoncer – avec véhémence – la politique de la Cour de cassation, qui, hier dans l'ordre interne [...] et aujourd'hui dans l'ordre international, œuvre au démantèlement de la réserve héréditaire et ruine ainsi un équilibre de valeurs, ancien certes, mais toujours essentiel à la sauvegarde d'un ordre civil qui ne soit subverti ni par l'impérialisme des libertés marchandes ni par l'exacerbation des droits individuels ».

77. V. C.-M. Péglion-Zika, *préc.*, not. les références citées p. 20.

78. S. Weil, *L'enracinement*, Gallimard, coll. Folio / Essais, 1949, p. 61 : « L'enracinement est peut-être le besoin le plus important et le plus méconnu de l'âme humaine. C'est un des plus difficiles à définir. Un être humain a une racine par sa participation réelle, active et naturelle à l'existence d'une collectivité qui conserve vivants certains trésors du passé et certains pressentiments d'avenir ». *Adde* les craintes – prophétiques ? – de Bernanos : « Je plains ceux qui ne sentent pas jusqu'à l'angoisse, jusqu'à la sensation du désespoir, la solitude croissante de leur race. L'activité bestiale dont l'Amérique nous fournit le modèle, et qui tend déjà si grossièrement à uniformiser les mœurs, aura pour conséquence dernière de tenir chaque génération en haleine au point de rendre impossible toute espèce de tradition. N'importe quel voyou, entre ses dynamos et ses piles, coiffé du casque écouteur, prétendra faussement être à lui-même son propre passé, et nos arrière-petits-fils risquent d'y perdre jusqu'à leurs aïeux » (*La grande peur des bien-pensants*, 1931, in *Essais et écrits de combats*, t. 1, NRF-Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p. 73-74).

# Petit six du Grand A :

---

## la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale

### La clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ?

**Cécile Pérès**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**1.** – Les controverses en droit de la famille ne manquent pas. Mais celles qui divisent aujourd'hui – notamment en lien avec la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui – relèvent d'abord des champs éthique et politique sur fond de droits de l'homme. La part du droit civil y apparaît secondaire, pour ne pas dire davantage, tandis que certaines prises de position juridiques dans ces débats sont difficilement détachables d'un discours militant. On ne sait trop d'ailleurs si, sur des sujets dits sensibles, les controverses pourront continuer à s'épanouir librement dans les facultés de droit. Des États-Unis, dont l'influence se fait régulièrement sentir en France à quelques années de distance, parviennent les échos d'universités dans lesquelles la liberté d'expression est aujourd'hui totalement minée par une police de la pensée fondée sur le politiquement correct et la bien-pensance au nom du droit à ne pas être

offensé. C'est une sombre perspective pour les libertés et la formation de l'esprit comme pour le rôle du droit civil dans la cité. Aussi avons-nous choisi – par nostalgie ? – de consacrer les lignes qui vont suivre à une controverse qui fleurit bon le droit civil d'antan, celle relative à la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale.

**2.** – Cette clause permet à l'auteur d'une libéralité de soustraire à l'administration (C. civ., art. 384) ou à la jouissance (C. civ., art. 386-4, 2°) légale les biens donnés ou légués à un mineur. Son utilité pratique est attestée notamment dans deux hypothèses. La première est celle dans laquelle un ascendant, par exemple un grand-père, souhaite transmettre des biens à ses petits-enfants tout en interdisant à son propre enfant ou au conjoint de celui-ci d'administrer ces biens ou d'en jouir. La seconde est celle dans laquelle le père ou la mère d'un enfant mineur

entend régler les conséquences patrimoniales de son décès prématuré en privant l'autre parent, dont il est séparé ou divorcé, des droits que la loi lui attribue en qualité d'administrateur légal des biens de l'enfant. Dans ces situations, le disposant donne mandat à un tiers – par exemple un oncle ou une tante de l'enfant, un beau-parent, voire un étranger – d'administrer les biens transmis à l'enfant, le temps de sa minorité, et prive le parent évincé de son droit de jouissance légale<sup>1</sup>. L'intérêt de ce mécanisme est aujourd'hui renforcé par la multiplication des séparations et des divorces qui créent un contexte favorable aux situations conflictuelles entre les parents. Sa pratique a cependant longtemps été freinée par les doutes entourant sa validité et les notaires comme les juges des tutelles se sont semble-t-il longtemps montrés frileux<sup>2</sup>. Ces incertitudes se sont toutefois récemment dissipées à la faveur d'un changement radical de politique jurisprudentielle qui ouvre désormais un large champ à l'inventivité de la pratique.

**3. –** Évoquer aujourd'hui l'ancienne controverse relative à la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale<sup>3</sup> présente divers intérêts. Elle montre d'abord comment des points de détail pratiques peuvent cristalliser des enjeux théoriques généraux mettant en jeu les fondements mêmes d'une branche du droit. Elle souligne ensuite, à travers l'évolution des réponses apportées à la question de la validité de la clause, la métamorphose dont le droit de la famille a été l'objet, en l'occurrence à travers la réorientation générale des prérogatives parentales vers l'intérêt de l'enfant et la libéralisation des règles familiales moyennant la place faite aux volontés privées et le relâchement de l'ordre public. Dans le même temps, la controverse met en lumière le fait que la rupture a sans doute été moins brutale qu'il n'y paraît, les fortes divergences d'opinion ayant constamment fragilisé la réponse officielle,

longtemps hostile à la clause, et préparé le terrain à son évolution. D'où le sentiment d'une forme de paradoxe entre, d'un côté, la continuité des arguments avancés dans le débat et, de l'autre, la nouveauté de l'ère dans laquelle la clause examinée est désormais entrée au bénéfice des profondes mutations du droit de la famille contemporain dont elle est volontiers présentée comme l'une des expressions<sup>4</sup>.

**4. –** C'est ce que l'on cherchera ici à souligner. Les termes de la controverse, qui se fixent sous l'ancien droit (I), seront ensuite constamment repris aussi bien par les adversaires de la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale, qui emporteront d'abord la conviction de la Cour de cassation (II), que par ses défenseurs dont l'analyse ne s'est imposée que récemment en droit positif (III). La période actuelle vise à soustraire la clause examinée à toute espèce de discussion. Ce libéralisme absolu interroge dans un contexte où la liberté parentale interdit de questionner l'intérêt de l'enfant, ce qui pourrait ressusciter la discussion (IV).

## I. Les termes de la controverse sous l'ancien droit

**5. –** On fait généralement remonter la controverse relative à la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale au début du dix-neuvième siècle<sup>5</sup> mais elle est en réalité beaucoup plus ancienne. Pour le comprendre, il faut brièvement revenir sur l'histoire des droits des parents sur les biens de leurs enfants mineurs. Dans l'ancien droit romain, la puissance paternelle – *patria potestas* – est absolue. Le père a droit de vie et de mort sur ses enfants, le patrimoine n'appartient qu'au père, et le fils *alieni juris* n'est propriétaire d'aucun bien. L'évolution ultérieure améliore progressivement la condition patrimoniale du fils de famille dans le sens de son

1. La clause d'exclusion de l'administration légale emporte privation de la jouissance légale mais il est possible de dissocier les deux mécanismes en stipulant que l'administrateur légal sera privé de la jouissance.

2. J. Hauser, « L'administration aux biens légués ou donnés », *Def.*, 2009, p. 25, spéc. n° 13; J. Combret et C. Brenner, « L'administration de la succession », *Def.*, 2017, p. 30, spéc. n°s 37 et s.

3. Sur laquelle, v. not. D. Boulanger, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N*, 1994, I, 363; Ph. Delmas-Saint-Hilaire, « À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale », in *Mélange R. Le Guidec*, Lexisnexis, 2014, p. 333 et s.; J. Hauser, « L'administration aux biens légués ou donnés », préc.

4. V. par ex. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 912 à 930-5, fasc. 10, 2017, n° 33 qui présente la jurisprudence actuelle relative à la clause d'exclusion de la jouissance légale comme illustrant le glissement contemporain d'un ordre public de direction à un ordre public de protection en matière de réserve héréditaire.

5. V. not. J. Hauser, « L'administration aux biens légués ou donnés », préc.

autonomie. En 319 ap. J.-C., il acquiert la propriété des biens hérités de sa mère, puis de la famille maternelle, le père n'en ayant plus que l'usufruit – c'est l'origine du droit de jouissance légale du Code civil<sup>6</sup> – sa vie durant. Justinien étend ce régime à l'ensemble des biens dits *adventices*<sup>7</sup>. Cependant, la Novelle 117<sup>8</sup> autorise expressément l'auteur d'une donation ou d'un legs, par exemple la mère ou l'aïeule, fait à leur fils ou petit-fils, à stipuler que le père sera privé de son droit de jouissance sur les biens donnés ou légués. La raison qu'en donne la Novelle est que la mère ou l'aïeule pourrait laisser leurs biens à des étrangers et par ce moyen priver le père de l'usufruit.

**6.** – Deux questions se posent sous l'ancien droit. Elles fixent déjà les cadres de la controverse à l'époque moderne. La première a trait à l'étendue des droits dont le père peut être privé par la clause : si celle-ci peut sans difficulté exclure l'usufruit paternel, puisque les sources romaines le prévoient expressément, l'on se demande si elle peut aussi restreindre ou modifier les droits attachés à la puissance paternelle, et notamment l'administration des biens du mineur. Le point est discuté mais l'arrêt rendu par le Parlement de Paris le 9 février 1764, régulièrement cité, donne raison aux partisans de la contrariété de la clause aux bonnes mœurs et à l'ordre public. La décision est analysée en détail par Merlin qui rapporte que le père avait fait valoir avec succès que le testament rédigé par la grand-mère maternelle lui adjoignant deux administrateurs était injurieux et contraire à la puissance paternelle. « C'est une injure gratuite, dirent les avocats du père, et non méritée de la part de M. de Courval [le père], dont les affaires sont dans le meilleur ordre, que de l'astreindre à ne pouvoir gérer les biens de sa fille, sans le consentement et l'avis de deux conseils qu'on lui donne pour surveillants », un testament « dont les dispositions blessent un

père [...] vis-à-vis de qui on n'a pas assez respecté les droits de la nature et l'honnêteté publique »<sup>9</sup>.

**7.** – La seconde question est de savoir si la clause d'exclusion ne peut porter que sur la fraction disponible des biens ou si elle peut également priver le père de son usufruit sur les biens qui forment la légitime de l'enfant. Les avis sont là aussi partagés. La controverse naît cette fois d'un désaccord entre glossateurs et post-glossateurs relativement à l'interprétation des textes romains<sup>10</sup>. Les uns, suivant Accurse (13<sup>e</sup> s.), soutiennent que la mère et les ascendants maternels peuvent « diminuer ou charger la légitime au préjudice de ceux à la puissance desquels les légitimaires sont soumis »<sup>11</sup> car « une pareille clause est, à la vérité, une charge pour la légitime » mais une charge « *avantageuse aux légitimaires* »<sup>12</sup> : « par conséquent, elle doit être respectée »<sup>13</sup>. Les autres, suivant Bartole (14<sup>e</sup> s.), font valoir que la Novelle 117, tout en autorisant le disposant à retirer au père son usufruit, ne lui reconnaît cette liberté qu'après qu'il eut laissé à l'enfant sa légitime. « De là sont nés des dissentiments continuels entre les jurisconsultes. Le système de Bartole a été successivement adopté par Fachinée, Despeisses, Catelan, Chabrol et Bannelier. Celui d'Accurse l'a été par Vasquius, Choppin, sur la coutume de Paris, Dargentré, sur celle de Bretagne, Domat dans ses lois civiles (liv. 2, tit. 2, sect. 2, art. 5) et Lebrun »<sup>14</sup>. Dans son *Traité des successions*, ce dernier souligne ainsi que « les raisons nous doivent suffire et que *puisque la cause est avantageuse au fils*<sup>15</sup> [...] une mère dans les provinces de droit écrit pourrait laisser ses biens à son fils à la charge que le père n'y aurait aucun droit d'usufruit, ou dans le pays coutumier, à la charge que le père n'y aurait aucun droit de garde noble, ou que les meubles n'entreraient point dans la communauté du fils »<sup>16</sup>. L'argument sera repris et développé par la

6. Lequel s'inspirera aussi du droit de garde noble coutumier.

7. Sur cette évolution, v. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2<sup>e</sup> éd., nos 149 et s.

8. Chap. I.

9. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 26, 5<sup>e</sup> éd., 1827, v<sup>o</sup> Puissance paternelle, p. 114 et s.

10. Ce qui est bien expliqué par O.-J. Chardon, *Traité des trois puissances : maritale, paternelle et tutélaire*, t. I, 1841, n<sup>o</sup> 215.

11. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v<sup>o</sup> Légitime, *op. cit.*

12. C'est nous qui soulignons.

13. *Ibid.*

14. O.-J. Chardon, *Traité des trois puissances : maritale, paternelle et tutélaire*, *op. cit.*, p. 115.

15. C'est nous qui soulignons.

16. Domat, *Traité des Successions*, Liv. II, chap. III, 1775, sect. IV, n<sup>o</sup> 22.

suite mais l'essentiel était dit : la clause est valable car elle ne retire rien à l'enfant qui reçoit sa réserve intacte ; elle ne nuit qu'au père. Quoi qu'il en soit, « de siècle en siècle, il y a eu des docteurs et des arrêts pour et contre<sup>17</sup> »<sup>18</sup>, même si les auteurs qui combattront la clause au nom de la réserve héréditaire après 1804 auront tendance à minimiser l'importance de la controverse sous l'ancien droit et à présenter leur propre point de vue comme ayant toujours été largement majoritaire. De fait, après le Code civil, cette opinion va l'emporter.

## II. L'interdiction de la clause

**8.** – Après 1804, la controverse ne se tarit pas, même si la rédaction du Code civil en modifie quelque peu les termes. Pour la clarté du propos, on reprendra, en les évoquant tour à tour, les deux questions précédemment évoquées.

**9.** – L'auteur d'une libéralité faite à un mineur peut-il la soumettre à la condition que le parent de l'enfant sera privé du droit d'administrer les biens donnés ou légués ? Le Code civil de 1804 ne répond pas directement à cette question. En effet, si l'ancien article 387 accorde expressément au disposant la faculté de priver les père et mère de leur usufruit, il ne dit rien de tel à propos de l'administration légale<sup>19</sup>. Une partie de la doctrine, reprenant la solution de 1764, en déduit *a contrario* que la clause d'exclusion de l'administration légale doit être regardée comme non écrite comme étant contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs : la puissance paternelle étant l'un des fondements de la famille et de la société, elle est par conséquent inaccessible aux conventions privées. Toullier<sup>20</sup>, comme Proudhon<sup>21</sup> ou Marcadé<sup>22</sup> par exemple, invoquent en

ce sens les motifs d'un arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 18 novembre 1807 largement repris dans les ouvrages de l'époque<sup>23</sup>, arrêt aux termes duquel la clause testamentaire prohibant « au demandeur [le père] l'administration des biens légués à son fils, pour la confier à l'avocat Magny est contraire aux bonnes mœurs, en ce sens qu'elle tend à inspirer au fils du mépris, de la défiance contre son père, et à affaiblir ainsi la puissance paternelle qui est une des bases fondamentales de l'ordre social ». D'autres auteurs retiennent une position plus nuancée invitant les juges à prendre en compte les circonstances de l'espèce et à distinguer selon les motifs ayant inspiré le disposant : la clause serait valable lorsqu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, notamment lorsqu'il est avéré que son père est un piètre gestionnaire, tandis qu'elle devrait être réputée non écrite lorsqu'elle a été uniquement inspirée au disposant *ab irato*, par la haine de l'administrateur légal<sup>24</sup>. Une autre nuance consiste à distinguer l'administration légale, que les père et mère assurent pendant le mariage nonobstant toutes conventions contraires, de la tutelle qui s'ouvre après la dissolution du mariage suivant le Code civil de 1804 « parce qu'alors ce n'est plus l'administration légale, résultant de la qualité du père, qui existe, mais le simple pouvoir tutélaire, lequel, alors même qu'il appartient au père, est de la même nature et soumis aux mêmes règles que quand il appartient à un étranger. Tandis que l'administration paternelle ne peut appartenir qu'aux père et mère, l'administration tutélaire peut appartenir à tout le monde et il devient dès lors indifférent qu'un donateur ou testateur, quant aux biens dont il dispose, l'enlève au tuteur (ce tuteur fût-il le père) pour le confier à une autre personne »<sup>25</sup>.

17. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v° Légal, t. 17, 5<sup>e</sup> éd., 1827, sect. VII, § II, p. 158 qui mentionne « un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 3 août 1523, cité dans le recueil de Papon, et par deux autres du Parlement de Toulouse des 7 février 1642 et 1688, rapportés par d'Olive et Catellan ».

18. O.-J. Chardon, *Traité des trois puissances : maritale, paternelle et tutélaire*, op. cit., p. 276.

19. Suivant les anc. art. 389 et 390 du Code civil, le père était, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs tandis qu'après la dissolution du mariage, la tutelle appartenait de plein droit au survivant des père et mère.

20. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, vol. I, 6<sup>e</sup> éd., 1843, pp. 190-191.

21. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, op. cit., n° 240 et s.

22. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. II, 5<sup>e</sup> éd., 1868, n° 152.

23. L'arrêt est longuement rapporté par Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 26, 5<sup>e</sup> éd., 1827, v° Puissance paternelle, p. 114 et s.

24. En ce sens, v. not. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, op. cit., n° 242 ; Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. 3, 4<sup>e</sup> éd., 1844, n° 375.

25. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, op. cit., n° 152.

**10.** – L'auteur d'une libéralité faite à un mineur peut-il la soumettre à la condition que l'administrateur légal sera privé de son droit de jouissance y compris sur la part des biens formant la réserve héréditaire de l'enfant ? Plusieurs s'y opposent. Leur raisonnement est simple : l'ancien article 387 du Code civil permet à l'auteur d'une libéralité de priver le parent d'un enfant mineur de son usufruit légal sur les biens donnés ou légués ; cependant, les biens compris dans la réserve héréditaire étant transmis par la loi, il n'est pas au pouvoir de la volonté individuelle de modifier les effets légaux de cette transmission. La réserve héréditaire crée une espèce d'indisponibilité réelle vis-à-vis du disposant, peu important que la clause d'exclusion de la jouissance légale ne nuise pas à l'enfant. Proudhon, qui consacre de longs développements au sujet, souligne ainsi qu'« en ce qui concerne la réserve légale ou la légitime des enfants, c'est des mains de la loi qu'ils la tiennent, puisque leur mère n'aurait pu les en priver ; mais la même loi qui leur défère impérieusement cette portion d'hérédité, en accorde aussi l'usufruit légal à leur père ; donc il doit l'avoir nonobstant la prohibition de la mère. Il en est autrement à l'égard de la portion disponible que la mère aurait pu léguer à un étranger »<sup>26</sup>. « En vérité, écrit Marcadé qui renvoie notamment à Toullier, Duranton, Delvincourt, ou Zachariae, presque tous les auteurs [...] enseignent que [le parent que la clause prétend évincer] peut exiger son usufruit sur la réserve »<sup>27</sup>.

**11.** – À ces deux questions, la Cour de cassation apporte une première réponse dans un arrêt du 11 novembre 1828<sup>28</sup>. Elle y juge valable la clause testamentaire stipulée par l'aïeule maternelle qui privait le père, devenu tuteur de ses enfants mineurs après dissolution du mariage par décès<sup>29</sup>, non seulement de la jouissance mais aussi de l'administration des biens légués à ceux-ci. Cependant, la Cour de cassation relève, d'une part, que cette clause ne viole ni « l'article 387 qui permet d'imposer à un legs la condition que les père et mère n'en jouiront pas, ni l'article 389 qui, en constituant le père administrateur des

biens personnels de l'enfant mineur, ne statue ainsi que pour la durée du mariage, ce qui n'est pas le cas qui se présente dans l'espèce, puisque le demandeur en cassation est veuf » et, d'autre part, que la disposition testamentaire ne porte « que sur la portion dont elle avait la liberté absolue de disposer ». En d'autres termes, la Cour de cassation n'admet la clause d'exclusion de l'administration légale que sous la condition que le mariage ait cessé au moment de sa prise d'effet et que le père administre les biens en qualité de tuteur de l'enfant. Par ailleurs, elle restreint la clause d'exclusion de la jouissance légale aux seuls biens compris dans la quotité disponible, le parent survivant conservant la jouissance des biens correspondant à la part réservataire du mineur. Le premier obstacle tiré de la puissance paternelle cédait donc partiellement quoique d'une façon bien artificielle<sup>30</sup> ; en revanche, le second, fondé sur la réserve héréditaire, subsistait. La Cour de cassation maintient ensuite cette dernière position en 1885<sup>31</sup> à travers la solution apportée à la difficulté voisine et également discutée en matière de régimes matrimoniaux de savoir si l'auteur d'une libéralité faite à un époux peut valablement stipuler que les biens ainsi donnés ou légués ne feront pas partie de la communauté existant entre le gratifié et son conjoint. Dans cette affaire, la cour d'appel de Douai avait retenu que la clause était valable au motif qu'« on chercherait vainement, dans la clause d'exclusion de la communauté, ce qui pourrait paraître diminuer la quotité de la réserve intégralement donnée à l'héritier, ou même simplement altérer la plénitude du droit conféré à celui-ci sur les biens qui la composent, alors que cette clause n'a d'autre but et ne peut avoir d'autre effet que de maintenir exclusivement propres à l'héritier des biens qui, sans elle, seraient tombés dans une communauté où il n'aurait recueilli que la moitié » et que « rien, ni dans les termes des articles 913 et suivants du Code civil [relatifs à la réserve héréditaire], ni dans la pensée qui les a fait édicter, ne s'oppose à ce que la clause litigieuse soit déclarée

26. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd. par M. Valette, t. II, 1843, p. 263.

27. Marcadé, *Éléments de droit civil français*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., 1844, n° 163, p. 174.

28. Req., 11 nov. 1828, *Journal du Palais*, 1828-1829, p. 333.

29. Suivant le régime mis en place en 1804.

30. V. *infra* n° 13.

31. Civ., 6 mai 1885, S., 1885, 1, 289 note Labbé.

valable ». Mais la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi et casse au motif que « la transmission des biens compris dans la réserve s'opère par la volonté de la loi ; que, dès lors, le père de famille ne peut, par aucune disposition entre vifs ou testamentaire, modifier les conditions légales de cette transmission ». Dans sa note, Labbé fait le lien avec la clause d'exclusion de la jouissance légale sur les biens compris dans la réserve du mineur et souligne qu'il existe, entre les deux, un « trait commun dans cette idée que la réserve est instituée plutôt dans l'intérêt de la famille, dans un but de stabilité et d'harmonie sociale, que dans le pur intérêt privé du réservataire. C'est une portion de biens dont la transmission, réglée par la loi et soustraite au caprice de l'homme, [...], introduit un élément de fortune indépendant de la volonté humaine, resté sous l'empire de règles immuables dans l'organisation de la famille, dans le passage des biens à travers les générations ».

**12.** – Il faut cependant attendre plus de quarante ans pour que la Cour de cassation prenne clairement position dans le sens de l'interdiction de la clause d'exclusion de la jouissance légale pour les biens compris dans la réserve. Par un arrêt du 27 juin 1933<sup>32</sup>, elle juge en effet que l'article 387, qui admet la validité de la clause privant les parents des mineurs de leur droit de jouissance légale sur les biens donnés ou légués, est une « disposition exceptionnelle [qui] s'applique seulement aux biens que les mineurs tiennent de la volonté des disposants ; qu'en ce qui concerne les biens compris dans la réserve, la transmission s'en opère par la volonté de la loi, et que l'ascendant donateur ne peut, par des clauses de la donation ou du testament, modifier les conditions et les effets légaux de cette transmission ». Dans l'intervalle, cette thèse restrictive avait perdu nombre de ses partisans.

### III. La validité de la clause

**13.** – Martin l'avait relevé, la validité de la clause relative à l'administration des biens donnés ou légués dépendait essentiellement de la nature

juridique du droit d'administration. « Si on rapproche de la tutelle cette administration légale, écrivait-il, il faut en conclure qu'un donateur peut retirer au père, administrateur légal des biens de l'enfant, l'administration des biens qu'il lègue à l'enfant. Si on rapproche, au contraire, l'administration légale de la puissance paternelle, et si on l'en fait dépendre, il est clair qu'elle ne comporte pas l'exception dont je viens de parler »<sup>33</sup>. C'est dans cette voie d'une différenciation de l'administration légale, d'un côté, et de la puissance paternelle, de l'autre, que plusieurs auteurs se sont engagés. On la trouve en particulier défendue, avec l'autorité qui leur est alors reconnue, par Aubry et Rau qui introduisent une hiérarchie au sein des prérogatives parentales entre celles qui touchent à la personne de l'enfant et celles qui ne concernent que son patrimoine. Les premières sont d'ordre public ; les secondes sont susceptibles de conventions contraires. En effet, « parmi les attributs de la puissance paternelle, il en est qui, tenant à l'essence même de cette puissance, à laquelle ils se trouvent intimement liés, ne peuvent en être démembrés par aucune convention ou disposition de l'homme. Tels sont le gouvernement de la personne et la garde des enfants. Il est d'autres droits, au contraire, qui constituent bien des attributs ordinaires de la puissance paternelle, mais qui peuvent en être détachés sans altérer son essence. Tels sont l'usufruit paternel et l'administration légale. On ne comprendrait pas pourquoi la clause, par laquelle un donateur ou un testateur refuserait au père l'administration légale des biens donnés ou légués, ne serait pas, en principe, tout aussi valable que celle par laquelle il le priverait de l'usufruit paternel de ces mêmes biens ». Tout au plus Aubry et Rau réservent-ils l'hypothèse dans laquelle la clause serait « contraire aux véritables intérêts des enfants, auquel cas les tribunaux seraient autorisés à la déclarer non écrite »<sup>34</sup>. De même, Demolombe, soulignant que l'arrêt du 11 novembre 1828 avait validé la clause au motif que le père était veuf et qu'il n'administrerait plus les biens qu'en qualité de tuteur, invite à dépasser cette

32. Civ., 27 juin 1933, *DP*, 1934, 1, 94 note R. Savatier.

33. Cité par H.-M. E. Moreau, *De l'administration légale du père d'après la loi du 6 avril 1910 (nouvel article 389 du Code civil)*, 1910, n° 47.

34. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., 1869, n° 163, p. 502, note (15). *Contra* : Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, op. cit., n° 152, p. 164.

distinction qu'il estime artificielle : « C'en était assez, dans la cause, pour motiver le rejet du pourvoi [...] Mais je ne puis pas croire que la doctrine de la Cour de cassation aurait été différente, si le père n'avait pas été veuf. Les principes, en effet, sont tout à fait les mêmes dans les deux cas ; et je ne comprendrais pas que la condition, qui enlève au père veuf l'administration, fût valable, tandis que celle qui l'enlève au père pendant le mariage, serait nulle ». « La règle générale, poursuit-il, est que chacun peut apposer à sa libéralité les conditions que bon lui semble, excepté celles qui seraient contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. C'est donc dans l'appréciation de la clause, sous ce rapport, que réside toute notre question »<sup>35</sup>. C'est le législateur qui met finalement fin à ce premier pan de la controverse. La loi du 6 avril 1910<sup>36</sup> introduit en effet dans le Code civil un nouvel article 389 – complétant alors l'article 387 relatif à la clause d'exclusion de la jouissance – qui permet de donner ou léguer des biens à l'enfant sous la condition expresse de leur administration par un tiers. La solution, conforme à la réorientation de ce qui deviendra ensuite l'autorité parentale vers l'intérêt de l'enfant, ne sera plus remise en cause. Elle est aujourd'hui énoncée à l'article 384, al. 1<sup>er</sup> du Code civil aux termes duquel « ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers ».

**14.** – L'obstacle attribué à la réserve héréditaire s'est révélé plus tenace. Pourtant, les voix n'ont jamais manqué pour le critiquer. Au lendemain de l'adoption du Code civil, c'est Maleville qui, prolongeant la voie empruntée par les glossateurs, soutient que la clause autorisée par l'(ancien) article 387 s'étend aux biens compris dans la réserve : ce texte « ne fait pas d'exception ; d'ailleurs, la loi actuelle n'est pas basée sur les mêmes principes [que ceux de l'ancien droit], enfin, la légitime étant considérablement aug-

mentée, la prohibition de l'ascendant maternel n'aurait presque aucun effet »<sup>37</sup>. La réserve est dévolue par la loi ? Cela ne suffit pas à invalider la clause. C'est ce qu'expliquent Duvergier, qui prend ses distances avec Toullier, et Valette, qui fait de même avec Proudhon. Reprenant en substance l'argument selon lequel la clause ne nuit pas à l'héritier réservataire mais l'avantage, ils insistent sur l'impossibilité dans laquelle se trouve le père d'attaquer la clause litigieuse au regard des textes du Code civil qui font de la réserve une institution protectrice de l'héritier. Les libéralités qui excèdent la quotité disponible, relève Duvergier, « sont simplement réductibles, aux termes de l'article 920, et l'article 921 ajoute que la réduction ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayant-cause. Par conséquent, si la réduction n'est point demandée, la libéralité doit avoir son plein et entier effet. Or, dans notre hypothèse, l'héritier réservataire est l'enfant lui-même, comment pourrait-on rétorquer contre lui, dans l'intérêt d'un tiers, la loi qui établit la réserve »<sup>38</sup>. Valette ne dit pas autre chose<sup>39</sup>. Chardon observe encore, à propos de l'article 921 relatif à l'action en réduction, que « la disposition de cet article n'est pas absolue ; elle ne veille que pour ceux à qui la réserve est due » et suggère que la thèse critiquée aboutit à faire du père<sup>40</sup> un héritier réservataire du disposant relativement à l'usufruit<sup>41</sup>. La discussion est vive qui met en réalité en jeu le fondement même de la réserve héréditaire. Dans le camp adverse, la réplique s'organise. Demolombe, notamment, insiste : « L'action en réduction n'est pas, en effet, exclusivement attachée à la personne du réservataire ; l'article 921 porte au contraire qu'elle peut être exercée par ses héritiers ou ayants cause. Or [...], l'acquisition de l'usufruit pour le père est contemporaine et concomitante de l'acquisition de la propriété pour l'enfant ; et le père doit avoir dès lors, pour le maintien du droit que la loi lui confère, la même action qui

35. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. VI, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse – De la puissance paternelle*, 1875, n° 458, p. 348. *Contra* : Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, op. cit., n° 152, p. 164.

