

# Revue de droit d'Assas

N° 27 Mars 2024

## Portrait

**Vincent Vigneau :**  
portrait, sous forme d'entretien,  
d'un juge à la « vitalité peu commune »

## Projet

**La Chaire « Droit international  
des institutions » du Collège de France**  
Par Samantha Besson

## Dossier

**Les Jeux olympiques et paralympiques  
et le droit**

Par Carlos-Manuel Alves, Romain Boffa, Marie Ciroteau,  
Olivier Gohin, Marc-Antoine Granger, Clémentine Legendre,  
Fabien Marchadier et Julie Mattiussi

## Perspectives

**Droit de la responsabilité civile**

Par Jean-Sébastien Borghetti, Philippe Brun, Olivier Descamps,  
Charlotte Dubois, Jonas Knetsch et Stéphanie Porchy-Simon

## Rétrospective

**« L'esprit d'économie législative »,  
Gérard Cornu**

Par Charlotte Goldie-Genicon

# Revue de droit d'Assas

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

**Lextenso**

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

Directeur de la publication :

**Stéphane Braconnier**

Conseillère de la rédaction :

**Emmanuelle Filiberti**

Directrice scientifique :

Directeurs éditoriaux :

**Nicolas Balat et Étienne Casimir**

**Cécile Chainais**

## COMITÉ DE RÉDACTION

**Rédacteurs en chef :**

Loïc Bréhin et Ani Minasian

**Comité de rédaction en chef :**

Lucile Agostini-Malaurie, Florian Carré,  
Nicolas Chapalin, Claire Glenisson  
et Justine Moura

**Chargés de la diffusion :**

Adèle Geoffret, Zoé Morlan  
et Théophile Rospars

**Chargée du financement :**

Mélinda Benhaïem et Clément Gaubard

**Chargé de la communication :**

Raphaël Galvao

**Comité de rédaction :**

Clara Amsallem, Pierre Barthélémy,  
Dana Belgacimi, Tristan Berthoumieux,  
Jan Borrego Stepniewski, Alexandre Breteau,  
Thomas Caracache, François Chevallier,  
Sabine Cornillat, Camille David,  
Guygonne-Bettina Deker, Raphaël Galvao,  
Stanislas Julien-Steffens, Éloïse Le Hénaff,  
Ariane Leimdorfer, Coline Mayaudon,  
Geoffrey Perrier, Victor Simon,  
Samuel Vétier et Sarah Vivat

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Guillaume Drago,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Yves Gaudemet,**

Membre de l'Institut,

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

**Michel Humbert,**

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

**Yves Lequette,**

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

**Laurent Leveueur,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Martine Lombard,**

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

**Denis Mazeaud,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Ancien directeur scientifique de la *revue*

**Jacques-Henri Robert,**

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

**Louis Vogel,**

Membre de l'Institut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Président honoraire de l'Université

La *revue* peut être citée de la manière suivante :

*RDA*, n° 27, mars 2024, p. X

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

# Quelques mots de la rédaction en chef

Loïc Bréhin et Ani Minasian, rédacteurs en chef

---

Du 26 juillet au 11 août puis du 28 août au 8 septembre prochains, la France accueillera le monde entier à l'occasion des Jeux olympiques et paralympiques. Si les épreuves se dérouleront en réalité dans de nombreuses communes de notre pays, de Saint-Denis à Marseille, en passant par Teahupo'o et beaucoup d'autres encore, c'est bien la ville de Paris qui a été désignée ville hôte de la compétition. Notre *Revue*, affiliée à l'Université descendante de la Faculté de droit de Paris, ne pouvait pas rester sur le bord du terrain.

Il s'agit en effet de l'événement incontournable de l'été. Pour les athlètes en lice, évidemment, qui se sont entraînés de longs mois et ont repoussé leurs limites pour obtenir leur qualification, et les amateurs de sport qui suivront leurs exploits. Pour les acteurs économiques, qui espèrent profiter de l'afflux de visiteurs, mais aussi pour les étudiants, qui pourront, avec l'accord de leur bailleur bien sûr, sous-louer leur appartement à un prix lésionnaire... du moins ceux qui n'auront pas été délogés de leur résidence universitaire. Les juristes ne sont pas en reste, car l'organisation et le déroulement de la compétition reposent sur des constructions juridiques qui – à l'image sans doute des records attendus – sont à bien des égards hors normes. Notre *Dossier* se propose donc de les éclairer.

Le souffle olympique irrigue plus généralement l'ensemble de cette nouvelle parution. Si les olympiades visent à représenter l'ensemble du Mouvement sportif – c'est-à-dire, toutes les disciplines et toutes les Nations –, la *Revue de droit d'Assas* entend, plus modestement, représenter toutes les matières juridiques enseignées dans notre Université, qu'elles relèvent du droit privé, du droit public ou de l'histoire du droit. Le présent numéro est, à nouveau, fidèle à cet esprit. Outre notre *Dossier*, comme toujours pluridisciplinaire, c'est un pentathlon juridique qu'il propose au lecteur.

Première épreuve (ou réjouissance), au départ du 5, quai de l'horloge : le *Portrait* du président de chambre à la Cour de cassation Vincent Vigneau dévoilera le parcours et les réalisations d'un juge à la vitalité peu commune. La rubrique *Projet* mettra ensuite en lumière le dynamisme et la diversité des activités de la Chaire « Droit international des institutions » du Collège de France, portée par la professeure Samantha Besson. Après ce crochet place Marcellin-Barthelot, retour place du Panthéon avec la rubrique *Variétés*, qui mettra en valeur notre Université, ses symboles et ses talentueux étudiants. À ce stade du parcours, espérons que tous les participants seront encore indemnes, et même galvanisés par le savoir emmagasiné. Malheureusement, le sportif, d'aujourd'hui comme de

demain, n'est jamais à l'abri d'une blessure et, partant, d'un dommage. Les *Perspectives* seront donc consacrées au droit de la responsabilité civile. Le futur ne pouvant pas faire fi du passé, ces regards prospectifs intégreront les enseignements de l'histoire. En outre, de même que la légende des Jeux est faite de la somme des prouesses de chaque édition, la doctrine repose sur les « grands textes du droit » légués par les auteurs les plus éminents. La dernière étape – la rubrique *Rétrospective* – permettra ainsi de (re)découvrir l'un d'entre eux : un article essentiel de la pensée du doyen Cornu en matière de légistique, présenté par le professeur Goldie-Genicon lors d'une conférence en date du 4 décembre dernier coorganisée par la *Revue* et le Laboratoire de droit civil, dont le lecteur trouvera la retranscription.

Voilà le programme de la compétition que les auteurs de ces lignes ont eu le plaisir d'orchestrer pour la première fois, en espérant être à la hauteur des performances de leurs prédécesseurs. En effet, si la flamme olympique ne doit jamais s'éteindre pendant la durée des Jeux, le flambeau de la *RDA* a, lui, été perpétuellement transmis depuis qu'il a été allumé par ses fondateurs, Nicolas Balat et Étienne Casimir. Se sont ensuite relayés différents porteurs, Antoine Touzain, Maxime Cormier, Nathan Allix, Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert. Nous les remercions d'avoir su chacun, à leur manière, œuvré au développement et au rayonnement de la *Revue*. Nous exprimons tout particulièrement notre gratitude envers notre prédécesseur direct, Grégoire Lemarchand-Ghica, qui s'est révélé être un entraîneur pédagogue et bienveillant. Ce numéro n'aurait pas pu aboutir sans lui, pas plus que sans l'exigeante et précieuse supervision de notre directrice sportive scientifique, Madame la professeure Cécile Chaignais.

Enfin, il ne faut pas oublier que l'édition de la *Revue* est un sport d'équipe. Si, contrairement à la flamme olympique, la *RDA* n'est (encore) jamais allée dans l'espace, c'est une fusée – pointée vers son objectif de partage, en libre accès, de la connaissance juridique – à plusieurs étages, tous autant indispensables les uns que les autres. Il convient de remercier, et de féliciter, toutes celles et ceux qui ont concouru à l'élaboration de ce numéro, que ce soit en qualité de membres du comité de rédaction, à raison de leur activité de coordination d'une rubrique<sup>1</sup>, ou de leur participation au financement<sup>2</sup> et à la diffusion<sup>3</sup> de la *Revue*.

Sur ce, il ne nous reste plus qu'à déclarer ouverte la lecture de la 27<sup>e</sup> parution de la *Revue de droit d'Assas* !

---

1. Nous pensons ici aux membres du comité de rédaction en chef : Lucile Agostini-Malaurie, Florian Carré, Nicolas Chapalin, Claire Glenisson et Justine Moura.  
2. Il faut ici saluer le travail important et minutieux de Mélinda Benhaïem, désormais épaulée par Clément Gaubard.  
3. Ces lignes n'auraient pas pu arriver entre vos mains, ou sur votre écran, sans le remarquable travail d'Adèle Geoffret, Zoé Morlan et Théophile Rospars.

# Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 1 La nationalité dans l'Olympisme  
*Fabien Marchadier* p. 73

## Portrait

Vincent Vigneau : portrait, sous forme d'entretien, d'un juge à « la vitalité peu commune »

p. 5 La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques  
*Julie Mattiussi* p. 82

## Projet

La Chaire « Droit international des institutions » du Collège de France  
*Samantha Besson*

p. 13 L'arbitrage olympique confié au Tribunal arbitral du sport : une procédure rapide ou précipitée ?  
*Clémentine Legendre* p. 91

## Variétés autour du Droit

Une masse de symboles

*Nicolas Chapalin* p. 22

L'intelligence artificielle dans le procès. Vers une « *smart justice* » régulée ?

*Jules Burgo-Küntzmann et Sarah Vivat* p. 28

## Dossier

Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

Brèves réflexions juridiques sur le caractère atypique de l'organisation des JOP 2024

*Gérald Simon* p. 33

La mise à disposition des biens publics immobiliers pour les Jeux olympiques et paralympiques de 2024 : un renouvellement de la valorisation des biens publics ?

*Marie Cirotteau* p. 38

Regard civiliste sur le contrat de ville hôte des Jeux olympiques Paris 2024

*Romain Boffa* p. 49

Technologies de sécurité et Jeux olympiques de 2024

*Olivier Gohin et Marc-Antoine Granger* p. 65

## Perspectives

Droit de la responsabilité civile

Éclatement et affinement de la responsabilité

*Jean-Sébastien Borghetti* p. 113

La responsabilité civile en France, un modèle à bout de souffle ?

*Jonas Knetsch* p. 116

La contribution de l'histoire du droit à une analyse prospective de la responsabilité civile

*Olivier Descamps* p. 121

Perspectives : la responsabilité civile punitive ?

*Charlotte Dubois* p. 137

La réforme avortée de la responsabilité civile et la réparation du dommage corporel

*Stéphanie Porchy-Simon* p. 141

L'avenir de la responsabilité civile

*Philippe Brun* p. 148

## Rétrospective

« L'esprit d'économie législative », Gérard Cornu

*Charlotte Goldie-Genicon* p. 151

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Carlos-Manuel ALVES**, Maître de conférences en droit public, Université de Bordeaux

**Samantha BESSON**, Professeure au Collège de France

**Romain BOFFA**, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

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

**Loïc BRÉHIN**, Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Philippe BRUN**, Agrégé des facultés de droit, Avocat général à la Cour de cassation

**Jules BURGO-KÜNTZMANN**, Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Nicolas CHAPALIN**, Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Marie CIROTTEAU**, Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre (CRDP)

**Olivier DESCAMPS**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur du Centre d'Études d'Histoire Juridique (UMR 7184-CNRS-Institut d'Histoire du Droit Jean Gaudemet)

**Charlotte DUBOIS**, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Jonas KNETSCH**, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

**Olivier GOHIN**, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Charlotte GOLDIE-GENICON**, Professeur à l'Université de Nantes

**Marc-Antoine GRANGER**, Maître de conférences (HDR) à l'Université Côte d'Azur

**Clémentine LEGENDRE**, Professeure de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Lorraine

**Fabien MARCHADIER**, Professeur à l'Université de Poitiers

**Julie MATTIUSSI**, Maîtresse de conférences à l'Université de Strasbourg (CDPF)

**Ani MINASIAN**, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Stéphanie PORCHY-SIMON**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Équipe de recherche Louis Josserand

**Gérald SIMON**, Professeur émérite à l'Université de Bourgogne

**Vincent VIGNEAU**, Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

**Sarah VIVAT**, Doctorante contractuelle à l'Université Paris-Panthéon-Assas, diplômée de l'École de droit

# Portrait

---

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un universitaire ou d'un professionnel du droit qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

---

## Vincent Vigneau : portrait, sous forme d'entretien, d'un juge à « la vitalité peu commune »



### Vincent Vigneau

Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Le 21 décembre 2023, Ani Minasian et Loïc Bréhin, doctorants et co-rédacteurs en chef de la *Revue*, accompagnés de Lucie Mayer, professeure à l'Université Paris-Panthéon-Assas, se sont rendus au 5, quai de l'Horloge pour s'y entretenir avec le président Vincent Vigneau, curieux de rencontrer un magistrat singulier, nommé à la tête de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation en septembre 2022, réputé pour être un fin juriste mais qui s'est également distingué plus récemment en publiant un roman.

Au fil d'un entretien non dénué d'humour et d'autodérision, le lecteur découvrira, pour reprendre les mots prononcés par le premier président Soulard lors de l'audience solennelle de présentation des nouveaux magistrats à la Cour de cassation, le parcours d'un juge à la « vitalité peu commune ».

***Revue de droit d'Assas (RDA) – Monsieur le Président, on ne compte plus vos activités : magistrat, longtemps enseignant et, désormais, écrivain. Vous avez en effet publié, en 2022, votre premier roman – Les fleurs de lin (Les Presses Littéraires). Si vous le voulez bien, nous aimerions commencer par cette dernière facette de votre personnalité. Qu'est-ce qui vous a conduit à l'écriture de cet ouvrage ?***

**Vincent Vigneau (V.V.)** – Ce n'est pas mon premier ouvrage. J'en avais déjà publié trois, plutôt destinés à un public de juristes insomniaques : l'un sur le surendettement des particuliers, un autre sur l'expertise et, enfin, j'ai participé au *Dalloz action* sur les *Procédures civiles d'exécution*.

Mais je n'avais jamais envisagé d'écrire un roman. Pour comprendre ce qui m'y a conduit, il faut revenir à une date – vous allez retrouver certains détails du roman –, celle du 16 janvier 2019. À l'occasion d'une demande de prêt immobilier, on m'a découvert un cancer qui s'était déjà métastasé. Les médecins m'ont donné une espérance de vie de deux ans et m'ont proposé de mettre en place des soins palliatifs. Cela a été un peu un choc... J'ai fait le bilan de ma vie, personnelle comme professionnelle et je me suis demandé ce que j'avais bien ou mal fait, et quel était le justiciable qui m'avait le plus marqué.

Ce justiciable, que j'ai rencontré lorsque j'étais en poste en Normandie, était un CRS qui avait été assigné pour payer les frais de retraite de sa mère, qui l'avait abandonné quand il était enfant. Son avocat avait commencé à plaider l'exception d'indignité mais le défendeur l'avait interrompu et m'avait dit « Monsieur le juge, je veux payer pour ma maman ». Nous avons tous été saisis par ce moment de grâce, ce moment incroyable de cet homme qui avait pardonné à sa mère qui l'avait abandonné. En me remémorant cet homme, je me suis rendu compte que pour vivre et partir en paix, il fallait savoir pardonner.

Finalement, on a découvert un nouveau médicament. J'ai eu la chance d'être hyper-répondant, ce qui est très rare. Les métastases ont régressé et je suis entré en rémission. Lorsque j'ai appris que j'allais survivre, je me suis dit qu'il fallait que j'écrive.

***RDA – L'écriture vous a donc aidé à faire face à la maladie, et à ses suites...***

**V.V.** – Oui, cela a été une sorte de catharsis, pour expulser tout ce que j'avais vécu. Ce livre était aussi un moyen de rendre hommage à ma femme et de lui témoigner ma gratitude.

***RDA – C'est donc un roman très personnel, mais pas uniquement. Vous y partagez en effet, à travers le parcours d'un policier et d'une magistrate dans une banlieue que vous connaissez bien, celle de Nanterre, votre expérience du monde judiciaire. Était-ce aussi un objectif ?***

**V.V.** – Oui, ce livre était aussi l'occasion de montrer que les magistrats sont des femmes et des hommes comme les autres, capables de reconnaître qu'ils ont fait des erreurs et de se moquer d'eux-mêmes. Tout le monde en prend un peu pour son grade dans le roman...

Par ailleurs, j'ai voulu montrer, à travers le côté très réaliste, presque naturaliste, ce qu'est la réalité d'une procédure judiciaire et d'une enquête de police, telle que j'ai pu notamment l'observer lors de mon stage auprès de la sûreté urbaine de Nanterre, durant ma scolarité à l'École nationale de la magistrature (ENM). Ce n'est pas comme dans les films, où l'action est continue. Le travail de police est en réalité très haché, fait d'attentes et de hasards.

***RDA – Si vous le voulez bien, venons-en maintenant à votre parcours. On ne peut pas dire que l'Université soit à son avantage dans votre roman : c'est un lieu de trafics en tous genres, peuplé de chargés de travaux dirigés névrosés... Avez-vous été à ce point traumatisé par vos années sur les bancs de la Faculté de droit ?***

**V.V.** – Non, j'ai passé de superbes années à l'université de Nanterre, à une époque où je fréquentais aussi les milieux interlopes de la scène punk française. J'ai même hésité entre poursuivre mes études de droit ou bien ma carrière de guitariste dans un groupe punk – nous avons notamment fait deux fois la première partie de Bérurier noir ! C'est en suivant les cours de Mme Saint-Alary-Houin, qui a été mon premier professeur de droit alors qu'elle venait d'avoir l'agrégation, que j'ai vraiment eu envie de faire du droit. J'aimerais la remercier publiquement !

Après la maîtrise, j'ai été très pressé de passer le concours de l'ENM. J'ai donc été reçu à l'École, en décembre 1986. J'ai néanmoins tenté de compléter ma maîtrise en débutant deux DEA : le DEA de Droit des affaires, dirigé par Claude Lucas de Leyssac, et le DEA de Droit privé d'Alain Bénabent, mais que je n'ai pas pu achever, devant accomplir mon service militaire en cours d'année universitaire. Puis, une fois celui-ci accompli, j'ai intégré l'ENM.

### **RDA – Après l'ENM, quelle a été votre première affectation ?**

**V.V.** – J'ai commencé ma carrière en 1990 comme juge placé auprès du premier président de la cour d'appel de Rouen. Cette catégorie de poste venait d'être créée, à l'origine afin de remplacer les collègues qui partaient en congé maternité, car le corps de la magistrature était devenu à majorité féminine. Le juge placé est un magistrat qui n'a pas d'affectation particulière et que le premier président peut affecter dans tous les postes du siège du ressort de la cour d'appel. Le même poste existe auprès du parquet. [À cet instant, une sonnerie retentit sur le téléphone du Président : après la respiration caractéristique de Dark Vador entendue quelques minutes auparavant, c'est à présent le mugissement de Chewbacca qui résonne dans les dorures du bureau où nous sommes reçus, interruption plus étonnante que celle du carillon de l'horloge qui sonne simultanément dans les bureaux de tous les présidents de chambre.]

J'ai donc été le premier juge placé à la cour d'appel de Rouen et j'ai exercé pendant six ans de nombreuses fonctions : principalement juge d'instance ou juge des enfants mais j'ai aussi été en grande instance, présidé un tribunal correctionnel, siégé dans des chambres civiles, occupé les fonctions de juge de l'application des peines et même présidé un tribunal des affaires de sécurité sociale. J'ai fait presque toutes les fonctions du siège, sauf juge d'instruction, fonction que je n'ai jamais occupée durant ma carrière alors que je suis entré dans la magistrature pour l'exercer. En tant que juge placé, j'ai parcouru tout le ressort de la cour d'appel de Rouen. J'ai rencontré plusieurs premiers présidents de cette cour, notamment M. Sargos, qui a fini président de chambre à la Cour de cassation, qui m'a confié le soin d'informatiser les services de surendettement des particuliers, car j'étais l'un des rares magistrats, à l'époque, à utiliser un micro-ordinateur. Je suis en effet dyslexique et dysgraphique et l'informatique a totalement changé mon rapport à l'écriture.

### **RDA – En effet, vous avez ensuite été affecté en région parisienne...**

**V.V.** – J'ai d'abord été juge d'instance au tribunal de Courbevoie, qui est très proche de Nanterre, de l'autre côté de La Défense. Je n'y suis resté qu'un an car Vincent Lamanda m'a appelé pour être son secrétaire général lorsqu'il a été nommé premier président de la cour d'appel de Versailles, en 1996. J'ai occupé cette fonction pendant sept ans. Je n'avais pas de fonction juridictionnelle mais étais chargé de l'organisation et du fonctionnement de la cour d'appel et de son ressort. Il s'agissait de fonctions purement administratives, qui m'ont permis de développer une vision d'ensemble de l'institution judiciaire par rapport aux autres administrations, alors que je n'avais qu'un regard juridictionnel. En tant que secrétaire général, j'étais aussi chargé d'écrire les discours du premier président, j'étais sa « plume ».

**RDA – Vous avez ensuite rejoint une première fois la Cour de cassation. Les universitaires seront rassurés en apprenant que la description que vous en faites n'est pas meilleure que celle de l'Université. Dans Les fleurs de lin, Marie dit qu'elle est composée de « vieux schnocks à moitié gâteux » !**

**Plaisanterie à part, qu'est-ce qui vous a conduit à postuler pour occuper les fonctions de conseiller référendaire et à être ainsi (si l'on s'en réfère à la description que vous faites de la fonction dans le roman !) un « gratte papier », une sorte de rat de bibliothèque dont l'avis n'est guère écouté lors du délibéré ?**

**V.V.** – En 2003, j'ai postulé pour être conseiller référendaire parce que les fonctions de secrétaire général étaient très prenantes, et aussi pour faire à nouveau du droit, car j'adore le droit !

Les juges, à la Cour de cassation, ce sont d'abord les conseillers, qui occupent le plus haut niveau hiérarchique de la magistrature, au même rang que les premiers présidents de cour d'appel, et sont nommés en fin de carrière. Depuis les années 1970, il existe aussi des conseillers référendaires qui sont nommés dans la hiérarchie intermédiaire, pour une durée de dix ans, et qui doivent avoir moins de 45 ans dans l'année de nomination. En réalité, ils font le même travail que les conseillers, à quelques différences près. Ils ne peuvent pas être doyens, ni siéger en assemblée plénière ou en chambre mixte. Surtout, ils ont voix consultative, et non pas délibérative, dans le délibéré. Il y a une exception : ils ont voix délibérative dans les dossiers sur lesquels ils rapportent. Les conseillers référendaires sont souvent

les futurs conseillers car, s'ils reviennent, ils sont immédiatement opérationnels, notamment parce qu'ils connaissent déjà la technique de cassation.

En tant que conseiller référendaire, j'ai été affecté à la deuxième chambre civile, présidée à l'époque par M. Ancel, et en particulier à la section en charge de la procédure civile. J'ai donc pu découvrir toutes les subtilités et le charme de cette matière. En 2007, Vincent Lamanda a été nommé premier président de la Cour de cassation, et j'ai rejoint son cabinet, cette fois-ci comme chargé de mission. J'étais à nouveau chargé d'écrire ses discours mais surtout du suivi de son activité juridictionnelle. En effet, contrairement aux premiers présidents de cour d'appel qui n'ont pas véritablement d'activité juridictionnelle parce qu'ils sont accaparés par la gestion de leur cour et de leur ressort, le premier président de la Cour de cassation a un rôle juridictionnel très important, puisqu'il préside les chambres mixtes et l'assemblée plénière. Une grande partie de mon travail consistait donc à identifier les divergences entre les chambres ou les résistances des juges du fond pour réunir des chambres mixtes ou l'assemblée plénière, puis à préparer ces affaires avec le conseiller rapporteur. J'étais également chargé d'assister le premier président lorsqu'il était consulté sur des projets de textes ou entendu par la commission des lois de l'Assemblée nationale ou du Sénat. C'est ainsi, parmi les grandes réformes de l'époque, que nous avons corédigé avec le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel l'avant-projet de loi organique sur la QPC puis, avec les mêmes et la Chancellerie, les projets de décret, notamment ceux du code de procédure civile. Enfin, ma dernière mission est celle dont je suis le plus fier : j'ai été chargé de la dématérialisation de la procédure civile – et non pénale car cela relève de la Chancellerie – à la Cour de cassation, réforme qui a abouti en 2008. La Cour de cassation a ainsi été la première juridiction au monde à dématérialiser sa procédure civile.

***RDA – Après ce premier passage à la Cour de cassation, vous être revenu dans une ville que vous connaissez bien : Nanterre.***

**V.V.** – J'ai en effet été nommé premier vice-président du tribunal de Nanterre en 2011, où j'ai exercé les fonctions de juge des référés pendant deux ans, puis présidé la première chambre civile, compétente en matière de presse, de propriété intellectuelle et de responsabilité de l'administration de la justice. J'ai alors eu à traiter des affaires médiatiques comme celle qui a opposé Julie Gayet à *Closer*, à la suite de la révélation de sa relation avec François Hollande, ou celle entre Kate Middleton et *Closer*, toujours, dans laquelle j'ai interdit en référé la publication de photos de la princesse, disons, assez intrusives. Enfin, j'ai assuré l'intérim de la présidence du tribunal de Nanterre à la suite du départ du président, avant d'être nommé conseiller à la Cour de cassation.

***RDA – Quelles fonctions avez-vous exercé en tant que conseiller à la Cour de cassation ?***

**V.V.** – Je pensais être affecté à la deuxième chambre civile, comme lorsque j'étais conseiller référendaire, mais j'ai finalement été nommé à la première chambre civile. J'ai rejoint la section en charge du droit des successions et des régimes matrimoniaux... matières que je ne connaissais pas très bien mais qui, comme toute matière juridique lorsque l'on s'y intéresse, se sont révélées passionnantes. L'avantage de ces matières est aussi qu'elles permettent de lire les plus grands auteurs, notamment de l'Université Paris II, car cela fait partie des « matières nobles ». J'ai ensuite été chargé du droit international privé et de l'arbitrage, puis désigné doyen de la troisième section de la première chambre, nouvellement créée.

***RDA – En quoi consistent les fonctions de doyen de section à la Cour de cassation ?***

**V.V.** – Le doyen à la Cour de cassation, « le vieux schnock des vieux schnocks » comme le décrit de façon un peu irrespectueuse l'un des personnages de mon roman, a un rôle très important, c'est peut-être le personnage le plus important à la Cour. Je trouve qu'on ne leur rend pas justice dans les publications, car on précise le nom du président, du rapporteur, de l'avocat général mais pas celui des doyens, qui sont pourtant les piliers de la chambre. Le doyen n'est pas nommé rapporteur ; son rôle est de revoir tous les dossiers étudiés par les rapporteurs. Il doit tout relire : le rapport, l'arrêt attaqué, le moyen, le projet d'arrêt, etc. Il doit aussi préparer une réunion que l'on appelle la « conférence ». Celle-ci réunit, outre le doyen, le président de chambre et parfois le rapporteur, quinze jours ou trois

semaines avant l'audience. À cette occasion, le président et le doyen émettent des observations, notamment sur le projet de rapport. L'avis du doyen est particulièrement important, car il suit les travaux d'une seule section, contrairement au président de chambre, dont le regard est dès lors plus distancié. Si la conférence est en désaccord avec le rapporteur, ce dernier peut être invité à approfondir davantage certains points, afin de mieux convaincre les autres conseillers, qui ne suivront pas nécessairement l'avis de la conférence. Le doyen doit aussi veiller au respect des règles de la technique de cassation et des normes de rédaction. Enfin, lors du délibéré, le doyen est le premier à prendre la parole après le rapporteur et il donne donc le ton des débats.

***RDA – S'agissant du délibéré, comme celui-ci se déroule-t-il ? Les membres de la formation de jugement indiquent-ils successivement s'ils sont en faveur de la cassation ou du rejet du pourvoi ?***

**V.V.** – Moment crucial dans la vie de la chambre, le délibéré constitue le lieu où s'enrichissent mutuellement les points de vue... Selon un usage immémorial, les conseillers interviennent, après le rapporteur et le doyen, par ordre décroissant d'ancienneté. Ils ne se prononcent pas seulement sur le dispositif à adopter, mais motivent leur position. Le président se prononce en dernier et a la faculté d'initier un deuxième tour, si par exemple le dernier conseiller référendaire intervenu a soulevé des éléments qui n'avaient pas été discutés jusqu'alors. Le rôle du président dans le délibéré consiste, très souvent, à identifier la question de droit qui pose difficulté, à appeler l'attention des conseillers sur les conséquences pratiques que les diverses solutions envisagées peuvent entraîner, ou les risques de divergence ou d'incohérence avec d'autres jurisprudences, et à réorienter la discussion, laquelle doit toujours être constructive et fondée sur l'écoute. La conduite des débats doit être souple, déterminée et bienveillante : souple, pour permettre à chacun de s'exprimer pleinement, déterminée, s'il le faut, pour éviter que la discussion ne s'éparpille et ne s'écarte de l'essentiel, bienveillante, pour apaiser les tensions qui peuvent naître du débat contradictoire, pour que chacun se sente libre d'exprimer son opinion, de reconnaître éventuellement qu'il s'est trompé, de changer d'avis sans craindre de se sentir isolé.

Une fois le sens de l'arrêt décidé, à la majorité, la rédaction de l'arrêt est discutée. À nouveau, les conseillers et conseillers référendaires peuvent émettre des observations sur le projet d'arrêt.

***RDA – Outre la faculté de proposer un deuxième tour lors du délibéré, quels sont les pouvoirs du président de chambre ?***

**V.V.** – Le président a des pouvoirs propres comme la désignation du rapporteur, le choix de la juridiction de renvoi, la décision de publier ou non l'arrêt ou encore l'orientation de l'affaire vers la formation restreinte ou la formation de section. En revanche, il n'a pas de voix prépondérante lors du délibéré. Il peut même être mis en minorité, ce qui n'est pas gênant. Ce qui serait gênant, c'est qu'il n'y ait pas de discussion libre, éclairée, entre des magistrats indépendants. C'est cela qui permet d'aboutir à la meilleure solution.

***RDA – Pour en venir justement à vos fonctions actuelles de président de chambre, pour quelle raison avez-vous postulé à la présidence de la chambre commerciale, financière et économique, alors que vous n'étiez pas commercialiste ?***

**V.V.** – Les candidatures ont été ouvertes après le départ d'Agnès Mouillard. J'ai présenté ma candidature au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) car les magistrats de la Cour de cassation, comme les premiers présidents de cour d'appel, sont nommés sur proposition du CSM. La Chancellerie n'intervient pas dans la nomination, contrairement à ce qui prévaut pour les autres magistrats qui sont nommés sur proposition du garde des Sceaux, après avis conforme du CSM pour les magistrats du siège ou avis simple pour ceux du parquet.

Je crois que le CSM a fait le choix de nommer un non-commercialiste pour qu'il ait un regard neuf sur les matières que traite la chambre, un regard différent de celui d'un spécialiste. Le problème lorsqu'on est spécialiste est que l'on a parfois une vision un peu trop étroite des matières. Pourtant, le droit n'est pas une juxtaposition de systèmes juridiques mais un système juridique qui doit être cohérent. Il

ne faut pas oublier les principes fondamentaux, les droits fondamentaux ou le droit des contrats. Le CSM a donc décidé de nommer ce que j'appelle un « béotien expert ».

Bien sûr, je peux aussi m'appuyer sur les rapporteurs qui sont tous spécialisés. À la chambre commerciale, nous sommes trente-cinq, répartis en trois sections, et nous avons des contentieux très différents. Cela va des procédures collectives au droit maritime, en passant par le droit des transports, le droit des fonds de commerce, le droit bancaire, le droit des sûretés, le droit des marchés financiers, le droit fiscal, la propriété industrielle, la petite et la grande concurrence, etc. J'ai aussi profité de mon arrivée à la présidence de la chambre commerciale pour lire intensivement la doctrine. Cela m'a conduit à réinterroger certaines jurisprudences qui étaient critiquées.

***RDA – À ce propos, nous pensons bien sûr à l'arrêt du 18 octobre 2023 (n° 21-15.378) qui a surpris mais aussi réjoui une grande partie de ses lecteurs, non seulement pour la solution apportée, mais aussi en raison de son ton, d'une franchise inédite. La motivation enrichie y est particulièrement claire et les arcanes du raisonnement sont explicitées. Aviez-vous conscience de vous démarquer à ce point ?***

**V.V.** – Je veille attentivement, en tant que président de chambre, à ce que nos décisions soient lisibles pour l'ensemble de la communauté des juristes : les juges du fond, les universitaires, les praticiens, les citoyens. Je bannis toutes les formules ambiguës, celles qu'il faut relire quatre fois pour les comprendre. L'énonciation doit donc être toujours claire, même lorsqu'il s'agit d'un arrêt de rejet.

***RDA – De façon plus générale, comment concevez-vous les fonctions de président de chambre ?***

**V.V.** – Ma conception des fonctions de président de chambre s'articule autour de trois convictions.

La première conviction est que la qualité d'une jurisprudence dépend de la qualité en amont de l'organisation de la justice. Il est indispensable que l'ensemble des magistrats qui travaillent sur une affaire se sentent heureux dans leur travail, reconnus et valorisés. Il faut donc leur donner des responsabilités et leur faire confiance. Par exemple, auparavant, c'était la conférence qui décidait de l'orientation du pourvoi en formation de section. J'ai décidé que ce serait désormais le rapporteur, même si la conférence peut éventuellement réorienter le pourvoi si nécessaire. Toujours dans cette optique, j'ai créé des pôles de compétence, au sein desquels j'ai confié des fonctions de pilotage à un conseiller plus ancien. L'idée était de rompre l'isolement dans lequel se trouvaient certains rapporteurs en mettant en place un fonctionnement collectif, décidé par chaque responsable de pôle. En outre, chaque pôle a pour mission, dans les deux ans, d'organiser un colloque ou une rencontre (ouverte ou fermée) avec des partenaires, tels que la doctrine ou des praticiens. Le bien-être au travail passe également par la liberté de ton, l'indépendance au sein du délibéré. Sinon, le risque est de tomber dans le conformisme, qui est, avec l'individualisme, l'une des grandes maladies professionnelles de la magistrature ! Il faut donc que chacun se sente libre d'exprimer son avis mais également de reconnaître qu'il s'est trompé, de changer de position, sans se sentir isolé ou stigmatisé. L'important est de favoriser les échanges au sein de la chambre, de façon à faire émerger une intelligence collective.

Ma deuxième conviction est que le droit devient de plus en plus complexe et que le foisonnement des sources du droit est l'une des causes de cette complexité. Il s'ensuit que la Cour de cassation, dans sa fonction régulatrice, a un rôle très important dans la clarification de la règle de droit. Cela implique, pour nous, la nécessité d'identifier ce qui fait difficulté, de repérer les futurs contentieux systémiques afin de mettre un terme à une incertitude susceptible de conduire à des blocages. En outre, afin de répondre à une exigence de sécurité juridique, dont notre société a absolument besoin, il faut que la jurisprudence soit stable, d'où l'importance de bien réfléchir avant de statuer. Il faut encore que la jurisprudence permette une application suffisamment prévisible pour que les parties puissent raisonnablement l'anticiper. Ainsi, dans l'arrêt du 18 octobre 2023, l'arrêt fournit *in fine* une sorte de mode d'emploi à l'intention des tribunaux de commerce. Enfin, nous devons non seulement veiller à énoncer des règles claires, mais aussi à nous préoccuper toujours des conséquences concrètes de la décision. Le droit n'est pas que de la théorie : derrière chaque dossier, il y a des hommes, des femmes, des institutions, dont le destin peut être bouleversé par nos décisions. Lorsqu'un texte est susceptible de faire

l'objet de plusieurs interprétations, il faut prendre en compte les considérations économiques, sociales, etc. : la sécurité juridique, l'attractivité du droit français et celle de la place financière de Paris, la compétitivité des entreprises, s'agissant de la chambre commerciale en tous cas.

### ***RDA – Et votre troisième conviction ?***

**V.V.** – Ma troisième conviction est que la Cour de cassation ne doit pas avoir peur de s'ouvrir sur l'extérieur. C'est aussi sa mission en tant que Cour suprême. Elle doit savoir écouter les autres juges – administratif, européens, juges du fond –, mais aussi les universitaires, le parquet général, les avocats, les mandataires, les administrateurs judiciaires. Et il faut savoir entendre lorsqu'on s'est trompé. Une jurisprudence n'est jamais figée pour toujours, elle peut être précisée, infléchie, nuancée. Parfois des raisons impérieuses justifient un revirement. Tout cela implique des échanges avec tous ces professionnels, tous ceux qui concourent à l'élaboration du droit. Une jurisprudence, contrairement à la loi, qui est une décision spontanée, se construit de façon stratifiée : c'est le fruit d'une sédimentation, à laquelle chacun – le juge du fond, l'avocat, l'universitaire – apporte sa contribution. C'est pourquoi attachons beaucoup d'importance à ce que disent les universitaires, qui sont des acteurs indispensables parce qu'ils ont un regard indépendant, savant et éclairé sur notre jurisprudence. Ce dialogue permanent passe par diverses rencontres, à la Cour de cassation mais aussi dans les universités et dans les juridictions, avec des juristes mais aussi, par exemple, dans des cercles d'économistes, avec des experts. Toutefois, un juriste doit également savoir s'extraire de sa spécialité, et garder un œil ouvert et curieux sur tous les sujets de société. C'est ainsi que j'ai accepté il y a peu d'intervenir au Collège des Bernardins, avec l'archevêque de Paris, sur la question de la fin de vie, afin d'apporter un regard de juriste sur la proposition de loi.

### ***RDA – Parallèlement à vos activités de magistrat, vous étiez attaché à l'Université et y avez enseigné, notamment en qualité de professeur associé à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (UVSQ).***

**V.V.** – J'ai toujours voulu enseigner. J'ai commencé, lorsque j'étais à Rouen, par enseigner à l'antenne d'Évreux de la faculté de Rouen comme chargé de TD en droit civil. La deuxième année, j'ai également assuré le cours de droit pénal.

Ensuite, quand je suis devenu secrétaire général de la première présidence de la cour d'appel de Versailles, j'ai animé un séminaire en droit de la consommation dans le DEA de Droit des contrats civils et commerciaux dirigé par Marie Malaurie, à l'UVSQ. Deux ans plus tard, un poste de professeur associé s'est libéré, et on me l'a proposé. J'ai alors fait cours en droit pénal, en droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, en procédure civile et en institutions judiciaires. J'ai également repris un cours de droit processuel, que j'ai axé sur le droit d'accès au juge et le droit à un procès équitable, en procédures civile, pénale et administrative, et que j'ai enrichi par la suite grâce au contrôle de constitutionnalité. C'est un cours qui sort un peu des sentiers battus, puisqu'on échappe à la division droit privé/droit public, droit civil/droit pénal, à travers des notions transversales telles que l'impartialité et l'indépendance du juge, la publicité des débats, l'égalité des armes, etc. Mon intérêt pour cette discipline s'est poursuivi au sein de l'IEJ « Pierre Raynaud » de l'Université Paris II où j'ai dispensé, pendant 4 années durant, un cours relatif à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. J'ai également assuré à l'École doctorale de l'UVSQ un séminaire sur la technique de cassation, question souvent méconnue des doctorants.

En 2017, j'ai enseigné à l'École de droit de Science Po pendant 2 ans. J'ai dû arrêter lorsque je suis tombé malade, mais j'avais gardé mes enseignements à l'UVSQ, car j'y étais très attaché, tout en réduisant mon service.

### ***RDA – Était-il envisageable de poursuivre votre activité d'enseignant avec les fonctions de président de chambre à la Cour de cassation ?***

**V.V.** – Malheureusement, non. Je n'aurais pas été en mesure de dispenser un enseignement de qualité, tout en assurant la présidence de la chambre commerciale. Je n'enseigne donc plus, si ce n'est dans des conférences, des interventions ponctuelles. Par exemple, j'ai récemment tenu une conférence à

Aix-Marseille Université sur la jurisprudence, celle-ci s'inscrivant dans une série de conférences sur les sources en droit des affaires.

Mais arrêter l'enseignement a été un déchirement, parce que j'ai adoré le contact avec les étudiants, tout particulièrement avec ceux de Licence 1 et de Master 2. À présent, mes étudiants me suivent sur les réseaux sociaux, et moi aussi je m'intéresse à leur évolution, et je suis toujours très fier d'eux.

### ***RDA – Quel bilan tirez-vous de cette expérience d'enseignement ?***

**V.V.** – Enseigner a d'abord nourri ma réflexion personnelle dès lors que l'enseignement oblige à approfondir. De façon plus générale, enseigner m'a ouvert l'esprit, m'a fait découvrir le monde universitaire, m'a conduit à discuter avec les enseignants-chercheurs et à considérer que le juge ne doit pas être enfermé dans sa tour, mais doit en sortir pour dialoguer. J'avais d'ailleurs la chance d'être rattaché à un laboratoire très actif, le Laboratoire de droit des affaires et des nouvelles technologies (le DANTE).

Par ailleurs, je me sentais investi d'une mission : celle de permettre à ceux qui n'avaient pas les facilités pour suivre des études – parce qu'ils n'avaient pas d'environnement propice, pas d'accompagnement, pas de réseau – de s'accrocher. C'était tout particulièrement le cas des étudiants venant de Trappes, assis plutôt en haut de l'amphi – contrairement à ceux de Versailles, plutôt en bas, qui n'avaient quant à eux généralement pas de difficulté pour suivre les cours, car ils étaient préparés, accompagnés. Bien sûr que je n'arrivais pas à les accrocher tous. Mais certains, oui, et ensuite, quand je les retrouvais, en Master 2, ou avocats plaidant ou jeunes auditeurs faisant leur entrée à l'ENM, c'était une joie immense. Dès lors que j'ai eu la chance de faire des études sans rencontrer trop de difficultés, je ressentais une obligation de transmission très importante envers les jeunes générations, qui sont l'avenir de la communauté des juristes !

# Projet

---

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

---

## La Chaire « Droit international des institutions » du Collège de France

**Samantha Besson**

Professeure au Collège de France

**A**ni Minasian et Justine Moura, doctorantes, respectivement co-rédactrice en chef et membre du comité de rédaction en chef de la *Revue*, ont eu la chance de s'entretenir le 16 novembre 2023 avec la professeure Samantha Besson au sujet de la chaire, intitulée « Droit international des institutions », dont elle est titulaire au Collège de France.

***Revue de droit d'Assas (RDA) – Vous êtes, depuis 2019, titulaire de la chaire « Droit international des institutions » au Collège de France. Vous aviez initialement rédigé une thèse civiliste, consacrée à l'égalité de traitement entre particuliers, puis consacré de nombreux écrits au droit constitutionnel européen et en droit international public. Peut-on vous demander ce qui vous a amenée à faire porter vos centres d'intérêt sur les institutions sous cette dimension internationale ? Plus largement, que représente à vos yeux la création d'une telle chaire consacrée aux institutions, dont vous rappelez, dans votre leçon inaugurale, qu'elles ont longtemps été négligées des études de droit international ? Et comment s'inscrit-elle dans l'histoire de l'enseignement et de la recherche en droit international ?***

**Samantha Besson (S. B.)** – S'agissant, d'abord, de ma première thèse, effectuée en droit civil, contrairement à la seconde portant sur la philosophie du droit public et la théorie du droit constitutionnel, elle traitait de quelque chose qui imprègne encore mes recherches actuelles, à savoir la relation entre droit public et droit privé. Or la question institutionnelle est déjà en creux dans cette approche publique du privé ou privée du public, parce que ce sont précisément les institutions qui forment le public et qui le délimitent du privé. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle j'ai choisi la relation public-privé en droit international comme thème pour mon deuxième cours au Collège de France. La question de l'égalité, sujet de cette première thèse, porte également en germe celle des droits de l'homme, une autre grande question d'institution, celle du statut fondamental égal de la personne humaine.

S'agissant ensuite, du choix de traiter du droit international des institutions, j'ai essayé d'expliquer, dans ma leçon inaugurale, pourquoi cet objet avait été négligé et les conséquences de cette négligence sur les problèmes de légitimité en droit international, qui sont des difficultés que l'on ne saisit

que difficilement et auxquelles l'on ne parvient pas à remédier. C'est, aussi, un sujet suffisamment large pour embrasser tant les questions de droit international public ou privé que celles de droit international social. Il faut, en effet, être suffisamment large dans un intitulé de chaire pour permettre plusieurs années d'enseignement et espérer intéresser un public important. Finalement, c'est une chance quand vous rédigez un projet de chaire, que de réfléchir profondément à ce qu'il vous semble le plus important de faire dans votre discipline, à ce qui manque à celle-ci et aux moyens de rebondir, de repartir, de remédier à certains angles morts, ainsi qu'à la manière de donner un deuxième souffle ou un troisième souffle à la discipline. Or j'avais à la fois la conviction que quelque chose n'avait pas été fait, que l'on ne réfléchissait plus véritablement à l'État, que les organisations internationales étaient considérées comme les seules institutions internationales – mais pas au titre d'institutions publiques –, et que l'entreprise était totalement négligée, ce qu'elle est encore en droit international, n'ayant pas de statut de droit privé international. Voilà ce qui a présidé au choix du programme de ma chaire.

Quant à la manière dont mon projet s'insère dans l'histoire du droit au Collège de France, comme j'ai essayé de l'expliquer dans la leçon inaugurale, il y a eu une éclipse du droit au Collège de France, pendant des années pourtant absolument cruciales pour le droit international, des années au cours desquelles l'ordre institutionnel international a changé de manière radicale. Et pendant toute cette période, il n'y avait plus de juriste au Collège de France, plus d'enseignement de droit comparé ou international. Ceci est très regrettable, parce que des recherches importantes auraient pu y être menées à une époque charnière. Lorsque le droit est revenu au Collège dans les années 1980, c'est d'abord par le droit international, ce qui est très intéressant. Les trois juristes qui ont été professeurs au Collège après la fin de l'éclipse ont tous été ou sont, de près ou de loin, des internationalistes : un internationaliste publiciste généraliste, René-Jean Dupuy ; une comparatiste devenue internationaliste pénaliste, Mireille Delmas-Marty ; et, enfin, un théoricien du droit social, ayant fait une large part au volet international, Alain Supiot. L'accent institutionnel que j'ai donné à ma chaire était déjà présent chez certains de ces prédécesseurs, même s'il n'était pas aussi central ni aussi visible.

***RDA – Justement, pensez-vous qu'il existe, malgré vos spécialisations différentes, une certaine continuité entre votre chaire et celles de vos prédécesseurs ?***

**S.B.** – C'est vrai que c'est très beau de tisser des liens, alors même que l'on ne vise pas forcément à établir une continuité (il n'y a pas de succession au Collège de France et les chaires sont créées pour chaque nouveau professeur), pas plus qu'à faire nécessairement quelque chose de radicalement différent. Chaque année, dans mon cours, j'essaie, dans la mesure du possible, de faire écho aux travaux de mes prédécesseurs, de revisiter ce qu'ils avaient pu enseigner à des périodes antérieures. Cela s'est présenté naturellement sur la thématique public/privé, puisque j'ai pu ouvrir le cours avec l'un des articles d'Alain Supiot. Mireille Delmas-Marty avait, pour sa part, travaillé sur la société civile, et j'ai donc pu mobiliser ses écrits lorsque j'ai réfléchi sur les rapports entre représentation et société civile. Quant à René-Jean Dupuy, il avait écrit sur les questions de légitimité techno-démocratique, qui m'ont également intéressée l'an dernier.

***RDA – Vous avez d'ailleurs coordonné les Mélanges en l'honneur d'Alain Supiot, titulaire de la chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités » entre 2012 et 2019, qui ont été publiés en juin 2020. Et vous avez également organisé, en septembre 2022, une journée d'hommage à Mireille Delmas-Marty, titulaire de la chaire « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit » entre 2003 et 2011.***

**S.B.** – Effectivement, mais en réalité, les Mélanges en l'honneur d'Alain Supiot étaient déjà lancés avant même que je sois élue. Quant à l'hommage à Mireille Delmas-Marty, il est lié, comme chacun sait, à sa disparition. En règle générale, il y a toujours une journée d'étude quand l'un de nos collègues disparaît.

Par ailleurs, le Collège conserve une place importante aux professeurs émérites, qui restent présents et invités à diverses occasions. Il y a moins de rupture qu'il n'y en aurait sans doute à l'Université. Cela tient peut-être au fait que l'on soit moins nombreux, et que les postes ne s'ouvrent que plus tard dans

une carrière. Et la politique des chaires personnelles donne plus de durabilité aux projets spécifiques de chacun, qui continue à tracer sa voie, par ses publications. Il y a un côté vraiment collégial. Je retrouve ici ce que j'avais beaucoup aimé dans les collègues anglais, comme à Oxford.

Enfin, il est notable qu'il y ait, à présent – et c'est la première fois depuis longtemps – deux juristes au Collège de France : un romaniste, donc historien du droit, Dario Mantovani, titulaire de la chaire « Droit, culture et société dans la Rome antique » depuis 2018, et une internationaliste, moi-même. C'est aussi tout à fait remarquable pour nous, les juristes ; c'est une grande chance ! Non seulement il n'y avait pas eu de juristes au Collège, pendant longtemps, et à une époque charnière pour l'ordre international, mais maintenant nous avons la chance d'en avoir deux ! Et il s'agit, de surcroît, de deux étrangers – un Italien et une Britannico-suisse –, ce qui est également très intéressant.

***RDA – Votre leçon inaugurale, initialement prévue en mars 2020, a été reportée en raison de la crise sanitaire liée au Covid-19 et s'est finalement tenue le 3 décembre 2020. Quel souvenir gardez-vous de cette leçon ? Vous évoquez d'ailleurs, dans celle-ci, la crise sanitaire parmi les raisons attestant de l'importance de traiter des institutions : en quoi une telle crise a-t-elle révélé ou renforcé ce besoin ? A-t-elle bousculé votre programme de recherche ? Plus largement, quel premier bilan tirez-vous de cette période s'agissant du droit international des institutions ?***

**S.B.** – C'est une question très intéressante. Avant toute chose, je peux dire que l'on est toujours très heureux lorsqu'un projet que l'on a développé se concrétise. Dans mon cas, j'ai préparé ce projet de chaire au printemps 2018. Ensuite, il a fallu faire campagne pour convaincre mes collègues du projet de chaire. Puis, il y a eu deux votes : un vote sur la chaire et un vote sur la personne. C'est donc un processus assez long. Bien sûr, en développant ce projet au printemps 2018, je n'avais pas anticipé ce qui allait se passer par la suite. Mais il est vrai que lorsque l'importance et l'urgence de ce que l'on a prévu de faire sont confirmées par l'actualité, c'est une très bonne nouvelle – un de mes collègues m'a dit, à l'issue de ma leçon inaugurale, qu'il y avait vraiment un *kairos* dans le sujet de ma chaire. C'était à la fois un grand bonheur d'obtenir une confirmation de l'urgence de ce projet d'enseignement et de recherche, mais dans le même temps, cela impliquait une responsabilité d'autant plus grande que l'attente était élevée. Cela m'a également conduite à faire des choix, puisque l'on ne peut pas embrasser tous les sujets que l'on aimerait traiter en un cours par année ; or, parfois, l'actualité bouscule ces choix et nous rend notre propre lenteur d'autant plus suspecte.

En ce qui concerne plus précisément ce qui a changé en raison de la crise sanitaire, plusieurs éléments entrent en ligne de compte. Le premier cours que je devais donner au printemps 2020 devait porter sur la diligence et la négligence en droit international, c'est-à-dire sur le standard de diligence due et les obligations qu'il qualifie et sur la responsabilité pour négligence qui découle de la violation de ces obligations. L'idée que j'avais était de traiter, comme je l'ai fait, de ces questions dans différents régimes, notamment en droit de l'environnement, en droit des droits de l'homme, en droit sécuritaire ou en droit du cyberspace. Et là s'est ajoutée, du fait de la crise sanitaire, la question du droit international de la santé, dont presque personne ne parlait parmi les internationalistes avant la crise sanitaire. Évidemment, il y avait des spécialistes, des collègues qui se sont toujours intéressés à ces questions, et à juste titre. Mais il faut dire qu'ils étaient assez minoritaires. Au moment du début de la crise sanitaire, tout le monde était donc un peu désespéré. On se demandait : qui connaît l'OMS ? Qui connaît le règlement sanitaire international ? Qui connaît le fonctionnement des obligations de diligence due qui en découlent ? C'était quelque chose d'assez nouveau, en tout cas de peu connu et de peu enseigné. Une sorte de boîte noire un peu technocratique, où le juriste peinait à trouver sa place. Soudain, beaucoup se sont intéressés à ces questions. Pour moi, ce fut fantastique parce que j'ai pu ajouter à mon cours un volet sur le droit international de la santé. Et au moment où je l'ai donné, une année après, au printemps 2021, le deuxième confinement touchait à sa fin : le cours s'est tenu en huis clos, mais il a bien eu lieu. Cela m'a conduite à travailler en profondeur la question du règlement sanitaire international et du futur traité sur la préparation des pandémies, qui est à bout touchant.

La crise sanitaire m'a également permis d'être très critique, de montrer ce que l'on savait et ce qui existait, au printemps 2021, mais aussi de mettre en évidence ce qui manquait et les dangers qui pla-

naient. J'ai ainsi procédé, dans l'une des leçons du cours, à un traitement comparé entre le droit international des droits de l'homme et le droit international de la santé, afin de bien montrer l'importance, à l'avenir, de traiter des obligations de diligence due en matière de droit international de la santé à la lumière des obligations de droits de l'homme. Je ne peux pas dire que le nouveau traité ait forcément été à la hauteur de ce que j'ai, avec d'autres, envisagé, mais il a le mérite d'exister : au moins, il a été négocié et s'appliquera, et il sera toujours possible de faire revenir la question de la diligence due au moment de son application. En effet, la diligence due est un standard qui demande une interprétation. Le fait de l'inscrire dans un traité ne conditionne donc pas encore la manière dont ce standard va être appliqué.

L'important, maintenant, c'est d'éviter que cet élan ne retombe. Or c'est ce qui est en train de se passer. Il n'y a, par exemple, pas assez de chaires spécialisées en droit international de la santé. Il est pourtant important de faire en sorte que l'on conserve ce savoir, qu'il demeure un sujet de discussion pour les juristes. Il ne faudrait pas rester dans l'urgence, qui a certes permis de révéler beaucoup de choses. Il est essentiel de faire en sorte que ces questions ne restent pas des thèmes orphelins, comme l'on parle de maladies orphelines. Plus généralement, depuis le <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, le Collège de France enseigne « la recherche en voie de se faire », ce qui est différent de ce qui se pratique traditionnellement dans les universités. Ce n'est pas une simple liberté que l'on accorde aux enseignants ; cela constitue un moyen d'identifier de nouveaux domaines de recherche, des domaines que l'enseignement classique du droit ne permettrait pas d'explorer de la même manière. On pourrait dire que le Collège de France constitue un observatoire des domaines orphelins. Ceci est d'ailleurs vrai pour toutes les disciplines qui sont enseignées au Collège de France, et pas seulement pour le droit.

***RDA – Votre cours de l'année 2024 portera sur « Le droit international de la science ». Quelles sont les questions, nouvelles ou plus anciennes, qui y seront abordées, ainsi que les grandes problématiques soulevées par ce thème ? Sont-elles renouvelées par l'actualité (développement des nouvelles technologies et de l'intelligence artificielle, crises sanitaires, regain de tensions et de concurrence dans le domaine spatial, guerre en Ukraine...) ou constate-t-on une certaine continuité ?***

**S. B.** – La question des rapports entre science et droit a évidemment été largement traitée, et continuera à l'être, mais s'en saisir en droit international est très intéressant parce que les sciences incluent souvent, dans leur éthique, dans leur cadre normatif, et à juste titre, l'idée d'universalité. Pas forcément comme uniformisation ou comme globalisation, mais avec la vocation de rechercher de la contestation universelle, du débat, une mise en commun sur un plan universel. Or le droit international partage ce programme universel et devrait, lui aussi, aspirer à être contesté et justifié sur un plan universel. Pourtant, on a tendance, quand on étudie les rapports entre science et droit ou, plus généralement, entre science et politique ou démocratie, à se situer seulement sur le plan interne. On va alors se poser des questions sur les rapports entre experts et juges, sur la place de l'information ou de la preuve scientifique dans la loi, ou, à l'inverse, sur les limites que devrait poser le droit à certaines formes de recherche potentiellement dangereuses. Mais déplacer la question sur le plan international est assez intrigant. Cela conduit à se poser la question de savoir pourquoi il n'y a pas de régime que l'on appellerait le « droit international de la science », à l'instar du « droit international social » ou du « droit international de la santé », alors même que la science est une pratique sociale normative qui doit être non seulement garantie, mais aussi organisée de manière universelle pour pouvoir être autonome et bien pratiquée.