36. Sur laquelle, v. not. H.-M. E. Moreau, *De l'administration légale du père d'après la loi du 6 avril 1910 (nouvel article 389 du Code civil)*, 1910.

37. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, 1805, p. 397.

38. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, op. cit., n° 1067.

39. Valette, Notes sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd, 1843, p. 264.

40. Et du conjoint à propos de la clause d'exclusion des biens donnés ou légués de la communauté.

41. Chardon, *Traité des trois puissances : maritale, paternelle et tutélaire*, op. cit., n° 215, p. 279.

appartient à l'enfant »<sup>42</sup>. Et la contre-attaque convainc Valette qui, se rendant « aux judicieuses raisons données » par Demolombe, change d'avis et admet finalement que le père peut ici invoquer à son profit la réserve de l'enfant<sup>43</sup>.

**15.** – Lorsque René Savatier annote l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1933<sup>44</sup>, il le critique sévèrement et présente sa solution comme étant désormais « condamnée par l'unanimité des auteurs récents » : Planiol et Ripert<sup>45</sup>; Baudry-Lacantinerie, Chéneaux et Bonnacarrère<sup>46</sup>; Josserand<sup>47</sup> ou encore Colin et Capitant<sup>48</sup>. Sa défense de la clause s'articule autour de trois idées. En premier lieu, la lettre des textes. Ni l'(ancien) article 387, qui est général, ni les dispositions du code relatives à la réserve héréditaire et à la quotité disponible ne permettent de fonder la distinction faite par la Cour de cassation. Les (anciens) articles 913 et suivants voient seulement dans la réserve « une limite des libéralités faites à des tiers aux dépens des réservataires. Cette limite ne s'applique évidemment pas à la disposition qu'annule ici la Cour de cassation, disposition qui est, à l'inverse, une libéralité faite au réservataire lui-même aux dépens d'un tiers ». En deuxième lieu, l'esprit des textes. Il cite plusieurs extraits des travaux préparatoires soulignant selon lui que, dans le Code, la réserve est une institution qui « fonctionne dans l'intérêt personnel et exclusif du réservataire ». Tronchet, par exemple, observe, à propos de l'article 921 relatif à la réduction des libéralités excessives, que « la prohibition [de dépasser le disponible] est absolue; mais elle n'est relative qu'à un intérêt particulier [...] Ce serait s'écarter du but de la loi que d'en donner le bénéfice à une autre personne en faveur de qui la loi l'a établi ». Or, remarque Savatier après d'autres, le parent qui

se plaint de la clause d'exclusion de la jouissance légale, « entend que la réserve devienne une institution dirigée contre l'enfant, spoliant celui-ci d'une part des biens qu'on lui aurait accordés s'il n'avait pas été réservataire [...] Alors que la loi a essentiellement tenu à ce que la réserve ne profite qu'au réservataire, on réalise le paradoxe de le faire fonctionner comme si elle avait été créée pour lui nuire ». C'est la nature même de la réserve héréditaire que la clause examinée met en jeu<sup>49</sup> : « l'essence de la réserve paraît être, aux yeux de la Cour de cassation, non la protection du réservataire, mais une sorte d'indisponibilité réelle frappant une partie des biens de ceux qui laissent » des héritiers réservataires, « une sorte de pénalité frappant, dans leur droit de disposer, ceux qui laissent postérité ». Telle n'est pas, selon Savatier, la nature de la réserve héréditaire dans le code civil : dans ses rapports avec la volonté individuelle, elle n'est ni intangible, ni indisponible, ce que montre d'ailleurs la liberté qui a toujours été reconnue au futur défunt de déterminer les biens composant la réserve au moyen de libéralités. Son impérativité se limite à la protection de l'intérêt individuel du réservataire. Mais cette vision de la réserve est loin d'être unanimement partagée. À la même époque, Vialleton, rejoignant Labbé, enseigne que la réserve est « une fraction de la succession exclusivement régie par les principes de la dévolution *ab intestat* et soustraite à toute influence, de quelque nature qu'elle puisse être et sous quelque forme qu'elle se manifeste, de la volonté du *de cujus* »<sup>50</sup>. Enfin, ce sont des considérations sociologiques, désormais disparues, qu'évoque Savatier : selon les textes alors applicables, l'époux aux torts duquel le divorce avait été prononcé était privé de plein droit de la jouissance

42. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. VI, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse – De la puissance paternelle*, op. cit., n° 513, p. 390.

43. Valette, *Explication sommaire du Code Napoléon et des lois accessoires*, 1859, p. 216.

44. R. Savatier, *DP*, 1934, 1, 94. V. *supra* n° 11.

45. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, *Les personnes*, par R. Savatier, LGDJ, 1925, n° 360.

46. G. Baudry-Lacantinerie, G. Chéneaux et Ph. Bonnacarrère, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. V, *Les personnes*, Sirey, 1908, n° 152.

47. E.-L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 3, Sirey, 1930, n° 360.

48. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 5, 7<sup>e</sup> éd., n° 460.

49. La controverse relative à la clause venant ainsi prolonger les deux traditions historiques de la réserve coutumière (fondée sur une indisponibilité initiale du patrimoine familial et d'esprit lignager) et de la légitime (fondée au contraire sur une liberté initiale de disposer et d'esprit individualiste). Sur l'articulation desquelles, v. M. Peguera-Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire : la légitime en pays de coutume*, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s., PUAM, 2009.

50. H. Vialleton, « Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve », *RTD civ.*, 1940-1941, p. 4.

légale des biens des enfants nés du mariage<sup>51</sup>. Dès lors, la clause d'exclusion de la jouissance légale n'avait d'intérêt, en cas de divorce, que si elle était stipulée par le conjoint fautif contre l'autre. La solution jurisprudentielle, en neutralisant la clause, permettait d'éviter « ce coup injuste ainsi porté à un innocent » déjà frappé par le divorce. Reste que, souligne pour finir Savatier, cette solution était très contestable : c'était assurer au conjoint divorcé, déjà bien protégé par la loi, « un avantage gratuit », l'ex-époux devenant ainsi « lui-même une sorte de réservataire dans la succession de son conjoint divorcé ».

**16.** – La critique de Savatier portera lentement ses fruits. Par un arrêt du 10 juin 1975<sup>52</sup>, la Cour de cassation opère un revirement sur le terrain voisin, déjà évoqué, de la clause d'exclusion de la communauté des biens donnés ou légués à un époux héritier réservataire du disposant. Alors que le pourvoi de l'époux du gratifié l'invitait à considérer, comme en 1883, que « les biens composant la réserve héréditaire sont indisponibles et ne peuvent faire l'objet d'aucune stipulation tendant à en fixer le sort, leur dévolution étant réglée par le seul effet de la loi », la Cour de cassation le rejette et juge que « les règles impératives protectrices des droits de l'héritier réservataire ne peuvent être invoquées que par ce dernier ou ses ayants cause lorsqu'il a été porté atteinte à la réserve ». Dans sa note, Savatier, comme Labbé près d'un siècle avant, fait l'analogie avec la clause examinée et écrit qu'« il nous paraît donc certain que notre jurisprudence reconnaîtra désormais la possibilité, pour le disposant qui fait une donation ou un legs à son descendant mineur, d'exclure la jouissance [parentale], même sur la réserve ». Il faudra

cependant encore attendre. Quoi qu'il en soit, l'intérêt de la doctrine pour la question ne faiblit pas dans les années qui suivent<sup>53</sup>. Jean Hauser publie en 2009 un article remarqué<sup>54</sup> invitant au revirement jurisprudentiel et mettant à cette fin l'accent sur le renouvellement des données sociologiques et juridiques liées à l'autorité parentale, à la réserve héréditaire, à la création de l'outil concurrent du mandat à effet posthume et à la multiplication des divorces et des séparations lesquels créent un fort besoin à laquelle la pratique ne répond encore que de manière hésitante. Mais l'on trouvait encore, dans la période récente, des voix dissonantes pour soutenir la thèse contraire<sup>55</sup>.

**17.** – C'est dire combien une clarification était attendue. Elle est enfin venue d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 2013<sup>56</sup>. La haute juridiction y affirme que la clause d'exclusion de l'administration légale peut grever la réserve héréditaire de l'enfant en retenant que « l'article 389-3 du Code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire ». La solution vaut aujourd'hui pour l'article 384 dont l'alinéa premier énonce, depuis l'ordonnance du 15 octobre 2015, que « ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers ». Elle vaut également pour l'actuel article 386-4, 2°, qui permet, le cas échéant, de priver uniquement le parent de son droit de jouissance légale. La politique libérale dans laquelle s'est engagée depuis la Cour de cassation, en lien avec l'évolution

51. Anc. art. 386 du Code civil.

52. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 1975, *JCP*, 1975, II, 18141 note R. Savatier. V. aussi, dans la même affaire : TGI Strasbourg, 10 janv. 1968, *JCP*, 1969, II, 15776 note R. Savatier.

53. V. not., en faveur de la clause, D. Boulanger, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N*, 1994, I, 363.

54. J. Hauser, « L'administration aux biens donnés ou légués », *Def.*, 2009, p. 25.

55. En ce sens, v. : J. Rubellin-Devichi, *RTD civ.*, 1990, p. 448 qui considère que « la réserve étant d'ordre public, les règles relatives à l'autorité parentale aussi, [...] il nous paraît que le parent – qui n'aurait pas pu ne pas laisser transmettre la réserve – n'a pas le pouvoir d'exclure le conjoint survivant de l'administration légale, qui se place d'ailleurs dès le décès sous contrôle judiciaire » et évoque en ce sens une consultation du CRIDON de Lyon. *Adde* : H. Fulchiron, « L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents », *JCP*, 2000, doct. 2462, n° 25.

56. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2013, n° 11-26.728, *Bull. civ. I*, n° 36, *D.*, 2013, p. 2073, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.*, 2013, p. 239, obs. J. Massip ; *Dr. fam.*, 2013, comm. 73, M. Bruggeman ; *JCP N*, 2013, 1121, note D. Boulanger ; *RTD civ.*, 2013, p. 346, obs. J. Hauser, et p. 421, obs. M. Grimaldi, et p. 575, obs. J. Hauser.

contemporaine de la réserve héréditaire, laisse désormais présager un bel avenir à cette clause dont la pratique doit se saisir pleinement. Encore que l'on puisse se demander si la jurisprudence n'a pas basculé d'un excès à l'autre, ce qui pourrait être propice à une résurgence de la controverse.

#### IV. La résurgence de la controverse ?

**18.** – Le rythme des arrêts de la Cour de cassation relatifs à la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale s'est accéléré ces toutes dernières années. Ces décisions ont pour point commun de lever résolument tout obstacle à l'efficacité de la clause examinée, ce qui ouvre des perspectives stimulantes pour la pratique et traduit la volonté de la Cour de cassation de tarir le contentieux en la matière. Mais cette attitude suggère aussi que la discussion n'est peut-être pas tout à fait close.

**19.** – Par un arrêt du 26 juin 2013<sup>57</sup>, la Cour de cassation a d'abord précisé que les juges ne sont pas autorisés à vérifier si la clause d'exclusion de l'administration légale est conforme à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, la mère était décédée après avoir institué par testament son fils légataire universel. Elle avait désigné son propre père et, à défaut, sa sœur, administrateur des biens ainsi légués. La cour d'appel avait retenu que la clause « peut être réputée non écrite par le juge lorsqu'elle porte atteinte à l'intérêt de l'enfant ». Elle avait relevé qu'il existait une forte mésentente entre le père de l'enfant et les grands-parents maternels ainsi qu'« une forte probabilité que l'exercice par [le grand-père] des pouvoirs d'un administrateur spécial ne soit guidé que par des considérations étrangères à l'intérêt de l'enfant et provoque des situations de blocage incessantes contraires à cet intérêt, que rien ne laissait suspecter de la part du père une volonté de faire du patrimoine de l'enfant un usage contraire à

son intérêt » et qu'en toute hypothèse le juge des tutelles exercerait son contrôle au titre de l'administration sous contrôle judiciaire. Aubry et Rau n'avaient pas dit autre chose lorsqu'il s'agissait à l'époque de défendre la validité de la clause contre l'opinion contraire<sup>58</sup>. L'analyse liant le sort de la clause à sa conformité *in specie* à l'intérêt de l'enfant avait d'ailleurs été reprise par une partie de la doctrine contemporaine<sup>59</sup>. De fait, cette approche peut aujourd'hui se recommander de l'article 3.1 de la CIDE<sup>60</sup> lequel prévoit que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Or, ce texte ne distingue pas selon qu'est en cause la personne ou le patrimoine du mineur. La Cour de cassation casse cependant au visa de l'article 389-3, al. 3, du Code civil : en réputant non écrites les dispositions prises par la mère, la cour d'appel, qui avait ajouté à la loi, l'a violée. L'arrêt vient ainsi sécuriser la clause, ce qui est d'autant plus utile que, celle-ci étant généralement stipulée dans un contexte conflictuel, la volonté du disposant ne serait pratiquement jamais respectée si le juge pouvait librement l'écarter au motif de la dégradation du climat familial. Au fond, la solution a été approuvée. « On ne peut pas, écrivait ainsi Jean Hauser, balayer toutes les dispositions du Code civil et les décisions des parents – quand ils ont compétence – au nom de l'intérêt de l'enfant, fût-il “supérieur” »<sup>61</sup>.

**20.** – Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a ensuite retenu que la clause n'a pas à être motivée ou justifiée par un intérêt sérieux et légitime<sup>62</sup>. En l'occurrence, la cour d'appel avait considéré que l'(ancien) article 389-3, al. 3, du Code civil « a pour but de permettre à un parent, de son vivant, de prendre des dispositions successorales au regard de la particulière vulnérabilité de son héritier ou de la nature spécifique de son patrimoine et n'a pas pour principal objectif d'écarter l'autre parent titulaire de l'administra-

57. Civ 1<sup>re</sup>, 26 juin 2013, n° 11-25.946, *Bull. civ. I*, n° 137, *D.*, 2013, p. 2073, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *RTD civ.*, 2013, p. 575, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2013, p. 575, comm. I. Maria ; *Def.*, 2013, p. 972, note J. Massip.

58. V. *supra* note 34.

59. En ce sens, v. not. Y. Favier, « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.*, 2002, p. 360 ; G. Raymond, *Rép. civ.*, v° Administration légale et tutelle, 2012, n° 48.

60. Convention internationale des droits de l'enfant.

61. *Obs. précit.*

62. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 2015, n°s 14-18.856 et 14-20.146, *AJ fam.*, 2015, p. 551 obs. J. Casey ; *RTD civ.*, 2015, p. 584, obs. J. Hauser, et p. 668, obs. M. Grimaldi.

tion légale sous contrôle judiciaire et exerçant l'autorité parentale, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant » et que ce texte « ne doit pas aboutir à contourner les dispositions légales en dessaisissant l'administrateur légal sous contrôle judiciaire de ses prérogatives ». C'était au fond reprendre, en une forme modernisée, l'argumentation déjà développée sous l'ancien droit en lien avec le contrôle du motif ayant déterminé le disposant. Or, à nouveau, la Cour de cassation casse : « en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté des conditions à la loi, a méconnu le sens et la portée » de l'(ancien) article 389-3, al. 3, du Code civil. C'est dire la supériorité, à cet égard, de la clause d'exclusion de l'administration légale sur le mandat à effet posthume<sup>63</sup> lequel doit non seulement être justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral mais aussi être précisément motivé sur ce point (art. 812-1-1, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil)<sup>64</sup>. La clause d'exclusion, elle, n'a pas à être justifiée. Peu importe que le disposant ait été guidé par la seule volonté de priver l'autre parent d'une partie de ses droits légaux, par la haine de celui-ci ou par la rancœur. À cela s'ajoute, autre signe de la supériorité de la clause d'exclusion de l'administration légale, que le mandat à effet posthume prend fin par l'aliénation des biens compris dans le mandat, ce qui permet au parent administrateur légal autorisé par le juge des tutelles à aliéner les biens du mineur de faire échec au mandat voulu par le *de cujus*<sup>65</sup>. Ce même parent ne dispose pas d'un pouvoir équivalent de priver d'effet la clause d'exclusion : la volonté du disposant s'impose absolument. Enfin, tandis que la possibilité de

conférer au mandataire posthume le pouvoir d'aliéner reste incertaine<sup>66</sup>, la doctrine admet en général, tirant argument de la lettre de l'article 384 al. 2 du Code civil<sup>67</sup>, qu'il est possible de renforcer les pouvoirs du tiers administrateur des biens donnés ou légués et par conséquent de lui accorder « plus de pouvoirs que ceux d'un parent administrateur légal, et notamment en lui permettant d'accomplir seul des actes de disposition sur les biens donnés ou légués au mineur »<sup>68</sup>.

**21.** – La Cour de cassation a encore refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC qui faisait valoir que la clause examinée portait atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant et, plus précisément, à son droit de mener une vie familiale normale protégé par le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946<sup>69</sup>. Selon la Cour de cassation, ce droit « n'implique pas que l'administration des biens donnés ou légués à un mineur soit confié à son père ou à sa mère, administrateur légal et titulaire de l'autorité parentale », ce qui se comprend dans la mesure où le droit à une vie familiale normale ne concerne que les relations personnelles entre les membres d'une même famille et ne met en jeu que leur droit à vivre ensemble et à entretenir des relations inter-individuelles<sup>70</sup>. Quant à l'intérêt de l'enfant, qui était également invoqué au soutien de cette QPC, la haute juridiction l'estime suffisamment protégé par la loi qui a prévu à l'alinéa 3 de l'article 384 du Code civil « une garantie contre la défaillance du tiers administrateur institué par le donateur ou le testateur », cette disposition permettant au juge des tutelles de désigner un administrateur *ad hoc* pour remplacer le tiers administrateur lorsque celui-ci refuse

63. Pour des conseils pratiques en faveur de la combinaison de ces deux outils : B. Delesalle, J. Lotz et N. Gesset, « Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès », *JCP N*, 2017, 1238, spéc. n°s 10 et s.

64. Cependant, l'absence ou la disparition de l'intérêt sérieux et légitime du mandat posthume de nature à justifier sa révocation en application de l'article 812-4 du Code civil n'est pas caractérisée en présence d'un mandat aboutissant à dessaisir un parent administrateur légal sous contrôle judiciaire de ses prérogatives : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 2015, n° 14-10.377, *D.*, 2015, p. 1827, note N. Dissaux ; *AJ fam.*, 2015, p. 556, obs. J. Casey ; *RTD civ.*, 2015, p. 585, obs. J. Hauser, et p. 670, obs. M. Grimaldi ; *RDC*, 2015, p. 913, obs. C. Goldie-Genicon.

65. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2010, n° 09-10.556, *D.*, 2010, p. 2392, obs. M. Nicod ; *AJ fam.*, 2010, p. 287 obs. C. Vernières ; *Dr. fam.*, 2010, comm. 104, B. Beignier ; *Def.*, 2010, p. 1583, obs. J. Massip, et p. 1176, obs. F. Sauvage ; *RTD civ.*, 2010, p. 527, obs. J. Hauser, et p. 602, obs. M. Grimaldi.

66. M. Grimaldi, *Droit des successions*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2017, n° 451.

67. « Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal ».

68. En ce sens v. not. : Ph. Delmas Saint-Hilaire, « À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale », préc., p. 343 et les réf. citées. Sur la question, v. aussi J. Combret et C. Brenner, « L'administration de la succession », préc., n°s 40-41.

69. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2017, n° 17-40.035, *Dr. fam.*, 2017, comm. 187, I. Maria.

70. I. Maria, obs. *précit.*

cette fonction ou se trouve dans une situation prévue aux articles 395 et 396 du Code civil.

**22.** – C'est dire, si l'on résume les enseignements de ces arrêts, que la volonté du disposant est aujourd'hui souveraine. Tout contrôle judiciaire en lien avec la licéité ou l'opportunité de la clause est radicalement exclu. Le parent évincé n'a aucun moyen de s'opposer à la désignation du tiers administrateur. Cet absolutisme peut étonner à la lumière non seulement de la tradition historique mais aussi de la liberté que n'hésite pas à prendre aujourd'hui la Cour de cassation à l'égard de la loi comme de la volonté individuelle afin de moduler leur application au gré des circonstances de l'espèce au nom de l'atteinte à des intérêts supérieurs ou des droits fondamentaux<sup>71</sup>. Sans doute faut-il y voir, s'agissant de biens légués, une expression du respect des dernières volontés. Mais cette politique ne manque-t-elle pas de nuance ? C'est ce que pensent certains auteurs qui, renouant d'une certaine façon avec les objections déjà formulées sous l'ancien droit, regrettent, à propos de cette jurisprudence, « le peu de cas accordé à l'administration légale », l'administrateur légal pouvant ainsi être « purement et simplement privé d'une part essentielle de son pouvoir, portant sur la majeure partie des biens de l'enfant, par le parent cotitulaire de ce pouvoir » alors que « personne ne songerait à permettre à un parent de priver l'autre, par sa seule volonté, de l'exercice de l'autorité parentale »<sup>72</sup>. On peut aussi s'inquiéter, surtout après l'ordonnance du 15 novembre 2015 qui a vu le rôle du juge reculer en matière d'administration légale, des dangers liés à une possible extension conventionnelle des pouvoirs du tiers désigné. L'article 387-1 du Code civil énumérant une série d'actes que l'administrateur légal ne peut accomplir seul et qui sont soumis à l'autorisation préalable du juge, est-il sérieux d'envisager que le disposant puisse soustraire certains actes à cette autorisation ? La lettre de l'article 384, al. 2, du Code civil est bien en ce

sens : en énonçant que « le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal », ce texte dit clairement qu'il est loisible au disposant de renforcer les pouvoirs du tiers désigné par rapport à ceux de l'administrateur légal<sup>73</sup>. Cependant, comme cela a été justement remarqué, « le plus souvent, c'est un administrateur légal qui confère au tiers un droit pour le cas où lui-même ne pourrait plus l'exercer. Est-il concevable qu'il puisse donner plus de droits qu'il n'en détient lui-même ? [...] De la même manière, imaginons un ascendant consentant une donation d'immeuble à un petit-enfant et qui consentirait au tiers un pouvoir de libre disposition dudit immeuble. Ce n'est pas raisonnablement envisageable »<sup>74</sup>. Aussi certains auteurs invoquent-ils, à l'encontre d'une telle extension de pouvoirs, l'intérêt supérieur de l'enfant et « la limite naturelle liée au rôle du juge »<sup>75</sup>. C'est là un point délicat que la jurisprudence sera vraisemblablement amenée à trancher.

**23.** – L'absence de contrôle ou de limite se justifie cependant, explique-t-on, par deux séries de considérations : d'une part, la clause litigieuse forme la condition d'une libéralité que le disposant n'était pas tenu de consentir au mineur et qui est à l'avantage de celui-ci ; d'autre part, la protection de l'intérêt du mineur est suffisamment assurée par la possibilité que l'article 384, al. 3, du Code civil donne au juge des tutelles de désigner un administrateur *ad hoc* afin de remplacer le tiers choisi par le disposant dans le cas notamment où sa gestion serait défailante ou frauduleuse. Ce dernier garde-fou renvoie cependant à la question de l'étendue du contrôle du juge sur la mission de l'administrateur aux biens donnés ou légués. Quant au premier, il est en réalité fortement atténué par une jurisprudence bienveillante qui voit dans toute clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale un legs fait au mineur. Le 11 février 2015, la Cour de cassation a en effet cassé un

71. V. par ex. à propos de la clause dite pénale stipulée dans une libéralité Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2015, n° 14-29.285, *D.*, 2016, p. 578, note T. Le Bars ; *AJ fam.*, 2016, p. 105, obs. J. Casey ; *RTD civ.*, 2016, p. 424, obs. M. Grimaldi ; *RDC*, 2016, p. 294, obs. S. Godechot-Patris ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avr. 2016, n° 15-13.312, *AJ fam.*, 2016, p. 424 obs. J. Casey ; *RTD civ.*, 2016, p. 424, obs. M. Grimaldi.

72. M. Bruggeman *obs. précit.* note 55.

73. Réciproquement, il est bien sûr possible de les restreindre.

74. J. Combret et C. Brenner, « L'administration de la succession », *préc.*, n°s 40-41.

75. *Ibid.*

arrêt qui avait refusé de voir une libéralité dans la clause d'un testament olographe par laquelle le père déclarait « je suis opposé à ce que mon ex-épouse administre et gère mon patrimoine qui reviendra à mes enfants et confie cette mission exclusivement à ma sœur ». Selon la haute juridiction, « la clause d'exclusion de l'administration légale qui emportait privation de la jouissance légale de la mère avait nécessairement pour effet d'augmenter les droits des mineurs sur leur émolument dans la succession de leur père, de sorte qu'une telle clause [...] caractérisait un legs »<sup>76</sup>. Le raisonnement est à première vue convaincant : priver l'administrateur légal de son droit de jouissance sur les biens donnés ou légués au mineur, c'est libérer les biens de la charge qui les grève et permettre au mineur d'en recouvrer l'usufruit<sup>77</sup>. Reste qu'il est bien artificiel

de prétendre découvrir un legs dans un acte qui n'ajoute ni ne modifie rien à la vocation légale de l'héritier et dont l'auteur a été animé par la seule volonté de priver l'administrateur légal de ses pouvoirs<sup>78</sup>. Il serait plus cohérent de reconnaître que le mandat de l'article 384 du Code civil « peut porter sur des biens que l'enfant mineur recueille comme héritier *ab intestat* »<sup>79</sup>. Ce serait le prolongement logique de la jurisprudence qui admet désormais que la clause peut grever la réserve de l'enfant mineur. Ce serait aussi admettre que ce n'est pas tant l'avantage supposé qu'en retire l'enfant qui fonde aujourd'hui la clause que la liberté absolue du disposant. De quoi assurément nourrir l'intérêt pour cette vieille discussion et contribuer à renouveler ici les termes de l'articulation entre la loi et la volonté individuelle.

76. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 févr. 2015, n° 13-27.586, *AJ fam.*, 2015, p. 237, obs. C. Vernières ; *RTD civ.*, 2015, p. 354, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2015, comm. 75, M. Nicod, et comm. 80, I. Maria ; *RDC*, 2015, p. 901, obs. S. Godechot-Patris. V. aussi, dans le même sens : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 2015, n° 14-18.856, *RTD civ.*, 2015, p. 584, obs. J. Hauser, et p. 668, obs. M. Grimaldi.

77. Sur les nuances à apporter à cette vision qui ne tient pas compte du fait que le droit de jouissance légale doit être exercé dans l'intérêt du mineur et qu'il n'en est pas tenu compte en pratique dans la valorisation des biens de l'enfant : C. Vernières, *obs. précit.*, *AJ fam.*, 2015, p. 237.

78. En ce sens, v. not. M. Grimaldi, *obs. précit.*, *RTD civ.*, 2015, p. 668 et C. Vernières, *obs. précit.*, *AJ fam.*, 2015, p. 237.

79. M. Grimaldi, *obs. précit.*

# Petit sept du Grand A :

---

## la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation

### La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation

**Charles-Édouard Bucher**

Professeur à l'Université de Nantes

Directeur de l'Institut de recherche en droit privé (IRDPP)

1. – La rubrique « Débats » d'une fameuse revue dédiée au droit des contrats, se donne, selon ses promoteurs, pour objet de rassembler « différentes opinions relatives à une question qui appelle la mobilisation des analyses doctrinales du fait de sa nouveauté, de sa complexité, des incertitudes qui marquent sa situation [...] »<sup>1</sup>. Si « l'objectif est la confrontation des idées, ce qui ne s'entend pas – il s'en faut – de la recherche systématique

de l'affrontement et de la divergence », il n'est pas certain que ce vœu ait été parfaitement respecté à propos de la question de la transposition de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 du parlement européen et du conseil, sur certains aspects de la vente et de la garantie des biens de consommation<sup>2</sup>. Un numéro de cette revue a en effet réuni sept contributions totalisant cinquante pages sur ce thème en 2005<sup>3</sup>. Les discus-

---

1. Rubrique Débats, *RDC*, 2005, p. 919.

2. Sur laquelle, v. M. Trochu, « Vente et garanties des biens de consommation : directive CE n° 1999-44 du 25 mai 1999 », *D.*, 2000, p. 119; O. Tournafond, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 », *D.*, 2000, p. 159; J. Raynard, « Droit communautaire et vente : les enjeux d'une transposition à venir », *RTD civ.*, 2000, p. 440.

3. *RDC*, 2005, p. 919 à 969, « Défauts, qualités et vices du nouveau régime de garantie dans la vente de biens de consommation ».

sions – on se contentera pour le moment de ce terme –, parfois vives, toujours tranchées, avaient débuté quelques années auparavant, au moment même de l'adoption du texte par les instances européennes. Elles ont quasi exclusivement eu lieu entre membres de la doctrine universitaire, même si certains milieux professionnels ont souhaité faire entendre leur voix<sup>4</sup>. Le texte européen dont il est question, inspiré par la Convention des Nations Unies applicables aux ventes internationales de marchandises adoptée à Vienne le 11 avril 1980, offre aux consommateurs, sur le territoire de l'Union européenne, une protection identique pour les biens qu'ils ont pu acquérir dans les différents États membres. Cette protection concerne un « aspect » particulier du régime de la vente, celui du défaut de conformité du bien au contrat. On estimait en effet qu'il s'agissait là de la principale source de conflits avec les vendeurs. Afin d'y remédier, mais aussi pour réaliser le marché intérieur en supprimant les distorsions de concurrence, les instances européennes ont souhaité rapprocher les législations des États membres en vue d'assurer une protection satisfaisante des consommateurs. La tâche ne fut pas aisée. Après la publication, en 1993, d'un « Livre vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente », il a fallu attendre trois ans pour qu'une proposition de directive soit présentée et encore trois ans pour que cette directive soit finalement adoptée.