Il me semblait donc nécessaire de s'interroger sur le cadre juridique et institutionnel international de la science, sur ce droit qui la rend possible, ce qui la rend bonne, ce qui permet de garantir son autonomie, par exemple. Dès lors qu'il y a un droit de l'homme à participer au progrès scientifique et à bénéficier des progrès de la science et de ses bienfaits, il est étonnant que la question soit aussi peu abordée au niveau international. Pour moi, se posait donc, en arrière-fond, ce questionnement en lien avec certaines de mes recherches portant depuis quelques années sur le droit de l'homme à la science. Mais cela résonnait aussi avec une actualité importante, celle de la réglementation de l'intelligence artificielle, des questions relatives au moratoire en matière de recherche dans ce domaine, de l'adop-

tion d'un traité éventuel. Par ailleurs, lors de la pandémie de Covid-19, la question de la participation de tout un chacun au débat scientifique s'est posée, tout comme celle des critères de l'expertise scientifique.

Il me semble que le moment est venu de traiter de toutes ces questions ensemble et de faire un état des lieux sur ce droit international de la science. De nombreuses institutions internationales se saisissent de la question de la science, comme par exemple l'Unesco, qui est une institution spécialisée de l'Organisation des Nations Unies, et dont le siège est à Paris. Au niveau de l'Union européenne, nous avons mis en place une agence spécialisée et de nombreux projets de soutien dans ce que l'on appelle l'« espace européen de la recherche » et on peut observer, depuis peu, un regain d'intérêt pour les rapports entre liberté académique et libertés du marché en droit l'Union européenne. Il existe ainsi une multitude d'institutions internationales et de procédures qui encadrent l'exercice de la science. Mais la difficulté est de savoir comment les organiser et les articuler. Il s'ensuit de nombreuses questions passionnantes ! Voilà pourquoi, de manière peut-être velléitaire, j'ai souhaité nommer le « droit international de la science » dans l'intitulé de mon cours pour déterminer s'il existe un régime juridique international propre à la science et, s'il n'y en a pas, préciser quel régime serait souhaitable, pour assurer l'autonomie, l'universalité, la contestation et la diversité des sciences dans le monde.

Plus précisément, ce qui m'intéresse, c'est autant le droit qui rend la science possible, et donc la garantie de l'autonomie des scientifiques et du droit à bénéficier de manière égale du progrès scientifique (qui n'a pas été effectif s'agissant de l'accès au vaccin contre le Covid, par exemple), que la science devenant du droit. Si l'on peut comprendre le thème dans ce second sens, c'est parce qu'aujourd'hui beaucoup de normes (voire de « lois ») scientifiques sont devenues des normes juridiques. Le droit de l'environnement en constitue un très bon exemple : c'est un droit pétri de recours à des standards et procédures scientifiques, avec l'idée sous-jacente qu'ils sont nécessairement garants d'un bon droit. Et quand on sait que l'on vit dans une communauté internationale des États dans laquelle il y a beaucoup de désaccords, notamment sur la question climatique ou sur les questions sécuritaires, l'invocation d'un standard scientifique considéré comme objectif consensuel, universel, est encore plus tentante qu'au niveau interne. À ce titre, certains gouvernements, organisations ou scientifiques avancent que le nouveau multilatéralisme sera précisément un multilatéralisme scientifique, fondé sur la diplomatie scientifique. Ainsi, on entend souvent dire qu'il faudrait organiser un GIEC des questions migratoires ou de l'intelligence artificielle. Il y a là comme une recette scientifique universelle, mais qui ne reflète, en réalité, que l'une des sciences possibles et qui est imposée comme étant consensuelle et présentée comme étant la bonne solution pour le droit international. Ce n'est pas nouveau : au début du <sup>xx</sup>e siècle, dans les premières organisations internationales, qui étaient très techniques, comme l'Organisation internationale du travail par exemple, les États venaient accompagnés, dans leurs délégations, d'équipes techniques. Cette tendance technocratique a toujours été présente en droit international, mais elle vaut la peine d'être reconsidérée.

C'est donc ce double rapport entre droit et science qui retiendra mon attention pour le cours de cette année : est-ce qu'il peut y avoir du droit international sans science ? Est-ce le cas dans tous les domaines ? Et, à l'inverse, est-ce qu'il peut y avoir de la science sans droit international ? Droit et science ne sont pas réductibles l'un à l'autre ; ce sont deux pratiques sociales et normatives très différentes, mais qui connaissent de nombreuses interactions. Il est très intéressant dès lors de tenter de les analyser, et surtout, d'approfondir certains points peu étudiés.

D'ailleurs, récemment, l'Unesco a commencé tout un travail de renforcement de la protection de la liberté académique. Aux Nations Unies, la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels et la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation sont toutes deux en train de finaliser un rapport – l'une, sur le droit de participer à la science, l'autre, sur la liberté académique. Il y a donc manifestement un fort intérêt autour du droit de l'homme à la science en ce moment. C'est une bonne chose que le cours au Collège puisse accompagner ce travail. Et c'est encore mieux si cela peut motiver des jeunes gens à travailler sur ces thèmes en France et en français...

**RDA – En parlant des jeunes chercheurs, un séminaire doctoral annuel (dénommé « re-inst ») a été créé par votre chaire, afin d’encourager la recherche relative à l’institutionnalisation en droit international et européen. Il aura lieu au printemps 2024, et aura pour thématique, comme votre cours, « le droit international de la science ». Pourquoi avoir créé un tel séminaire ? À quel public se destine-t-il ? De façon plus générale, quels conseils pourriez-vous donner aux jeunes chercheurs en droit ?**

**S. B.** – En réalité, le séminaire en soi n’est pas une nouveauté, puisqu’une première édition a eu lieu au printemps 2022 sur la relation public-privé en droit international. Mais elle n’a pas été suivie, de manière continue, par une deuxième édition en 2023. Cela résultait de l’insuffisance de candidatures portant spécifiquement sur le thème de la représentation, qui était le thème du cours de cette année-là.

Cette année, nous avons relancé un appel, et nous avons reçu de nombreuses candidatures. Le séminaire aura donc à nouveau lieu, le 3 mai 2024, sous la forme d’une journée doctorale. J’espère désormais renouveler cette expérience chaque année, s’il y a suffisamment de candidatures. L’objectif est d’organiser quelque chose de différent de ce qui se fait dans les écoles doctorales rattachées aux universités. Je n’aurais d’ailleurs aucune légitimité à le faire, sachant que je n’ai pas de doctorants en France. Mais j’ai beaucoup travaillé avec des doctorants en Suisse, où j’ai dirigé plusieurs écoles doctorales et où je dirige encore mes propres doctorants. Il me tenait donc à cœur de m’adresser spécifiquement aux doctorants ici aussi. J’avais envie de proposer des rencontres qui ne demanderaient pas un temps de préparation excessif aux doctorants – sans contribution, sans publication non plus par conséquent –, mais avec la possibilité de présenter un chapitre ou un argument de leur thèse en lien avec le thème du cours de l’année en question.

Pour le droit international de la science, cette année, les huit doctorants que l’on va réunir travaillent sur des questions très différentes les unes des autres, qui touchent aux diverses facettes de la thématique, mais tous abordent, à un moment donné de leur thèse, la question des rapports entre droit international et science. En les faisant se rencontrer, l’objectif est de les amener à présenter cet argument ou cette partie de leur thèse aux autres, et de leur permettre d’obtenir un retour de la part des autres, qu’ils ne rencontreraient pas forcément par ailleurs, parce qu’ils ne font pas partie des mêmes écoles doctorales. Lors du premier séminaire, sur les rapports entre public et privé, les doctorants, qui ne s’étaient jamais rencontrés auparavant, ont beaucoup apprécié une telle ouverture à de nouveaux collègues. Le format sera un peu différent cette fois-ci, cependant : au lieu de poursuivre le séminaire de manière hebdomadaire, plusieurs semaines durant, nous nous rencontrerons une journée entière ; ce sera donc sans doute plus intense. Chacun aura une demi-heure pour présenter son travail, présentation qui sera suivie d’une demi-heure de discussion. C’est dommage qu’il n’y ait pas eu de séminaire l’an dernier, et je suis contente que le projet ait rencontré un intérêt cette année : cela permet d’associer des jeunes chercheurs à mon cours, de susciter peut-être un certain intérêt pour ce thème s’il n’en éveillait pas encore, de faire se rencontrer ces jeunes chercheurs et de créer une dynamique. Ce que j’essaie de faire ressemble davantage à ce que l’on ferait dans le monde anglo-saxon, à savoir créer un espace où l’on peut parler de science très franchement, très librement, d’une manière qui, sans être complètement informelle, échappe quelque peu aux codes habituels d’une présentation académique. Aux yeux des doctorants, je représente simplement quelqu’un qui a un intérêt pour ce sur quoi ils travaillent et sur lequel je suis heureuse de guider, d’écouter, de faire des suggestions potentiellement utiles, que ce soit sur la méthode ou sur le fond.

**RDA – Une des spécificités du Collège de France tient à la conception de l’enseignement qui y est retenue : « Enseigner la recherche en voie de se faire ». Il ne s’agit pas de transmettre un savoir acquis, établi de longue date et solidement éprouvé, mais de partager les questionnements, méthodes et premiers résultats d’une recherche en cours. Au cours de vos divers enseignements à l’étranger, avez-vous déjà été confrontée à une telle approche de l’enseignement ? L’aviez-vous déjà mise en œuvre ? Cet enseignement nourrit-il vos recherches ? Modifie-t-il la façon dont vous les menez ?**

**S. B.** – Une telle conception de l’enseignement est totalement unique. C’est cela qui est très beau et qui m’a paru être une chance inouïe lorsqu’on on m’a proposé de préparer un projet de chaire, sans

garantie, bien sûr : le fait d'avoir pris quelques mois pour réfléchir à ce sujet – « le droit international des institutions » –, aux manques en la matière, à la manière d'y remédier, et puis ensuite la perspective de devoir, chaque année, rédiger un nouveau cours sur un nouveau sujet m'ont enchantée. C'est difficile aussi, bien sûr, parce qu'il faut avoir de nouvelles idées pour un nouveau cours chaque année, et assez de nouvelles idées pour présenter une série de leçons sur treize semaines. Je ne sais pas si j'aurai toujours assez d'idées, mais tant que j'en aurai, je trouve cette perspective enthousiasmante.

Cela ne veut pas dire, toutefois, qu'il faille négliger la formation classique des juristes. J'ai d'ailleurs beaucoup de plaisir à poursuivre mon enseignement de droit international public aux premières années à l'Université de Fribourg en Suisse. Ces deux formes d'enseignement se complètent. En tant que juriste, on doit former les juristes et partager un savoir déjà acquis, tout en continuant à le systématiser, le ciseler, l'interpréter, le justifier, le critiquer et le réformer. Assurer un enseignement ordinaire du cursus juridique, en ayant, en plus, la possibilité d'enseigner sa propre recherche, c'est vraiment fantastique. Je pense que tous mes collègues au Collège vous le diront. Mais cela rend aussi très modeste. D'abord parce qu'il faut beaucoup travailler, mais aussi parce que l'on est moins sûr de soi au moment où l'on enseigne. Il y a des choses sur lesquelles on est encore en train de travailler. Cette forme d'enseignement demande donc d'être honnête sur l'état d'avancement de la réflexion dans son champ disciplinaire. Cela implique aussi d'être très respectueux de l'état des recherches en cours chez les collègues, parce que l'on n'est jamais seul(e) à faire une recherche. Il faut présenter ce que font les autres chercheurs ; c'est une manière de les inviter indirectement à participer au cours. Par ailleurs, mon séminaire ou colloque annuel me permet aussi, précisément, d'inviter ces autres chercheurs à participer plus directement. Cela nous donne l'occasion de poursuivre le débat de manière polyphonique entre collègues et avec plus de désaccords, évidemment. Je pense que le public apprécie cette forme d'enseignement.

***RDA – Un autre particularisme du Collège de France tient précisément à l'ouverture des cours à tous, de façon totalement gratuite. Il s'agit d'un public « particulier »... qui peut sans doute présenter certaines spécificités. Quel rapport entretenez-vous avec votre auditoire ?***

**S. B.** – C'est une grande question que celle de l'auditoire au Collège de France, en raison de la gratuité que vous évoquez, de la publicité et des très belles conditions d'enseignement, que permettent des équipes très accueillantes. C'est véritablement une maison qui ne peut pas exister sans les personnes qui viennent écouter les cours, rechercher le savoir qui s'y transmet. Mais chaque professeur a un auditoire différent, et les cours successifs d'un même professeur amènent, eux aussi, un auditoire chaque fois différent. Pour ma part, j'ai pu rencontrer, entre le premier et le deuxième cours, puis entre le deuxième et le troisième cours, un public très différent.

Ce que j'apprécie plus particulièrement, c'est le mélange entre des jeunes chercheurs et des auditeurs qui ne sont pas forcément chercheurs eux-mêmes, qui ne sont parfois même pas juristes. Et cela me touche beaucoup. On se demande toujours qui est en face de nous, et quand les auditeurs viennent vous parler, c'est très sympathique et cela vous permet de mieux savoir à qui vous vous adressez. Mais certains ne viennent pas vous parler avant la fin du cours, pour vous remercier. Par exemple, il y a deux ans, j'avais un auditeur, présent à tous les cours, qui avait travaillé toute sa vie dans le domaine médical et qui, au moment de la retraite, s'était réorienté vers l'accès global aux soins, notamment l'accès aux vaccins. À la fin de mon cours sur la relation public-privé en droit international, il est venu se présenter pour la première fois et me dire : « grâce à votre cours, j'ai compris ce que l'on n'a pas fait et ce que l'on aurait dû faire ». J'aurais souhaité l'avoir rencontré plus tôt, parce qu'il aurait peut-être pu contribuer à mon cours ou intervenir d'une autre manière. Il y a vraiment de belles rencontres du fait de ce mélange totalement inattendu d'auditeurs. Il n'y a certes pas de « partenariat » ou de « convention » pédagogique entre eux et nous, puisque vous ne savez pas du tout qui vous avez en face de vous et l'on ne vous demande pas de le savoir ; et réciproquement, personne ne demande aux auditeurs de se dévoiler, ils ont le droit à l'anonymat.

Ce qui rend aussi l'exercice très intéressant – dans la mesure où tout Parisien n'a pas le temps de venir au Collège le jeudi à 10 heures du matin pour suivre un cours, même les jeunes chercheurs –, et qui change beaucoup la donne, c'est l'enregistrement audiovisuel de tous les cours. C'est une

contrainte – je ne vous le cache pas, et tous mes collègues le disent aussi – que d’être filmé : cela vous rend moins libre, beaucoup plus statique et beaucoup plus prudent dans ce que vous dites, chaque mot est pesé, parce que tout reste. Je n’enseigne donc pas du tout aussi librement qu’à mes étudiants en Suisse. Mais en même temps, c’est une grande chance, parce que cela veut dire que l’enseignement peut être suivi par des auditeurs qui ne pourraient pas être présents, parce qu’ils travaillent, parce qu’ils habitent en dehors de Paris ou dans d’autres pays de la francophonie. C’est tout de même fantastique de se dire que l’on peut créer un savoir francophone, accessible par tous en France, mais aussi en Suisse, au Québec, au Sénégal, en Belgique, etc. Vous me direz que si c’était en anglais (comme les cours de droit international que j’ai pu faire pour la Bibliothèque audiovisuelle des Nations Unies, mais qui portent seulement sur un état du droit sur une question donnée, et non pas sur la recherche en voie de se faire), ce serait encore plus universel, mais c’est déjà assez une ressource inouïe. Et cela donne parfois lieu à des retours par mail, de la part d’avocats, de collègues, ou de jeunes chercheurs, par exemple.

La spécificité de la recherche en droit tient au fait qu’il s’agit d’une recherche portant sur une pratique sociale et normative, qui est celle de tous les juristes, même des non-chercheurs, et qui construit et rend la société, il faut l’espérer, plus juste. Cela donne une actualité, une importance à la recherche que l’on fait, qui est peut-être différente de celle des autres disciplines et qui se marie d’autant plus, je pense, avec le projet du Collège de France – présenter cette recherche en voie de se faire. Parce que la recherche juridique en voie de se faire, c’est le droit en voie de se faire et donc la société à venir, tant nationale qu’internationale. Cela donne potentiellement plus d’impact à ce que vous avancez que dans d’autres disciplines, mais aussi plus de responsabilité. Mais je ne porte pas cette responsabilité toute seule, parce que la beauté de cet enseignement, je l’ai dit, c’est qu’il nous est possible d’inviter des intervenantes et intervenants aux séminaires, aux colloques, aux conférences *ad hoc*. Nous avons même la possibilité de créer des chaires annuelles sur des thèmes spécifiques. L’an dernier, par exemple, nous avons invité une autre juriste internationaliste sur la chaire « Avenir commun durable ». Cela permet aussi de d’assurer plus de diversité dans ce qui est offert. Je ne suis pas en train de faire école au Collège. J’ai le sentiment d’avoir une responsabilité envers le public français, celle d’assurer une diversité des points de vue juridiques. Cette année, par exemple, j’ai invité un privatiste qui est venu à la fin du mois de novembre, pour donner une conférence sur le droit privé durable, Ralf Michaels, le directeur de l’Institut Max Planck à Hambourg en droit international privé. J’essaie de convier des juristes différents de moi, disciplinairement, mais aussi sur le plan des opinions.

**RDA – Vous avez dirigé le colloque pluridisciplinaire de rentrée du Collège de France de l’année 2021, intitulé « Inventer l’Europe », et le cycle de conférences « Europe », associé à votre chaire. Quel regard portez-vous sur le dialogue entre chercheurs de différentes disciplines ?**

**S. B. –** C’est aussi une très belle question parce que c’est notamment cela que l’invitation à développer un projet de chaire au Collège de France avait éveillé en moi.

D’une part, la perspective de devoir présenter un nouveau cours chaque année et de devoir rédiger pour enseigner me séduisait beaucoup –, et elle a tenu toutes ses promesses. D’autre part, la seconde promesse suscitée, et qui a également été honorée, était celle de renouer avec le dialogue des disciplines. J’avais connu cela à Oxford, lorsque j’étais *Junior Research Fellow*, en post-doctorat. Au sein de mon *College*, j’ai eu l’honneur de pouvoir aller manger tous les jours à la table commune sans jamais savoir à côté de qui je serais assise. Un jour, c’était l’aumônier ; il fallait alors parler un peu de théologie. Le lendemain, c’était un mathématicien. Le surlendemain, un spécialiste en littérature russe ou en égyptologie. Devoir sans cesse réexpliquer le droit et entrer en relation avec une autre discipline, cela m’a toujours beaucoup plu, et c’est peut-être aussi ce qui explique pourquoi je m’intéresse beaucoup aux sciences en tant que telles. Il y a quelques années, j’ai eu la chance d’ailleurs d’être invitée au *Wissenschaftskolleg* à Berlin, où j’ai retrouvé ce plaisir de la table scientifique commune, des débats pluridisciplinaires. J’étais donc très attirée par la perspective de venir au Collège de France et de pouvoir y renouer avec ces discussions.

Ici, j’ai justement le grand plaisir de pouvoir mener un travail pluridisciplinaire, cette fois-ci de manière pérenne, notamment – mais pas uniquement – lors des colloques de rentrée. Tous les thèmes

ne se prêtent pas à un traitement juridique, mais il y a finalement toujours un peu de droit dans tout. S'agissant du sujet de l'Europe, cela fait des années que je mène des recherches en études européennes en Suisse et que j'ai l'habitude de travailler avec des philosophes, des sociologues, des politologues sur la question, donc l'idée de lancer un cycle « Europe » me plaisait, pour poursuivre cette approche pluridisciplinaire sur un objet commun.

J'ai par ailleurs un nouveau projet qui va commencer l'été prochain, dans le cadre du PEPR<sup>4</sup> sur les origines de la vie, qu'a obtenu le nouveau professeur d'astrophysique au Collège, Alessandro Morbidelli. Il y est surtout question d'astrophysique et d'exobiologie, des domaines vraiment très éloignés du droit, mais le projet comprend aussi un petit groupe de chercheurs en sciences humaines et sociales, piloté par un anthropologue. Et celui-ci comporte un petit volet juridique autour du droit de la science spatiale, des manières d'assurer un accès équitable aux découvertes et aux recherches qui se font dans l'espace, et plus généralement autour de l'avenir du droit international spatial et de la ligne très floue qu'il y a entre exploration et exploitation, exploration scientifique et exploitation commerciale, qui mettent en jeu des intérêts divergents.

Je travaille également assez étroitement avec Antoine Lilti, titulaire de la chaire « Histoire des Lumières, XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle », parce que notre conception actuelle des sciences, celle qui est devenue dominante, émane en grande partie de cette période-là. L'objectif, pour moi, est de raviver le concept de « République des sciences » – une notion de république universelle et comparative des sciences à travers le temps et l'espace – et la tension entre science, droit et politique qu'elle évoquait déjà, et d'en explorer le potentiel en droit international contemporain de la science. Travailler ces thèmes avec un historien de ces idées est tout à fait passionnant.

Voilà des exemples de pluridisciplinarité que je cultive maintenant et qui trouvent au Collège de France un terrain fécond. Tout cela permet de faire découvrir un peu autrement le droit et ce qu'est la normativité du droit : pas quelque chose de purement instrumental, qui vient soit pour cadenasser ou limiter, soit pour être utile à quelque chose de prédéfini, mais le cadre sans lequel il ne peut pas y avoir de science, sans lequel il n'y a pas de construction du savoir, voire de construction sociale et politique. Mais il ne faut pas se bercer d'illusions : il faut souvent expliquer aux autres disciplines que nous, les juristes, ne sommes pas simplement là pour mettre en œuvre quelque chose, pour l'accompagner, afin de se départir du rôle purement instrumental qui nous est souvent conféré dans l'espace public français.

Pour revenir à l'objet de la chaire, il n'y a pas d'institutions sans droit ; il n'y aurait pas de Collège de France non plus, sans droit. Mon collègue Dario Mantovani s'attache d'ailleurs à retracer l'histoire de la structure normative juridique du Collège de France depuis le XVI<sup>e</sup> siècle. C'est un beau projet.

---

4. Programme et équipement prioritaire de recherche, octroyé par l'Agence nationale de la recherche (ANR).

# Variétés autour du droit

---

Dans chaque numéro, la *RDA* donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

---

## Une masse de symboles

**Nicolas Chapalin**

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement à l'Université Paris-Panthéon-Assas

1. Le 6 novembre 2023, devant une auguste et éminente assemblée, Monsieur le président de l'université remit les insignes du doctorat *honoris causa* à Madame Nancy Pelosi, présidente émérite de la Chambre des représentants des États-Unis d'Amérique, au nom de cette université dont il rappela qu'elle est « héritière lointaine du collège de la Sorbonne et de l'université de Paris »<sup>1</sup>.

2. À n'en pas douter, tout, lors de cette cérémonie, devait attester cette filiation. Le lieu, naturellement, car le grand amphithéâtre de la Sorbonne, que l'abbé Nicolle fit édifier en 1822, fut rénové et inauguré le 5 août 1889 parallèlement à renaissance de l'université de Paris<sup>2</sup>. Le titre de docteur *honoris causa*, ensuite, qui fut conféré, pour la première fois, en 1918, par l'université de Paris au président étatsunien Woodrow Wilson<sup>3</sup>. La masse de l'ancienne Faculté de droit

de Paris, enfin, agilement arborée par un représentant de la Chancellerie des universités.

3. À vrai dire, l'identification précise de cette masse n'alla pas de soi. Dans un premier temps, il était tentant, à raison des circonstances, d'y déceler la masse de la Chambre des représentants des États-Unis, composée de treize tiges de bronze, représentant les treize colonies britanniques d'Amérique du Nord, repoussées par des brins d'argent entrecroisés sur la longueur et surplombées d'un globe sur lequel un pygargue à tête blanche se trouve majestueusement perché<sup>4</sup>. C'était sans compter l'intelligence et la culture d'une historienne du droit – qu'il faut se réjouir de compter parmi ses amis –, qui, excusant généreusement cette méprise, suggéra d'orienter la recherche non vers la masse de la Chambre des représentants, mais vers les masses de la Chancellerie.

---

1. Cette variété n'aurait pu paraître sans le concours de Mesdames Anne Fréchar, directrice des cérémonies et du protocole au cabinet du recteur de l'Académie de Paris, et Florianne Le-Thiez-Carotenuto, chef du service développement et mécénat du Rectorat, par quoi il faut espérer qu'elles trouveront, en ces lignes, l'expression de la profonde gratitude de leur auteur.

2. J. Bonnerot, *La Sorbonne : sa vie, son rôle, son œuvre à travers les siècles*, PUF, 1927, p. 32-33 et 95-96.

3. F. Larnaude, A. Croiset et L. Poincaré, « Le Président Wilson à la Sorbonne. L'Université de Paris lui confère le titre de docteur *honoris causa* », *Rev. int. enseig.* 1919, p. 5.

4. S. A. Bedini, *The Mace and the Gavel. Symbols of Government in America*, American Philosophical Society, 1997, p. 30.

4. Les deux masses partagent, pour autant, une origine commune. Elles dérivent, toutes deux, des masses d'armes, lesquelles comptent parmi les premières armes de l'Humanité<sup>5</sup> et qui, particulièrement à l'époque médiévale, apparurent couramment associées à la force brutale et primitive<sup>6</sup>. Attribut fondamental d'Héraclès<sup>7</sup>, la masse a pourtant, entre les mains de Vishnu, un sens tout différent : elle incarne la connaissance primordiale et la puissance de connaître. Elle s'identifie simultanément à Kālī, parèdre noire de Shiva, en laquelle les théologiens brahmaniques célèbrent l'omnipotence divine du temps créateur et destructeur, selon l'*Upanishad* dédiée à la divinité indoue Krishna<sup>8</sup>. Somme toute, la masse conjugue la marque de la puissance physique et le reflet de l'autorité intellectuelle.

5. C'est sans doute dans le faisceau des licteurs romains que s'épuise au plus haut point cette double signification. Ensemble de verges de bois d'orme ou de bouleau liées entre elles par des liens rouges, parfois réhaussé d'une hache, le faisceau fut introduit, à suivre Tite-Live, sous la monarchie étrusque<sup>9</sup> et subsiste, en composition avec d'autres emblèmes, dans le répertoire républicain<sup>10</sup>. Il exprima l'*imperium*, ce pouvoir qui fut celui du roi, puis des magistrats supérieurs, dictateurs, maîtres de cavalerie, consuls, préteurs et, purgé de sa nature politico-judiciaire, des prêtres<sup>11</sup>, et représenta les instruments de la mise à mort par *verberatio* et par décapitation<sup>12</sup>. Attributs directs de la fonction de ceux qui les reçurent, les faisceaux furent portés devant leurs

détenteurs et abaissés devant une autorité supérieure. La présence des licteurs permit également de définir physiquement le groupe d'autorité et d'établir, entre le magistrat et le peuple, l'écart autorisant le premier à déployer la majesté de sa personne dans toute son ampleur et, partant, de trouver les moyens de l'exercice de son autorité<sup>13</sup>.

6. Certains des ministres qu'employèrent le corps des universités exercèrent des fonctions largement semblables à celles des licteurs romains. Ainsi, les bedeaux et appariteurs de l'Université, dont la présence est établie dès le premier instant de l'institution<sup>14</sup>, furent armés de sceptres ou masses pour marquer l'autorité de ceux qu'ils précédèrent et pour veiller à leur défense respective<sup>15</sup>, bien que certaines de ces masses eurent des attributs d'armes offensives.

7. Néanmoins, à partir du <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, ces masses perdirent leur usage tactique à la faveur d'une signification strictement symbolique<sup>16</sup>. Plus ouvragées et construites des métaux les plus précieux, leur utilisation s'étendit dans la société et elles devinrent la marque de la concession, par le souverain, d'une partie de l'exercice de sa puissance et signe de juridiction. Aussi les officiers des universités se virent-ils reconnaître, peu ou prou, les mêmes fonctions que les licteurs romains et les sergents des juridictions royales<sup>17</sup>. Tous obéissaient au recteur, premier homme de l'université, et portaient ses ordres et mandements aux doyens des Facultés et procureurs des

- 
5. E. Viollet-le-Duc, *Dictionnaire raisonné du mobilier français de l'époque carlovingienne à la Renaissance*, t. 6, A. Morel, 1875, p. 192, v° « Masse ».
6. J. Chevalier et A. Gheerbrant (dir.), *Dictionnaire des symboles. Mythes, rêves, coutumes, gestes, formes, figures, couleurs et nombres*, t. 3, *H à Pie*, Seghers, 1974, p. 194, v° « Massue ».
7. Pausanias, *Voyage historique, pittoresque et philosophique de la Grèce*, t. 1, rééd., trad. N. Gedoyn, Debarle, 1797, II, 31, p. 457 ; t. 2, V, 25, p. 427.
8. J. Gonda, *Les religions de l'Inde*, t. 2, *L'hindouisme récent*, trad. L. Jospin, Payot, coll. « Les religions de l'Humanité », 1965, p. 252-253.
9. Tite-Live, *Histoire romaine*, t. 1, *Livre I*, rééd., texte établi par J. Bayet, trad. G. Baillet, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1940, I, 8, p. 15-16.
10. B. Richard, *Les emblèmes de la République*, rééd., préf. A. Corbin, CNRS, coll. « Biblis », 2015, p. 322-324.
11. Th. Mommsen, *Le droit public romain*, t. 2, trad. P. F. Girard, E. Thorin, 1892, p. 2-26.
12. J.-M. David, *Au service de l'honneur. Les appariteurs de magistrats romains*, Les Belles Lettres, coll. « Mondes anciens », 2019, p. 32.
13. *Ibid.*, p. 34-37.
14. C. Égasse du Boulay, *Remarques sur les bedeaux de l'université*, P. et J. de Bresche, 1670, p. 3-4.
15. P.-A. Pajon de Moncets, *De l'origine des appariteurs des universités, et de leurs masses*, F.-A. Quillau, 1782, p. 61.
16. C. Égasse du Boulay, *Remarques sur la dignité, rang, préséance, autorité et juridiction du recteur de l'université de Paris*, P. de Bresche, 1668, p. 26.
17. Sur cette analogie, v. E. Pasquier, *Les recherches de la France*, t. 1, rééd., Compagnie des libraires associés, 1623, IX, 22, p. 936-937.

Nations. Certes, ces officiers n'annoncèrent qu'un tribunal ayant une autorité limitée et seulement nécessaire à la police intérieure de l'établissement<sup>18</sup>. Pour autant, il ne faudrait en inférer que les universités, dont les membres furent soustraits à la juridiction des « hommes ignorants »<sup>19</sup> et jouirent du privilège d'être jugés par les clercs<sup>20</sup>, furent privées de la haute justice *quæcum imperio non erat* et qu'elles n'eurent à connaître d'affaires criminelles<sup>21</sup>. En somme, à la manière du *skêptron* d'Agamemnon<sup>22</sup> ou du *sceptrum* de Junon<sup>23</sup>, les masses des universités devinrent le premier symbole de la puissance coercitive.

**8.** Ces massiers, dans l'ancienne université de Paris, furent au nombre de quatorze, à savoir deux en chaque Nation et deux en chaque Faculté et distingués entre eux par grands et petits bedeaux<sup>24</sup>. Leurs masses, d'or et d'argent, se trouvèrent saisies pendant la Révolution à l'occasion de la réquisition des métaux précieux et envoyés à la fonte. Toutefois, lorsque l'Université de France fut constituée, le 17 mars 1808, les Facultés de droit, médecine, sciences, lettres et pharmacie acquirent à nouveau leurs masses, mais d'un modèle différent de celui en usage avant 1789<sup>25</sup>. Elles sont représentées, peintes en or, sur les panneaux des portes du grand salon de la Sorbonne, dans l'appartement du recteur, et en cuivre ciselé sur les portes intérieures du grand amphithéâtre, au bas de l'escalier. La première masse exécutée fut celle de la médecine, réalisée par Jean-Baptiste-Claude Odiot, orfèvre de l'empereur, lequel chargea son dessinateur habituel, Antoine-Denis Chaudet, d'en préparer

le dessin, aussitôt approuvé par l'assemblée des professeurs le 14 fructidor an X<sup>26</sup>.

**9.** Sortie, quant à elle, des ateliers de Jean-Charles Cahier, orfèvre du roi et successeur de Martin-Guillaume Biennais, la masse de la Faculté de droit est bien plus riche et décorative que les quatre autres. Elle se compose d'une tige étoilée supportant un groupe de quatre femmes, pareilles à des caryatides et reconnaissables à leurs attributs, lesquelles symbolisent les quatre codes : les code de procédure civile, code de commerce, code d'instruction criminelle et code pénal s'adossent à un pilier et soutiennent un plateau circulaire sur lequel trône, sur un fauteuil, la Loi. La représentation de la Loi, qui semble inspirée d'un méreau ancien de la Faculté de droit, est figurée la main droite étendue et tenant un sceptre incliné, la main gauche posée sur les tables de la Loi sur lesquelles il est indiqué, à gauche, « Code civil » et, à droite, « *Jus romanum* ». À l'arrière, la Loi est escortée d'un lion majestueux. Au dos du fauteuil, une inscription révèle que la masse fut offerte par le jurisconsulte Claude-Étienne Delvincourt (1762-1831), doyen de la Faculté de 1810 jusqu'à la révolution de 1830, époque où il fut révoqué de son décanat<sup>27</sup>.

**10.** Ces symboles se séparent du nombre plus qu'ils ne s'en confondent. La tige, en premier lieu, est greffée de soixante-douze étoiles à cinq branches. Or, soufflé par la philosophie révolutionnaire, le recours à l'étoile n'est pas anodin : il résulte d'un choix symbolique soustractif<sup>28</sup>. C'est qu'en effet, à la différence de la fleur de lys ou de l'aigle, identifiés à des courants dynastiques et

18. C. Égasse du Boulay, *Remarques sur la dignité, rang, préséance, autorité et juridiction du recteur de l'université de Paris*, op. cit., p. 94-98.

19. J.-B. Biot, *Essai sur l'histoire générale des sciences pendant la Révolution française*, J. B. M. Duprat, 1803, p. 46.

20. E. Dubarle, *Histoire de l'Université de Paris*, t. 1, F. Didot, 1844, p. 65-71. V., spécifiquement sur le *privilegium fori*, M.-M. Davy, « La situation juridique des étudiants de l'université de Paris au XIII<sup>e</sup> siècle », *RHEF* 1931, p. 297, spéc. p. 297-302.

21. H. Coringius, *De antiquitatibus academicis*, t. 6, *Habitæ in academia Iulïa*, H. Mulleri, 1651, p. 142-143.

22. Homère, *Iliade*, t. 1, *Chants I-VI*, rééd., texte établi et trad. P. Mazon, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1947, II, 46, 100-101 et 185-186, p. 31, 33 et 36 ; t. 2, *Chants VII-XII*, VII, 412, IX, 38 et 99, p. 19, 52 et 55.

23. Virgile, *Énéide*, t. 1, *Livres I-IV*, rééd., trad. J. Perret, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1977, I, 78, p. 8.

24. C. Égasse du Boulay, *Remarques sur les bedeaux de l'université*, op. cit., p. 3.

25. J. Bonnerot, *La Sorbonne : sa vie, son rôle, son œuvre à travers les siècles*, op. cit., p. 100.

26. J. Bonnerot, *La Sorbonne : sa vie, son rôle, son œuvre à travers les siècles*, op. cit., p. 100-101.

27. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 240-241, v<sup>o</sup> « Delvincourt Claude-Étienne ».

28. M. Pastoureau, *Dictionnaire des couleurs de notre temps. Symbolique et société*, Bonneton, 1992, p. 71.

politiques, le motif étoilé, en ce qu'il tire son origine du langage militaire autonome<sup>29</sup>, est parfaitement consensuel. Cette moindre charge idéologique et la relative neutralité des étoiles expliquent vraisemblablement leur réemploi successif par quatre républiques et le régime de Vichy, dont l'emblème, la francisque, laissa apparaître dix étoiles flavescentes<sup>30</sup>. Surtout, l'étoile évoque la connaissance, cette lumière qui éclaire dans les moments les plus voilés des âmes égariées, par quoi elle partage la raison de l'Université. Aussi l'étoile du matin, dans l'Apocalypse de Jean, annonce-t-elle la lumière apportée par Jésus et dissipe-t-elle les ténèbres de la nuit de l'ignorance<sup>31</sup>.

**11.** Plus haut, quatre femmes, semblables à des caryatides, soutiennent le plateau abritant la composition principale de la masse. À dire vrai, cet emploi serait pour le moins curieux dès lors, d'après Vitruve, que ces sculptures féminines, œuvres majeures de l'art hellénistique, furent offertes à Athènes en « exemple éternel de servitude » ; les caryatides incarnent les femmes de Karyes, en Laconie, lesquelles, fautives d'avoir pris le parti de la Perse lors des guerres médiques, furent asservies et statufiées en place des colonnes, en guise d'éternelle punition<sup>32</sup>. Par suite, ces quatre figures féminines ne doivent souffrir cette mauvaise interprétation et il y a lieu de n'y voir que de parfaites incarnations de l'œuvre napoléonienne<sup>33</sup>.

**12.** La première de ces figures se présente sous les traits de Thémis et évoque le code pénal promulgué en 1810 par Napoléon<sup>34</sup>. Elle est munie, à gauche, d'une balance représentant la pesée à charge et à décharge, et, à droite, d'un glaive rappelant la dimension répressive de la justice pénale<sup>35</sup>. En raison de ces attributs et s'il convient effectivement d'y voir l'évocation du code pénal, il se pourrait bien qu'elle représentât Dikè, l'une des Heures nées de Zeus et Thémis, que ce premier a répandues sur la terre pour observer les actions bonnes et mauvaises, et, enveloppées de nuages, donner les richesses à ceux qui la vénèrent, le châtiment à ceux qui la violentent ou la méconnaissent<sup>36</sup>. La deuxième figure féminine de la masse évoque le code d'instruction criminelle promulgué en 1808. Cette figure prend la forme de Prudence, divinité allégorique romaine reconnaissable au bâton d'Asclépios, surmonté d'un miroir, ici convexe, rappelant que Prudence se nourrit de la réflexion sur le passé pour prévenir le futur, attribut autour duquel s'enroule la couleuvre qui apporta au dieu de la médecine le brin d'herbe à la faveur duquel il ressuscita Glaucos<sup>37</sup>. D'évidence, le choix de représenter le code d'instruction criminelle par la prudence est amplement justifié par cela même que cette vertu, dont saint Thomas releva qu'elle doit diriger les trois autres<sup>38</sup>, est la continuation même de la procédure dans le *kairos* invisible de la justice, celle qui impose au juge de se lier au formalisme procédural jusqu'à acquérir l'« intime conviction » de l'article 427 du code de procéd-

29. G. Dillemann, « Les étoiles. Insignes des grades et des fonctions des officiers généraux », *Carnet de la Sabretache* 1976, n° 32, p. 43-49.

30. F. Lagrange, « Signes du pouvoir militaire : de l'épée de connétable au bâton de maréchal », *Bulletin du Centre de recherche du château de Versailles* 2005, p. 1, spéc. n°s 44-45.

31. Ap 22, 16.

32. Vitruve, *De l'Architecture*, t. 1, *Livre I*, rééd., texte établi et trad. Ph. Fleury, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1990, I, 5, p. 31. Contra Th. Homolle, « L'origine des caryatides », *Revue Archéo.* 1917, n° 5, p. 1.

33. Sur les cinq codes napoléoniens, v. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. « Quadrige », 2012, n° 16. Adde A.-J. Arnaud, J.-L. Halpérin et R. Martinage, « L'esprit des codes napoléoniens », in S. Goyard-Fabre (dir.), *L'État moderne : regards sur la pensée politique de l'Europe occidentale entre 1715 et 1848*, J. Vrin, coll. « Histoire des idées et des doctrines », 2000, p. 227.

34. V., sur l'esprit napoléonien des codes criminel et d'instruction criminelle, G. Levasseur, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », in J.-L. Harouel (dir.), *Mélanges J. Imbert*, PUF, 1989, p. 372 ; M. Sabatier, « Napoléon et les codes criminels », *RPDP* 1910, p. 905.

35. A. Papaux, « La balance : de la "re-présentation" de la justice à la présentation du droit », *IRAScible* 2022, n° 9, p. 49.

36. Hésiode, « Théogonie », in *Théogonie. Les travaux et les jours. Le bouclier*, rééd., trad. P. Mazon, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1928, 901-906, p. 64.

37. Hygin, *L'Astronomie*, rééd., texte établi et trad. A. Le Bœuffe, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1983, II, 14, 5, p. 46.

38. Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, t. 8, rééd., annotation et trad. F. Lachat, L. Vivès, 1857, Ilae, quest. XLVII, art. 5, p. 281-284.

dure pénale<sup>39</sup>. À droite, le code de procédure civile napoléonien s'incarne en Athéna, troisième figure représentée sur la masse identifiable au rameau d'olivier qu'elle soulève de sa main gauche. Chacun sait en effet que la déesse olympienne se plaît « aux clameurs, aux guerres, aux combats »<sup>40</sup>. Or, la procédure ne détermine-t-elle pas les règles de ce combat qu'est le procès civil et que le juge est appelé à arbitrer ? Il se pourrait également que cet arbre nourricier qu'Athéna fit surgir du sol rocaillieux de l'Acropole<sup>41</sup> fût l'attribut d'Eiréné, dont le nom grec signifie « paix ». Il conviendrait en ce cas de concevoir la procédure civile comme un « agent d'ordre et de paix sociale »<sup>42</sup>. Elle n'est effectivement rien d'autre qu'un ensemble de règles qui oblige les parties au combat judiciaire à s'en remettre à la civilité consubstantielle à la citoyenneté, à la concorde à laquelle ils n'eussent pu prétendre à l'état de nature, en définitive à la paix que présuppose la vie en société et dont Eiréné est garante. Enfin, la quatrième et dernière figure de la masse s'apparente au code de commerce promulgué en 1807, dont la genèse tient sûrement moins à Napoléon qu'à Cambacérès<sup>43</sup>. Du moins, c'est ce dont il faut inférer de la présence d'une ancre et du caducée d'Hermès<sup>44</sup>, baguette d'or échangée à Apollon, coiffée des ailes hermaïques et entourée de deux serpents que le dieu du commerce et des voyages sépara sur le mont Cithéron<sup>45</sup>.

**13.** Au sommet de la masse, la figure centrale représente une allégorie féminine de la Loi, comme assise sur son trône, vêtue d'une longue robe et d'un plastron. Pourtant, à nouveau, cette composition remarquable, inspirée d'un style évoquant l'art roman, échappe à l'ordinaire. Si la

personnification et les tables de la Loi comptèrent parmi les éléments principaux de l'iconographie juridique occidentale, ces représentations demeurèrent quantitativement et qualitativement moins importantes en comparaison des symboles de la justice<sup>46</sup>. Ainsi, Monsieur le professeur Christian-Nils Robert observe que « contrairement à la Justice, le Droit de l'État ne se laisse point saisir par l'image : il reste une abstraction, que l'allégorie même ne représentera que peu avant le XIX<sup>e</sup> siècle, période des grandes codifications »<sup>47</sup>. Pour cause, la diffusion de l'imprimerie, combinée à l'expansion de la législation écrite, rendirent parfaitement inutile la figuration du texte et, en cela, amorcèrent l'avènement d'un droit aniconique<sup>48</sup>. Par contraste, la masse de l'ancienne Faculté de droit de Paris témoigne de la réunion du droit et de l'image qui, à partir de la Révolution et du triomphe du principe de légalité et de suprématie de la loi<sup>49</sup>, conduisit à son exaltation esthétique et à la représentation de la souveraineté du droit par l'allégorie et l'icône des tables de la Loi.

**14.** Dans le même sens, la reproduction de textes juridiques sur les symboles du droit écrit ajoute au contenu signifié de ces icônes. Les caractéristiques juridiques fondamentales associées à la supériorité de l'écrit, soit la certitude, la précision, la cohérence et l'accessibilité, en même temps que la permanence et la stabilité, se reflètent de la sorte dans le symbole, le signifiant, du support de l'écriture. En la matière, le joyau ciselé par Jean-Charles Cahier se distingue en faisant apparaître sur ces tables, non la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais l'œuvre de Bigot de Préameneu, Maleville, Porta-

39. A. Garapon, « Entre procédure et vertu, la prudence », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 214, spéc. p. 221-225.

40. Hésiode, « Théogonie », *op. cit.*, 924-926, p. 65.

41. Apollodore, *Bibliothèque*, annotation et trad. J.-C. Carrière et B. Massonnet, PUFC et Les Belles Lettres, coll. « Annales littéraires de l'Université de Besançon », 1991, III, 14, 1, p. 112.

42. C. Chainais et al., *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, n<sup>o</sup> 100.

43. A. Lefebvre-Teillard, « Cambacérès et le Code de commerce », in *Le Code de commerce, 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 1.

44. V., sur l'identité des fonctions d'Hermès et de mercure, Plaute, « Amphitryon », in *Comédies*, t. 1, *Amphitryon. Asinaria. Aulularia*, rééd., texte établi et trad. A. Ernout, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1952, Prol., 1-15, p. 11.

45. Hygin, *L'Astronomie*, *op. cit.*, II, 7, 2, p. 34-35.

46. N. Paquin (dir.), *Les signes de la justice et de la loi dans les arts*, PUL, coll. « Mercure du Nord », 2008, p. 18-19.

47. Ch.-N. Robert, *La justice : vertu, courtisane et bourreau. Une allégorie parfaite*, Georg éd., 1993, p. 42.

48. R. Jacob, *Images de la justice : essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, préf. P. Truche et M. Ezratty, Le Léopard d'or, 1994, p. 165-194.

49. J. Carbonnier, « La passion des lois au siècle des Lumières », in *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Defrénois, 1995, p. 239.

lis et Tronchet et le droit romain qui les inspira<sup>50</sup>. Il était d'autant plus pertinent de convoquer ces deux sources que le Code civil procède, lui-même, d'une « transaction entre le droit écrit et les coutumes »<sup>51</sup> et que ses rédacteurs virent, dans le droit romain, la « raison écrite »<sup>52</sup>.

**15.** La singularité de la masse de Jean-Baptiste-Claude Odier s'exprime, enfin, par le choix d'y figurer un lion aux côtés de l'allégorie de la Justice. Le fruit des amours d'Echidna et d'Orthos<sup>53</sup> n'a en effet jamais fait partie du répertoire emblématique de la France ; à aucun moment de son histoire celle-ci ne s'est reconnue, identifiée ou proclamée dans cet animal<sup>54</sup>. En outre, en tant que symbole de puissance, le lion apparaît souvent sur les trônes, mais bien plus rarement en tant qu'attribut de la Justice. Le lion et la Justice ne sont pourtant pas étrangers. Ainsi, déesse de la Justice, fille de Zeus et de Thémis, Astrée régna parmi les hommes durant l'âge d'or et s'enfuit, quand vint l'âge du fer, effrayée par les perversions de l'âme humaine et indignée par le débordement des vices<sup>55</sup>. Astrée se réfugia dans le ciel sous le nom de vierge et prit place entre la balance, son principal attribut, et le lion, que

Zeus transporta parmi les étoiles pour commémorer la victoire de son fils sur le lion de Némée<sup>56</sup>. C'est dire qu'à l'image du zodiaque, la Justice doit se parer des vertus de l'animal et de l'instrument qui la ceignent : il s'agit, d'une part, de chercher chez le juge les traces d'une âme intrépide et forte, celle dont est animé le lion, afin qu'aucune menace ni aucune offre ne l'écarte de ce qui est droit et équitable et, d'autre part, de juger et peser les fautes et mérites de tous suivant l'aiguille de la balance afin que chacun reçoive ce qui lui revient<sup>57</sup>.

**16.** Somme toute, si la masse de l'ancienne Faculté de droit de Paris est une production originale en ce qu'elle exploite divers symboles qui ne se rencontrent que rarement dans l'iconographie juridique et judiciaire, l'idée qu'ils réveillent demeure, elle, tout à fait ordinaire : la force de la loi n'est acquise qu'aux causes justes. À n'en pas douter, ce sont ces justes causes auxquelles Madame Nancy Pelosi œuvra avec force, dans ce pays en lequel Tocqueville chercha « une image de la démocratie elle-même »<sup>58</sup>, par quoi il faut se féliciter qu'elle fût honorée du titre de docteur *honoris causa*.

50. V. entre autres J.-L. Thireau, « Fondements romains et fondements coutumiers du code civil », *Droits* 2005, n° 42, p. 3.

51. J.-É.-M. Portalis, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement », in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 1, F. Videcoq, 1836, p. 463, spéc. p. 481.

52. « Précis historique sur la confection du code civil », in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, op. cit., p. XXXV-CXXXVIII, spéc. p. LXXXVII.

53. Hésiode, « Théogonie », op. cit., 325-333, p. 43-44.

54. M. Pastoureau, *Les emblèmes de la France*, Éd. Bonneton, 1998, p. 171, v° « Lion ».

55. Ovide, *Les Métamorphoses*, t. 1, *Livres I-IV*, rééd., trad. G. Lafaye, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 1966, I, 141-150, p. 12.

56. Ératosthène de Cyrène, *Catastérismes*, rééd., par J. Pàmias i Massana, trad. A. Zucker, Les Belles Lettres, coll. « CUF », 2013, IX et XII, p. 38-39 et p. 28-29.

57. J. P. Valeriano Bolzani, *Hieroglyphica, sive De sacris Ægyptiorum literis commentarii*, rééd., Th. Guarin, 1575, LIX, p. 435, v° « Astræa, Justitia ».

58. A. de Tocqueville, « De la démocratie en Amérique », in *Œuvres*, t. 2, rééd., Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1992, p. 1, spéc. p. 15.

# Variétés autour du droit

---

L'Association du Collège de droit et de l'École de droit a organisé au printemps 2023 la troisième édition de son concours d'articles. Le principe en est le suivant : sur un thème défini par l'Association, chaque article est rédigé par deux étudiants, l'un du Collège de droit, l'autre de l'École de droit. Les articles sont soumis à l'appréciation d'un jury qui était composé en 2023 des Professeurs Thomas Genicon et Marie Caffin-Moi. Le Prix du meilleur article est remis à l'occasion de la finale du concours de Plaidoyers du Collège de droit au mois de juin. Les heureux gagnants se voient remettre des ouvrages par les éditions Lextenso. Le thème choisi pour cette troisième édition était « L'intelligence artificielle dans le procès ». L'article qui a été distingué par le jury est reproduit ci-dessous.

Cécile Pérès, *Directrice du Collège de droit*

---

## L'intelligence artificielle dans le procès. Vers une « smartjustice » régulée ?

**Jules Burgo-Küntzmann**

Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Sarah Vivat**

Doctorante contractuelle à l'Université Paris-Panthéon-Assas, diplômée de l'École de droit

Déjà en son temps, Claude-Albert Colliard dénonçait le mépris des juristes à l'égard des évolutions technologiques<sup>1</sup>. À l'heure de la démocratisation de l'intelligence artificielle (IA), cette observation semble brûlante d'actualité.

Si l'IA effraie par son caractère énigmatique, le Parlement européen a toutefois tenté d'en définir les contours. Il s'agit d'« un logiciel développé au moyen d'une ou plusieurs techniques et approches [...] qui peut, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions influençant les environne-

ments avec lesquels il interagit »<sup>2</sup>. Les termes de *prédictions* et *décisions* sont particulièrement évocateurs dans le domaine de la justice. La prédiction, associée à la prévisibilité, est « inscrite dans la nature même du droit qui est de rendre les rapports sociaux prévisibles »<sup>3</sup>. La décision, quant à elle, renvoie à l'aboutissement du processus juridictionnel. L'utilisation de ces termes choisis est donc annonciatrice des bouleversements que risque d'entraîner l'IA au sein de la justice.

Confrontée à la justice, l'IA passionne autant qu'elle affole. D'aucuns fantasment l'arrivée prochaine de la figure du « juge-robot »<sup>4</sup>. Il n'est,

- 
1. C.-A. Colliard, « La machine et le droit privé français contemporain », in *Le droit privé français au milieu du xx<sup>e</sup> siècle, Études offertes à George Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 115.
  2. Proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, 21 avr. 2021, art. 3, 1.
  3. A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, 31.
  4. A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019, p. 188.

heureusement, pas encore question d'un remplacement du juge par l'IA, ce qui ne serait pas sans éveiller certaines craintes, notamment s'agissant des droits fondamentaux. Loin de constituer un idéal, cette perspective témoigne de la nécessité de procéder à la régulation de ces nouveaux outils.

Si l'IA ne doit pas être fantasmée, elle ne doit pas non plus être aveuglément repoussée. Dans un contexte d'engorgement des tribunaux, l'apparition de ces outils technologiques sonne comme la promesse de jours meilleurs, en favorisant l'émergence d'une *smartjustice*<sup>5</sup> associée à des objectifs d'efficacité et de rentabilité. Dans ce contexte, l'IA doit être vue comme le moyen de parvenir à une justice plus qualitative.

Si l'IA constitue un outil ambivalent, tantôt au service, tantôt au détriment des acteurs du procès (I), le phénomène semble aujourd'hui appréhendé par le droit comme devant faire l'objet d'une régulation (II).

## I. L'intelligence artificielle dans le procès, un outil ambivalent

L'espoir d'une coopération des secteurs juridique et numérique (A) en vue de permettre une meilleure efficacité de la justice ne gomme pas la menace d'une justice soumise à la loi algorithmique (B).

### A. L'espoir d'une coopération juridique et numérique

Dans un contexte d'engorgement des tribunaux, l'IA apparaît comme la promesse d'une justice rapide, qualitative et efficace. Au nom de la sécurité juridique, elle est synonyme d'un nouveau modèle de justice, fondé sur une meilleure prévisibilité des décisions et, partant, une plus grande sécurité juridique. En effet, à la différence du juge, la machine semble être gage d'objectivité, gommant toute subjectivité humaine. Couplée à l'*open data* qui vise à mettre à disposition des usagers les données numériques récoltées par les services publics, l'utilisation des algorithmes permettrait une meilleure harmonisation de la juris-

prudence<sup>6</sup>. L'utilité de l'IA peut également se révéler dans le chiffrage des prestations compensatoires, ou bien des indemnités de licenciement. Ainsi, si l'IA permet incontestablement un allègement du travail des juges par la prise en charge des tâches les plus chronophages, elle peut également lui servir d'appui dans sa prise de décision, en lui suggérant la solution la plus pertinente dans une espèce donnée.

À l'égard des parties au procès, l'IA s'inscrit dans l'aide à la définition d'une stratégie judiciaire<sup>7</sup>. D'abord, elle permet d'apprécier l'opportunité d'engager une procédure judiciaire en analysant les chances de succès de celle-ci, par la modélisation de l'aléa judiciaire. Parallèlement, l'IA peut permettre de consolider les chances de succès d'une procédure, en dévoilant à l'avocat les moyens de droit les plus convaincants.

En garantissant à tous les acteurs du procès une rentabilité maximale, avec un minimum de moyens<sup>8</sup>, l'émergence d'une *smartjustice* constitue un véritable atout, tant pour le service public de la justice que pour les parties au procès. Cette considération n'est toutefois pas de nature à gommer la menace d'une justice soumise à la loi algorithmique.

### B. La menace d'une justice soumise à la loi algorithmique

Si l'IA et, plus spécifiquement, les nouveaux outils d'aide à la décision peuvent s'avérer particulièrement profitables pour la justice, il n'en demeure pas moins que risque de planer sur celle-ci la menace d'une soumission à la loi algorithmique. Nourrissant un scepticisme poussé à l'extrême, il serait même possible de conjecturer que la réalisation de ce risque pourrait intervenir à toutes les étapes du processus décisionnel.

À titre liminaire, il convient de se pencher sur l'*élaboration de l'algorithme* elle-même. Nonobstant son caractère prétendument neutre, il est indéniable que l'algorithme incorpore les partis pris de ses concepteurs<sup>9</sup>. En effet, l'algorithme est déterminé par des choix humains antérieurs. Outre la subjectivité de leurs concepteurs, ces

5. A. Garapon, *op. cit.*

6. J.-M. Sauvé, « Introduction », in Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (dir.), *La justice prédictive*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2018 p. 8.

7. I. Sayn et M. Cottin, « Présentation », dossier « Justice et numérique. Quelles (r)évolutions ? », *JCP G* 2019, supplément au n° 44-45, p. 5.

8. A. Garapon, *op. cit.*

9. CNIL, « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », *Rapport de synthèse*, déc. 2017, [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cnil\\_rapport\\_garder\\_la\\_main\\_web.pdf](https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf).

algorithmes intègrent également une certaine dimension économique visant à défendre les intérêts commerciaux de leurs créateurs. Ce processus finit par aboutir à la création d'une nouvelle « normativité numérique »<sup>10</sup> qui n'est pas sans danger, car dénuée de toute légitimité démocratique. À cet égard, un auteur met en garde contre le risque d'une normativité juridique supplantée par une normativité algorithmique<sup>11</sup> empreinte d'une logique capitaliste incompatible avec les valeurs de Justice. Créée par des entités privées, au premier rang desquelles figurent les multinationales<sup>12</sup>, cette normativité numérique risque d'éclipser la normativité juridique articulée autour de lois républicaines à la légitimité incontestable.

Vient ensuite le moment de la *délibération*<sup>13</sup>. À cette occasion, le juge pourrait, sous la pression de la productivité, se contenter d'en référer à la manière dont ses pairs ont déjà rendu des décisions, ce qui constituerait une atteinte certaine à son indépendance<sup>14</sup>. Le recours à l'IA dans le procès pourrait même conduire à « cristalliser »<sup>15</sup> la jurisprudence. Cette perspective de décisions uniformisées va toutefois à l'encontre de l'article 1355 du Code civil relatif à l'autorité relative de la chose jugée, qui prescrit que le juge ne saurait se fonder « sur une autre décision pour statuer sur le cas qui lui est soumis »<sup>16</sup>.

Ensuite, la *motivation*<sup>17</sup> de la décision pourrait également se trouver dépréciée par l'usage des algorithmes. En effet, le juge pourrait se retrouver contraint de justifier les raisons qui l'ont poussé à se détourner des préconisations algorithmiques<sup>18</sup>. À cet égard, un auteur a pu dénoncer une « factualisation du droit » fondée sur la nécessité de motiver, non plus la décision rendue, mais les raisons qui ont poussé le juge à s'écarter des recommandations proposées par l'algorithme<sup>19</sup>.

Enfin, s'agissant de la *décision* elle-même, le risque serait celui du développement d'un « solutionnisme »<sup>20</sup> malvenu, fondé uniquement sur la volonté d'aboutir à une *solution* et niant toute la phase procédurale de révélation de la vérité au juge<sup>21</sup>. Finalement, la recherche d'une solution finirait par supplanter la quête de la vérité.

L'exposé précédent a permis de dévoiler les menaces pesant sur la justice du fait de l'intégration de l'IA dans le procès et ainsi de mettre en évidence la nécessité d'une régulation de ces nouveaux outils.

## II. L'intelligence artificielle dans le procès, un objet de régulation

Le droit a tenté de se saisir des difficultés liées à l'IA dans le secteur de la justice en proclamant des principes tirés de la *soft law*, lesquels n'apparaissent toutefois pas suffisamment dissuasifs (A). Dans ce contexte, il est nécessaire de mettre en place une obligation d'« explicabilité » des algorithmes (B).

### A. Le constat de l'impuissance de la *soft law*

Afin d'encadrer l'utilisation de l'IA, les autorités ont fait le choix de la *soft law* voyant dans la mise en place d'une réglementation contraignante un caractère prématuré et étouffant pour l'innovation. La *soft law* renvoie à un ensemble de règles, présentant une faible force normative, ayant pour objet d'orienter les comportements de ses destinataires.

Dans le contexte de l'IA, la *soft law* se manifeste par une profusion assumée de recommandations éthiques. À ce titre, la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) a adopté, en 2018, une *Charte éthique européenne sur l'utilisation de l'IA dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, dans laquelle

10. G. Kettani, « Quand l'algorithme écrit le droit : les conséquences de la nouvelle normativité numérique », *D.* 2022, p. 552.

11. L. Viaut, « Les fonctions de l'intelligence artificielle dans les décisions de justice », *LPA* 2020, p. 21.

12. G. Kettani, préc.

13. S. Amrani-Mekki, « L'intelligence artificielle et la fonction de juger », Colloque organisé à la Cour de cassation, Cycle 2022, 21 avr. 2022.

14. *Ibid.*

15. J.-M. Sauvé, *op. cit.*

16. L. Pécaut-Rivolier et S. Robin, « Justice et intelligence artificielle, préparer demain », *Dalloz actualité* 14 avr. 2020.

17. S. Amrani-Mekki, « L'intelligence artificielle et la fonction de juger », préc.

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

elle développe cinq principes cardinaux destinés à guider le développement de l'IA dans ses rapports avec la justice, articulés autour du respect des droits fondamentaux, de l'impératif de non-discrimination, ou encore du principe de transparence des méthodologies de traitement des données.

Si la multiplication de ces chartes éthiques doit être encouragée, il n'en demeure pas moins qu'il semble aujourd'hui nécessaire d'amorcer la mise en place d'un encadrement légal spécifique. Comme le soulignent certains auteurs, « ce droit souple fixé par les acteurs eux-mêmes ne crée pas véritablement un ordre public algorithmique, mais évite aux acteurs d'être confrontés aux droits et justice étatiques »<sup>22</sup>. C'est pourquoi l'Europe cherche à adopter des mesures législatives afin de s'assurer du respect des droits fondamentaux et des valeurs de l'Union Européenne (UE) par les systèmes d'IA<sup>23</sup>. C'est dans ce contexte que s'insère « *l'Artificial Intelligence Act* », ayant pour ambition de parvenir à un équilibre entre, d'une part, la promotion de l'IA et, d'autre part, le respect des droits fondamentaux, au premier rang desquels figurent les droits de la défense, les libertés individuelles ainsi que l'égalité entre les individus<sup>24</sup>. Cet objectif passe notamment par l'adoption de sanctions particulièrement dissuasives. Dans le prolongement de ces considérations, il pourrait également être envisagé de rendre les algorithmes « explicables » dans une logique de transparence.

### **B. La mise en place souhaitable d'une « explicabilité »<sup>25</sup> des algorithmes**

D'aucuns préconisent de mettre en œuvre une obligation d'informer les justiciables de l'usage par le juge d'outils issus de l'IA<sup>26</sup>. Cette obligation permettrait de faire entrer les algorithmes au

cœur du débat contradictoire. La nécessité d'une telle obligation se justifie particulièrement eu égard au taux de certitude de ces algorithmes, lequel n'excède pas 70 %<sup>27</sup>. Ainsi, sur la base d'une information préalable, les parties pourront questionner, voire contester l'usage qui a été fait de l'outil d'aide à la décision<sup>28</sup>. Cette exigence d'« explicabilité » pourrait notamment montrer toute sa pertinence s'agissant des logiciels d'analyse des risques de récidive de personnes en garde à vue, tels qu'ils existent aux États-Unis<sup>29</sup>. Le logiciel COMPAS a ainsi fait l'objet de critiques au regard des conséquences discriminatoires que son utilisation comporte. Pour l'heure, en France, l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit qu'« aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité ». Quoi qu'il en soit, rendre l'IA « explicable » permettrait d'expliquer les résultats<sup>30</sup> auxquels aboutissent les algorithmes et qui fournissent le terreau des décisions judiciaires.

L'« explicabilité » dont il est question pourrait notamment passer par la voie d'une « vérification de la donnée »<sup>31</sup> et d'une certification des outils tirés de l'IA. Il pourrait s'avérer opportun de soumettre ces algorithmes au regard impartial d'un tiers expert afin de vérifier l'absence de préjugés sociaux dans leur élaboration et ainsi garantir l'objectivité de la décision du juge. Ce tiers expert serait chargé d'analyser l'opportunité des critères utilisés mais également de vérifier le caractère représentatif ou non des décisions rentrées dans l'algorithme<sup>32</sup>.

Ainsi, tout cela témoigne de la possibilité de mettre en place plusieurs outils juridiquement efficaces afin de réguler l'utilisation de l'IA dans le procès.

22. A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *op. cit.*, p. 203.

23. Proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, préc.

24. M. Larouer, « La régulation juridique de l'intelligence artificielle par l'entreprise : le recours immanquable à la *soft law* », in *L'entreprise et l'intelligence artificielle, Les réponses du droit*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2022, p. 179.

25. Y. Meneceur, « L'intelligence artificielle et la fonction de juger », Colloque organisé à la Cour de cassation, Cycle 2022.

26. I. Sayn, « Des outils d'aide à la décision aux décisions individuelles automatiques, quel régime juridique ? », *JCP G* 2019, supplément au n° 44-45, p. 20.

27. J.-M. Sauvé, préc.

28. G. Kettani, préc.

29. M. Clément, « Droit, numérique et pratiques professionnelles : quelle influence sur la façon de juger ? », *JCP G* 2019, supplément au n° 44-45, p. 66.

30. G. Kettani, préc.

31. Y. Meneceur, préc.

32. I. Sayn, préc., p. 20.

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

---

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

---

Brèves réflexions juridiques sur le caractère atypique de l'organisation des JOP 2024 <i>Gérald Simon</i>	p. 33	La nationalité dans l'Olympisme <i>Fabien Marchadier</i>	p. 73
La mise à disposition des biens publics immobiliers pour les Jeux olympiques et paralympiques de 2024 : un renouvellement de la valorisation des biens publics ? <i>Marie Cirotteau</i>	p. 38	La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques <i>Julie Mattiussi</i>	p. 82
Regard civiliste sur le contrat de ville hôte des Jeux olympiques Paris 2024 <i>Romain Boffa</i>	p. 49	L'arbitrage olympique confié au Tribunal arbitral du sport : une procédure rapide ou précipitée ? <i>Clémentine Legendre</i>	p. 91
Technologies de sécurité et Jeux olympiques de 2024 <i>Olivier Gohin et Marc-Antoine Granger</i>	p. 65	Jeux olympiques et environnement. De l'Accord de Paris aux Jeux de Paris. Un pari réussi ? <i>Carlos-Manuel Alves</i>	p. 99

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### Brèves réflexions juridiques sur le caractère atypique de l'organisation des JOP 2024

Gérald Simon

Professeur émérite à l'Université de Bourgogne

Les Jeux olympiques et paralympiques ne sont pas seulement un événement majeur, aux immenses retombées de tous ordres, sportif, économique, social, politique, etc. Ils procèdent aussi, du point de vue de leur organisation, d'une construction profondément atypique, hors des cadres juridiques habituels. Originalité dans les conditions d'octroi des Jeux mais aussi dans leur mise en œuvre par les autorités nationales.

#### I. Le rôle prépondérant du CIO dans l'octroi des Jeux olympiques

Ce cadre original se manifeste déjà dans la manière dont la ville de Paris s'est vue attribuer les Jeux de 2024. En apparence, rien que de très classique : Paris s'est portée candidate à l'organisation des JOP auprès du CIO qui, en vertu de la Charte olympique et depuis la première olympiade en 1896, est l'autorité qui a le pouvoir de les attribuer à une ville désignée comme la « ville hôte » des Jeux. Et, de fait, après le retrait des autres villes concurrentes, la ville de Paris qui restait seule en lice a été désignée officiellement comme « la ville hôte des Jeux de la XXIII<sup>e</sup> olympiade » lors de la session du CIO à Lima le 13 septembre 2017.

En réalité cette procédure de désignation est à bien des titres singulière.

Tout d'abord, il importe de relever ce que signifie ce terme de « ville hôte », du nom du contrat par lequel le CIO attribue les Jeux. Le synonyme pourrait être « ville d'accueil ». En effet, comme l'énonce explicitement l'article 32.2 de la Charte olympique, « l'honneur et la responsabilité d'accueillir les JO sont confiés par le CIO à une ville qui est élue hôte des Jeux olympiques ». Autrement dit, les Jeux sont en quelque sorte concédés par le CIO à la ville de Paris qui reçoit ainsi « l'honneur et la responsabilité » de les accueillir, c'est-à-dire de les organiser comme l'indique ce contrat de concession qu'est le « contrat ville hôte » dont l'article 32 stipule que « le CIO confie à la ville hôte, au Comité National Olympique (CNO) hôte et au Comité d'Organisation des Jeux olympiques (COJO) la planification, l'organisation le financement et la tenue des Jeux, selon les termes du contrat ville hôte et de la Charte olympique ».

Un tel contrat, dont les caractéristiques sont détaillées dans une autre contribution de ce numéro<sup>1</sup>, présuppose que le CIO est le propriétaire exclusif des Jeux olympiques et que c'est donc à ce titre qu'il en confie l'organisation à un

1. V. *infra*, dans ce dossier, la contribution de R. Boffa, « Regard civiliste sur le contrat de ville hôte des Jeux olympiques Paris 2024 ».

tiers. Cette propriété a pour source la Charte olympique dont la règle 7.2 énonce : « les Jeux olympiques sont la propriété exclusive du CIO qui est titulaire de tous les droits et données s’y rapportant [...] relatifs à l’organisation, l’exploitation et la commercialisation des Jeux olympiques [...] ». Ces droits de propriété peuvent être concédés sous la forme de licence d’exploitation ainsi que le précise la règle 7.4 : « l’ensemble des droits sur les propriétés olympiques, ainsi que tous les droits d’usage y relatifs, sont la propriété exclusive du CIO, y compris, mais sans s’y restreindre, en ce qui concerne leur usage à des fins lucratives, commerciales ou publicitaires. Le CIO peut céder une licence sur tout ou partie de ses droits aux termes et conditions fixés par la commission exécutive du CIO ».

C’est ce fondement qui explique la primauté du CIO dans les relations qu’il établit relativement à l’organisation des Jeux. C’est en effet en tant que propriétaire exclusif qu’il accorde l’octroi des Jeux à la ville heureuse élue, désignée par lui comme ville hôte. Et c’est aussi à ce titre que le contrat ville hôte s’analyse essentiellement comme un contrat d’adhésion dont le contenu établi au préalable par le CIO s’impose aux parties signataires sans possibilité de le modifier<sup>2</sup>.

Certes, l’existence d’un contrat d’adhésion n’est pas en soi une figure originale. Ce qui l’est en revanche bien davantage ici c’est que c’est une personne privée – le CIO –, constituée sous la forme d’une association de droit suisse, qui dicte ses conditions à une personne publique, en l’occurrence la ville de Paris. D’ordinaire, lorsqu’une personne publique est partie à un contrat, c’est plutôt la personne privée qui est subordonnée. Une telle inversion de la relation public/privé est d’autant plus remarquable que le fondement sur lequel repose le droit de propriété exclusif du CIO sur les Jeux olympiques – la Charte olympique – est non seulement un document purement privé mais qui procède de la seule prétention du CIO à s’en considérer comme le propriétaire exclusif. Et il n’est pas moins remarquable que cette auto proclamation dont le fondement juridique paraît bien fragile, n’est non seulement pas contestée mais confortée dans le cadre des Jeux olympiques de Paris 2024

par la loi française elle-même : l’article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l’organisation des JOP de 2024, dite « loi olympique », dispose ainsi que « le COJOP, le CIO et le CIP (Comité International Paralympique) sont reconnus organisateurs des Jeux de la XXIII<sup>e</sup> olympiade [...] » !

On assiste ici à l’une des manifestations de la « puissance sportive » dont l’auteur de ces lignes avait analysé l’existence, à l’occasion d’une thèse de doctorat<sup>3</sup>.

Une autre particularité relative au contrat ville hôte porte sur les parties signataires dudit contrat. Celui-ci est conclu d’une part entre le CIO et d’autre part non seulement la ville de Paris mais aussi avec le « Comité National Olympique hôte », en l’occurrence le CNOSF (Comité National Olympique et Sportif Français) et le CPSF (Comité Paralympique et Sportif Français) ainsi que le « Comité d’Organisation des Jeux olympiques », partie signataire dudit contrat alors même que le COJO n’était pas encore constitué au moment de la signature. En effet aux termes de l’article 3.1 du contrat ville hôte, il était stipulé que « dans les cinq mois suivant la signature du contrat ville hôte, la Ville hôte et le CNO hôte constitueront le COJO comme une entité dotée de la personnalité juridique [...] », l’article 3.3 précisant que « la Ville hôte et le CNO hôte sont responsables de faire en sorte que, dans le mois qui suivra la constitution du COJO, ce dernier intervienne comme partie au contrat ville hôte et adhère pleinement à celui-ci [...] ». En application de ces stipulations, le COJO, dénommé « Comité d’Organisation des Jeux olympiques et Paralympiques » (COJOP), fut constitué le 21 décembre 2017 par la ville de Paris et le CNOSF sous la forme d’une association de la loi de 1901, présidé par le triple champion olympique Tony Estanguet et administré par trois catégories de représentants : le mouvement sportif majoritaire, les acteurs publics (représentants des collectivités territoriales concernées, de l’État et des établissements publics) et des personnalités de la société civile. Le COJOP est la véritable cheville ouvrière de l’organisation des Jeux, chargé d’en assurer la livraison, le bon déroulement et l’héritage après la fin de l’olymp-

2. V. notamment C. Chaussard, « Le cadre juridique d’attribution de l’olympiade Paris 2024 : un complexe normatif original », in E. Monnin (dir.), *L’olympisme, genèse, principes et gouvernance*, Désiris, coll. « Cahiers d’Études Olympiques », 2023, p. 91 et s.  
3. G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 156, 1990.

piade. À cette fin et en contrepartie, le CIO s'engage à verser au COJOP 1,2 milliard d'euros sur un financement total, estimé à 3,8 milliards d'euros, essentiellement privé.

La qualité de signataire vaut aux parties hôtes que sont la ville de Paris, le CNO et le COJO d'être organisateurs des JOP et, à ce titre, responsables du bon fonctionnement des Jeux. L'article 4.1 du contrat ville hôte stipule ainsi que « la Ville hôte, le CNO hôte et le COJO seront conjointement et solidairement responsables de tous les engagements et obligations contractés et de toutes les garanties et déclarations présentées [...] dans le contrat ville hôte ». Les « garanties et déclarations » auxquelles la clause fait référence sont celles auxquelles s'est engagé l'État français dans le cadre du dossier de candidature de Paris 2024, en particulier la lettre du Premier ministre en date du 30 janvier 2017 par laquelle l'État se porterait garant « de tout éventuel déficit budgétaire du COJO, incluant les remboursements au CIO des avances ou autres contributions versées au COJO par le CIO, que ce dernier pourrait devoir rembourser à des tierces parties dans le cas d'un imprévu comme une annulation totale ou partielle des Jeux olympiques ».

De même, la responsabilité solidaire des trois parties signataires s'étend aux indemnitaires du CIO, notamment aux sponsors qui bénéficient de sa part de droits d'exploitation exclusifs. Ainsi, aux termes de l'article 37.1 du contrat ville hôte, la ville de Paris, le CNO et le COJO « dédommageront, défendront et protégeront tous les indemnitaires du CIO de tout paiement et autres obligations pour tous les dommages, prétentions, réclamations, actions en justice, pertes, coûts, dépenses ou autres responsabilités de toute nature [...] ». Dans le même temps, en vertu de l'article 37.3, les mêmes signataires « renoncent à toute prétention contre tous les indemnitaires du CIO [...] ».

Si l'on ajoute que les éventuels litiges en lien avec les Jeux doivent être réglés non par les juri-

dictions nationales mais, par la voie de l'arbitrage, devant le Tribunal Arbitral du Sport de Lausanne<sup>4</sup> statuant selon le droit suisse à titre supplétif, on comprend que l'ensemble du dispositif ait pu être considéré par la doctrine comme présentant un caractère proprement léonin !

## II. L'adaptation des dispositifs nationaux aux objectifs visés

Il faut avoir conscience que les JOP 2024 seront le plus grand événement jamais organisé en France. Les chiffres en donnent la mesure : aux Jeux olympiques qui se dérouleront du 26 juillet au 11 août 2024 sont attendus 10 500 athlètes issus de 206 CNO<sup>5</sup>, concourant dans 32 sports olympiques dont 4 sports additionnels (breaking, escalade sportive, skateboard et surf) pour un total de 329 épreuves se déroulant sur 41 sites de compétition et auxquelles devraient assister 11 millions de spectateurs et suivies par 4 milliards de téléspectateurs ; à quoi il convient d'ajouter 20 000 journalistes accrédités et 70 000 bénévoles. Les Jeux paralympiques qui auront lieu du 28 août au 8 septembre ne sont pas en reste : 4 400 athlètes, 184 comités nationaux paralympiques, 22 sports, 549 épreuves, plus de 3 millions de spectateurs attendus.

Outre faire face à ce gigantisme, le défi affiché par les promoteurs de la candidature de Paris est de réaliser des « Jeux révolutionnaires » répondant à différents enjeux actuels. Ainsi pour la première fois sera observée une totale parité entre les athlètes des deux genres<sup>6</sup>. Les JOP de Paris se veulent également respectueux de l'environnement dans l'aménagement des sites, dans la réduction drastique de la pollution, notamment en faisant en sorte de réduire de moitié l'empreinte carbone des Jeux, etc<sup>7</sup>. De même, l'accent a été mis sur la lutte contre ce que l'on appelle les « éléphants blancs », du nom donné aux sites olympiques aux constructions coûteuses et laissées en déshérence à la suite des

4. Tribunal arbitral également compétent pour les contestations soulevées par les athlètes. Sur ce point, v. *infra* la contribution de C. Legendre, « L'arbitrage olympique : un arbitrage rapide ou précipité ? ».

5. V. *infra*, sur le lien entre les athlètes et « leurs CNO » et les États qu'ils représentent, la contribution de F. Marchadier, « La nationalité dans l'Olympisme ».

6. V. *infra*, en revanche, la contribution de J. Mattiussi, « La (non) participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques ».

7. V. *infra* la contribution de C.-M. Alves, « Jeux olympiques et environnement. De l'Accord de Paris aux Jeux de Paris. Un pari réussi ? ».

Jeux. Une véritable politique d'héritage des Jeux a été ainsi conçue pour la réutilisation des différentes installations une fois la fin des Jeux, soit afin de poursuivre et développer les activités sportives, soit par une politique nouvelle d'aménagement des territoires par une reconversion de certains sites olympiques en logements, espaces de bureaux et nouveaux espaces économiques et commerciaux, comme tel est prévu le réaménagement du village olympique et paralympique sur les communes de Saint-Denis et de Saint-Ouen. Le déroulement des Jeux est également conçu pour être en même temps une grande manifestation culturelle qui notamment valorisera aux yeux du monde le patrimoine national et mettra en lumière les Joyaux de la capitale. Cela explique le choix de sites prestigieux où se dérouleront différentes épreuves : le Grand Palais, l'esplanade des Invalides, le champ de Mars, le château de Versailles, etc.

De telles ambitions, ajoutées à la dimension planétaire de l'événement, expliquent qu'il a fallu mettre en place un dispositif adapté à ces objectifs.

Sur le plan institutionnel, différents organismes administratifs et financiers ont ainsi vu le jour. Tout d'abord le COJOP, institué comme on l'a vu par le contrat ville hôte mais dont la forme juridique et l'administration interne étaient laissées à la discrétion des instances nationales, a été conçu comme une instance de concertation entre les différentes parties prenantes à l'organisation et à la réussite de Jeux. C'est cette instance qui, en concertation avec le CIO, choisit les sites olympiques, fixe le calendrier des épreuves, organise la billetterie, met en place les actions de promotion de l'olympisme et du sport, etc. Bien que constitué sous la forme d'une association, le COJOP a été regardé par la CADA comme exerçant une mission de service public, ce qui pourrait avoir des conséquences sur la qualification juridique de certains de ses actes et sur le régime de responsabilité.

L'autre organisme spécialement conçu en considération des JOP est une « société » dénommée SOLIDEO, qui est en réalité un établissement public, donc une personne publique, à caractère industriel et commercial, créé par un décret du

27 décembre 2017. Présidée par la maire de Paris, la SOLIDEO est administrée par un conseil qui groupe à parité les représentants de l'État d'une part et ceux des collectivités territoriales concernées ainsi que les présidents du COJOP et des Comités Nationaux Olympiques et Paralympiques d'autre part. Sa mission essentielle est de s'assurer de la livraison des sites olympiques conformément aux prescriptions et délais fixés dans le contrat ville hôte.

Outre ces deux entités, différentes administrations ont vu le jour soit au niveau interministériel comme la Délégation interministérielle des Jeux olympiques et paralympique (DIJOP) soit au niveau préfectoral, par la constitution de comités instaurant avec les représentants des collectivités territoriales intéressées et des autorités municipales et sportives locales un dialogue permanent, parfois même excessif si l'on en croit un rapport de la Cour des comptes de janvier 2023 qui évoque une « comitologie foisonnante » !

Mais ce sont les réformes législatives et réglementaires entraînées par l'organisation des Jeux qui ont fait davantage débat. Une première loi dite olympique a été adoptée le 26 mars 2018 énonce un certain nombre de dérogations relatives aux interdictions de publicité et de pavoisement sur les monuments historiques et les immeubles classés ainsi qu'à différentes dispositions du code de l'urbanisme et celui de l'environnement, permettant l'accélération et l'assouplissement des procédures d'octroi des permis de construire. En particulier la possibilité d'accorder un permis de construire dit « à double détente » a été conçue en vue d'adapter la construction ou l'aménagement du site à sa destination olympique puis de prévoir ensuite la réutilisation des installations à d'autres fins. Toujours au titre des dérogations aux codes, celle par laquelle les occupations du domaine public par le COJOP et ses partenaires marketing ne nécessitent pas de procédure de sélection ni de publicité préalables contrairement à ce que prévoit l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques a également fait couler beaucoup d'encre en doctrine<sup>8</sup>, de même d'ailleurs que la possibilité, énoncée à l'article 6 de la loi olympique, d'insérer des clauses compromissaires

8. V. *infra*, plus généralement sur la mise à disposition des biens publics, la contribution de M. Cirotteau, « La mise à disposition des biens publics immobiliers pour les Jeux olympiques et paralympiques de 2024 : un renouvellement de la valorisation des biens publics ? ».

dans les conventions d'exécution du contrat ville hôte conclues entre les personnes publiques et le CIO.

Une seconde loi olympique a été adoptée le 19 mai 2023 renforçant le dispositif de lutte antidopage en permettant qu'un laboratoire accrédité puisse procéder à la comparaison d'empreintes génétiques sur les sportifs. La loi a eu également pour objet la sécurité des Jeux, introduisant, sous certaines conditions la possibilité d'un traitement algorithmique à partir des images captées par les dispositifs de vidéo surveillance et des drones<sup>9</sup>, système fortement

contesté par un certain nombre d'associations de défense des droits de l'homme.

À l'évidence, compte tenu de l'événement et du contexte actuel, un certain nombre de réformes étaient nécessaires. Certaines ne sont pas destinées à être pérennes, telle la publicité sur les monuments et sites historiques, dont l'autorisation cessera à la fin des Jeux. D'autres paraissent pouvoir être maintenues, au moins dans leur esprit. Nous songeons notamment aux différentes contraintes d'urbanisme dont beaucoup méritent un allègement.

L'avenir dira si les Jeux ont contribué également à l'évolution de notre droit.

---

9. V. *infra* la contribution d'O. Gohin et de M.-A. Granger, « Technologies de sécurité et Jeux olympiques de 2024 ».

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### La mise à disposition des biens publics immobiliers pour les Jeux olympiques et paralympiques de 2024 : un renouvellement de la valorisation des biens publics ?

**Marie Cirotteau**

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre (CRDP)

L'inscription du sport dans une géographie symbolique de la ville est l'un des héritages des premiers Jeux olympiques. D'abord, en tant que rituel social et religieux, l'événement pentatélique marquait une trêve de paix entre les cités grecques et célébrait le culte de Zeus dans le sanctuaire d'Olympie. L'association du sport au rite païen explique ainsi que l'empereur Théodose I, sous l'influence d'Ambroise, évêque de Milan, interdit les Jeux en 393 au moment où il érigeait le christianisme en religion d'État<sup>1</sup>, et que Jean d'Éphèse, au VI<sup>e</sup> siècle, parlait de l'hippodrome olympique comme d'une « véritable église de Satan »<sup>2</sup>. Par ailleurs, les Jeux olympiques antiques prirent une dimension infrastructurelle : l'introduction de nouvelles disciplines comme le pentathlon, incluant le lancer du disque et du javelot, le saut en longueur, la

course de stade et la lutte dessina progressivement de nouveaux espaces pour les Jeux. Avec Rome, le mouvement s'amplifia : les courses de chars et de chevaux, les combats de gladiateurs, la navigation ou encore la chasse, provoquèrent un nouvel élan de construction d'espaces propices aux Jeux comme les thermes et les stades. Pierre Grimal écrivait d'ailleurs que « le Colisée demeura jusqu'à la fin de l'Empire, non seulement l'amphithéâtre par excellence, mais le symbole même, aux yeux du peuple, de la Ville éternelle »<sup>3</sup>. Et si l'espace naturel fut lui aussi concerné par l'extension territoriale des Jeux, certaines épreuves se déroulant bientôt au-delà des enceintes urbaines, sur mer ou sur terre<sup>4</sup>, le rôle de Rome dans l'établissement d'infrastructures sportives explique sans doute que « Rome

1. V. Vanoyeke, *La naissance des Jeux olympiques*, Les Belles Lettres, 1992, p. 168.

2. *Ibid.*, p. 169.

3. P. Grimal, *La civilisation romaine*, Artaud, 1960, p. 271.

4. V. Vanoyeke, *La naissance des Jeux olympiques*, *op. cit.*, p. 117 et s.

est restée, dans l’imaginaire des hommes, la ville par excellence des Jeux »<sup>5</sup>.

L’itinérance des Jeux olympiques et paralympiques (JOP) modernes impose désormais à chaque ville hôte qui les reçoit une distorsion impressionnante de ses capacités d’accueil. L’idée même de ville hôte ne correspond d’ailleurs à aucune réalité car la région Île-de-France dans son ensemble ainsi que d’autres portions du territoire national seront concernées. L’afflux massif de personnels et de spectateurs à héberger et le nombre de compétitions simultanées ravivent, à l’occasion du plus grand événement sportif mondial, la question des besoins d’infrastructures. Toutefois, les nouveaux objectifs de sobriété et d’écologie, régulièrement rappelés par le législateur et les administrations<sup>6</sup>, ainsi que les contre-exemples passés<sup>7</sup> freinent l’élan bâtisseur<sup>8</sup>. Conscients que le caractère exceptionnel et démesuré de l’événement lui fait courir le risque d’une perte de légitimité, les organisateurs insistent ainsi sur le concept d’héritage pour inscrire les jeux de 2024 dans un projet durable, plus respectueux de l’environnement et moins consumériste, qui s’appuie à 95 % sur des sites déjà existants ou temporaires. Certes, les dispositions dérogoires en matière d’urbanisme comme la substitution de l’évaluation

environnementale classique à la procédure de participation du public<sup>9</sup>, la dispense d’autorisation pour les constructions temporaires<sup>10</sup>, l’assouplissement de la compatibilité des constructions et aménagements nouveaux avec les documents d’urbanisme<sup>11</sup>, l’autorisation « à double détente » permettant la réversibilité des usages des constructions et aménagements qui verront leur destination changer à l’issue des jeux<sup>12</sup>, la réquisition de terrains ou de bâtiments<sup>13</sup>, ou encore le regroupement du contentieux des opérations d’urbanisme auprès de la cour administrative d’appel de Paris en premier et dernier ressort<sup>14</sup>, facilitent les constructions nouvelles – village olympique, Centre Aquatique Olympique relié au Stade de France, ZAC Plaine Saulnier, ZAC de la gare des Mines-Fillettes – ainsi que les rénovations de constructions existantes. Pour ce faire, la société de livraison des ouvrages olympiques<sup>15</sup>, Solideo, coordonne les maîtres d’ouvrage et veille à la livraison des infrastructures. « Paris 2024 » s’intègre ainsi dans le plan d’aménagement du Grand Paris et cherche à anticiper la reconversion et les usages futurs des nouveaux équipements. Il n’en demeure pas moins que la mise à disposition de l’existant pour le temps limité de l’événement présente *a priori* l’avantage de la simplicité et de

5. P. Grimal, *La civilisation romaine, op. cit.*, p. 267.

6. Sur ces objectifs, outre les débats parlementaires lors du vote des deux lois sur les JOP 2024, v. S. Mazars et S. Peu, *Rapport d’information déposé en conclusion des travaux de la mission d’information sur les retombées des Jeux olympiques et paralympiques de 2024 sur le tissu économique et associatif local*, juill. 2023, p. 15 et p. 32-35. Sur les stratégies de durabilité du COJO et de la Solideo, v. Cour des comptes, *L’organisation des Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024, Rapport au Parlement*, janv. 2023, p. 44. Sur la commande publique durable, v. S. Mazars et S. Peu, *Rapport d’information, op. cit.*, p. 48-49 et p. 54-58.

7. W. Andreff, « Pourquoi le coût des Jeux olympiques est-il toujours sous-estimé ? La “malédiction du vainqueur de l’enchère” (*winner’s curse*) », *Papeles de Europa* 2012/25, p. 3. Le rapport de la Cour des comptes de juillet 2023 pointe l’impossible budgétisation du coût des constructions et alerte sur le dépassement probable des prévisions (*L’organisation des Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024, Rapport complémentaire au Parlement*, juill. 2023, p. 73-92).

8. Dans les années 80-90, l’accueil des JO était perçu comme une occasion pour entreprendre des projets d’aménagement et de construction importants. En ce sens, A. Morteau, « Attirer les capitaux : le cas des Jeux olympiques », *Regards croisés sur l’économie* 2021/1, n° 28, p. 101-109. *Contra*, N. Foulquier, « Les JO et le droit domaniale. Loi relative à l’organisation des Jeux olympiques et paralympiques n° 2018-202 du 26 mars 2018 », *RDI* 2018, p. 397.

9. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, art. 9, modifiant l’art. L. 123-19 du Code de l’environnement.

10. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, art. 10, modifiant l’art. L. 421-5 du Code de l’urbanisme.

11. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, art. 12.

12. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, art. 15.

13. Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l’aménagement et du numérique (ELAN), art. 10, créant un nouvel art. 13-1 dans la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, autorisant, les préfets de département, pour assurer dans les délais la réalisation des infrastructures nécessaires à l’organisation et au déroulement des Jeux, à titre exceptionnel et à défaut d’accord amiable, à procéder à la réquisition temporaire de terrains et bâtiments pour une durée 12 mois prenant fin au plus tard 3 mois à compter de la cérémonie de clôture des Jeux paralympiques, au bénéfice des personnes publiques ou privées chargées de l’organisation ou du déroulement des Jeux.

14. Décret n° 2018-880 du 11 oct. 2018, art. 33, modifiant l’art. R. 311-2, 5° du CJA.

15. La Solideo a été créée par la loi n° 2017-257 du 28 févr. 2017.

la modicité car elle requiert moins de dérogations et de nouveaux outils. Elle corrobore également l'idée que la gestion du domaine, nécessairement dynamique, devrait répondre à un objectif de valorisation des biens publics<sup>16</sup>.

L'utilisation des biens publics immobiliers par leur mise à disposition est une pratique ancienne de gestion du patrimoine public<sup>17</sup>. Elle encourage leur valorisation, c'est-à-dire l'accroissement de leur utilité<sup>18</sup>. Cette méthode, économe pour la personne publique bénéficiaire de la mise à disposition, se heurte néanmoins aux règles contraignantes de la propriété publique et en particulier de la domanialité publique car les biens publics ne changent pas d'affectation si facilement. Le droit français distingue sur ce point l'utilisation des biens publics relevant du domaine public et celle des biens relevant du domaine privé. L'affectation des biens du domaine public est particulièrement protégée en raison de la conformité obligatoire de leur utilisation à leur affectation à l'utilité publique<sup>19</sup>, de leur inaliénabilité et de leur inaccessibilité<sup>20</sup>. Or la majorité des équipements sportifs est détenue par des personnes publiques et a été affectée au service public sportif avec un aménagement indispensable pour celui-ci<sup>21</sup>; plus rarement, ces équipements ont été affectés à l'usage direct du public<sup>22</sup> ou sont qualifiés d'accessoires indispensables d'un bien lui-même intégré au domaine public<sup>23</sup>. La mise à disposition de biens publics relevant du domaine privé est, pour sa part,

moins contraignante car la gestion de ces biens est en principe libre<sup>24</sup>. Mais pour les Jeux olympiques, elle se heurte à la double difficulté de porter sur des équipements nombreux et d'avoir une durée très courte, de quelques mois. La Cour des comptes recensait, pour l'événement, 80 conventions d'utilisation dont 35 pour des sites de compétition déjà signées au 1<sup>er</sup> juillet 2023<sup>25</sup>.

L'étude de la mise à disposition des biens publics immobiliers pour les Jeux de 2024 rappelle alors les propos de Guy Canivet en 2015 : en matière olympique, « la juxtaposition de l'idée du droit et de l'image de l'exploit donne l'impression d'une rupture entre la mystérieuse rationalité des constructions juridiques applicables au Mouvement olympique et l'irrationnelle magie des Jeux [...] Tout l'appareil juridique applicable à l'olympisme est agencé en une construction dont la cohérence et la solidité tiennent du mystère, mystère qui n'est autre que celui de l'effectivité du droit »<sup>26</sup>. Précisément, l'affectation des biens publics immobiliers à l'événement fait se superposer les situations juridiques et, du même coup, les contraintes. Elle donne à voir une myriade de contrats et de conventions, dont la nature dépend des utilisations des biens, des gestionnaires et des bénéficiaires, et dans lesquels les principes juridiques, comme les faisceaux de lumière sur une pierre facettée, créent de nouvelles formes par leur rencontre. Alors que la mise à disposition des sites publics de compétiti-

16. Sur cette idée, v. not. P. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997; J.-P. Duprat, « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'État », *AJDA* 2005, p. 578; Y. Gaudemet, « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *RDJ* 2012, p. 1223; B. Valette, « Les nouvelles pratiques de la valorisation des biens publics », *Lexbase* 2023, n° 700.

17. A. Camus, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, th. dactyl. Paris Nanterre, 2013.

18. Sur les différentes conceptions de la valorisation, J. de La Porte des Vaux, *La valorisation des biens publics mobiliers*, th. dactyl. Paris-Saclay, 2022, p. 25 et s.

19. CG3P, art L. 2121-1.

20. CG3P, art. L. 3111-1.

21. En vertu de l'art. L. 2111-1 du CG3P, « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ». Cette définition du domaine public est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2006 pour le futur. Auparavant, les biens affectés au service public et spécialement aménagés pour celui-ci ont également été intégrés au domaine public (CE, Ass., 11 mai 1959, n° 9229, *Dauphin*, Rec., *AJDA* 1959, p. 228, note Dufau).

22. F. Lagarde, « Espaces, sites et itinéraires de sports de nature : un statut juridique incertain », *AJDA* 2020, p. 1769.

23. En ce sens, J.-F. Lachaume « Les éléments du statut juridique de l'équipement sportif public », in J.-P. Théron (dir.), *Sport et collectivités locales*, Dalloz, coll. « Droit et économie du sport », 1992, p. 114, spéc. p. 122-123.

24. CG3P, art. L. 2221-1.

25. Cour des comptes, *Rapport*, op. cit., juill. 2023, p. 30.

26. G. Canivet, préface de l'ouvrage dirigé par M. Maisonneuve, *Droit et olympisme. Contribution à l'étude juridique d'un phénomène transnational*, PUAM, coll. « Centre de droit du sport », 2015, p. 7 et 9.

tion est féroce négociée par les gestionnaires courants de ces sites, en raison notamment d'une superposition complexe d'acteurs, et encourage ainsi leur valorisation pécuniaire (I), la réquisition de logements publics pour les personnels mobilisés lors de l'événement, qui bute sur la disponibilité et la finalité de ces biens, permet une autre forme de valorisation par la diversification de leur utilité, c'est-à-dire de leur fonction (II).

## I. La valorisation pécuniaire des sites publics de compétition mis à disposition

Les contraintes qui s'imposent au Comité d'organisation des Jeux olympiques (COJO) pour bénéficier des sites publics de compétition sportive dépendent, d'une part, de la nature des relations contractuelles entre le gestionnaire habituel et principal du site et la personne publique propriétaire du site et, d'autre part, de la finalité des contrats et conventions de mise à disposition des sites au profit de ce Comité (B). La résolution des difficultés juridiques liées à ces différentes situations suppose d'abord de déterminer la compétence juridictionnelle pour statuer sur les griefs portés par les parties ou par des tiers contre les contrats et conventions signés avec le COJO (A).

### A. Le juge des conventions de mise à disposition des sites publics de compétition

**Nature du COJO et de ses contrats.** Le COJO est une personne morale de droit privé créée

dans le but d'organiser et de promouvoir les Jeux de 2024. Il a été constitué sous la forme d'une association relevant de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, à la demande du Comité international olympique (CIO), association de droit suisse. Son financement est principalement assuré par des ressources privées car il bénéficie de subventions importantes du CIO. La composition de son conseil d'administration est principalement privée (20 membres du monde sportif ou associatif et 14 représentants de l'État et des collectivités territoriales). Les contrats qu'il conclut avec des opérateurs économiques sont donc des contrats de droit privé, à moins qu'ils ne soient administratifs pour des raisons d'opportunité juridique<sup>27</sup>, par qualification législative, auquel cas ils ressortissent de la compétence du juge administratif<sup>28</sup>, ou que cette compétence soit légalement décidée, par exemple pour les conventions d'occupation du domaine public passées entre le propriétaire public et une personne privée<sup>29</sup> ou les conventions de sous-occupation passées par un concessionnaire privé<sup>30</sup>. En l'espèce, il a été convenu que les collectivités territoriales (Ville de Paris, Métropole du Grand Paris) et l'État mettent à disposition du COJO les espaces nécessaires aux épreuves qui auront lieu sur la route par des conventions d'occupation domaniale, de nature administrative, et les stades publics gérés par concession dans des contrats de mise à disposition susceptibles d'être qualifiés de contrats privés<sup>31</sup>.

27. Cette hypothèse n'est pas exclue car elle a pu motiver la qualification de certains contrats en raison de ce que la doctrine appelle une « ambiance de droit public » (P. Weil, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, p. 847). V. par ex. CE, Sect, 19 janv. 1973, n° 82338, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. 48, *CJEG* 1973, p. 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron; *AJDA* 1973, p. 358, chron. Léger et Boyon; *JCP G* 1974, II, 17629, note Pellet; *Rev. adm.* 1973, 633, note Amselek. La CADA a ainsi qualifié le COJO de personne privée chargée d'une mission de service public dans son avis n° 20191480 du 5 sept. 2019.

28. Sol. imp. CE, 31 juill. 1912, n° 30701, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec., *GAJA*, 23<sup>e</sup> éd., n° 23, confirmé sur ce point par CE, Sect., 20 avr. 1956, n° 98637, *Époux Bertin*, Rec., *GAJA*, 23<sup>e</sup> éd., n° 65.

29. CG3P, art. L. 2331-1, 1<sup>o</sup>.

30. CG3P, art. L. 2331-1, 1<sup>o</sup>. Le terme « concessionnaires » contenu dans la loi a été interprété restrictivement comme s'appliquant exclusivement aux concessionnaires d'un service public : T. confl., 10 juill. 1956, *Société des steeple-chases de France*, Rec., *AJDA* 1956, II, p. 352; *CJEG* 1957, p. 41, note Renaud; S. 1956, p. 156, concl. Chardeau; *RDP* 1957, p. 522, note Waline. Sur ce point, v. P. Blanquet, *Le sous-contrat. Étude de droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 312 et s. Cette hypothèse est exclue, concernant le COJO, qui, *a priori*, n'a pas de mission de service public.

31. Concernant le Stade de France, la nature de la concession entre l'État et le consortium gestionnaire est toujours incertaine en raison de l'imprécision des missions d'intérêt général confiées au concessionnaire (v. D. Pouyau, « Stade de France : les problèmes juridiques de la concession », *Dr. adm.* 1997, p. 4; P. Couzinet, « L'attribution de la concession du "Grand Stade" », *RFDA* 1996, p. 1113) et de la loi de validation finalement déclarée inconstitutionnelle par QPC (Cons. const., 11 févr. 2011, n° 2010-100 QPC, *M. Alban Salim B.*). La convention de mise à disposition du stade serait de nature privée dès lors qu'elle n'emporte pas nécessairement occupation du domaine public ni ne comporte de clause exorbitante (en ce sens, CAA Douai, 30 déc. 2020, n° 19DA01545, *Société VM Stade* 59).

**Compétence juridictionnelle pour les contrats passés avec le COJO.** L'hypothèse d'après laquelle le COJO agirait comme mandataire d'une personne publique, par exemple la Ville de Paris, et conclurait alors des contrats administratifs, n'a pas encore été retenue au contentieux. La question avait en effet été posée à l'occasion de la conclusion de contrats de partenariat marketing entre le COJO et les sociétés Accor et Resa-Events. Le juge administratif et le juge judiciaire, qui avaient été tous deux saisis, ont conclu que l'existence d'un mandat administratif entre le COJO et la Ville de Paris n'était pas établie<sup>32</sup>. Le mandat administratif<sup>33</sup> s'apprécie en effet strictement<sup>34</sup> et est restreint au cas où une personne privée est en situation de subordination vis-à-vis d'une personne publique<sup>35</sup>, ce qui n'est pas le cas du COJO vis-à-vis de l'État ou de la Ville de Paris. L'utilisation du patrimoine public immobilier fait donc intervenir le juge administratif pour vérifier non pas la régularité des contrats passés par le COJO<sup>36</sup> mais pour vérifier celle des contrats passés par les propriétaires publics avec le COJO, à savoir les éventuelles conventions d'occupation domaniale des infrastructures publiques relevant du domaine public ainsi que les sous-occupations consenties au COJO par des concessionnaires privés de service public. Les autres contrats pourront être contestés par les parties au contrat (le COJO ou son cocontractant public ou privé) devant le juge judiciaire. Ceux portant sur des biens publics immobiliers relevant du domaine privé d'une personne publique ressortissent de ce même juge, sauf si le contentieux portait sur un acte

affectant le périmètre ou la consistance de dépendance du domaine privé<sup>37</sup> ou si le recours était exercé par un tiers<sup>38</sup>. Dans ces deux dernières hypothèses seulement, le juge administratif retrouverait sa compétence.

## **B. L'hétérogénéité des situations de mise à disposition des sites publics de compétition**

### **Typologie des contrats requis pour la mise à disposition de sites publics de compétition.**

Les autorisations consenties au COJO pour bénéficier des sites publics de compétition sportive présentent plusieurs spécificités. Si, généralement, pour le sport de compétition, la concession domaniale et la délégation de service public sont des formes peu adaptées pour un club gestionnaire, le caractère bref de l'événement en l'espèce favorise le recours à deux types de contrats : les conventions d'utilisation des sites et les conventions d'occupation du domaine public. Le régime applicable à ces contrats diffère sensiblement des contrats de droit privé ayant un objet similaire comme les contrats de partenariat marketing. Ces derniers sont en effet conclus entre le COJO et des opérateurs économiques notamment dans le domaine de l'équipement sportif et de l'hébergement. Ces actes accordent aux partenaires marketing le droit d'exploiter la marque « Paris 2024 », d'user des emblèmes des Jeux ou de faire la publicité de leur propre marque notamment dans les lieux en lien avec les Jeux, ainsi que des droits d'occupation du domaine public, d'exclusivité ou de priorité pour la fourniture, à titre onéreux, de prestations nécessaires à l'organisation des Jeux olympiques.

32. TJ Paris, 12 oct. 2022, n° 22/52743, *SAS B-Network c/ SA Acccor, SA Resavents*; TA Montreuil, 16 nov. 2022, n° 2207258, *SAS B-Network c/ SA Acccor, SA Resavents*.

33. CE, Sect., 30 mai 1975, n° 86738, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, Rec., D. 1976, p. 3, note Moderne.

34. CE, 22 janv. 1997, n° 168790, *Société Biwater*, Rec., D. 1998, p. 225, obs. Terneyre; *RDI* 1997, p. 228, obs. Llorens et Terneyre. Pour des conventions d'aménagement, v. T. confl., 11 déc. 2017, n° 4103, *Commune de Capbreton*, *AJDA* 2018, p. 267, chron. Roussel et Nicolas.

35. CE, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 333275, *Société Bioenerg*, *RJEP* 2011, n° 683, concl. Collin; *Dr. adm.* 2010, n° 139, note Brenet; *JCP A* 2010, 2359, note Pacteau; *RJEP* 2011, n° 688, comm. Loy.

36. Dès lors que le COJO n'est pas concessionnaire d'un service public.

37. T. confl., 22 nov. 2010, n° 3764, *Sarl Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, Rec., *AJDA* 2010, p. 2288; *AJDA* 2010, p. 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet; *JA* 2011, n° 433, p. 12, obs. C. Biget; *RDI* 2011, p. 450, obs. P. Caille; *RJEP* 2011, n° 684, comm. 13, note G. Pellissier. Dans cette décision, le Tribunal statue sur la compétence du juge judiciaire pour se prononcer sur l'acte, la délibération ou la décision d'un gestionnaire public du domaine privé, qui initie avec une personne, conduit ou termine une relation contractuelle dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance.

38. CE, 7 mars 2019, n° 417629, *Commune de Valbonne*, Rec., *AJDA* 2019, p. 551; *AJDA* 2019, p. 980, chron. C. Malverti et C. Beaufils; *JA* 2019, n° 597, p. 10, obs. M.-C. de Montecler; *AJDA* 2020, n° 612, p. 32, étude S. Damarey; *AJCT* 2019, p. 305, obs. A.-S. Juilles; *AJDA* 2020, p. 489, étude A. Fitte-Duval; *JCP A* 2019, 2108, note C. Chamard-Heim.

En échange, les partenaires marketing fournissent des apports en numéraire participant au financement direct de l'organisation des Jeux ou des apports en nature contribuant à leur organisation matérielle (énergie, délivrance de billets d'avion, mise à disposition de véhicules ou d'équipements sportifs, prestations de conseil spécialisées). Dans cette hypothèse, l'immeuble mis à la disposition du COJO est privé. Les contrats de partenariat marketing n'ont donc pas à suivre une procédure formalisée de mise en concurrence préalable mais ils doivent néanmoins respecter le principe de transparence. Ceux qui ont été conclus entre les sociétés Accor et Resa-Events ont été jugés conformes à ce principe dès lors que le COJO avait procédé en août 2019, à la publication d'un avis public d'appel à concurrence non restreint qui portait sur un partenariat dit « premium » en matière de transport, de logistique, d'hébergement, de restauration, de distribution alimentaire et non alimentaire, de santé, de sécurité, de communication et média, de construction, de mode, de luxe, de distribution et de télécommunications<sup>39</sup>.

**Règles applicables aux contrats d'occupation domaniale des sites publics de compétition.** Les formalités préalables imposées à la délivrance des titres d'occupation de biens publics immobiliers varient, elles, selon que la délivrance du titre conditionne ou non l'exercice d'une activité économique. Les stades publics notables font l'objet de simples conventions

d'utilisation entre les propriétaires publics et le COJO<sup>40</sup>, comme Roland-Garros qui appartient à la Ville de Paris ou le Centre aquatique olympique, propriété de la Métropole du Grand Paris. En principe, toute utilisation ou occupation privative du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance<sup>41</sup>, évaluée en fonction des avantages procurés au titulaire de l'autorisation<sup>42</sup> et nécessite une procédure préalable de mise en concurrence<sup>43</sup>. Dans le cadre de l'organisation des Jeux, le COJO bénéficiera toutefois de l'exception tirée de l'article L. 2125-1, alinéa 3 du CG3P, d'après lequel peut être gratuite l'autorisation délivrée « aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général ». Il bénéficie également de la dérogation que lui accorde l'article 17 de la loi du 26 mars 2018 qui le soustrait aux règles de publicité et de mise en concurrence<sup>44</sup>. Mais la question se reporte sur les sous-contrats<sup>45</sup> car si le même article 17 suspend explicitement l'obligation de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale<sup>46</sup> et déroge au principe de non-gratuité<sup>47</sup> pour les partenariats marketing passés par le COJO, il astreint, à tout le moins, les titres de sous-occupation délivrés à ces partenaires de marketing olympique à une obligation de publicité et de transparence et les autres titres de sous-occupation éventuellement accordés par le COJO aux obligations complètes de mise en concurrence.

39. TJ Paris, 12 oct. 2022, n° 22/52743, *SAS B-Network c/ SA Accor, SA Resavents*, préc.

40. Cour des comptes, *Rapport*, janv. 2023, p. 61.

41. CG3P, art. L. 2125-1.

42. CG3P, art. L. 2125-3. Sur le contrôle de la redevance, v. CAA Lyon, 12 juill. 2007, n° 06LY02107, *Ville de Lyon, AJDA 2007*, p. 2312, note Besle : « les avantages tirés de l'occupation d'un complexe sportif s'apprécient notamment au regard des recettes tirées de son utilisation telles que la vente des places et des produits dérivés aux spectateurs, la location des emplacements publicitaires et des charges que la collectivité publique supporte telles que les amortissements, l'entretien et la maintenance calculés au prorata de l'utilisation d'un tel équipement ».

43. CE, 2 déc. 2022, n° 455033, *Société Paris Tennis*, Rec.

44. L'article 17, al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2018-202 dispose que : « L'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques n'est pas applicable lorsque le titre prévu à l'article L. 2122-1 du même code, accordé pour occuper des dépendances du domaine public dédiées aux Jeux olympiques et paralympiques de 2024, est délivré au Comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques ou lorsque ce dernier délivre des titres de sous-occupation sur ces mêmes dépendances aux partenaires de marketing olympique au sens du contrat de ville hôte ».

45. T. Vaseux, « Les contrats de sous-occupation du domaine public doivent-ils être précédés d'une procédure de sélection préalable ? », *JCPA 2019*, comm. 2177.

46. Loi n° 2018-202 préc., art. 17, al. 1<sup>er</sup>.

47. L'article 17, al. 3 de la loi n° 2018-202 dispose que : « Par dérogation au premier alinéa de l'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les titres de sous-occupation du domaine public peuvent être délivrés gratuitement par le comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques aux partenaires de marketing olympique, au sens du contrat de ville hôte, pour tenir compte de leur participation au financement d'infrastructures ou aux dépenses liées à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024 ».

## Règles applicables aux contrats d'occupation des sites publics de compétition gérés par concession.

Dans les contrats de mise à disposition des stades gérés par concession, les propriétaires publics doivent informer leurs concessionnaires et entamer avec eux une négociation préalable à la mise à disposition de l'infrastructure pour le COJO<sup>48</sup>. L'expérience passée de l'Euro 2016 enseigne en effet que les conditions d'utilisation des sites de compétition doivent être précisées<sup>49</sup> et que le partage des responsabilités contractuelles des différents acteurs doit être clarifié<sup>50</sup>. Le Stade de France avait mis en lumière l'une des difficultés de ces conventions d'utilisation : la détermination du montant du loyer à verser au concessionnaire pendant les périodes d'exclusivité octroyées à l'organisateur d'une manifestation sportive exceptionnelle ainsi que la détermination du montant compensatoire des pertes d'exploitation<sup>51</sup>. Cette compensation a ouvert sur une âpre négociation du consortium gestionnaire qui a conduit, à ce jour, à la conclusion de deux actes : un contrat de mise à disposition non exclusive du 15 mars au 1<sup>er</sup> juin 2024 et un contrat de mise à disposition exclusive du 1<sup>er</sup> juin au 20 septembre. Le dénouement contentieux de l'organisation de l'Euro 2016, qui avait valu des pertes d'exploitation importantes pour le Consortium du Stade de France et l'exonération de toute responsabilité étatique par le juge administratif<sup>52</sup>, risque de raidir les négociations entamées tardivement<sup>53</sup> entre les mêmes parties au sujet de ce nouvel événement sportif international.

D'autres questions de mise à disposition des biens publics immobiliers surgissent à l'occasion de la recherche de logements pour les personnels mobilisés lors des Jeux.

## II. La diversification de l'utilité des logements publics mis à disposition

Outre les sites utiles aux compétitions, l'organisation des Jeux implique d'héberger pendant plusieurs mois un personnel nombreux, aux statuts juridiques variés, requis pour le bon déroulement de l'événement : volontaires et bénévoles, agents de sécurité privée, bénéficiaires de la billetterie sociale, personnel encadrant certains publics ou encore forces de l'ordre. Plusieurs solutions juridiques existent pour assurer l'affectation de logements publics aux personnels mobilisés par l'État et le COJO (A). Reste à savoir si l'organisation de la vacance de ces logements est, elle, bien légale (B).