**2.** – Les grandes lignes du texte sont les suivantes : un domaine limité aux objets mobiliers corporels ; une définition assez large de la « conformité » englobant à la fois les qualités définies par les parties mais également celles auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre eu égard à la nature du bien, c'est-à-dire une fusion de ce que l'on qualifie en droit interne de délivrance conforme et de garantie des vices cachés ; des sanctions diverses mais hiérarchisées pour y remédier, lorsque le défaut existe lors de la délivrance du bien : réparation ou remplacement, le choix en revenant en prin-

cipe à l'acquéreur à moins qu'une des mesures apparaisse disproportionnée, puis, si ces mesures ne peuvent être mises en œuvre, et ce dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour le consommateur, réduction du prix ou, si le défaut de conformité n'est pas mineur, résolution de la vente ; un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien pendant lequel le vendeur doit en garantir la conformité, une présomption selon laquelle le défaut existait au moment de la délivrance s'il apparaît dans un délai de six mois, et la possibilité pour les États membres de prévoir un autre délai durant lequel l'acheteur doit en informer le vendeur, d'au moins deux mois à partir de l'apparition du défaut de conformité ; un encadrement de la garantie commerciale éventuellement offerte par le professionnel.

**3.** – Se situant dans la droite ligne des directives touchant au droit de la consommation de l'époque, le texte européen n'est pas un texte d'harmonisation maximale. Les États membres, tenus au respect de la norme uniforme minimale de protection des consommateurs, pouvaient en effet prévoir des normes nationales plus favorables au bénéfice de ceux-ci. L'article 8 est explicite. Les droits reconnus par le présent texte « sont exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle »<sup>5</sup>. Et, dans les domaines qu'elle couvre, la directive autorise les États membres à reconnaître « des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur »<sup>6</sup>. La transposition de cette directive en droit interne devait intervenir au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Un groupe de travail chargé de réfléchir aux modalités de son intégration en droit français avait même été créé par le ministère de la justice en octobre 2000<sup>7</sup>. Dirigé par Madame Geneviève Viney, il était composé de six universitaires<sup>8</sup>, de magistrats, d'un avocat aux conseils, de membres de la

4. V. Ph. Brun, « De quelques enseignements à tirer de la transposition de la directive CE du 25 mai 1999 », *RDC*, 2005, p. 940, spéc. p. 942.

5. Art. 8.1, Directive 1999/44/CE.

6. Art. 8.2, Directive 1999/44/CE.

7. [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/0000.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/0000.pdf)

8. Composé, outre de Madame Viney, de Messieurs Jacques Ghestin, Jean Calais-Auloy, Jérôme Huet, Vincent Heuzé, et Yves-Marie Sériet.

direction des affaires civiles du ministère et de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Ce groupe avait rédigé un avant-projet de loi de transposition qui a suscité bon nombre de critiques, parfois virulentes, émanant essentiellement de membres de la doctrine mais également de milieux professionnels ce qui a, semble-t-il, conduit à l'élaboration d'un projet alternatif<sup>9</sup>. La transposition n'a finalement été opérée que par une ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005. Aujourd'hui encore, les termes employés marquent par leur âpreté<sup>10</sup>. Des auteurs doutaient de la légitimité des autres<sup>11</sup>, de la constance<sup>12</sup> et de la pertinence de leurs propos<sup>13</sup>, leur reprochaient leur entêtement<sup>14</sup> et se montraient indignés par leurs écrits<sup>15</sup>; les autres mettaient alors subtilement en cause l'indépendance des premiers<sup>16</sup> et répondaient précisément sur leur prétendu isolement<sup>17</sup>. Cela a d'ailleurs incité un auteur à intervenir afin de donner « la parole [...] à la défense »<sup>18</sup> puis, un des protagonistes,

pourtant en première ligne, à se « féliciter du ton nuancé »<sup>19</sup> adopté par de nouveaux entrants dans ce débat et à souligner que « les divergences de vues n'empêchent pas l'estime réciproque »<sup>20</sup>. Comme on peut le pressentir, puisqu'il s'agissait d'intégrer dans le droit des États membres une directive européenne, des débats ont également eu lieu dans ces autres États. Mais ils n'ont semble-t-il pas été aussi intenses qu'en France<sup>21</sup>.

**4. –** Puisque cet épisode de la transposition a mis en scène des thèses en confrontation, a mobilisé des opinions et des positions qui ont été discutées, il constitue sans conteste une véritable controverse<sup>22</sup> alors même qu'il a pu prendre les traits d'attaques *ad hominem*<sup>23</sup> ce qui aurait pu inciter à n'y voir qu'une simple querelle<sup>24</sup> ou empoignade doctrinale<sup>25</sup>. Le débat opposait essentiellement Madame Viney<sup>26</sup>, principale artisan de l'avant-projet de loi de transposition, rejointe, par la suite par Denis Mazeaud<sup>27</sup> et

9. O. Tournafond, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », *D.*, 2002, p. 2883.

10. Les termes employés dans les écrits actuels s'en font l'écho ; « débat assez intense » (A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2017, 12<sup>e</sup> éd., n° 246), « critiques d'une virulence surprenante » (Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2018-2019, 11<sup>e</sup> éd., n° 3363.351), « échanges doctrinaux d'une rare violence » (M. Latina, *Rép. civ. Dalloz*, V<sup>e</sup> Contrat : généralités, 2017, n° 68).

11. « Avant-projet, dont on ne sait trop s'il a ou non l'aval de la Chancellerie », O. Tournafond, préc.

12. « Véritable volte-face [...] [auquel] s'est livrée la Commission », O. Tournafond, préc.

13. « Arguments péremptoires », O. Tournafond, préc.

14. « Sourds à toute autre doctrine », O. Tournafond, préc.

15. « L'auteur va d'ailleurs jusqu'à morigéner ceux qui traîneraient les pieds, jugeant leur attitude "irrationnelle et, pour tout dire, consternante" », O. Tournafond, préc.

16. « Caution de l'industrie et du patronat », G. Viney, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.*, 2002, p. 3162.

17. « Les "sourds" invétérés auxquels fait allusion M. Tournafond ne seraient-ils pas simplement des lecteurs que [...] [les] savantes démonstrations [de l'auteur] n'ont pas réussi à amener à partager ses opinions et qui, quant à eux, ne se permettraient pas de lui retourner le compliment ? », G. Viney, préc.

18. D. Mazeaud, « Transposition de la directive du 25 mai 1999 : la parole est à la défense », *D.*, 2003, p. 6.

19. O. Tournafond, « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ? », *D.*, 2003, p. 427.

20. Idem.

21. V. P. Ancel, « Aperçus de droit comparé sur la transposition de la directive 1999/4/CE sur la garantie dans la vente de biens de consommation », *RDC*, 2005, p. 881.

22. Qualifiant les échanges de « controverse doctrinale », v. D. Mazeaud, préc.

23. Sur cet aspect possible de la controverse doctrinale, v. N. Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTD civ.*, 2003, p. 161 : « la controverse porte également parfois sur des arguments d'une nature bien différente, extra-juridiques, pour ne pas dire *ad hominem*, qui visent à priver de crédit la thèse contraire par la déconsidération de son auteur » ; v. aussi Y. Guenzoui, « Les querelles doctrinales », *RTD civ.*, 2013, p. 47.

24. Utilisant ce terme, v. L. Leveneur, « Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs – Garantie légale de conformité – Garantie commerciale », *JurisClass. Conc. Cons.*, Fasc. 1060, 2015, n° 3 : « querelle de la transposition ».

25. Utilisant l'expression, v. P. Jourdain, « Transposition de la directive sur la vente : ne pas manquer une occasion de progrès », *D.*, 2003, p. 4.

26. G. Viney, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.*, 2002, p. 3162.

27. D. Mazeaud, préc.

Patrice Jourdain<sup>28</sup>, à Olivier Tournafond<sup>29</sup>, Laurent Leveneur et Gilles Paisant<sup>30</sup>, et Daniel Mainguy<sup>31</sup>. Il s'agissait de Professeurs, essentiellement spécialisés en droit des obligations, plus précisément en droit des contrats mais également en droit de la responsabilité civile, et pas seulement en droit de la consommation<sup>32</sup> ni même en droit de la vente<sup>33</sup>. Le débat a eu lieu par articles interposés publiés dans les principales revues juridiques, Dalloz et JCP en 2002 et 2003, par les auteurs individuellement, sauf pour l'article des Professeurs Paisant et Leveneur, écrit à quatre mains. L'avant-projet de loi illustrait quant à lui la figure de la « doctrine collective législatrice » identifiée par Pascale Deumier<sup>34</sup>. L'opposition n'était pas générationnelle et l'affrontement ne mettait pas aux prises Paris et la Province. Un auteur a considéré qu'il s'agissait d'une opposition entre conservateurs et progressistes<sup>35</sup>, un autre y voyait un débat entre défenseurs de la liberté contractuelle et solidaristes<sup>36</sup>, tandis qu'un dernier, enfin, soulignait que la véritable opposition réside « dans le choc de la pensée dogmatique et de la pensée pragmatique »<sup>37</sup>. Comme on le voit, l'opposition portait même sur les clivages censés l'expliquer. Dit autrement, cette controverse sur la transposition de la directive a également engendré une controverse sur la controverse...

**5.** – Pour en revenir au fond et pour reprendre le titre d'un article de Madame Viney, le débat portait sur la réponse à apporter à la question sui-

vante : « quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? »<sup>38</sup>. Pouvait-on en profiter pour réformer les règles du Code civil et prévoir, pour l'ensemble des ventes, une action unique mêlant la garantie des vices cachés et l'obligation de délivrance conforme ? Était-il possible de se contenter de prévoir, au seul bénéfice des consommateurs, une action spécifique au sein du Code de la consommation ? Bref, fallait-il que l'on soit « plus communautariste que la Communauté européenne »<sup>39</sup> ou devait-on « ne pas manquer une occasion de progrès »<sup>40</sup> ? Afin de prendre la mesure de la controverse et de son intensité, il convient d'envisager les arguments invoqués par les différents auteurs à cette occasion (**I**) avant de préciser quel en a été le dénouement (**II**).

## I. Les arguments

**6.** – Au cours de cette polémique portant sur la transposition de la directive, des arguments ont été avancés par les uns et les autres. Pour en apprécier le bien-fondé, il importe de les classer. Si certains étaient d'ordre technique (**A**), d'autres relevaient davantage de la politique juridique (**B**).

### A. Les arguments de technique juridique

**7.** – Il convient d'évoquer, d'abord, ceux qui étaient liés à la régularité de la transposition

28. P. Jourdain, préc.

29. O. Tournafond, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », *D.*, 2002, p. 2883 ; O. Tournafond, « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ? », *D.*, 2003, p. 427.

30. G. Paisant et L. Leveneur, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? », *JCP G*, 2002, I, 135.

31. D. Mainguy, « Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *JCP G*, 2002, 183.

32. Mis à part Gilles Paisant spécialiste de droit de la consommation (Laurent Leveneur étant à la fois spécialiste de droit des obligations et de droit de la consommation).

33. Denis Mazeaud se demandait s'il était légitime à « entrer dans la mêlée » car il prétendait ne pas pouvoir « se prévaloir d'une compétence particulière en matière de contrats spéciaux, du moins comparé à MM. Leveneur, Paisant et Tournafond », D. Mazeaud, préc.

34. Sur laquelle, v. P. Deumier, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTD civ.*, 2006, p. 63.

35. V. P. Jourdain qui oppose l'« option conservatrice » à l'« option progressiste », préc.

36. D. Mazeaud, préc.

37. P. Jourdain, préc.

38. G. Viney, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP G*, 2002, doct. 158 ; le débat a également été présenté comme portant sur la place qui devait être assignée à la loi de transposition, code civil ou code de la consommation. Mais en tout état de cause, même en cas de transposition large, dans le code civil, des dispositions devaient figurer au sein du second code (v. G. Viney, préc.).

39. L. Leveneur, fasc. préc.

40. P. Jourdain, préc.

envisagée (1) et, ensuite, ceux qui portaient sur la simplification escomptée du droit interne (2).

### 1. La régularité de la transposition envisagée

**8.** – Les rédacteurs de l'avant-projet de loi, et plus largement les partisans d'une transposition large de la directive, préconisaient une modification du droit commun de la vente. La garantie de conformité aurait été applicable à toutes les ventes<sup>41</sup>, quelle que soit la qualité de l'acquéreur. Elle se serait retrouvée dans le Code civil, au lieu et place des articles 1625 et 1641 à 1649, abrogés, dans une section consacrée à la « garantie légale » ainsi dénommée pour la distinguer de la garantie commerciale. Elle aurait astreint le vendeur à « livrer une chose conforme au contrat et [...] [à répondre] des défauts de conformité existant lors de la délivrance, quand même il ne les aurait pas connus »<sup>42</sup>. Cette conformité au contrat étant vérifiée lorsque la chose « présente les caractéristiques que les parties ont définies d'un commun accord et qu'elle est propre à l'usage habituellement attendu d'une chose semblable ».

**9.** – Les opposants à une telle transposition maximale insistaient sur « la logique »<sup>43</sup> d'une transposition *a minima* de la directive qui serait la plus « opportune »<sup>44</sup>. En effet, puisque le texte européen ne concerne que les rapports se nouant entre les professionnels et les consommateurs, « il serait bien étrange que ce texte communautaire ne trouve pas sa transposition dans notre

code de la consommation dont l'objet est précisément de rassembler les textes généraux du droit de la consommation »<sup>45</sup>. Par ailleurs, prévoir une protection identique pour tous irait à l'encontre des objectifs de la directive qui n'a entendu réserver une situation favorable qu'aux consommateurs. En effet, « si tous les acquéreurs devaient être traités de la même manière, c'est l'idée même de protection particulière du consommateur qui serait niée »<sup>46</sup>.

**10.** – Ces arguments n'étaient pas sans répliques. Il a été rétorqué qu'il était nécessaire pour le législateur européen que les consommateurs bénéficient des dispositions en cause. Peu importe, pour que le droit interne soit compatible avec le droit européen, que les autres contractants profitent également de la protection mise en place<sup>47</sup>. Puisqu'on se situait hors du domaine de la directive, on pouvait penser que le législateur disposait d'une liberté totale pour étendre le régime aux non-consommateurs<sup>48</sup>.

**11.** – Les opposants à une transposition large de la directive avaient encore brandi le risque d'une condamnation par les juges de Luxembourg. À cet égard, la France venait de se faire condamner par la Cour de justice pour avoir manqué aux obligations qui lui incombait lors de la transposition de la directive (CE) n° 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux<sup>49</sup>.

**12.** – Cette menace était-elle réelle ? Rien n'est moins sûr. La directive de 1999 est un texte

41. Et même à certains louages d'ouvrage lorsqu'il porte sur la fourniture d'un meuble.

42. Article 1641 al. 1<sup>er</sup>, de l'avant-projet loi.

43. G. Paisant et L. Leveneur, préc.

44. O. Tournafond, « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ? », préc., p. 427.

45. G. Paisant et L. Leveneur, préc.

46. Idem.

47. Selon Denis Mazeaud, « sur le plan de la pure technique de transposition, rien ne s'oppose donc à l'intégration des règles nouvelles dans le code civil, puisque, comme l'a pertinemment relevé Mlle Viney, l'exposé des motifs de la directive révèle que, si les lois de transposition ne peuvent pas accorder aux consommateurs une protection inférieure à celle prévue dans la directive, elles peuvent, non seulement, en renforcer l'intensité, mais encore, en accroître le domaine ratione personae », D. Mazeaud, préc.

48. Comme avait pu l'affirmer Denis Mazeaud, « sincèrement, on attend que l'on nous démontre, autrement que sous la forme d'une simple pétition de principe, que la réalité et l'intensité de la protection des consommateurs impliquent qu'ils bénéficient de l'exclusivité de ladite protection », D. Mazeaud, préc.

49. CJCE, 25 avr. 2002, n° C-52/00, D., 2002, p. 1670, obs. C. Rondey et p. 2462, note Ch. Larroumet ; *RTD civ.*, 2002, p. 523, obs. P. Jourdain et p. 868, obs. J. Raynard. En effet, en autorisant, dans l'article 1386-2 (ancien) du Code civil, la réparation des dommages inférieurs à 500 € qui résulte d'une atteinte à un bien, en assimilant le fournisseur au producteur et en instituant un devoir de suivi pour le fabricant de son produit, la France avait manqué à ses obligations.

consomériste<sup>50</sup>. Elle se fonde sur l'article 153 du Traité CE (devenu 169 TFUE) qui se donne pour objectif de « promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs ». En revanche, la Cour de justice s'est appuyée sur l'article 100 (devenu 94), sur le fondement duquel a été prise la directive de 1985, pour affirmer qu'aucune autre dérogation que celles permises par le texte communautaire lui-même n'était admissible. Elle a ainsi fait primer « l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises »<sup>51</sup> sur celui de protection des consommateurs. Elle a d'ailleurs précisé que, à la différence d'autres directives, telle que celle du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, celle relative aux produits défectueux ne contient aucune disposition autorisant explicitement les États membres à adopter ou à maintenir, sur les questions qu'elle règle, des dispositions plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé aux consommateurs. Ainsi, l'éventualité d'une condamnation de la France semblait pouvoir être écartée. Cela a pu être dit : le risque était « bien plus chimérique que réel, ainsi qu'en atteste d'ailleurs le mode dubitatif et conjectural sur lequel il a été brandi »<sup>52</sup>.

## 2. La simplification escomptée du droit interne

**13.** – Les partisans d'une transposition large soulaient encore le bénéfice attendu en termes de simplification du droit de l'élargissement du domaine d'application de la nouvelle action à

toutes les ventes. Les membres du groupe de travail y voyaient en effet le moyen d'« éviter la complexité indescriptible qu'aurait entraîné une transposition minimale »<sup>53</sup> car « celle-ci aurait conduit à ajouter aux deux actions en garantie contre les vices cachés et en responsabilité pour délivrance d'un produit non conforme qui existent déjà actuellement [...] »<sup>54</sup>.

**14.** – L'argument n'est pas niable. Mais il a été avancé sans aucune nuance. Le cumul ou concours entre la nouvelle action et les actions traditionnelles n'existe pas en toute hypothèse. Il présuppose que les conditions d'application de la garantie de conformité soient réunies, c'est-à-dire que la vente porte sur un meuble et que le contrat soit conclu entre un vendeur professionnel et un acheteur non professionnel. Par ailleurs, la distinction entre le vice caché et le défaut de conformité n'est ni absurde ni, sauf exception, difficile à opérer<sup>55</sup>. Le vice caché tient compte de l'usage normalement attendu par tous d'une chose identique : pouvoir être habitée pour une maison, rouler pour une voiture... ; le défaut de conformité, s'apprécie par rapport aux « spécifications contractuelles »<sup>56</sup>, c'est-à-dire au contrat. Les cas – limités – de chevauchement, qui se manifestent en présence d'un défaut contraire à la commande et qui porte sur l'usage normal de la chose, devant, semble-t-il, être tranchés en faveur du défaut de conformité<sup>57</sup>.

**15.** – On peut également souligner que l'argument de la complexité du droit interne a été mobilisé à contretemps. En effet, la distinction entre les défauts de la chose vendue a été clarifiée quelques années auparavant. La première

50. Il propose une nouvelle définition du consommateur, rompant avec la définition traditionnelle qui permettait de recouvrir sous cette appellation les professionnels non spécialistes indépendamment de l'utilisation faite du bien. Selon la directive, est un consommateur « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

51. CJCE, 25 avr. 2002, préc.

52. Ph. Brun, « Droit communautaire et droit français de la vente », *RDC*, 2003, p. 107.

53. Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, juin 2002, p. 5.

54. Idem.

55. Monsieur Tournafond impute cette difficulté, pour une large part, à l'œuvre de certains auteurs : « dès lors que l'on répétait à l'envi qu'il n'était pas possible de distinguer entre l'erreur sur les qualités substantielles, la non-conformité et le vice caché, que l'on enseignait en somme que « tout était dans tout et réciproquement », il n'était guère surprenant que la position des juges devint incertaine et contradictoire et les critères de distinction nébuleux », O. Tournafond, préc., *D.*, 2002, p. 2883.

56. Sur la distinction, v. R. Boffa, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, t. 32, Defrénois, 2008, n° 456-3, p. 328 ; C.-E. Bucher, « Le contrat de vente est-il un contrat spécial ? Réflexions à partir de la garantie des vices cachés », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 175.

57. P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2017, 7<sup>e</sup> éd., n° 391, p. 362.

chambre civile<sup>58</sup> et la chambre commerciale<sup>59</sup>, qui entendaient largement le défaut de conformité afin d'y englober la garantie des vices cachés<sup>60</sup>, ont fini par se rallier à la position défendue par la troisième chambre civile<sup>61</sup>. On a alors pu parler de « retour à l'ordre »<sup>62</sup>, d'« éclaircie »<sup>63</sup> ou souligner que « la distinction est désormais relativement bien tranchée »<sup>64</sup>. Il est vrai que toute difficulté n'avait pas disparu<sup>65</sup>. Mais on pouvait s'attendre à ce que les partisans d'une transposition maximale expliquent pourquoi la jurisprudence n'était pas, à leurs yeux, satisfaisante. Cela n'a pas été suffisamment fait. À ces arguments techniques, s'ajoutaient des arguments de politique juridique.

## **B. Les arguments de politique juridique**

**16.** – Il convient d'évoquer, d'abord, ceux qui portaient sur la protection du consommateur (1) et, ensuite, ceux qui étaient relatifs à la perspective de codifications interne et européenne (2).

### **1. La protection du consommateur**

**17.** – Les auteurs hostiles à une transposition maximale soulignaient que la directive avait laissé la possibilité de maintenir, dans son domaine d'application, des dispositions plus protectrices au bénéfice des consommateurs. Or, « l'esprit résolument consumériste de la directive impose d'éviter que les nouvelles dispositions qui lui feront suite ne se traduisent, sur quelque point que ce soit, par un recul de la protection actuellement conférée par le droit français à l'acheteur-consommateur »<sup>66</sup>. Par conséquent, « la

manière de tenir compte de cette nécessité consiste à offrir au consommateur déçu du bien acquis le choix entre une action répondant aux prévisions de la directive et inscrite dans le Code de la consommation et une action selon le droit commun inchangé du Code civil »<sup>67</sup>. Cela serait de nature à « maximiser »<sup>68</sup> la protection du consommateur.

**18.** – La protection du consommateur n'aurait pas été améliorée si l'on supprimait les actions reconnues par le droit commun. En effet, même si certains choix avaient été faits en faveur du consommateur<sup>69</sup>, l'avant-projet de loi contenait des dispositions qui ne lui profitait pas. Un délai de durée de la garantie avait été institué, de cinq ans en matière mobilière et de dix ans en matière immobilière. Il était supérieur au délai minimal de deux ans prévu par la directive. Mais son point de départ était la délivrance, conformément au texte de la directive, et non pas la manifestation du défaut. Cette disposition était donc défavorable aux consommateurs comme l'atteste le fait que leurs représentants aient souhaité que ce délai coure à compter de la manifestation du défaut<sup>70</sup>. On soulignait encore que l'existence même d'une hiérarchie imposée au consommateur marquait une régression de sa protection<sup>71</sup>. Était-ce vraiment le cas ? Si une priorité de la mise en conformité sans frais pouvait être imposée à l'acquéreur, on pouvait néanmoins considérer qu'il s'agissait d'une sanction susceptible de le satisfaire pleinement et rapidement, en tout cas plus que la réhibition ou la réduction

58. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1993, n° 91-19.627, *Bull. civ. I*, n° 362.

59. Com., 26 avr. 1994, n° 92-13.862, *Bull. civ. IV*, n° 159.

60. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, n° 87-18.517, *Bull. civ. I*, n° 140 : « L'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tout point au but par lui recherché ».

61. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1993, n° 91-19.627, *Bull. civ. I*, n° 362 ; Com., 26 avr. 1994, n° 92-13.862, *Bull. civ. IV*, n° 159.

62. Fr. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, 10<sup>e</sup> éd., n° 331, p. 303.

63. A. Bénabent, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », *D.*, 1994, p. 115.

64. P. Puig, *op. cit.*

65. V. *supra*.

66. G. Paisant et L. Leveneur, *préc.* ; les auteurs soulignaient encore que la transposition large aurait intenté à la situation des professionnels puisque la liberté contractuelle aurait été restreinte.

67. *Idem*.

68. D. Mainguy, *préc.*

69. V. P. Jourdain, « Transposition de la directive sur la vente : ne pas manquer une occasion de progrès », *D.*, 2003, p. 4.

70. Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *préc.*, p. 29-30.

71. G. Paisant et L. Leveneur, *préc.*

du prix<sup>72</sup>. Par ailleurs, certaines conditions auraient été posées afin que la mesure ne se retourne pas contre l'acheteur : l'exécution devait intervenir dans un bref délai d'un mois en matière mobilière et de trois mois en matière immobilière. Mais il est certain qu'en ajoutant une nouvelle action à celles d'ores et déjà reconnues en droit commun, la protection du consommateur ne pouvait qu'être accrue. Le Doyen Carbonnier l'avait déjà souligné pour défendre la coexistence d'un concours d'action entre l'action réhibitoire et l'action en nullité pour erreur sur la substance. Selon l'auteur, « lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul. Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois »<sup>73</sup>.

## 2. La perspective des codifications interne et européenne

**19.** – Que pouvait impliquer la transposition en droit interne d'une directive consacrée à « certains aspects de la vente et [...] [aux] garanties des biens de consommation » ? A cette question, la réponse de Monsieur Tournafond est dépourvue d'ambiguïtés : « la réforme de la garantie dans les contrats n'est qu'une pièce d'un ensemble plus important qui est la réforme du droit des obligations »<sup>74</sup>. Cette controverse a lieu à la veille du bicentenaire du Code civil et au moment même où l'on parle de Code européen des contrats. Nous sommes en effet en 2002, et

les revues juridiques se font l'écho de cette « autre question déjà controversée »<sup>75</sup> qui avait suscité une importante levée de boucliers de la doctrine. Monsieur Tournafond mentionne les articles de Vincent Heuzé<sup>76</sup>, d'Yves Lequette<sup>77</sup>, de Philippe Malinvaud<sup>78</sup> et de Jérôme Huet<sup>79</sup>. L'année précédente, la Commission européenne, dans sa communication du 11 juillet 2001<sup>80</sup>, avait justifié l'initiative prise en faveur de l'élaboration d'un droit européen des contrats, par la volonté de dépasser l'approche sectorielle, notamment en matière de consommation, où comme elle l'énonce « pas moins de sept directives traitant des questions contractuelles ont été adoptées au cours de la période de 1985 à 1999 ».

**20.** – Cette perspective d'une harmonisation du droit des contrats en Europe avait été évoquée par Messieurs Leveneur et Paisant pour expliquer qu'une modification du droit commun de la vente à l'occasion de la transposition de la directive était mal venue<sup>81</sup>. Démontrant qu'une réforme du Code civil apparaissait préférable à l'adoption d'un Code européen, Monsieur Tournafond a, quant à lui, procédé à l'identification des difficultés qui affecteraient le droit positif<sup>82</sup> : la porosité des contours du contrat par rapport au quasi-délit et au quasi-contrat, les limites mal définies du principe de l'effet relatif du contrat, la distinction mal assurée entre la période de la formation et celle de l'exécution ce qui se révèle notamment à propos des obligations d'information et de conseil et du rôle de la bonne foi...

72. Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, p. 7 : « Il a été souligné que la mise en conformité sans frais donne pleine satisfaction à l'acheteur et que celui-ci n'a donc aucune raison sérieuse de la refuser au vendeur pour qui elle peut être beaucoup moins coûteuse que la résolution ou la réduction du prix ».

73. J. Carbonnier, « Contrats spéciaux, Application du bref délai de l'action réhibitoire à l'action en nullité pour erreur sur la substance », *RTD civ.*, 1961, p. 333.

74. O. Tournafond, *préc.*, p. 2883.

75. *Idem.*

76. V. Heuzé, « À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP G*, 2002, I, 152.

77. Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, p. 2202.

78. Ph. Malinvaud, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.*, 2002, p. 2452.

79. J. Huet, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.*, 2002, p. 2611.

80. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, JOCE 13 sept. 2001, C 255/1.

81. G. Paisant et L. Leveneur, *préc.* (« à l'heure où l'idée d'une éventuelle harmonisation du droit des contrats dans l'Union européenne est évoquée, il est encore permis de s'interroger sur le point de savoir si le moment est bien venu pour réformer notre droit commun de la vente »).

82. O. Tournafond, *préc.*

**21.** – Madame Viney a souhaité couper court à toute discussion car ce « programme ambitieux de révision du code civil [...] ne concerne pas la transposition de la directive du 25 mai 1999 »<sup>83</sup>. Elle ajoutait que « prétendre relever [...] [le] défi [de la réforme du droit des contrats] en se bornant à réformer la garantie des vices cachés paraît dérisoire » et a entendu apporter une dénégation aux intentions réformatrices qu'on lui prêtait<sup>84</sup>. Elle énonce en effet que « nous pouvons immédiatement rassurer M. Tournafond ainsi que ses lecteurs. Jamais pareille ambition n'a même effleuré l'esprit d'aucun des membres de la commission dont les débats ont été, sinon toujours exclusivement techniques, du moins uniquement orientés vers la réalisation de la mission qui leur avait été confiée, à savoir la rédaction d'un avant-projet de transposition de la directive du 25 mai 1999, rien de plus, rien de moins »<sup>85</sup>.