### A. La méthode d'affectation des logements vacants aux personnels des Jeux

**La location au COJO des logements destinés à des étudiants légalement prévue.** Malgré la pression foncière sur la ville hôte, l'État et le COJO devront assurer le logement des personnels mobilisés pour les Jeux. La loi de 2018 contient d'ores et déjà des dispositions qui autorisent l'hébergement des personnes accréditées par le CIO (notamment des athlètes et des journalistes), dans un village des médias et un village olympique ainsi que dans des logements destinés d'ordinaire à des étudiants, vacants au 1<sup>er</sup> juillet 2024. Ces derniers peuvent être loués, pour l'occasion, au COJO qui les mettrait à son tour à la disposition de ces personnes accréditées<sup>54</sup>, indépendamment des éventuelles conventions qui s'appliquent habituellement à ces logements étudiants<sup>55</sup>.

### L'hypothèse d'un contrat de location signé de gré à gré par l'État et les bailleurs publics.

Rien n'est prévu, en revanche, pour les personnels de l'État, parmi lesquels figurent les forces de l'ordre. Le dispositif des résidences tempo-

48. Référé au Premier ministre S2018-2477 du 17 sept. 2018.

49. Cour des comptes, *Les soutiens publics à l'Euro 2016 en France, quels retours d'expérience pour les pouvoirs publics ?*, Rapport public thématique, sept. 2017, p. 76.

50. *Ibid.*, p. 77.

51. Le loyer a été fixé à 14,5 millions d'euros ; les pertes d'exploitation sont chiffrées à 20 millions d'euros mais la part compensatoire que l'État versera n'a pas été arrêtée. Sur ces montants, v. Cour des comptes, *Rapport*, juill. 2023, p. 32.

52. CAA Paris, 13 juin 2019, n° 17PA02659, *Société Consortium Stade de France*.

53. Sur les risques liés à ce calendrier, v. Cour des comptes, *Rapport*, juill. 2023, p. 32.

54. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, art. 19-I.

55. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018, art. 19-II.

raires<sup>56</sup>, qui peut concerner les biens publics ou privés, ne répondant pas exactement aux besoins de l'État<sup>57</sup>, ce dernier semble décidé à affecter une partie des logements étudiants, vacants pendant l'été 2024, au logement de ces personnes<sup>58</sup>. Ces logements publics ne sont toutefois ni détenus ni gérés par l'État : les régions, collectivités territoriales qui gèrent les lycées publics et leurs internats<sup>59</sup>, établissements publics, ainsi que les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires (Crous)<sup>60</sup>, eux-mêmes établissements publics à caractère administratif constituent les bailleurs publics concernés. L'affectation de ces chambres par l'État aux personnels mobilisés à l'été 2024 suppose donc la conclusion d'un contrat de location avec ces bailleurs. Par conséquent, l'hypothèse d'une réquisition au sens juridique, c'est-à-dire d'un acte d'autorité par lequel l'administration, dans une situation d'urgence particulière, obtient des moyens personnels ou matériels, ne serait pas nécessaire<sup>61</sup>. L'article L. 2512-5 du code de la commande publique permettra à l'État de passer un contrat avec des bailleurs publics ou privés<sup>62</sup> sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalable<sup>63</sup>. Ce contrat servira à louer temporairement les logements vacants, ordinairement affectés au logement des étudiants. La légalité de l'affectation des résidences universitaires à des publics autres qu'étudiants sera toutefois conditionnée à plusieurs autres normes : la législation domaniale, la législation scolaire et universitaire et la législation sociale.

**Les contraintes de la législation domaniale pesant sur le changement d'affectation.** Les logements publics étudiants sont affectés au service public de l'éducation ou de l'enseignement supérieur et ont fait l'objet d'un aménagement indispensable ou spécial à l'exécution des missions de ce service public : ils appartiennent donc au domaine public<sup>64</sup>. Un changement d'affectation et de délégation de gestion temporaire peut être décidé par le propriétaire public d'une dépendance du domaine public, sous réserve de poursuivre un intérêt général<sup>65</sup>. L'État peut également imposer à un propriétaire public, malgré son éventuel désaccord, une nouvelle affectation du bien, par mutation domaniale. L'article L. 2123-4 du CG3P dispose en effet que « lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation d'une dépendance du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'État peut procéder à cette modification sans l'accord de la personne publique propriétaire »<sup>66</sup>. Le préfet notifie au propriétaire public les motifs de ce changement ; l'État peut ensuite affecter temporairement ces biens à un nouvel usage. En tout état de cause, une simple convention de superposition d'affectation permet aussi à l'État de suggérer une nouvelle affectation temporaire pour la dépendance du domaine public, à la double condition que la domanialité publique soit préservée et que l'affectation supplémentaire soit compatible avec l'affectation initiale<sup>67</sup>.

56. Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, art. 101.

57. Cet outil contractuel est un dispositif d'appoint, adapté à des besoins très limités de logement de personnel. Cette résidence donne lieu à une redevance du résident temporaire à l'organisme qui obtient la gestion temporaire des logements. Elle risque de poser des problèmes de sécurité si elle est utilisée au bénéfice de forces de l'ordre.

58. Lettre de mission adressée par le directeur de cabinet de la Première ministre le 19 sept. 2022 confiant à l'IGEDD, l'IGA, l'IGESR, le CGA et l'IGAS le soin de rédiger un rapport sur cette question indiquée dans Cour des comptes, *Rapport*, juill. 2023, p. 54.

59. C. éduc., art. L. 421-1.

60. C. éduc., art. L. 822-1.

61. Cette réquisition est néanmoins autorisée pour l'événement par l'article 10 de la loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 dans les conditions énoncées *supra*.

62. Ce contrat serait passé sur le fondement de l'art. L. 2512-5, CCP qui concerne « 1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ».

63. Un tel contrat peut être signé de gré à gré dès lors que la directive 2014/24/UE « ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet : a) l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens », en vertu de son art. 10.

64. CG3P, art. L. 2111-1. V. également *supra*.

65. CE, 30 oct. 1987, n° 65367, *Commune de Levallois-Perret*, Rec., AJDA 1988, p. 43, concl. Hubac ; *Rev. adm.* 1987, p. 549, note Terneyre. Cet intérêt général sera apprécié en prenant en compte les missions du gestionnaire public.

66. Sur la théorie des mutations domaniales, v. N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2021, p. 312, n° 795.

67. CG3P, art. L. 2123-7.

Enfin, un propriétaire public peut consentir à une autre personne une autorisation temporaire d'occupation domaniale, sans publicité ni mise en concurrence<sup>68</sup>, tant que cette autorisation ne conditionne pas l'exercice d'une activité économique<sup>69</sup>. Il ressort de ces différentes options que l'État, une fois le contrat de location conclu avec les bailleurs publics, pourrait affecter des logements publics étudiants au logement d'une partie des personnels nécessaires à la bonne tenue des Jeux, la superposition d'affectation et l'autorisation temporaire d'occupation domaniale étant les solutions les plus vraisemblables.

**Les contraintes de gestion de biens publics de la législation scolaire et universitaire et de la législation sociale.** Néanmoins, l'article L. 2123-1 du CG3P précise que les propriétaires publics doivent gérer leur domaine public, dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur. D'une part, la législation universitaire et scolaire prévoit que les régions peuvent « autoriser l'utilisation de locaux et d'équipements scolaires des lycées et établissements régionaux d'enseignement adapté, pendant les heures ou les périodes au cours desquelles ils ne sont pas utilisés pour les besoins de la formation initiale et continue, par des entreprises ou des organismes de formation et, pour les besoins de l'éducation populaire, de la vie citoyenne et des pratiques sportives, culturelles et artistiques, par des associations, par des établissements d'enseignement supérieur »<sup>70</sup>. En l'absence de disposition contraignante concernant l'utilisation des internats, il est toutefois permis de conclure qu'une utilisation différente serait envisageable pour les internats. D'autre part, la législation sociale impose aux Crous

d'utiliser les résidences universitaires pour accueillir « des étudiants, des personnes de moins de trente ans en formation ou en stage et des personnes titulaires d'un contrat de professionnalisation ou d'apprentissage »<sup>71</sup>. Par dérogation et pour une période limitée, une utilisation de ces logements par d'autres publics, « particulièrement à des publics reconnus prioritaires par l'État au sens de l'article L. 441-1 »<sup>72</sup> est possible. Cette dérogation n'étant pas limitative, une utilisation de ces logements pour les personnels de l'État mobilisés lors des JOP de 2024 serait envisageable<sup>73</sup>. Les conventions APL (aide personnalisée au logement) qui peuvent s'appliquer à ces logements<sup>74</sup> seraient alors suspendues pour la durée de leur mise à disposition des personnels de l'État. Les personnels de l'État et du COJO devraient donc pouvoir bénéficier de ces logements vacants.

### ***B. La légalité de l'organisation de la vacance des logements pour les personnels des Jeux***

**La suspension provisoire des décisions de Crous de réquisitionner les logements étudiants.** Une fois ces difficultés juridiques résolues, reste à savoir comment organiser la vacance des logements étudiants en vue de leur nouvelle affectation ponctuelle. À l'été 2023, le directeur du Crous de Paris a fait savoir par courriel aux étudiants bénéficiaires de logements dans les résidences universitaires que ces logements seraient réquisitionnés et affectés à l'accueil des volontaires et partenaires des Jeux pendant les mois de juillet et d'août 2024. Ce courriel a été attaqué par le syndicat Solidaires étudiant-e-s, syndicat de lutte, devant le juge administratif.

68. CG3P, art. L. 2122-1-1.

69. CE, 2 déc. 2022, préc.

70. C. éduc., art. L. 214-6-2.

71. CCH, art. L. 631-12.

72. CCH, art. L. 631-12-1.

73. Ce dispositif d'expérimentation introduit dans la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a en effet été pérennisé par l'art. 140 de la loi n° 2022-217 du 21 févr. 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (3DS) car il ressort de l'enquête d'évaluation de l'expérimentation (*Rapport au Parlement relatif à l'expérimentation des courts séjours dans les résidences universitaires : évaluation du dispositif expérimental prévu par le IV de l'article 123 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté*, mai 2021) qu'un grand nombre de résidences universitaires sur le territoire national connaissent des situations de vacance locative étudiante sur les huit premiers mois de l'année civile.

74. Ces conventions, prévues à l'art. L. 631-12 du CCH, peuvent s'appliquer à ces logements, dans les conditions prévues à l'art. L. 831-1 du CCH (anciennement CCH, art. L. 351-2, qui a été abrogé par l'art. 2 de l'ordonnance n° 2019-770 du 17 juill. 2019 relative à la partie législative du livre VIII du CCH, bien que l'art. 19-II de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 fasse toujours référence à l'ancien article abrogé).

Qualifié de décision administrative, il a été suspendu par le juge des référés du tribunal administratif de Paris dans une ordonnance du 31 août 2023 sur le triple fondement de l'incompétence du président du Crous, du détournement de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation, susceptibles de faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision<sup>75</sup>. Le fait qu'un Crous puisse imposer le déplacement des étudiants bénéficiant des logements pendant les mois d'été d'une résidence à une autre afin d'éviter la cohabitation entre étudiants et personnels partenaires des Jeux semble avoir gêné le juge des référés. Pourtant, le recours aux logements vacants pour des personnels nécessaires à la bonne tenue des Jeux comme les forces de l'ordre ou les bénévoles est manifestement d'intérêt public. De surcroît, la vacance des résidences risque de n'être pas homogène car elle dépendra de la volonté de chaque étudiant bénéficiaire d'un logement de signer un bail de 10 ou 12 mois avec le Crous. Or, on imagine mal que les locataires résidants pour 12 mois cohabitent pendant les deux mois d'été à côté d'agents publics mobilisés pour l'événement. Aussi la gestion de la vacance imposerait de regrouper les étudiants ayant signé pour un bail de 12 mois dans une même résidence, ce qui supposerait que ceux-ci aient déjà fixé leur choix ou, pour ceux dont le choix n'aurait pas déjà été fait, d'être relogés dans une même résidence afin d'éviter qu'il y ait des résidences à moitié vides. En l'absence de jugement au fond à la date de rédaction de cet article<sup>76</sup>, seules ces pistes semblent raisonnablement exploitables<sup>77</sup>.

**Conditions à l'organisation d'une vacance des logements étudiants.** Une circulaire explicative du Cnous et des Crous d'Île-de-France mériterait d'être élaborée pour informer les étudiants en amont de la situation et des garanties associées à cette situation. Une nouvelle déci-

sion, prise cette fois par le conseil d'administration du Crous de Paris, fixant à fin avril le choix pour l'étudiant de prolonger ou non son bail pour 2 mois permettrait de résoudre les illégalités suspectées dans la première décision du Crous de Paris suspendue en référé. Pour respecter l'article L. 631-12-1 alinéa 2 du CCH, les logements vacants devraient également être proposés en priorité à d'autres étudiants, personnes en formation ou en apprentissage, voire à des enseignants ou chercheurs. En revanche, le déplacement des étudiants ayant manifesté leur souhait de conserver leur logement dans une résidence étudiante pendant l'été 2024 ne semble pas disproportionné à l'intérêt général poursuivi, pour autant que la résidence d'origine assure *in fine* à l'étudiant un relogement convenable et qu'il se situe dans un périmètre raisonnablement proche de la première. La gestion de ces déplacements pourrait se faire dans le courant du mois de juin 2024.

## Conclusion

Si la mise à disposition de biens publics est une méthode de valorisation de ceux-ci, elle soulève plusieurs difficultés juridiques lorsqu'elle porte sur des biens publics immobiliers qu'elle doit s'adapter aux contraintes des Jeux de 2024. Elle requiert une interprétation souple des principes juridiques pour accompagner les défis infrastructurels qui pèsent sur la ville hôte. Une telle manifestation nécessite en effet un pragmatisme certain dans l'utilisation du patrimoine immobilier de l'État, des collectivités et de leurs établissements. Les Jeux, comme toute institution, « ne dure[nt] pas mille ans sans se modifier et se déformer »<sup>78</sup>, écrivait Pierre Coubertin. « Rien n'est plus instructif que d'étudier les péripéties sportives de l'Antiquité. La gradation naturelle s'y révèle. On voit avec le succès se développer la complication et le spécialisme d'où sortent le

75. TA ord., 31 août 2023, n° 23192955/1. Nous remercions le tribunal administratif de Paris de nous avoir transmis l'ordonnance. Celle-ci a fait l'objet d'un pourvoi en cassation ; le Conseil d'État a récemment prononcé un non-lieu à statuer (CE ord., 29 déc. 2023, n° 488337, *Crous de Paris*), une nouvelle délibération du Crous de Paris n° CA 20231106-2.1 du 6 nov. 2023 ayant fixé les garanties de renouvellement du droit d'occupation des étudiants occupant un logement dans l'une des résidences qui seront mises à disposition pour les personnels de l'État participant à l'organisation et au bon déroulement des Jeux de 2024, en particulier les aides pour pallier les conséquences d'un changement de logement et de résidence universitaire. Cette décision motive néanmoins en creux la légalité de l'organisation de la vacance des logements pour les personnels des Jeux.

76. La rédaction a été achevée le 15 janvier 2024.

77. Les tribunaux administratifs de Paris et de Versailles auront à se prononcer sur ces questions au début de l'année 2024, les dates des audiences n'étant pas encore fixées.

78. P. Coubertin, *Pédagogie sportive*, Les Éditions G. Crès et Compagnie, 1922, p. 22.

professionnalisme et la corruption. L'esprit sportif, cet *aïdos* dont Pindare écrit que son pire ennemi est le désir du gain, se trouve mis en péril. La grandiose époque des guerres contre les Perses provoque un sursaut d'énergie et – si l'on peut ainsi dire – de purification sportive, mais bientôt l'effet s'en atténue et le mal reprend. Ce sont alors les exagérations de l'entraînement [...] c'est le mercantilisme [...] c'est le fonctionnarisme [...] », continuait-il<sup>79</sup>. À l'image de l'évolution du sport, les Jeux olympiques offrent l'occasion d'éprouver la capacité des juristes à mettre au service d'une fin la merveilleuse technicité du droit, justifiant une action administrative raisonnable et sobre et préférant l'existant à la nouveauté. Ce pragmatisme répond, en creux,

à une attente consensuelle : que la France, qui n'a pas moins que « la responsabilité d'accueillir le monde sur son territoire »<sup>80</sup> d'après le législateur, démontre sa capacité « à répondre aux exigences de l'accueil d'un événement international de cette ampleur »<sup>81</sup>, comme l'écrivait déjà la Cour des comptes à propos d'un autre événement sportif international. En raison de ce consensus, qui mériterait d'être questionné, l'utilité publique, par rapport à laquelle se mesure l'utilisation conforme des biens du domaine public, pour reprendre l'expression du code<sup>82</sup>, est une notion plastique. Au-delà, la mise à disposition des biens publics immobiliers illustre, une fois de plus, la mutation du droit de la propriété publique en « un droit de l'exploitation »<sup>83</sup>.

79. *Ibid.*, p. 22-23.

80. Étude d'impact projet de loi relatif à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques 2024, 14 nov. 2017, p. 10.

81. Cour des comptes, *Rapport public thématique*, sept. 2017, p. 10.

82. CG3P, art. L. 2121-1.

83. Y. Gaudemet, préface de la thèse de P. Yolka, *La propriété publique*, *op. cit.*

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### Regard civiliste sur le contrat de ville hôte des Jeux olympiques Paris 2024

Romain Boffa

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

**1. « L'important, c'est de participer ».** La formule, attribuée au baron Pierre de Coubertin<sup>1</sup> à propos des Jeux olympiques, est parfaitement adaptée à la présente étude, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, sans contrat de ville hôte, point de Jeux olympiques. Ce contrat conclu entre d'une part le CIO<sup>2</sup> et d'autre part la ville de Paris et le CNOSF<sup>3</sup>, est donc un rouage essentiel de l'olympisme, puisqu'il permet la participation des athlètes du monde entier aux futurs Jeux olympiques de Paris à l'été 2024. Ensuite, parce que l'analyse de la convention au regard des règles du droit civil français ne permettra sans doute pas à la mairie de Paris de gagner un futur procès, mais seulement de participer à un effort comparatiste<sup>4</sup>. En effet, l'article 51.1 de la convention stipule que « ce contrat est exclusivement régi par le droit substantiel interne de Suisse, sans application des principes relatifs aux conflits de lois », étant précisé que tout litige

afférent à ce contrat sera jugé par le tribunal arbitral du sport, situé à Lausanne. En somme, si les JO ont lieu à Paris, les éventuelles Joutes juridiques se dérouleront en Suisse selon les lois sportives mondiales<sup>5</sup> et le droit helvétique. C'est, déjà, une première curiosité qui mérite de pousser l'analyse de ce contrat plus avant.

**2. Un contrat bien singulier.** Parce que ce contrat a pour objet l'organisation des Jeux olympiques, il présente de nombreuses singularités, qui ne tiennent pas seulement à cette rencontre entre une personne publique française et une association de droit privé soumise au droit suisse. Avant toute chose, contrairement aux contrats classiques (vente, entreprise, bail...), il s'agit d'un contrat que l'on peut qualifier d'attitré ou de réservé<sup>6</sup>. En effet, seul le CIO, qui dispose d'une « propriété exclusive » sur les Jeux olympiques<sup>7</sup>, est habilité à concéder à une ville hôte, comme

1. Lequel est, comme chacun sait, à l'origine de la renaissance des Jeux olympiques à l'époque moderne.
2. Le Comité international olympique, organisation internationale non gouvernementale, qui a le statut d'association de droit privé soumise au droit suisse. V. sur le statut du CIO, F. Latty, « Le statut du Comité international olympique – brève incursion dans les lois de la physique juridique », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Olympisme*, PUAM, 2015, p. 15.
3. Comité national olympique et sportif français.
4. Nous verrons qu'il faut toutefois réserver l'application éventuelle des lois de police, par un juge français saisi du litige, notamment pour assurer l'exécution de la sentence du TAS sur le territoire français.
5. Au premier rang desquels figure la Charte olympique, à laquelle se soumet expressément la convention.
6. Par analogie avec les actions attitrées.
7. Charte olympique, art. 7.2.

Paris, l'organisation d'une telle manifestation. La convention est donc *sui generis* et même unique en son genre à raison de son objet même, qui est l'organisation d'un événement qui est sous l'égide du CIO. Nous verrons que cette mainmise du CIO sur les Jeux confère à la convention un caractère très déséquilibré, pour ne pas dire léonin. En outre, ce contrat est unique d'un point de vue temporel, en ce qu'il n'en existe qu'un seul par olympiade<sup>8</sup>. Il s'agit en quelque sorte d'un contrat-cadre qui entraîne, dans son sillage, de nombreuses conventions, au premier rang desquelles la création, par la ville hôte et le CNOSF, du comité d'organisation (COJO) personne morale chargée du pilotage de l'organisation et qui devient partie à la convention<sup>9</sup>. C'est encore un contrat conjonctif dans sa formation, dans la mesure où se retrouve, en face du CIO, partie unique, la ville de Paris mais aussi le CNOSF et le COJO. L'existence d'une partie plurale, côté français, implique notamment de déterminer la responsabilité de chacun de ses membres à l'égard du CIO. De ce point de vue, on peut observer une première friture sur la ligne franco-suisse, l'article 4.1. du contrat prévoyant que « la Ville hôte, le CNO hôte et le COJO seront conjointement et solidairement responsables » de l'exécution du contrat, ce qui est, en droit français, antinomique<sup>10</sup>. Au reste, si la langue du contrat est celle de Molière<sup>11</sup>, nous verrons que certains termes n'ont aucun sens en français, du moins celui que l'on parle en France, ce qui explique que figure en annexe 1, une liste des termes définis<sup>12</sup>.

### 3. Un objet d'étude riche d'enseignements.

Au-delà de sa singularité juridique, le contrat de ville hôte est le socle d'un événement planétaire, aux enjeux politiques et aux retombées économiques considérables. Malgré l'importance économique et politique d'une telle figure contractuelle, on a pu souligner le relatif désintérêt de la doctrine pour le contrat de ville hôte des Jeux olympiques<sup>13</sup>. Il faut dire qu'à notre connaissance<sup>14</sup>, ces conventions, qui se succèdent à chaque olympiade, n'ont pas donné lieu à des contentieux devant le TAS ou même une autre juridiction. Mais l'intérêt d'une convention comme objet d'étude ne doit pas se mesurer à ses manifestations contentieuses. On pourrait même avancer le contraire et considérer que cette convention contient, dans sa structure et ses instruments, une fonction prophylactique maximale : les parties sont mues par un intérêt commun qui les dépasse (la bonne organisation des Jeux olympiques), ce qui les conduit à exécuter la convention ou à trouver des arrangements, sans qu'il soit nécessaire ou même opportun de saisir un juge. L'analyse des clauses de ce contrat sans juge apparaît donc particulièrement stimulante. Pour le reste, l'étude d'un tel contrat soumis au droit suisse n'est pas, pour un civiliste français, un simple exercice de style. Au-delà de l'intérêt strictement comparatiste de l'analyse, qui permet un enrichissement réciproque, étant précisé qu'il s'agit ici d'une comparaison tripartite<sup>15</sup>, nous pourrions, chemin faisant, vérifier si le contrat de ville hôte ne vient pas heurter des principes essentiels du droit français, ce qui conférerait un enjeu bien plus pratique à l'ana-

8. Jeux d'été et jeux d'hiver confondus.

9. L'article 3.2. stipule que « le COJO doit comprendre, parmi les membres jouissant pleinement du droit de vote de son organe exécutif supérieur, le ou les membres du CIO dans le Pays hôte, les membres du Pays hôte siégeant dans l'organe dirigeant de l'IPC, le président et le secrétaire général du CNO hôte, le président du Comité National Paralympique du Pays hôte, au moins un athlète ayant concouru pour le Pays hôte dans une édition récente des Jeux olympiques, ainsi qu'au moins un membre représentant la Ville hôte et désigné par celle-ci ».

10. L'obligation conjointe s'oppose en effet à l'obligation solidaire.

11. Art. 46.3 : « les Parties peuvent faire des traductions du Contrat ville hôte mais, en cas de conflit ou de divergence, la version française du Contrat ville hôte fera foi ».

12. Par exemple les « indemnitaires du CIO », qui désigne « soit le CIO, toutes les Entités contrôlées par le CIO et leurs responsables, membres, directeurs, employés, consultants, agents, mandataires, contractants, y compris Partenaires de marketing du CIO et Diffuseurs détenteurs de droits ».

13. V. J.-M. Marmayou, « Le contrat de ville hôte pour les Jeux olympiques », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Olympisme*, op. cit., p. 113. La lecture de cette étude très riche, publiée avant la signature de la convention relative aux JO de Paris est très éclairante, notamment parce qu'elle analyse toutes les conventions antérieures.

14. V. également en ce sens, J.-M. Marmayou, « Le contrat de ville hôte pour les Jeux olympiques », préc.

15. Droit français, droit suisse et régime prévu par le contrat ville hôte.

lyse, si d'aventure l'exécution d'une telle convention sur le sol français devait être requise<sup>16</sup>.

**4. Le contrat de ville hôte Paris 2024.** Le contrat de ville hôte pour les Jeux olympiques de Paris (désigné par l'acronyme anglais HCC dans la convention) a été signé à Lima, le 13 septembre 2017. Le lieu de conclusion du contrat peut de prime abord surprendre. Pourquoi Lima et pas Paris, ou même Tahiti ? Parce que la convention a été conclue le jour de l'annonce officielle de la désignation de la ville de Paris, lors du congrès du CIO qui s'est tenu à Lima, ce qui en dit long sur le degré de négociation de cette convention de 45 pages par la ville de Paris<sup>17</sup>. La date de conclusion, située très en amont de la tenue des Jeux olympiques, s'explique aisément par l'objet même de la convention : il s'agit d'organiser un véritable barnum planétaire, ce qui suppose de s'y prendre très en avance. La singularité de la convention se retrouve dans sa forme. Le contrat ne comporte pas un seul *instrumentum*, mais plusieurs : les « principes » du contrat de ville hôte, les « conditions opérationnelles », qui assurent la mise en œuvre logistique des principes, le « plan de livraison des Jeux » et enfin « les engagements de la candidature », étant précisé qu'il existe une hiérarchie décroissante entre ces quatre documents. Signalons au passage, sans doute pour assurer une forme de cohérence contractuelle<sup>18</sup>, la contractualisation des engagements unilatéraux pris par la ville de Paris pendant sa candidature : ceux-ci sont élevés au rang de normes contractuelles, à condition toutefois de ne pas contredire les termes des principes.

**5. Structure du contrat.** Pour ne s'en tenir qu'à l'essentiel, c'est-à-dire aux principes, la convention, qui est accessible en ligne sur le site internet du CIO<sup>19</sup>, est tout d'abord constituée d'un préambule divisé, contrairement aux arrêts

modernes de la Cour de cassation, en dix-neuf « attendus ». Le deuxième et le troisième donnent le *la* sur le rapport de forces : « attendu que, conformément à la Charte olympique, le CIO est l'autorité suprême du Mouvement olympique, qu'il le dirige » (B); « attendu que la Ville hôte et le CNO hôte ont demandé, et le CIO a accepté, que la Ville hôte soit candidate à l'organisation des Jeux » (C) ». En somme, le CIO a consenti à descendre de son Olympe pour entendre la candidature de la ville de Paris. Après le préambule, la convention comporte sept chapitres : « responsabilités (*sic*) générales des parties » (I), « contribution du CIO au succès des Jeux » (II), « conditions essentielles » (III), « coordination avec le CIO » (IV), « principaux livrables et succès opérationnels » (V), « Jeux paralympiques » (VI) et « divers » (VII)<sup>20</sup>. Les différents chapitres sont eux-mêmes divisés non pas en clauses, mais en « paragraphes », en sous-paragraphes et ainsi de suite, ce qui donne à l'ensemble davantage les allures d'une charte ou d'un texte réglementaire, plutôt que d'un contrat. Nous y reviendrons.

**6. Plan.** Il n'est pas possible, spécialement dans la *Revue de droit d'Assas*<sup>21</sup>, de se satisfaire d'un tel plan en sept parties. C'est pourquoi l'analyse civiliste de la convention de ville hôte prendra la forme classique structurée autour de la dialectique nature/régime. Ainsi, après avoir éprouvé la qualification de cette convention au regard des critères du droit civil (I), il sera possible de saisir les grands traits de son régime juridique (II).

## I. Qualification

**7. Contrat de droit privé ou de droit public.** Avant même d'entrer dans les critères de qualification du droit civil, il convient de se demander au préalable si la convention relève du droit privé

16. V. CPC, art. 1514 : « les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international ».

17. On pourrait rétorquer que la convention a été négociée en amont, mais l'on y croit assez peu, dès lors que la ville doit tout faire pour charmer le CIO aux fins d'obtenir l'organisation des Jeux; v. *infra*, n° 12.

18. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. H. Muir-Watt.

19. Le secret des affaires cède devant le devoir de transparence qui préside à l'organisation d'un tel événement. Cela n'a pas toujours été le cas (v. J.-M. Marmayou, « Le contrat de ville hôte pour les Jeux olympiques », préc.).

20. Deux annexes viennent conclure l'ensemble : la liste des termes définis (annexe 1), c'est-à-dire un vocabulaire très usuel dans les contrats d'adhésion, ainsi que les « chapitres des conditions opérationnelles du HCC » (annexe 2), qui est en réalité un simple tableau de concordance entre les conditions opérationnelles et les paragraphes des principes qui y font référence (ex. : Accréditation : § 33 des principes).

21. Longtemps adepte du « grand I » et du « grand II ».

ou du droit administratif, dans la mesure où elle est conclue par une collectivité territoriale. Au vrai, la question n'a pas beaucoup d'intérêt pratique, dans la mesure où la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des JO de 2024 a prévu, par dérogation à l'article 2060 du Code civil, la possibilité pour cette convention liant une personne publique, ainsi que pour les contrats d'application, de contenir une clause compromissaire<sup>22</sup>. Le contrat échappera donc à la compétence du juge administratif. On peut en tout état de cause s'interroger sur l'existence d'un véritable contrat de droit administratif, dans la mesure où il n'est peut-être pas acquis que la convention a pour objet l'exécution d'une mission de service public<sup>23</sup> et où il est en revanche certain qu'elle ne contient pas des clauses exorbitantes au droit commun, en tout cas pas au profit de l'administration<sup>24</sup>. Nous verrons que c'est en effet le CIO qui bénéficie de prérogatives particulièrement dérogatoires au droit commun. Signalons à cet égard un singulier renversement des rôles. Alors qu'à l'ordinaire la personne publique conclut une convention pour charger son cocontractant de l'exécution d'une mission (commande publique, travaux publics...), c'est ici le CIO qui charge la collectivité de réaliser une prestation pour son compte : l'organisation des Jeux olympiques. En tout état de cause, on sait que le juge administratif a recours aux règles du droit civil pour éclairer ou compléter le régime des contrats publics<sup>25</sup>, de sorte qu'il est permis d'espérer qu'un regard civiliste sur le contrat de ville hôte, fût-il conclu par une personne publique, ne mène pas à une impasse.

Ce préalable posé, il convient de procéder à une qualification du contrat de ville hôte à l'aune

des critères du droit commun des contrats (A), avant de rechercher sa qualification en droit spécial (B).

### A. Qualification en droit commun

Les critères classiques de qualification (1) précéderont les contrats plus modernes, au premier rang desquels figure une qualification particulièrement adaptée à la convention, à savoir le contrat d'adhésion (2).

#### 1. Critères classiques

**8. Un contrat ?** Le contrat de ville hôte est-il un véritable contrat ? La question mérite d'être posée, compte tenu de ce qu'il ne semble pas être un acte volontaire, mais un ensemble de normes imposées à la ville. En effet, la ville hôte ne peut pas refuser de conclure une telle convention, à peine de perdre l'organisation des Jeux olympiques. Dès lors, la rencontre entre l'offre et l'acceptation se situe davantage en amont, lors de la candidature. C'est pourquoi, d'ailleurs, le préambule du contrat stipule que « la Ville hôte et le CNO hôte ont demandé, et le CIO a accepté, que la Ville hôte soit candidate à l'organisation des Jeux ». Mais en aval, la conclusion du contrat de ville hôte ressemble moins à la rencontre entre une offre et une acceptation : elle découle, de manière automatique, de la sélection par le CIO de la ville candidate. Certes, notre droit positif connaît déjà des contrats imposés, tels que le contrat d'assurance de véhicule terrestre à moteur. Cependant, en pareille hypothèse, l'assuré conserve une liberté de choix de l'assureur, ce qui n'est pas le cas de la ville hôte, qui ne peut pas organiser des Jeux olympiques sans se placer sous l'égide du CIO. Est-ce à dire que le contrat de ville hôte

22. On a pu soutenir que cette validation rétroactive n'était pas nécessaire, dans la mesure où la jurisprudence judiciaire admet la possibilité pour les collectivités publiques de recourir à l'arbitrage dans les contrats internationaux (v. en ce sens, Th. Clay, *JCP G* 2019, 293). V. toutefois CE, 17 oct. 2023, n° 465761 à propos d'une convention d'arbitrage entre une personne publique et la société Ryanair : « la seule circonstance qu'un contrat a été passé par une personne publique pour les besoins du commerce international ne permettait pas de déroger au principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage ». En l'absence de disposition législative expresse, le recours à l'arbitrage n'était pas possible, de sorte que l'exécutif de la sentence arbitrale a été refusée. Au reste, dans son avis sur la loi, le Conseil d'État avait estimé qu'une telle habilitation législative était nécessaire (CE, avis, 9 nov. 2017, n° 393671).

23. Certes, l'article L. 100-1 du code du sport dispose que « le développement du sport pour tous et le soutien aux sportifs de haut niveau et aux équipes de France dans les compétitions internationales sont d'intérêt général ». Mais l'organisation ponctuelle des Jeux olympiques à Paris s'inscrit-elle dans l'intérêt général ?

24. La jurisprudence identifie le caractère administratif du contrat à travers deux critères : un critère organique (conclusion par une personne publique) et un critère matériel : l'exécution d'une mission de service public ou l'existence de clauses ou prérogatives exorbitantes au droit commun (v. sur cette question, F. Brenet, *JCl. administratif*, fasc. 695, v° « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif »).

25. X. Mondésert, « Le Code civil et le juge administratif », *Cah. dr. fond.* 2005, p. 179.

ne mérite pas son nom de contrat ? Il n'en est rien. En effet, l'objet même de la convention est de pourvoir à l'organisation des Jeux olympiques : il est donc logique que sans la signature de l'accord, la ville hôte ne puisse y pourvoir, dès lors que les Jeux sont la « propriété exclusive » du CIO<sup>26</sup>. Et de fait, nul ne contraint la ville hôte à organiser les Jeux olympiques, en pleine connaissance de la soumission corrélative aux normes du contrat de ville hôte. Il y a donc, au sens de l'article 1101 du code civil, « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

### 9. Un contrat synallagmatique particulier.

Nous sommes donc en présence d'un contrat, mais de quel contrat s'agit-il ? Il s'agit incontestablement d'un contrat synallagmatique, dès lors que « les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres »<sup>27</sup>. Ainsi, l'article 2 du contrat stipule que la ville hôte se voit confier l'obligation principale d'assurer « la planification, l'organisation, le financement et la tenue des Jeux », tandis que l'article 7 énonce qu'« en contrepartie » des obligations contractées par la ville hôte, le CIO versera au comité d'organisation (COJO) différentes contributions financières, dont la plus importante s'élève à 1,7 milliard de dollars, ainsi que des droits commerciaux et avantages, tels que le droit de conserver les revenus bruts provenant de toutes les ventes de billets. On retrouve donc l'existence d'obligations réciproques qui caractérisent le contrat synallagmatique. Toutefois, ici encore, la convention révèle son particularisme. En effet, si l'on devait ressusciter une notion qui n'a en réalité pas disparu, on pourrait dire que la cause de l'obligation souscrite par la ville de Paris d'organiser les Jeux est, non pas tant la contrepartie financière versée par le CIO, que l'organisation des Jeux elle-même... En témoigne le fait que l'article 2 du contrat envisage cette organisation à la fois comme une « responsabilité », donc comme une obligation pour la ville, mais aussi comme un

« droit », et donc comme une créance à l'égard du CIO. Au reste, les différentes contreparties financières et commerciales auxquelles consent le CIO sont envisagées comme « une contribution au succès des jeux », et ce afin « d'aider » la ville et le COJO « dans la planification, l'organisation, le financement et la tenue des Jeux ». Par où l'on voit que les différentes obligations du CIO ne viennent pas en miroir, mais en soutien des obligations contractées par la ville hôte dans l'organisation des JO.

### 10. Un contrat onéreux, commutatif et consensuel.

Nous irons plus vite sur les autres critères classiques. Le contrat est assurément onéreux, au sens de l'article 1107, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». Nulle intention libérale dans la convention : la ville de Paris attend du CIO qu'il lui octroie le droit d'organiser les Jeux et lui apporte, à cette fin, son soutien. Le CIO, de son côté, contracte des obligations au regard des engagements pris à son égard par la ville hôte et le COJO. Par ailleurs, le contrat constitue un contrat commutatif dès lors que « chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit »<sup>28</sup>. Certes, il existe nécessairement un aléa sur le succès économique, politique et même socio-culturel des JO pour la ville. Mais tel n'est pas l'objet des prestations. Les différentes obligations des parties sont, pour l'essentiel, déterminées dès la conclusion du contrat, elles ne dépendent pas d'un événement incertain et sont envisagées par les parties comme équivalentes. Par ailleurs, même si un écrit a été établi, le contrat est consensuel, dès lors « qu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression »<sup>29</sup> et que, s'agissant d'un contrat innommé, tant en droit français qu'en droit suisse<sup>30</sup>, il ne saurait dépendre de solennités imposées par la loi au sens de l'article 1109, alinéa 2 du Code civil.

26. De même qu'un acheteur ne peut pas acquérir la propriété d'une voiture sans l'acheter. La différence est simplement, qu'en matière de Jeux olympiques, il n'existe qu'une seule voiture, et qu'elle appartient au CIO.

27. C. civ., art. 1106.

28. C. civ., art. 1108.

29. C. civ., art. 1109, al. 1<sup>er</sup>.

30. V. code des obligations suisse, art. 11 : « la validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi ».

## 11. Un contrat à durée déterminée... par le CIO.

Enfin, la convention de ville hôte est un contrat à exécution successive, dont la durée est par nature déterminée par son objet : les Jeux olympiques et paralympiques<sup>31</sup>. La conséquence majeure d'une telle qualification est qu'aucune des parties ne peut mettre fin à la convention avant son terme<sup>32</sup>, ce qui n'est curieusement pas précisé par la convention. Mais ici encore, le contrat de ville hôte est atypique. En effet, ce n'est pas l'achèvement des Jeux olympiques et paralympiques qui marque le terme de la convention. L'article 38.1 stipule que « le Contrat ville hôte prendra fin dès réception par la Ville hôte, le CNO hôte et le COJO de la confirmation écrite par le CIO que toutes les obligations de la Ville hôte, du CNO hôte et du COJO découlant du Contrat ville hôte ont été exécutées ». C'est donc le CIO qui fixe le terme du contrat, à travers une confirmation écrite de l'exécution de leurs obligations par les autres parties. Les parties ne s'en remettent donc pas à un tiers impartial pour constater l'exécution du contrat, comme dans la vente d'immeuble à construire stipulée à terme<sup>33</sup>. En outre, le mécanisme se signale par son absence de réciprocité, dès lors que le CIO pourra déclarer la fin du contrat, sans que quiconque ne vérifie s'il a lui-même exécuté ses propres obligations. On peut y voir la confirmation que les obligations du CIO ne sont que le soutien accessoire de l'obligation principale du contrat, autour de laquelle s'ordonne toute l'économie de la convention : l'organisation des Jeux olympiques par la ville de Paris et le COJO. Mais l'on peut aussi y voir plus prosaïquement le signe d'un rapport de force dans le processus de conclusion du contrat, qui marque l'existence d'un contrat d'adhésion.

## 2. Critères modernes

### 12. Un nouveau type de contrat d'adhésion.

Même si la notion de contrat d'adhésion n'est

pas nouvelle, puisqu'elle a été théorisée par Saleilles dès 1929<sup>34</sup>, chacun sait que sa consécration en droit positif résulte de la réforme récente du droit des obligations, réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018. Aux termes de l'article 1110 du Code civil, « le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Tel est manifestement le cas de la convention de ville hôte, dès lors que le contenu du contrat est intégralement déterminé à l'avance par le CIO et que le pouvoir de négociation de la ville hôte est plus que douteux, celle-ci étant engagée dans une longue procédure de séduction jusqu'à l'attribution des Jeux et la signature concomitante du contrat. De nouveau, la convention de ville hôte contribue à jeter un regard nouveau sur le contrat d'adhésion, et plus généralement sur les contrats structurellement déséquilibrés<sup>35</sup>. En effet, le déséquilibre ne résulte pas ici d'une domination économique ou technologique d'une partie sur l'autre, ou même d'une dépendance structurelle. C'est bien davantage la « propriété exclusive » qu'exerce le CIO sur les Jeux olympiques et la reconnaissance du pouvoir normatif des institutions sportives sur la scène internationale qui expliquent une telle sujétion contractuelle<sup>36</sup>. Autre spécificité : adhésion ne rime pas ici avec standardisation. En effet, la convention est unique et ne prend donc pas la forme d'une multitude de conditions générales identiques imposées à une masse de cocontractants anonymes. Il peut donc exister un contrat d'adhésion unique, conclu *intuitus personae*. Quoi qu'il en soit, une telle qualification entraîne essentiellement<sup>37</sup> l'invalidation des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties<sup>38</sup>, étant précisé que l'éventuelle qualification en loi de police du texte permettrait son application,

31. Une échéance différée, destinée à permettre un meilleur amortissement de l'investissement, est toutefois fixée pour les « droits commerciaux et avantages » au 31 décembre 2024.

32. C. civ., art. 1212.

33. L'achèvement de l'immeuble est constaté par acte authentique.

34. R. Saleilles, *De la Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, LGDJ, 1929, p. 229.

35. Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

36. V. la reconnaissance du CIO comme sujet de droit international, F. Latty, « Le statut du Comité international olympique... », préc.

37. Outre l'interprétation du contrat en faveur de l'adhérent, C. civ., art. 1190.

38. C. civ., art. 1171.

nonobstant la désignation du droit suisse<sup>39</sup>. Nous pourrions, lors de l'examen du régime du contrat, identifier les clauses du contrat qui contiennent un tel déséquilibre.

**13. RTDA : revue des thèses de droit d'Assas.** Mais la convention de ville hôte permet également de revisiter les nouvelles catégories de contrats, mises en lumière par des thèses récentes soutenues à Assas. On songe, notamment, à la distinction entre les distributions et les commutations<sup>40</sup>. La convention réalise-t-elle un transfert (commutation) ou un partage de valeurs (distribution) ? Les deux, sans doute. En effet, si le CIO concède à la ville hôte, au CNO et au COJO le droit d'organiser les Jeux olympiques et leur verse à cette fin différentes contributions monétaires, on perçoit que ce transfert de valeurs s'inscrit dans un projet commun : l'organisation des Jeux olympiques. Et de fait, l'article 10 du contrat prévoit que les bénéfices éventuels qui résulteraient de l'organisation des JO (il est permis de rêver...) sont partagés entre les parties<sup>41</sup>. Il y a alors distribution. De même, on peut voir dans la convention de ville hôte une nouvelle forme de contrat-alliance, au sens d'une mise en commun de prestations, au service d'une activité commune : l'organisation des Jeux olympiques<sup>42</sup>. Simplement, contrairement aux associés d'un groupement, les participants réalisent des prestations distinctes dans leur objet. La convention de ville hôte se rapproche en définitive du contrat-coopération, figure contractuelle hybride à mi-chemin entre l'échange et l'organisation<sup>43</sup>. En effet, derrière chacune des prestations réalisées par les parties, se cache un projet commun : coopérer en vue de la meilleure organisation possible des JO de Paris 2024. Cette hybridation se retrouve, au reste, dans la qualification en droit spécial.

## B. Qualification en droit spécial

La qualification en droit spécial doit d'abord se faire par le Code civil, en droit des contrats spéciaux (1); elle doit ensuite être réalisée au-delà du Code civil, spécialement en droit commercial (2).

### 1. Qualification par le Code civil

**14. Entreprise ?** À première vue, les choses sont simples<sup>44</sup>. Le contrat de ville hôte peut être envisagé comme une forme moderne de louage d'ouvrage, c'est-à-dire d'entreprise. La ville hôte, le CNOSF et le COJO réalisent une prestation de service qui leur a été confiée par le CIO : l'organisation des Jeux olympiques. Si l'on se réfère à l'article 1755 du Code civil, dans sa version prospective issue de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux<sup>45</sup>, il apparaît que la définition concorde : « le contrat d'entreprise est celui par lequel l'entrepreneur réalise, de façon indépendante, un ouvrage au profit de son client, maître de l'ouvrage. L'ouvrage peut être matériel ou intellectuel. Il consiste en un bien ou un service ». L'organisation des JO s'apparente à une prestation matérielle et intellectuelle, confiée de manière indépendante par le CIO à la ville de Paris, au CNOSF et au COJO. Toutefois, une telle qualification n'est pas pleinement adaptée à l'opération. Déjà, on peut s'interroger sur l'existence d'un prix, qui constituerait la contrepartie de l'ouvrage. Comme on l'a vu, les sommes versées par le CIO ne constituent pas véritablement la rémunération d'un service, mais plutôt une contribution à l'organisation des JO, qui peut d'ailleurs s'avérer très inférieure au coût réel de l'ouvrage<sup>46</sup>, étant précisé que les sommes versées sont intégralement affectées à l'organisation des Jeux olympiques, ce qui exclut toute maîtrise des organisateurs sur les sommes reçues et partant la

39. V. *infra*, n° 21. Toutefois, les dispositions de l'article 1171 du Code civil sont exclues par celles spéciales de l'article L. 442-1 du code de commerce, à les supposer applicables (Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782 F-B, D. 2022, p. 539, note S. Tisseyre; *ibid.*, p. 725, obs. N. Ferrier; *ibid.*, p. 1419, chron. S. Barbot, C. Bellino, C. de Cabarrus et S. Kass-Danno; D. 2023, p. 254, obs. R. Boffa et M. Mekki; *RTD civ.* 2022, p. 124, obs. H. Barbier); sur lesquelles, v. *infra*, n° 19.

40. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé. Contribution de la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi.

41. 20 % pour le CNO hôte, 60 % pour le COJO, et 20 % pour le CIO.

42. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2010, préf. N. Molfessis.

43. S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. C. Brenner.

44. Nous pouvons d'ores et déjà exclure le contrat de vente, faute de transfert de propriété, ou encore le mandat, faute de représentation : le COJO ne contracte pas au nom et pour le compte du CIO.

45. Texte rédigé par une commission présidée par le Pr. Ph. Stoffel-Munck et publié en juillet 2022.

46. V. *infra*, n° 27.

qualification de rémunération<sup>47</sup>. Au reste, cette contribution n'est pas seulement financière, mais aussi logistique. Il pourrait toutefois être rétorqué que le prix n'est pas de l'essence du contrat d'entreprise, cette convention pouvant d'ailleurs être gratuite<sup>48</sup>. Plus fondamentalement, on peut se demander si la convention ne réalise pas une forme de mise à disposition d'un bien, c'est-à-dire d'un bail.

**15. Bail ?** Aux termes de l'article 7.2. de la Charte olympique, « les Jeux olympiques sont la propriété exclusive du CIO qui est titulaire de tous les droits et toutes les données s'y rapportant, notamment et sans restriction, tous les droits relatifs (i) à l'organisation, l'exploitation et la commercialisation des Jeux olympiques, (ii) à la saisie d'images fixes et de séquences filmées des Jeux olympiques pour une utilisation par les médias, (iii) au dépôt des enregistrements audiovisuels des Jeux olympiques, et (iv) à la diffusion, transmission, retransmission, reproduction, présentation, distribution, mise à disposition ou autre communication au public, par quelque moyen que ce soit, existant ou à venir, des œuvres ou signaux contenant des enregistrements audiovisuels des Jeux olympiques ». Il est donc possible de concevoir les JO comme un bien incorporel appartenant au CIO, qui est temporairement mis à disposition du COJO et de la ville de Paris. On retrouve cette idée à travers l'octroi de droits temporaires<sup>49</sup> sur l'exploitation commerciale des Jeux olympiques (diffusion, marketing...), assortis d'un principe d'interprétation stricte, analogue à ce qui existe en droit d'auteur<sup>50</sup> : tous les droits et avantages liés à une forme quelconque d'exploitation commerciale des Jeux, que le CIO n'aura pas expressément accordés à la ville hôte, au CNO hôte et/ou

au COJO sont réservés par le CIO. Il a été montré que la concession temporaire de droits patrimoniaux, notamment sur une œuvre de l'esprit, pouvait recevoir la qualification civile de bail<sup>51</sup>. De fait, la situation est proche de la définition du bail qui résulte de l'article 1709 du Code civil, dans sa version issue de l'avant-projet : « la location, aussi dénommée bail, est le contrat par lequel le bailleur met une chose à disposition du locataire, afin qu'il puisse en jouir, pendant un certain temps et moyennant un certain loyer ». Toutefois, là encore, la qualification ne correspond pas pleinement à l'opération. Déjà, la mise à disposition n'est pas corrélée à un loyer versé au CIO, mais à la responsabilité, assumée par la ville de Paris et le COJO, d'assumer l'organisation de l'événement. La contrepartie de la mise à disposition consiste donc exclusivement dans une prestation<sup>52</sup>. En outre, la mise à disposition des JO est finalisée : il ne s'agit pas, pour l'organisateur, d'utiliser le bien dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt général de l'olympisme, lequel est défendu par le CIO. Ne peut-on dès lors voir une forme d'entreprise commune, et donc une société ?

**16. Société ?** La convention de ville hôte semble de prime abord présenter les éléments constitutifs du contrat de société. Chacune des parties réalise des apports en vue de l'organisation des Jeux olympiques : apport en industrie pour la ville de Paris, le CNO hôte et le COJO, apport en numéraire et soutien pour le CIO. On retrouve également l'idée d'un partage des bénéfices, qui s'évince de l'article 10 de l'accord<sup>53</sup>. Enfin et surtout, un *affectio societatis* anime les parties : toutes collaborent ensemble, sur un pied d'égalité, au succès d'une entreprise commune : les JO 2024. Mais cette qualification doit être en

47. Ainsi, l'article 22.3 de la convention stipule que « tout versement et autres contributions de la part du CIO, d'Entités contrôlées par le CIO au COJO seront totalement affectés à la planification, à l'organisation, au financement et à la tenue des Jeux, et les revenus de ces parties en lien avec les Jeux seront pleinement alloués au développement du Mouvement olympique et à la promotion du sport conformément à la Charte olympique ».

48. V. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque et Ch.-E. Bucher, *Contrats civils et commerciaux*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2024, n° 699 : « la prestation caractéristique du contrat d'entreprise est à chercher dans les obligations de l'entrepreneur, et dans la principale d'entre elles qui est de réaliser l'ouvrage attendu ».

49. Le terme en est fixé, sauf clause contraire, au 31 décembre 2014.

50. CPI, art. L. 131-3 ; sur ce principe, v. P.-Y. Gautier et N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2023.

51. N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, coll. « NBT », vol. 93, 2010, préf. P.-Y. Gautier.

52. Ce que ne permet pas l'article 1710 de l'avant-projet : « le loyer consiste en une somme d'argent. Il peut être complété par la fourniture d'un bien ou d'un service ».

53. Rappelons qu'ils se partagent à hauteur de 20 % pour le CNO hôte, 60 % pour le COJO, et 20 % pour le CIO.

réalité rejetée, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, elle ne correspond pas à la volonté des parties, du moins à celle du CIO, exprimée à travers l'article 43 : « le Contrat ville hôte ne fait d'aucune des Parties l'agent de l'une des autres Parties ni ne crée de partenariat, d'association ou de relation similaire entre aucune des Parties ». Ensuite, la structure même de l'accord ne correspond pas à la création d'une société. Si le contrat prévoit la création par la ville de Paris et le CNO d'une personne morale, le COJO, le CIO n'est pas membre de cette personne morale<sup>54</sup>, tandis que le COJO devient lui-même partie au contrat de ville hôte et solidairement responsable des obligations du contrat. Enfin, si la convention prévoit une répartition des bénéfices éventuels entre les parties, les pertes restent à la charge de l'organisateur des Jeux, et donc l'État, ce qui a été pointé par la Cour des comptes dans son rapport<sup>55</sup> et ce qui confère un caractère léonin à l'opération.

**17. Hybridation.** En définitive, le contrat de ville hôte constitue une nouvelle manifestation du phénomène d'hybridation dans les contrats<sup>56</sup>. La convention contient une pluralité d'obligations qui se rattachent à des qualifications distinctes : contrat d'entreprise pour les obligations des organisateurs des Jeux (ville, CNOSF et COJO), bail et entreprise pour les obligations du COJO (mise à disposition de biens incorporels et obligation de soutien), et contrat de société pour la répartition des bénéfices, et plus généralement l'idée d'un but commun qui guide les parties et transcende leur intérêt personnel. On retrouve même dans la convention l'idée d'une prise en considération des « enjeux sociaux et environnementaux », tels que prévus désormais par l'article 1833, alinéa 2 du Code civil, à travers le respect des droits fondamentaux et le développement durable. Toute la question est de savoir si le contrat doit recevoir une qualification exclusive, distributive ou innommée. On l'a dit, cette

interrogation est essentiellement théorique, au regard de l'application du droit suisse, de la compétence du Tribunal arbitral du sport (TAS) et de la vocation essentiellement supplétive du droit des contrats spéciaux, ce qui en limite considérablement l'application dans les relations internationales. Mais si l'on voulait absolument rattacher la convention à un modèle connu et ne pas céder à la paresse dans l'analyse<sup>57</sup>, il nous semble que la qualification d'entreprise est la plus adaptée, à raison de sa souplesse. De surcroît, la mise à disposition de biens incorporels par le CIO ne constitue que le soutien, c'est-à-dire l'accessoire, de l'obligation principale qui est l'organisation des Jeux. Enfin, le partage des bénéfices n'est qu'une issue éventuelle de l'opération, laquelle n'exclut donc pas la qualification de contrat d'entreprise. Reste alors à qualifier l'opération dans les droits spéciaux, et spécialement au regard de l'article L. 442-1 du code de commerce, question qui présente cette fois des enjeux pratiques plus évidents.

## 2. Qualification au-delà du Code civil

**18. Contrats commerciaux.** Si l'on jette un regard furtif sur les contrats commerciaux, au-delà du droit civil, il apparaît que le contrat de ville hôte présente des similitudes avec des modèles connus. On songe notamment au contrat de franchise, dont on retrouve les trois éléments constitutifs<sup>58</sup> : tout d'abord, la mise à disposition du franchisé par le franchiseur de signes de ralliement de la clientèle, constituée ici de la marque « Jeux olympiques » et ses dérivés ; ensuite, la transmission par le franchiseur d'un savoir-faire, qui consiste ici dans l'organisation des Jeux olympiques ; enfin, une obligation étroite de collaboration entre les partenaires, laquelle se matérialise notamment par l'obligation de soutien du CIO, ainsi que par les obligations pour les organisateurs de rendre compte, régulièrement, de leur mission, avec des visites régulières du CIO sur les installations. Pour

54. Seul le ou les membres du CIO dans le pays hôte font partie du COJO.

55. Rapport remis au Parlement et publié en janvier 2023, p. 19.

56. A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats », in *Mélanges Jeantin*, 1999, p. 29.

57. P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022, p. 15, n° 20 : « le recours à l'institution *sui generis* n'est souvent qu'un refus paresseux d'analyse ».

58. V. sur ce contrat, C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2017, p. 3 : « contrat par lequel le franchiseur transmet un savoir-faire, octroie un droit de jouissance sur des signes de ralliement de la clientèle et assure une assistance à un professionnel indépendant agissant pour son compte, le franchisé, moyennant, de sa part, une rémunération et l'engagement d'exercer l'action envisagée ».

autant, cette qualification n'est pas pleinement satisfaisante. En premier lieu, il n'existe aucune redevance versée par les organisateurs : nous l'avons vu, leur obligation principale n'est pas monétaire mais comportementale : pouvoir à l'organisation des Jeux olympiques détenus par le CIO. En second lieu, la mise à disposition des signes distinctifs n'est pas véritablement destinée à rallier une clientèle au sein d'un réseau, s'agissant d'un événement unique et éphémère, mais à contribuer au financement du coût exorbitant de l'organisation.

**19. Avantage sans contrepartie et déséquilibre significatif.** C'est dès lors bien davantage du côté des pratiques restrictives de concurrence que l'analyse semble la plus féconde. En effet, l'expansion considérable du domaine de la lutte contre de telles pratiques, réalisée par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 permet de concevoir son application au contrat de ville hôte. L'article L. 442-1 du code de commerce dispose désormais qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », soit « 1° d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie » soit « 2° de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Du côté de l'auteur de la pratique, la disparition du « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » au profit de « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », est susceptible d'en concevoir l'application auprès du CIO, qui, en sa qualité de propriétaire des Jeux olympiques, exerce à titre habituel de telles activités, ne serait-ce que dans l'exploitation des droits afférents aux JO. Du côté de la victime des pratiques, le remplacement du « partenaire com-

mercial » par « l'autre partie » permet d'y intégrer, sans peine, la ville hôte, le CNOSF et le COJO. Une telle qualification est d'importance, dès lors qu'il a été jugé par la Cour de cassation que les règles sur le déséquilibre significatif de l'ancien article L. 442-6 du code de commerce constituaient une loi de police, dont l'application est impérative dans les relations internationales<sup>59</sup>. La Cour de cassation a jugé que le respect de ce texte est « indispensable pour l'organisation économique et sociale de la France ». La solution est d'importance, dès lors que de nombreuses clauses du contrat de ville hôte sont susceptibles de tomber sous le coup d'une telle législation, en ce qu'elles créent au profit du CIO un avantage sans contrepartie ou, à tout le moins, provoquent un déséquilibre significatif.

L'étude du régime du contrat permet à présent de le révéler.

## II. Régime

**20. Pyramide de Kelsen inversée.** Le régime juridique du contrat est marqué par une volonté d'autonomie par rapport aux règles étatiques, volonté qui se manifeste par la compétence conférée au TAS, qui statue essentiellement au regard de la *lex sportiva*, c'est-à-dire à l'aune d'un ensemble de règles transnationales applicables en matière sportive, lesquelles sont détachées des ordres juridiques nationaux<sup>60</sup>. Sur le fond, l'article 1.2 du contrat stipule que « les obligations des Parties en vertu du contrat ville hôte sont définies, premièrement, par les termes du Contrat ville hôte, deuxièmement, par les termes de la Charte olympique et, troisièmement, par application des principes d'interprétation du droit suisse ». Il est intéressant d'observer que le régime juridique des obligations contractuelles dépend d'abord du contrat, ensuite de la Charte olympique, et enfin seulement du droit suisse, ce qui a des allures de pyramide de Kelsen inversée, le contrat s'appliquant en priorité par rapport à la loi, qui n'est envisagée qu'à titre subsidiaire.

59. Com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536, *AJ contrat* 2020, p. 496, obs. G. Chantepie; CCC 2020, comm. 140, obs. N. Mathey; *Gaz. Pal.* 22 sept. 2020, p. 18, note H. Meur; *JCP G* 2020, 1375, note M. Behar-Touchais; *RTD civ.* 2020, p. 840, obs. L. Usunier. Mais encore faut-il que le juge français soit saisi; v. *infra*, n° 21.

60. F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, th. Nanterre, 2005, A. Pellet (dir.).

## 21. Points de rencontre avec le droit français.

Il est dès lors possible de s'interroger sur l'application potentielle des règles du droit français à une telle convention. L'article 51.1 de la convention stipule que « ce contrat est exclusivement régi par le droit substantiel interne de Suisse, sans application des principes relatifs aux conflits de lois ». Dans ce contexte peu propice à l'application du droit français, deux points de rencontre sont toutefois concevables. Tout d'abord, devant le tribunal arbitral du sport, à travers la prise en considération de lois de police ou de l'ordre public international du droit français<sup>61</sup>. Mais la volonté d'autonomie du TAS par rapport aux ordres juridiques nationaux rend difficile l'application d'une loi de police française. C'est donc plus sûrement au stade de l'exécution forcée de la sentence en France que l'application du droit français pourrait se poser. On sait en effet que le juge français peut refuser l'exequatur d'une sentence arbitrale, en cas d'atteinte manifeste à l'ordre public international français, ce qui comprend les lois de police<sup>62</sup>. Sans préjuger de la solution qui serait donnée en pareille hypothèse, il peut être intéressant de rechercher, lors de l'examen du régime du contrat de ville hôte, s'il est susceptible de porter atteinte à des règles fondamentales du droit français.

**22. Régime contractuel.** Pour le reste, c'est essentiellement, comme le prévoient les termes de la convention, à l'aune des stipulations du contrat que le régime juridique doit être identifié. Dans cette perspective, il est inutile de s'appesantir sur le processus de formation de la convention, qui n'appelle pas d'observations particulières : l'originalité provient seulement de ce que la conclusion du contrat succède à une candidature retenue par le CIO. Il convient dans ces conditions de se concentrer sur les deux points saillants de la convention, afin de les comparer aux règles du droit français et de s'interroger, le cas échéant, sur la validité de telle ou telle clause, étant précisé que le contrat contient une clause de divisibilité<sup>63</sup>. Ces deux points saillants sont les obligations des parties, d'une part (A), et les sanctions contractuelles, d'autre part (B).

## A. Obligations des parties

L'examen des obligations des organisateurs (1) précèdera celles du CIO (2).

### 1. Obligations des organisateurs

**23. Obligation principale.** L'obligation principale qui pèse sur la ville hôte, le CNO hôte et le COJO est, ô surprise, l'organisation des Jeux olympiques. Aux termes de l'article 2 de la convention, « le CIO confie à la Ville hôte, au CNO hôte et, selon le paragraphe 3 ci-dessous, au COJO la planification, l'organisation, le financement et la tenue des Jeux, selon les termes du Contrat », étant précisé qu'aucune cession du contrat ou de ses obligations n'est possible sans l'accord écrit du CIO (art. 41). En outre, au titre de la « responsabilité financière », il est indiqué que « sauf disposition contraire expresse dans le Contrat ville hôte, toutes les obligations de la Ville hôte, du CNO hôte et/ou du COJO en vertu du Contrat ville hôte seront accomplies à leur charge » (art. 6.1). Par où l'on voit que les risques de l'organisation des JO pèsent sur les organisateurs, à l'exclusion du CIO. Ce dernier se borne à apporter sa contribution selon les modalités définitives prévues au contrat, et s'octroie, le cas échéant, une part du lion en cas de bénéfices. En revanche, si l'organisation s'avère largement déficitaire, elle devra être assumée financièrement par les organisateurs, et donc *in fine*, par l'État français. Peut-on y voir une pratique restrictive de concurrence au sens de l'article L. 442-1 du code de commerce ? Cela n'est pas exclu, notamment en ce que le 1<sup>o</sup> de ce texte prohibe le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ». Si le coût final des Jeux devait s'avérer manifestement disproportionné au regard des contreparties fournies par le CIO, il pourrait être plaidé que l'avantage obtenu est manifestement excessif. Au regard du caractère de loi de police du texte, il n'est pas certain qu'une sentence arbitrale mettant la totalité des coûts à la charge des organisateurs, face à un

61. Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, coll. « NBT », 2000, préf. P. Mayer.

62. CPC, art. 1514 : « Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international ».

63. Aux termes de l'article 45, l'invalidation d'une clause n'affecte pas, en principe, la validité du contrat de ville hôte, sauf si elle a été la condition déterminante de l'engagement des parties.

CIO qui se serait considérablement enrichi dans le même temps, reçoive l'exéquatur du juge français.

**24. Obligations accessoires.** Les organisateurs ne sont nullement libres d'organiser à leur guise les JO. Cette organisation est réalisée sous le contrôle étroit du CIO, le maître de l'ouvrage. À cette fin, de nombreuses obligations sont imposées aux organisateurs pour que les JO se déroulent selon le plan convenu par les dieux de l'Olympe. Ces obligations peuvent être qualifiées d'accessoires, non pas parce qu'elles sont de faible importance, mais parce qu'elles sont au service de l'obligation principale, à savoir l'organisation des JO. Au reste, elles figurent dans un chapitre III relatif aux « conditions essentielles ». On y trouve, pêle-mêle, l'engagement des organisateurs à se conformer aux dispositions de la Charte éthique et du code éthique du CIO (art. 13.1), à interdire toutes formes de discrimination et à promouvoir les droits de l'homme (art. 13.2.), à ne pas organiser, pendant les Jeux, des manifestations susceptibles de leur faire de l'ombre (art. 14), à tenir compte du développement durable (art. 15), à lutter contre la manipulation des compétitions sportives à travers les paris (art. 18), ou encore à soutenir les autorités publiques dans la sécurité de l'événement (art. 17), étant précisé que c'est le CIO qui reste le maître du programme des Jeux (art. 16). Afin d'assurer le contrôle de ces obligations, les organisateurs doivent élaborer un plan de fondation des Jeux, qui définit les grandes orientations stratégiques, ainsi qu'un plan de livraison, qui détermine les différentes échéances dans l'exécution des obligations. À la demande du CIO, des rapports devront être adressés sur l'avancement de l'organisation (art. 28), sachant qu'une commission de coordination, composée notamment de représentants du CIO, est constituée pour surveiller l'avancement des travaux du COJO et de le guider dans son action (art. 27). Enfin, le CIO dispose d'un droit de veto sur les contrats conclus par le COJO avec les tiers<sup>64</sup>. On l'aura compris, les organisateurs sont placés sous une étroite surveillance.

**25. Porte-fort de l'État.** Parce que le succès des Jeux olympiques nécessite la contribution de tiers aux contrats, au premier rang desquels l'État, les organisateurs prennent en outre des engagements de porte-fort, au sens de l'article 1204 du code civil, en « promettant le fait d'un tiers ». Ainsi, l'article 5.2 du contrat stipule que la ville hôte, le CNOSF et le COJO sont responsables d'assurer que « toutes les Autorités du Pays hôte honorent et font respecter tous les engagements de la candidature ainsi que tous les autres engagements pris et les garanties et obligations assumées par celles-ci en relation avec les Jeux » (a) et que « toutes les villes, outre la Ville hôte, qui accueillent des épreuves des Jeux exécutent et respectent les conditions du Contrat ville hôte et remplissent leurs obligations y relatives sous la supervision du COJO » (b). En somme, les organisateurs se portent fort de l'exécution, par les personnes publiques, de leurs engagements pris dans le cadre des Jeux. Il en va de même en matière de fiscalité. Ainsi, l'article 22.1 stipule que « la Ville hôte, le CNO hôte et le COJO devront intervenir auprès des Autorités du Pays hôte compétentes pour que la législation fiscale de ce dernier soit mise en œuvre et appliquée de manière à garantir la réalisation des objectifs et résultats décrits aux paragraphes 22.2 à 22.5 ». En clair, il s'agit d'éviter que les sommes versées par le CIO au COJO pour l'organisation des Jeux ne soient pas imposées dans un sens ou dans un autre, de même que les athlètes ou les employés qui ne sont pas résidents français. Le procédé est intéressant : le CIO n'ayant pas le pouvoir d'imposer les règles fiscales à un État souverain, il exerce une pression indirecte en rendant contractuellement responsable les organisateurs, en présence d'une fiscalité désavantageuse.

**26. Modification des obligations... par la volonté du CIO.** Signalons enfin, pour terminer l'étude des obligations des organisateurs, qu'il leur est demandé de s'adapter aux exigences du CIO. Ainsi, l'article 30.2 de l'accord stipule que « la Ville hôte, le CNO hôte et le COJO s'adapteront aux changements ou compléments apportés par le CIO, ultérieurement à la 131<sup>e</sup> session

64. Aux termes de l'article 35.1, « le COJO soumettra à l'accord écrit préalable du CIO les clauses types à utiliser dans les accords conclus entre le COJO et des tiers, et s'assurera que tous les accords conclus entre lui et des tiers sont conformes à celles-ci. Tout changement apporté aux clauses types approuvées doit être soumis à l'accord écrit préalable du CIO ».

du CIO à Lima, aux Conditions opérationnelles du HCC (en vertu du paragraphe 30.1), au Programme des Jeux (en vertu du paragraphe 16.3), à la Charte olympique (en vertu du paragraphe 47.2) ou au Plan de livraison des Jeux (en vertu du paragraphe 26.1), afin que les Jeux soient organisés de la meilleure façon possible, comme le déterminera le CIO ». Le CIO se reconnaît ainsi le droit de moduler les obligations des organisateurs, selon son bon vouloir, dès lors qu'il est indiqué que les changements sont requis pour permettre une meilleure organisation des Jeux, « comme le déterminera le CIO ». Peut-on considérer que cette clause, qui n'est pas réciproque, crée un déséquilibre significatif ? Cela n'est pas certain, dès lors qu'il existe un garde-fou, constitué d'une clause de sauvegarde contenue au sein de l'article 30.3. Selon cette clause, « dans le cas où la Ville hôte, le CNO hôte ou le COJO estiment que des changements ou compléments apportés par le CIO en vertu du paragraphe 30.2 ont des effets négatifs substantiels sur leurs obligations ou droits financiers, ils en informeront le CIO par écrit dans les trois (3) mois suivant la date de publication dudit amendement ou changement, en apportant la preuve de ces effets négatifs substantiels. Le CIO négociera avec la partie concernée pour essayer de régler la question des effets négatifs substantiels allégués, à la satisfaction mutuelle des parties. Si le CIO et la partie concernée ne parviennent pas à trouver une solution mutuellement acceptable, la partie concernée aura le droit de porter l'affaire à l'arbitrage en vertu du paragraphe 51.2 ». Le mécanisme s'apparente à la révision pour imprévision prévue par l'article 1195 (tentative de négociation puis saisine du juge), à ceci près que le mécanisme n'est pas bilatéral et placé sous la maîtrise du CIO : il appartient en effet à ce dernier d'exiger une modification des obligations des organisateurs, et le cas échéant à ces derniers de faire valoir que ces modifications créent une rigueur injuste. Cette asymétrie se retrouve au sein de l'article 42 : « si l'une des dispositions du Contrat ville hôte impose des rigueurs excessives au COJO qui ne pouvaient être raisonnablement prévues à la date de conclusion du présent contrat, le COJO peut demander au CIO d'envisager des modifications

raisonnables en la circonstance, pour autant, cependant, que le CIO ne soit pas obligé de procéder à ces changements ». Les termes sont savamment pesés : le COJO peut demander au CIO « d'envisager » une modification « raisonnable », étant précisé que le CIO n'est pas obligé de procéder à ces changements. Qu'advient-il si le refus du CIO est exercé de mauvaise foi ? Il y a là, semble-t-il, une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

## 2. Obligations du CIO

**27. Contribution principale.** Rappelons que les obligations du CIO sont envisagées comme une « contribution au succès des Jeux » et non comme une rémunération des organisateurs. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que c'est exclusivement le comité d'organisation, à savoir le COJO, qui est créancier de telles contributions. En clair, la ville de Paris et le CNOSF sont débiteurs de l'organisation, mais pas créanciers de la contribution. Cela renforce cette idée d'une affectation exclusive des sommes à l'organisation des JO. Aux termes de l'article 7 du contrat, une telle contribution prend trois formes : une contribution monétaire principale, des contributions complémentaires et une obligation de soutien et d'assistance. S'agissant de la contribution principale, elle comprend « les bénéfices et droits décrits aux paragraphes et alinéas 8.1(e), 9, 11 et 12(b), représentant une valeur totale estimée à 1 700 000 000 USD (un milliard sept cents millions de dollars américains) ». Le premier poste<sup>65</sup> révèle d'emblée la philosophie du contrat. Ainsi, l'article 8.1 e) correspond au droit de recevoir une part des revenus nets du Programme international de marketing, d'un montant à déterminer par le CIO, « à sa seule discrétion ». En d'autres termes, la contribution du CIO, chiffrée dans le contrat, intègre une rémunération qui ne l'est pas, puisqu'elle est fixée unilatéralement par le CIO en cours d'exécution. Cette faculté est conforme au droit positif français s'agissant d'un contrat-cadre de prestation de service, à condition qu'un juge puisse être saisi pour contester le prix<sup>66</sup>. Quoi qu'il en soit, il faut sans doute comprendre cette enveloppe de 1,7 milliard de dollars comme un plafond et non

65. Figurent également dans cette contribution principale les « revenus de diffusion » de l'événement.

66. C. civ., art. 1164 et 1165.

comme un forfait. De fait, l'article 24.2 stipule que « si les revenus projetés dans le dossier de candidature de la Ville hôte en lien avec le Programme de marketing conjoint ne sont pas atteints pour une raison quelconque, le CNO hôte admet qu'il ne recevra qu'une part proportionnelle aux revenus effectivement générés par ledit programme, tel que convenu dans l'Accord sur le programme de marketing conjoint ».

**28. Contributions complémentaires et soutien.** À cette contribution principale, s'ajoutent des contributions complémentaires, qui correspondent à « des bénéfices et droits décrits aux alinéas 8.1(a), (b), (c), (d) et au paragraphe 10 », ce qui comprend les contrats passés avec les différents partenaires, la vente de billets, les recettes provenant des ventes de timbres à l'effigie des JO... Mais le CIO ponctionne une dîme au passage, fixée à l'article 24.8<sup>67</sup>. Enfin, le CIO fournit au COJO soutien et assistance, notamment dans les termes de l'article 12, à travers des conseils et informations « sur la base de l'expérience et des connaissances accumulées lors de l'organisation et de la tenue de précédentes éditions des Jeux olympiques ». La contribution du CIO est, en définitive, à la fois financière (en ce qu'il concède une partie des revenus tirés de l'exploitation de ses droits exclusifs sur les JO) mais aussi intellectuelle et logistique. On ne peut que relever, en définitive, un certain déséquilibre entre les obligations des parties, s'agissant de l'absence de risque pris par le CIO en cas de pertes, mais aussi de ce que la contribution du CIO ne provient pas de ses propres ressources, mais essentiellement des sommes perçues par le COJO, de sorte qu'elle dépend en définitive de l'énergie et du talent des organisateurs pour dégager des revenus. Le CIO apparaît donc dans une situation très confortable, ce que confirme en dernier lieu l'examen des sanctions.

### **B. Sanctions contractuelles**

Le lecteur qui aura parcouru les lignes qui précèdent ne sera pas surpris d'apprendre que les sanctions contractuelles sont plus dures à l'égard des organisateurs (1) qu'à l'égard du CIO et de ses membres (2).

### **1. Sanctions contre les organisateurs**

#### **29. Rétenion et exception d'inexécution.**

Pour des raisons d'efficacité, le contrat de ville hôte fait la part belle aux sanctions unilatérales. Ainsi, le contrat organise tout d'abord un droit de rétention au profit du CIO sur certaines sommes, en cas d'inexécution de leurs obligations par les organisateurs. Ainsi, une partie (5 %) des sommes perçues par le COJO sont versées sur un « compte bloqué général » et pourront être conservées par le CIO à titre de garantie, sans préjudice des dommages-intérêts (art. 61). En outre, le CIO est habilité à ne pas verser les sommes dues au COJO, en cas de manquement de ce dernier à ses obligations, ce qui s'apparente à une forme d'exception d'inexécution.

**30. Résiliation unilatérale.** De surcroît, aux termes de l'article 38.2, le CIO sera en droit de prononcer la résiliation du contrat dans les hypothèses suivantes : a) le Pays hôte se trouve à un moment quelconque dans l'impossibilité d'organiser les Jeux (état de guerre, boycott, embargo...); b) un engagement de la candidature important pris par une autorité du Pays hôte n'est pas respecté; c) les Jeux ne sont pas célébrés en 2024; d) il y a violation ou un défaut d'exécuter par la ville hôte, le CNO hôte et/ou le COJO d'une obligation importante en vertu du contrat ville hôte ou en vertu de toute loi applicable. Il est intéressant d'observer que la sanction unilatérale va bien au-delà de l'inexécution *stricto sensu* par les organisateurs de leurs obligations, puisqu'elle couvre des hypothèses dans lesquelles l'inexécution est imputable à une cause qui leur est extérieure (guerre, défaillance de l'État...). Pour autant, l'article 38.4 prévoit que cette résiliation se produit sans préjudice de dommages-intérêts et de tout recours ou action disponible, de sorte que les organisateurs pourraient être tenus d'indemniser un préjudice pour une cause qui ne leur est pas imputable, ce qui constitue une clause d'aggravation de leur responsabilité.

**31. Exécution forcée aux frais des organisateurs.** Enfin, l'exécution forcée se traduit également par un durcissement par rapport aux règles

67. Par exemple, 7,5 % des contrats conclus par le COJO avec des partenaires (*sponsors*) de l'événement.

du droit commun. En effet, l'article 36.2 e) prévoit que le CIO sera habilité à, « moyennant un préavis raisonnable, exécuter toute obligation que la Ville hôte, le CNO hôte et/ou le COJO aurait manqué d'accomplir conformément au Contrat ville hôte, aux frais de la Ville hôte, du CNO hôte ou du COJO, conjointement et solidairement ». La clause ne réserve pas la disproportion manifeste prévue par l'article 1222 du Code civil, ni la nécessité de saisir le juge pour obtenir la destruction d'un ouvrage. L'exclusion de la disproportion manifeste peut paraître disproportionnée, non pas en elle-même, mais en contemplation de l'immunité dont bénéficie le CIO<sup>68</sup>.

**32. Obligation de garantie.** Signe de la volonté du CIO de ne souscrire aucun risque relatif à l'organisation des Jeux, la ville hôte, le CNO et le COJO s'engagent à garantir intégralement les membres du CIO (qualifiés « d'indemnitaires ») en cas d'action ou prétention exercée à leur encontre par un tiers dans le cadre de l'exécution du contrat de ville hôte. Cette garantie couvre même les honoraires d'avocats des membres du CIO. De surcroît, il est prévu à l'article 37.4 que « l'octroi par le CIO d'un accord ou consentement en vertu du Contrat ville hôte n'exonère en aucune manière la Ville hôte, le CNO hôte et/ou le COJO, selon le cas, de leur responsabilité vis-à-vis de quelconques tiers ni ne diminue ou n'affecte les obligations d'indemnisation de la partie concernée énoncées au paragraphe 37. Le CIO pourra appeler la Ville hôte, le CNO hôte et/ou le COJO devant tout tribunal où une action est intentée contre lui, indépendamment de la clause d'arbitrage prévue au paragraphe 51 ». Ainsi, même si le CIO a activement participé au fait dommageable causé au tiers, puisqu'il a donné son accord, seuls les organisateurs seront responsables. On l'aura compris, le régime des sanctions est très favorable au CIO, ce que vient confirmer en dernier lieu l'analyse des sanctions prononcées à son encontre.

## 2. Sanctions contre le CIO

**33. Silence.** Il est d'ores et déjà frappant d'observer que la convention ne contient strictement aucune disposition contractuelle sur les sanctions

pouvant être mises en œuvre par les organisateurs, en cas de manquement du CIO à ses propres obligations. Est-ce dire que le CIO, dieu de l'Olympe, est réputé infaillible ? Il faut dire que cet organisme reste dans une posture essentiellement passive : il s'agit seulement d'accompagner les organisateurs dans leur mission, en reversant des sommes qui sont issues de l'exploitation des JO et en leur procurant un soutien logistique. Il est donc sans doute peu probable que le CIO puisse, dans cette situation très confortable, manquer à ses propres obligations, ce qui souligne, une fois encore, que le contrat de ville hôte est un contrat synallagmatique fort singulier. Il n'en demeure pas moins vrai que les sanctions unilatérales, rencontrées plus haut au profit du CIO (rétention, résiliation unilatérale, exécution forcée...), ne sont ainsi nullement déclinées au profit des organisateurs, ce qui confère là encore à la convention un caractère très déséquilibré.

**34. Quasi-immunité du CIO.** Et ce d'autant plus que le contrat s'emploie à construire une quasi-immunité au profit du CIO. En effet, l'article 37.3 de la convention stipule que « la Ville hôte, le CNO hôte et le COJO renoncent, par les présentes, à toute prétention contre tous les Indemnitaires du CIO, y compris pour tous les frais résultant de tout acte ou omission de la part de ces Indemnitaires en relation avec les Jeux, ainsi que dans le cas de toute exécution, non-exécution, violation ou résiliation du Contrat ville hôte par le CIO ». Les « indemnitaires » du CIO bénéficient ainsi d'une clause évasive de responsabilité, sauf dans le cas de faute intentionnelle ou de négligence grave (art. 37.5), conformément au droit commun. S'il s'agissait, à travers les « indemnitaires » du CIO, de mettre à l'abri les membres du CIO, la stipulation n'aurait rien d'étonnant, dès lors qu'il est assez usuel que les dirigeants d'une société ou d'une association bénéficient de l'écran de la personne morale. Mais tel n'est pas le cas. En effet, le terme « Indemnitaires » désigne, selon la « liste des termes définis » en annexe 1, « soit le CIO, toutes les Entités contrôlées par le CIO et leurs responsables, membres, directeurs, employés, consultants, agents, mandataires, contractants (y compris Partenaires de marketing du CIO et

68. V. *infra*, n° 34.

Diffuseurs [...] »). C'est donc le CIO lui-même qui bénéficie d'une clause évasive de responsabilité, qui ne cède qu'en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde. N'est-ce pas là une clause qui prive de substance l'obligation essentielle du CIO de contribuer aux Jeux, ou qui, à tout le moins, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ? Poser la question, c'est y répondre.

**35. Conclusion.** Au terme de cette étude, il apparaît que le contrat de ville hôte est, au regard du droit français, particulièrement subver-

sif. Contrat synallagmatique d'un genre nouveau, il se caractérise par un profond déséquilibre structurel entre les droits et obligations des parties, et ce dans l'intérêt exclusif du CIO. L'amateur de sport olympique souhaite évidemment que les Jeux de Paris se déroulent à merveille et ne créent aucun conflit. Mais le juriste, ce passionné des cas pathologiques, en viendrait presque à souhaiter qu'un grain de sable vienne se glisser dans cette horlogerie suisse, pour que la convention soit un jour confrontée aux principes essentiels du droit français.

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### Technologies de sécurité et Jeux olympiques de 2024

**Olivier Gohin**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Marc-Antoine Granger**

Maître de conférences (HDR) à l'Université Côte d'Azur

Membres du conseil d'administration de l'AFDSD<sup>1</sup>

**A**u lendemain de la Coupe du monde de rugby de l'automne 2023, à quelques mois des prochains Jeux olympiques programmés, à l'été 2024<sup>2</sup>, en France également, à Paris, en particulier, chacun pouvait se féliciter, à juste titre, que tout se soit passé sans encombre, dans un contexte accru de risque d'attentats terroristes. Après le fiasco de l'organisation de la finale de la Ligue des champions de l'UEFA au Stade de France, le 28 mai 2022<sup>3</sup>, il importait, en effet, que cet événement sportif exceptionnel ne fût pas gâché pour les 2 millions de spectateurs, dont 600 000 étrangers. Or, au cours de la période du 8 septembre au 28 octobre, la discrète mobilisation, chaque jour, de quelque 11 000 policiers et gendarmes nationaux, appuyés par 3 000 policiers municipaux et 6 000 agents privés de sécurité aura contribué, pour beaucoup, au succès de la 10<sup>e</sup> Coupe du monde de rugby, à l'élimination près de l'équipe de

France en quart de finale, face à l'Afrique du Sud.

Lors de son déplacement du 29 octobre 2023 au commissariat de Saint-Denis, au lendemain de la finale, le ministre de l'Intérieur a précisé qu'en deux mois, ses services ont été fortement sollicités au titre des opérations de « levée de doute » de pas moins de 500 alertes à la bombe, de la neutralisation d'une vingtaine de drones malveillants et d'environ 5 000 opérations anti-délinquance – plus de 80 par jour – qui ont donné lieu à près de 800 interpellations. Il a aussi assuré qu'après cette répétition générale, en somme, les moyens pour garantir la sécurité des Jeux olympiques de Paris, organisés du 26 juillet au 11 août 2024, seraient « décuplés » par rapport à ceux mobilisés, ce qui impliquera, outre l'engagement opérationnel des militaires au titre de la défense aérienne<sup>4</sup>, leur concours indispensable, sur réquisitions, dans le cadre de la partici-

1. Association française de droit de la sécurité et de la défense (afdspd.fr).

2. Organisés du 26 juillet au 11 août 2024, ces JO seront suivis des Jeux paralympiques, du 28 août au 8 septembre 2024. Il va de soi que les techniques de sécurité sont les mêmes et que c'est aussi à ces autres Jeux de Paris 2024 que cet article se rapporte.

3. V., à ce sujet, le rapport d'information des sénateurs François-Noël Buffet et Laurent Lafon n° 776 (2021-2022), déposé le 13 juill. 2022.

4. On pense à la mise en œuvre des dispositifs particuliers de sûreté aérienne (DPSA), couramment dénommés « bulles de protection ». Cf. l'instruction interministérielle du 29 janv. 2008 n° 1238/SGDN/PSE.

pation militaire à la défense et à la sécurité civiles<sup>5</sup> : l'opération Sentinelle<sup>6</sup> en est, depuis janvier 2015, une bonne illustration, au quotidien.

Tel sera le cas, en particulier, pour la cérémonie d'ouverture des Jeux prévue sur la Seine<sup>7</sup>, du pont d'Austerlitz au pont d'Iéna, de façon hasardeuse et risquée pour une dizaine de milliers d'athlètes et plusieurs centaines de milliers de spectateurs, sans prendre en compte la sécurité de centaines de personnalités françaises et étrangères dont celle du Président de la République qui, ce jour-là, déclarera ouverts les Jeux de Paris célébrant la XXXIII<sup>e</sup> Olympiade de l'ère moderne.

Alors que le Plan Vigipirate est revenu, depuis la mi-octobre 2023, au niveau d'alerte « Urgence attentat » sur l'ensemble du territoire, il est grand temps de mesurer, dans la perspective de ces prochains Jeux de 2024, les nombreux défis à relever sur le plan sécuritaire en raison de la « magnitude hors du commun »<sup>8</sup> de ces événements et du contexte sécuritaire, marqué par la permanence et même l'amplification des menaces susceptibles d'affecter la vie de la Nation, à l'instar des cyberattaques<sup>9</sup> et du terrorisme, notamment des attentats par armes à feu ou par explosifs ou par tout autre moyen : un véhicule ou un couteau peuvent tuer. On l'a vu à Nice, en juillet 2016, à Conflans-Sainte-Honorine, en octobre 2020 ou à Arras, trois ans plus tard.

Selon les termes consignés dans la loi, « L'État a le devoir d'assurer la sécurité [...] sur l'ensemble du territoire de la République »<sup>10</sup>, exigence qui s'inscrit dans les missions de l'État, sans interdire que les modalités de son action évoluent : par exemple, dans la perspective de l'organisation de la Coupe du monde de rugby de 2023 et des Jeux de 2024, le Gouvernement a créé une carte professionnelle temporaire d'agent privé chargé de la surveillance des grands événements, valable jusqu'au 30 septembre 2025 et alléguée au terme d'une formation adaptée et alléguée<sup>11</sup>, mais pouvant être ultérieurement complétée en vue d'une demande de carte professionnelle ordinaire, spécialité « surveillance et gardiennage ». N'est-ce pas non plus le législateur qui, par la loi pour une sécurité globale préservant les libertés du 25 mai 2021, dite loi Fauvergue-Thourot<sup>12</sup>, a autorisé expressément la création de brigades cynophiles de police municipale<sup>13</sup>, tout en permettant aux agents privés de sécurité d'utiliser des chiens aux fins de détection d'explosifs dans le cadre de leur activité de surveillance<sup>14</sup> ? Mais, il faut admettre que ces initiatives, de même que les considérables investissements financiers et les notables augmentations des ressources humaines, ne sauraient suffire à faire face à un événement d'une telle ampleur que les Jeux de 2024.

L'État a donc fait le choix judicieux de se tourner aussi vers l'apport des technologies à la sécu-

5. C. déf., art. L. 1321-1 à L. 1321-4 et CSI, art. L. 242-5.

6. Sur la dimension juridique, v. J. Millet et O. Renaudie, « Opération Sentinelle : de quel droit ? », *AJDA* 2017, p. 2217.

7. Sur quelques aspects, rendus publics, du protocole de sécurité relatif à cette cérémonie d'ouverture, v. C. des comptes, *L'organisation des JOP de Paris 2024*, rapport complémentaire au Parlement, juillet 2023, p. 46.

8. *Étude d'impact du 20 déc. 2022 sur le projet de loi relatif aux Jeux olympiques et paralympiques de 2024*, p. 5.

9. Selon Gerald Darmanin, ministre de l'Intérieur, « il y a eu pas moins de 4 milliards d'attaques cyber pendant les JO de Tokyo », *in* compte rendu de la commission des lois du Sénat du 25 octobre 2022.

10. CSI, art. L. 111-1, al. 2.

11. V. le D. n° 2022-592 du 20 avr. 2022 portant création d'une carte professionnelle de surveillance dans le cadre des manifestations sportives, récréatives, culturelles ou économiques rassemblant plus de 300 personnes; l'arr. du 13 mai 2022 relatif à l'agrément prévu à l'art. R. 612-24 du CSI et concernant l'activité de surveillance humaine ou de gardiennage dans le cadre de manifestations sportives, récréatives, culturelles ou économiques rassemblant plus de 300 personnes; l'arr. du 6 déc. 2022 portant agrément d'un certificat de qualification professionnelle en application de l'art. R. 612-24 du CSI; l'arr. du 24 janv. 2023 portant adaptation des conditions de formation aux activités privées de sécurité; et l'arr. du 3 févr. 2023 portant modification des dispositions relatives à la formation professionnelle des agents exerçant une activité privée de sécurité dans le cadre de manifestations sportives, récréatives, culturelles ou économiques rassemblant plus de 300 personnes.

12. L. n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés. S'agissant de la genèse et de la consistance de cette loi, v. O. Gohin, « La contribution au droit de la sécurité de la loi Fauvergue-Thourot du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés », *in* *Annuaire du droit de la sécurité et de la défense 2022*, Mare & Martin, 2022, p. 65.

13. CSI, art. L. 511-5-2.

14. CSI, art. L. 613-7-1 A. Pour quelques développements récents, v. M.-A. Granger, « À propos de la cyno-détection d'explosifs par les agents de surveillance », *Veille juridique du CREOGN* mars 2023, n° 112, p. 33.

rité publique, non pas en une seule fois, par une législation d'ensemble, mais à plusieurs reprises, par au moins trois textes successifs entre 2021 et 2023 :

- d'abord, la loi Fauvergue-Thourot du 25 mai 2021 précitée a, notamment, modifié le code de la sécurité intérieure pour permettre aux agents privés de sécurité de détecter les drones menaçants aux abords des biens dont ils ont la garde<sup>15</sup> ;
- ensuite, tirant les leçons de la décision du Conseil constitutionnel du 20 mai 2021<sup>16</sup>, la loi du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure<sup>17</sup> a autorisé l'emploi des caméras fixées sur des drones par les policiers et gendarmes nationaux, ainsi que par les militaires déployés sur le territoire national ;
- enfin, la loi du 19 mai 2023 relative aux Jeux olympiques et paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions<sup>18</sup>, dite loi JOP, consacre l'intégralité de son chapitre III aux « moyens nécessaires afin d'assurer la sécurité [...] des grands événements que la France accueille »<sup>19</sup> parmi lesquels les « caméras intelligentes » qui, sans rassurer certains aujourd'hui, seront, demain, en mesure de protéger tout le monde.

Ainsi, le législateur a récemment permis un recours accru aux technologies de sécurité non autonomes (I), celles qui engagent des moyens humains, et un recours inédit aux technologies de sécurité autonomes (II), celles à placer, cependant, sous le contrôle et la maîtrise de personnes humaines.

## I. Le recours accru aux technologies de sécurité non autonomes

Dans la perspective des prochains Jeux de Paris – ils se dérouleront en réalité partout sur le territoire, y compris en outre-mer – il convient d'établir que les technologies de sécurité non autonomes seront mises efficacement au service de la surveillance (A), mais aussi du contrôle (B).

### A. Des technologies de sécurité au service de la surveillance

Les drones<sup>20</sup> qui embarquent des caméras ne sont pas une nouveauté parmi les technologies non autonomes de surveillance. Leur emploi par la police et la gendarmerie nationales a précédé dangereusement l'intervention du législateur : par exemple, ils ont été employés pour sécuriser des grands événements, tels que, en 2019, le G7 de Biarritz ou les commémorations du « Jour-J » ou encore la Coupe du monde féminine de football<sup>21</sup>. Toutefois, à l'occasion de la lutte contre l'épidémie de virus Covid-19 et de la surveillance des manifestations sur la voie publique, cette technologie aura enfin connu un coup d'arrêt avec deux ordonnances rendues, en 2020, par le juge des référés du Conseil d'État<sup>22</sup>. Parallèlement, consulté par le Premier ministre sur les moyens destinés à garantir « la sécurité juridique » par le recours aux drones, le Conseil d'État a fait alors savoir que « l'intervention d'un acte réglementaire autorisant le traitement des données personnelles collectées par une caméra aéroportée employée dans des missions de police générale [...] ne peut fournir une base légale suffisante à la captation d'images [...] par les autorités publiques au moyen de ce procédé »<sup>23</sup>.

15. CSI, art. L. 611-3.

16. Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*, consid. 141. Pour un commentaire de cette décision, voir M.-A. Granger, « Le "continuum" de sécurité » à l'épreuve des exigences constitutionnelles de la sécurité intérieure. Commentaire de quelques aspects de la décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021 », *RFDC* 2022, n° 129, p. 143.

17. L. n° 2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure.

18. L. n° 2023-380 du 19 mai 2023 relative aux JOP de 2024 et portant diverses autres dispositions.

19. Exposé des motifs du projet de L. n° 220 relatif aux JOP, enregistré à la présidence du Sénat, le 22 déc. 2022 ; *adde*, J.-M. Mis, *Pour un usage responsable et acceptable par la société des technologies de sécurité*, rapport remis au Premier ministre en septembre 2021, p. 5.

20. Il s'agit des aéronefs circulant sans personne à bord.

21. V. J.-F. Morel et M. Abellard, « L'emploi des drones de la gendarmerie nationale au maintien de l'ordre », *Revue de la Gendarmerie nationale* 2020, n° 267, p. 121.

22. CE, 18 mai 2020, n° 440442, et CE, 22 déc. 2020 n° 446155.

23. CE, 20 sept. 2020, n° 401214.

La loi Fauvergue-Thourot de 2021 est donc intervenue tardivement pour fixer le cadre juridique du recours aux drones équipés de caméras par les services de l'État et de police municipale. Toutefois, le Conseil constitutionnel a exigé du législateur, en ce cas, des garanties légales particulières de nature à sauvegarder le droit au respect de la vie privée dès lors que ces drones sont mobiles et évoluent en hauteur, étant susceptibles de capter, en tout lieu et sans que leur présence soit détectée, des images d'un nombre très important de personnes et de suivre ainsi leurs déplacements dans un vaste périmètre<sup>24</sup>. Ainsi, après le coup d'arrêt, c'est le coup de théâtre : faute d'avoir prévu ces garanties particulières, la loi Fauvergue-Thourot est, en effet, censurée sur ce point.

L'essai est finalement transformé avec la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure du 24 janvier 2022 qui, malgré quelques censures, autorise régulièrement la surveillance par drones aux services de police et de gendarmerie nationales, notamment pour prévenir les actes de terrorisme, assurer la sécurité des rassemblements de personnes sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public et réguler les flux de transport dans le cadre du maintien de l'ordre et de la sécurité publics<sup>25</sup>.

Or, pour « optimiser la gestion des grands événements » en renforçant les « conditions de sécurité [...] des usagers des services publics de transports et de leurs abords »<sup>26</sup>, l'article 13 de la loi JOP de 2023, jugé conforme à la Constitution, renforce les capacités de télésurveillance des agents de la Sûreté ferroviaire et du Groupe de protection et de sécurité des réseaux (GPSR), affectés dans les salles d'information et de commandement relevant de l'État<sup>27</sup>. En premier lieu, ces agents peuvent, dorénavant, visionner les images des « abords immédiats » des véhicules

et emprises immobilières des transports publics de voyageurs. En second lieu, les images provenant des systèmes de vidéoprotection de la SNCF et de la RATP sont, désormais, susceptibles d'être visionnées indifféremment par ces agents. Ce croisement d'informations était inévitable parce que ces deux entreprises publiques ont en commun certaines emprises immobilières, comme les sites d'interconnexion des réseaux<sup>28</sup>.

### **B. Des technologies de sécurité au service du contrôle**

Mais, ces technologies non autonomes de sécurité peuvent aussi permettre de contrôler l'accès à certains emplois, *via* le recours aux enquêtes administratives donnant lieu à la consultation des fichiers de sécurité<sup>29</sup>. En guise d'illustration, afin de garantir la sécurité des Jeux de 2024, l'article 11 de la loi JOP étend, du 1<sup>er</sup> mai 2024 au 15 septembre 2024, le périmètre d'application des enquêtes administratives de l'article L. 114-2 du code de la sécurité intérieure en les autorisant avant l'affectation des personnels intérimaires des entreprises de travail temporaire à une mission directement liée à la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou de transport de marchandises dangereuses, soumise à l'obligation d'adopter un plan de sûreté ou d'un gestionnaire d'infrastructure. Dans sa décision du 17 mai 2023, le Conseil constitutionnel juge que ces dispositions de l'article 11 de la loi JOP par lesquelles le législateur a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public, ne méconnaissent pas le droit au respect de la vie privée<sup>30</sup>.

Par ailleurs, il s'agit également de contrôler l'accès aux lieux ouverts au public dont ceux des « grandes » manifestations sportives, récréatives ou culturelles, celles rassemblant plus de

24. Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, préc., consid. 135.

25. Les dispositions légales ont été précisées par le D. n° 2023-283 du 19 avril 2023 relatif à la mise en œuvre de traitements d'images au moyen de dispositifs de captation installés sur des aéronefs pour des missions de police administrative. Le 24 mai 2023, le juge des référés du Conseil d'État a refusé de faire droit à une demande de référé-suspension formée à l'encontre de ce D. : CE, 24 mai 2023, n° 473547.

26. *Étude d'impact du 20 déc. 2022* préc., p. 93.

27. C. transp., art. L. 2251-4-2.

28. Les conditions d'intervention des agents de la Sûreté Ferroviaire et du GPSR sur les sites d'interconnexion des réseaux de la SNCF et de la RATP sont précisées par l'art. L. 2251-1-3 du code des transports.

29. D. n° 2017-1224 du 3 août 2017 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Automatisation de la consultation centralisée de renseignements et de données » (ACCRéD).

30. Cons. const., 17 mai 2023, n° 2023-850 DC, préc., consid. 53 à 60.

300 spectateurs<sup>31</sup>. L'article 16 de la loi JOP autorise le recours à des scanners corporels à l'entrée dans les lieux de ces manifestations selon un nouveau dispositif du code de la sécurité intérieure, décalqué sur celui du code des transports autorisant leur usage aux postes d'inspection-filtrage des aéroports<sup>32</sup>.

La plus-value opérationnelle, ici attendue, est d'améliorer tant l'efficacité du contrôle que « les flux de contrôle, avec un flux de 800 personnes par heure contre 200 avec le système de la palpation traditionnelle. Cette fluidité permet la diminution des goulots d'étranglement »<sup>33</sup> pouvant être à l'origine de dangereux mouvements de foule ou constituer des cibles statiques pour des terroristes en action. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la constitutionnalité de ces dispositions législatives, en raison des limites et garanties prévues par le législateur : le contrôle *via* un scanner corporel n'est jamais obligatoire et, en cas de refus, la personne est soumise à un autre dispositif de contrôle dont elle a été préalablement informée par un moyen de publicité mis à sa disposition à l'entrée de la manifestation<sup>34</sup>. De plus, ne pouvant faire l'objet d'aucun stockage ou enregistrement, l'image produite sur le moniteur doit masquer le visage de la personne contrôlée et être analysée par un opérateur ne pouvant ni la voir ni connaître son identité.

## II. Le recours inédit aux technologies de sécurité autonomes

Au-delà du renforcement des technologies de sécurité non autonomes, le législateur a aussi autorisé, de façon inédite, le recours aux technologies de sécurité autonomes pour répondre à un vrai besoin, exprimé par cette déclaration du

délégué interministériel aux JOP et aux grands événements sportifs, lors de son audition, le 16 juin 2022, par les commissions des lois et de la culture du Sénat sur les incidents survenus au Stade de France, le 28 mai 2022 : « pour ce qui concerne le suivi des foules, [...] il faut sans doute une approche plus collaborative entre les opérateurs de transports et les services de sécurité. Les dispositifs d'information sont disponibles, mais il faut les actionner de manière adaptée à l'évaluation des risques faite dans le schéma d'organisation. [...] Le suivi de cette foule [...] aurait pu être amélioré, grâce à l'intelligence artificielle et à l'emploi de quelques algorithmes sur les flux ou sur leur accumulation »<sup>35</sup>. La sécurité des Jeux de 2024 fera donc aussi appel à l'expérimentation des caméras d'intelligence artificielle (A) et, le cas échéant, de la biométrie dans l'espace public (B).

### A. L'expérimentation des caméras d'intelligence artificielle

À l'approche des Jeux de 2024, l'expérimentation législative des caméras dites « intelligentes » est apparue indispensable pour assurer la sécurisation des voies publiques et lieux ouverts au public au titre des manifestations sportives. On est ici renvoyé à l'« intelligence artificielle », sujet qui émerge dans le débat public<sup>36</sup> et auquel le Conseil d'État a consacré une étude récente et importante<sup>37</sup>. Il a reconnu qu'en raison « des foules à gérer » ainsi que du risque particulièrement élevé de mouvements de panique ou d'attentats terroristes, « le déploiement de plusieurs milliers de "caméras intelligentes" serait de nature à dissuader certains comportements criminels ou délinquants (puisque'il serait porté à la connaissance du public), à faciliter l'interpella-

31. CSI, art. L. 613-3, I.

32. Comp. C. transp., art. L. 6342-4, III. Et CSI, art. 613-3, II. Le scanner corporel est dit « dispositif d'imagerie utilisant des ondes millimétriques ».

33. *Étude d'impact du 20 déc. 2022 préc.*, p. 113.

34. Cons. const., 17 mai 2023, n° 2023-850 DC, préc., consid. 72 à 81.

35. M. Cadot, *in* Rapport d'information n° 776 préc., p. 190.

36. Il est souligné que, « grâce aux progrès de l'intelligence artificielle, la simulation de différentes fonctions cognitives – par exemple, la reconnaissance des visages ou les empreintes digitales, la reconnaissance de la parole, la traduction automatique, etc. – permet d'automatiser des tâches qui, jusque-là, auraient requis une présence humaine », *in* J.-G. Ganascia, « Peut-on contenir l'intelligence artificielle ? », *Pouvoirs* 2019, n° 170, p. 71.

37. CE, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, étude à la demande du Premier ministre adoptée par l'assemblée générale plénière, le 3 mars 2022.

tion des auteurs de troubles, ou encore à retrouver un enfant qui s'est égaré dans la foule »<sup>38</sup>.

C'est chose faite : l'article 10 de la loi JOP prévoit, à titre expérimental et jusqu'au 31 mars 2025, que le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, peut autoriser l'utilisation de traitements algorithmiques sur des images collectées au moyen d'un système de vidéoprotection ou de caméras installées sur des drones à la seule fin d'assurer la sécurité des manifestations sportives, récréatives ou culturelles qui, par l'ampleur de leur fréquentation ou par leurs circonstances, sont particulièrement exposées à des risques d'actes de terrorisme ou d'atteintes graves à la sécurité des personnes. Outre les Jeux olympiques de 2024, les marchés de Noël, les marathons urbains ou le défilé du 14 juillet pourront être autant d'occasions d'expérimentation locale<sup>39</sup>. L'objectif sera toujours le même, à savoir détecter la présence d'objets abandonnés, la présence ou l'utilisation d'armes, le non-respect par une personne ou un véhicule du sens de circulation, le franchissement ou la présence d'une personne ou d'un véhicule dans une zone interdite ou sensible, la présence d'une personne au sol à la suite d'une chute, un mouvement de foule, une densité trop importante de personnes et des départs de feux<sup>40</sup>. Une fois ces événements repérés par la machine, l'action de l'homme prendra le relais par la mise en œuvre des mesures nécessaires, qu'il s'agisse de l'intervention des services compétents de la police et de la gendarmerie nationales, des services d'incendie et de secours, des services de

police municipale ou encore des services internes de sécurité de la SNCF et de la RATP.

Ce qui ressort de cette évolution du droit, c'est que le législateur a été doublement prudent :

- prudent, d'abord, en faisant le choix de l'expérimentation, de sorte que ce n'est qu'après un « bilan coûts-avantages » du recours aux « caméras intelligentes » que le législateur pérenniserait ou non ces dispositions, sous le contrôle éventuel du Conseil constitutionnel<sup>41</sup>. Évidemment, en matière sécuritaire aussi, le temporaire a tendance à durer, comme cela a pu être vérifié s'agissant des états d'urgence sécuritaire (2015-17) ou sanitaire (2020-22)<sup>42</sup> ;
- prudent, ensuite, car l'appel à l'intelligence artificielle de sécurité est encadré par des limitations et « garanties particulières »<sup>43</sup>. À ce titre, le Conseil constitutionnel a notamment vérifié que « le développement, la mise en œuvre et les éventuelles évolutions des traitements algorithmiques demeurent en permanence sous le contrôle et la maîtrise de personnes humaines »<sup>44</sup>. Sous ce rapport, sa décision du 17 mai 2023 correspond à l'exigence d'un contrôle humain des systèmes d'intelligence artificielle (SIA) à haut risque, inscrite à l'article 14 du projet de règlement européen sur l'intelligence artificielle<sup>45</sup>. Il faut souhaiter qu'en pratique, ce contrôle humain permette, comme l'a voulu le législateur, « de prévenir l'occurrence de biais et d'erreurs »<sup>46</sup>.

38. *Ibid.*, p. 291.

39. A. Canayer, in *Compte rendu intégral des débats du Sénat* du 24 janv. 2023.

40. Art. 3 du D. n° 2023-828 du 28 août 2023 relatif aux modalités de mise en œuvre des traitements algorithmiques sur les images collectées au moyen de systèmes de vidéoprotection et de caméras installées sur des aéronefs, pris en application de l'art. 10 de la L. n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

41. Cons. const., 17 mai 2023, n° 2023-850 DC, préc., consid. 48.

42. V., par exemple, les mesures administratives de lutte contre le terrorisme instituées par la loi Collomb afin de sortir de l'état d'urgence sécuritaire : art. 5, II, de la loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, abrogé par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

43. Dans sa décision préc. du 17 mai 2023, le Conseil constitutionnel précise, de façon inédite, que « la mise en œuvre de tels systèmes de surveillance doit être assortie de garanties particulières de nature à sauvegarder le droit au respect de la vie privée » : consid. 33.

44. *Ibid.*, consid. 45.

45. Art. 14 de la proposition de la Commission européenne du 21 avr. 2021, amendée par le Parlement européen, le 14 juin 2023. Pour quelques développements sur la qualification de SIA à haut risque et l'exigence du contrôle humain, voir, CE, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance*, op. cit., p. 98 et s. et p. 137.

46. Art. 10, VI, 1° de la loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 préc.

## **B. L'expérimentation, le cas échéant, de la biométrie dans l'espace public**

Faut-il aller plus loin, dans l'expérimentation, en autorisant la biométrie dans l'espace public ? La question est posée. Dans la perspective des Jeux de 2024 aussi et dans le prolongement du rapport d'information de la commission des lois du Sénat de mars 2022<sup>47</sup>, la proposition de loi n° 1342 Daubresse-Belenet relative à la reconnaissance biométrique dans l'espace public a été déposée le 5 avril 2023 et rapportée par le sénateur Philippe Bas qui se réfère au consensus, sur ce sujet, au cours des débats parlementaires sur la loi JOP<sup>48</sup>. Après adoption en première lecture par le Sénat, le 12 juin suivant, *la navette parlementaire devrait se poursuivre et aboutir pour que la proposition devenue loi entre en vigueur avant les Jeux de l'été 2024, même à titre expérimental pour une durée de trois ans*<sup>49</sup>. Serait alors ouverte la possibilité d'une utilisation, en temps réel, de la reconnaissance faciale « à la seule fin d'assurer la sécurité de grands événements sportifs, récréatifs ou culturels qui, par leur ampleur ou par les circonstances de leur déroulement sont particulièrement exposés à des risques d'actes de terrorisme »<sup>50</sup>.

Selon la procédure applicable aux techniques de recueil de renseignement soumises à autorisation, fixée par la loi Urvoas du 24 juillet 2015 qui combine un mécanisme d'avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) et un contrôle préalable et effectif de la formation spécialisée du Conseil d'État lorsque le Premier ministre entend passer outre l'avis défavorable de cette commission<sup>51</sup>,

les services de renseignement du premier cercle<sup>52</sup> pourraient ainsi être autorisés à utiliser des logiciels de traitement de données biométriques destinés à identifier des personnes limitativement et préalablement connues pour faire « peser une menace grave et immédiate sur l'ordre public »<sup>53</sup>.

Cela se ferait à partir des images collectées au moyen de caméras dédiées et distinctes des images des systèmes de vidéoprotection, déployés dans et aux abords des lieux accueillant ces grands événements ou dans les véhicules et les emprises de transport public ainsi que sur les voies les desservant directement. L'autorisation serait délivrée par décision du Premier ministre pour une durée maximale de quarante-huit heures, renouvelable dans les mêmes conditions de durée. Un contingentement serait imposé : le nombre maximal des autorisations délivrées et simultanément en vigueur devrait être déterminé par le Premier ministre, après avis de la CNCTR qui, à tout instant, contrôlerait la mise en œuvre de cette reconnaissance biométrique<sup>54</sup>. Par ailleurs, par mimétisme avec le droit de l'état d'urgence, un contrôle parlementaire en temps réel serait institué<sup>55</sup>.

Il est certainement trop tôt pour envisager la constitutionnalité ou non de dispositions susceptibles d'évolution en cours de délibération parlementaire, à supposer que la navette aboutisse en temps utile. Du reste, fin 2023, la proposition de loi Daubresse-Belenet n'avait toujours pas été inscrite à l'ordre du jour. Le texte se trouve donc « en rade » à l'Assemblée par incertitude d'accord transpartisan sur le sujet ou, plus sûrement,

47. Rapport d'information n° 627 (2021-202) des sénateurs M.-P. Daubresse, A. de Belenet et J. Durain sur *La reconnaissance biométrique dans l'espace public : 30 propositions pour écarter le risque d'une société de surveillance*, déposé le 10 mai 2022.

48. Rapport n° 663 rédigé par Philippe Bas au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi relative à la reconnaissance biométrique dans l'espace public, enregistré à la présidence du Sénat le 31 mai 2023, p. 12.

49. Art. 1<sup>er</sup> bis, I, de la proposition de loi n° 1342 relative à la reconnaissance biométrique dans l'espace public, adoptée par le Sénat le 12 juin 2023.

50. *Ibid.*, art. 5, I.

51. L'art. 5, I, de la proposition de loi n° 1342 préc. renvoie aux dispositions des articles L. 821-1 et s. du CSI.

52. Il s'agit des « services spécialisés de renseignement » qui « sont la direction générale de la sécurité extérieure, la direction du renseignement et de la sécurité de la défense, la direction du renseignement militaire, la direction générale de la sécurité intérieure, le service à compétence nationale dénommé "direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières" et le service à compétence nationale dénommé "traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins" » : CSI, art. R. 811-1, al. 1<sup>er</sup>.

53. Art. 5, I, de la proposition de loi n° 1342 préc.

54. Art. 5, VII bis et VIII, de la proposition de loi n° 1342 préc.

55. Art. 1<sup>er</sup> bis, II, de la proposition n° 1342 préc.

par souci de ne pas « affaiblir »<sup>56</sup> la position de la France dans le cadre des négociations relatives au projet précité de règlement européen sur l'intelligence artificielle.

En définitive, depuis la loi Alliot-Marie du 6 décembre 1993 relative à la sécurité des manifestations sportives<sup>57</sup>, le droit de la sécurité intérieure a profondément évolué : il s'est amplifié et modernisé. Les technologies de sécurité, comme le renseignement, sont devenues incontournables et donc indispensables, au service de la sécurité publique. Pour autant, le renvoi fréquent à la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'impose à cet égard, car c'est le principe de liberté qui doit prévaloir sur l'exception de sécurité, autant qu'il est utile, pas plus qu'il n'est nécessaire. Il sera ainsi évité que 2024 ne revienne à « 1984 »<sup>58</sup>, quarante ans plus tard : le spectateur restera celui qui, dans les lieux de

compétition ou depuis les lieux de retransmission, regardera librement les athlètes s'affronter, même après avoir été surveillé ou contrôlé par l'homme ou la machine.

On rappellera à cette génération – encore si loin, si loin encore ? – du totalitarisme orwellien, ces sages propos de Marceau Long, alors vice-président du Conseil d'État, rédigés au cours de la génération précédente : « La véritable finalité qui préside, dans une démocratie libérale, à l'action des forces chargées de la sécurité publique, cette finalité, c'est la garantie des libertés individuelles. [...] Les progrès des sciences et de la technologie peuvent [...] avoir des effets pervers si [...] l'éthique ne guide pas l'action, et si la recherche de l'efficacité est élevée au rang des dogmes, au mépris des libertés individuelles [...]. Sans pour autant tolérer l'inacceptable, la démocratie ne serait-elle pas l'acceptation maîtrisée d'un certain désordre ? »<sup>59</sup>.