**22.** – Pourtant ces arguments n'étaient pas dénués de toute pertinence. L'avenir montrera que toutes ces initiatives européennes ont justifié l'importance d'une réforme du Titre III du Livre III du Code civil afin d'éloigner la menace d'une harmonisation, voire d'une uniformisation du droit des contrats<sup>86</sup>. Le présent pouvait être mobilisé. En effet, en Allemagne, la nécessité d'intégrer la directive a été le « fait déclencheur »<sup>87</sup> de la réforme du droit des obligations opérée par la loi du 26 novembre 2001, et plus exactement de la modernisation des règles du droit commun de l'inexécution et de la prescription. C'est, semble-t-il, afin d'éviter les inconvénients liés à la multiplication des régimes applicables au contrat de vente, qu'une « grande

solution » a été retenue<sup>88</sup>. Celle-ci a donc consisté à réformer l'ensemble du droit de la vente mais également le droit des troubles dans l'exécution des obligations. Les arguments ont été évoqués. Il convient d'envisager quel a été le dénouement de cette controverse.

## II. Le dénouement

**23.** – La controverse a connu son dénouement lors de l'adoption de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur. Comme on peut s'en douter, l'attitude de la doctrine n'a pas été unanime après l'adoption de ce texte. Certains auteurs ont exprimé des regrets<sup>89</sup>, d'autres ont approuvé plus ou moins totalement les nouveaux textes, tandis que d'autres, enfin, ont souhaité prolonger les débats<sup>90</sup>. Nous évoquerons cette ordonnance **(A)** puis l'« après » ordonnance **(B)**.

### A. L'ordonnance

**24.** – Après avoir formulé plusieurs remarques de pure forme **(1)**, nous envisagerons le fond du texte **(2)**.

#### 1. La forme

**25.** – La loi du 9 décembre 2004 « de simplification du droit » autorisa le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires à la transposition de la directive. La voie législative ordinaire a donc été évitée afin de ne plus perdre de temps car la France venait de se faire condamner pour le retard pris<sup>91</sup>. De ce fait, aucune discussion n'a eu lieu devant la représentation

83. G. Viney, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », préc., p. 3162.

84. Idem. Selon M. Tournafond, en effet, Madame Viney « affirme, à juste titre, qu'il faudrait une réflexion d'ensemble sur le droit des contrats », O. Tournafond, préc., *D.*, 2002, p. 2883.

85. Idem.

86. V. par ex., L. Leveneur, « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Cont. conc. cons.*, 2016, dossier n° 2.

87. C. Witz, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.*, 2002, p. 3156; sur la question, v. aussi, P. Ancel, préc.

88. Même s'il est vrai, comme d'ailleurs cela a été abondamment relevé, que l'Allemagne ne disposant pas d'un code de la consommation, la transposition ne pouvait s'effectuer qu'au sein du BGB (v. G. Paisant et L. Leveneur, préc.).

89. D. Mainguy, préc.

90. Y.-M. Serinet, « La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser », *RDC*, 2005, p. 955; J. Calais-Auloy, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.*, 2005, p. 701.

91. CJCE, 1<sup>er</sup> juill. 2004, C-311/03, *Comm. CE c/ France*.

nationale. On pouvait le regretter<sup>92</sup> comme on a pu le déplorer plus tard lors de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Le texte européen accordait aux États membres la possibilité d'opérer certains choix qui auraient pu être discutés devant le parlement. Les seuls débats sont donc le fait de la doctrine.

**26.** – La transposition sera finalement réalisée par une ordonnance en date du 17 février 2005. Elle trouve sa place dans le Code de la consommation aux articles L. 211-1 à L. 211-18 (devenus L. 217-1 à L. 217-18 depuis l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation). C'est en effet une transposition au sein de ce code qui a été retenue. C'était prévisible. On avait souligné que le « très vigoureux tir de barrage »<sup>93</sup> avait finalement provoqué un revirement complet de la Chancellerie qui s'opposait désormais à l'avant-projet élaboré sous la direction de Madame Viney. En apparence, c'est donc la voie minimale qui a été choisie. Mais ce n'est pas totalement exact. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance ne se sont pas contentés de transposer la directive dans la législation consumériste. Ils ont remplacé le bref délai, exigé à l'article 1648 du Code civil pour agir en garantie des vices cachés, par un délai de deux ans. Cette modification, qui avait été préconisée par certains<sup>94</sup>, n'est pas symbolique. Elle a été conçue afin de désamorcer une grande part du contentieux en la matière.

**27.** – Un Rapport au Président de la République<sup>95</sup> accompagne l'ordonnance. Ce qui étonne à sa lecture est que la réponse apportée à la question

du domaine de la transposition est présentée comme si évidente qu'on en arriverait même à douter de l'existence d'une controverse... Ou, pire, à se demander si les rédacteurs du texte n'ont pas entendu signifier que les débats doctrinaux n'auraient pas dû avoir lieu car dépourvus d'intérêt<sup>96</sup>. On y apprend en effet que « le choix du code au sein duquel il convient d'insérer le texte de transposition est commandé par la directive elle-même, qui encadre le champ d'application et le régime de la nouvelle action ». Or, « la directive prévoit [...] que l'action en garantie de conformité s'applique dans le cadre des relations contractuelles entre professionnel et consommateur ». De ce fait « sa transposition au sein du code de la consommation s'impose [...] naturellement ».

**28.** – Cette ordonnance fut ensuite ratifiée par une loi du 5 avril 2006<sup>97</sup> alors qu'elle était déjà entrée en vigueur depuis le 18 février 2005. L'article premier de cette loi énonce que « l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur est ratifiée ». Aucune modification n'a donc été apportée au texte mis à part une modification de l'(ancien) article L. 211-16 du Code de la consommation afin de rendre applicable la prorogation de la garantie commerciale en cas d'immobilisation du bien aux contrats portant sur la réparation d'un bien meuble, et pas seulement aux contrats de vente. Cet amendement proposé par le rapporteur devant l'Assemblée nationale ne l'a été, selon ses propres termes, que pour corriger un oubli<sup>98</sup>.

92. V. not. P.-Y. Gautier, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », *RDC*, 2005, p. 925 ; Ph. Brun, « De quelques enseignements à tirer de la transposition de la directive CE du 25 mai 1999 », *RDC*, 2005, p. 940.

93. D. Mazeaud, préc.

94. D. Mainguy, préc. ; P. Jourdain, préc.

95. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JORF* n° 41, 18 févr. 2005.

96. Dans le même sens, v. P. Puig, « Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité : évolution ou révolution », *RDC*, 2005, p. 963. Selon l'auteur, « que le choix d'une transposition à minima puisse être préférée à une refonte du droit de la garantie dans la vente peut assurément se justifier. Mais affirmer qu'il « s'impose naturellement » écarte d'un revers de main presque indécent les efforts déployés par la doctrine pour tenter de clarifier un droit des contrats spéciaux de plus en plus touffu ».

97. Loi n° 2006-406 du 5 avril 2006 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux.

98. Rapport n° 2836 de M. Jérôme Bignon sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-136 du 17 févr. 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur (n° 2293), 1<sup>er</sup> févr. 2006, p. 25.

## 2. Le fond

**29.** – Le domaine d'application du nouveau régime est doublement limité. L'article L. 211-1 (devenu L. 217-1) du Code de la consommation prévoit qu'il s'applique « aux contrats de vente de biens meubles corporels » auxquels sont assimilés les contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire. Par ailleurs, l'article L. 211-3 (devenu L. 217-3) énonce que les dispositions en question « sont applicables aux relations contractuelles entre le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale et l'acheteur agissant en qualité de consommateur ». Ainsi, la garantie ne trouvera pas à jouer dans les rapports entre particuliers ni même entre professionnels comme le souhaitaient les partisans d'une transposition large. C'est donc, comme cela avait été souhaité par certains, « toute la directive de 1999 mais rien que la directive de 1999 qui a été transposée »<sup>99</sup>.

**30.** – La notion de conformité au contrat constitue « le cœur de la transposition de la directive »<sup>100</sup>. L'article L. 211-5, devenu L. 217-5, pose les conditions nécessaires pour que le bien livré soit effectivement conforme au contrat. Il en ira ainsi « s'il est propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant », « s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle », « s'il présente les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage », « ou s'il présente les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou est propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté ». Les défauts de la conformité recouvrent donc à la fois les vices cachés et les défauts de conformité au sens du droit français.

**31.** – Par ailleurs, le vendeur ne répond que des défauts de conformité qui existent lors de la délivrance du bien. Mais afin d'améliorer la situation de l'acheteur, une présomption d'antériorité du défaut par rapport à la délivrance a été posée. En effet, selon l'ancien article L. 211-7, « les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance ». La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 a fait passer le délai de six mois à vingt-quatre mois à compter de la délivrance, pour les ventes conclues après le 18 mars 2016 tout en maintenant le délai de six mois pour les biens vendus d'occasion.

**32.** – Lorsque le défaut de conformité est établi, l'acheteur peut obtenir l'exécution conforme de la vente. Cela lui ouvre le choix entre la réparation et le remplacement du bien à moins que cela entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut<sup>101</sup>. Si le remplacement ou la réparation sont impossibles ou ne sont pas possibles dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur ou sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche, l'acheteur dispose encore d'un choix. Il peut soit rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix. Néanmoins, la résolution de la vente ne sera pas prononcée si le défaut de conformité est mineur<sup>102</sup>. Le législateur a donc instauré une hiérarchie ou plus exactement une « option à tiroir »<sup>103</sup> entre les droits du consommateur.

**33.** – L'action se prescrit par une durée de deux ans à compter de la délivrance du bien<sup>104</sup>. Ni le délai de dénonciation du défaut, fixé à deux mois à compter de la date à laquelle le consommateur l'a constaté, ni le délai de prescription abrégée en présence d'un bien d'occasion n'ont été institués en droit interne. Ainsi, « la solution retenue en France n'atteint donc pas le maximum de la

99. D. Mainguy, préc.

100. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, préc.

101. Art. L. 211-9 C. conso. (devenu art. L. 217-9).

102. Art. L. 211-10 C. conso. (devenu art. L. 217-10).

103. D. Mainguy, « L'ordonnance du 17 février 2005 sur la garantie de conformité : aux regrets s'ajoutent les regrets », *RDC*, 2005, p. 947.

104. Art. L. 211-12 C. conso. (devenu art. L. 217-12).

rigueur que la directive permet vis-à-vis de l'acheteur »<sup>105</sup>.

**34.** – Enfin, en vertu de l'article L. 211-13, devenu L. 217-13, du Code de la consommation, « les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi ». Le législateur a donc transposé fidèlement la directive en faisant le choix, lorsque c'était possible, de protéger davantage le consommateur. Il convient désormais d'envisager la période postérieure à l'ordonnance.

### B. L'« après » ordonnance

**35.** – Du temps ayant passé, il est possible de vérifier empiriquement le bien fondé des arguments avancés lors de cette controverse mais également de se demander si celle-ci ne serait pas susceptible de resurgir. Nous évoquerons ces aspects en commençant par ce qu'il en est aujourd'hui (1) puis ce qu'il en sera demain (2).

#### 1. Aujourd'hui

**36.** – La question que l'on peut se poser est celle de savoir si les « prédictions doctrinales »<sup>106</sup> se sont réalisées. Le groupe de travail dirigé par Madame Viney avait été animé par le souci d'éviter la « complexité indescriptible » qui aurait été entraînée par une transposition minimale<sup>107</sup>. Ces auteurs soulignaient les difficultés pour déterminer les règles applicables en cas de contrats de vente ou de fournitures en chaîne<sup>108</sup>. Or, il n'est pas certain qu'une telle prédiction se soit réalisée<sup>109</sup>. En effet, s'agissant de la question de l'ac-

tion récursoire, l'ordonnance a prévu qu'elle serait exercée par le vendeur final à l'encontre des vendeurs ou intermédiaires successifs et du producteur du bien meublé corporel, « selon les principes du code civil »<sup>110</sup>. Cette solution s'imposait dès lors que le vendeur est nécessairement un professionnel, il aurait été incongru de l'autoriser à agir sur le terrain de la législation consumériste. S'agissant de la question de l'action directe, qui n'avait pas été traitée par l'ordonnance, lorsque le vendeur n'agit pas en qualité de consommateur à l'égard de son propre auteur, il ne peut transmettre l'action en garantie puisqu'il n'en bénéficie pas. De ce fait, l'acheteur consommateur ne peut agir contre l'auteur de son vendeur sur ce fondement<sup>111</sup>.

**37.** – On pouvait également s'interroger sur le bien fondé du système optionnel qui a finalement été retenu. Monsieur Brun avait souhaité mettre en garde à ce sujet : « il faut se défier du piège des options, et du droit « kaléidoscopique » qu'elles induisent »<sup>112</sup>. Et l'auteur de citer l'épisode de la transposition de la directive de 1985. En effet, le législateur français avait cru pouvoir offrir aux victimes de produits défectueux la possibilité d'agir sur d'autres fondements avant que la Cour de justice ne rajoute une condition non prévue par la directive, celle de l'existence d'un fondement différent<sup>113</sup>. Mais les difficultés inhérentes au maniement de l'option n'étaient pas identiques dans les deux hypothèses. En effet, il est incontestable que l'exercice est assez divinatoire lorsqu'il s'agit de savoir si la victime d'un défaut de sécurité du produit peut agir sur un autre fondement<sup>114</sup>. Quoiqu'il en soit, et ceci explique peut-être cela, la Cour de cassation tend à conférer au régime de la res-

105. L. Leveneur, fasc. préc., n° 31.

106. N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, 1999, Dalloz, PUF, Éd. JurisClasser, p. 141.

107. V. *supra*.

108. Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, préc., p. 5.

109. Sur cette question, v. O. Gout et I. Maria, « Réflexions sur la transmission éventuelle des actions en garantie de conformité », *JCP G*, 2008, I, 109.

110. Art. L. 211-14 C. conso. (devenu L. 217-14).

111. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2018, n° 17-10.553 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 377, obs. D. Mainguy ; *Cont. conc. cons.*, 2018, n° 165, obs. S. Sabine Bernheim-Desvaux et n° 168, obs. L. Leveneur.

112. Ph. Brun, « Droit communautaire et droit français de la vente », *RDC*, 2003, p. 107.

113. CJCE, 25 avril 2002, Aff. C-183/00, *Gonzalez Sanchez c/ Medicina Asturiana* : D., 2002, p. 2462, note Ch. Larroumet ; v. aussi sur cette décision, l'analyse de J. Calais-Auloy, *ibid.*, chron. p. 2458.

114. V. à propos de l'option (refusée) entre la responsabilité du fait des produits défectueux et la responsabilité du fait des choses : Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juill. 2018, n° 17-20.154 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 442, obs. C.-E. Bucher.

pensabilité du fait des produits défectueux un caractère exclusif<sup>115</sup>. Or, ces difficultés semblent moindres lorsque l'on envisage la question des défauts de la chose vendue. Enfin, l'option prévue à l'article L. 211-13, devenu L. 217-13, du Code de la consommation est relativement « guidée » par les textes mêmes. En outre, les cas de cumul sont facilement identifiés. Ils n'existent que lorsque la vente porte sur un bien meuble et que la vente lie un vendeur professionnel et un acheteur consommateur. Il s'agit de conditions objectives qui ne prêtent pas – ou plus – à discussion. Ainsi, il importera de déterminer quelle qualité le cocontractant mettra en avant : si c'est sa qualité de consommateur, il pourra invoquer les dispositions du Code de la consommation. Si c'est celle d'acheteur, il se fondera sur celles du Code civil. Par ailleurs, l'avant-projet rédigé par le groupe de travail dirigé par Madame Viney n'aurait pas supprimé toute difficulté à cet égard. En effet, le libre choix de l'acquéreur entre la garantie nouvellement créée et la nullité pour vice du consentement aurait été maintenu. Il s'agit pourtant d'une distinction qui aurait été particulièrement compliquée à opérer comme en atteste l'embarras à départir ce qui relève du vice caché et de l'erreur<sup>116</sup>.

**38.** – La protection de l'acquéreur consommateur devait être assurée par la possibilité de choisir le terrain sur lequel il entend agir lorsque le bien vendu par le professionnel est un bien meuble. Deux illustrations permettent de s'en rendre compte. La première tient à la circonstance que la garantie de conformité comporte des angles morts. Le vice qu'elle appréhende ne peut être constitué que par une différence qualitative. La livraison d'une quantité moindre que

celle qui avait été commandée ne pourra être sanctionnée que sur le terrain du droit commun<sup>117</sup>. En outre, la conformité ne recouvre pas l'ensemble des accessoires de la chose vendue<sup>118</sup>. La seconde tient au niveau de protection que la garantie de conformité met en place. La présomption de préexistence du défaut fera supporter le risque de la preuve par le vendeur.

**39.** – Par ailleurs, même si elles sont hiérarchisées, les sanctions du défaut de conformité sont diverses. Elles satisferont probablement davantage l'acquéreur qui souhaiterait seulement obtenir la réparation ou le remplacement de son bien. Les mesures qu'il pourrait obtenir en cas de succès d'une action fondée sur le terrain du vice caché, la réhabilitation de la vente, la réduction du prix ou l'octroi de dommages et intérêts ne lui seront, probablement, d'aucun secours. Il est vrai, et cela a été montré par Jean-Sébastien Borghetti, que cette « troisième branche », à savoir la mise en jeu de la responsabilité du vendeur, constitue plus sûrement une forme d'exécution forcée en nature<sup>119</sup>.

**40.** – En revanche le délai de deux ans pendant lequel le consommateur est tenu d'agir n'est pas à l'avantage de ce dernier. Certes c'est également pendant un délai de deux ans que la garantie édicilienne devra désormais être exercée. Mais le point de départ n'est pas du tout le même : délivrance du bien<sup>120</sup> et non découverte du vice. Un arrêt récent de la Cour de cassation semble néanmoins remettre en cause tout l'intérêt d'agir sur le terrain de la garantie des vices cachés. Elle y juge que l'action en garantie des vices cachés doit être exercée pendant le délai de la prescription extinctive de droit commun de l'article L. 110-4 du Code de commerce jouant à comp-

115. Ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651 ; *RTD civ.*, 2017, p. 872, obs. P. Jourdain ; *D.*, 2017, p. 1800, note M. Bacache.

116. Comme le remarquaient Laurent Leveneur et Gilles Paisant, « la difficulté majeure ne réside pas dans cette distinction entre défaut de conformité et vice caché, mais entre vice caché et erreur sur les qualités substantielles », G. Paisant et L. Leveneur, préc. ; sur la difficulté de la distinction, et l'impossibilité qu'il y a à faire jouer l'adage *specialia generalibus derogant* pour le dénouer, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, t. 509, 2009, n° 406, p. 516 et n° 409, p. 519.

117. G. Paisant, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation », *JCP G*, 2005, doctr. 146 ; L. Leveneur, « Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs – Garantie légale de conformité – Garantie commerciale », Fasc. 1060, *JurisClass. Conc. Cons.*, 2015, n° 24.

118. V. S. Bernheim-Desvaux, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2018, *Cont. conc. cons.*, 2018, n° 165 (à propos de l'absence de carnet d'entretien, de garantie et d'assistance d'une automobile).

119. J.-S. Borghetti, obs. sous Com., 19 juin 2012, *RDC*, 2013, p. 101 ; v. aussi, C.-E. Bucher, « Le contrat de vente est-il un contrat spécial ? Réflexions à partir de la garantie des vices cachés », préc.

120. Art. L. 217-12 C. conso.

ter de la vente initiale<sup>121</sup>. Cette solution préto-rienne qui limite considérablement la durée pen-dant laquelle le vendeur est tenu, lorsqu'il a paradoxalement la qualité de commerçant<sup>122</sup>, rapproche la garantie des vices cachés et la garantie de conformité. On peut néanmoins douter de son bien-fondé. En effet, elle n'est pas de nature à contraindre les professionnels à fabriquer des biens durables<sup>123</sup>. En effet, la garantie de conformité est liée à l'« idée de satis-faction immédiate de l'acquéreur consommateur »<sup>124</sup>. En revanche, la garantie des vices cachés constituait une sanction adaptée à l'im-portance de l'inexécution<sup>125</sup>.

**41.** – Si certains auteurs avaient souhaité prolon-ger le débat après la transposition<sup>126</sup>, il semble que celui-ci se soit tari avec le temps. Notam-ent, la transposition de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des con-sommateurs qui modifiait plusieurs textes euro-péens<sup>127</sup> dont la directive du 25 mai 1999, réali-sée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation<sup>128</sup>, n'a, semble-t-il, pas suscité de réactions de la doctrine. Il est vrai que les retouches apportées au texte de 1999 étaient minimes<sup>129</sup>.

**42.** – Mais le législateur français en a profité pour modifier trois dispositions du Code de la con-

sommation relatifs à la garantie de conformité : les articles L. 211-7, L. 211-15 et L. 211-16, devenus, depuis la recodification de la partie législative de ce Code, les articles L. 217-7, L. 217-15 et L. 217-16. Elle a également créé un nouvel article, l'article L. 216-6-1, qui porte sur la sanction des formalités informatives de la garan-tie commerciale. La modification la plus notable porte sur l'allongement de la durée de la pré-somption d'antériorité du défaut applicable aux biens neufs, qui passe de six mois à deux ans afin de « soutenir la durabilité et la réparabilité des produits ». Il s'agit encore une fois d'une modifi-cation « spontanée », non imposée par les ins-tances européennes ou résultant d'une condam-nation de la France. Cela montre, au passage, qu'il était possible, pour les dispositions se situant dans le domaine d'application de la direc-tive de 1999 d'aller plus loin et de prévoir une protection accrue en faveur du consommateur. Mais de nouveaux débats sur ce thème ne sont pas à exclure dans un avenir proche.

## 2. Demain

**43.** – Deux initiatives sont de nature à raviver la controverse.

**44.** – La première, est européenne. Une proposi-tion de directive du Parlement européen et du

121. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2018, n° 17-17.438, *Cont. conc. cons.*, 2018, n° 169, obs. L. Leveneur ; v. déjà, Com. 27 nov. 2001, n° 99-13.428, *Cont. conc. cons.*, 2002, n° 43, obs. L. Leveneur ; Civ. 3<sup>e</sup>, 16 nov. 2005, n° 04-10.824, *D.*, 2006, p. 971, note R. Cabrillac ; sur la position inverse du juge administratif qui a jugé, à un jour d'intervalle, que l'action en garantie des vices cachés n'est pas ense-rée dans le délai de la prescription commerciale, laquelle n'est pas applicable aux marchés publics, v. CE 7 juin 2018, n° 416535 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 388, obs. C.-E. Bucher.

122. Sur l'impossibilité d'appliquer l'article 2224 du Code civil en la matière, v. L. Leveneur, obs. sur Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2018, préc.

123. Les professionnels ne seront pas, en tout état de cause, incités à construire des biens durables.

124. O. Tournafond, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 (article L. 211-1 et s. du Code de la consommation) », *RDC*, 2005, p. 933.

125. *Idem*.

126. C'est le cas de M. Calais-Auloy membre du groupe de travail dirigé par Madame Viney qui émettait le vœu qu'« un jour, peut-être, se reposera la question d'une réforme du code civil étendant le nouveau droit de la garantie à toutes les ventes », J. Calais-Auloy, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.*, 2005, p. 701. L'auteur ajoutait que « la patience est une vertu que les juristes doivent cultiver. Quand les inconvénients d'un droit français trop complexe et insuffisamment protecteur apparaîtront au grand jour, il sera peut-être temps de réformer, dans le code civil, l'ensemble du droit de la vente ».

127. Ce dernier texte modifiait également la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives et abrogeait à compter du 13 juin 2014 la directive n° 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements com-merciaux et la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 sur les contrats à distance.

128. Sur laquelle, v. J. Julien, « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Cont. conc. cons.*, 2014, dossier n° 2.

129. La directive de 2011 a introduit un article supplémentaire au texte de 1999 en prévoyant certaines exigences de déclaration à la Commission européenne lorsque, conformément à l'article 8, paragraphe 2, un État membre adopte des dispositions plus strictes en matière de protection des consommateurs que celles prévues par la directive.

Conseil du 31 octobre 2017<sup>130</sup> prévoit d'abroger la directive de 1999 afin d'introduire des dispositions totalement harmonisées pour les contrats de vente de biens meubles corporels<sup>131</sup>. Son fondement se trouve à l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et son principal objectif est d'améliorer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. La commission considère en effet que « le système de l'harmonisation minimale retenue pour la directive 1999/44/CE a abouti à des différences entre les dispositions nationales en matière de contrats à la consommation, en raison de règles nationales impératives allant au-delà des normes minimales définies dans la directive 1999/44/CE ». Afin d'y remédier, une harmonisation totale des critères pour considérer qu'un bien est conforme, de la hiérarchie entre les modes de dédommagement mis à la disposition des consommateurs et des modalités pour agir, est prévue. Ainsi, la conformité au contrat s'apprécierait en tenant compte non seulement de la qualité mais également de la quantité du ou des biens. S'agissant des délais, plusieurs modifications sont proposées. Il ne pourrait plus à compter de la délivrance du bien mais « à compter du moment pertinent pour déterminer la conformité »<sup>132</sup>. Par ailleurs, le défaut serait désormais présumé avoir existé pendant deux ans suivant la prise de possession physique du bien. C'est déjà le cas en droit interne mais uniquement pour les biens neufs acquis à compter du 18 mars 2016<sup>133</sup>. Cette solution n'existe pas pour les biens d'occasion qui sont également concernés par la directive<sup>134</sup>. Par ailleurs, le droit du consommateur de résilier le contrat pourrait prospérer même en

présence d'un défaut de conformité mineur<sup>135</sup>. Enfin, et là sera semble-t-il un motif de nature à soulever une certaine opposition en droit interne, il serait possible de stipuler sur la notion de conformité sous certaines conditions<sup>136</sup>. Cette possibilité n'est pas ouverte en droit interne dans les contrats de consommation.

**45.** – La seconde initiative de nature à raviver la controverse, est interne. Un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux a été rédigé par l'association Henri Capitant au début de l'été 2017<sup>137</sup> sous la direction de Jérôme Huet, déjà membre du groupe de travail dirigé par Madame Viney. Les textes proposés, qui trouveraient leur place au sein du Code civil, sont relatifs aux principaux contrats spéciaux : vente, échange, location, contrat de prestation de service, contrats de représentation, dépôt et séquestre et contrats aléatoires. De l'aveu même de ses rédacteurs, les nouvelles règles proposées relatives à la garantie des vices et à la délivrance conforme sont à classer « parmi les évolutions notables » du texte. S'il ne s'agit pas de fusionner l'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés ni même d'adopter un système de hiérarchie des sanctions du vice comparable à celui que l'on retrouve dans le Code de la consommation pour la garantie de conformité qui aurait d'ailleurs été peu judicieux en matière immobilière, on s'attardera, au sujet de la garantie des défauts, sur les dispositions proposées qui concernent les délais. On peut préalablement souligner que les dispositions seraient identiques quelle que soit la nature mobilière ou immobilière du bien. Selon le projet, il « incombe à l'acheteur qui découvre le vice d'en dénoncer au

130. COM (2017) 637 final. Elle reprend la proposition de directive du 9 décembre 2015 sur les ventes à distance dont elle élargit le champ d'application aux « ventes de biens en face à face » d'un bien meuble corporel ou bien à fabriquer afin d'éviter la fragmentation des règles applicables aux ventes de biens selon le circuit de vente.

131. Art. 3 : « les États membres ne maintiennent ni n'introduisent dans leur droit national des dispositions divergeant de celles établies par la présente directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs ».

132. Art. 14.

133. Art. L. 217-7 C. conso.

134. Les États membres pourraient néanmoins exclure du champ d'application de la directive projetée « les contrats de vente de biens d'occasion vendus aux enchères publiques lorsque les consommateurs ont la possibilité de participer personnellement à la vente » (art. 1.4).

135. La résiliation pourra être totale ou partielle, v. art. 13.

136. Art. 4.3 (lorsque le consommateur connaissait, au moment de la conclusion du contrat, l'état particulier des biens et a expressément accepté cet état particulier au moment de conclure le contrat).

137. Sur ce texte, v. Assoc. Henri Capitant, « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.*, 2017, p. 1660 ; Ph. Chauviré, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », *RDC*, 04/2017, p. 43 ; X. Delpech, « Propositions de réforme du droit des contrats spéciaux et du droit des sûretés », *AJ Contrat*, 2017, p. 404.

vendeur l'existence et la nature dans un délai raisonnable »<sup>138</sup>. Un délai de dénonciation a donc été mis en place. On se souvient pourtant que le groupe de travail dirigé par Madame Viney n'avait pas souhaité mettre en place un tel délai et l'avait même qualifié de « machine à exclure les recours »<sup>139</sup>. Par ailleurs, un point de départ de la prescription distinct de celui que l'on retient en droit commun serait mis en place. En effet, la garantie « prend fin deux ans ou cinq ans après que le bien a été réceptionné par l'acheteur,

selon que le vendeur ignorait ou connaissait le vice ». Ces dispositions sont excessivement protectrices du vendeur et ce alors même qu'il serait de mauvaise foi<sup>140</sup>. Elles assurent au vendeur qu'à l'échéance d'une période définie, sa garantie ne sera plus due. Il n'est donc pas à exclure que de nouvelles controverses aient lieu. Le système proposé n'est en effet ni protecteur de l'acquéreur ni simple à utiliser puisqu'il laisserait subsister la garantie de conformité du Code de la consommation.

---

138. Art. 33.

139. Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, préc., p. 10.

140. Rappelons que dans cette hypothèse, il ne serait pas possible pour l'acheteur d'agir sur le fondement du dol, v. *supra*.