---

56. D. Faure, *in* *Compte rendu intégral des débats du Sénat* du 12 juin 2023.

57. Loi n° 93-1282 du 6 décembre 1993 relative à la sécurité des manifestations sportives.

58. G. Orwell, *Nineteen Eighty-Four*, Londres, Secker & Warburg, 1949, trad. A. Audiberti, coll. « Du monde entier », Gallimard, 1950.

59. M. Long, « La gendarmerie et l'État de droit », *RFDA* nov.-déc. 1991, p. 881 et 886.

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### La nationalité dans l'Olympisme

**Fabien Marchadier**

Professeur à l'Université de Poitiers

La participation aux Jeux olympiques dépend de la Charte olympique et des règles adoptées par les différentes Fédérations internationales, qui, le cas échéant, seront adaptées aux spécificités de l'Olympisme. La Charte olympique établit la procédure et énonce des règles de fond. Les athlètes sont sélectionnés par les comités nationaux olympiques (CNO), agréés par le Comité international olympique (CIO), sur propositions des fédérations nationales des disciplines concernées<sup>1</sup>. Aucune ingérence étatique n'est concevable<sup>2</sup>. Les critères d'éligibilité, quelle que soit la discipline, individuelle ou par équipe, pourraient ne dépendre que de critères sportifs. Seuls ceux qui auraient réalisé les meilleures performances lors des épreuves de qualification organisées dans les mois précédents les Jeux seraient autorisés à participer. De tels principes donneraient corps à la devise olympique, *citius, altius, fortius* (plus vite, plus haut, plus fort). L'ambition du Mouvement olympique en particulier, et du Mouvement sportif en général, est cependant plus élevée. Selon la communication du CIO, « le but du Mouvement olympique est de contribuer à la construction d'un monde meilleur et paci-

fique ». Ses valeurs sont l'excellence, le respect et l'amitié. C'est pourquoi la devise olympique a été enrichie d'un terme, « ensemble »<sup>3</sup>, qui fait écho au slogan « *All games, All nations* ». Les Jeux olympiques ont une vocation internationale et universelle, si bien que les systèmes de qualification impliquent, dans chaque sport, l'ensemble des CNO (qui représentent et défendent les intérêts du CIO au sein des États et non l'inverse). Les systèmes de qualifications relèvent de la compétence des Fédérations internationales, de même que les éventuelles limites d'âge<sup>4</sup>. La nationalité est la seule condition mentionnée par la Charte olympique.

Cette référence est ambivalente. La nationalité est d'abord une condition d'éligibilité en sélection nationale, une parmi d'autres dont l'existence se justifie normalement par des considérations propres à la compétition sportive. La possession d'une nationalité n'est donc pas toujours suffisante pour être sélectionné en équipe nationale. En outre, la référence à la nationalité est indissociable de la structuration du Mouvement olympique. Dessinée selon un modèle westphalien, la carte des CNO coïncide normale-

1. Charte olympique, art. 1.1.

2. Comp. C. sport, art. L131-14 et L. 131-15 et Charte olympique, art. 27 et 28 (ainsi que le texte d'application de ces règles).

3. Charte olympique, art. 1.10.

4. Les Fédérations ont toute latitude pour imposer des limites d'âge, exclues par principe (Charte olympique, art. 42). V., par exemple, le tournoi olympique de football, réservé aux joueurs nés le 1<sup>er</sup> janvier 2001 ou après, à l'exception de trois joueurs plus âgés au maximum.

ment avec les frontières géopolitiques<sup>5</sup>. Les athlètes sélectionnés représentent davantage que le CNO ou la Fédération à laquelle ils se rattachent par leur nationalité. Les CNO et les Fédérations sportives, en dépit de leur autonomie, ont tendance à s'effacer au profit de l'État. La délégation française aux Jeux olympiques incarne la France davantage que le Comité olympique français. Cette dualité, éligibilité (I) et représentation (II), explique en grande partie les débats passionnés autour du rôle de la nationalité pour intégrer une sélection nationale et l'évolution d'une réglementation dont le but est d'assurer que la nationalité révèle un lien authentique et effectif entre le sportif concerné et l'État.

## I. Un critère d'éligibilité

La nationalité est une condition essentielle pour participer aux Jeux olympiques. Pour reprendre les termes de la règle 41 de la Charte olympique, chaque participant doit « être ressortissant du pays du CNO qui l'inscrit ». Elle est nécessaire (A) et, dans le contexte olympique tout au moins, elle dépend du droit de l'État concerné (B).

### A. Nécessité de la nationalité

La possession de la nationalité d'un État doté d'un CNO reconnu par le CIO est nécessaire. Cependant, une dérogation est toujours possible pour permettre la participation d'athlètes dépourvus de nationalité ou qui, compte tenu de leur situation personnelle, n'ont aucune chance d'être sélectionnés par leur comité.

Depuis 1980, la Charte olympique évoque le pays dont le concurrent est ressortissant (« *national of the country of the NOC which is entering such competitor* » dans la version anglaise)<sup>6</sup>. Le ressortissant est aujourd'hui synonyme de national<sup>7</sup>. Le tribunal arbitral du sport ne dissocie pas les deux notions. Être ressortissant d'un pays,

c'est être le national de ce pays. Un sportif ne saurait avoir la qualité de ressortissant d'un pays avant d'en posséder la nationalité. Peu importe la durée de résidence<sup>8</sup>.

La règle 41 de la Charte olympique oblige certaines fédérations à modifier leur approche de la nationalité et à adapter en conséquence leur réglementation dans la perspective des Jeux. Pour le tournoi olympique de football, la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) lie la participation des associations nationales à l'existence d'un CNO reconnu<sup>9</sup>. Une nationalité correspond à une association et une seule. La notion de nationalité partagée est neutralisée. Un Britannique ne représente que le Royaume-Uni, puisque lui seul bénéficie d'un CNO reconnu. Aucune équipe anglaise, écossaise, galloise ou nord-irlandaise ne participe au tournoi olympique. L'*International Rugby Board* (IRB) prévoit, de la même façon, des règles particulières pour les événements olympiques. Pour l'éligibilité des joueurs, les articles 9 à 14 du règlement 8 relatif à la qualification pour jouer en équipe nationale ajoutent des critères supplémentaires. En principe, la nationalité ne joue formellement aucun rôle. La sélection en équipe nationale repose sur le lieu de naissance (du joueur, de l'un de ses parents ou de ses grands-parents) ou sur la résidence (5 années consécutives ou 10 années cumulées avant le match)<sup>10</sup>. Même si ces circonstances offrent souvent un accès à la nationalité de l'État concerné et que, en pratique, elles visent en majorité les nationaux, elles autorisent la présence d'étrangers en sélection nationale. L'article 9 écarte sans ambiguïté cette éventualité pour tous les événements olympiques. L'ensemble des joueurs sélectionnés « doivent être ressortissants du pays du comité national olympique que l'équipe représente ». La nationalité ne se substitue pas aux critères ordinaires d'éligibilité en sélection nationale. Elle s'y ajoute<sup>11</sup>.

5. Le pays que représente le CNO correspond à un « État indépendant reconnu par la communauté internationale » (Charte olympique, art. 4.30).

6. Règle 41 dans la version du 8 août 2021.

7. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, v° « Ressortissant ».

8. CAS, *ad hoc division*, 13 sept. 2000, OG 2000/001, *United states olympic committee (USOC) & USA Canoe/Kayak c./ International Olympic Committee*, Rec. II, p. 600.

9. Tournois olympiques de Football Jeux de la XXXIII<sup>e</sup> Olympiade, Paris 2024, art. 5.

10. Règlement 8 « éligibilité des joueurs : qualification pour jouer en équipe nationale », art. 1.

11. V. égal., entre autres exemples, les règles 2023 du Canoë Sprint (*International Canoe Federation*) qui, pour les événements olympiques, réservent le jeu des règles de la Charte olympique pour déterminer l'éligibilité d'un participant (art. 1.5.5 et 1.5.6).

La référence imposante à la nationalité est l'objet de critiques. En particulier, Peter J. Spiro<sup>12</sup> dénonce son arbitraire et son caractère anti-libéral. Ce système nuit à la compétition<sup>13</sup>, porte atteinte à l'autonomie des sportifs et entrave leur mobilité<sup>14</sup>. Les meilleurs athlètes mondiaux devraient pouvoir participer aux événements olympiques, peu important leur nationalité. Il souligne qu'une règle équivalente ne régit pas les compétitions entre clubs. Les sportifs n'ont pas à être originaires de la ville ou même de la région où le club a son siège. Pourquoi brider les sportifs pour participer aux compétitions internationales ? La réponse lui semble de moins en moins évidente compte tenu de l'instrumentalisation croissante de la nationalité, qu'illustre tout particulièrement le développement de procédures dérogatoires de naturalisation. Elles alimentent un phénomène de *nation shopping* qui consiste, pour les sportifs, à acquérir la nationalité d'un État dans le but principal d'intégrer sa sélection nationale<sup>15</sup>. Ainsi, et paradoxalement, la condition d'éligibilité tenant à la nationalité contraindrait trop fortement les sportifs, mais elle serait trop facilement contournée...

La pertinence de la nationalité comme critère d'éligibilité serait dès lors douteuse. Son maintien se justifie cependant en raison de l'organisation et de la structuration du Mouvement sportif. Elles se calent, pour l'essentiel, sur la division du monde en États souverains et indépendants. Est-il cependant concevable de permettre à chaque comité national olympique de sélectionner n'importe quel athlète ? Remplacer le critère

de la nationalité par le domicile, la résidence ou la localisation du club du sportif nuirait tant à l'intérêt de la compétition qu'à l'intérêt des sportifs, en les privant du bénéfice des meilleures infrastructures, d'un encadrement performant ou de l'accès aux compétitions les plus relevées<sup>16</sup>. Surtout, au-delà des résultats individuels, offrir à chaque CNO l'assurance que les sportifs qu'il a sélectionnés pourront participer contribue au développement mondial de la pratique sportive et à la promotion des valeurs de l'olympisme. Le lien de l'athlète avec le territoire représenté est encore un enjeu majeur dans le Mouvement sportif international<sup>17</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'exigence de nationalité ne connaît aucune exception. Elle a pour effet d'exclure les apatrides des compétitions olympiques ainsi que les réfugiés dont il est peu vraisemblable qu'ils soient sélectionnés par leur CNO (bien que leur fonctionnement et leurs décisions soient censés être à l'abri de toute pression politique) ou même qu'ils acceptent une telle sélection. De nombreuses fédérations tiennent compte de ces deux situations particulières. L'Union Cycliste Internationale (UCI), la Fédération internationale d'Athlétisme (*World Athletics*), la Fédération internationale d'escrime ou encore la FIFA prévoient des règles particulières. D'une manière générale, elles permettent à ces sportifs d'échapper à l'emprise de leur fédération d'origine et précisent les conditions de leur participation aux compétitions internationales (en tant que sportifs « neutres »<sup>18</sup>, en tant que sportifs réfugiés<sup>19</sup>, en étant rattachés à l'État de leur

12. P. J. Spiro, « Problematizing Olympic nationality », *AJIL Unbound* 2020, vol. 114, p. 374. Égal. du même auteur « The end of Olympic nationality », in K. Rubenstein (dir.), *Allegiance and Identity in a Globalised World*, Cambridge University Press, 2012, p. 478.

13. Égal. J. A. R. Nafziger, « The mutuality of national and international identities in international sport law », *AJIL Unbound* 2020, vol. 114, p. 368, citant l'exemple des pongistes chinois ou des basketteurs américains.

14. P. J. Spiro, « Problematizing Olympic nationality », préc., spéc. p. 377-378.

15. Sur ce phénomène de « *Nation shopping* », J. Jansen, « Nationality swapping in the Olympic Games 1978–2017: A supervised machine learning approach to analysing discourses of citizenship and nationhood », *International Review for the Sociology of Sport* 2019, vol. 54(8), p. 971. V. égal. dans une perspective plus générale, S. Beaud, « Le cas du football français. Le point de vue du sociologue », in G. Simon (dir.), *Sport et nationalité*, LexisNexis, 2014, p. 47, ou encore P. Collomb, « Le marché des naturalisés », *ibid.*, p. 75.

16. V. en ce sens, la très contestable sentence rendue dans l'affaire Mélanie Rinaldi (TAS, 26 nov. 2007, n° 2007/IA/1377, *Mélanie Rinaldi c/ Fédération internationale de natation*).

17. Rapp. C. Beaufrère, « Droit du sol – droit du sport : le pouvoir des fédérations internationales sur la représentation sportive nationale », *Droit et société* 2022/3, n° 112, p. 577, spéc. p. 579 et s., constatant que « l'approche natio-centrée reste tout de même prégnante » (p. 595).

18. *World Athletics*; Statuts (2022) de la Fédération internationale d'escrime, art. 9.2.3.

19. Règlement UCI du sport cycliste, art. 1.1.033, al. 4.

résidence<sup>20</sup>, parfois après une décision spéciale d'une autorité<sup>21</sup>). La Charte olympique reste muette sur le cas des apatrides et des réfugiés, y compris le texte d'application de la règle 41 qui règle seulement les difficultés liées à la pluripatrie et aux changements de sélection nationale. Toutefois, depuis les Jeux olympiques de Rio (2016), la commission exécutive du CIO a pris l'initiative de créer une équipe d'athlètes olympiques réfugiés<sup>22</sup>. Son statut est identique à celui des délégations des autres comités nationaux.

D'une manière générale, l'article 41.2 de la Charte olympique donne à la commission exécutive du CIO le pouvoir d'apporter une réponse à toutes les questions relatives à la détermination du pays qu'un concurrent peut représenter aux Jeux olympiques<sup>23</sup>. Parmi elles figure l'intégration dans la délégation des athlètes olympiques indépendants, créée à l'occasion des Jeux de Barcelone (1992) pour répondre aux difficultés nées de l'effondrement de l'ex-Yougoslavie. Cette délégation, aux emblèmes (le drapeau olympique, qui symbolise l'union des cinq continents, et l'hymne olympique) qui transcendent le lien de nationalité, a vocation à accueillir les athlètes dont les CNO sont visés par des sanctions (en particulier, pour les Jeux de Paris (2024), les athlètes russes et biélorusses<sup>24</sup><sup>25</sup>). Ils n'auront donc

plus nécessairement à rechercher la nationalité d'un autre État pour participer aux Jeux, à l'image des athlètes sud-africains (en particulier Zola Budd devenue anglaise pour les Jeux de Los Angeles (1984) et Sydney Maree qui participa aux Jeux de Séoul (1988) en tant que citoyen américain) lors de la suspension de leur CNO en raison de l'apartheid (1963-1992).

### B. Détermination de la nationalité

D'une façon ou d'une autre, la nationalité, au sens de l'article 41 de la Charte olympique, renvoie au lien juridique et politique qui unit un individu et un État. Les CNO choisissent les participants aux Jeux olympiques exclusivement parmi les ressortissants du pays auquel ils sont rattachés<sup>26</sup>. Et l'acquisition de cette nationalité dépend des seules règles de l'État dont le sportif prétend être le ressortissant. C'est ainsi que le Tribunal arbitral du sport (TAS) a approuvé la disqualification d'un joueur de hockey lors des Jeux de Nagano (1998). Il concourait pour l'équipe suédoise. Or, en application du droit suédois de la nationalité, il avait perdu automatiquement cette nationalité en acquérant volontairement, trois ans auparavant, la nationalité américaine<sup>27</sup>.

- 
20. Règlement UCI du sport cycliste, art. 1.1.033, al. 1<sup>er</sup> ou encore Règlement d'application des Statuts de la FIFA (2022), art. 8.2 (qui impose cependant une résidence de 5 années sans interruption et, dans le cas du Football, la preuve que l'établissement de la résidence dans l'État n'avait pas pour but la sélection en équipe nationale); Statuts (2022) de la Fédération internationale d'escrime, art. 9.2.3.
21. La Fédération internationale (*World Athletics*) ou le Tribunal du Football (Règlement d'application des Statuts de la FIFA (2022), art. 8.2).
22. Sur la participation des réfugiés aux Jeux, v. T. C. Rider, « The CIA, the IOC, and efforts to establish a refugee olympic team », *Journal of Olympic history* 2016/2, p. 36.
23. Sur les enjeux et le rôle de cette initiative, v. T. Del Tedesco Guioia, M. Cardoso Simões et E. de Toledo, « Independent Olympic Athletes and the Legitimacy of the International Olympic Committee in Resolving International Conflicts », *The International Journal of The history of sport* 2016, vol. 33, n° 12, p. 1304.
24. Le 8 décembre 2023, la commission exécutive du CIO a décidé que les athlètes individuels neutres qui se sont qualifiés par le biais des systèmes de qualification des Fédérations Internationales seraient déclarés admissibles aux Jeux olympiques de Paris 2024 sous réserve du respect des strictes recommandations du CIO du 25 oct. 2023 concernant la participation d'athlètes porteurs d'un passeport russe ou biélorusse aux compétitions internationales. En particulier, le sportif ne doit pas avoir soutenu ni participé aux actions à l'origine des sanctions prononcées par l'ONU à l'encontre de ces deux États.
25. Pour une perspective historique, J.-L. Chappelet, « L'exclusion de pays des Jeux olympiques (1924-2024) », *Jurisport* 2023/244, p. 38.
26. Charte olympique, art. 41.
27. CAS, 18 févr. 1998, OG 98/004-005, § 12. Rapp. CAS, 13 juin 2022, 2021/A/8075, *Football Association of Albania (FAA) & Nedim Bajrami c/ Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & Swiss Football Association (SFA)* : c'est en application de la loi albanaise que le TAS a considéré que Nedim Bajrami n'était pas seulement éligible à l'obtention de la nationalité albanaise, mais qu'il l'avait acquise à la naissance; il pouvait en conséquence, conformément aux règles de la FIFA relative à la sélection en équipe nationale, intégrer la sélection albanaise alors même qu'il avait joué dans les sélections jeunes de l'équipe suisse.

En conséquence, si toutefois il existe une nationalité sportive, autonome de la nationalité étatique<sup>28</sup>, elle ne se traduit pas par l'énoncé de règles d'attribution, d'acquisition et de perte de la nationalité propre au Mouvement sportif en général<sup>29</sup> et à l'Olympisme en particulier. La nationalité étatique ne se double pas d'une nationalité sportive, qui, dans la logique du TAS s'oppose à la première ou tout au moins s'en distingue<sup>30</sup>. Dans la perspective des Jeux olympiques, la nationalité sportive est le décalque de la nationalité étatique. Elle n'est ni plus large (comme dans le football ou le rugby, avec le cas des équipes anglaise, galloise, écossaise, nord-irlandaise) ni plus restreinte (le cas particulier du changement de délégation nationale mis à part, aucune condition additionnelle de résidence ou de naissance n'est exigée). Refuser à un sportif d'être sélectionné par le CNO (ou une fédération) d'un État dont il possède la nationalité ne se fonde jamais sur une négation de cette nationalité. Ce refus signifie que le sportif ne remplit pas les autres conditions auxquelles la réglementation sportive pertinente soumet (à tort ou à raison) cette sélection. La nationalité, au sens de la Charte olympique, n'est pas une notion autonome des règles nationales relatives à l'attribution, à l'acquisition et à la perte de cette nationalité. Le TAS l'a fermement rappelé à l'occasion de l'affaire Angel Perez<sup>31</sup>. Le Comité national olympique américain et la Fédération américaine de Canoë estimaient qu'ils pouvaient le sélectionner pour participer aux Jeux de Sydney (2000) car il aurait acquis la nationalité américaine bien avant sa naturalisation en 1999<sup>32</sup>. De leur point de vue,

la notion de ressortissant, au sens de la Charte olympique, devait être comprise à la lumière du droit international plutôt qu'en référence aux législations nationales (cubaine et surtout américaine). S'inspirant du célèbre arrêt *Nottebohm*<sup>33</sup>, ils invitaient le TAS à déduire la nationalité de la réalité sociale, sans s'arrêter aux titres juridiques plus ou moins formels. Le « fait social de rattachement », au sens de la jurisprudence *Nottebohm* établirait la nationalité (§ 19 et s.). En l'occurrence, après avoir fui Cuba, Angel Perez vivait aux USA depuis 1993, s'était marié avec une Américaine en 1994 et de leur union était né un enfant. Il avait obtenu le statut de résident permanent (*green card*) en 1995. Et conformément aux règles de la Fédération internationale de canoë, il avait pu participer aux mondiaux de 1997, 1998 et 1999 sous les couleurs américaines. Il n'est pas précisé à quel moment les faits sociaux sont suffisamment consistants pour fonder la nationalité. En toute hypothèse, le TAS a rejeté cette interprétation, jugée extensive, de l'arrêt *Nottebohm* (§ 22).

Cependant, la jurisprudence du TAS manque parfois de constance. Dans une autre sentence rendue dans la même affaire, il a admis, sur le fondement d'une interprétation controversée du droit international<sup>34</sup>, que les faits pouvaient disqualifier une nationalité formelle<sup>35</sup>. Indépendamment des dispositions du droit cubain, il a considéré que la fuite du sportif le privait de la protection et de l'assistance des autorités cubaines. Vidé de substance et d'effectivité, le lien de nationalité s'était dissout. L'apatridie correspondrait donc à la situation de personnes qui

28. Rejetant une telle notion, au demeurant rarement employée dans les règles fédérales au profit de celle d'éligibilité (v. cependant *World Aquatics*, art. 3 « Sport nationality » ou encore *International Canoe Federation*), A. S. Wollmann, « Recent Trends in Nationality Requirements in Olympic Sports », *Netherlands International Law Review* 2018, n° 65, p. 359, spéc. p. 368. Au contraire, en faveur de cette notion, J. Guillaume, « Existe-t-il une nationalité sportive ? », in G. Simon (dir.), *Sport et nationalité*, op. cit., p. 31 et, du même auteur, « L'autonomie de la nationalité sportive », *JDI* 2011, doct. 5.

29. V. cependant, les règles sur les conditions d'admission aux compétitions (2022) de *World Athletics*, art. 4.2 (pour représenter une Fédération, le sportif doit posséder la citoyenneté de l'État concerné à raison de circonstances précises ; il n'est donc pas exclu qu'une nationalité étatique soit purement et simplement ignorée).

30. TAS, 25 mars 1993, n° 92/80, B. c/ FIBA et encore récemment, CAS, 13 juin 2022, préc., rappelant que « according to CAS jurisprudence, "sporting nationality" does not necessarily correspond to the "legal nationality" as determined by each state » (§ 106).

31. CAS, *ad hoc division*, 13 sept. 2000, préc.

32. Dans la mesure où il avait déjà participé aux Jeux olympiques au sein de la délégation cubaine, il devait patienter trois ans à compter de l'acquisition de sa nouvelle nationalité pour intégrer la délégation olympique correspondante. Le texte d'application de l'article 41 de la Charte olympique (§ 2) maintient le délai de trois ans, mais fixe désormais son point de départ au moment où le sportif « a représenté son ancien pays pour la dernière fois ».

33. CIJ, 6 avr. 1955, *Liechtenstein c/ Guatemala*, Rec. CIJ 1955.4.

34. G.-R. de Groot et O. W. Vonk, *International standards on nationality law*, Wolf, 2015, p. 71.

35. TAS, *ad hoc division*, 19 sept. 2000, OG 2000/005, *Angel Perez c/ International Olympic Committee*, Rec. II, p. 631.

n'ont la nationalité d'aucun État non seulement en droit (apatrides *de jure*), mais encore en fait (apatrides *de facto*) (§ 27). Cette idée prend sa source dans les travaux des Nations unies au lendemain du second conflit mondial<sup>36</sup>. L'élaboration d'un statut de réfugié a conduit à son abandon, faute d'utilité<sup>37</sup>. Cette décision reste assez isolée.

Des athlètes qui possèdent la nationalité de plusieurs États depuis leur naissance ou par l'effet d'une déclaration ou d'une naturalisation pourraient donc être désignés par l'un ou l'autre, ou l'un puis l'autre, des Comités olympiques des États dont ils sont les ressortissants. La Charte olympique n'exclut pas cette éventualité, mais, ajoute le TAS, sa réalisation doit respecter l'esprit de la Charte, ne pas porter atteinte à l'intégrité et à la régularité des Jeux olympiques. Car, affirme-t-il, « *the holder of dual or multiple nationalities should not be entitled to switch allegiance from the one to the other at his or her convenience* »<sup>38</sup>. La plurinationalité ou plus radicalement les changements de nationalité induisent des comportements opportunistes ou créent les conditions d'un marché des naturalisés. Ils pourraient ne pas être une réelle difficulté si la nationalité n'était qu'un critère de participation aux compétitions. Or, elle ne se réduit pas à cette fonction. Elle n'est pas qu'un élément d'identité du sportif. Le sportif représente le CNO qui l'a sélectionné et au-delà l'État auquel appartient le CNO. Cette fonction, qui dépasse l'individu et relève d'un intérêt collectif, exclut qu'un sportif puisse représenter n'importe qui ou choisisse, au gré de ses convenances et de seuls intérêts (financiers, notamment), qui il peut représenter<sup>39</sup>.

## II. Une fonction de représentation

En principe, les Jeux olympiques ne sont pas une compétition entre nations, mais entre sportifs. En ce sens, la règle 6 de la Charte olympique précise que « les Jeux olympiques sont des compétitions entre athlètes, en épreuves individuelles ou par équipes et non entre pays. Ils réunissent les athlètes sélectionnés par leurs CNO respectifs, dont les inscriptions ont été acceptées par le CIO ». Littéralement, que la sélection concerne un sport individuel ou en équipe, elle n'est pas liée à un État, mais à la structure qui opère la sélection, soit, dans le cas des Jeux olympiques, les CNO<sup>40</sup>. Autoriser la participation d'athlètes sous bannière neutre, en dépit de la suspension du Comité olympique de l'État dont ils sont ressortissants, atteste l'importance de cette dimension individuelle. Les principaux représentants du Mouvement olympique ont confirmé, à l'occasion du douzième sommet olympique (communiqué du 5 décembre 2023), que les sportifs possédant un passeport russe ou biélorusse ne seront pas par principe exclus des Jeux de Paris 2024 dès lors qu'ils satisferont aux critères sportifs et qu'ils respecteront les conditions arrêtées par le Mouvement olympique afin de préserver la sérénité de la compétition.

De ce point de vue, il est difficile de comprendre en quoi des changements d'équipes nationales, au gré des naturalisations et des opportunités sportives qu'offre plus généralement la possession de plusieurs nationalités, portent atteinte à l'intégrité et à l'équité des compétitions. Ramenées à leur dimension individuelle, seule importe la participation des meilleurs. Le problème ne prend pas sa source dans la

36. Nations unies, Département des questions sociales, *Une étude sur l'apatridie*, New York, août 1949, document E/1112.

37. Rappr. CE, 20 mars 2000, n° 190036, *Haque* : l'absence d'effectivité de la nationalité est indifférente dès lors que l'existence de la nationalité n'est pas remise en cause.

38. TAS, *ad hoc division*, 9 août 2008, OG 08/006, *Moldova National Olympic Committee c/ International Olympic Committee*, § 6 (alors même que le sportif en cause, Octavian Guju, n'était pas binational, mais moldave. Cependant, il n'a pas été autorisé à intégrer la délégation de Moldavie pour les Jeux de Beijing (2008) car, pour une raison inexplicitée, il avait participé aux mondiaux de natation de Melbourne en 2007 sous les couleurs de la Roumanie. Du point de vue du TAS, le cas soulevait un problème de changement de délégation, ce qui est très discutable). Rappr. TAS, 26 nov. 2007, préc.

39. Sur ces questions, v. S. Corneloup, « Les sportifs plurinationaux », in G. Simon (dir.), *Sport et nationalité*, op. cit., p. 57 ; F. Marchadier, « Nationalité sportive du binational », *Jurisport* 2014/3, n° 140, p. 36 (1<sup>re</sup> partie) et *Jurisport* 2014/4, n° 141, p. 39 (2<sup>e</sup> partie).

40. Rappr. P. Collomb, « Qu'est-ce qu'une équipe nationale ? », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du monde*, Economica, 2011, p. 43, insistant sur le fait qu'une « équipe nationale n'est que l'équipe représentative de l'organisme privé (fédération, comité olympique national) qui la constitue ».

nationalité en elle-même mais dans la politique des quotas, par État (par exemple, pour les Jeux de Paris (2024), au tennis de table chaque CNO pourra présenter un maximum de 3 athlètes alors que les 4 premiers au classement mondial (novembre 2023) ont la nationalité chinoise, que 6 Chinois figurent parmi les 10 premiers) ou par continent (le tournoi de basketball réunira aux Jeux de Paris (2024), outre la France, un minimum de deux équipes américaines, deux équipes européennes, une équipe africaine, une équipe asiatique, une équipe océanienne).

La raison réside dans l'idée de représentation d'une nation. Elle est omniprésente. Le CIO ne traite pas directement avec les athlètes, mais avec les CNO, un par État. La reconnaissance des CNO ne dépend plus d'une géographie propre à l'olympisme (règle 7 de la Charte olympique dans ses versions de 1971 et 1973), mais d'une géopolitique officielle. La dénomination d'un CNO « doit correspondre aux limites territoriales et à la tradition de son pays »<sup>41</sup> et « l'expression "pays" signifie un État indépendant reconnu par la communauté internationale »<sup>42</sup>. Le tableau des médailles individuelles, discipline par discipline, se double d'un classement général, État par État. Il mesure « la force sportive des nations, la valeur de leurs écoles de sport, la qualité des pratiques »<sup>43</sup>. La remise des médailles sur le podium, « haut lieu du sentiment national »<sup>44</sup>, s'accompagne de l'hymne national et de la levée du drapeau du pays du CNO qui a qualifié l'athlète. Enfin, aux termes des règles d'application de l'article 41 de la Charte olympique, un athlète représente un pays. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Bunoz*<sup>45</sup>, le commissaire du gouvernement

Faugère affirmait que « les Jeux ont donné aux cités, puis aux nations, l'occasion de confrontations pacifiques, et aux sportifs le rôle de véritables ambassadeurs... tout cela justifie la discrimination à l'égard des étrangers et les atteintes aux dispositions générales du traité de Rome afin de garantir le caractère national des équipes engagées »<sup>46</sup>. Il ne fait aucun doute que « l'équipe nationale a une fonction de représentation de l'État national », estime encore Éric Loquin<sup>47</sup>.

Ce sentiment est largement partagé dans la société et les médias. Il est souvent relayé par les pouvoirs publics, au point d'en faire, avec plus ou moins de succès, un ferment de l'unité nationale<sup>48</sup>. L'équipe nationale ou tel sportif n'est pas le représentant d'une fédération nationale ou d'un comité national. Il représente l'État, il incarne la nation<sup>49</sup>. L'unité et la solidarité des nationaux est, au-delà des clivages politiques, sociaux ou culturels, particulièrement forte au moment des Jeux olympiques, remarque P. J. Spiro<sup>50</sup>. C'est pourquoi le phénomène des changements de nationalité chez les sportifs suscite des débats sur la représentation de la nation et sur les critères qu'une personne est censée réunir ou les caractéristiques qu'elle est censée présenter pour prétendre à être sélectionnée par une instance nationale<sup>51</sup>. Ces changements ne sont pas analysés sous un angle seulement sportif (augmentation des chances de participer à une compétition internationale) ou économique (le marché des naturalisés), mais également sous un angle politique. Cette tendance s'est accentuée entre 1978 et 2017, comme se sont accentués, à mesure que la migration sur fond de glo-

41. Charte olympique, art. 30, § 2.

42. Charte olympique, art. 30, § 1. Pourtant, 206 comités sont impliqués pour les Jeux de Paris (2024), soit 13 de plus que d'États membres de l'Organisation des Nations unies.

43. P. Collomb, « Le marché des naturalisés », in G. Simon, *Sport et nationalité*, op. cit., p. 75, spéc. p. 77.

44. A. Calmat, « Sport et nationalisme », *Pouvoirs* 1992/61 (n° spécial Le sport), p. 51 et s., spéc. p. 52.

45. CE, Ass., 23 juin 1989, n° 101894, *AJDA* 1989, p. 426, chron. Honorat et Baptiste; *AJDA* 1989, p. 627, concl. Faugère; *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 878, obs. Houver.

46. *AJDA* 1989, p. 627.

47. E. Loquin, « Rapport de synthèse », in G. Simon (dir.), *Sport et nationalité*, op. cit., p. 141.

48. B. Deville-Danthu, « Le sport support de l'idée de Nation. Une volonté politique, un échec sportif. Le cas du Sénégal (1960-1965) », *Quasimodo* 1997, n° 3-4, p. 109.

49. En ce sens, G. Simon, « Être appelé en équipe nationale : de quel droit ? », in F. Archambault, S. Beaud et W. Gasparini (dir.), *Le football des nations. Des terrains de jeu aux communautés imaginées*, Éditions de la Sorbonne, 2018; égal. A. Calmat, « Le sport », préc., envisageant le point de vue du sportif, du public, des médias, de l'entourage et de l'État.

50. P. J. Spiro, « The end of Olympic nationality », préc.

51. G. Oonk, « Sport and nationality: towards thick and thin forms of citizenship », *National Identities* 2022, vol. 24, n° 3, p. 197.

balisation s'est développée, les débats sur l'identification nationale<sup>52</sup>.

Cette culture du nationalisme intrigue dans le contexte d'événements à prétention universaliste. Pourtant, elle n'est pas nécessairement antinomique avec les valeurs de l'Olympisme. Parce que les Jeux réunissent des athlètes de tous les États, ils plongent les sportifs et les supporters de toutes les nations dans une « expérience cosmopolite »<sup>53</sup> rare.

C'est ce qui explique que la nationalité qui conditionne la sélection en équipe nationale ne se résume pas à un titre juridique. Elle est censée refléter un « lien [...] authentique, étroit, crédible et établi »<sup>54</sup> entre le joueur et le pays en question. Certaines fédérations ont en conséquence renforcé les conditions d'éligibilité en équipe nationale. La possession de la nationalité seule ne suffit pas. D'autres critères, dont la pertinence et même la légalité n'est pas toujours évidente, s'ajoutent à la nationalité afin de garantir une proximité réelle avec l'État. Le lieu de naissance, de l'athlète lui-même ou de ses ascendants, et la résidence, d'une durée plus ou moins longue, sont fréquemment utilisés. Curieusement, et non sans paradoxe, les changements d'équipe représentative sont drastiquement limités<sup>55</sup> voire exclus<sup>56</sup> en dépit de l'actualité et, d'un certain point de vue, de l'intensité d'un lien de nationalité avec un autre État. Plus radicalement,

A. S. Wollmann estime que ces tendances sont inconciliables<sup>57</sup>. Dans la Charte olympique, la préoccupation liée à représentativité nationale n'a pas donné lieu à l'édiction de règles supplémentaires (ce qui n'empêche pas l'application de celles prévues par les Fédérations internationales). Cependant, elle sous-tend les solutions adoptées en cas de plurinationalité et surtout de changement de délégation. Globalement, les règles de la Charte sont moins sévères que celles adoptées par les Fédérations. Elles n'imposent pas au sportif plurinational de déclarer laquelle de ses nationalités sera seule considérée<sup>58</sup>. Tant qu'il n'a pas été sélectionné par un CNO pour participer aux compétitions visées au deuxième alinéa du texte d'application de l'article 41 de la Charte, sa décision est libre. En revanche, une fois qu'il y a participé, un délai de carence de trois ans à compter de cette participation (et non de l'acquisition de la nationalité dont le sportif entend à présent se prévaloir) doit être observé. En toute hypothèse, les options sont limitées. Réduire les droits des naturalisés<sup>59</sup> établit une distinction dont le caractère discriminatoire a souvent été sanctionné, notamment en France<sup>60</sup>. Développer une nationalité olympique, reposant sur des critères d'attribution, d'acquisition et de perte propres, est, dans l'absolu, concevable<sup>61</sup>, mais ne s'inscrit pas du tout dans les orientations actuelles du Mouvement olympique. Adjoindre

52. En ce sens, J. Jansen, « Nationality swapping in the Olympic Games 1978-2017: A supervised machine learning approach to analysing discourses of citizenship and nationhood », préc., spéc. p. 982.

53. J. A. R. Nafziger, « The mutuality of national and international identities in international sport law », préc., spéc. p. 372.

54. Pour reprendre l'expression employée par l'IRB dans son règlement n° 8, préc.

55. V. par exemple, Règlement UCI du sport cycliste, art. 1.1.033 bis.

56. V. par exemple, Fédération internationale de handball, Code d'admission pour joueurs de handball (2023), art. 6.1, b et 6.2.2 ; *FIBA Internal Regulations*, Book 3, chap. 1, n° 18. À chaque fois, cependant, des exceptions sont réservées.

57. A. S. Wollmann, « Recent Trends in Nationality Requirements in Olympic Sports », préc., spéc. p. 374.

58. Comp. Règlement UCI du sport cycliste, art. 1.1.033, al. 1<sup>er</sup>.

59. Par exemple, en subordonnant l'éligibilité à une durée de résidence (en ce sens, *World Aquatics, Competition regulation* (2023), art. 3.1.1 : les naturalisés doivent justifier d'une résidence de trois années préalablement à la compétition pour laquelle ils seraient appelés) ou en limitant le nombre de joueurs naturalisés au sein d'une même équipe nationale (en ce sens, *FIBA Internal Regulations*, Book 3, chap. 1, n° 20.a, qui limite ce nombre à une année).

60. CE, Ass., 23 juin 1989, n° 101894, *Bunoz*.

61. D. Oswald, « Nationalité dans le sport », in P. Cholley (coord.), *Treizième Congrès olympique. Copenhague*, CIO, 2009, p. 57 : l'athlète serait rattaché au CNO de l'État de sa résidence et devrait patienter un délai de deux ans avant de pouvoir être sélectionné par le CNO de l'État de sa nouvelle résidence.

des conditions tenant notamment à la résidence<sup>62</sup> ou à la formation<sup>63</sup> serait éventuellement envisageable (et de telles conditions s'appliquent en pratique, au-delà de la nationalité, selon les critères d'éligibilité définis par les Fédérations internationales). En conséquence, à l'heure actuelle, la participation d'un même athlète à plusieurs événements olympiques sous plusieurs drapeaux, si elle n'est pas franchement favorisée, reste possible, l'attente étant de trois années et le rythme des Jeux étant quadriennal<sup>64</sup>.

Les règles de la Charte olympique concernant la nationalité des sportifs pourraient dépasser leur objectif en entravant l'autonomie des sportifs tout en nuisant à l'intérêt des compétitions. Le risque se réaliserait de façon certaine si elles s'appliquaient sans nuance et sans considération

pour les circonstances particulières que le sportif pourrait faire valoir. Ce n'est pas le cas. La moindre difficulté peut être portée devant une autorité disposant du pouvoir d'adopter la solution paraissant la plus juste. Au nom de la justice et de l'équité, une autorité est investie du pouvoir exorbitant d'écarter une règle établie. Cependant, rien ne canalise ce pouvoir. Il est discrétionnaire et potentiellement arbitraire. Les situations dans lesquelles l'application concrète des règles pourrait être un problème ne sont pas définies. Les raisons pour lesquelles il est opportun de les neutraliser ne le sont pas davantage (logique de proportionnalité, légitimité du but poursuivi en raison de l'intérêt pour le développement de la discipline dans une nation émergente<sup>65</sup> ou encore pour contribuer à l'élévation du niveau des compétitions)<sup>66</sup>.

---

62. Condition approuvée par le TAS dans un *obiter dictum* : CAS, *ad hoc division*, 1<sup>er</sup> août 2008, OG 08/002, *Christel Simms c/ Fédération Internationale de Natation (FINA)*, § 14.

63. Critère sanctionné en France par le Conseil d'État dans son arrêt *Broadie* (CE, 16 mars 1984, *Broadie*, Lebon 118 ; D. 1984, IR, p. 185, obs. Alaphilippe ; D. 1984, p. 317, concl. Genevois ; AJDA 1984, p. 531, chron. Schoettl et Hubac) en tant qu'il porte atteinte au principe de libre accès au sport et au principe d'égalité entre Français, mais validé dans son arrêt *Racing club de Cannes Volley* (CE, 8 mars 2012, n° 343273, *Racing club de Cannes Volley*, D. 2013, p. 335, obs. N. Joubert ; AJDA 2012, p. 520 ; RFDA 2012, p. 500, concl. D. Botteghi ; JS 2012, n° 124, p. 17, concl. D. Botteghi, et p. 24, comm. P. Collomb).

64. Sur les changements de délégations et les controverses qu'ils ont parfois engendrés, v. J. Jansen, « Nationality swapping in the Olympic Games 1978–2017: A supervised machine learning approach to analysing discourses of citizenship and nationhood », *préc.*, spéc. p. 971.

65. Fédération internationale de handball, Code d'admission pour joueurs de handball (2023), art. 6.3.3.

66. Comp. les règles sur les conditions d'admission aux compétitions (2022) de *World Athletics*, art. 4.7, qui dresse une liste non exhaustive de 9 facteurs dont *World Athletics* (ou son représentant) peut tenir compte dans l'exercice de son pouvoir l'autorisant à lever ou modifier, dans des circonstances exceptionnelles, toute règle relative à l'éligibilité d'un athlète.

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques

**Julie Mattiussi**

Maîtresse de conférences à l'Université de Strasbourg (CDPF)

Inclusion conditionnée ? Exclusion mal assumée ? La participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques de Paris 2024 fait l'objet de règles diverses selon les disciplines, souvent complexes en ce qu'elles articulent plusieurs conditions médicales. Des règles qui permettent d'afficher publiquement une prise en considération de la situation des personnes concernées mais qui, lorsqu'elles existent, situent néanmoins les athlètes dans une situation qui ne relève ni de la parfaite inclusion, ni de l'exclusion totale et qui reviennent, *de facto*, à l'absence de participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques 2024.

Les personnes transgenres et intersexes ont en commun de perturber la bi-catégorisation des sexes. Les personnes transgenres sont, dans la présente étude, définies comme celles qui ont obtenu un changement de la mention de leur sexe à l'état civil de masculin vers féminin, ou l'inverse. Les personnes intersexes, quant à elles, sont celles dont les caractéristiques sexuelles gonadiques, chromosomiques, anatomique et hormonales ne correspondent pas toutes à la définition de ce qui relève, pour la médecine, du corps féminin ou du corps masculin<sup>1</sup>.

Le droit civil français de la dernière décennie, sans cesser d'affirmer un attachement certain à la binarité des sexes<sup>2</sup> a laissé place à une plus

1. Sur l'idée d'un continuum sexuel entre masculin et féminin au plan médical, not. A. Fausto-Sterling, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, 2000, trad. fr., Institut Émilie du Châtelet, La Découverte, coll. « Genre & Sexualité », 2012, p. 51, sur le « continuum sexuel ».
2. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, n° 16-17189, *Bull. civ. I*; *JCP G* 2017, 716, note M. Gobert; *JCP G* 2017, 696, note P. Ingall-Montagnier; *D.* 2017, p. 1404, note B. Moron-Puech; *D.* 2017, p. 1399, note J.-P. Vauthier; *D.* 2018, p. 919, obs. M.-X. Catto; *AJ fam.* 2017, p. 354, obs. J. Houssier; *RTD civ.* 2017, p. 607, obs. J. Hauser; *LPA* 2017, n° 120, p. 18, note M. Péron; *Gaz. pal.* 2017, n° 19, p. 20, P. Le Maigat; *Gaz. pal.* 2017, n° 25, p. 91, note B. Bloquel; *Dr. fam.* 2017, ét. 9, note J.-R. Binet; *RJPF* 2017, n° 6, note S. Mauclair. Absence de condamnation de la France à ce titre par CEDH, 31 janv. 2023, n° 76888/17, *D. actu* 2023, obs. M. Mesnil; *D. actu* 2023, obs. M. Brillat; *AJ fam.* 2023, p. 168, obs. L. Brunet; *AJ fam.* 2023, p. 70, note A. Dionisi-Peyrusse; *D.* 2023, p. 400, note B. Moron-Puech; *JCP G* 2023, 232, note B. Moron-Puech et J. Mattiussi; *Dr. fam.* 2023, n° 4, note M. Lamarche; *RDH* 2023, note A. Boisgontier; *Gaz. pal.* 2023, n° 6, p. 30, obs. C. Berlaud; *Dr. fam.* 2023, n° 10, p. 28, note B. Pitcho et M. Petkova; *Dr. fam.* 2023, n° 14, p. 69, note K. Zaroukian et L. Astruc Baciotti; *L'essentiel droit de la famille et des personnes* 2023, n° 3, p. 2, obs. J.-M. Larraide.

grande diversité des expressions de genre. En particulier, l'article 61-5 du Code civil permet, depuis la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>, à une personne de changer de sexe à l'état civil sans avoir à subir un quelconque traitement médical de féminisation ou de masculinisation de son corps.

En matière sportive, le mouvement est inverse. La visibilité des personnes transgenres et intersexes dans l'espace public et dans le sport conduit à une réaffirmation nette de l'attachement à la binarité des sexes. La bi-catégorisation en matière sportive est intrinsèquement liée à la possibilité même pour les femmes de faire du sport de compétition. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les femmes sont timidement mais progressivement admises à pratiquer le sport. Elles ont alors été d'emblée séparées des hommes car il fallait les protéger en raison de leur supposée fragilité<sup>4</sup>, hormis dans des disciplines telles que l'équitation, où l'intégration des femmes a été pensée dans la mixité.

L'attachement particulier du milieu sportif à la bi-catégorisation n'est toutefois pas affirmé en tant que tel. C'est sous le visage de l'inclusion des personnes qui perturbent les représentations binaires – les personnes transgenre et intersexes – que les règlements des différentes fédérations internationales, sous l'égide du Comité international Olympique (CIO), adoptent des directives spécifiques<sup>5</sup>. Tout se passe « comme si » les personnes transgenres et intersexes étaient de nouvelles catégories auxquelles les instances sportives, dans leur souci de permettre à chacun et chacune de faire du sport, feraient une place. C'est omettre qu'en l'absence de règles particulières, les personnes pouvaient s'inscrire conformément à leur sexe juridique, comme le font toutes les athlètes depuis que les tests de féminité systématiques à l'entrée de la catégorie féminine ont été proscrits lors des Jeux olympiques de Sydney de 2000<sup>6</sup>.

Aussi les règles nouvelles, en ce qu'elles distinguent les hommes et femmes transgenres ou intersexes des autres hommes et femmes en limitant leur droit à concourir, semblent plus restrictives qu'inclusives. Ce sont ces règles qui seront applicables lors des Jeux olympiques de 2024 et qui conduisent, par exemple, à l'exclusion de l'athlète transgenre Halba Diouf<sup>7</sup>. Des règles variables donc, puisque certaines disciplines n'ont pas publié de règles spéciales pour l'accès à la compétition des personnes transgenres et intersexes, contrairement à d'autres, comme la fédération internationale d'athlétisme (*World athletics*), pionnière en la matière, la fédération internationale de rugby (*World rugby*), la fédération internationale de natation (*World aquatics*) ou encore la fédération internationale de cyclisme (Union cycliste internationale)<sup>8</sup>. Des règles de participation qui, lorsqu'elles existent, sont d'une grande sévérité (I), et ne sont pas sans poser questions au regard du droit de la non-discrimination (II).

## I. La sévérité des conditions de participation

Les règlements des fédérations internationales régissant la participation des athlètes transgenres et intersexes organisent, la plupart de temps, des exclusions de fait (A). Lorsque les athlètes ne sont pas privées de compétition, elles sont soumises à des exigences médicales drastiques (B).

### A. Des exclusions de fait

Bien avant que le CIO ne commande aux fédérations internationales de régler la question de la participation des personnes transgenres et intersexes aux compétitions de leur discipline, la fédération internationale d'athlétisme s'était attelée à la tâche en réaction à ce qui allait devenir « l'affaire Semenya ». Aux Mondiaux de Berlin de 2009, à l'âge de 18 ans, la jeune femme per-

3. Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, *JORF* 19 nov. 2016.

4. F. Carpentier, « Alice Milliat et le premier "sport féminin" dans l'entre-deux guerres », *Revue d'histoire* 2019/2, n° 142.

5. Cadre du CIO sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation, nov. 2021.

6. A. Bohuon, « Activités – Compétitions sportives – "Test de féminité" : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif », *JS* 2010, n° 96, p. 42.

7. S. Garcia et R. Métairie, « Pour les sportives trans, le parcours d'obstacles », *Libération*, 19 mai 2023.

8. Pour un bilan non exhaustif de l'état des règles des différentes fédérations internationales à la fin de l'année 2023 v. <https://www.transathlete.com/international-federations>.

forme dans sa discipline et questionne les médias par une apparence physique jugée « trop » musculueuse<sup>9</sup>. Soumise à un test de féminité, l'athlète apprend, en même temps que le monde entier, qu'elle porte un chromosome Y. Son taux de testostérone moyen est légèrement supérieur à celui des femmes (en moyenne situé entre 0,5 et 3,10 nanomoles par litre de sang chez les femmes de 20 à 30 ans), mais bien inférieur à celui des hommes (de 12,1 à 29,5 nanomoles par litre de sang en moyenne pour la même tranche d'âge)<sup>10</sup>. Aussi, en 2011, la fédération statue sur une limite : au-delà d'un taux de 10 nanomoles par litre de sang, l'athlète ne peut pas concourir en catégorie féminine. Dans un premier temps, Caster Semenya se plie au traitement médical lui permettant de demeurer sous ce taux, avant de l'abandonner (sans, d'ailleurs, que ses résultats soient particulièrement modifiés par ce choix)<sup>11</sup> et de contester en justice le Règlement. Pendant la procédure, la fédération modifie la règle pour devenir plus sévère et passer à 5 nanomoles par litres de sang.

Lorsqu'en 2021 les fédérations internationales sont appelées à statuer sur la question par le CIO, tout se passe comme si elles souhaitaient évacuer la difficulté rencontrée par *World athletics* en posant d'emblée des critères inatteignables. Ainsi, *World aquatics*, la fédération internationale de natation, impose aux athlètes transgenres et intersexes souhaitant s'inscrire en catégorie féminine deux conditions cumulatives : ne pas avoir subi les effets de la testostérone à la

puberté<sup>12</sup> et maintenir leur taux de testostérone sous 2,5 nanomoles par litre de sang de façon permanente<sup>13</sup>. Le 17 juillet 2023, la fédération internationale de cyclisme a posé des règles similaires s'agissant de la participation des personnes transgenres<sup>14</sup>. *World athletics*, le 31 mars 2023, a aligné le taux de testostérone exigé en passant à 2,5 nanomoles pour les personnes intersexes. Pour les personnes transgenres, elle ajoute la condition relative à l'absence d'effets subis de la testostérone à la puberté<sup>15</sup>. *World rugby*, quant à elle, ne fait pas référence au taux de testostérone dans ses directives. Mais elle exige que les candidates à l'inscription en catégorie femme n'aient pas subi les effets de la testostérone à la puberté<sup>16</sup>. Et pour cause : ce seul critère suffit à exclure la quasi-totalité de la population des personnes transgenres et intersexes.

Les règles faisant référence au critère consistant à avoir subi les effets de la testostérone à la puberté (à savoir l'ensemble des règles, à l'exclusion du règlement de *World athletics* pour les personnes intersexes) excluent la quasi-totalité de la population transgenre et intersexe des compétitions. En ce qui concerne les femmes transgenres, il faudrait qu'elles adoptent un traitement hormonal durable dès avant leur puberté pour pouvoir être éligibles à la compétition en catégorie féminine. Si cela n'est pas impossible et fait d'ailleurs écho aux demandes toujours plus précoces de certaines pré-adolescentes concernées, le fait d'inciter des personnes jeunes à prendre un traitement pour pouvoir se garantir

9. « Et si la championne du monde du 800 m était un homme ? », *Le Point.fr*, 20 août 2009 ; « Maudit hermaphrodite ? », *Libération*, 21 août 2009 ; « Athlétisme : quel est le sexe de la reine du 800 m ? », *Le Parisien.fr*, 20 août 2009. On note, avec le recul, le caractère déplacé de ces titres de presse.

10. P. Dieusaert, *Guide pratique des analyses médicales*, 6<sup>e</sup> éd., Maloine, 2015, p. 1221.

11. CEDH, 11 juill. 2023, n° 10934/21, *Semenya c/ Suisse* ; *Club des juristes* 2023, note M. Maisonneuve ; *D.* 2023, p. 1684, note J. Mattiussi ; *RDH* 2023, note A. Boisgontier et C. Lanier ; *CCE* 2023, chron. 13, obs. J.-M. Marmayou, § 6.

12. La règle exclut les personnes qui auraient eu un taux de testostérone suffisamment élevé pour produire des effets sur le développement corporel et notamment de la capacité musculaire à la puberté dès lors que ces personnes sont suffisamment sensibles aux androgènes.

13. *World aquatics*, « Policy on eligibility for the men's and women's competition categories », 19 juin 2022, <https://resources.fina.org/fina/document/2023/03/27/dbc3381c-91e9-4ea4-a743-84c8b06debef/Policy-on-Eligibility-for-the-Men-s-and-Women-s-Competition-Categories-Version-on-2023.03.24.pdf> ; P. Michel, « La nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *RLDF* 2022, n° 34.

14. Union cycliste internationale, « Eligibility regulation for transgender athletes », [https://assets.ctfassets.net/76117gh5x5an/5Qwu5ycbagkT3ApUSZg9N9/c7b5fea8d1d49aab3b0375d95769b721/20230714\\_Modification\\_Transgender\\_Regulation\\_Juillet\\_2023\\_ENG\\_red.pdf](https://assets.ctfassets.net/76117gh5x5an/5Qwu5ycbagkT3ApUSZg9N9/c7b5fea8d1d49aab3b0375d95769b721/20230714_Modification_Transgender_Regulation_Juillet_2023_ENG_red.pdf).

15. *World athletics*, « Règlement C3.6 régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (DDS) », 23 mars 2023, entrant en vigueur le 31 mars 2023 et « Règlement C3.5 régissant l'admissibilité à concourir des athlètes transgenres », 23 mars 2023, entrant en vigueur le 31 mars 2023, <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules>.

16. <https://www.world.rugby/the-game/player-welfare/guidelines/transgender/men>.

la possibilité d'une carrière de haut niveau n'est pas sans poser question au plan éthique<sup>17</sup>. D'une part, parce qu'il semble essentiel que, s'agissant d'une atteinte médicale non nécessaire, elle soit guidée par un souci de mieux-être personnel et non par la nécessité de passer à travers les mailles d'un filet contraignant pour pouvoir espérer réaliser une carrière sportive. D'autre part, parce que le corps médical est actuellement aux prises avec des débats sensibles au sujet de la pertinence de ces traitements pour des populations très jeunes<sup>18</sup>. Enfin, l'immense majorité des sportives transgenres actuelles ont connu les effets de la testostérone à la puberté, soit parce qu'elles ne connaissaient pas ces règles (qui n'existaient pas), soit parce qu'un cheminement personnel leur a été nécessaire pour mettre les mots sur la transidentité et pour réaliser des choix de vie aussi majeurs que celui de savoir si une transformation de leur corps leur sera nécessaire ou non pour mieux vivre. En somme, la règle exclut la majeure partie de la population concernée.

En ce qui concerne les femmes intersexes, la condition d'absence d'effets de la testostérone à la puberté conduit aussi à exclure une partie d'entre elles. Les personnes intersexes dont la variation a été identifiée dans l'enfance et qui ont été orientées médicalement vers le féminin pourront envisager de concourir, mais ce sont les seules. Les filles intersexes que les parents auraient choisi de ne pas orienter médicalement et qui auraient un taux de testostérone plus élevé que la moyenne se voient ainsi exclues des compétitions, alors même que les traitements médicaux sur les enfants intersexes sont de plus en plus critiqués au plan national comme au plan international<sup>19</sup>. Les adultes ayant un taux de tes-

tostérone élevé et n'ayant pas été conscientes de leur condition, comme Caster Semenya, se voient également privées de compétition par cette exigence<sup>20</sup>.

Ces exclusions massives concernent essentiellement les femmes. Certaines fédérations imposent également des contraintes aux hommes transgenres et intersexes pour s'inscrire en catégorie masculine. Mais ces contraintes ne visent pas à les exclure, puisqu'ils ne sont pas perçus comme une menace pour les hommes sans variation du développement sexuel et cisgenres. Bien moins lourdes, elles visent, lorsqu'elles existent, à vérifier, avec un rendez-vous médical, qu'ils ne se mettront pas en danger physique en concourant en catégorie masculine, mais aussi, concernant les hommes transgenres, que le traitement hormonal qu'ils prennent éventuellement ne s'apparente pas à une forme de dopage<sup>21</sup>. Il faut ajouter à cela que le principe même de la bi-catégorisation exclut les athlètes non-binaires qui n'inscrivent leur identité dans aucune des catégories de sexes<sup>22</sup>.