# Petit huit du Grand A :

## regard comparatiste sur la doctrine « concurrentialiste » française

### Regard comparatiste sur la doctrine « concurrentialiste » française<sup>1</sup>

Jean-Christophe Roda,

Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Directeur du Master 2 Droit des affaires approfondi

1. – La nécessité du recours au droit comparé pour le droit *antitrust* n'est plus à démontrer. Le croisement des deux disciplines est même jugé indispensable pour de nombreux spécialistes<sup>2</sup> et on a vu éclore l'idée d'un « droit comparé de la concurrence »<sup>3</sup>. Pour les « concurrentialistes »<sup>4</sup>, il est en effet assez naturel de recourir à la comparaison, qu'il s'agisse de revenir aux sources de

l'*antitrust*, d'élaborer de nouveaux outils, d'améliorer la législation ou d'harmoniser celle-ci<sup>5</sup>. D'un point de vue plus pratique, la mondialisation oblige quotidiennement les entreprises à jongler avec plusieurs législations de concurrence. Le contentieux *antitrust* est aussi un terrain où la comparaison des droits est souvent mobilisée, qu'il s'agisse du travail des juges euro-

- 
1. Lorsque les rédacteurs en chef de la *Revue de droit d'Assas* nous ont contactés, il nous a d'abord été demandé d'écrire un bref article sur les grandes controverses doctrinales en droit comparé. Puis, dans le courant de l'été, lorsqu'il a été annoncé que le portrait de ce numéro serait consacré à l'immense figure du droit de la concurrence qu'est notre collègue Laurence Idot, la commande a quelque peu évolué : un article sur le droit de la concurrence serait finalement bienvenu. Séduit par les différents thèmes proposés, nous avons choisi de les mélanger, en tentant d'aborder la question de la doctrine « concurrentialiste » française sous un angle comparatif, en hommage à la portraiturée du présent numéro de la *Revue*.
  2. L. Idot, « Droit communautaire et droit comparé, brèves observations sur une rencontre indispensable », in *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 281.
  3. L. Idot, « Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence – Vers un droit comparé de la concurrence ? », in *Mélanges Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 627.
  4. Il est aujourd'hui devenu assez usuel d'utiliser ce quasi-barbarisme pour désigner les spécialistes pratiquant ou écrivant dans le domaine du droit de la concurrence. V. par ex. L. Idot, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement », *Concurrences*, n° 3-2012, Art. n° 48128.
  5. S. W. Waller, « Bringing Globalism Home : Lessons from Antitrust and Beyond », *Loy. U. Chi. L.J.*, 2000 (32), p. 113.

péens<sup>6</sup>, de l'avènement d'un traitement des cas en réseau<sup>7</sup>, ou de l'élaboration de stratégies de défense<sup>8</sup>. Le droit comparé et le droit de la concurrence forment ainsi un vieux couple et leurs liens sont l'objet d'un champ classique d'étude, notamment lorsqu'il s'agit de regarder du côté des États-Unis, berceau de l'*antitrust* et zone constante d'influence<sup>9</sup>.

2. – Toutefois, s'agissant de cette dernière thématique, l'accent est souvent mis sur la comparaison des sources premières du droit *antitrust*<sup>10</sup>, et plus rarement sur les sources subsidiaires. Si la doctrine étrangère et, en particulier, la doctrine nord-américaine, est lue avec attention par les spécialistes européens de la concurrence, on dénombre peu d'études consacrées à l'examen des écrits des auteurs, sous un angle véritablement comparatif. Il y a pourtant matière à comparer : les États-Unis connaissent une véritable « doctrine » au sens où l'entendent habituellement les juristes français. La mise en perspective est alors jugée significative<sup>11</sup>.

3. – La comparaison « doctrinale » est surtout utile, à plusieurs égards. Celle-ci permet de déceler l'existence d'oppositions de styles, la présence de modèles ou d'anti-modèles<sup>12</sup>. Elle favorise une meilleure connaissance du droit, dans toutes ses composantes. En ciblant le phénomène doctrinal, l'étude permet ainsi de situer les auteurs sur l'échiquier des différents courants de pensées *antitrust*. La mise en perspective offre plus largement l'opportunité de réfléchir à ce qui fait la spécificité des doctrines concurrentialistes – s'il en existe une. L'utilité de la démarche apparaît encore plus nettement à l'heure où les différents systèmes de concurrence sont mis en compéti-

tion : leur attractivité dépend principalement des actions concrètes des autorités *antitrust* et de la qualité intrinsèque de leurs droits<sup>13</sup>. Mais, dans un tel contexte, les droits s'imposent également grâce à leur prestige<sup>14</sup>. Le « leadership intellectuel » est alors un vecteur d'importance<sup>15</sup> et celui-ci se bâtit notamment grâce à la doctrine.

4. – En somme, se questionner sur la doctrine concurrentialiste française à la lumière du droit comparé revient à s'interroger sur l'identité et les caractéristiques de celle-ci à l'ère du « *global marketplace of ideas* » : quelles sont ses origines (I) ? Qui sont ses représentants (II) ? Que dit-elle (III) ?

## – I. –

5. – L'émergence d'une doctrine concurrentialiste française est relativement récente. Si le droit de la concurrence, sous ses aspects les plus classiques, fait l'objet d'études riches et anciennes<sup>16</sup>, le droit *antitrust*, branche la plus récente et la plus « économique » de la discipline, est relativement neuve en France. Par comparaison avec le droit *antitrust* américain, on pourrait d'ailleurs penser que la doctrine française accuse un retard considérable. L'impression se révèle trompeuse : de part et d'autre de l'Atlantique, le droit *antitrust* ne s'est imposé comme une discipline véritablement autonome et un objet d'étude systématique pour la doctrine qu'à partir de la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, à la suite d'un assez lent processus de maturation.

6. – Ce constat peut surprendre, s'agissant du droit *antitrust* américain, né lors de l'adoption du *Sherman Act* de 1890. Celui-ci ne va toutefois

6. K. Lenaerts, « Le rôle du droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.*, 2001, p. 487.

7. D. Anderson, « Global Antitrust Convergence and the International Competition Network », *Int'l Bus. Law.*, 2004 (32), p. 87.

8. La jurisprudence américaine est parfois invoquée dans le cadre de contentieux purement européens, ce qui oblige le juge à procéder à quelques utiles mises au point : v. par ex. TPI, 8 sept. 2016, aff. T-471/13, *Xellia Pharmaceuticals ApS*, pt 332 ; *Europe*, 2016, comm. 408, obs. L. Idot.

9. D. J. Gerber, *Global Competition, Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 2010, p. 151 et s.

10. C'est-à-dire, les textes, la jurisprudence et la *soft law*. L'inclusion de cette dernière catégorie dans les sources premières du droit peut surprendre, mais, dans le domaine *antitrust*, l'importance pratique qu'elle revêt revient à bouleverser les schémas classiques. Sur ce thème, v. J.-B. Blaise et A.-S. Choné-Grimaldi, *Droit des affaires de l'Union européenne*, PUF, 2017, n° 18.

11. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 265 et s.

12. *Ibid.*

13. D. J. Gerber, *op. cit.*, pp. 154-155.

14. Sur cette idée, v. H. Muir Watt, « Propos Liminaire sur le prestige du modèle américain », *Arch. phil. Droit*, 2001, Dalloz, t. 45, p. 29.

15. U. Mattei, « Why the Wind Changed : Intellectual Leadership in Western Law », *Am. J. of Comparative L.*, 1994, p. 195.

16. P. Roubier, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD com.*, 1948, p. 541.

pas immédiatement susciter l'intérêt des auteurs. Durant les premières années de mise en œuvre du texte, celui-ci a surtout été perçu comme un instrument d'accroissement de la valeur des droits de propriété et de promotion de leur transfert. Il s'agissait d'une sorte de continuité de l'application des principes dégagés dans la *common law* anglaise qui, au début du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, ne se référait pas à la préservation de la concurrence en tant que politique sous-jacente du droit des « *restraints of trade* »<sup>17</sup>. La chose est aujourd'hui établie avec certitude<sup>18</sup>, même si bien des années plus tard, les tenants de l'école de Chicago tentèrent de procéder à une réécriture historique des faits<sup>19</sup>. En réalité, jusque dans les années 20 ou 30, le droit *antitrust* n'était pas enseigné en tant que discipline autonome. Il s'agissait seulement d'une partie des cours généralement consacrés aux *Contracts*, *Corporations* ou *Business Trade*. Il faudra attendre l'adoption d'autres lois relatives à la concurrence pour que le premier cours d'*antitrust* soit enseigné à Columbia, par Herman Oliphant, à partir de 1923. Cela étant, pendant quelques décennies encore, l'*antitrust* n'a été envisagé que comme un chapitre des ouvrages de *Commercial Law*<sup>20</sup>. Dans ceux-ci ou dans les revues, il n'était d'ailleurs toujours pas question d'avoir une approche économique de la discipline. Seule une poignée d'auteurs s'y intéressaient, et souvent de manière ponctuelle, à la suite de l'adoption d'un nouveau texte ou pour commenter une décision incontournable.

7. – L'émancipation du droit *antitrust* américain ne sera acquise qu'à partir des années 50 et, avec elle, un intérêt doctrinal accru, lorsque les principaux auteurs cherchant à acquérir cette autonomie ont progressivement intégré un discours économique dans leurs écrits<sup>21</sup>. Coïncidant

avec l'après-« Grande dépression », à une période où les travaux des économistes connaissent un regain d'intérêt et un souffle nouveau, la greffe s'opéra sans difficulté. La première revue consacrée au droit *antitrust* fut éditée en 1952<sup>22</sup>, à peu près à la même période que les premiers *casebooks* consacrés spécifiquement à la discipline, tandis que le barreau américain créait la spécialité. À partir de cette période, le droit *antitrust* obtint sa véritable autonomie et la production doctrinale sur le sujet ne tarit plus par la suite.

8. – En France, dans un contexte très différent, l'on a assisté à un phénomène similaire de lente émergence, avec la problématique analogue d'une discipline en quête d'autonomie. Durant la première moitié du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, la notion d'entente ou de coalition n'est évidemment pas inconnue des « classiques » et des grands commercialistes<sup>23</sup>, mais il ne s'agit que d'un embryon de législation peu comparable avec ce que l'on appellera plus tard le droit des pratiques anti-concurrentielles et, plus récemment encore, le droit *antitrust*. Comme aux États-Unis, il fallut attendre que la seconde moitié du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle soit bien entamée pour que le droit des ententes ou de la domination fasse l'objet d'une étude plus systématique, à la suite de l'adoption du décret du 9 août 1953, inséré dans l'ordonnance du 30 juin 1945, puis de la loi du 2 juillet 1963. À l'époque, et durant les décennies qui vont suivre, ce droit ne sera toutefois l'objet que d'études ponctuelles, celui-ci souffrant d'une certaine forme d'incomplétude<sup>24</sup>. Des auteurs, tel que René Roblot, avaient toutefois perçu l'intérêt de la discipline et lancèrent leurs élèves sur la piste de cette matière qui ne correspondait pas aux canons classiques du droit commercial. C'est ainsi que sera rédigée la thèse de Jean-Bernard

17. S. Waller Weber, « The Modern Antitrust Relevance of Oliver Wendell Holmes », *Brook. L. Rev.*, 1994 (59), p. 1443.

18. J. May, « Antitrust in the Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis (1880-1918) », *Ohio St. L.J.*, 1989 (50), p. 257 ; v. égal., du même auteur, « Historical Analysis in Antitrust Law », *N. Y. L. Sch. L. Rev.*, 1990 (35), p. 857.

19. V. R. Bork, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, 1978, rééd. The Free Press 1993.

20. V. par exemple le *Casebook* de Milton Handler *Cases and Materials on Trade Regulation* (1937).

21. S. Weber Waller, « The Language of Law and the Language of Business », *Case W. Res. L. Rev.*, 2001 (52), p. 283.

22. L'*Antitrust Law Journal* paraîtra cette année et demeure aujourd'hui une revue incontournable.

23. On peut par exemple citer, à la même époque, de telles références chez Ripert ou Josserand : L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », in L. Josserand, *Évolutions et actualités*, Sirey, 1936, p. 159 ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, p. 273, et spéc. n° 147.

24. J.-B. Blaise, « Une construction inachevée, le droit français des ententes et des positions dominantes », in *Études offertes à René Roblot*, 1984, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, p. 159.

Blaise en 1964, qui fit figure d'ouvrage précurseur<sup>25</sup>.

9. – Durant cette période, l'étude du droit des pratiques anticoncurrentielles a surtout émergé par l'intermédiaire des auteurs « européens » et « internationalistes ». Les « grands » arrêts *Consten et Gründig*<sup>26</sup> ou *Metro*<sup>27</sup> de la Cour de Justice ont très tôt fait l'objet de commentaires savants et ont mis en lumière la nécessité de s'intéresser à ce pan du droit européen qui avait le pouvoir d'impacter sensiblement les pratiques de distribution dans toute l'Europe. Là encore, de grandes figures, telles que celle de Berthold Goldman, ont rapidement compris l'importance de se pencher sur cette discipline, encourageant leurs élèves à entreprendre leurs travaux de recherche sur ces thématiques, quitte à les encourager à aller puiser aux sources du droit *antitrust* américain<sup>28</sup>. À cette époque, on ne peut manquer de citer l'influence des travaux de la doctrine belge, en particulier à travers les écrits de René Joliet<sup>29</sup>. Il n'est sans doute pas exagéré de dire que la véritable impulsion dans l'essor de l'étude du droit *antitrust* en France doit beaucoup aux auteurs s'intéressant au « droit venu d'ailleurs »<sup>30</sup>.

10. – Au plan interne, l'adoption de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, qui marque l'avènement d'un véritable « droit de l'économie de

concurrence »<sup>31</sup>, confirma l'intérêt des auteurs pour le droit des pratiques anticoncurrentielles. Les commentaires, articles et chroniques se sont multipliés dans les grandes revues juridiques, tandis que, à côté de plusieurs monographies remarquées<sup>32</sup>, les ouvrages de droit commercial ont progressivement intégré des passages de plus en plus importants consacrés à la protection de la libre concurrence.

11. – Cela étant, et à l'instar de l'*antitrust* américain, le droit de la libre concurrence a encore longtemps été perçu en France comme une sous-discipline du droit des affaires, du fait précisément de sa présence sous forme de quelques chapitres plus ou moins longs du « droit européen des affaires »<sup>33</sup> ou des principaux traités de droit commercial<sup>34</sup>. Un semblant d'autonomie disciplinaire ne semble avoir vu le jour qu'avec l'édition de manuels et ouvrages généraux traitant uniquement du droit de la concurrence. Hormis quelques exceptions<sup>35</sup>, de tels titres ne se sont généralisés qu'à partir du début des années 90. L'approche très juridique, et rarement économique<sup>36</sup>, retenue dans ces ouvrages n'a pas non plus favorisé l'essor d'une doctrine qui a elle-même tardé à se doter d'une réelle « culture de concurrence ». Il faudra attendre que la matière soit enseignée comme une discipline autonome dans les Facultés de droit françaises,

25. J.-B. Blaise, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes*, préf. R. Roblot, Librairies techniques, 1964.

26. CJCE, 13 juill. 1966, aff. 56/64 et 58/64, Rec. CJCE 429.

27. CJCE, 25 oct. 1977, aff. C-26/76.

28. V. en particulier la thèse de L. Idot, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, Thèse Paris II, 1981, et celle de L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique, étude comparative*, Economica, 1988.

29. V. not. la thèse de R. Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law – American, German and Common Market Laws in Perspective*, Martinus Nijhoff, 1967.

30. L'expression est bien entendue empruntée au Doyen Carbonnier : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 44.

31. Cf. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 42.

32. V. par ex. A. Decocq et M. Pédamon, *L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Éd. Tech. 1987 ; J.-M. Mousseron et V. Sélinsky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec 1988.

33. V. par ex. J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, 2 t., PUF, dont la 5<sup>e</sup> édition date de 1999. V. égal. B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, dont la 5<sup>e</sup> et dernière édition date de 1994.

34. V. par ex. l'évolution du *Traité de droit commercial* de Ripert et Roblot, édité par LGDJ/Lextenso, repris notamment par M. Germain et L. Vogel, avec des sous-titres : « Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales », dans un premier temps ; puis une évolution, à mesure que le droit de la concurrence prenait de l'importance en droit française : « Du droit commercial au droit économique : commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentrations ».

35. V. par ex. J.-J. Burst et R. Kovar, *Droit de la concurrence*, Economica, 1981 ; J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, PUF 1981.

36. V. cependant M. Glais et Ph. Laurent, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, coécrit par un juriste et un économiste.

au début des années 2000, et l'apparition des premières revues entièrement dédiées à la concurrence<sup>37</sup>, pour que le mouvement s'amplifie et que les pionniers de l'*antitrust*, devenus maîtres, encouragent de jeunes auteurs à se lancer à leur tour dans l'écriture de thèses en droit *antitrust*.

**12.** – Le parallèle avec les États-Unis s'arrête toutefois là. Le droit français *antitrust* n'a pas atteint la place qu'occupe l'*antitrust* de l'autre côté de l'Atlantique, ne serait-ce qu'en raison de la contestation dont fait l'objet la notion de concurrence en France. Dans beaucoup d'universités, le cours de droit de la concurrence n'est qu'optionnel et n'est souvent pas assuré par un spécialiste de la question, encore trop peu nombreux. Encore aujourd'hui, le droit de la concurrence est vu par les juristes comme une discipline émergente, une matière « tête d'épingle », très technique et sans souffle. Les auteurs concurrentialistes français ont eux-mêmes du mal à ne pas aborder cette matière sous angle autre que purement technique, ce qui ne contribue pas à son rayonnement, en tout cas, pas au-delà des revues spécialisées, surtout lues par des avocats d'affaires.

## – II. –

**13.** – En France, dès l'origine, les auteurs composant ce que l'on nomme donc la doctrine concurrentialiste se sont éloignés du modèle classique français. Ce dernier, surtout en ce qui concerne la doctrine civiliste, s'est principalement reposé sur la communauté universitaire<sup>38</sup>. Bien qu'offrant une place privilégiée aux universitaires, la doctrine concurrentialiste a toujours accordé un espace très important aux praticiens. Des ouvrages fondamentaux, comme le *Droit européen des affaires*, co-écrit par Jean Schapira, Jean-Bernard Blaise et Laurence Idot, ont pu compter sur l'apport pratique de Georges Le Tallec, conseiller honoraire à la Cour de cassation et également directeur honoraire à la Commission européenne. On pourrait encore citer, toujours en ce qui concerne le droit européen, le

traité de référence de Ivo Van Bael et Jean-François Bellis, tous deux avocats au barreau de Bruxelles<sup>39</sup>. En droit interne, le même type d'alliage a fait le succès du *Droit français de la concurrence* co-écrit par Marie-Chantal Boudard-Labarde et Guy Canivet, alors conseiller à la Cour de cassation<sup>40</sup>. L'idée que le droit *antitrust* était un droit de techniciens, voire de praticiens, trouve peut-être sa source dans de telles associations.

**14.** – De nos jours, la tendance ne s'est pas inversée, même si le droit de la concurrence suscite un intérêt grandissant de la part de la jeune recherche. Elle semble même s'être accentuée. Ainsi, si l'on regarde les écrits publiés dans les deux principales revues consacrées au droit de la concurrence, on constate que la majorité des articles rédigés le sont par des praticiens, avocats ou économistes issus de cabinets d'expertises privés. Si les universitaires conservent une certaine position dominante, ne serait-ce que par leur rôle dans la direction éditoriale de ces revues, la frontière avec le monde des praticiens est devenue particulièrement poreuse. Les universitaires sont en effet de plus en plus fréquemment appelés à intégrer les rangs des autorités de marché. Surtout, bien que cela soit une caractéristique générale du monde des « affairistes », de nombreux professeurs de droit exercent en parallèle des fonctions de consultants ou ont intégré, ou même créé, leurs propres cabinets. Pour certains, c'est une garantie de compétence, tandis que, pour d'autres, les risques d'apparition d'une doctrine orientée sont soulignés<sup>41</sup>.

**15.** – Aux États-Unis, un constat similaire concernant la composition de la doctrine concurrentialiste peut être dressé, même si le contexte est à nouveau très différent. Si les pionniers de l'*antitrust* sont d'abord des universitaires, avec des noms tels que Milton Handler, Phillip Areeda ou Robert Pitofsky, considérés comme des « superstars du monde académique »<sup>42</sup>, les liens avec le monde professionnels ont toujours été particulièrement étroits. Du côté de la pratique, d'abord,

37. Il s'agit de la revue *Concurrences* en 2005, et de la *Revue Lamy de la concurrence* en 2004.

38. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 193 et s.

39. I. Van Bael et J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law, 4<sup>e</sup> éd., 2005.

40. La première édition de l'ouvrage a été publiée par LGDJ, en 1994.

41. Sur ce thème, v. A. Supiot, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Cah. du Droit*, vol. 42, n° 3, sept. 2001, p. 595.

42. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 287.

les traités de Milton Handler, puis celui de Phillip Areeda repris par Herbert Hovenkamp<sup>43</sup>, ainsi que les ouvrages de Robert Bork ou Richard Posner<sup>44</sup>, sont considérés comme des monuments de l'*antitrust* et sont régulièrement cités par les juges dans leurs décisions. Du côté des universitaires, ensuite, de nombreux professeurs ont été auparavant avocats ou *law clerks*, lorsqu'ils n'ont pas été eux-mêmes juges. Le professorat est en effet souvent l'aboutissement d'une riche carrière de praticien. Quant aux écrits, on constate le même phénomène qu'observé en France : la proportion des articles rédigés par les avocats est au moins aussi importante que celle émanant des universitaires. En clair, le monde académique se dissocie difficilement du monde professionnel : c'est le cas pour la plupart des disciplines juridique aux États-Unis, mais c'est encore plus vrai pour le droit *antitrust*. On notera aussi que le débat concernant le risque d'absence de neutralité de la part de ces auteurs-praticiens retient peu l'attention de l'autre côté de l'Atlantique. Il faut dire que la mode des consultations « privées » est beaucoup moins répandue qu'en France. Pour des raisons de prestige, un professeur américain préférera largement afficher son rattachement à tel ou tel cabinet et dire ouvertement qu'il a été désigné expert dans telle ou telle affaire *antitrust*<sup>45</sup>.

**16.** – Autre point de convergence : la communauté des auteurs est principalement nationale en France et aux États-Unis. Quelques précisions et nuances doivent toutefois être apportées. Même si les revues américaines accueillent des auteurs du monde entier, dès lors qu'ils écrivent en anglais et sur des sujets intéressant le droit des États-Unis, l'immense majorité des écrits en droit *antitrust* est rédigée par les Américains. En France, le constat est similaire : même si les revues spécialisées accueillent des plumes étrangères, les sujets touchant au droit interne ou

européen de la concurrence sont rédigés par des auteurs français. Sur ce dernier point, il faut toutefois préciser davantage les choses. De plus en plus d'auteurs qui s'intéressent à ces thématiques sont professeurs rattachés à des universités belges, canadiennes, luxembourgeoises ou néerlandaises. On peut difficilement y voir là le signe d'une véritable « internationalisation » de la doctrine française. Il s'agit d'auteurs qui n'ont pas eu l'opportunité ou n'ont pas voulu être titularisés dans le système universitaire français et qui ont tenté leur chance dans des universités étrangères où les critères de recrutement au professorat sont parfois moins stricts ou, à tout le moins, différents<sup>46</sup>.

**17.** – Des oppositions plus nettes entre la France et les États-Unis voient le jour lorsque l'on s'intéresse à la formation des représentants de la doctrine concurrentialiste. Outre la séparation moins marquée entre l'académie et la pratique qui existe dans le système américain, la plupart des auteurs ont reçu une solide formation, à la fois dans les disciplines juridiques et économiques. Depuis que le droit *antitrust* américain a adopté une tournure beaucoup plus économique, la tendance ne s'est jamais démentie et, dans certaines universités, il n'est pas rare que les cours d'*antitrust law* soient assurés par des économistes<sup>47</sup>. Cette pluridisciplinarité se retrouve dans les écrits américains où l'analyse juridique se combine régulièrement avec l'analyse économique, à grand renfort de diagrammes explicatifs et de courbes d'évolution des prix. La situation tranche avec celle de la doctrine française. Les auteurs universitaires sont majoritairement des juristes. Plus que dans les autres disciplines, la séparation entre droit public et droit privé est d'ailleurs beaucoup moins marquée. En ce qui concerne cette dernière branche, la plupart des auteurs ont longtemps été des commercialistes qui se sont formés sur le tard, avant que la ten-

43. Voir l'Encyclopédie en plusieurs volumes de ces deux auteurs, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, désormais publiée chez Wolters Kluwer.

44. *Antitrust Law*, The Chicago University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2001.

45. Ce qui est une d'ailleurs une information généralement peu aisément dissimulable.

46. Sur les modes de recrutement dans l'Université française, v. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 193 et s.

47. Cette tradition a par exemple souvent été perpétuée, à la suite de la nomination de Aaron Director à l'Université de Chicago : Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 289. On pourrait, plus récemment, citer le cas de Jonathan Baker au *Washington College of Law*.

dance ne semble s'inverser<sup>48</sup>. Parmi les plus « anciens », rares sont ceux qui ont reçu une formation poussée en économie, même s'ils ont appris à manier les principaux concepts à force de se plonger dans la matière. Une nouvelle génération d'auteurs bouscule toutefois le paysage et accorde désormais une importance considérable à l'analyse économique quitte, parfois, à reléguer au second plan le raisonnement juridique.

### – III. –

**18.** – C'est sans doute sur le plan des idées que le fossé entre la doctrine concurrentialiste française et la doctrine américaine paraît le plus profond. Encore faut-il préciser le propos. Sur le plan purement technique, on observe peu de différences. En France comme aux États-Unis, l'on appréhende globalement de la même manière le traitement des ententes, la nécessité de lutter contre les cartels, la méthodologie pour déterminer le marché pertinent ou encore, celle pour mesurer la part de marché d'une entreprise dominante. Bien entendu, des variations existent, puisque les droits sont différents. La *rule of reason* américaine ne trouve guère d'équivalent dans les systèmes continentaux<sup>49</sup> et l'approche française de la régulation de la grande distribution n'est certainement pas transposable aux États-Unis<sup>50</sup>. Mais il ne s'agit pas de réelles oppositions fondamentales. Tout au plus réinsistera-t-on sur la question du recours à l'analyse

économique, beaucoup plus fréquent dans les ouvrages et articles américains, même si les choses sont en train d'évoluer du côté de la doctrine française. Avec le mouvement de « modernisation du droit de la concurrence »<sup>51</sup>, les manuels et articles accordent désormais une place grandissante à l'économie<sup>52</sup>.

**19.** – L'opposition la plus marquée se retrouve sur les fondements, avec d'abord, la très grande difficulté à situer les auteurs français au plan idéologique. Alors qu'aux États-Unis, les courants doctrinaux se rattachent à différentes écoles de pensées, qu'il s'agisse de l'école de Harvard, de l'école de Chicago, de l'école « post-Chicago », etc., avec chacune leurs caractéristiques propres<sup>53</sup>, il est très difficile de déceler une telle diversité parmi les auteurs français. Si au plan européen, l'on a pu caractériser l'existence d'une école de Bruxelles du droit de la concurrence<sup>54</sup>, l'on serait bien en peine de dire s'il existe aujourd'hui une « école de Paris » et quelles en seraient les orientations<sup>55</sup>. Certes, on décèle bien sous la plume de certains auteurs des tendances plus ou moins libérales, entre ceux qui louent l'intervention des régulateurs et ceux qui redoutent une surrégulation des marchés, entre ceux qui se réfèrent à Richard Posner ou ceux qui invoquent Gérard Farjat. Cela étant, dans la plupart des écrits, les références idéologiques sont absentes. Lorsque des marqueurs apparaissent, il n'est pas certain que ces derniers soient consciemment glissés. C'est le cas des auteurs qui affichent une forme de fascination pour le

48. Avant les années 2000, rares étaient les auteurs à avoir entrepris un travail doctoral spécifiquement consacré au droit de la concurrence. Les choses paraissent évoluer, avec la jeune génération d'auteurs qui ont « baigné » dans le droit *antitrust* dès leurs premières années de thèses.

49. Sur ce thème, v. not. D. Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes – Étude de la règle de raison*, GLN Joly, 1993.

50. F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017.

51. G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006.

52. V. par ex. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Domat/Lextenso, 2<sup>e</sup> éd., 2018. Certains ouvrages sont rédigés par des juristes et des économistes : v. M. Chagny et B. Deffains, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, 2015. Plus généralement, v. la revue *Concurrences* qui accorde une large place aux économistes dans ses colonnes. La majorité des ouvrages s'adressent tout de même à des juristes... en des termes encore très juridiques. Pour combler ce retard par rapport aux écrits anglo-américains, certains auteurs tentent, en s'adressant aux juristes continentaux, de simplifier le discours économique, sans que l'objectif ne soit véritablement réussi : G. Niels, H. Jenkins et J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2016.

53. Sur ces oppositions entre écoles de pensées, v. R. Pitofsky (dir.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, Oxford University Press, 2008.

54. D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules – The European School*, Wolters Kluwer, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

55. Il existe bien une école de Nice du droit économique, mais celle-ci n'a pas fondé une approche véritablement identifiable du droit *antitrust* et ses membres reconnaissent eux-mêmes avec honnêteté les quelques doutes qui existent sur les objectifs et la méthode : Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, « Le droit économique aujourd'hui », *D.*, 2010, p. 1436.

recours à l'analyse économique en *antitrust* : on est alors forcé d'admettre que parmi eux, nombreux sont ceux qui tiennent cette « économisation »<sup>56</sup> du droit de la concurrence comme un fait acquis, sans réellement rechercher ce qui se glisse derrière l'usage de modèles économiques essentiellement fondés sur la théorie des prix. Cette économisation n'a en effet rien de neutre. Elle est dogmatique et exprime certains des préceptes de l'école de Chicago et du *Law and Economics*<sup>57</sup>. Les doutes évoqués sont permis lorsque l'on constate que la réflexion sur les buts du droit *antitrust* ainsi que sur la portée politique et normative du recours de l'analyse économique est quasiment absente en droit français, alors qu'il s'agit de thèmes centraux aux États-Unis ou à l'échelon européen<sup>58</sup>.