Les fédérations les plus sévères comme *World aquatics* ont certainement conscience du caractère excluant des normes en vigueur, comme en témoigne l'annonce faite par cette fédération au mois d'août 2023 de créer une catégorie « ouverte » pour la Cour du monde de natation<sup>23</sup>. Une tentative maladroitement lorsqu'on sait que les personnes concernées, par définitions, ne souhaitent souvent rien d'autre que d'être traitées comme des hommes ou des femmes « comme les autres ». Aucune athlète ne s'est d'ailleurs inscrite à cette compétition, qui a finalement été annulée<sup>24</sup>.

17. De façon générale, sur les nombreuses problématiques sensibles rencontrées par les jeunes personnes transgenres et intersexes : E. Schneider, *Les droits des enfants intersexes et trans en Europe sont-ils respectés ? Une perspective, Rapport du Conseil de l'Europe*, nov. 2013.

18. A. Alessandrin, « "Mineurs trans" : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques », *Agora débats/jeunesses* 2016/2, n° 73, p. 7.

19. V. not. les instruments internationaux cités dans CEDH, 19 mai 2022, n° 42821/18, § 39 et s. et l'analyse de B. Moron-Puech, <https://sexandlaw.hypotheses.org/1131>.

20. On remarque d'ailleurs que *World athletics*, aux prises avec le cas Semenya devant les tribunaux, n'a pas posé cette condition pour les personnes intersexes lors de la modification du règlement de mars 2023.

21. V. *supra*, l'exemple des directives de *World rugby*.

22. E. Mascarenhas et B. Moron-Puech, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuelles et genrées », *Recherches féministes*, 2023, vol. 36 (Genres et sports), n° 1, à paraître.

23. P. Oberli, « Femmes trans, elles se battent pour briser le tabou sportif », *Le Matin*, 8 oct. 2023, n° 19318.

24. « Natation : aucun inscrit dans la "catégorie ouverte" pour les nageurs transgenres à la coupe du monde », *Le Figaro*, 3 oct. 2023.

## B. Des atteintes au corps sans nécessité médicale

Lorsque la condition d'absence d'effets de testostérone pendant la puberté n'existe pas (règlement de *World athletics* pour les personnes intersexes) ou dans les très rares cas où elle serait remplie, demeurerait la limite, fréquente dans les réglementations, de 2,5 nanomoles par litre de sang.

En ce qui concerne les femmes transgenres, il est possible que l'abaissement du taux de testostérone soit souhaité par la sportive dans le but d'avoir une apparence physique conforme au sexe revendiqué. La contrainte pour ces femmes tient alors essentiellement à la nécessité de prendre en considération la limite de 2,5 nanomoles par litre de sang dans l'adaptation de leur traitement hormonal et à la lourdeur des contrôles de vérification du maintien d'un taux bas en continu. Bien évidemment, toutes les femmes transgenres n'ont pas le souhait de prendre un traitement, mais celles-ci sont d'office exclues par l'application de la règle selon laquelle la testostérone ne doit pas avoir produit ses effets à la puberté de la personne<sup>25</sup>.

S'agissant de la situation des femmes intersexes ayant un taux de testostérone élevé, l'atteinte au corps est plus prégnante. Le traitement le plus léger pour leur permettre de remplir la condition est la prise de la pilule contraceptive en continu. Adopté par des millions de femmes à travers le monde pour la contraception, ce traitement a des effets secondaires connus, pouvant aller de la prise de poids à la perte de libido pour les moins sévères. Ces effets sont socialement perçus comme « peu graves », mais ils prennent un relief particulier s'agissant des femmes intersexes souhaitant abaisser leur taux de testosté-

rone. D'abord, le traitement est pris en continu alors qu'il n'est pas conçu pour cela. Cas-ter Semenya a d'ailleurs pu mettre en avant le fait que les règles de sa fédération revenaient à faire d'elle « un cobaye » pour l'expérimentation de cet usage de la contraception<sup>26</sup>. Il n'existe en effet aucune recherche sur les effets à long terme de cet usage de la pilule contraceptive. Ensuite, la plupart des femmes intersexes concernées n'ont pas, en raison de leur condition, de raisons de prendre une contraception puisqu'elles sont souvent infertiles<sup>27</sup>. Leur imposer cette contrainte quotidienne et des effets secondaires qu'elles n'auraient pas eu à subir si elles n'étaient pas sportives de haut niveau paraît, de ce point de vue, cruellement ironique.

La pilule contraceptive reste néanmoins le moins invasif des traitements et, partant, le moins efficace. Il a ainsi été établi par des experts auditionnés par le Tribunal arbitral du sport (TAS) au sujet du cas Semenya que des pics de testostérone peuvent toujours être aléatoirement observés, ce qui rend toujours possible, en dépit du traitement, des contrôles qui établiront que le taux n'a pas été abaissé de façon continue<sup>28</sup>. En somme, ce traitement léger ne permet pas de remplir le critère d'abaissement continu du taux. Il existe alors des traitements plus lourds, pouvant aller jusqu'à la gonadectomie, à savoir l'ablation des testicules. La presse rapporte des cas d'ablation de testicules non descendus chez des femmes intersexes souhaitant concourir dans la catégorie féminine<sup>29</sup>.

Ces situations, et particulièrement celle des sportives intersexes, sont des atteintes au corps sans nécessité médicale. Certes, les personnes concernées ne sont en aucun cas contraintes de prendre le traitement. Néanmoins, il est possible

25. *Supra*.

26. CEDH, 11 juill. 2023, n° 10934/21, *Semenya c/ Suisse*, préc., § 137 et 189.

27. *World athletics* inclut dans sa définition des femmes intersexes une composante chromosomique : la personne doit avoir un chromosome Y. Mais cela n'a pas toujours été le cas (Trib. féd. Suisse, 1<sup>er</sup> Cour de droit civil, 25 août 2020, n° 4A\_248/2019 et n° 4A\_398/2019, *JCP G* 2020, n° 41, 1103, note F. Vialla., § A.f.c.), et certaines fédérations internationales continuent d'évoquer de façon générique les personnes souffrant de variation du développement sexuel (par exemple, *World rugby* parle de « personnes non binaires »), ce qui pourrait englober des femmes aux chromosomes XX dont le taux de testostérone est plus élevé que la moyenne en raison d'un hirsutisme (D. G. Rouiller, « Hirsutisme », *Revue médicale Suisse* 2005-I, 420-1) ou d'un syndrome des ovaires polykystiques (A. Bohuon, *Catégorie « dames »*. *Le test de féminité dans les compétitions sportives*, éditions iXe, 2012, p. 129, note 1). Or ces femmes sont susceptibles d'être fertiles.

28. CEDH, 11 juill. 2023, *Semenya c/ Suisse*, préc.

29. M. Henry, « Les opérées de la testostérone », *Libération*, 13 mai 2014. L'article fait état de propositions d'ablation des testicules non descendues (gonadectomie) associée à une clitoridectomie partielle faite à des personnes XY présentant une anatomie féminine associée à des testicules non descendus; voir aussi le témoignage de Pierre-Jean Vazel, entraîneur d'athlétisme et journaliste sportif lors du colloque *Rugby is my pride* du 11 oct. 2023, Carreau du temple, Paris.

de se demander si l'engagement dans cette démarche est réellement libre dès lors qu'elles y ont, en raison de la réglementation, un triple intérêt. Un intérêt professionnel, puisque l'enjeu est l'exercice de leur profession par les sportives de haut niveau, un intérêt financier lorsqu'il s'agit d'empêcher les personnes de participer aux compétitions internationales les plus visibles et donc les plus rémunératrices, mais aussi un intérêt personnel puisqu'il s'agit aussi, parfois, de conditionner l'exercice d'une passion.

Le traitement médical n'est-il pas alors, indirectement, forcé ? La question se pose dans un contexte où le droit est de plus en plus attentif aux situations où un consentement peut être donné sous une forme de contrainte morale. Ainsi peut-on faire un parallèle avec le refus français de l'obligation de minimiser son dommage en prenant un traitement médical en droit du dommage corporel<sup>30</sup>. Il s'agit de ne pas conditionner la réparation intégrale du dommage corporel au fait d'absorber un traitement, car le consentement à un acte médical doit être libre. Dans cette perspective, au vu des enjeux de droit au respect de la vie privée mais aussi de liberté d'entreprendre pour les sportives, on peut se demander si la menace de les priver de ces perspectives d'accomplissement ne revient pas à les obliger à prendre le traitement. Dans l'affaire Semenya, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), affirme ainsi que « la requérante n'a pas de véritable choix »<sup>31</sup> dans la mesure où le dilemme auquel elle est confrontée – prendre un traitement ou cesser la compétition – la place de toute façon en situation de

renonciation à ses droits fondamentaux. La Cour refuse toutefois d'y voir une atteinte au corps autonome et combine la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), qui inclut le droit au respect du corps humain<sup>32</sup>, avec celle de l'article 14 de la Convention prohibant les discriminations<sup>33</sup>.

Le fondement de la non-discrimination, qui a permis une condamnation dans cette affaire, n'est toutefois pas sans rencontrer, lui aussi, divers obstacles.

## II. La délicate sanction des discriminations

La caractérisation d'une discrimination dans ces situations est certaine, mais la question de sa justification est susceptible de faire obstacle à la sanction au cas par cas (A). S'ajoute à cela la difficulté procédurale propre à la matière sportive rendant particulièrement difficile la sanction des atteintes aux droits fondamentaux (B).

### A. Des discriminations pouvant être justifiées

Il est possible d'analyser la question des discriminations sous deux angles. Le premier est celui de la discrimination des femmes transgenres et intersexes par comparaison avec les autres femmes. Le second est celui de la discrimination entre les femmes et les hommes. Le critère de discrimination prohibée est, dans les deux cas, le

30. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-21.180, *D.* 2015, p. 1075, note T. Gisclard ; *D.* 2015, p. 2283, obs. M. Bacache ; *D.* 2016, p. 35, obs. O. Gout ; *JCP G* 2015, 436, obs. J. Houssier ; *Gaz. pal.* 2015, p. 18, obs. A. Guégan ; *Crim.*, 25 sept. 2016, n° 15-83309, *Bull. crim.* ; *D.* 2016, p. 2612, obs. M. Bouchet. V. toutefois Soc., 20 févr. 2019, n° 17-18912, *Bull. soc.*, où la Cour de cassation estime que refuser des traitements peut constituer un manquement à l'obligation de loyauté dans le cadre du contrat de travail unissant un sportif à son employeur. Certes, le cadre contractuel rend la situation particulière. La Cour de cassation semble ainsi considérer que si la personne s'est engagée à accomplir la prestation d'un sportif professionnel, elle a aussi accepté de prendre soin de son potentiel sportif en se soumettant aux actes médicaux nécessaires en cas de problème de santé : « attendu qu'ayant exactement retenu que la spécificité du métier de sportif professionnel obligeait le salarié, en cas de blessure, à se prêter aux soins nécessaires à la restauration de son potentiel physique, la cour d'appel, qui a constaté que pendant la période d'arrêt de travail consécutive à son accident du travail, le salarié n'avait pas honoré le rendez-vous destiné à organiser les séances de kinésithérapie prescrites par le médecin traitant de l'équipe et qu'il n'était pas demeuré à la disposition du kinésithérapeute pour suivre le protocole de soins, a fait ressortir l'existence d'un manquement du salarié à son obligation de loyauté rendant impossible la poursuite du contrat de travail ».

31. CEDH, 11 juill. 2023, *Semenya c/ Suisse*, préc., § 187.

32. S. Henneute-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, p. 417 ; B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2015, préf. M. Fabre-Magnan, n° 98, p. 117.

33. V. sur ce point l'opinion dissidente du juge Serghides, pour lequel il y avait violation des articles 3 et 8 de la Convention en raison du « choix forcé » imposé aux athlètes, p. 101.

sexe, mais les termes de la comparaison entre deux situations similaires ne sont pas les mêmes.

La discrimination entre les femmes transgenre et intersexes et les autres femmes, est certainement la plus évidente. Reconnue comme telle à un niveau international<sup>34</sup>, cette discrimination n'est pas niée par les instances sportives<sup>35</sup>. Il y a bien ici un traitement défavorable des femmes transgenres et intersexes par rapport aux femmes cisgenres aux caractéristiques sexuées féminines. C'est sur la question du caractère justifié ou non de cette discrimination que se crispe le contentieux.

L'atteinte aux droits humains peut en effet être justifiée par la nécessité de préserver un but légitime et proportionné. Ce cadre rhétorique, classique dans l'analyse des limitations apportées aux droits humains en particulier dans la jurisprudence de la CEDH<sup>36</sup>, est mobilisé par la jurisprudence du TAS, ce qui permet de comparer les positions. Ainsi, les instances sportives mettent en avant la notion d'équité sportive au sein du groupe femme pour justifier la mise à l'écart et les obligations médicales faites aux personnes concernées pour concourir. Elles confrontent ainsi l'égalité dans l'aptitude à concourir, qui serait satisfaite par une possibilité pour les athlètes transgenres et intersexes de concourir librement dans la catégorie dès lors qu'elles sont des femmes à l'état civil, à l'égalité des chances de remporter la compétition, qui serait préservée par l'inclusion des seules athlètes transgenres et intersexes ayant un taux de testostérone réduit et/ou n'ayant pas connu les effets de la testostérone à la puberté. Le tribunal fédéral Suisse (TFS), dans son exercice de contrôle minimal de la sentence arbitrale du TAS approuve ainsi ce dernier d'avoir considéré que la réduction des droits des personnes transgenres et intersexes, en ce qu'elle

préserve les chances des autres femmes, poursuit un but légitime. Le TAS estimait en outre que le règlement de la fédération internationale, qui à l'époque exigeait un taux maximum de testostérone de 5 nanomoles par litre de sang, était proportionné au but recherché, les atteintes corporelles posées par l'obligation médicale étant perçues comme minimales<sup>37</sup>.

La seconde analyse possible de la situation en termes de discrimination est celle de l'inégalité entre femmes et hommes. Seules les femmes (transgenres, intersexes, cisgenres et non-intersexes) se voient imposer les conditions drastiques préalablement examinées. La catégorie masculine, elle, n'est pas plafonnée. Aussi est-il possible pour un homme d'être valorisé pour les « dons » biologiques qui rendraient, en plus d'un entraînement exigeant, ses performances exceptionnelles. L'inégalité pour les autres hommes n'est pas soulignée<sup>38</sup> : chacun se présente avec ses caractéristiques propres et le meilleur gagne, tant pis pour ceux qui concourraient contre le champion d'une époque qui remporterait sur son passage toutes les médailles. Il en va différemment chez les femmes, puisqu'une femme qui serait rendue plus forte par ses caractéristiques de naissance (femmes intersexes) n'est pas vue comme exceptionnelle mais, en quelques sortes, comme une tricheuse<sup>39</sup>. L'analyse vaut *a fortiori* pour les femmes transgenres, encore souvent socialement perçues comme des « hommes devenus des femmes ». Dans tous les cas, pourtant, les personnes ne sont que le produit d'une combinaison biologique, d'une éducation au sport dans un milieu social donné, d'un travail intense et d'une précocité plus ou moins grande dans la pratique du sport à haut niveau. Les inégalités en la matière sont de tous ordres : biologiques, psychiques, sociales, économiques.

34. Résolution des Nations Unies, 20 mars 2019.

35. Dans l'affaire Semenya, TAS, 30 avr. 2019, n° 2018/O/5794&5798, *Rev. arb.* 2019, p. 903, note M. Maisonneuve ; Trib. Féd. Suisse, 25 août 2020, préc. Dans l'affaire Chand, TAS, 24 juill. 2015, n° 2014/A/3759, *LPA* 2016, n° 132, p. 9, obs. J.-M. Marmayou.

36. Ex. J.-C. Saint-Pau, « Le droit au respect de la vie privée », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 673, spéc. n° 1329, p. 819.

37. « La Formation, à la majorité de ses membres, arrive à la conclusion que le Règlement DSD, s'il est certes discriminatoire, n'en constitue pas moins un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre les buts poursuivis par [World Athletics] », Trib. Féd. Suisse, 25 août 2020, préc.

38. V. l'intervention d'Amélie Moine, directrice des affaires juridiques et institutionnelles de la Fédération française de basket-ball (FFBB) et membre de la commission juridique de la Fédération internationale de basket-ball (FIBA), au colloque *Sport et sexe* qui s'est tenu le 20 mai 2022 à l'Université de Lille (dir. M. Le Bescond de Coatpont et C. Leborgne Ingelaere).

39. P. Liotard, « From Apartheid to segregation in sports. The transgressive body of Caster Mokgadi Semenya », in S. Montanola et A. Olivési (dir.), *Gender testing in Sport. Ethics, cases and controversies*, Routledge, 2016, p. 13, spéc. p. 16.

Les personnes sont pourtant mises en concurrence les unes avec les autres pour l'obtention d'un même titre au travers d'une épreuve unique. L'inégalité entre les corps et les parcours de vie au sein de la catégorie masculine ne conduit pas à percevoir la victoire comme une injustice systématique, pourquoi en irait-il différemment dans la catégorie femme ?

L'argument toutefois n'est toutefois jamais mobilisé devant les juridictions. Dans l'affaire Semenya, la condamnation a eu lieu sur le terrain de la discrimination, et encore. Ce n'est pas directement le règlement de *World athletics* qui est contrôlé par la Cour ici, mais bien le recours à l'arbitrage et ses garanties insuffisantes au plan des droits fondamentaux.

### B. Des procédures inadaptées

En matière de compétitions internationales, l'arbitrage est roi<sup>40</sup>. Dans le cadre des Jeux olympiques, la Règle 61, alinéa 2, de la Charte Olympique donne compétence au Tribunal arbitral du sport pour tout différend survenant à cette occasion. Le contentieux de la participation aux Jeux a donc vocation à échapper aux juridictions étatiques et européennes.

La Cour européenne des droits de l'Homme a néanmoins, au cours de la dernière décennie, posé les jalons de sa compétence pour connaître des cas ayant fait l'objet d'une sentence du TAS. Si la Cour avait déjà admis par deux fois sa compétence dans des litiges opposant des fédérations internationales ayant leur siège en Suisse à des athlètes<sup>41</sup>, ce n'est que dans l'arrêt *Semenya* du 11 juillet 2023 qu'elle tire sa compétence du fait que le TAS est abrité en Suisse et que la juridiction fédérale suisse est compétente pour connaître des recours contre les sentences arbitrales<sup>42</sup>. Ainsi, l'ensemble des litiges soumis à arbitrage sportif peuvent être examinés par la CEDH<sup>43</sup>.

Outre l'extension de sa compétence procédurale, elle élargit également, de façon inédite, sa compétence au contrôle du respect des droits

substantiels contenus dans la convention. Sans se prononcer sur le règlement de *World athletics*, elle mobilise néanmoins l'article 14 combiné à l'article 8 de la CESDH, pour analyser le contrôle réalisé par la juridiction helvétique et estime que celui-ci n'était pas suffisamment approfondi. Sous couvert d'un contrôle des modalités du contrôle, c'est bien le résultat du contrôle qui est, en creux, critiqué ici. La CEDH, de son propre aveu, considère en effet que le TAS a entendu « un nombre considérable d'experts »<sup>44</sup>. Un examen plus poussé aurait-il réellement permis de lever les doutes et ambiguïtés scientifiques sur la question ? Il y a lieu d'en douter. En pratique, donc, la CEDH semble bien suggérer qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques, le règlement de *World athletics* est discriminatoire à l'encontre des femmes intersexes.

Il lui a néanmoins fallu surmonter de nombreux obstacles juridiques techniques pour produire une décision certes importante, mais qui ne se prononce pas directement sur l'objet du contentieux. À cela il faut ajouter que, si ces éléments apparaissent comme un mince espoir d'une percée des droits humains dans le milieu sportif, deux freins à la protection des droits des sportives concernées demeurent. D'une part, la CEDH, dans l'affaire *Semenya*, limite elle-même explicitement sa décision au cas particulier dont elle est saisie et se réserve la possibilité de traiter différemment la problématique des personnes transgenres<sup>45</sup>. D'autre part, et surtout, il faut souligner qu'au jour de l'écriture de ces lignes, l'arrêt de la Cour européenne n'est pas définitif et fait l'objet d'un renvoi en Grande chambre. Les prochains mois révéleront donc si les droits humains de la Convention européenne des droits de l'Homme constitueront, pour l'avenir, une borne aux réglementations internationales.

Tout laisse à penser que les personnes transgenres et intersexes n'auront pas leur place aux Jeux olympiques. Toutes les disciplines toutefois ne se sont pas publiquement prononcées sur des

40. Pour une étude de cette question, v. C. Legendre, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2020, préf S. Bollée.

41. CEDH, 2 oct. 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10, *Mutu et Pechstein c/ Suisse* ; CEDH, 5 mars 2020, n° 526/18, *Platini c/ Suisse*.

42. CEDH, 11 juill. 2023, *Semenya c/ Suisse*, préc., § 107.

43. Ce point est d'ailleurs souligné par l'opinion dissidente de trois juges, qui estiment que la Cour n'a pas vocation à avoir une telle portée mondiale, p. 118.

44. CEDH, 11 juill. 2023, *Semenya c/ Suisse*, préc., § 172.

45. CEDH, 11 juill. 2023, *Semenya c/ Suisse*, préc., § 198.

conditions. En l'absence de conditions, c'est au cas par cas que les fédérations décideront de la participation des athlètes concernées aux jeux. Selon toute vraisemblance, le sexe d'état civil sera certainement le principal déterminant. Les athlètes concernées pourraient alors participer, sans d'ailleurs que le public ne puisse déceler leur condition de femmes transgenres ou intersexes. Il est toutefois possible de formuler l'hypothèse selon laquelle les fédérations internationales qui ne se sont pas prononcées sont celles où la ques-

tion de la sélection d'une athlète notoirement transgenre ou intersexe ne s'est pas posée. En tout état de cause, et *a minima* dans les disciplines faisant l'objet du corpus de règles analysées, les personnes transgenres et intersexes ne seront pas présentes, dans des conditions sujettes à caution au regard des droits humains. Véritable paradoxe dans le contexte d'un olympisme qui se définit comme inclusif, ouvert, et assure la promotion du sport pour toutes et tous.

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### L'arbitrage olympique confié au Tribunal arbitral du sport : une procédure rapide ou précipitée ?

**Clémentine Legendre**

Professeure de droit privé et sciences criminelles  
à l'Université de Lorraine

Le fait n'est plus à démontrer, les Jeux olympiques constituent un événement d'une ampleur considérable et ce, à maints égards. Leur influence sur la résolution des différends n'est cependant pas la plus immédiatement perceptible. La résolution des litiges en matière sportive présente pourtant de nombreuses singularités, singularités accrues pendant la durée des Jeux olympiques. Avant de s'atteler à mesurer cette spécificité olympique, quelques précisions sur la manière dont sont généralement résolus les litiges sportifs internationaux s'imposent.

La première spécificité de la résolution des litiges sportifs repose sur l'existence d'une institution d'arbitrage dédiée : le Tribunal arbitral du sport (TAS) dont le siège se situe à Lausanne, en Suisse. Le TAS a été créé en 1984 pour devenir une véritable Cour suprême du sport chargée d'assurer une résolution des différends adaptée à la matière sportive c'est-à-dire rapide, spécialisée et uniforme. La rapidité est assurément centrale en matière sportive. La spécialisation représente également une priorité pour les organisations sportives qui craignent une soumission du contentieux sportif à un droit étatique hermétique aux spécificités sportives. Or, le recours à

l'arbitrage permet grandement de s'émanciper de la tutelle des droits étatiques et de se soumettre à des normes extra-étatiques, en l'occurrence les règlementations sportives. L'autonomie à l'égard des droits étatiques n'est, bien entendu, pas totale : le droit du siège conserve une emprise indéniable. Le droit suisse occupe ainsi une place toute particulière en matière sportive : il a vocation à s'appliquer à l'instance arbitrale et les recours en annulation sont portés devant le Tribunal fédéral suisse. L'uniformité dans la résolution des litiges sportifs est encore essentielle : elle suppose que le litige soit résolu de la même manière quelle que soit la nationalité ou le domicile des sportifs.

Pour atteindre ces objectifs, la très grande majorité des organisations sportives internationales prévoient que les décisions prises par leurs organes disciplinaires pourront être contestées uniquement devant le TAS. L'essentiel du contentieux porté devant le TAS consiste donc à se prononcer sur la validité des décisions prises par les organisations sportives. Ce contentieux, très largement majoritaire, est porté devant la chambre d'appel du TAS.

Le TAS peut encore connaître directement du contentieux disciplinaire, en première instance, en matière de dopage. Pour assumer cette fonction, une chambre antidopage a été créée au sein du TAS en 2016<sup>1</sup>. Cette chambre a vocation à se prononcer sur les violations des réglementations antidopage, en lieu et place des organisations sportives, lorsque ces dernières lui délèguent ce pouvoir. Le contentieux n'est donc plus porté devant l'organe disciplinaire de l'organisation sportive puis, en appel, devant le TAS mais directement devant le TAS. La sentence rendue peut ensuite être contestée devant la chambre d'appel du TAS<sup>2</sup>.

L'insertion quasiment systématique de clauses d'arbitrage dans les réglementations des organisations sportives internationales fait apparaître une autre caractéristique centrale de l'arbitrage du TAS : l'absence de réel choix pour le sportif de recourir à cet arbitrage<sup>3</sup>. Les institutions sportives ayant le monopole de l'organisation des compétitions de leurs disciplines, le sportif dispose, en réalité, d'une alternative : participer aux compétitions internationales et se soumettre à l'arbitrage du TAS ou renoncer à toute participation aux compétitions et au recours à l'arbitrage. L'alternative n'en est donc pas réellement une. Pour reprendre une formule consacrée : s'il « ne veut pas pratiquer son sport dans son jardin, sans concurrence ni partenaires, [le] sportif n'a tout simplement pas le choix »<sup>4</sup>. Prenant acte de cette réalité, la Cour européenne des droits de l'homme a qualifié l'arbitrage du TAS d'arbitrage forcé<sup>5</sup>.

L'arbitrage, en matière sportive, se distingue ainsi nettement de l'arbitrage commercial. À la différence de l'arbitrage sportif, le consentement des parties constitue la pierre angulaire de l'arbitrage commercial international. Les délais sont

également bien plus étendus dans cette dernière matière. La matière objet du litige est encore très différente. En matière sportive, le contentieux met, bien souvent, en jeu les droits fondamentaux des athlètes, ce qui est nettement plus rare en matière d'arbitrage commercial. On peut encore signaler que l'arbitrage d'appel est, en principe, gratuit ce qui dénote avec les coûts, souvent très élevés, de l'arbitrage commercial international.

La résolution des litiges sportifs a donc atteint un degré de spécialisation relativement important par rapport au modèle classique de l'arbitrage commercial international. Malgré cela, certains grands événements sportifs internationaux comme les Jeux olympiques ont justifié la mise en place d'un arbitrage plus spécifique encore. Pourquoi ? La spécificité des litiges sportifs est accrue pendant cette période : les délais notamment se doivent d'être particulièrement réduits. Il suffit de songer à l'exemple du résultat positif d'un contrôle antidopage au cours des Jeux olympiques. Il faudra décider, au plus vite, si le sportif peut poursuivre la compétition ou s'il peut conserver la médaille gagnée. Pour adapter le calendrier de l'arbitrage à celui des Jeux olympiques, des procédures particulières ont été instaurées.

Pendant la durée des Jeux olympiques, le rôle du TAS n'est pas, bien au contraire, contesté, il est plutôt conforté. Preuve en est, afin de garantir la centralisation de tout le contentieux olympique devant le TAS, l'article 61-2 de la Charte olympique précise que « tout différend survenant à l'occasion des Jeux olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au TAS ». La consécration du rôle du TAS pourrait difficilement être plus claire. Les États accueillant les Jeux olympiques sont ainsi invités

- 
1. Sur cette chambre v. not. M. Maisonneuve, « La chambre antidopage du Tribunal arbitral du sport », in C. Chaussard et T. Chiron (dir.), *Le dispositif de lutte contre le dopage. Évolutions et perspectives*, LexisNexis, 2019, p. 59.
  2. Règlement d'arbitrage de la chambre anti-dopage du TAS, art. A21.
  3. Le constat du caractère forcé du recours à l'arbitrage du TAS est très largement dressé en doctrine. Parmi une pluralité de références v. not. F. Latty, *La lex sportiva, Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 535 et s.; M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, p. 191 et s.; A. Pinna, « Les vicissitudes du tribunal arbitral du sport », *Gaz. Pal.* 20 mai 2004, n° 141, p. 31, spéc. p. 38; C. Legendre, *La coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, 2020, p. 169 et s.
  4. F. Knoepfler, note sous Tribunal fédéral, 1<sup>re</sup> Cour civ., 15 mars 1993, *Gundel c/ Fédération équestre internationale et Tribunal arbitral du sport*, *RSDIE* 1994, p. 149, spéc. p. 153.
  5. CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 2 oct. 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, req. n° 40575/10, *JCP G* 2018, 1391, note L. Milano; *Jurisport* 2018, n° 192, p. 31, note F. Latty; *JDI* 2019/1, p. 186, note. J. Guillaumé; *JCP G* 2019, 32, obs. F. Sudre; *RTD civ.* 2018, p. 850, note J.-P. Marguénaud; *D.* 2018, p. 2457, obs. Th. Clay; *JCP G* 2019, p. 287, obs. B. Haftef; *Gaz. Pal.* 19 mars 2019, n° 11, p. 32, obs. D. Bensaude.

à rendre possible ce recours généralisé à l'arbitrage du TAS tant pour les litiges impliquant des personnes privées que publiques. Le droit français a, dans cette perspective, étendu les facultés de recours à l'arbitrage, en particulier pour les personnes publiques, pour les litiges liés à l'organisation des Jeux olympiques<sup>6</sup>.

Pour faire face au contentieux olympique, une chambre *ad hoc* a été instaurée, sous l'égide du TAS<sup>7</sup>. La chambre *ad hoc* a siégé pour la première fois en 1996, pour les Jeux olympiques d'Atlanta<sup>8</sup> et se réunit depuis, pour toutes les éditions des Jeux olympiques, directement sur les lieux de l'événement. Une chambre *ad hoc* verra donc le jour à Paris, pour les Jeux olympiques de 2024. Cette chambre aura vocation à connaître de tous les litiges survenant pendant les Jeux olympiques et dans les dix jours précédant la cérémonie d'ouverture<sup>9</sup>. L'intérêt premier de cette chambre est sa rapidité. Le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit, en effet, que le délai de traitement de l'affaire est, en principe, de 24 heures<sup>10</sup>.

La spécificité du règlement des différends pendant les Jeux olympiques ne s'arrête pas là. Le Comité international olympique a été plus loin puisqu'il a délégué au TAS le contentieux disciplinaire lié au dopage pendant les Jeux olympiques. Pour connaître de ce contentieux, une formation spéciale de la chambre antidopage est également instaurée pendant la durée des Jeux olympiques. Le règlement de cette future chambre n'a pas encore été publié, il est néanmoins possible de s'inspirer des règlements d'arbitrage des précédentes éditions<sup>11</sup>, quasiment tous identiques, pour en connaître les principales caracté-

ristiques. La chambre antidopage *ad hoc* a vocation à se prononcer, en première instance, sur les atteintes aux règlementations antidopage. Elle doit également, en principe, statuer en 24 heures<sup>12</sup>.

Pendant la durée des Jeux olympiques, l'arbitrage est donc rendu en urgence, dans des délais records. La célérité est ainsi garantie mais elle n'est pas, loin de là, la seule vertu attendue de la justice. L'arbitrage olympique ne peut être opportunément réglementé qu'en gardant à l'esprit que « la rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice. Ce qui importe avant tout, c'est la qualité des décisions rendues. [...] Cette qualité ne peut être atteinte qu'en consacrant à chaque affaire le temps qu'elle requiert »<sup>13</sup>. Au risque de se transformer en justice d'exception, la rapidité ne peut être acquise au mépris des droits des athlètes. Un équilibre doit être trouvé entre, d'une part, la célérité de l'arbitrage du TAS qui s'impose pour un événement comme les Jeux olympiques (I) et d'autre part, la préservation des droits des athlètes (II).

## I. L'accélération de la procédure

L'objectif central de la mise en place de chambres *ad hoc* est de permettre une résolution des litiges adaptée au calendrier de la compétition, c'est-à-dire extrêmement rapide. Après épuisement des voies de recours internes, et une fois la demande déposée devant le TAS, le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit que le délai de l'arbitrage devra être de 24 heures<sup>14</sup>. Ce délai pourra être allongé « exceptionnellement » « si

6. Le droit français exclut traditionnellement, au moins pour l'arbitrage interne, l'arbitrage pour les personnes publiques. La loi du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024 a toutefois prévu un certain nombre de dérogations à ce principe pour permettre le recours à l'arbitrage. V. en particulier l'article 6 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018.

7. Sur cette chambre v. not. G. Kaufmann-Kohler, *Arbitration at the Olympics, Issues of Fast-Track Dispute Resolution and Sports Law*, Kluwer Law International, 2001 ; R. McLaren, « Introducing the Court of Arbitration for Sport: The Ad hoc Division at the Olympic Games », *Marquette Sports Law Review* 2001, vol. 12, p. 515.

8. G. Kaufmann-Kohler, « Atlanta et l'arbitrage ou les premières expériences de la division olympique du Tribunal arbitral du sport », *ASA Bull.* 1996, p. 433.

9. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 1<sup>er</sup>.

10. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 18.

11. Les règlements d'arbitrage des précédentes chambres sont disponibles sur le site internet du TAS.

12. Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 18.

13. J. Normand, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. Cadiet et L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 159.

14. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 18.

les circonstances l'exigent »<sup>15</sup>. Le même délai s'impose devant la chambre antidopage pour les Jeux olympiques<sup>16</sup>. Le délai court cependant à compter non pas du dépôt de la demande mais de la clôture de l'audience ou, en l'absence d'audience, de la clôture de la procédure d'instruction.

Comment parvenir à une résolution du litige en 24 heures ? Différents moyens sont, à cette fin, déployés. C'est, tout d'abord, la constitution du tribunal arbitral qui est simplifiée. La composition du tribunal n'incombe, en effet, pas aux parties mais au président de la chambre *ad hoc*. Le président de la chambre *ad hoc* n'est pas totalement libre de son choix. Comme pour l'arbitrage d'appel, le choix des arbitres doit se faire à partir d'une liste d'arbitres fermée. Une liste spéciale est élaborée pour la chambre *ad hoc* pour les Jeux olympiques, liste composée d'un nombre réduit d'arbitres de la liste générale des arbitres du TAS<sup>17</sup>. Les règlements d'arbitrage prévoient qu'en principe, le président de la chambre *ad hoc* constitue un tribunal arbitral composé de trois arbitres et en désigne le Président<sup>18</sup>. Il peut désigner un arbitre unique si cela lui paraît plus approprié.

Les parties n'ont donc aucun pouvoir dans la désignation des arbitres. L'objectif est évidemment d'éviter toute contestation sur la nomination des arbitres et, par conséquent, d'accélérer la procédure. Ce recul du rôle généralement dévolu à l'autonomie de la volonté ne saurait totalement surprendre, le consensualisme étant moindre en matière d'arbitrage sportif qu'en d'autres matières. Le fondement de l'arbitrage n'est pas, on l'a dit, réellement consensuel. Le sportif n'a pas d'autre choix que d'accepter de soumettre au TAS un litige qui l'oppose à une organisation sportive, cette dernière disposant du monopole de l'organisation des compétitions de sa discipline. La mise à l'écart du consentement empreint encore le régime de l'arbitrage. Par exemple, la place dévolue au droit choisi par les parties est marginalisée. Dans l'arbitrage

d'appel, le droit choisi est appliqué subsidiairement, il n'est ainsi mobilisé que pour combler les lacunes des réglementations sportives<sup>19</sup>. Un pas est toutefois franchi dans cet affaiblissement du rôle de l'autonomie de la volonté dans les procédures spéciales mises en place pour les Jeux olympiques. L'impossibilité, pour les parties, de composer le tribunal arbitral est inhabituelle même en matière sportive, cette faculté étant reconnue devant les chambres permanentes du TAS.

La constitution du tribunal est encore simplifiée par la présence des arbitres figurant sur la liste de la chambre *ad hoc*, sur les lieux des Jeux olympiques, pendant toute la durée des Jeux. Les règlements d'arbitrage précisent, en effet, qu'ils devront « se mettre en tout temps à la disposition de la chambre *ad hoc* »<sup>20</sup>. Le tribunal arbitral peut donc se réunir sans délai dès qu'il est constitué. Le délai, pour les parties, pour préparer leur défense est également considérablement réduit vu la durée de la procédure d'arbitrage.

Le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit encore qu'en cas d'extrême urgence, le président de la chambre *ad hoc* ou du tribunal arbitral pourra statuer sur une demande de suspension de la décision contestée ou sur toute autre mesure provisionnelle sans audition préalable du défendeur<sup>21</sup>. La décision rendue cesse de déployer ses effets lorsque la sentence finale est rendue. Le règlement d'arbitrage précise également les éléments qui doivent être pris en considération pour statuer sur l'octroi de ces mesures. Il s'agit notamment du risque de dommage irréparable encouru par le demandeur, des chances de succès de sa demande au fond ou encore de l'importance de ses intérêts par rapport à ceux du défendeur et de la communauté olympique dans son ensemble<sup>22</sup>.

Pour permettre une résolution des litiges adaptée aux spécificités des Jeux olympiques, les délais sont ainsi raccourcis et la dimension consensuelle de l'arbitrage singulièrement affai-

15. *Ibid.*

16. Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 18.

17. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 3.

18. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 11 ; Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 11.

19. Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R57.

20. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 12 ; Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 12.

21. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 14.

22. *Ibid.*

blie. Les chambres *ad hoc* apparaissent alors comme un miroir grossissant des spécificités des procédures d'arbitrage classique devant le TAS. La rapidité et la faiblesse du consensualisme sont déjà des singularités de l'arbitrage sportif, singularités ici notablement renforcées. La célérité ne se fait donc pas sans concession notamment de la part des athlètes. Ces concessions ne peuvent toutefois se justifier qu'à condition que les droits des sportifs soient garantis.

## II. Les garde-fous

L'arbitrage olympique est une procédure accélérée. Pour que cet arbitrage n'apparaisse pas comme une justice expéditive, deux principaux garde-fous ont été prévus pour garantir les droits des athlètes. Le respect des droits fondamentaux est, tout d'abord, assez largement assuré (A). Les sentences arbitrales rendues sous l'égide du TAS peuvent, ensuite, faire l'objet d'un contrôle (B).

### A. Le respect des droits fondamentaux

Comment sont protégés les droits des athlètes devant les chambres *ad hoc* du TAS ? Les règlements d'arbitrage prévoient une garantie des droits tant substantiels que procéduraux. Concernant les garanties substantielles, les règlements d'arbitrage prévoient que le tribunal arbitral statuera sur le fondement de la Charte olympique, des règlements des organisations sportives, des principes généraux du droit et des règles dont l'application paraît appropriée<sup>23</sup>. Le règlement d'arbitrage privilégie, à l'évidence, les réglementations sportives et marginalise les droits étatiques, ce qui pourrait inquiéter concernant le

respect des droits des sportifs. Ces droits sont pourtant protégés essentiellement par l'intermédiaire des principes généraux du droit<sup>24</sup>. Les principes généraux sont des règles largement admises par les ordres juridiques étatiques ou des principes fondamentaux de l'ordre sportif. Au titre des principes inspirés des droits étatiques figurent par exemple l'interdiction de l'arbitraire<sup>25</sup>, le principe de proportionnalité<sup>26</sup> ou encore le principe de non-rétroactivité en matière pénale<sup>27</sup>.

Les droits consacrés par la CEDH sont encore indirectement applicables. La Convention s'applique, en effet, en Suisse, les juridictions suisses doivent dès lors veiller au respect des droits garantis par la Convention lorsqu'elles se prononcent sur les recours contre les sentences du TAS<sup>28</sup>. Par ricochet, les arbitres du TAS, soucieux d'assurer l'efficacité des sentences rendues, devront se soumettre aux droits consacrés par la Convention. Les tribunaux arbitraux du TAS sont donc indirectement soumis à la Convention.

Les droits des athlètes peuvent encore être respectés par l'intermédiaire du droit suisse. En tant que droit du siège du TAS mais aussi d'une pluralité d'organisations sportives internationales, le droit suisse occupe une place prépondérante en matière sportive. Le règlement de la chambre antidopage *ad hoc* prévoit d'ailleurs l'application du droit suisse<sup>29</sup>. Cette application n'est pas prévue devant la chambre *ad hoc* pour les Jeux olympiques mais de nombreuses formations arbitrales l'appliquent tout de même subsidiairement<sup>30</sup>.

Au-delà des garanties substantielles, le TAS veille au respect des garanties du droit à un pro-

23. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 17 ; Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 17.

24. E. Loquin, « L'utilisation par les arbitres du TAS des principes généraux du droit et le développement d'une Lex sportiva », in A. Rigozzi et M. Bernasconi (dir.), *The proceedings before the court of arbitration for sport*, Weblaw, 2007, p. 85 ; M. Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RDLF* 2017, chron. n° 9, disponible à l'adresse suivante : <http://www.revuedlf.com/droit-international/le-tribunal-arbitral-du-sport-et-les-droits-fondamentaux-des-athletes/>.

25. TAS 98/200, *AEK Athens et SK Slavia Prague c/ UEFA*, sentence du 20 août 1999, § 156, *Recueil des sentences du TAS 1998-2000*, Kluwer Law International, 2002, p. 38.

26. Parmi une pluralité de décisions consacrant le principe de proportionnalité comme un principe général du droit v. par exemple, TAS JO 00/004, *J. Kibunde et al.*, sentence du 18 sept. 2000, § 11 et s. ; TAS 2016/A/4474, *Michel Platini c/ FIFA*, sentence du 16 sept. 2016, § 256.

27. TAS 2000/A/289, *UCI c/ C & FFC*, sentence du 12 janv. 2001, § 7.

28. En ce sens v. not. CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 2 oct. 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, préc. ; CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 11 juillet 2023, *Semenya c/ Suisse*, req. n° 10934/21, *Rev. arb.* 2023/3, p. 848, note J.-M. Marmayou ; *D.* 2023, p. 1684, note J. Mattiussi.

29. Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 17.

30. V. par exemple TAS JO 22/011, *Evan Bates et al. c/ IOC*, sentence du 30 mars 2022, § 59 ; TAS JO 22/005, *IBSA v. IBSF & IOC*, sentence du 4 févr. 2022, § 6.2.

cès équitable<sup>31</sup>. Les règlements d'arbitrage des chambres *ad hoc* prévoient, tout d'abord, que la procédure sera gratuite<sup>32</sup>. Plus précisément, ce sont les services de la chambre et les prestations des arbitres qui sont gratuites. Les parties doivent s'acquitter du droit de greffe, des frais d'avocats, experts, témoins et interprètes. Le TAS a néanmoins mis en place un mécanisme d'assistance juridictionnelle. Ses bénéficiaires pourront obtenir gratuitement l'assistance d'un avocat et la prise en charge des frais de transport et d'hébergement des avocats, témoins, experts, et interprètes<sup>33</sup>. Le bénéfice du mécanisme est, bien sûr, subordonné à différentes conditions essentiellement liées aux ressources du plaideur<sup>34</sup>.

La gratuité constitue une autre spécificité de l'arbitrage sportif. Alors que l'arbitrage commercial est souvent présenté comme une justice coûteuse, le constat est différent en matière sportive. La gratuité s'impose, en effet, dès lors que les sportifs n'ont pas le choix de recourir à l'arbitrage du TAS. Le droit d'accéder à la justice serait, à n'en pas douter, violé si les sportifs étaient contraints de recourir au TAS et devaient supporter les coûts d'une procédure coûteuse devant le TAS. On peut d'ailleurs se demander si l'obligation pour le demandeur de verser le droit de greffe d'un montant d'environ mille euros même dans les procédures gratuites et alors même qu'il bénéficie de l'aide juridictionnelle est conforme au droit à un procès équitable<sup>35</sup>. Cette somme est loin d'être anecdotique et peut constituer un obstacle au recours pour les parties disposant de moyens faibles.

Le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit, ensuite, la tenue d'une audience pour entendre les parties<sup>36</sup>. La formation arbitrale peut néanmoins procéder autrement si elle le juge plus approprié. Devant la chambre *ad hoc* antidopage, les arbitres ont une complète liberté de choix de la conduite de la procédure, la tenue d'une audience n'est ni conseillée, ni découragée par le règlement. En réalité, les arbitres ne peuvent pas décider absolument librement de la tenue ou non d'une audience. On se souvient que, dans l'arrêt *Mutu et Pechstein*<sup>37</sup>, la Cour européenne avait considéré que, puisque l'arbitrage du TAS était un arbitrage forcé, toutes les garanties du procès équitable devraient être assurées, en particulier le droit à une audience publique. Ce droit n'est toutefois pas absolu, il peut être limité à condition que cette limitation poursuive un objectif légitime, soit nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. Les arbitres pourront donc se passer d'une audience publique mais à l'appui de sérieuses justifications.

Les deux règlements contiennent encore des dispositions relatives à l'indépendance du tribunal arbitral. Ils prévoient que les arbitres doivent être indépendants des parties et ont l'obligation de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de compromettre leur indépendance<sup>38</sup>. Les arbitres ne peuvent, de plus, agir en tant que conseil pour une partie devant la chambre *ad hoc*. Au-delà de l'indépendance personnelle des arbitres, l'indépendance structurelle du TAS à l'égard des organisations sportives a fait couler beaucoup d'encre<sup>39</sup>. Cette indépendance a néanmoins été reconnue tant par les

31. Sur ce point v. not. C. Legendre, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable dans l'après Pechstein », *Cah. dr. sport* 2022, n° 61, p. 121.

32. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 22; Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 22.

33. Directives sur l'assistance judiciaire au TAS, en vigueur dès le 1<sup>er</sup> février 2023, art. 5 b), § 2 et 3.

34. L'article 5 a) des directives sur l'assistance judiciaire au TAS en vigueur dès le 1<sup>er</sup> février 2023 précise ainsi que : « L'assistance judiciaire peut être accordée [...] à toute personne physique ne pouvant pas assumer les frais liés à la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et celui de sa famille ».

35. Sur ce point v. not. C. Legendre, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable dans l'après Pechstein », préc.

36. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 15.

37. CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 2 oct. 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, préc.

38. Règlement d'arbitrage pour les JO, art. 12; Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 12.

39. Parmi une littérature foisonnante sur la question de l'indépendance du TAS, v. not. M. Maisonnette, *L'arbitrage des litiges sportifs*, op. cit., p. 215 et s.; A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., p. 348; G. Simon, « L'indépendance des arbitres du TAS », in P. Mbaya (dir.), *Le sport et ses événements face au droit et à la justice*, Larcier, 2010, p. 45; C. Legendre, *La coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, op. cit., p. 153 et s.

juridictions suisses<sup>40</sup> que par la CEDH<sup>41</sup>, le débat semble donc très largement clos.

Les droits fondamentaux, tant substantiels que procéduraux, paraissent donc, dans l'ensemble, garantis dans le cadre de l'arbitrage olympique. Les droits des athlètes sont encore sauvegardés par un autre biais : les possibilités de recours contre la sentence rendue.

## B. Le contrôle de la sentence

Une grande latitude est concédée aux tribunaux arbitraux du TAS dans le choix de la procédure et du droit applicable au fond mais cette liberté n'est, bien sûr, pas sans limites. Un contrôle de la sentence peut être exercé. Ce contrôle peut, en premier lieu, être exercé par le TAS lui-même. Pour les sentences rendues par la chambre *ad hoc* antidopage, la sentence peut, en effet, faire l'objet d'un appel devant la chambre *ad hoc* du TAS ou, devant la chambre d'appel si la chambre *ad hoc* n'est plus opérationnelle<sup>42</sup>. Les parties ont donc la garantie que leur litige sera revu en intégralité par une deuxième formation arbitrale, autrement composée.

Le contrôle incombe, en second lieu, aux juridictions étatiques. Les juridictions étatiques conservent la faculté de contrôler les sentences arbitrales dans le cadre du recours en annulation pour les juridictions du siège de l'arbitrage et dans les instances d'*exequatur* pour les autres juridictions. En matière sportive, les demandes d'*exequatur* sont très rares, les organisations sportives parvenant, grâce à leur pouvoir disciplinaire, à obtenir l'exécution des sentences du TAS<sup>43</sup>.

Le seul véritable recours exercé contre les sentences du TAS est le recours en annulation. Il est

communément admis que ce recours ne peut être formé que devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel la sentence a été rendue. Or, pour les Jeux olympiques, les sentences sont rendues directement sur le site de l'évènement. Les règlements d'arbitrage prévoient cependant que le siège de la chambre *ad hoc* et de chaque formation est fixé à Lausanne. Le règlement retient une conception juridique et non matérielle du siège. À suivre le règlement d'arbitrage, à Paris, en 2024, les arbitres accompliront probablement l'essentiel de leur mission dans la capitale française mais le siège sera toutefois réputé être en Suisse. Cette conception juridique du siège est tout à fait conforme à la logique du droit suisse de l'arbitrage international mais qu'en est-il du droit français ? Imaginons qu'une sentence soit rendue à Paris durant les Jeux olympiques et qu'un recours en annulation soit formé contre cette sentence devant les juridictions françaises. Le recours sera-t-il jugé irrecevable alors même que le siège de cet arbitrage était concrètement à Paris ? Ce recours devrait être jugé irrecevable, le droit français de l'arbitrage international retenant, comme son homologue suisse, une conception juridique et non géographique du siège<sup>44</sup>. Les recours en annulation ne devraient donc pouvoir être portés que devant les juridictions suisses. Ce recours garantit un contrôle des juridictions étatiques. La résolution des litiges sportifs n'est ainsi pas abandonnée aux autorités sportives. Ce contrôle est néanmoins très restreint en droit suisse de l'arbitrage international<sup>45</sup>. Il ne prémunit que contre des injustices notables et des erreurs outrancières.

La résolution des litiges durant les Jeux olympiques a-t-elle donc trouvé un équilibre entre les

40. V. not. Tribunal fédéral suisse, 27 mai 2003, *L. Lazutina et D. Danilova c/ CIO, FIS et TAS*, ATF 129 III 425, *JDI* 2003, p. 1085, chron. A. Plantey; *Rev. arb.* 2005, p. 181, chron. P.-Y. Tschanz et I. Fellrath Gazzini; *Gaz. Pal.* 17 oct. 2006, n° 290, p. 30, note A. Rigozzi; Tribunal fédéral suisse, 20 févr. 2018, *RFC Seraing c/ FIFA*, n° 4A\_260/2017, ATF 144 III 120, *Rev. arb.* 2018/3, p. 667, note M. Maisonnette; *Cah. Arb.* 2018/3, p. 574, note P.-Y. Gunter et N. Smahi; *ASA Bull.* 2018, vol. 36, n° 2, p. 429, note C. Dos Santos; *ASA Bull.* 2018, vol. 36, n° 2, p. 377, obs. M. Scherer.

41. CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 2 oct. 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, préc.

42. Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 21.

43. C. Legendre, *La coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, op. cit., p. 146.

44. La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré que « le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique, emportant d'importantes conséquences et notamment la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, sous la dépendance de la volonté des parties, et non une notion matérielle dépendant du lieu où l'audience a été tenue ou du lieu effectif de la signature de la sentence susceptible de varier au gré de la fantaisie et de la maladresse des arbitres » : CA Paris, 28 oct. 1997, *Rev. arb.* 1998, p. 399, note B. Leurent.

45. C. Legendre, *La coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, op. cit., p. 194.

concessions faites pour une résolution rapide et la protection des droits des athlètes ? L'arbitrage olympique parvient-il à ménager célérité et qualité de la justice ? L'équilibre trouvé semble globalement satisfaisant. Certaines prérogatives sont confisquées aux parties mais leurs droits semblent, dans l'ensemble, préservés. Un point nous semble toutefois devoir attirer l'attention. Il s'agit du recours à l'arbitrage des chambres *ad hoc* pour les mineurs. On songe, à cet égard, à la très médiatisée affaire Valieva qui a occupé la chambre *ad hoc* pour les derniers Jeux olympiques. En 2022, Kamila Valieva, une patineuse russe alors âgée de 15 ans, a fait l'objet d'un contrôle antidopage lors des championnats de Russie. Les résultats du test, intervenus entre deux épreuves des Jeux olympiques de Pékin, ont fait apparaître la présence d'une substance interdite. La patineuse a été d'emblée suspendue le temps que son dossier soit instruit. La commission de discipline de la fédération russe a levé la suspension et cette décision a été contestée devant la chambre *ad hoc* du TAS par le CIO, l'Agence mondiale antidopage et la Fédération internationale de patinage. Le TAS a confirmé la levée de la suspension<sup>46</sup>. Ce qui interpelle ici, plus que le fond de l'affaire, est la présence même d'une mineure de 15 ans devant une formation arbitrale, plus précisément devant une formation arbitrale spéciale se prononçant en urgence. N'est-ce pas aller trop loin que d'admettre que les litiges disciplinaires impliquant un mineur puissent être portés à l'arbitrage, en particulier à un arbitrage d'urgence qui implique le recul de certains droits ? Dans certaines hypothèses, le recours à l'arbitrage *ad hoc* pour les Jeux olympiques peut être justifié voire même

être dans l'intérêt du mineur mais la systématisme d'un tel recours, sans un égard spécial pour l'âge des parties, paraît dangereuse. Pour les litiges impliquant des mineurs, le recours à l'arbitrage des chambres *ad hoc* ne devrait donc pas s'imposer sans de sérieuses justifications. Il paraîtrait souhaitable que les chambres *ad hoc*, avant de se prononcer au fond, statuent sur l'opportunité du recours à cette chambre, sur l'existence d'impérieux motifs justifiant le recours à cette chambre spéciale. Dans le cas contraire, l'arbitrage devrait suivre son cours normal à savoir être porté devant la chambre d'appel.

Au-delà même du cas des mineurs, une autre évolution nous paraît souhaitable. Si le fonctionnement des chambres *ad hoc* paraît globalement satisfaisant, certains litiges ne devraient pas être résolus par ces chambres notamment en raison de leur complexité. Le règlement d'arbitrage de la chambre *ad hoc* antidopage prévoit d'ailleurs que le tribunal arbitral peut, notamment au regard de la complexité de l'affaire, ne pas se prononcer sur la totalité de l'affaire au moment des Jeux olympiques mais se contenter de rendre une sentence partielle et ne rendre sa sentence finale qu'après les Jeux olympiques<sup>47</sup>. Dans le même esprit, il nous semble que le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques devrait prévoir une sorte de clause d'exception, préciser que la chambre *ad hoc* peut, au regard des intérêts en jeu ou de la complexité de l'affaire, renvoyer l'affaire à la chambre d'appel. Un tel mécanisme permettrait d'éviter de recourir à cette chambre lorsque le litige ne se prête pas à un arbitrage aussi spécifique. Or, il ne faut pas perdre de vue que le recours à une procédure accélérée doit rester exceptionnel.

46. TAS JO 02/08 à 10, *International Olympic Committee, World Anti-Doping Agency & International Skating Union c/ Russian Anti-Doping Agency, Kamila Valieva & Russian Olympic Committee*, sentence du 17 févr. 2022, Rev. arb. 2022/3, p. 1167, obs. M. Pelletier ; *JDI* 2023/1, p. 386, obs. J. Guillaumé ; Cah. dr. sport 2022, n° 61, p. 38, note D. Pavot.

47. Règlement d'arbitrage de la CAD du TAS, Pékin 2022, art. 20.

# Dossier

## Les Jeux olympiques et paralympiques et le droit

### Jeux olympiques et environnement. De l'Accord de Paris aux Jeux de Paris. Un pari réussi ?

**Carlos-Manuel Alves**

Maître de conférences en droit public, Université de Bordeaux

Une liaison dangereuse ? Si le sport est tributaire d'un environnement en bon état<sup>1</sup>, en sens inverse, le sport est susceptible de contribuer à la dégradation de la nature<sup>2</sup>... Ce constat s'avère d'autant plus vérifié s'agissant des grands événements sportifs (ci-après GES), tels que la Coupe du monde de football ou encore les Jeux olympiques. « Les enjeux environnementaux qui leur sont liés font l'objet d'une attention croissante, d'autant que certains d'entre eux ont été particulièrement controversés »<sup>3</sup>. Ces impacts touchent bien évidemment au climat, en raison

d'une forte empreinte carbone, mais aussi à la biodiversité, aux ressources naturelles, à la gestion des déchets. « Par exemple, à l'occasion des JO de Rio en 2016, des critiques se sont élevées à propos de la construction d'un parcours de golf dans la Réserve naturelle de Marapendi. Les JO de Pékin en 2022 sont quant à eux qualifiés d'"hérésie écologique" en raison du recours à une neige à 100 % artificielle, gourmande en eau et énergie et abîmant les sols avec une augmentation des risques d'érosion »<sup>4</sup>.