**20.** – D'une manière plus générale, mais dans cette même veine, on peut ensuite reprocher à la doctrine française d'aborder le droit *antitrust* de manière peut-être trop technique et, finalement, assez peu critique. Les auteurs français, sur ce point, s'inscrivent souvent dans la tradition doctrinale française des « arrêtilistes » : leur travail régulier consiste à analyser des décisions et des arrêts, ce qui circonscrit souvent la critique au texte. Les articles qui explorent les thèmes de l'*antitrust* en profondeur, et en même temps avec de la hauteur, sont de plus en plus rares, y compris dans les revues spécialisées. Les tenants d'une approche plus économique n'abordent pas non plus ces thèmes, estimant que l'analyse économique est neutre, scientifique et donc,

technique. La situation tranche avec celle de la doctrine américaine qui, si elle manque parfois de technique, ne manque pas d'idées ! Chaque année ou presque, de nouvelles controverses doctrinales éclatent, avec des offensives et des réponses des auteurs qui font à leur tour l'objet de critiques<sup>59</sup>. À la décharge des auteurs français, il faut bien reconnaître que leurs homologues jouissent d'une liberté bien supérieure pour s'exprimer dans des revues<sup>60</sup>, notamment en ce qui concerne l'espace offert. Les auteurs américains sont également habitués à traiter n'importe quel sujet : le cadre intellectuel est débridé et les sujets, mêmes extravagants, ne font l'objet d'aucune critique *a priori*<sup>61</sup>.

**21.** – Le droit *antitrust* américain se situe précisément à un moment de son histoire où la critique du modèle néoclassique, et la référence aux instruments tels que le « *consumer welfare* », n'a sans doute jamais été aussi forte<sup>62</sup>. Des auteurs considèrent que l'efficacité économique doit cesser d'être l'objectif ultime du droit *antitrust* et qu'il est nécessaire d'orienter celui-ci pour lutter contre les inégalités<sup>63</sup>, quitte à recourir à la notion floue de « *fairness* »<sup>64</sup>. Pour ce courant, les prix bas pour les consommateurs ne devraient plus être le critère décisif lorsqu'il est question de dignité des personnes et de liens de dépendances<sup>65</sup>. Ce type de contestation n'est pas réellement originale<sup>66</sup>, mais la forme employée et les instruments proposés sont nouveaux. En réponse, des auteurs évoquent avec un peu de condescendance l'apparition d'un mouvement

56. Pour reprendre l'expression de L. Vogel, *Traité de droit économique : Droit de la concurrence – Droits européen et français*, t. 1, Lawlex/Bruylant, 2017, n° 3.

57. V. la critique d'A. Supiot, *La gouvernance par les nombres – Cours au Collège de France, 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 187.

58. J.-C. Roda, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, p. 1504.

59. V. par ex. la controverse provoquée par la publication de l'article de Lina M. Khan, « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale L. Journal*, 2017 (126), p. 710 et s. et les nombreuses réponses à son sujet.

60. Avec parfois des comités de lecture à exigence variable : c'est le cas de certaines revues dont les comités sont composés d'étudiants.

61. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 291. Le risque est celui d'une certaine dérive, et notamment d'un certain manque de sérieux, comme on a pu l'observer récemment avec certaines revues de sociologie critique aux États-Unis.

62. V. par ex. M. Stucke et A. Ezrachi, « The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement », *Harvard Bus. Rev.*, déc. 2017. V. égal. L. M. Khan, préc.

63. J. B. Baker et S. C. Salop, « Antitrust, Competition Policy, and Inequality », *Georgetown L. J.*, 2015 (104), p. 1.

64. Pour une critique du recours à cette notion, v. H. Hovenkamp, « Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? », *Notre Dame Law Review*, 2018 (à paraître). Adde, S. M. Colino, « The Antitrust F Word : Fairness Considerations in Competition Law », *Journal of Business Law*, 2019 (à paraître).

65. L. M. Khan, préc. En réponse, H. Hovenkamp fustige l'absence de données étayant le propos. Il résume ainsi les choses : « l'un des aspects les plus inquiétants de ce mouvement est son indifférence, voire son hostilité à l'égard des bas prix à la consommation ».

66. L. Kaplow, « Antitrust, Law & Economics and the Courts », *Law & Contemporary Prob.*, 1987 (50), p. 181.

« *hipster* » en *antitrust*<sup>67</sup>. Certains stigmatisent un droit *antitrust* trop technocratique<sup>68</sup>, tandis que, en opposition, d'autres tentent de défendre le recours aux modèles étudiés depuis plusieurs décennies, tout en reconnaissant qu'ils ne sont pas parfaits<sup>69</sup>. Quelle que soit l'issue de ces débats, l'idée d'un droit *antitrust* neutre, apolitique et scientifique, notamment grâce à l'apport de la théorie économique, est de plus en plus contestée<sup>70</sup>.

**22.** – Le contraste est saisissant avec la doctrine française qui semble accepter, sans trop sourcilier, la direction prise par le droit *antitrust* français, façonné par la montée en puissance de l'analyse économique et guidé par l'objectif de plus en plus assumé de favoriser le seul « *consumer welfare* ». Certains « anciens » ont capitulé face à la technicité et au discours parfois volontairement cryptique de l'analyse économique<sup>71</sup> : ils se concentrent alors sur ce qu'ils savent faire de mieux, à savoir des écrits purement juridiques. D'autres, « les modernes »<sup>72</sup>, défendent fortement cette « nouvelle approche économique », quitte à fustiger toute analyse qui n'est pas envisagée sous cet angle. Il en résulte des oppositions assez nettes sur l'interprétation à donner à certaines affaires<sup>73</sup>. Même si cette approche plus économique a été essentiellement impulsée par la Commission européenne, et relayée en France par l'Autorité de la concurrence, l'origine est américaine. L'absence d'une véritable approche critique systématique de la part de la doctrine française n'est pas de nature à remettre en cause le développement de ce

mouvement qui traduit un tournant très libéral du droit *antitrust*<sup>74</sup>.

\* \* \*

**23.** – En guise de conclusion, si l'on compare le rayonnement respectif de la doctrine américaine et française, l'on est évidemment contraint de reconnaître la supériorité du modèle américain. Celui-ci a su s'imposer grâce au prestige et à la « puissance » de son droit<sup>75</sup>. La doctrine américaine véhicule elle-même l'idée de son propre *leadership*. Et, *de facto*, de nombreux auteurs européens de langue anglaise citent et s'inspirent des écrits américains. En France, les avocats ou universitaires français lisent aussi de plus en plus fréquemment cette doctrine. Parfois, les idées sont reprises, sans même que l'on s'aperçoive qu'elles proviennent des États-Unis : la « culture de concurrence » est très largement une invention américaine, destinée à propager les idées venues de Washington ou Chicago<sup>76</sup>. Mais la réciproque n'est malheureusement pas vraie : à l'heure des plateformes internationales qui regroupent une masse considérable d'écrits juridiques, il faut bien reconnaître que la doctrine française a du mal à exister en dehors de ses frontières et, en particulier outre-Atlantique. La raison de ce faible rayonnement dans la sphère anglo-américaine est relativement triviale. Même si l'anglais s'est imposé comme la langue de l'*antitrust* dans de nombreuses zones du monde, rares sont les auteurs français qui publient dans cette langue<sup>77</sup>. Les auteurs américains ne lisent généralement pas autre chose que des écrits rédigés en anglais. Surtout, hormis quelques

67. V. les propos relayés par R. Meyer, « How to Fight Amazon (Before You Turn 29) », *The Atlantic*, juill./août 2018. D'autres auteurs, plus sobrement, évoquent un mouvement « progressiste » : v. par ex. H. Hovenkamp, « Progressive Antitrust », *Penn. Law Faculty Scholarship*, 2018, p. 71.

68. S. Vaheesan, « The Twilight of the Technocrat's Monopoly on Antitrust », *Yale L. Journal*, 2018 (127), p. 980.

69. H. Hovenkamp, « Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? », *préc.*

70. S. Vaheesan, *préc.*, p. 985.

71. Sur cette idée, v. Th. Rosch, « Antitrust Law Enforcement : What to Do About the Current Economics Cacophony », in N. Charbit et E. Ramundo (dir.), *An Antitrust Tribute to William Kovacic*, Concurrences, 2012, p. 302.

72. Sur cette opposition entre « anciens » et « modernes », v. par ex. L. Idot, « Match nul provisoire dans l'affaire Intel : la partie continue... », *Europe*, cct. 2017, ét. 9.

73. V. par ex. CJUE, gde ch., 6 sept. 2017, aff. C-413/14 P, *Intel Corporation*. V. égal. l'affaire Google, pour laquelle certains commentaires existent, alors que la décision n'a pas encore été publiée.

74. Sur ce mouvement et sur la manière dont il s'est propagé en Europe, v. D. Gerber, *op. cit.*, p. 192 et s.

75. Sur cette idée, v. *L'américanisation du droit*, *préc.*

76. Le *Fordham Competition Law Institute* a par exemple largement contribué à cette diffusion, via l'organisation de ses colloques annuels (les fameuses *Annual International Antitrust Law and Policy Conferences*), retranscrits chaque année dans d'importants recueils.

77. Pour une exception, v. par ex. J. Basedow, S. Francq et L. Idot (dir.), *International Antitrust Litigation – Conflicts of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012.

exceptions<sup>78</sup>, ils ne s'intéressent pas aux textes qui ne concernent pas directement ou indirectement le droit des États-Unis<sup>79</sup>. Le constat est cependant plus amer lorsque l'on observe que la doctrine française ne rayonne guère plus dans

l'espace européen. La question de la langue apparaît à nouveau comme un obstacle mais, plus fondamentalement, un tel retrait interroge et inquiète, à l'heure où la pensée *antitrust* paraît partout confrontée à un modèle hégémonique.

---

78. On pourrait citer des auteurs tels que Eleanor Fox, Harry First, David Gerber ou encore, plus récemment, Spencer Waller Weber qui s'intéressent depuis longtemps aux droits européens et ont aidé à populariser leur étude aux États-Unis.

79. On notera toutefois l'influence des travaux de Th. Piketty dans le courant contestataire (voire même « contrerévolutionnaire ») évoqué précédemment : v. par ex. L. M. Khan et S. Vaheesan, « *Market Power and Inequality : The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents* », *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 2017 (11), p. 235.

# Petit neuf du Grand A :

---

## à propos d'une controverse contemporaine et persistante : le vol d'informations

### À propos d'une controverse contemporaine et persistante : le vol d'informations

**Guillaume Beaussonie**

Professeur à l'Université Toulouse-Capitole

Codirecteur de l'Institut Roger Merle et du Master 2 DPAPP  
IEJUC (EA 1919)

Il y a déjà une quinzaine d'années, un auteur constatait pertinemment qu'« à chaque évolution de la société correspond une notion précise de vol. La société industrielle luttait contre le vol d'objets corporels. Le développement de la société de service avait ensuite entraîné l'apparition de vols de services, réprimés sous la qualification de filouterie. La société de l'information pourrait à son tour engendrer le développement du vol d'information »<sup>1</sup>.

Si, encore aujourd'hui, on ne saurait mieux résumer l'évolution qu'ont connue les objets des infractions contre les biens durant les deux derniers siècles, il ne faudrait pas croire que, dans une matière où règnent les impératifs portés par le principe de légalité, la capacité des incrimina-

tions à préserver la propriété se soit dilatée de façon aussi exponentielle que le domaine de la propriété lui-même. De ce décalage inéluctable est née une véritable controverse portant sur l'aptitude des textes répressifs actuels, à commencer par le vol, à régir les biens les plus éthérés, principalement les informations.

Le vol, « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » en vertu de l'article 311-1 du code pénal, peut-il effectivement s'appliquer à ces éléments de connaissance incorporels mais susceptibles d'être représentés et, partant, appréhendés, que sont les informations ?

En l'absence d'un arrêt de principe suffisamment explicite rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation en la matière, mais sur la

---

1. D. Ciolino-Berg, « Vol d'informations sur l'Internet », *Comm. com. électr.*, 2003, chron. n° 28, p. 22.

base de décisions de moins en moins isolées et de moins en moins ambiguës<sup>2</sup>, la « doctrine pénaliste »<sup>3</sup> se divise, tant sur la possibilité que sur l'opportunité de sanctionner ce qui apparaît comme étant de véritables soustractions frauduleuses d'informations. Au-delà, même une fois accordée sur l'utilité de réprimer de tels comportements, cette doctrine se sépare de nouveau au moment de choisir la forme que doit emprunter leur incrimination : adaptation d'un vieux texte ou création d'un nouveau.

La chose doit être d'autant plus soulignée que les débats doctrinaux ne sont pas si courants, en droit pénal, où le rayonnement de la loi est tel qu'il n'est souvent question, dans un consensus quasi général, que de rappeler le juge, seul coupable potentiel dans le système moderne, à une interprétation stricte, voire littérale. Ce serait rassurant pour les libertés individuelles – et c'est bien l'essentiel ! –, si cela ne conduisait pas à voiler que, de nos jours, la sécurité ne se trouve plus forcément dans le texte de la loi, dont la lettre n'est pas toujours claire et l'esprit parfois malintentionné – eu égard, notamment aux grands principes que la loi aussi et surtout ne devrait jamais malmenier –, mais dans le système juridique dans son entier. Est-il satisfaisant, en effet, que sous prétexte d'une « autonomie du droit pénal » qu'il resterait d'ailleurs à fonder avec précision<sup>4</sup>, on puisse considérer qu'une seule et même notion n'a pas la même signification dans telle ou telle branche du droit ? La fondamentalisation des garanties, opérée principalement par l'entremise de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, incite heureusement à rappeler que les impératifs priment par rapport aux normes qui les portent même si, paradoxalement, la doctrine pénaliste – en ce compris l'auteur de ces lignes – semble peiner à systématiser l'ensemble consécutivement formé, au sein duquel le droit pénal s'insère sans pour autant disparaître. Par ailleurs,

le droit fondamental n'est, lui aussi, pas dénué de défauts, que les auteurs soulignent souvent, là encore, avec une prudence et une unité que l'on comprend sans doute mieux tant l'éloignement de la technique rend plus dangereuse et contestable une condamnation devenant plus politique que juridique.

La question du vol d'informations, peut-être précisément à raison de sa technicité, a donc quant à elle divisé la doctrine pénaliste. Ce qui ne serait pas un problème – au contraire ! – si une partie du débat n'avait pas été biaisée par le recours à des arguments fallacieux (I). Il existe pourtant, ici comme ailleurs, des arguments sérieux, allant d'ailleurs tant dans le sens d'une aptitude du vol à appréhender les informations que dans le sens inverse (II).

## I. Les arguments fallacieux

Pour faire simple, deux arguments devraient être exclus de la controverse portant sur le vol d'informations : l'argument historique (A) et, pour partie du moins, l'argument terminologique (B).

### A. L'argument historique

Dans le sens d'une admission du vol d'informations, les auteurs, encore aujourd'hui, se réfèrent souvent à la jurisprudence qui, à la suite des travaux d'Émile Garçon, a consacré la notion de « soustraction juridique ». Or, outre que cette interprétation du principal élément constitutif du vol n'a jamais été légitime, elle ne représente plus le droit positif depuis l'entrée en vigueur du code pénal de 1992.

Nul n'ignore en effet que la soustraction dite « juridique » a, un temps, sous l'influence d'Émile Garçon, fait de la possession de la chose un objet de soustraction alternatif à celui de la soustraction classique, la chose elle-même, cette dernière atteinte restant seule qualifiée, par opposition, de « matérielle ». Il est vrai que la dématérialisa-

- 
2. V., surtout, Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, *Dalloz actu*, 5 juin 2015, obs. C. Benelli-de Bénazé ; *AJ pénal*, 2015, p. 413, obs. E. Dreyer ; *D.*, 2015, p. 1466, note L. Saenko ; *RSC*, 2015, p. 860, obs. H. Matsopoulou ; *ibid.*, p. 887, obs. J. Francillon ; *JCP G*, 2015, 887, note G. Beaussonie ; *Dr. pén.*, 2015, n° 106, obs. M. Véron ; *ibid.*, n° 123, obs. Ph. Conte ; *ibid.*, chron. 10, obs. A. Lepage ; et Crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, *Dalloz actu*, 13 juill. 2017, obs. L. Priou-Alibert ; *D.*, 2017, p. 1885, obs. G. Beaussonie ; *ibid.*, pan., p. 2501, obs. T. Garé ; *AJ pénal*, 2017, p. 448, obs. J. Lasserre Capdeville ; *RSC*, 2017, p. 752, obs. H. Matsopoulou ; *Dr. pén.*, 2017, n° 141, obs. Ph. Conte ; *Gaz. pal.*, 24 oct. 2017, p. 50, obs. S. Detraz.
  3. Plus l'auteur vieillit, moins il croit à la nécessité de désigner ce qui devrait se caractériser par la pluralité par un mot au singulier. Chacun, au sein de la doctrine, ne devrait-il pas avoir sa doctrine ?
  4. V. néanmoins l'excellente étude de J.-L. Goutal : J.-L. Goutal, « L'autonomie du droit pénal, reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, p. 911.

tion de la soustraction était, en application de cette théorie, incontestable<sup>5</sup>, de même que l'ouverture potentielle de l'incrimination de vol à de nouveaux objets, incorporels ou immobiliers. On peut effectivement posséder un immeuble<sup>6</sup> et même une information<sup>7</sup>. Toutefois, le fondement même de cette évolution n'en demeurerait pas moins discutable.

C'est en considération d'une mauvaise traduction de la notion romaine de *contractatio*<sup>8</sup> que Garçon a défini la soustraction comme « la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur ». Pour lui, elle représentait « l'usurpation, *invito domino*, de la véritable possession dans ses deux éléments simultanés et concomitants du *corpus* et de l'*animus* »<sup>9</sup> car, selon lui, « l'article 379 [du code pénal de 1810] reproduit[sait] la définition romaine; le mot soustraction [était] la simple traduction de l'expression latine *contractatio* »<sup>10</sup>. Or, tel ne saurait être le cas dans un contexte légaliste moderne, ce mot désignant, en vérité, tous les comportements susceptibles de porter atteinte à la propriété : soustraction, il est vrai, mais tout autant détournement ou tromperie...

L'auteur occultait donc de la sorte la spécificité impérative de la notion de soustraction, seule capable de la rendre conforme au principe de précision de la loi pénale, en rétablissant son sens le plus large, celui du droit romain, capable d'inclure, notamment, l'abus de confiance et l'escroquerie. Ainsi, il ne faisait de lui-même,

dans son ouvrage, aucune référence à l'autonomie légale de l'abus de confiance, et préférait étendre l'incrimination de vol à une situation pourtant plus proche de l'abus de confiance. Aussi, pour l'auteur, « la remise de la détention matérielle n'[était] pas exclusive de la soustraction »<sup>11</sup>, formule bientôt consacrée par la Cour de cassation<sup>12</sup> qui contribuait, par là même, à l'effacement de la spécificité des notions de remise et de soustraction.

Bien que longtemps positive, malgré son assise tronquée, cette solution ne s'appliqua plus sur le fondement du code pénal de 1992, son article 314-1, qui incrimine l'abus de confiance, étant désormais suffisamment large et clair pour sanctionner toute remise d'un bien, fût-elle seulement celle de la « détention matérielle »<sup>13</sup>. Le vol d'informations était-il condamné pour autant ? On pourrait le penser à croire que tels objets de ne sont pas des choses.

## B. L'argument terminologique

Le vol porte, en vertu de l'article 311-1 du code pénal, sur la « chose d'autrui ». L'article 379 de l'ancien code pénal se référait, quant à lui, à une « chose qui n'appartient pas » à l'auteur de la soustraction.

« Chose » et non « bien » relèvent certains – beaucoup d'– auteurs<sup>14</sup>, comme si la chose d'autrui n'était pas celle dont un autre est propriétaire, donc son bien... Une chose ne serait alors qu'un bout de matière, meuble ou immeuble, où

5. En ce sens, v. par ex. R. Gassin, « La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », in *Mélanges J. Lebreton*, PUF, 1968, p. 86, n° 3; M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC*, 1990, p. 507; F. Debove, « Information mal acquise ne profite jamais », *Dr. pén.*, 1999, chron. n° 24.

6. V. E. Garçon, *Code pénal annoté*, t. I, Sirey, 1901-1906, art. 379, n° 222, p. 1137.

7. Paradoxalement, Garçon lui-même n'y aurait pas été favorable : *Code pénal annoté*, *op. cit.*, art. 379, n° 42, p. 1119 : « Dans la conception juridique actuelle, la possession, manifestation et extériorisation d'un droit, existant ou supposé, s'applique à tous les droits; on les possède en les exerçant. [...] Mais ici, où nous nous occupons spécialement de la possession mobilière et du vol, il faut en revenir à une notion plus archaïque. Par possession, nous entendons la *possessio rei* à l'exclusion de la *possessio juris* ».

8. « *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* » : Paul, *Digeste*, 47, 2, 1, 3.

9. *Code pénal annoté*, *op. cit.*, art. 379, n° 47, p. 1120.

10. *Ibid.*, n° 9, p. 1116 : « Rien n'indique que le législateur du Code pénal ait voulu rompre avec la notion traditionnelle du vol. Tout semble prouver au contraire qu'il a entendu la conserver [...] Cela est si vrai que nos anciens criminalistes, qui écrivaient en français, l'employaient déjà, tout en maintenant au vol son extension romaine. Cette traduction est infidèle, parce que *contractatio* n'a pas de correspondant exact dans notre langue; mais en cherchant on n'en trouvera pas de meilleure et de plus exacte. Le sens du texte est ainsi fixé par l'histoire : la soustraction, c'est la *contractatio* du droit romain et de notre Ancien droit ».

11. *Ibid.*, n° 180, p. 1133 et n° 214, p. 1137.

12. *Crim.*, 5 mars 1941, *Bull. crim.* n° 13. Plus récemment, v. *Crim.*, 8 févr. 1993, *Bull. crim.* n° 65.

13. En ce sens, v. par ex. W. Jeandier, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, « Vol », n° 60.

14. V. par ex. S. Detraz, R. Ollard et J.-C. Saint-Pau, « Contre l'incrimination du vol d'information », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 105 et s.

le bien serait, au-delà, tout ce que la réalité génère, corporel ou incorporel. La différence ne résiste pas très longtemps à l'analyse quand on sait que la plupart de ces mêmes auteurs définissent généralement un bien comme une « chose » appropriée ou appropriable.

Surtout, « chose » est l'un des mots les plus vagues de la langue française : « terme le plus général par lequel on désigne tout ce qui existe et qui est concevable comme un objet unique (concret; abstrait; réel; mental) » disent les dictionnaires<sup>15</sup>. Par conséquent, comme le soulignent les professeurs Revet et Zenati-Castaing<sup>16</sup>, deux attitudes peuvent gouverner l'interprétation d'un tel mot : la peur, car le vertige de l'infini peut conduire à une approche très restrictive. Les choses ne seraient alors, en effet, en ce sens seulement, que des objets matériels; ou le courage, qui conduit à l'existentialisme. Serait ainsi une chose, à l'inverse, absolument tout ce qui existe...

Il s'agit là, en réalité, de deux conceptions extrêmes, qui ne prennent pas en compte, pour la première, la nécessité pour le droit d'accepter la réalité – le droit ne se construit pas contre ce qui est – et, pour la seconde, la possibilité pour le droit de remodeler la réalité – le droit dit ce qui doit être. Pour ne pas être interdite, la limitation des choses au monde corporel ne peut néanmoins procéder que d'un choix légal, ce qu'ont fait par exemple les Allemands dans leur code civil<sup>17</sup>, mais pas les Français.

Dès lors, si une « chose » peut les désigner toutes, qu'elles soient corporelles ou incorporelles, en droit, elle ne peut jamais désigner la personne, car la notion de propriété perdrait tout son sens s'il n'existait pas, d'un côté, un sujet et, de l'autre, un objet. Or, si tout devenait chose, il n'y aurait plus de sujet; il n'y aurait plus que des objets !

Est donc une chose, en droit en général, et en droit pénal en particulier, tout ce qui n'est pas une personne (juridique : car certaines personnes humaines ont été des choses, et ce qui compose chaque personne humaine l'est encore), tout objet, quel qu'il soit qui existe indépendamment du sujet de droit.

Ce qui n'en pose pas moins un problème de délimitation, commun à tous les biens incorporels, peut-être même aux biens en général<sup>18</sup>. À cet égard, il faut distinguer les informations nommées, généralement par métonymie<sup>19</sup>, des informations qualifiées, la plupart du temps simplement dites « confidentielles » ou « personnelles »<sup>20</sup>. Pour être plus difficilement identifiables, les secondes n'en existent pas moins, mais nécessitent que le juge les dévoile avant d'en sanctionner l'éventuelle appropriation frauduleuse.

Le vol est ainsi susceptible de porter sur des choses incorporelles, notamment des informations, sauf à trouver des arguments sérieux pour s'y opposer.

## II. Les arguments sérieux

Deux arguments au moins apparaissent recevables à admettre ou rejeter le vol d'informations : l'argument technique (A) et l'argument téléologique (B).

### A. L'argument technique

Le vol constitue, avant tout, une soustraction, la question première étant alors celle de la capacité d'une telle notion à s'appliquer ou à s'adapter à ces biens particuliers que sont les informations. À cet égard, il a déjà été souligné que la « soustraction juridique » ne représente en aucune façon la bonne piste, tant son assise doctrinale que son application jurisprudentielle apparaissant falla-

15. *Petit Robert*, V<sup>e</sup> Chose

16. *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 8.

17. V. § 90 du *Bürgerliches Gesetzbuch* : « *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände* » (les choses au sens de la loi ne sont que des objets corporels).

18. V. par ex. notre étude : « Bien(s) et utilité(s) », in *Mélanges Grégoire Forest*, Dalloz, 2014, p. 39.

19. Par ex. un numéro de carte de crédit, à propos d'un abus de confiance, dans *Crim.*, 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *D.*, 2001, p. 1423, note B. de Lamy ; *RSC*, 2001, p. 385, obs. R. Ottenhof ; *RTD civ.*, 2001, p. 912, obs. T. Revet ; *RTD com.*, 2001, p. 526, obs. B. Bouloc.

20. V. par ex., toujours à propos d'un abus de confiance, *Crim.* 22 oct. 2014, n° 13-82.630, *D.*, 2015, p. 415, note A. Mendoza-Caminade ; *JCP G*, 2015, 52, note G. Bargain et G. Beaussonie : « le prévenu a, en connaissance de cause, détourné en les dupliquant, pour son usage personnel, au préjudice de son employeur, des fichiers informatiques contenant des informations confidentielles et mis à sa disposition pour un usage professionnel ».

cieuses<sup>21</sup>. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille, dans les limites tracées par le principe de légalité, renoncer à consacrer une forme de soustraction intellectuelle adaptée à certaines choses plus éthérées.

En ce sens, même en l'absence d'arrêt de principe, plusieurs décisions ont, depuis au moins une trentaine d'années, dessiné le modèle d'une telle soustraction, plus intuitivement que systématiquement, jusqu'à ce qu'un arrêt récent le consacre dans un attendu suffisamment général : « le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise *n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction* »<sup>22</sup>.

En l'espèce, il était question d'un avocat qui avait téléchargé des informations qui lui étaient accessibles par le biais du système informatique du cabinet, mais dont son associé avait seul, en raison de leur caractère personnel, le pouvoir de disposer. Le premier est consécutivement condamné pour vol – d'informations – au préjudice du second.

Il est ainsi affirmé, de façon explicite, que la soustraction frauduleuse d'une information prend inéluctablement la forme d'une reproduction, quel que soit le moyen utilisé à cette fin. En effet, qu'il s'agisse de photocopier des documents appartenant à son employeur<sup>23</sup>, de copier le contenu de disquettes<sup>24</sup> ou de disques-durs appartenant à une société<sup>25</sup>, de transférer d'une messagerie électronique professionnelle à une messagerie personnelle des documents de son employeur<sup>26</sup>, ou encore de télécharger des données d'une agence nationale<sup>27</sup>, il est toujours question, lorsqu'il y a vol d'informations, de reproduire ces dernières, c'est-à-dire de produire une nouvelle version de leur contenu. La soustraction-reproduction est donc la forme qu'emprunte nécessairement la soustraction d'informations, cette dernière demeurant un véritable vol.

Précisons que, tout comme n'est pas coupable celui qui se contente de regarder la voiture d'autrui, ne l'est pas davantage – sauf exception<sup>28</sup> – celui qui ne fait que prendre connaissance d'une information qui ne lui appartient pas, fût-ce en écoutant à une porte ou en regardant par-dessus un mur. Tout propriétaire d'un bien doit effectivement souffrir que les autres le convoitent.

En revanche, alors que le propriétaire d'un bien corporel ne peut, désormais, s'opposer à la reproduction de son bien qu'en cas de trouble anormal<sup>29</sup>, le propriétaire d'un bien incorporel, tout du moins s'il s'agit d'une information, reste le maître exclusif de cette prérogative.

Cela est naturel : où le bien corporel conserve l'essentiel de son utilité, même appréhendée de la sorte par autrui, l'information perd la raison de sa réservation quand son inventeur n'en maîtrise plus la divulgation, c'est-à-dire lorsqu'elle s'opère au-delà de celle à laquelle il a éventuellement consenti. Or, reproduire sans droit une information, c'est précisément cristalliser un tel comportement, ce qui permet de s'en rendre compte et, par là même, de le sanctionner.

Que tout cela n'apparaisse que postérieurement à la soustraction ne pose pas vraiment de problème, à partir du moment où la constitution de l'infraction n'est effectivement appréciée qu'audit moment. À défaut d'une telle révélation, autrement dit si nul ne s'est rendu compte de l'appréhension de son information, c'est sans doute qu'elle ne lui a pas porté de préjudice, ce qui justifie qu'on ne s'y intéresse pas.

Il reste que, la plupart du temps, ce qui passe pour être un vol d'informations serait plutôt un abus de confiance.

Pour reprendre l'exemple de l'arrêt rendu le 28 juin 2017, à l'instar de toutes les décisions qui ont conduit à consacrer la « soustraction juridique », le prévenu n'était pas sans droit sur les choses qu'il s'est approprié frauduleusement.

21. V. plus haut : IA.

22. Crim., 28 juin 2017, préc. Nous soulignons.

23. Crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Bull. crim.* n° 13

24. Crim., 12 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 14

25. Crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002, *Comm. com. – électr.*, 2008, étude 25, J. Huet.

26. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134 ; D., 2011, p. 2254, note G. Beaussonie ; *RTD com.*, 2011, p. 806, obs.

B. Boulloc ; *RSC*, 2011, p. 853, obs. A. Cerf-Hollender (même si l'infraction était, en l'espèce, justifiée).

27. Crim., 20 mai 2015, préc.

28. Par ex. lorsque l'information est préservée par l'entremise d'un secret légal : secret professionnel, secret des correspondances etc.

29. Ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, *Bull. A. P.* n° 10.

Son libre accès aux informations de son associé, puisqu'il n'était pas contesté, démontre effectivement que lui avait été concédé une partie de leur utilité, ce qui faisait de lui leur détenteur légitime, bien que précaire. Dans ce contexte, son comportement frauduleux ne pouvait conséquemment s'analyser que comme un détournement, élément constitutif de l'abus de confiance, et non plus comme une soustraction.

L'admission du vol d'informations suppose alors, pour finir, de respecter la volonté du législateur eu égard au champ d'application de chacune des incriminations qu'il a déterminées et de constater en conséquence que, une fois chacune remise à sa juste place, il reste du terrain pour une telle infraction.

### **B. L'argument téléologique**

Chercher le bon texte d'incrimination, éventuellement l'adapter ou, à défaut, en créer un nouveau : c'est à ce croisement que se situe, aujourd'hui encore, la problématique du vol d'informations.

Outre le problème des frontières mal dessinées entre vol et abus de confiance, stigmates, sans doute, de l'adoption par la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du code pénal actuel de la théorie de la « soustraction juridique »<sup>30</sup>, il existe désormais d'autres qualifications que la doctrine considère comme étant plus adaptées à la répression du vol d'informations. Il s'agirait, en somme, de ne plus sanctionner ce vol en tant que tel, mais à travers des incriminations plus spécifiques et, partant, plus respectueuses du principe de légalité.

La principale d'entre elles procède d'une réforme récente de l'article 323-3 du code pénal, celui-ci sanctionnant désormais le fait d'extraire frauduleusement les données contenues par un système de traitement automatisé de données (STAD). Les auteurs semblent d'ailleurs persuadés que, si cette modification issue de la loi du 13 novembre 2014 avait déjà été en vigueur, les arrêts les plus audacieux rendus en matière de

vol d'informations par la chambre criminelle de la Cour de cassation l'auraient été sur ce fondement<sup>31</sup>.

Il serait étrange, pourtant, que la sanction de l'appropriation frauduleuse d'informations s'opère par l'entremise d'une incrimination qui, à l'origine, n'a absolument pas été créée pour cela. Les comportements prohibés par les articles 323-1 et suivants du code pénal n'ont effectivement pas tant été conçus pour protéger le contenu des systèmes de traitement automatisé de données, que les systèmes eux-mêmes. En ce sens, les données généralement prises en comptes sont celles qui permettent le fonctionnement des systèmes, pas celles que les systèmes renferment indépendamment de cela.

Lorsqu'il a paru opportun de consolider la jurisprudence en incriminant particulièrement la soustraction frauduleuse d'énergie, le législateur n'a pas adopté une physionomie différente de celle d'une appropriation frauduleuse – et même d'une soustraction – pour le faire<sup>32</sup>. N'aurait-il pas dû en être de même pour le vol d'informations, la soustraction-reproduction n'étant, après tout, qu'assimilée par la jurisprudence à la soustraction-préhension, comme ce fut le cas de la soustraction-transmission propre à constituer le vol d'électricité<sup>33</sup> ?

Sauf à considérer, ce qui, il faut bien l'admettre au moment de conclure ces rapides propos, est notre cas – mais peut-être l'aurait-on déjà compris ? –, que l'article 311-1 du code pénal fait déjà parfaitement l'affaire.

À condition, surtout, de ne pas confondre soustraction et détournement, il appert qu'il ne reste finalement pas beaucoup d'espace pour le vol d'informations ainsi pris en compte. Est-ce une raison suffisante pour le rejeter ? Au contraire ! Il est parfaitement conforme à l'esprit du droit pénal que celui-ci agisse avec parcimonie, ce qui ne le rend pas inutile pour autant.

Mais, comme on l'a vu, on peut très bien soutenir l'inverse, et c'est heureux ! Nous nous satisfaisons, en effet, de débattre avec la doctrine, au

30. V. plus haut : *IA* et *IIA*.

31. V. par ex. Ph. Conte, obs. préc. à la revue *Dr. pén.* sous *Crim.*, 28 juin 2017, préc.

32. V., aujourd'hui, art. 311-2 Code pén.

33. V., avant le Code pén. de 1992, *Crim.*, 3 août 1912, *D.*, 1913, 1, p. 439 ; *S.*, 1913, 1, p. 337, note J.-A. Roux. Selon cet arrêt, « l'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser ; [...] elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second ; [...] elle doit dès lors être considérée comme une chose, au sens de l'article 379 du Code pénal, pouvant faire l'objet d'une appréhension ».

sein de la doctrine, sur la légitimité et l'opportunité d'une répression du vol d'informations, et regrettons simplement que de telles controverses demeurent encore si rares en droit pénal. Nous ne croyons pas que la stabilité nécessaire de ce droit doive conduire inéluctablement à celle de sa doctrine.

La doctrine, de notre point de vue, ne devrait jamais être une autorité car, en vérité, seule une

partie d'entre elle le devient, de sorte que la raison qui, seule, devrait l'emporter, s'efface trop souvent face à elle. Une autorité par la raison n'a pas vocation à se figer en un tout indifférencié, mais à rester aussi plurale que le sont les opinions, fussent-elles éclairées. « La lumière ne jaillit que du choc des idées » ; à la suite de Boileau, les juristes, férus de contradiction, ne le savent que trop bien.

# Contentieux du droit de l'Union européenne

---

**A**utour d'une discipline choisie à chaque numéro, cette rubrique « perspectives » a pour objectif d'en dessiner les contours, d'en tracer les évolutions récentes et les évolutions à venir, d'en dresser un bilan prospectif.

À cette fin la liberté de la plume est totale : les auteurs présentent un libre-propos sur la discipline en général, ou sur certains de ses aspects particuliers, sur ses évolutions récentes et futures, sur ce qu'elle pourrait devenir, sur d'éventuels souhaits pour son avenir.

Les « perspectives » de ce numéro sont consacrées au Contentieux du droit de l'Union européenne.

# Petit un du Grand B :

---

## le droit de l'Union européenne, soixante ans après

### Le droit de l'Union européenne, soixante ans après : amorce du déclin ou renouveau ?

**Fabrice Picod**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Directeur du Centre de droit européen

Célébré en France à la Cour de cassation à l'occasion du soixantième anniversaire de la signature des traités de Rome, cet anniversaire n'a guère suscité d'enthousiasme auprès des pouvoirs publics et de la population. Une telle indifférence a sans doute des causes très diverses qui n'ont d'ailleurs sans doute pas été identifiées.

Les deux dernières années écoulées, marquées notamment par les difficultés des États d'Europe à gérer efficacement la circulation des migrants et les décisions prises par des gouvernants de plusieurs États en rupture avec les valeurs et objectifs de l'Union européenne, ont conduit à des interrogations sur la pérennité de la construction européenne et du droit qui a en été le ciment.

On sait l'importance que le droit a pu jouer dans la construction européenne. Certains auteurs n'ont pas manqué de relever que l'Europe s'était construite par le droit. Il serait toutefois illusoire de penser que l'Europe peut pro-

gresser voire se maintenir sans volonté politique. En effet, l'histoire de la construction européenne a montré que les grandes avancées de l'intégration n'avaient pu être obtenues qu'en présence d'une conjonction de facteurs politiques et juridiques.

L'évolution du droit de l'Union européenne est caractérisée par des mouvements résultant à la fois de la volonté des États membres qui ont fait évoluer les traités constitutifs, des politiques qui ont été menées par les institutions de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en charge de dire le droit dans l'interprétation et l'application des traités constitutifs.

Plusieurs étapes et différentes phases de l'évolution du droit de l'Union européenne peuvent être rappelées à partir d'une vue d'ensemble appliquée aux soixante ans de droit européen qui se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur des traités de Rome le 1<sup>er</sup> janvier 1958.

Après la première période de mise en place du marché commun et de l'édification d'un ordre juridique propre aux Communautés européennes (I), un perfectionnement a été recherché en vue d'atteindre les objectifs assignés aux Communautés (II). Compte tenu des progrès accomplis, le droit des Communautés puis de l'Union européenne a investi de nouvelles questions qui ont alors provoqué de vives réactions et suscité la perplexité de nombreux observateurs (III).

## I. L'édification d'un système original

Fondées sur des traités conclus par des États européens qui ont institué des organisations internationales d'un genre nouveau, les Communautés européennes se sont vues confier des compétences importantes dans plusieurs secteurs-clés relevant de l'économie.

Après la mise en place d'une Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1951, les États membres de cette Communauté ont créé une Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa) et une Communauté économique européenne (CEE) en 1957 de manière à ce que les principaux secteurs de l'économie puissent être encadrés par des règles établies de manière uniforme par les institutions européennes.

Les objectifs recherchés étaient d'éviter des distorsions de concurrence, d'assurer une croissance, un progrès et une compétitivité de plusieurs secteurs de l'économie, à commencer par l'agriculture et les transports, de faciliter les échanges de marchandises, de personnes, des services et des capitaux conformément aux libertés de circulation mises en place.

La mise en place d'un espace commun aux États membres dans lequel les principaux facteurs de production pouvaient circuler librement dans le cadre d'un marché commun et de plusieurs politiques d'accompagnement, allait nécessiter de confier aux institutions européennes d'importants pouvoirs de régulation, ce qui fut fait progressivement dans le cadre d'une période de transition. Une telle évolution ne se fit pas sans heurt, ainsi qu'en témoignent les réactions françaises qui conduirent un temps à la

politique dite de la chaise vide et au compromis de Luxembourg.

Parallèlement aux progrès obtenus au moyen des actes des institutions européennes dans les domaines du droit de la concurrence, de l'agriculture, des transports, de l'entrée et du séjour des personnes, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a constitué un véritable levier d'intégration européenne en permettant aux opérateurs économiques et plus largement aux individus de faire valoir les droits qui découlaient des traités constitutifs et des actes des institutions de manière particulièrement efficace.

Par ses arrêts consacrant l'aptitude du droit communautaire à créer au profit des particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder, la Cour de justice a permis, à partir de 1963 dans son fameux arrêt *Van Gend en Loos*<sup>1</sup>, aux forces vives du marché commun européen de se prévaloir en justice des règles des traités constitutifs claires, précises et inconditionnelles. De telles exigences seront appliquées aux dispositions des règlements, des décisions et même des directives lesquelles avaient été conçues comme des instruments normatifs indirects. La théorie dite de l'effet direct allait ainsi permettre aux justiciables de combattre devant des juges nationaux les violations les plus diverses du droit européen.

C'est en 1964, un an après le prononcé de l'arrêt *Van Gend en Loos* qui avait établi le principe de l'effet direct du droit communautaire, que la Cour de justice a affirmé dans son arrêt *Costa c/ Enel* qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »<sup>2</sup>. Dans le prolongement de cet arrêt, la Cour observera quelques mois plus tard que « le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle »<sup>3</sup>.

1. CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, *van Gend en Loos*, Rec. CJCE, p. 1, 23.

2. CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/ Enel*, Rec. CJCE, p. 1141, 1158.

3. CJCE, 13 nov. 1964, aff. jtes C-90/63 et C-91/63, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, Rec. CJCE, p. 1217, 1232.

Un nouvel ordre juridique était ainsi consacré. Non seulement les normes issues des différentes sources de droit européen ont, pour la plupart, pu être revendiquées en justice par de multiples sujets de droit mais elles ont pu primer les dispositions des droits nationaux. En outre, la Cour de justice a établi une véritable hiérarchie des sources, les traités constitutifs et les principes généraux du droit devant être respectés par les actes des institutions et les accords internationaux conclus par les Communautés européennes.

Le système ainsi mis en place a révélé progressivement des imperfections et des lacunes auxquelles les États membres et les institutions européennes ont été attentifs.

## II. Les perfectionnements

Trop souvent présentée comme une « Communauté de marchands », la Communauté économique européenne devait évoluer en prenant davantage en considération les intérêts des peuples pour lesquels elle avait été construite.

Les modes de représentation des peuples et de prise de décision évoluèrent. Par une décision de 1976, il fut décidé que les membres de l'Assemblée des Communautés européennes, bientôt dénommée Parlement européen, seraient élus au suffrage universel direct, ce qui fut fait dès 1979. L'Assemblée vit ses pouvoirs renforcés sur le plan budgétaire puis normatif, en obtenant dans un nombre croissant de matières des prérogatives se rapprochant de celles du Conseil.

Alors que les droits fondamentaux n'avaient pas fait l'objet d'une déclaration ou d'une charte, ils furent protégés par la Cour de justice, à partir de 1969, en tant que principes généraux du droit devant être respectés par les actes des institutions et même les États membres dans la mise en œuvre du traité ou du droit dérivé. Pour justifier ses prises de position, la Cour de justice allait habilement s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant du droit matériel, le marché commun inachevé faute d'harmonisation suffisante dans des secteurs sensibles allait faire place, à partir de l'Acte unique européen de 1986, au marché intérieur. Les mesures nécessaires à son

achèvement pourraient être adoptées, non plus systématiquement à l'unanimité au sein du Conseil, mais à la majorité dans de nombreux domaines. En même temps, des politiques et actions nouvelles étaient développées sur le fondement du traité modifié par l'Acte unique puis par le traité de Maastricht dans des domaines tels que la protection de l'environnement, la protection des consommateurs, la recherche. C'est le traité de Maastricht, signé en 1992, qui permet d'envisager l'action de l'Europe dans d'autres champs.

## III. La découverte de nouveaux champs

Instituant l'Union européenne, le traité de Maastricht signé en 1992 a créé une organisation d'un genre nouveau, agrégeant les Communautés existantes et des formes inédites de coopération qui associaient les États membres et les institutions de l'Union dans des domaines aussi sensibles que la politique étrangère et de sécurité commune, au sein d'un deuxième pilier, et la justice et les affaires intérieures, constitutives du troisième pilier. Cette structure difforme devait évoluer au moyen de la révision des traités constitutifs, notamment lors du traité d'Amsterdam signé en 1997, et finalement avec le traité de Lisbonne signé en 2007 au point de se fondre dans une structure unique, celle de l'Union européenne intégrant les différents domaines antérieurement traités dans les deuxième et troisième piliers.

La variété des domaines désormais couverts par l'Union européenne est telle qu'elle est en mesure de statuer sur l'ensemble des problèmes ressentis par les citoyens européens dans l'organisation de la société. Certes, les compétences attribuées à l'Union européenne sont le plus souvent partagées avec celles des États membres dans le respect du principe de subsidiarité et, dans les domaines les plus sensibles auxquels les États sont particulièrement attachés, l'Union n'exerce que des compétences d'appui, de coordination et de complément. Il reste que l'Union est en mesure d'agir dans des domaines aussi divers que la santé, l'éducation, la protection civile et l'emploi tout en n'étant pas en mesure de prendre en charge, comme l'ont toujours fait les États membres, les problèmes dans leur intégralité, à la fois faute des compétences requises et faute de moyens suffisants.

Les personnes qui ont la nationalité d'un État membre sont considérées, depuis 25 ans, comme des citoyens de l'Union en vertu du traité. Les citoyens disposent de droit d'entrée et de séjour et de droits connexes plus complets que ceux des ressortissants qui se prévalaient antérieurement de leur qualité de travailleur migrant.

La Charte des droits fondamentaux proclamée à Nice en 2000 et adoptée en 2007 a acquis la même valeur contraignante que les traités constitutifs de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce qui constitue un progrès considérable pour les citoyens de l'Union européenne qui sont victimes de violations de droits fondamentaux.

La protection des personnes est assurée de manière concrète et significative en ce qui concerne leurs droits en tant que consommateurs de biens et de services. Elles sont en effet protégées dans le cadre des relations contractuelles qu'elles nouent avec les opérateurs tant lors de l'élaboration que de l'exécution du contrat. Désormais, les consommateurs sont en mesure de se prévaloir de droits tels que l'interdiction des clauses abusives, le dédommagement des retards et des annulations des vols, l'obtention du bien conforme à la commande. Les opérateurs peuvent engager des actions visant à lutter contre les pratiques déloyales en vertu de règles mieux définies.

Les progrès accomplis en matière d'itinérance de la téléphonie et de l'Internet, des données à caractère personnel et désormais à caractère impersonnel laissent entrevoir de nouveaux champs de protection.

Sur d'autres fronts qui concernent non plus la protection des citoyens de l'Union mais des ressortissants des États tiers qui souhaitent rejoindre le territoire d'un État membre de l'Union européenne, les réactions sont parfois vives. En matière de traitement des demandes d'asile et plus largement des demandes liées à l'immigration, l'arsenal législatif dont s'est dotée l'Union européenne au fil des ans suscite des réactions négatives en raison des cultures très différentes des pays d'Europe, les exigences de solidarité pouvant être ressenties comme inadaptées en

certaines circonstances. Le droit qui découle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice devrait dès lors connaître des ajustements dans un esprit de différenciation pour pouvoir se maintenir.

En raison d'un besoin de protection ressenti par la plupart des citoyens, les développements du droit pénal de l'Union européenne sont généralement mieux acceptés. La reconnaissance mutuelle qui commande désormais la mise en œuvre de nombreux dispositifs, notamment en matière de mandat d'arrêt, donne une impulsion appréciable au droit de l'Union européenne. La coopération renforcée mise en place pour instituer le parquet européen en vue de lutter efficacement contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne est un signe d'espoir.

C'est en procurant une protection adéquate des citoyens et des opérateurs économiques que l'Union européenne sera en mesure de convaincre. Le temps où la Communauté économique imposait des contraintes irrationnelles, notamment dans le secteur agricole, consistant à imposer par exemple l'arrachage des vignes, paraît révolu.

Pour autant, il convient de s'assurer que l'Union, dans les domaines de compétences partagées, agit dans la seule mesure de la nécessité et de manière proportionnée. C'est en ce sens que la Commission européenne vient de publier une communication sur la manière de renforcer les principes de proportionnalité et de subsidiarité dans le processus décisionnel de l'Union européenne<sup>4</sup>. Cette communication fait suite à une recommandation d'une *task force* visant à inciter à faire moins mais de manière plus efficace. Une telle orientation suppose d'améliorer la motivation des actes proposés par la Commission européenne et d'associer davantage les parlements nationaux dans le contrôle de telles propositions.

Au-delà de telles évolutions commandées par la rationalité, il y aura lieu d'envisager de nouveaux modes d'initiative de manière à mieux entendre les voix qui expriment les aspirations les plus diverses.

4. Communication du 23 octobre 2018, COM(2018)703final.

# Petit deux du Grand B :

## perspectives d'évolution du Tribunal de l'Union européenne

### Perspectives d'évolution du Tribunal de l'Union européenne

**Stéphane Gervasoni**

Président de la neuvième chambre du Tribunal de l'Union européenne

*Entretien en date du 1<sup>er</sup> octobre, effectué par Freya Clausen, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas, auteur de la thèse Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne, Bruylant, 2018, Préf. F. Picod, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne*

**Freya Clausen. – Le Tribunal a connu une réforme d'envergure en 2016, visant notamment à désengorger la juridiction. Cependant, tandis que le nombre de juges a augmenté, le nombre d'affaires réglées paraît avoir baissé légèrement (987 en 2015, contre 755 en 2016 et 895 en 2017). Que faut-il penser, alors, de cette réforme ?**

**Stéphane Gervasoni.** – Je ne pense que du bien de cette réforme, dont j'ai été l'un des promoteurs au sein du Tribunal en raison de la progression inexorable de la charge contentieuse et de la situation difficile dans laquelle le Tribunal se trouvait encore en 2015. L'activité de cette année 2015 a été exceptionnelle, comme en atteste le chiffre que vous citez. En réalité, toutefois, le Tribunal a clôturé beaucoup d'affaires peu volumineuses, telles que des affaires de marque, et sa situation restait très préoccupante.

J'en veux pour preuve quelques indicateurs de la situation interne du Tribunal. Les délais de présentation des rapports préalables par les juges rapporteurs, autrement dit les documents internes d'analyse des affaires destinés à la formation de jugement pour organiser l'audience et pour poursuivre la réflexion, étaient très longs :

ils atteignaient 17 mois pour des affaires de droit de la concurrence et 12 mois pour des affaires d'aide d'État. Ces délais se sont substantiellement raccourcis : pour l'année 2017, ils s'élevaient à 8,5 mois dans les affaires d'aide d'État et, de manière encore plus spectaculaire, à 7 mois pour les affaires de concurrence.

En outre, en 2015 encore, les portefeuilles des juges étaient très lourds et comportaient, en moyenne, plus de 40 affaires. Chaque juge rapporteur devait faire des arbitrages entre des contraintes de productivité, pouvant conduire à mettre l'accent sur des « petites » affaires, au détriment de la durée d'instruction dans des grosses affaires, dans lesquelles le Tribunal prenait le risque de méconnaître le principe de délai raisonnable de jugement. Pendant cette période, malheureusement, nous avons clôturé des affai-

res au terme d'un délai très long que la Cour a parfois qualifié de déraisonnable. Il ne restait donc plus beaucoup de solutions autres que celle de l'augmentation substantielle des ressources du Tribunal. La seule voie praticable à cet effet, permettant de laisser les responsabilités entre les mains des juges, était d'augmenter leur nombre.

Les chiffres que vous citez peuvent laisser accroire que le nombre d'affaires traitées n'a pas augmenté à due proportion par rapport à l'augmentation du nombre de juges. Je crois toutefois que ces chiffres s'expliquent. D'une part, pour éviter le risque de statuer en violation du délai raisonnable, nous avons décidé de mettre l'accent sur la résorption de l'arriéré contentieux, c'est-à-dire de traiter des « veilles » affaires, souvent lourdes et présentant de grands enjeux économiques, plutôt que de faire du chiffre pour le chiffre. D'autre part, nous avons revu les conditions dans lesquelles se déploie la collégialité. Jusqu'au début de l'année 2016, le Tribunal statuait, même dans les affaires importantes, en formation à trois juges, ce qui lui était reproché par les justiciables, les États membres et la Cour de justice. Depuis 2016, nous avons relancé la collégialité élargie à cinq juges. Aujourd'hui, environ 10 % des affaires du Tribunal sont jugées par des chambres statuant à cinq juges et une affaire actuellement pendante a même été attribuée à la grande chambre. La réforme a ainsi donné au Tribunal les moyens de consacrer du temps aux affaires les plus difficiles et les plus importantes. C'est, je crois, très satisfaisant sur le plan du fonctionnement collégial du Tribunal et du mariage des cultures juridiques. En termes de visibilité jurisprudentielle, nous affichons désormais une hiérarchie entre les précédents, comme toute juridiction se doit de le faire. Il s'agit d'une hiérarchie, non pas entre les requérants (chaque justiciable étant égal devant le Tribunal), mais entre les affaires dans lesquelles l'essentiel a déjà été jugé et celles dans lesquelles le Tribunal est

confronté à une question inédite, difficile ou à une divergence de jurisprudence. C'est l'un des effets les plus bénéfiques de cette réforme.

Au passage, je note que ces changements permettent à la Cour d'envisager, aujourd'hui, un filtrage des pourvois dans certaines affaires. De manière peut-être un peu trop optimiste, j'y vois le signe que la Cour nous reconnaît une responsabilité première de juges du fond et attend de nous que nous dégagions des solutions robustes et définitives dans la plupart des affaires qui nous sont confiées. Ces résultats n'auraient pas été possibles sans la réforme du Tribunal.

Certes, il est toujours possible de faire mieux et plus dans un Tribunal élargi, aujourd'hui à 46 (45 avec le départ récent d'un membre du Tribunal à la Cour) juges. Le Tribunal ne cesse de réfléchir à ses méthodes de fonctionnement et à ses règles de procédure pour accroître le nombre d'affaires réglées. Je crois que la situation s'assainit. Au 25 septembre de cette année, le Tribunal a équilibré le nombre d'affaires clôturées et introduites. C'est la tendance depuis environ deux ans. L'indicateur le plus important du succès de la réforme n'est d'ailleurs pas tant, à mes yeux, le nombre d'affaires clôturées, qui constitue un chiffre brut lequel ne veut pas dire grand-chose en lui-même. C'est la durée de l'instance, qui a baissé de manière considérable depuis l'entrée en vigueur de la réforme. D'une durée moyenne supérieure à 2 ans en 2015, nous sommes passés à une durée moyenne de 18 mois aujourd'hui. Nous sommes sur la bonne voie, même si beaucoup reste à faire pour continuer ce travail de redressement et pour entamer le stock des affaires pendantes. Ce stock, qui s'établit toujours à 1 500 affaires environ, est aujourd'hui beaucoup moins inquiétant qu'il ne l'était dans le passé compte tenu du nombre d'affaires clôturées chaque année par le Tribunal. Ce nombre devrait être supérieur à 900 cette année.

### ***F.C. – L'augmentation du nombre de juges a-t-elle produit des effets sur les méthodes de travail au sein de la juridiction ?***

**S.G.** – Il y a eu plusieurs changements importants. J'ai déjà parlé de l'élargissement de la collégialité à cinq, voire à la grande chambre.

Le travail plus quotidien des juges n'est plus limité aux chambres à trois juges ; il se fait dans

des unités fonctionnelles de cinq juges. Depuis la réforme, la structure et l'organisation des chambres au sein du Tribunal ont, en effet, évolué.

Avant la réforme, le Tribunal était organisé en chambres composées de trois juges qui pou-

vaient, le cas échéant, s'élargir à des formations composées de cinq juges en « empruntant » deux juges d'une autre chambre.

Aujourd'hui, le Tribunal est organisé en chambres composées de cinq juges, qui comprennent deux sous-formations de trois juges également présidées par le président de la chambre à cinq. Les conférences de chambre, au cours desquelles sont prises les décisions relatives au traitement procédural des affaires sur la base des rapports préalables établis par le juge rapporteur, se déroulent en associant les cinq membres, selon des modalités variables selon les chambres. Les cinq membres sont destinataires de tous les rapports préalables au sein de la chambre et ce, même lorsque l'affaire est en définitive délibérée et jugée par une formation statuant à trois juges. Le travail, la discussion et les échanges informels entre juges s'en trouvent enrichis. Cette extension de la collégialité s'opère, bien évidemment,

sans confondre les conférences de chambre qui associent les cinq juges, et le délibéré au sein de la formation de jugement, lorsque celle-ci ne comporte que trois juges. On sort ainsi des collégialités un peu étriquées à trois, qui ont peut-être nui, autrefois, à la cohésion de l'ensemble du Tribunal.

En outre, le Tribunal a décidé de donner, en interne, un accès beaucoup plus ouvert au rapport préalable, compte tenu du grand nombre de juges et du besoin renforcé de coordination de la jurisprudence entre les chambres. Le rapport préalable est non seulement diffusé au sein de la formation de jugement à laquelle appartient le juge rapporteur (comme c'était le cas avant la réforme), mais laissé facilement accessible à tous les autres membres du Tribunal.

Donc, je dirais qu'élargissement de la collégialité et décloisonnement entre les chambres sont les maîtres mots.

### **F.C. – Comment le Tribunal élargi assure-t-il la cohérence de la jurisprudence ?**

**S.G.** – En plus de l'élargissement de la collégialité et du décloisonnement des chambres, un élément notable du fonctionnement du Tribunal post-réforme est le rôle nouveau, qui a été confié à son vice-président depuis 2016, de veiller à la cohérence de la jurisprudence et à la bonne circulation de l'information sur les questions juridiques et les méthodes de travail, entre les juges et entre les chambres. Notre vice-président s'y emploie activement, en faisant des propositions de renvoi d'affaires en chambre élargie – ce dont il a la compétence depuis le 1<sup>er</sup> octobre de cette année –, en rédigeant des notes de synthèse donnant lieu à des orientations en conférence des présidents de chambre ou en conférence plénière et en mettant en place un « *compendium* », c'est-à-dire une base de données dans laquelle peuvent être « chargés » les rapports préalables pour les partager avec les membres traitant des mêmes questions aux fins de la bonne coordination des procédures.

Depuis deux ans, nous avons également développé des pratiques nous permettant d'organiser des échanges sur des thèmes juridiques entre les juges, à la manière de ce qui peut se faire dans certains cabinets d'avocats. En particulier, nous organisons des journées de réflexion annuelles, voire biannuelles, pour faire le point, entre juges, à tête sereine et reposée, sur des sujets d'intérêt général pour la juridiction. Par exemple, notre prochaine journée portera sur des mesures susceptibles d'améliorer le fonctionnement du Tribunal et sa productivité. En outre, nous avons institué des « rencontres du vendredi » : en moyenne une fois par mois, un collègue fait une présentation lors de la pause déjeuner sur un thème de son choix, dans lequel il a des lumières particulières à partager. Une demi-heure de présentation est suivie d'une heure de questions-réponses. Ceci nous permet de « parler jurisprudence » dans un cadre informel.

### **F.C. – Vous attendez-vous à un approfondissement de l'instruction des dossiers ? Par exemple, pensez-vous que le rôle de l'expertise pourrait être renforcé à l'avenir ?**

**S.G.** – On constate déjà un approfondissement réel de l'instruction, notamment dans les affaires lourdes dont j'ai déjà parlé. La collégialité à cinq juges est effective et les juges assesseurs apportent une valeur ajoutée substantielle. Le juge rapporteur me paraît moins isolé dans son

travail qu'il ne l'était autrefois. La chance pour chaque juge d'avoir un portefeuille de rapporteur moins lourd lui permet d'être davantage juge assesseur et d'apporter une contribution plus active aux travaux de son collègue rapporteur. Incontestablement, l'instruction des dos-

siers et la connaissance factuelle des affaires et des enjeux juridiques y ont gagné. L'augmentation considérable du nombre de mesures d'organisation de la procédure et de mesures d'instruction fournit un indicateur assez fiable de cette évolution.

Pour l'instant, je dirais cependant que cet approfondissement n'opère pas en faveur d'un recours plus actif à l'expertise. Le Tribunal hésite à l'utiliser, alors qu'il pourrait y recourir peut-être avec profit dans des affaires de concurrence ou des affaires ayant des enjeux techniques et scientifiques sérieux. Le Tribunal aura davantage de temps et de marge pour y recourir.

### **F.C. – Quels défis le Tribunal devra-t-il relever à moyen ou à long terme ?**

**S.G.** – Je pense que notre première priorité doit être de poursuivre le travail de redressement. Résorber totalement l'arriéré, c'est-à-dire les affaires dans lesquelles le délai de jugement est long et dépasse les quatre ans. Même si un tel délai peut parfois s'expliquer par des considérations objectives (tels la lourdeur et la difficulté des dossiers ou le nombre d'affaires connexes), je crois que, pour les justiciables, il n'est pas satisfaisant. Même dans des affaires lourdes, le délai de traitement devrait s'approcher de celui moyen de traitement des affaires.

Le Tribunal doit y parvenir pour être un acteur encore plus important dans la régulation institutionnelle de l'Union. Le Tribunal est le contrôleur de la légalité des actes des institutions et il joue un rôle non pas de contrepouvoir (car le terme est trop fort), mais d'aiguillon de l'administration

On peut noter aussi que la réforme du Tribunal a été engagée au moment où la Cour, en particulier dans sa jurisprudence relative au droit de la concurrence (arrêt *KME* de 2011 et plus récemment l'arrêt *Galp* de 2016), demandait au Tribunal d'exercer un contrôle approfondi. Dans les années 2000 encore, le Tribunal traitait ces affaires en ayant comme boussole l'erreur manifeste d'appréciation. Mais quand on procède à un contrôle approfondi tant en fait qu'en droit, cela implique des devoirs renforcés pour le Tribunal. L'approfondissement du contrôle a des effets sur la manière dont les juges prennent en main les dossiers et les examinent.

et de garantir le respect des droits. Je pense encore une fois notamment au droit de la concurrence : il faut que la Commission sache qu'elle a un juge à côté d'elle, qui est capable d'assurer un contrôle juridictionnel effectif pour la garantie des droits du justiciable et le bon fonctionnement des institutions.

Autre défi, mais alors ce serait une sorte de consécration de notre effort, le Tribunal devrait pouvoir acquérir, ou retrouver, une certaine visibilité jurisprudentielle. Et ce, en particulier, dans les affaires dans lesquelles il est aujourd'hui le juge de premier ressort et devrait être aussi le juge de premier plan. Je pense en particulier aux contentieux économiques, au contentieux institutionnel, au contentieux des marques, à la fonction publique.

### **F.C. – Un peu comme dans l'affaire Petrilli (C-17/11 RX), dans laquelle la Cour de justice a renoncé au réexamen d'un arrêt rendu par le Tribunal statuant en tant que juge du pourvoi en matière de fonction publique, en relevant qu'il appartenait alors au Tribunal de la fonction publique et au Tribunal de faire évoluer la jurisprudence en la matière ?**

**S.G.** – Oui, tout à fait. J'ajouterais encore que le Tribunal est un partenaire de la Cour de justice au sein de l'institution. Il est là aussi pour décharger la Cour des contentieux concernant le fonctionnement interne des institutions. C'est l'objectif que la Cour nous assigne d'une certaine façon et implicitement avec la réforme des filtres des pourvois. La Cour est prête à recon-

naître notre responsabilité et à nous voir jouer un rôle central dans la résolution des contentieux impliquant la légalité des actes des institutions. On y arrivera si on réussit la réforme et je pense que cette réforme a déjà porté l'essentiel de ses fruits. Il faut poursuivre cette consolidation et ce redressement.

### **F.C. – Une spécialisation des chambres du Tribunal, piste de réforme plusieurs fois envisagée, vous paraît-elle envisageable voire souhaitable ?**

**S.G.** – Je dirais que oui. Elle est souhaitable parce qu'elle est de nature à la fois à favoriser une très

bonne connaissance de certains contentieux par les juges qui en sont chargés et à permettre ainsi

des gains de productivité. On va plus vite dans la prise en main des dossiers dans les matières dont on connaît les lignes de force. Une spécialisation favorise encore la cohérence de la jurisprudence tout en facilitant la coordination dans la gestion de ces affaires.

Aujourd'hui, au Tribunal, il n'y a aucune spécialisation formelle. Mais il y a des « dominantes » liées à la connexité dans certaines chambres. Certains juges rapporteurs sont attributaires d'affaires en priorité, notamment pour des nouveaux contentieux (par exemple pour les mesures restrictives, le contentieux bancaire, le contentieux REACH<sup>5</sup>). On opère ainsi une certaine forme de spécialisation assez limitée, ce qui montre que c'est envisageable. On pourrait le faire de manière peut-être un peu plus structurée.

Je ne plaide pas pour autant pour une spécialisation des grands contentieux (comme celui de la concurrence), qui relèvent des figures imposées pour toutes les chambres et pour tous les juges et qui sont numériquement très importants et lourds. Or, la répartition de l'attribution des affaires repose aussi sur le critère du partage de la charge de travail. En revanche, je plaide pour une spécialisation pour les contentieux donnant lieu à un nombre plus limité d'affaires, entre 10 et 30 affaires par an. On pourrait aisément les orienter vers une ou deux chambres pendant une période limitée pour permettre aux juges de

développer une expertise renforcée dans ces domaines-là.

Mais entendons-nous bien, je suis toujours favorable à ce que le Tribunal garde sa vocation de juge généraliste et que ses membres soient des généralistes capables d'une certaine polyvalence contentieuse. La spécialisation n'est pas contradictoire avec cette polyvalence. Dans les juridictions nationales, en France comme ailleurs, on connaît une spécialisation assez poussée entre les juridictions et entre les chambres des grandes juridictions, ce qui n'est pas nuisible pour autant à l'intérêt du métier. Les juges peuvent changer de chambre assez aisément et acquérir ainsi une expertise approfondie dans d'autres domaines contentieux. Le Tribunal pourrait s'inspirer de telles démarches et aller vers une spécialisation que je qualifierais de « partielle » et de « provisoire ». Cela étant, il existe des contraintes particulières à la spécialisation au sein d'une juridiction internationale : on ne fait pas carrière au sein du Tribunal comme dans une cour nationale et il est plus difficile d'envisager des parcours longs sur les mêmes contentieux. Les chambres au sein du Tribunal sont recomposées tous les trois ans à la faveur des élections aux présidences de chambre.

En somme donc, je préconise non pas un système parfait de spécialisation, mais un peu plus de spécialisation.

**F.C. – *Autre serpent de mer, la question du transfert de compétences de la Cour vers le Tribunal : cette possibilité prévue par les traités a souvent été envisagée, qu'en pensez-vous ? Quel(s) contentieux serait-il, selon vous, pertinent de transférer au Tribunal ?***

**S.G.** – À l'heure actuelle, il ne reste plus grand-chose à transférer au Tribunal qui ne touche pas au cœur de métier de la Cour, à savoir le respect du droit de l'Union dans les États membres (tandis que le cœur de métier du Tribunal est le respect de ce droit par les institutions). Qui dit application du droit de l'Union dans les États membres, dit compétence de la Cour en matière préjudicielle et sur les manquements. On n'envisage pas, bien évidemment, de remettre en cause ni le rôle de juge du pourvoi de la Cour ni son rôle de juge des recours directs les plus importants.

Le seul transfert de compétences au Tribunal qui me paraît envisageable, et que le Tribunal

accepterait sans doute très volontiers, porterait sur les manquements, et ce de manière claire et sans trop d'exceptions. Des exceptions insuffisamment circonscrites pourraient laisser place à un risque de *forum shopping*. Même si le traité prévoit la possibilité d'un transfert de compétences en matière préjudicielle, il me semble qu'aujourd'hui, les juridictions nationales sont dans un dialogue plus rapide, plus confiant avec la Cour lorsque c'est la Cour directement et en dernier ressort qui répond à leurs questions. Un système à deux niveaux de réponse (Tribunal, puis Cour sur réexamen) me paraîtrait trop compliqué et susceptible d'affecter l'efficacité du

5. NDLR : Le contentieux REACH concerne l'autorisation ou les restrictions apportées à certaines substances chimiques.

renvoi préjudiciel que la Cour s'emploie, depuis une dizaine d'années, à rendre très dynamique

et efficace (notamment par le mécanisme de la procédure préjudicielle d'urgence – dite « PPU »).

### **F.C. – Qu'en est-il des évolutions du contentieux en lui-même ? Les matières et les questions portées devant le Tribunal ont-elles connu une évolution ?**

**S.G.** – Je n'ai pas le sentiment qu'il y ait une évolution si importante que cela. Les grands ensembles restent à peu près constants. La juridiction enregistre toujours beaucoup d'affaires d'aides d'État, c'est le contentieux qui reste peut-être le plus constant en termes d'intérêt et d'importance des affaires. On avait moins de concurrence pendant quelques années, mais le contentieux revient à travers de grandes affaires qui reflètent le dynamisme de la politique de sanction de la Commission. Numériquement, c'est peu, mais pour la charge de travail des chambres c'est significatif. Je pense notamment aux affaires *Google*, *Servier* et aux affaires dites des « rescrits fiscaux », mais aussi à l'affaire *Apple* en matière d'aide d'État, qui sont de dimensions exceptionnelles. Les affaires de marques, représentent encore un gros tiers des contentieux.

La catégorie « autres recours » est peut-être la plus dynamique et évolutive. Si les recours en matière de mesures restrictives sont moins nombreux depuis quelque temps, de nouveaux contentieux apparaissent, en particulier le contentieux de l'Union bancaire (supervision des banques nationales par la Banque centrale européenne et mécanismes de résolution de crises bancaires). On a vu, avec plaisir en ce qui me concerne, revenir dans le giron du Tribunal le contentieux de la fonction publique, qui pose de belles questions de droit procédural et substantiel. C'est un des contentieux dans lesquels le

Tribunal est le plus fréquemment saisi de questions d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et c'est, pour moi et comme le disait il y a quelques années mon prédécesseur Hubert Legal, une sorte de « matrice du contentieux administratif ». Réinvestir pleinement le droit de la fonction publique donne une dimension publiciste plus marquée au Tribunal, même si dans l'ensemble on est dans un univers de publiciste. Le contentieux de la fonction publique a aussi cette vertu de nous donner un regard transversal et une ouverture bienvenue sur le fonctionnement interne et la vie des institutions, au-delà de la Direction générale de la concurrence de la Commission. Cela, parfois, par le petit bout de la lorgnette à travers des questions liées aux conditions de travail, de harcèlement moral ou autres.

L'évolution pour moi la plus importante est l'approfondissement du contrôle, au-delà même de la variété des matières. Il me semble que c'est là que réside le grand changement de ces dernières années. Je pense, encore une fois, en particulier au contentieux de la concurrence, dans lequel j'ai vu une nette évolution. Le Tribunal a beaucoup réfléchi aux conditions d'exercice de sa compétence de pleine juridiction, même si tout n'est pas encore éclairci. On a bien conscience du fait qu'on n'est pas là pour exercer, dans ce domaine, un strict contrôle de la légalité mais qu'on doit faire autre chose, un peu plus.

### **F.C. – Ces derniers temps, le Tribunal paraît avoir été amené à statuer sur des questions d'actualité, parfois liées à la sphère politique : initiative citoyenne européenne, sanctions infligées à des eurodéputés, recouvrement de paiements effectués pour des emplois d'assistants parlementaires « fictifs », accès aux documents relatifs à diverses indemnités octroyées à des eurodéputés, mesures prises en réponse à la crise financière. Le contentieux du Tribunal est-il en train d'évoluer ?**

**S.G.** – Oui, nombre d'affaires sont sous les feux des projecteurs. J'ai été frappé du retentissement inhabituel d'un arrêt du Tribunal sur l'accès aux documents concernant les indemnités octroyées aux eurodéputés, dont même la presse quotidienne régionale en France avait rendu compte. Il existe certes une sensibilité en France pour ces questions, pour les raisons qu'on connaît. Mais

j'ai eu le sentiment que la presse généraliste s'intéressait de plus près à ce qu'on jugeait, même si elle continue de nous confondre avec la Cour ou de nous appeler le Tribunal de la Cour de justice de l'Union. Le Tribunal n'est pas encore tout à fait visible et ce qu'il juge paraît, vu de l'extérieur, jugé par la Cour et dans les mêmes conditions.

Évidemment, dans ces affaires, le Tribunal n'apporte que des réponses en droit sans céder aux mauvais penchants de la médiatisation judiciaire. Les juges sont là pour accomplir leur mission en toute impartialité et indépendance et pour rendre compte comme il se doit des affaires ayant un certain retentissement médiatique sans pour autant chercher de publicité.

On parlera encore du Tribunal dans les prochains mois car je pense que le Tribunal n'a jamais eu autant d'affaires importantes. Les enjeux financiers et le volume des sanctions

pécuniaires contestées, en particulier dans l'affaire *Apple* (dans laquelle la Commission réclame à l'Irlande le remboursement d'une somme de 13 milliards d'euros), battent tous les records du Tribunal. Quand on met en relation l'importance de ces montants et le coût de la réforme du Tribunal, cette réforme me semble avoir été d'un coût assez modique pour une amélioration substantielle du fonctionnement de la juridiction, au nom de la crédibilité de la CJUE au-delà de ses seuls murs. L'enjeu en valait la chandelle.

### **F.C. – *Un mot pour conclure ?***

**S.G.** – La réforme du Tribunal aura donné lieu à beaucoup de changements en deux ans, qui vont tous dans le sens d'une plus grande transversalité et collégialité. La réduction substantielle de la

durée moyenne de l'instance, permise par ces évolutions, est à souligner dans ce premier bilan, acquis dont les justiciables sont les premiers bénéficiaires.

# Petit trois du Grand B :

## la Cour de justice de l'Union européenne

### La Cour de justice de l'Union européenne

**Sacha Prechal**

Présidente de la troisième chambre de la Cour de justice de l'Union européenne

*Entretien en date du 23 octobre 2018, effectué par **Pierre-Emmanuel Pignarre**, Research Fellow à l'Institut Max Planck de droit international procédural (Luxembourg), doctorant en droit à l'Université Panthéon-Assas, sous la direction du Professeur F. Picod.*

**Pierre-Emmanuel Pignarre.** – ***Vous êtes juge à la Cour de justice depuis le 10 juin 2010 : pourriez-vous brièvement nous expliquer en quoi consiste la mission de la Cour de justice ?***

**Sacha Prechal.** – La Cour de justice doit veiller à assurer l'unité, la cohérence et le respect du droit de l'Union européenne. Cela inclut la protection de l'État de droit par le biais notamment, du respect des droits fondamentaux. De manière plus concrète, je dirais que la Cour de justice doit résoudre avant tout les conflits interinstitutionnels et constitutionnels (concernant, en particulier, les rapports de l'Union avec les États membres). La Cour de justice préserve l'équilibre institutionnel de l'Union européenne, en s'assu-

rant que les institutions agissent dans les limites de leurs compétences respectives.

Enfin, il est une autre dimension qui est tout aussi importante que celles précédemment évoquées, il s'agit de la protection des justiciables contre les actes des institutions de l'Union européenne. Cette protection s'étend aussi aux actes des autorités étatiques entrant dans le champ d'application du droit de l'Union européenne et, le cas échéant, aux agissements des entités privées.

**P.-E.P.** – ***Quelle est la nature de l'ordre juridictionnel de l'Union européenne ?***

**S.P.** – L'ordre juridictionnel de l'Union européenne est, d'une part, un système partiellement centralisé, puisque tous les recours directs doivent être portés devant la Cour de justice de l'Union européenne en tant qu'institution<sup>1</sup> et plus particulièrement devant ses deux organes

que sont la Cour de justice et le Tribunal. D'autre part, il est un système décentralisé, dès lors que le juge national assure le contrôle juridictionnel de l'application du droit de l'Union européenne dans son État Membre, soit de son propre chef, soit par le biais du renvoi préjudiciel. Il me semble

---

1. En vertu de l'article 19, paragraphe 1, TUE, « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés ».

enfin que toute l'originalité de ce système réside dans la procédure préjudicielle qui permet une

protection accrue des justiciables par l'entremise du juge national.

**P-E.P. – *Considérez-vous que la Cour de justice, lorsqu'elle juge (sur pourvoi) de la régularité des décisions du Tribunal, agit comme une cour suprême ?***

**S.P.** – Je pense que nous agissons comme une cour suprême, et ce, pour deux raisons majeures. Tout d'abord, et c'est le cas le plus manifeste, à travers le mécanisme de pourvoi à l'encontre des arrêts du Tribunal mais aussi et ensuite par le biais de la procédure préjudicielle. Il me semble que le rôle de la Cour de justice dans le cadre de la procédure préjudicielle pourrait être assimilé à celui d'une cour suprême nationale. Lorsque nous statuons par voie préjudicielle, nous som-

mes l'instance ultime pour interpréter et, le cas échéant, invalider le droit de l'Union européenne. En poursuivant l'objectif d'uniformisation du droit sous l'égide de l'interprétation d'une seule juridiction, nous remplissons une fonction similaire à, par exemple, celle de la Cour de cassation française qui doit s'assurer de la régularité des jugements rendus par les juridictions de l'ordre judiciaire.

**P-E.P. – *Quel est le travail quotidien d'un juge à la Cour de justice ?***

**S.P.** – Notre rythme de travail s'oriente majoritairement autour des questions préjudicielles qui représentent la part la plus importante des recours portés devant notre juridiction. Il faut préciser que l'introduction des questions préjudicielles par les juges nationaux est en constante augmentation. Elles représentent aujourd'hui environ 70 % des recours introduits devant notre juridiction. À titre d'exemple, pour l'année en cours, il y a déjà 692 affaires préjudicielles pendantes<sup>2</sup> ! Nous faisons de notre mieux pour traiter les questions préjudicielles dans un délai

moyen d'une quinzaine de mois, mais il nous faut aussi concilier cet impératif de célérité avec celui de qualité des décisions de justice. Trop de hâte dans le traitement des questions posées par les juges nationaux pourrait nuire à la qualité de nos jugements. J'ajoute que sur les quinze mois qui couvrent le traitement des questions préjudicielles, environ trois ou quatre mois sont consacrés au service de traduction. Si l'on décompte ce temps-là, le traitement préjudiciel s'effectue dans un délai soutenable d'une dizaine de mois.

**P-E.P. – *Afin de réduire cette charge de travail, ne serait-il pas de bon aloi d'envisager l'application de l'article 256, paragraphe 3, TFUE<sup>3</sup> et de partager la compétence préjudicielle avec le Tribunal ?***

**S.P.** – La Cour de justice a présenté un rapport sur cette question à l'attention du Parlement européen en décembre 2017<sup>4</sup>. Dans ce rapport, nous nous étions montrés défavorables à la mise en application de l'article 256, paragraphe 3, TFUE pour, notamment, deux raisons.

D'abord, toute la difficulté d'une éventuelle application de cette disposition se révèle lorsqu'il s'agit de déterminer le critère permettant de distinguer quelles questions relèveraient de la compétence de la Cour de justice ou du Tribunal. Or, sur ce point, si certains ont pu mettre en

2. Document interne à la Cour de justice. Pour l'année 2018 (jusqu'au 22/10/2018), les États membres ayant introduit le plus de questions préjudicielles sont l'Espagne (58 questions préjudicielles), l'Allemagne (57 questions préjudicielles) et l'Italie (55 questions préjudicielles). La France n'arrive qu'en huitième position de ce classement avec 23 questions préjudicielles introduites au cours de l'année 2018.

3. En vertu de l'article 256, paragraphe 3, TFUE, « Le Tribunal est compétent pour connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 267, dans des matières spécifiques déterminées par le statut.

Lorsque le Tribunal estime que l'affaire appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit de l'Union, il peut renvoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue.

Les décisions rendues par le Tribunal sur des questions préjudicielles peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de justice, dans les conditions et limites prévues par le statut, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union ».

4. Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015, modifiant le protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

avant l'idée de confier au Tribunal certaines questions plus « techniques », cette approche semble moins évidente. Il faut en effet garder à l'esprit que des arrêts aussi importants que l'affaire *Åkerberg Fransson* ou encore l'affaire *Taricco* concernaient des matières dites « techniques » comme la TVA, tout en ayant une envergure éminemment constitutionnelle. Ensuite, le transfert de certaines affaires n'est pas facile à concilier avec la fonction « constitutionnelle » de

la procédure préjudicielle, à savoir la sauvegarde de l'unité et la cohérence du droit de l'Union

Si de transfert de compétence il doit être question, on pourrait l'envisager pour un partage de juridiction entre la Cour de justice et le Tribunal concernant le recours en manquement. Toutefois, une proposition en ce sens s'est avérée également assez sensible et plutôt complexe à mettre en œuvre.

### **P.-E.P. – En fonction de quels critères les affaires entre les différents juges à la Cour de justice sont-elles réparties ?**

**S.P.** – Il est important, à titre liminaire, de préciser que les juges de la Cour de justice doivent avoir une connaissance générale de l'ensemble du droit de l'Union européenne et qu'ils ne sauraient être réduits à une spécialisation dans une matière de celui-ci. Il revient au président de notre juridiction de nous attribuer une affaire. À cet égard, il tient compte de certains facteurs, comme par exemple, l'expérience juridictionnelle des membres ou la répartition égalitaire de la charge de travail. Je signale aussi une forme de « spécialisation temporaire », notamment pour des raisons d'efficacité, puisque l'on se verra attribuer, par exemple, un dossier relatif à certaines règles complexes du droit de l'environnement si le juge concerné a déjà traité d'une ou

plusieurs questions similaires dans une période récente. À l'heure actuelle, je traite, par exemple, de certaines affaires relatives au droit aux congés annuels payés, ainsi qu'à la protection des consommateurs. Je suis aussi juge rapporteur dans certaines affaires concernant les réformes récentes du système judiciaire polonais.

Il est aussi important de préciser qu'un juge ne peut être désigné rapporteur d'une affaire préjudicielle renvoyée par une juridiction de son État membre d'origine. Ainsi, pour ma part, en tant que juge néerlandaise, je ne peux être désignée juge rapporteur d'une affaire préjudicielle introduite par une juridiction des Pays-Bas. Il est néanmoins tout à fait possible que je siège dans la formation de jugement.

### **P.-E.P. – Comment se déroule la préparation d'un arrêt à la Cour de justice ?**

**S.P.** – Dès lors qu'un juge est désigné juge rapporteur, il doit établir, en collaboration avec l'avocat général désigné pour l'affaire, un rapport préalable à l'attention de l'ensemble de ses collègues. Ce rapport porte sur le droit applicable, les faits et antécédents au litige et résume les arguments soulevés par les parties. Le rapport contient aussi une analyse provisoire et, *in fine*, certaines propositions attenant à la formation de jugement, à la nécessité d'une procédure orale ou de conclusions de l'avocat général. Ce rapport est présenté et, si nécessaire, discuté à l'occasion de la réunion générale qui se tient tous les mardi après-midi et qui réunit l'ensemble des juges, des avocats généraux et le greffier.

Une fois cette étape effectuée, et après l'audience, nous recevons les conclusions de l'avocat général à la suite desquelles le juge rapporteur

rédige un mémorandum post conclusions qui est envoyé uniquement aux autres juges de la formation de jugement. Dans ce mémorandum, le juge rapporteur réagit aux conclusions de l'avocat général en précisant s'il compte les suivre ou s'en écarter partiellement ou entièrement. À la suite de ce mémorandum, et si les autres membres de la formation de jugement sont d'accord, le juge rapporteur rédige un projet de motifs qui est envoyé à un lecteur d'arrêt qui propose des modifications formelles que le juge rapporteur est libre de suivre ou non. Les lecteurs d'arrêts sont exclusivement francophones.

Enfin, le projet est envoyé à la formation de jugement et il servira de base à la discussion lors du délibéré. Après le délibéré, le juge rapporteur rédige un projet d'arrêt qui correspond à l'arrêt final.

**P.-E.P. – Puisque vous évoquez le délibéré, pourriez-vous nous indiquer son déroulement à la Cour de justice ?**

**S.P.** – La règle, lors de la prise de décision, est celle du consensus entre les membres de la formation de jugement. Si les divergences sont trop prononcées, nous pouvons procéder à un vote. Cela reste toutefois assez exceptionnel. Il me semble que le maintien de l'unité de la formation de jugement est une bonne chose. Imaginez que nous ayons des opinions dissidentes comme c'est le cas devant certaines cours constitutionnelles ou internationales, comment pourrions-nous donner un message clair et univoque aux juges *a quo* dans le cadre de la procédure préjudicielle ? Il est déjà difficile pour certains d'appliquer le dispositif de nos arrêts, alors imaginez ce qu'il en serait si nous devions leur fournir avec ceux-ci, une opinion dissidente... Par ailleurs, au regard de la procédure de nomination des juges de la

Cour de justice, cela me paraît représenter un risque d'atteinte à leur indépendance.

J'ajoute enfin que les conclusions des avocats généraux viennent combler l'absence d'opinions dissidentes. Elles sont pour nous d'une importance cardinale car elles apportent un regard différent qui nourrit notre réflexion sur l'affaire. Les conclusions instaurent une dialectique entre le juge et l'avocat général ce qui rend la discussion toujours plus féconde. Il me paraît toujours constructif d'évoluer dans un cadre propice au débat contradictoire. Par ailleurs, je considère pour ma part, que l'environnement international dans lequel nous travaillons au quotidien nous amène à être souvent bousculés dans nos certitudes.

**P.-E.P. – Comment pourriez-vous décrire l'influence de la Cour de justice sur les droits des citoyens de l'Union européenne ?**

**S.P.** – Si je devais expliquer aux citoyens de l'Union européenne toute l'importance de notre jurisprudence, je commencerais par mettre en avant les affaires en matière de non-discrimination qui ont fait beaucoup pour les citoyens de l'Union européenne. Par ailleurs, des domaines tels que la protection des données personnelles, ou encore la protection des consommateurs entendue au sens large, ont beaucoup œuvré en faveur d'une meilleure justiciabilité au sein de l'Union européenne. Le droit de l'environnement est, à mon avis, également un sujet important.

Notre Cour a aussi beaucoup fait pour approfondir les libertés de circulation, y compris la libre circulation des étudiants, qui sont le cœur de l'Europe à venir. Nous accordons enfin une attention particulière aux droits liés à la citoyenneté européenne qui forment le ciment de l'Europe démocratique de demain. Je crois que, à certains égards, les citoyens de l'Union européenne ne réalisent pas à quel point ils sont privilégiés ; mais gageons que le *Brexit* montrera à chacun l'ampleur de ce privilège.

**P.-E.P. – Comment se traduit, au niveau de l'organisation interne de la Cour de justice, la volonté d'une meilleure compréhension de son action par le citoyen de l'Union européenne ?**

**S. P.** – Les visites extérieures que nous faisons me semblent particulièrement importantes. À titre d'exemple, chaque année, avec le vice-président du Tribunal, Monsieur Marc van der Woude, nous présentons le rapport annuel de la Cour de justice devant la magistrature néerlandaise, ce qui nous permet d'approfondir notre coopération avec les juridictions nationales. Les juges participent également régulièrement aux col-

loques ou séminaires intéressants le droit de l'Union européenne. Toutes ces activités me semblent très importantes car elles participent de la visibilité de notre action. La Cour de justice de l'Union européenne reçoit de surcroît plus de 18 000 visiteurs chaque année, ce qui permet au public d'appréhender concrètement le fonctionnement de notre juridiction.

**P.-E.P. – Comment, enfin, décririez-vous le rôle de la Cour de justice au regard de la problématique migratoire ?**

**S.P.** – Le contentieux relatif aux questions migratoires est une question particulièrement sensible

sur laquelle il est bien difficile d'avoir une position définitive. Je commencerais tout d'abord par

dire qu'en ce domaine, la législation n'est pas toujours très claire, ou alors pas suffisamment précise. Il s'agit d'une législation qui était destinée à une autre époque alors que la vague migratoire était beaucoup moins importante. Il faudrait réfléchir à un système qui assure une répartition plus juste des migrants sur l'ensemble

du territoire de l'Union européenne, mais ceci ne relève pas de notre tâche. La Cour veille toujours à protéger les droits fondamentaux des migrants, mais cet impératif est aussi contrebalancé par l'exigence d'avoir des procédures efficaces et rapides. Dans un domaine aussi sensible, il est parfois complexe de trouver cet équilibre.

**P.-E.P. – Je me permets, pour conclure, de vous poser une question qui me tient particulièrement à cœur. Comment qualifieriez-vous la nature de votre office ? Diriez-vous que le juge de l'Union européenne se rapproche plus d'un juge international ou d'un juge constitutionnel ?**

**S.P.** – Je dirais que nous sommes plutôt un juge constitutionnel sans que cette qualification en exclue d'autres. Nous agissons aussi en tant que juge administratif, civil, pénal, voire même, dans certains cas, en tant que juge international. Ma réponse n'est donc pas absolue et je la nuancerais en ajoutant que cela dépend beaucoup des affaires que nous avons à traiter. En matière de protection des droits fondamentaux, tout comme à l'égard du contentieux concernant la délimita-

tion des compétences entre les institutions ou entre l'Union et les États membres, nous agissons définitivement en tant que juge constitutionnel. Les grands arrêts que sont les jugements *Costa c/ Enel* ou *Van Gend en Loos* constituent le ferment du système constitutionnel de l'Union européenne. L'arrêt *Van Gend en Loos* est notre *Marbury v. Madison* européen puisqu'il a posé les fondements de notre système constitutionnel.

## COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit  
par courrier électronique à l'adresse suivante :  
revuededroitdassas@gmail.com*

### Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site  
[www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES  
VOTRE SÉCURITÉ**



**ADD**  
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale  
Recherche d'héritiers

**SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92**

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND  
LA ROCHELLE ■ LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

**[www.add-associes.com](http://www.add-associes.com)**

Membre de Généalogistes de France



Généalogistes  
de France