1. Les Français pourraient perdre jusqu'à mois d'activité sportive par an dans un monde à +4 °C selon le rapport WWF France, « Dérèglement climatique : le monde du sport à +2 °C et à +4 °C », [https://www.wwf.fr/sites/default/files/doc-2021-07/02072021\\_Rapport\\_Dereglement-climatique\\_le\\_monde\\_du\\_sport\\_a\\_plus\\_2\\_et\\_4\\_degres\\_WWF%20France\\_4.pdf](https://www.wwf.fr/sites/default/files/doc-2021-07/02072021_Rapport_Dereglement-climatique_le_monde_du_sport_a_plus_2_et_4_degres_WWF%20France_4.pdf).
2. M.-P. Blin-Franchomme, « Sport et promotion de valeurs : quelle place pour la protection de l'environnement et l'enjeu du développement durable dans le sport ? », in L. Miniato et D. Gardes (dir.), *L'éthique en matière sportive*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2016, p. 93 : « à première vue en effet, le sport ne peut que participer de la dégradation de l'environnement ».
3. S. Montchaud et A. Heine-Meyer, « L'Union européenne et la préservation de l'environnement dans le sport », in O. Blin et D. Guignard (dir.), *Acteurs et valeurs du sport*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, travaux collectifs, 2023, p. 57, spéc. p. 61 ; « Pékin 2022 : des JO d'hiver pas si verts », *Libération*, 3 janv. 2022 ; ou encore, T. Blain, « L'environnement, éternelle victime collatérale des Jeux olympiques », *Libération*, 9 févr. 2018.
4. S. Montchaud et A. Heine-Meyer, « L'Union européenne et la préservation de l'environnement dans le sport », préc., p. 62.

Pourtant, la « puissance sportive », consciente de ces effets délétères tente d'intégrer l'environnement dans la *lex sportiva*<sup>5</sup>, voire de promouvoir une économie verte<sup>6</sup>. Alors que débutait l'« ère écologique », suite à la Conférence des Nations unies sur l'environnement de Stockholm de 1972, la même année, les Jeux olympiques de Sapporo prennent en considération l'environnement. Toutefois, le Comité international olympique (CIO) demeurera longtemps indifférent à la protection de l'environnement. Il faudra attendre l'orée des années 1990 pour voir l'environnement être intégré dans sa Charte dans le sillage, pour ne pas dire dans la foulée, du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro de 1992<sup>7</sup>. Ainsi, les Jeux olympiques de Lillehammer sont, en 1994, les premières Olympiades à intégrer expressément l'environnement. Les Jeux olympiques de Sydney de 2000 sont souvent présentés comme les premiers Jeux « verts ». En 2006, Turin, ville-hôte, prend en compte les considérations environnementales dans l'héritage des Jeux par le truchement du programme HECTOR<sup>8</sup>. En 2010, Vancouver introduit un système intégré de gestion et de *reporting* de la durabilité. En 2012, Londres suit à son tour cette voie avec le « *London 2012 Sustainability Framework* ». Dans la même veine, les Jeux olympiques de Paris se targuent d'être une compétition écologique<sup>9</sup>. Cette « mise au vert » du mouvement olympique n'est pas dénuée d'un utilitarisme qui va croissant au fur et à mesure de la prise de conscience des effets du changement climatique. En effet, « la bonne organisation des événements sportifs

est dépendante de facteurs environnementaux, en particulier climatiques. Le réchauffement climatique pourrait notamment constituer une menace pour l'organisation des futurs Jeux olympiques d'hiver »<sup>10</sup>.

Ce verdissement trouve non seulement son origine dans un facteur climatique mais aussi dans un facteur de nature politique. Conformément au mouvement dialectique entre concurrence et coopération qui sous-tend la création du droit sportif<sup>11</sup>, cette démarche « volontaire » est aussi « dopée » par la puissance publique (I). Eu égard aux résultats mitigés constatés jusqu'à présent, rien n'interdit d'envisager de transformer l'essai pour assister à un durcissement de cet ensemble normatif encore trop peu « vert » grâce au coaching de l'Europe, berceau de la renaissance sportive au XIX<sup>e</sup> siècle. On en viendrait à penser que l'environnement pourrait se muer en nouvelle discipline olympique (II).

## I. L'intégration de l'environnement par le mouvement olympique dopée par la puissance publique

Conscient de la montée en puissance de l'environnement suite au Sommet de la Terre de 1992, le CIO a intégré cette préoccupation. Celle-ci a « ruisselé » tout au long de la pyramide sportive jusqu'aux pays et villes hôtes des Jeux. Ceci induit une intégration co-construite par la puissance sportive et la puissance publique, illustration du rôle joué par ce double mixte dans la

- 
5. F. Latty, « *Lex sportiva* et autonomie du sport », in J.-L. Chappelet (dir.), *L'autonomie des organisations sportives*, Observatoire international des politiques publiques sportives, Université de Lausanne / Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 35 : « La *lex sportiva*, qui est la transposition au sport de cette théorie – certes contestée – permet ainsi de rendre compte des règles transnationales d'origine privée applicables au monde sportif, qu'elles soient d'origine institutionnelle (les règles des organisations sportives internationales : CIO, fédérations internationales ou continentales, ou encore celles de l'Agence mondiale antidopage) ou "prétoriennes" (solutions jurisprudentielles du TAS, principes généraux du droit dégagés par les formations arbitrales) ». Voir, à propos de l'intégration de l'environnement dans cet ensemble normatif, G. Darrioumerle, « L'intégration de la protection de l'environnement dans le droit des compétitions sportives », in O. Dupéré et L. Peyen (dir.), *L'intégration des enjeux environnementaux dans les branches du droit*, PUAM, 2017, p. 150; C.-M. Alves, « L'intégration de l'environnement dans la *lex sportiva*. Entre droit international et droit transnational. Cinquante nuances de vert ? », *L'Observateur des Nations Unies* 2022/1, vol. 52, p. 153.
  6. H. Preuss, « The contribution of the FIFA World Cup and the Olympic Games to the green economy », *Sustainability* 2013, n° 8, vol. 5, p. 3581.
  7. CIO, *Durabilité par le sport. Moyens de mise en œuvre de l'Agenda 21 du mouvement olympique*, 2012.
  8. Héritage Climat TORino; T. Junod, « Grands événements sportifs : des impacts multiples », *Finance & Bien commun* 2007/1, n° 26, vol. 12, p. 92.
  9. A. Merle, « Paris 2024 : des Jeux olympiques sous le signe de l'écologie », *France Télévisions*, 12 nov. 2019.
  10. S. Montchaud et A. Heine-Meyer, « L'Union européenne et la préservation de l'environnement dans le sport », préc., p. 64.
  11. F. Latty, « Les "forces créatrices" du droit sportif – entre concurrence et coopération », in A.-B. Caire (dir.), *Les nouveaux pouvoirs. Approche pluraliste des foyers de création du droit*, Bruylant, 2017, p. 85.

régulation hybride du sport. Toutefois, cette intégration demeure en demi-teinte dans la mesure où elle rime avec *soft law* (A). Le changement climatique pourrait-il changer la donne, voire favoriser une « donne verte », un *green deal* dans la mesure où la survie même du sport en dépend (B) ?

### **A. Une intégration en demi-teinte dans la *lex olympica***

Cette intégration apparaît caractérisée par le souci de préserver non seulement l'environnement, mais aussi, et peut-être, surtout l'autonomie, notamment normative, du mouvement olympique. Il s'ensuit un recours massif à l'autorégulation. Cependant, autonomie ne rime pas avec autarcie. L'introduction de préoccupations environnementales dans la *lex olympica*<sup>12</sup> (1) a été complétée par des emprunts à la carte au droit de l'environnement (2).

#### **1. L'introduction timide de préoccupations environnementales dans la *lex olympica*, corollaire de l'autonomie normative**

L'apparition de l'environnement dans la norme suprême olympique a été relayée par une myriade de normes incitatives, tels que des codes éthiques ou encore les statuts de certaines fédérations. Pour préserver leur autonomie normative de toute intervention étatique perçue comme une intrusion, les autorités sportives vont recourir à une technique familière, à savoir l'autorégulation. Ainsi, les institutions sportives ont adopté une démarche de responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)<sup>13</sup>, notamment sous la forme de codes de conduite<sup>14</sup>. « Les codes environnementaux de ces organisations sont eux-mêmes porteurs de normes "douces". Celles-ci n'imposent pas à leurs membres des obligations de résultat mais leur proposent, à l'image de l'Agenda 21

du Mouvement olympique, des directives de comportement »<sup>15</sup>.

Suite au Sommet de la Terre de Rio, le CIO a ainsi amendé sa Charte lors du Congrès du centenaire en 1994. Ceci reflète de manière implicite, tacite, mais indéniable, l'ombre portée des États sur la puissance sportive. De manière symbolique mais révélatrice, il convient de souligner le rôle de Mme Gro Harlem Brundtland. En effet, les Olympiades de 1994 à Lillehammer ont été les premiers Jeux « verts ». Faut-il s'en étonner alors que Madame Gro Harlem Brundtland, à l'origine du célèbre rapport éponyme consacré au développement durable, exerçait en Norvège les fonctions de Premier ministre<sup>16</sup> ? De manière plus fondamentale, les évolutions du droit international public et du droit interétatique se répercutent sur la *lex olympica*.

Après s'être mué en nouvelle valeur de la communauté internationale, l'environnement est également devenu une troisième dimension de l'olympisme aux côtés des missions traditionnelles de promotion de la culture et du sport.

Le rôle du CIO est d'« encourager et soutenir une approche responsable des problèmes d'environnement, de promouvoir le développement durable dans le sport et d'exiger que les JO soient organisés en conséquence »<sup>17</sup>.

Depuis lors, la promotion du développement durable a été érigée au rang d'objectif du Mouvement olympique, qu'il s'agisse du CIO ou encore des fédérations sportives ayant signé la Charte olympique. Cette montée en puissance de l'environnement s'inscrit dans une démarche plus globale ayant également bénéficié aux droits de l'homme<sup>18</sup>. En somme, la *lex sportiva*, loi du fort, tente de se muer en loi du juste<sup>19</sup>. C'est que la préservation de l'autonomie est à ce prix. Ceci traduit une responsabilisation à tout le moins apparente du mouvement sportif<sup>20</sup>.

12. D. Panagiotopoulos, *Sports law. Lex sportiva and lex olympica. Theory and praxis*, Biblioedit, 2017.

13. Pour une analyse juridique d'ensemble, F.-G. Trebulle, *Rép. soc. Dalloz*, v° « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) » ; voir également F. Cochoy, « La représentation sociale des entreprises comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société* 2007/1, n° 65, p. 91.

14. A. Malik, « Institutions sportives au défi de la RSE », *Jurisport* 2020/208, p. 39.

15. F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, th. dactyl. Paris X, 2005, A. Pellet (dir.), p. 243.

16. Rapport Brundtland, *Notre avenir à tous*, avril 1987.

17. Charte olympique, art. 14.

18. G. Bernasconi, « Le CIO et les organisations internationales, entre recherche de légitimité et défense du territoire », *Jurisport* 2008, n° 86, p. 7, spéc. p. 32 et s.

19. J. Guillaumé, « La *lex sportiva* ou la loi du plus fort », *Annales de droit* 2011, p. 43.

20. M. Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, 2007.

Ce verdissement a eu des répercussions sur les plans institutionnel et normatif.

Sur le plan institutionnel, a été créée une Commission pour le sport et l'environnement, depuis renommée la Commission de la durabilité et de l'héritage. Ce changement de dénomination est éminemment symbolique, pour ne pas dire significatif. L'environnement disparaît de la désignation de cette instance au profit de la durabilité. En outre, le sport durable constitue une dénomination pour le moins ambiguë. L'environnement semble uniquement conçu, perçu comme une condition de la pérennité, de la durabilité du sport et non pas comme une conditionnalité<sup>21</sup>. Le bilan est donc en demi-teinte. Le même constat transparaît de l'examen des textes adoptés.

En effet, sur le plan normatif, « le mouvement sportif, soucieux de préserver son autonomie notamment normative, va emprunter "à la carte" des instruments au droit de l'environnement. Ces emprunts viennent alimenter l'émergence, l'avènement d'un droit transnational, d'une *lex sportiva* enrichie, étoffée et donc plus à même de conforter son autonomie »<sup>22</sup>. Le CIO ne déroge pas à la règle en pratiquant un véritable « *self-service* normatif »<sup>23</sup> (2).

## 2. Le *self-service* normatif du CIO, avatar de l'autonomie normative

Il convient de souligner que le CIO a fait le choix de recourir à l'Agenda 21. Ce choix est éminemment révélateur à deux égards. En effet, il s'agit d'un simple texte de *soft law*. En 1999, répondant à l'appel du Sommet de la Terre à l'intention des grands groupes<sup>24</sup>, l'instance faîtière du mouvement olympique, en coopération avec le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), a adopté un Agenda 21.

Le programme d'action s'articule autour de trois axes : un volet économique (l'amélioration

des conditions socio-économiques), un volet environnemental (la conservation et la gestion des ressources), et un volet à la lisière du social et du sociétal (le renforcement du rôle des différents groupes).

Ce faisant, cet Agenda 21 fait écho de façon plus ou moins fidèle aux trois composantes du développement durable retenues par le Rapport Brundtland, puis par le Sommet de Rio. Afin de sensibiliser les Comités nationaux olympiques et au-delà tous les membres de la famille olympique, des conférences mondiales et biennales sur le sport et l'environnement ont également lieu à partir de 1995. Lors de ces réunions, un prix « Sport et environnement » est décerné.

Toutefois, cette démarche doit être relativisée à deux égards. D'une part, il s'agit d'une simple sensibilisation, corollaire inévitable d'instruments de droit souple. D'autre part, les conférences ont cessé depuis 2013.

Certes, une étude d'impact est annoncée par l'Agenda 21<sup>25</sup>. Loin de se référer à un instrument du droit international de l'environnement, le CIO a élaboré sa propre étude d'impact pour les JO : l'*Olympic Games Impact (OGI)*. Il apparaît néanmoins que les résultats de ce bilan écologique s'avèrent décevants depuis les Jeux olympiques d'Athènes de 2004<sup>26</sup>. De manière encore plus révélatrice de la timidité de l'Agenda 21, il convient de relever la formulation suivante : « les conséquences environnementales de modifications des règles sportives *devraient* être prises en considération lorsque de telles modifications sont envisagées ». Le fond rejoint la forme.

La donne a-t-elle été modifiée par la montée en puissance de la lutte contre le changement climatique ? Il apparaît que l'inscription de cette problématique dans les agendas des organisations internationales et des États rencontre l'intérêt bien compris de la puissance sportive, du

21. Voir, parmi une abondante littérature, F. Fines et H. Delzangles (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2019.

22. C.-M. Alves, « L'intégration de l'environnement dans la *lex sportiva*... », préc., p. 156.

23. Selon la formulation d'Alain Supiot en droit social, A. Supiot, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Études offertes à Jean Pélissier. Analyses juridiques et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541.

24. Également dénommés *major groups* depuis le Sommet de Rio, à savoir les principales composantes de la société, qui sont au nombre de neuf : les industriels et les affaires, les travailleurs et les syndicats, les agriculteurs, les enfants et les jeunes, les femmes, les peuples indigènes, les autorités locales, la communauté scientifique et technique, les ONG notamment d'environnement. À l'évidence, les fédérations sportives internationales ne sont pas mentionnées *expressis verbis*. Mais comment imaginer les laisser à l'écart ?

25. Agenda du Mouvement olympique, point 3.2.1 : « les responsables s'attacheront à réaliser une étude d'impact préalable ».

26. G. Darrionmerle, « L'intégration de la protection de l'environnement dans le droit des compétitions sportives », préc., p. 150.

mouvement olympique. Durabilité rime alors avec durer, voire avec perdurer. À cet égard, le changement climatique a constitué, à n'en pas douter, un facteur d'accélération de l'intégration de l'environnement, synonyme de durabilité au sens de pérennité du sport (B).

### **B. Le changement climatique, vecteur d'une intégration opportuniste**

À n'en pas douter, le changement climatique a induit un changement de climat pour l'environnement dans cet écosystème normatif spécifique que constitue la *lex olympica*. S'il conforte *per se* l'autonomie normative du mouvement olympique, le changement climatique rend essentielle, voire existentielle, l'intégration de l'environnement. Est-il nécessaire de rappeler que « le climat influe sur les performances, mais également sur la pratique du sport en elle-même... »<sup>27</sup> ?

Le droit du climat contribue *per se* à la remise en cause du monopole normatif des États. En raison des insuffisances, des carences du droit interétatique, l'autorégulation des acteurs privés, notamment du marché, est sollicitée. À cet égard, l'Accord de Paris adopté en 2015 franchit un pas de plus dans la dé-formalisation du droit international, c'est-à-dire dans le choix d'un droit souple permettant l'autorégulation. Dès lors, une connivence naturelle ne peut qu'apparaître avec la prétention à l'autorégulation de la *lex sportiva*. En outre, le changement climatique a et aura des effets délétères sur la pratique sportive<sup>28</sup>. C'est pourquoi ce risque écologique global a vocation à être saisi, voire appréhendé, dans tous les sens du terme par la *lex sportiva*.

Lors de la COP24 de 2018, le CIO décide de rejoindre la coalition des acteurs non-étatiques engagés dans la lutte contre le changement climatique. Parmi les signataires figurent le CIO, la FIFA, l'UEFA, les Jeux olympiques de Tokyo 2020 ou encore ceux de Paris 2024, la Fédération française de tennis organisatrice du tournoi de Roland-Garros ou encore la Ligue mondiale de surf. L'initiative a été lancée le 11 décembre

2018 par la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), en partenariat avec le CIO, lors d'une rencontre de haut niveau organisée à l'occasion de la COP24. Cette initiative entend aider la communauté sportive à lutter contre les changements climatiques à travers l'adoption de mesures concrètes et la conclusion de partenariats, tout en appliquant des normes reconnues pour quantifier, réduire et déclarer les émissions de gaz à effet de serre dans le droit fil de l'Accord de Paris. L'accord-cadre intitulé « Le sport au service de l'action climatique » appelle le mouvement sportif – et notamment les fédérations de sport, les ligues et les clubs – à élaborer un plan d'action en faveur du climat s'articulant autour de cinq principes : promouvoir une plus grande responsabilité environnementale, réduire l'impact global des changements climatiques, sensibiliser à l'action en faveur du climat, encourager des habitudes de consommation durables et responsables, et, enfin, prôner la lutte contre les changements climatiques *via* des campagnes de communication.

Dès lors, il ne s'agit pas seulement de limiter et de compenser les dégradations écologiques mais aussi, dans le cadre d'une démarche proactive, d'améliorer l'état de l'environnement. Dans cette perspective, l'initiative entend également utiliser le sport comme moteur de la sensibilisation et de l'action en faveur du climat. À cet égard, ce droit souple fait écho au rôle pédagogique-éthique souvent vérifié en droit de l'environnement<sup>29</sup>.

Il convient de relever l'ombre portée du droit produit par les États, notamment par le truchement de l'Accord de Paris sur les Jeux de Paris. Les organisateurs ont ainsi signé l'initiative *Sports for Climate Action* de l'UNFCCC, nouvel exemple de code éthique. Selon la formule employée par le Comité d'organisation, il s'agit de promouvoir des « Jeux à impacts positifs sur l'environnement ». Les Jeux de Paris font donc écho au CIO en faisant le pari de JO « écolos »<sup>30</sup>. Les initiatives volontaires adoptées composent un tableau en

27. WWF, communiqué de presse, 6 juill. 2021.

28. Comme le montre encore le rapport du WWF évoqué précédemment.

29. A. Papaux, « De la nature au "milieu" : l'homme plongé dans l'environnement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2008/1, p. 29, spéc. p. 52-53.

30. S. Mandard, « Paris 2024 : le difficile pari de JO "écolos" », *Le Monde*, 24 mai 2023.

clair-obscur. En effet, Paris, ville-hôte des prochaines Olympiades, s'inscrit dans cette démarche de verdissement doux.

Côté jardin, Paris 2024 a signé la Charte des 15 engagements écoresponsables des organisateurs d'événements sportifs élaborée par le Ministère des Sports en collaboration avec le WWF France. Ce faisant, la régulation hybride, mi-publique, mi-privée, du sport est à nouveau manifeste à travers cette coopération entre la puissance publique et le pouvoir sportif. « Dans le droit fil de ce qui a été mis en place pour les entreprises, on assiste à des initiatives visant à établir un bilan carbone (guide méthodologique du Bilan Carbone des activités sportives fédérales par exemple). Il s'agit de favoriser une reddition des impacts environnementaux, sociaux et sociétaux du sport pour établir ensuite un plan d'actions visant à réduire ces externalités et progresser dans la démarche sociétale. Rendre des comptes, pour mieux prendre en compte : afin qu'un nouveau cercle vertueux, celui du développement durable, s'ajoute à l'ambition des anneaux olympiques »<sup>31</sup>. Les Jeux olympiques de Paris ne font pas exception à cette règle. Le Comité d'organisation s'est fixé « un "budget carbone" total de 1,5 million de tonnes de CO<sub>2</sub> à ne pas dépasser, soit une baisse de 55 % par rapport à la moyenne de Rio et de Londres »<sup>32</sup>. De surcroît, un plan de contribution climatique a été adopté afin de compenser ces émissions de carbone reposant notamment sur la conservation et la restauration des forêts tropicales et d'océans. À l'évidence, il s'agit d'une démarche de certification, corollaire d'un droit transnational du climat<sup>33</sup> « acclimaté » par les acteurs du sport.

Outre la limitation de l'impact écologique, les Jeux olympiques de Paris ont pour dessein de favoriser une accélération de la « transition écologique des territoires » sans oublier la volonté de sensibiliser, d'éduquer aux enjeux environne-

mentaux. Ceci reflète la démarche duale du mouvement olympique précédemment évoquée.

Côté cour, la Charte évoquée n'a bien évidemment pas de portée contraignante. Ceci traduit une nouvelle fois la préférence pour le droit souple en la matière, l'appétence pour le recours aux codes éthiques et chartes environnementales n'étant plus à démontrer. L'effectivité de cette approche pose question(s). D'ailleurs, de manière significative, la communication autour des Jeux olympiques a fait marche arrière. Il ne s'agit plus d'organiser « les premiers Jeux à contribution positive pour le climat », vantés par le Comité d'organisation dans le document – toujours de référence – de mars 2021 détaillant sa "stratégie climat". [...] Le message officiel est désormais de "diviser par deux l'empreinte carbone des Jeux" par rapport aux éditions précédentes »<sup>34</sup>. Par ailleurs, la compensation est souvent décriée car soupçonnée de permettre le *greenwashing*<sup>35</sup>. Force est de constater qu'il est difficile de se prononcer, dans la mesure où les projets sélectionnés n'ont pas été communiqués... Certes, les organisateurs ont eu le souci de faire certifier leur démarche en recourant aux marchés volontaires de carbone. Toutefois, « leur principal inconvénient est qu'aucune réglementation étatique ne peut garantir que les crédits d'émission échangés correspondent bien à des réductions des émissions de GES qui ont eu lieu »<sup>36</sup>. Par conséquent, la compensation est tout sauf garantie. Il apparaît que l'avènement de Jeux olympiques « verts » demeure un pari difficile, voire hasardeux.

Si l'environnement est devenu une composante de *lex olympica*, le vert est à l'évidence à moitié vide. Cette prise en considération s'inscrit dans un mouvement plus global de refonte de l'éthique sportive pour aborder de nouveaux rivages. Depuis plusieurs années, le CIO élargit ses missions à la recherche, à la quête du bien

31. M.-P. Blin-Francomme, « Sport et promotion de valeurs : quelle place pour la protection de l'environnement et l'enjeu du développement durable dans le sport ? », préc.

32. S. Mandard, « Paris 2024 : le difficile pari de JO "écologues" », préc.

33. G. de Lassus Saint-Genies, « À la recherche d'un droit transnational des changements climatiques », *RJE* 2016/1, n° 41, p. 80.

34. S. Mandard, « Paris 2024 : le difficile pari de JO "écologues" », préc.

35. A. Valiergue, « La compensation carbone des grandes entreprises est-elle du verdissement d'image (*greenwashing*) ? », *Gérer et comprendre* 2023, vol. 152, p. 59.

36. G. de Lassus Saint-Genies, « À la recherche d'un droit transnational des changements climatiques », préc.

commun, de besoins d'intérêt général<sup>37</sup> tels que l'aide au développement ou l'éducation. Cette contribution est d'ailleurs reconnue par la communauté internationale sous la forme d'accords tissés avec de nombreuses organisations de la famille onusienne ou européenne : Unesco, OMS, HCR, Unicef, OIT, OMT, Conseil de l'Europe, Union européenne. L'accord de coopération avec les organes de la Convention Climat, sans oublier celui noué avec le PNUÉ évoqué précédemment, participent de cette démarche. La conclusion de ces accords traduit une privatisation du droit international par « l'extension de la subjectivité » éponyme. « Le droit international n'est plus un droit d'origine exclusivement publique [...]. Cette démarche manifeste l'émergence d'un pluralisme hybride, d'un "partenariat public-privé" »<sup>38</sup>.

Malgré des hésitations doctrinales quant à leur nature exacte<sup>39</sup>, le risque lié au développement de ces accords serait d'aboutir à une privatisation du droit<sup>40</sup>. Eu égard à la « conversion [...] à l'économie de marché »<sup>41</sup> du pouvoir sportif, ce propos pourrait être aisément transposé. En effet, « aujourd'hui, le mouvement sportif préfère avoir des partenariats – pas trop contraignants – avec les organisations intergouvernementales »<sup>42</sup>. Aussi, loin d'avoir pour ambition d'encadrer juridiquement les agissements de ces acteurs économiques que sont les pouvoirs sportifs, la RSE est plutôt conçue pour limiter les sanctions à celles du marché (risque de réputa-

tion). C'est pourquoi autorégulation<sup>39</sup> ne rime pas nécessairement avec responsabilisation<sup>43</sup>. En somme, le recours au marché et à ses acteurs n'est-il pas un marché de dupes<sup>44</sup> ?

Dans ces conditions, il apparaît difficile de considérer que les instances sportives remplissent de manière satisfaisante cette mission d'intérêt général. Le bilan écologique désastreux des Jeux olympiques d'hiver de Pékin démontre à tout le moins une effectivité relative de ces instruments de droit souple. Les incertitudes autour de celui des Jeux olympiques de Paris à venir ne sont pas de nature à dissiper les doutes.

Dans ces conditions, la coopération pourrait laisser la place à une concurrence normative, battant en brèche la prétention à l'autorégulation. Par conséquent, par un curieux mouvement de balancier, « les pouvoirs sportifs, par leur turpitude, favorisent un retour du Politique »<sup>45</sup>, véritable retour du refoulé. En effet, les insuffisances dans l'effectivité de la protection juridique de l'environnement résultant de la privatisation du droit de l'environnement pourraient favoriser en retour une publicisation de la *lex olympica*. Selon le Conseil d'État, « face aux risques que fait peser le primat de l'économie de marché sur l'éthique du sport, il est souhaitable de développer des dispositifs de régulation européens et internationaux »<sup>46</sup>. *De lege ferenda*, « le droit international *lato sensu* pourrait se muer en vecteur d'un pluralisme hybride, garant d'une meilleure prise en compte de l'environnement.

37. F. Latty, « Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une privatisation du droit international public », in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Éditions Pédone, coll. « Cahiers internationaux », n° 182003, p. 301, spéc. p. 305.

38. *Ibid.*, p. 306.

39. Certains auteurs y voient de véritables traités internationaux : V. F. Latty, « Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une privatisation du droit international public », préc.

40. À propos des entreprises transnationales, Mireille Delmas-Marty dénonçait le danger d'un « objectif inavoué de faire obstacle à une intervention du législateur devenue prétendument inutile qui aboutit en réalité à privatiser la règle de droit et à transformer le chef d'entreprise, directement concerné en tant que justiciable potentiel, en législateur, policier et juge » (M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 73).

41. Conseil d'État, « Le sport : quelle politique publique ? », Étude annuelle, La Documentation française, 2019.

42. J.-L. Chappelet, « La régulation globale du sport international : les organisations sportives internationales sont-elles un sujet de diplomatie ? », *Revue internationale et stratégique* 2019/2, p. 71.

43. A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015.

44. C.-M. Alves, « Le marché, instrument de justice climatique (au sein) de l'UE », in A. Michelot (dir.), *Justice climatique. Enjeux et perspectives*, Bruylant, 2016, p. 175.

45. C.-M. Alves, « La Cité à l'épreuve du sport », *Jurisport* 2020, n° 206, p. 19.

46. Conseil d'État, « Le sport : quelle politique publique ? », préc., p. 193.

Celle-ci pourrait bénéficier de la promotion d'une bonne gouvernance<sup>47</sup>. L'Europe, berceau de la Renaissance sportive à l'époque moderne et du droit international classique<sup>48</sup>, pourrait dans ces conditions devenir un terreau favorable à une régulation sportive au service de l'intérêt général, notamment environnemental »<sup>49</sup>. Dans ces conditions, l'environnement pourrait-il se muer en nouvelle discipline olympique (II) ?

## II. L'environnement, nouvelle discipline olympique ?

« Dès 1986, un président du CNOSF rêvait de valoriser la conjonction des pouvoirs, d'associer le devoir de l'État, la passion du mouvement sportif et l'intérêt des forces économiques »<sup>50</sup>. Ceci évoque à l'évidence la configuration de la nouvelle Agence française du sport<sup>51</sup>. Cette conjonction des pouvoirs sportifs et politiques est également appelée de ses vœux par les instances européennes. Ceci serait d'autant plus pertinent que le pluralisme hybride conçu *a minima* par les pouvoirs sportifs en coopération avec les instances onusiennes est à tout le moins perfectible.

Si l'UE vient spontanément à l'esprit (B), il convient de se souvenir qu'une Europe peut en cacher une autre ; celle des droits de l'homme (A). Il apparaît que le Conseil de l'Europe, organisation politique, semble plus ambitieux que l'UE dans sa volonté de verdir la *lex sportiva*.

### A. Le Conseil de l'Europe, vecteur potentiel d'une bonne gouvernance environnementale du sport

L'intervention du Conseil de l'Europe, organisation politique par excellence, ne saurait sur-

prendre et ce d'autant plus que l'organisation strasbourgeoise a très rapidement « fait du sport »<sup>52</sup>. Cette appétence pour le sport conjuguée à une « fibre verte » apparue quasiment concomitamment désigne tout naturellement cette instance régionale comme acteur favorable à l'intégration de l'environnement dans la *lex sportiva*.

Ceci se vérifie aussi bien dans le cadre de la *soft law* que dans l'œuvre conventionnelle esquissée.

S'agissant de la *soft law*, la Charte européenne du sport adoptée dès le 24 septembre 1976 mentionne la protection de la nature<sup>53</sup>. Il faudra toutefois attendre la version remaniée de 1992 pour que l'environnement se voit accorder une place plus conséquente, dans le sillage du Sommet de la Terre de Rio. En vertu de l'article 10 intitulé « Sport et principe du développement durable », « assurer et améliorer, d'une génération à l'autre, le bien-être physique, social et mental de la population exige que les activités physiques, y compris celles pratiquées en milieu urbain, rural ou aquatique, soient adaptées aux ressources limitées de la planète et soient menées en harmonie avec les principes d'un développement durable et d'une gestion équilibrée de l'environnement. Ceci signifie qu'il faudra, entre autres : tenir compte des valeurs de la nature et de l'environnement lors de la planification et de la construction d'installations sportives ; soutenir et stimuler les organisations sportives dans leurs efforts visant la conservation de la nature et de l'environnement ; veiller à ce que la population prenne mieux conscience des relations entre le sport et le développement durable, et apprenne à mieux connaître et comprendre la nature »<sup>54</sup>.

47. Pour une illustration particulièrement éclairante dans le monde économique : P. Savin, « Sociétés cotées et sociétés non cotées : l'environnement devient une préoccupation majeure et s'inscrit dans la bonne gouvernance d'entreprise », *Le Juriste* 2002/10, p. 44 ; B. Rolland, « La Responsabilité Sociale de l'Entreprise : renouvellement de la gouvernance environnementale par l'équité ? », in A. Michelot (dir.), *Équité et environnement*, 1<sup>re</sup> éd., Larcier, 2012, p. 321.

48. À l'époque moderne, le droit international contemporain est apparu suite aux traités de Westphalie mettant fin à la guerre de Trente Ans (1648) et a longtemps été désigné sous le vocable de droit public européen. Voir par exemple, E. Decaux et O. de Frouville, *Droit international public*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Hypercours ».

49. C.-M. Alves, « L'intégration de l'environnement dans la *lex sportiva*... », préc., p. 161.

50. J.-P. Karaquillo, *Le droit du sport*, 4<sup>e</sup> éd, Dalloz, coll. « Connaissances du droit », p. 52.

51. N. Blanchard, « L'Agence nationale du sport est née », *Jurisport* 2019, n° 197, p. 6. Pour une mise en perspective globale, C. Miège, « Nouvelle gouvernance du sport : une mutation profonde », *Cah. dr. sport* 2019, n° 50, p. 25.

52. L'organisation strasbourgeoise est entrée sur le terrain sportif dès 1951.

53. J.-Y. Plouvin, « Bientôt une Charte européenne du sport ? », *RID comp.* 1975/2, p. 428.

54. Recommandation n° R(92)13 du Comité des Ministres aux États Membres sur la Charte Européenne du Sport révisée du 24 septembre 1992. C'est nous qui soulignons.

L'approche du Conseil de l'Europe est à l'évidence encore largement imprégnée de respect de l'autonomie du mouvement sportif. Il s'agit seulement de soutenir, de stimuler l'action des fédérations internationales.

Cette Charte a depuis lors été amendée à deux reprises en 2001, puis en 2021. Le récent remaniement consacre une stipulation renforcée au développement durable<sup>55</sup>.

Conformément à l'article 9 intitulé « Durabilité » : « 1. Le principe de durabilité dans le sport requiert que toutes les activités soient durables sur les plans économique, social et environnemental : a. dans la planification, la mise en œuvre et l'évaluation de leurs activités, les organisateurs d'activités et de manifestations sportives devraient prêter toute l'attention requise aux questions de durabilité, que ce soit sur le plan économique, social ou environnemental; b. alors que la consommation croissante d'articles de sport peut avoir des effets positifs sur l'économie mondiale, l'industrie devrait se charger de développer et d'intégrer des pratiques satisfaisantes sur le plan social et des pratiques respectueuses de l'environnement; c. les activités d'intérieur et de plein air devraient être menées de manière responsable, en d'autres termes le principe de précaution (préservation des ressources et prévention des risques) devrait être appliqué. Les propriétaires d'infrastructures sportives doivent agir de manière proactive pour identifier les effets et les conséquences de leurs installations, éviter les dommages potentiels à la nature et, le cas échéant, prendre des mesures de protection et de lutte contre de tels risques; 2. *Toutes les parties prenantes devraient prendre la responsabilité de réduire leur empreinte carbone et poursuivre des engagements et des partenariats en faveur de l'action climatique, compte tenu des effets de plus en plus néfastes du changement climatique sur la société et sur le sport* »<sup>56</sup>.

Parmi les différents objectifs environnementaux assignés au sport, il convient de souligner l'accent mis sur la lutte contre le changement

climatique. Néanmoins, la portée de ce texte doit être relativisée à plusieurs égards. Il s'agit d'harmoniser les politiques nationales des États membres, ce qui retentit de manière médiate sur les organisations sportives mais seulement à l'échelon national, ce qui s'avère d'une efficacité toute relative s'agissant de régir un phénomène mondialisé. Celles-ci sont, en effet, littéralement placées entre le marteau et l'enclume, entre l'État et les fédérations internationales.

Pourtant, le terme de Charte, particulièrement solennel, semble prometteur. Après tout, le Conseil de l'Europe ne l'utilise que pour un autre traité, à savoir la Charte sociale européenne. Néanmoins, le parallèle s'arrête là. La Charte européenne du sport ne prévoit aucun engagement précis, ni mécanisme de contrôle (à l'inverse de la Charte sociale), ni sanction en cas de manquement. Qui plus est, eu égard à la nature du texte, le propos est naturellement et seulement incitatif. Ainsi, l'article 9, § 1 point a) prévoit que « dans la planification, la mise en œuvre et l'évaluation de leurs activités, les organisateurs d'activités et de manifestations sportives devraient prêter toute l'attention requise aux questions de durabilité, que ce soit sur le plan économique, social ou environnemental ».

Longtemps respectueux de l'autonomie sportive<sup>57</sup>, le Conseil de l'Europe estime désormais nécessaire de la placer sous surveillance. À cet égard, il convient de rappeler que, dès 2015, l'Assemblée parlementaire avait adopté une résolution sur la réforme de la gouvernance du football à laquelle a succédé une recommandation en 2018 intitulée « Vers un cadre pour une gouvernance sportive moderne ». Cet organe préconise notamment l'élaboration d'une convention relative à la bonne gouvernance dans le sport. Les critères retenus pourraient s'inspirer de la quinzaine de codes élaborés par les institutions sportives. À terme, rien n'interdit d'envisager de « transformer l'essai » en érigeant cette future convention européenne en modèle pour une convention universelle, du droit internatio-

55. Recommandation n° CM/(2021) 5 du Comité des ministres aux États membres sur la Charte européenne du sport révisée du 13 octobre 2021.

56. *Ibid.* (Nous soulignons).

57. Cf. notamment la Résolution 1602 (2008) du 24 janvier 2008, intitulée « La nécessité de préserver le modèle sportif européen » adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

nal régional au droit international tout court, à l'instar de ce qui s'est produit pour la lutte contre le dopage<sup>58</sup>.

Cette démarche pourrait s'avérer d'un grand intérêt sur le plan environnemental. En effet, la gouvernance des entreprises s'est progressivement élargie aux intérêts des parties prenantes, y compris à l'environnement. *Mutatis mutandis*, les fédérations sportives se sont dotées de chartes et de codes relatifs aux questions écologiques dans le cadre d'une démarche de RSE. En effet, la promotion d'une bonne gouvernance sportive ne peut que rimer avec renforcement de la protection de l'environnement. À cet égard, la résolution de l'Assemblée parlementaire relative à la gouvernance du football adoptée le 27 janvier 2022 est riche d'enseignements. Il s'agit bien évidemment d'un simple texte de *soft law*. Certes, celle-ci s'adresse à la FIFA et à l'UEFA notamment dans leurs relations avec les États candidats à l'organisation de compétitions sportives. L'instance parlementaire y met l'accent « sur le respect par les pays hôtes des grands événements des obligations strictes en matière de droits humains, sociaux et *environnementaux* »<sup>59</sup>. Rien n'interdit de transposer cette approche au CIO.

L'adoption d'une convention européenne relative à la bonne gouvernance du sport permettrait ainsi une transcription de la *lex sportiva*, synonyme d'un pluralisme hybride plus exigeant<sup>60</sup>, plus satisfaisant que les accords de partenariat évoqués précédemment. En d'autres termes, il y aurait publicisation de la *lex sportiva*. En outre, ce serait un bon moyen de prendre le

Mouvement sportif au mot, en « durcissant » la *soft law*. « Il peut, par un effet boomerang qui n'a pas toujours été anticipé, être demandé à l'entreprise de rendre des comptes quant à la réalisation de ses engagements volontaires »<sup>61</sup>. À l'évidence, cette analyse pourrait être transposée aux organisations sportives internationales souvent considérées comme des entreprises ou des associations d'entreprises par certaines branches du droit, telles que le droit européen de la concurrence<sup>62</sup>. En outre, le droit de l'UE est bien armé pour provoquer une mutation de la RSE de la *soft law* vers la *hard law*<sup>63</sup>.

En ce qui concerne l'UE, celle-ci a également développé une réflexion relative à la bonne gouvernance dans le sport qui ne saurait occulter les exigences écologiques<sup>64</sup>. Toutefois, loin de relayer l'action de l'Organisation strasbourgeoise comme elle a pu le faire dans d'autres domaines, y compris environnementaux<sup>65</sup>, l'Europe du marché apparaît plus timorée, notamment par souci de ne pas heurter la prétention à l'autonomie des fédérations sportives<sup>66</sup>. Les textes adoptés ou envisagés relèvent du seul registre incitatif (B).

### **B. L'UE, un moteur (seulement) auxiliaire du verdissement de la *lex sportiva***

L'intégration de l'environnement par les organisations sportives a été préconisée par l'UE avant même l'introduction du sport en droit primaire par le traité de Lisbonne. Si les déclarations relatives au sport annexées aux traités d'Amsterdam et de Nice avaient ignoré la question écologique, le Livre blanc sur le sport adopté le 1<sup>er</sup> juillet 2007 consacre des développements à l'environnement

58. Dans ce domaine essentiel de l'éthique sportive, la Convention du Conseil de l'Europe du 16 novembre 1989 a préfiguré celle adoptée par l'Unesco le 19 octobre 2005.

59. Résolution 2420(2022) du 27 janvier 2022, « La gouvernance du football : les affaires et les valeurs ». C'est nous qui soulignons.

60. M. Maisonneuve, « L'autonomie des ordres juridiques transnationaux. Le sport au cœur des rapports de systèmes », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, 2016, p. 1227 : « Un pluralisme hybride serait tout aussi souhaitable dans le domaine de la bonne gouvernance sportive ».

61. S. Maljean-Dubois, « La portée des normes de droit international de l'environnement à l'égard des entreprises », *JDI* 2012/1, p. 93.

62. CJCE, 18 juill. 2000, n° C-519/04, *Meca-Medina et Mjacen contre Commission des Communautés européennes*.

63. C.-M. Alves, « Internationalisation du droit pénal et Union européenne. De la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ? », *RJE* 2014, HS/1, vol. 39, p. 229.

64. <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/05/31/eys-conclusions-major-sport-events/>.

65. S. Maljean-Dubois et S. Mabile, « Droit communautaire et droit du Conseil de l'Europe. Actions et interactions normatives pour la protection de l'environnement », in *Pour un droit commun. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 779.

66. Ainsy, Colin Miège constate « le manque d'engagement manifesté par l'Union européenne sur le terrain pourtant essentiel de la bonne gouvernance, et sa préférence pour des déclarations, résolutions ou autres recommandations peu contraignantes » (C. Miège, « Pour une gouvernance sportive modernisée au niveau européen », *Cah. dr. sport* 2017, n° 49, p. 17).

au titre du rôle sociétal du sport<sup>67</sup>. « Les organisations sportives et les organisateurs de manifestations sportives européens devraient se fixer des objectifs écologiques afin de rendre leurs activités durables du point de vue environnemental »<sup>68</sup>. Cette mention des enjeux environnementaux est d'autant plus significative que ce document a préfiguré les contours de la compétence de l'UE<sup>69</sup>. Il semble donc légitime de considérer que les enjeux européens du sport incluent les exigences environnementales, notamment à destination des instances sportives.

Selon le Livre blanc, le dialogue structuré instauré avec le pouvoir sportif doit permettre d'inciter ce dernier à recourir au droit de l'UE de l'environnement, plus particulièrement à l'éco-audit et à l'éco-label<sup>70</sup>. L'ambivalence, pour ne pas dire l'ambiguïté, de ces instruments du droit de l'environnement a pu être résumée ainsi : « le droit de savoir ou le pouvoir de séduire »<sup>71</sup>. De manière révélatrice, la Commission considère que « les organisations responsables qui améliorent leur crédibilité dans le domaine environnemental peuvent espérer en tirer avantage lorsqu'elles se portent candidates à l'organisation de manifestations sportives et s'attendent à réaliser des économies en raison d'une utilisation plus rationnelle des ressources naturelles »<sup>72</sup>. Ce faisant, l'UE promeut une néo-intégration de l'environnement déjà rencontrée à propos des entreprises<sup>73</sup>. Cette autorégulation est à peine stimulée par la création d'un dialogue structuré instauré suite au Livre blanc. En somme, une grande timidité caractérise l'ac-

tion de l'UE. Celle-ci se vérifie avec constance depuis.

Dans le sillage du Livre blanc, les différents plans de travail de l'UE adoptés depuis le traité de Lisbonne préconisent une bonne gouvernance sportive teintée de vert. On en veut pour preuve l'actuel plan de travail (2021-2024). Celui-ci consacre de longs développements à la dimension environnementale du sport. Le Conseil de l'UE exhorte le pouvoir sportif à respecter l'environnement dans le cadre des manifestations et grands événements à venir. Bien évidemment, le sport ne saurait échapper à l'ombre portée de *Green deal*<sup>74</sup>. Certes, l'invasion russe de l'Ukraine est venue perturber le calendrier de l'UE. Ainsi, l'adoption d'un Pacte vert pour le sport est annoncée durant le premier semestre 2022 est encore dans les limbes. Celui-ci sera accompagné d'une déclaration adoptée par les différentes parties prenantes, à savoir l'UE, les États membres et *last but not least*, les fédérations sportives. Dans le cadre de la présidence française de l'UE, une conférence « Vers un Pacte vert et durable pour le sport » a été organisée le 3 mars 2022. L'objectif affiché, sensibiliser les acteurs de l'écosystème (si l'on ose dire) sportif et les « enrôler » dans la perspective du Pacte vert européen, reflète à nouveau la démarche purement incitative de l'UE. Du propre aveu de la présidence du Conseil de l'UE, il s'agit de créer une impulsion politique, notamment dans le cadre du dialogue structuré. Le seul espoir d'une traduction normative plus consistante relève d'un groupe d'experts de haut

67. *Livre blanc sur le sport*, COM (2007) 391 final du 11 juillet 2007. Par rôle sociétal, la Commission européenne appréhende le sport en tant que phénomène social bénéfique pour la société et les individus. À l'évidence, la protection de l'environnement y a toute sa place.

68. *Ibid.*, point 2.7.

69. M. Fonteneau, « Le Livre blanc européen sur le sport : l'amorce d'une politique européenne du sport », *Jurisport* 2007, n° 84, p. 7.

70. Règ. (CEE) n° 1836/93 du Conseil, du 29 juin 1993, permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit, *JOCE* n° L168 du 10 juill. 1993, p. 1, plusieurs fois modifié, notamment pour l'étendre aux organisations; Règ. (CEE) n° 880/92 du Conseil, du 23 mars 1992, concernant un système communautaire d'attribution de label écologique, *JOCE* n° L099 du 11 avr. 1992, p. 1, plusieurs fois modifié.

71. F. Ost, « L'auto-organisation écologique des entreprises, un jeu sans conflits et sans règles ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1992/1, vol. 28, p. 167.

72. C.-M. Alves, « Europe, services financiers et protection de l'environnement ou quand l'ingéniosité juridique rencontre l'ingénierie financière », in O. Dubos et P. Kauffmann (dir.), *L'Europe des services. L'approfondissement du marché intérieur*, Éditions Pédone, coll. « Droits européens », 2009, p. 113, spéc. p. 115.

73. C.-M. Alves, « Intégration ou néo-intégration ? L'intégration de l'environnement par les entreprises en droit français. L'ombre portée du droit européen », contribution lors du colloque SFDE/AFEE, « L'intégration nationale du droit européen au XXI<sup>e</sup> siècle », La Rochelle, 26 sept. 2019.

74. C. Binet, « L'Europe et son *Green deal*. Quel avenir pour le climat ? », *JDE* 2020/269, p. 207.

niveau sur le sport vert placé auprès de la Commission européenne. Cet organe se voit confier la tâche d'élaborer des normes communes destinées à rendre les activités sportives plus vertes et plus durables<sup>75</sup>. Celles-ci issues d'un « partenariat » public-privé pourraient, *de lege ferenda*, venir irriguer le droit transnational du sport. Pour l'heure, un rapport sur la contribution du sport au Pacte vert européen a été remis par ce groupe de haut niveau à la Commission le 19 décembre 2023. Ce rapport fournit des orientations et des recommandations ciblées afin de permettre au sport européen d'atteindre les objectifs du Pacte vert<sup>76</sup>. Les institutions européennes, les États membres et les organisations sportives sont encouragées à : améliorer leur gouvernance ; développer des stratégies et plans d'action de développement durable pour le sport ; financer des projets favorisant un sport durable ; renforcer les capacités des organisations par le partage de bonnes pratiques, la formation et le développement de réseaux ; communiquer sur les possibilités environnementales et encourager les initiatives dans ce domaine.

Enfin, dernière composante du triangle décisionnel de l'UE, le Parlement européen n'est pas en reste. En vertu d'une résolution consacrée notamment à la bonne gouvernance, l'Assemblée de Strasbourg « demande à la Commission et aux États membres, ainsi qu'aux organisations sportives et aux entités candidates de veiller à ce que les processus de candidature pour accueillir les grands événements *respectent les normes de*

*bonne gouvernance [...] afin de garantir des incidences sociales, économiques et environnementales positives pour les communautés locales »*<sup>77</sup>. De manière révélatrice, la résolution vise le programme mondial du développement durable à l'horizon 2030 des Nations Unies.

L'un des principes d'une bonne gouvernance consiste en la redéfinition du service public du sport<sup>78</sup>. Dès lors, pourquoi ne pas envisager un service public européen du sport ? Par conséquent, la prise en charge de l'environnement par les grandes fédérations sportives internationales telles que le CIO ou la FIFA pourrait refléter l'apparition d'un service public international géré par un organisme privé<sup>79</sup> puisqu'il s'agit de satisfaire un besoin d'intérêt général<sup>80</sup>. Le droit étant « la plus puissante des écoles de l'imagination »<sup>81</sup>, *quid* d'un service public, sinon international, du moins européen du sport dans un premier temps<sup>82</sup> ? Le sport, activité d'intérêt général, se verrait confier aux fédérations internationales par un traité sur le modèle du CICR ou ferait l'objet d'une gestion hybride inspirée par l'Agence mondiale anti-dopage. Valeur d'intérêt général, la protection de l'environnement tirerait bénéfice de la reconnaissance d'un tel service public dont elle constituerait une composante<sup>83</sup>.

Ceci permettrait de domestiquer la puissance sportive tout en assurant à celle-ci, dans une certaine mesure, la reconnaissance de son pouvoir normatif. Après tout, les craintes suscitées par le projet de *SuperLigue* ont d'ores et déjà incité la FIFA et l'UEFA à endosser la promotion

75. <https://www.sports.gouv.fr/grands-evenements/pfue-sport/vers-un-pacte-vert-et-durable-pour-le-sport/>

76. Commission européenne, Direction générale de l'éducation, de la jeunesse, du sport et de la culture, *Sport's contribution to the European Green Deal : a sport sector playbook*, Office des publications de l'Union européenne, 2023.

77. Résolution du Parlement européen du 2 février 2017 relative à une approche intégrée de la politique des sports : bonne gouvernance, accessibilité et intégrité, *JOUE* n° C 252/2, 18 juillet 2017, § 7. C'est nous qui soulignons.

78. S. Goudeau, « Gouvernance », in C. Dudognon et J.-P. Karaquillo (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz-Juris Éditions, 2013, p. 189.

79. F. Latty, « Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une privatisation du droit international public », préc., p. 305.

80. L. Peyen, « 45 ans après 1976 : L'environnement, une préoccupation d'intérêt général parmi d'autres... », *RJE* 2021/4, p. 683.

81. J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Grasset, coll. « Les cahiers rouges », 2010. Cette dimension « imaginante » du droit a été ô combien mise en lumière par Mireille Delmas-Marty, notamment dans sa série d'ouvrages intitulée *Les forces imaginantes du droit* publiée chez Seuil.

82. F. Latty, « La gestion internationale du football : un service public international ? », in M. Maisonneuve et M. Touzeil-Divina (dir.), *Droit(s) du football*, L'Építoge, 2014, p. 21.

83. M. Prieur et al., *Droit de l'environnement*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 43 : « À partir du moment où la protection de l'environnement est considérée comme d'intérêt général, il n'y a plus d'obstacle à ce que les pouvoirs publics créent des services publics [...] chargés de le gérer ».

d'un modèle sportif européen<sup>84</sup> prôné par l'UE et par le Conseil de l'Europe, cet épisode, loin d'augurer un véritable *aggiornamento* des fédérations sportives, reflète toutefois une incontestable et persistante hybridation de la régulation. D'aucuns évoquent une véritable « brume juridique »<sup>85</sup> persistante au sein de laquelle autorégulation plus ou moins spontanée/corégulation d'une part et *hard law/soft law* se conjuguent.

Le juge pourrait contribuer à dissiper cette brume juridique. « *De lege ferenda* également, l'existence d'une obligation impérative de respecter l'environnement peut être avancée. Les codes d'éthiques sont en effet nombreux à exprimer cette préoccupation, relayant en ce sens la Charte olympique, les statuts de quelques fédérations ainsi que l'Agenda 21 du Mouvement olympique. Dans cette optique, à titre d'hypothèse d'école, on pourrait imaginer que le T.A.S. annule par exemple le contrat de construc-

tion d'un stade dont la réalisation aurait pour effet de porter des atteintes massives à l'environnement »<sup>86</sup>. Cette (r)évolution juridique pourrait d'ailleurs être entraînée, impulsée par la jurisprudence des juges européens, notamment la Cour européenne des droits de l'homme dont l'investissement en matière de protection de l'environnement n'est plus à démontrer et ce d'autant plus que le contentieux climatique a fait une entrée fracassante au prétoire de Strasbourg<sup>87</sup>. Un juge européen peut en cacher d'autres, à savoir les juges nationaux. La condamnation d'une entreprise multinationale pour atteinte au climat ne pourrait-elle inspirer de futurs contentieux climatiques à l'égard du CIO<sup>88</sup> ?

En l'état, les droits européens semblent bien être le pire des instruments à l'exception de tous les autres pour faire rimer bonne santé humaine et bonne santé de la planète, voire « une boussole des possibles »<sup>89</sup> ô combien précieuse.

84. Les députés européens ont voté en faveur d'un modèle sportif européen le 18 novembre 2021 (<https://www.droitdusport.com/actualite/les-deputes-europeens-en-faveur-dun-nouveau-modele-sportif-europeen>). Le Conseil de l'UE lui a emboîté le pas lors de sa session des 29 et 30 novembre 2021 (<https://www.droitdusport.com/actualite/defendre-le-modele-sportif-europeen-pour-contrer-la-commercialisation-excessive-et-l'exploitation-du-sport>). La Charte européenne du sport mentionne également les « caractéristiques communes d'un cadre sportif européen ».

85. S. Maljean-Dubois, « La portée des normes de droit international de l'environnement à l'égard des entreprises », préc., p. 99. Voir également à propos des entreprises, S. Maljean-Dubois et A. Roger (dir.), *L'implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Paris, La Documentation française, 2011.

86. F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, op. cit., p. 360.

87. C. Cournil, « De la mobilisation à la réception des droits de l'homme dans le contentieux climatique en Europe. Entre hybridation, construction et mutation des droits », *JEDH* 2022/1, p. 64.

88. P. Mougeolle, « La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France. Note sous Tribunal de la Haye, *Milieudefensie et al. c. Shell*, 26 mai 2021 », *Rev. DH* juin 2021 (<https://journals.openedition.org/revdh/12224>).

89. M. Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Éditions du Collège de France, coll. « Leçons de clôture », 2020.

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

---

### Éclatement et affinement de la responsabilité

*Jean-Sébastien Borghetti* p. 113

### La responsabilité civile en France, un modèle à bout de souffle ?

*Jonas Knetsch* p. 116

### La contribution de l'histoire du droit à une analyse prospective de la responsabilité civile

*Olivier Descamps* p. 121

### Perspectives : la responsabilité civile punitive ?

*Charlotte Dubois* p. 137

### La réforme avortée de la responsabilité civile et la réparation du dommage corporel

*Stéphanie Porchy-Simon* p. 141

### L'avenir de la responsabilité civile

*Philippe Brun* p. 148

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

### Éclatement et affinement de la responsabilité

Jean-Sébastien Borghetti

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**S'**interroger sur les perspectives d'évolution de la responsabilité civile invite à faire des pronostics, sinon des prédictions, sur l'avenir de la matière. Celui qui s'y risque voit s'ouvrir devant lui une alternative : se tromper ou n'être pas cru. En règle générale, les prédictions renseignent plus sur l'époque à laquelle elles sont faites que sur ce qui va véritablement se passer à l'avenir. Il suffit pour s'en convaincre de constater que, dans le futur imaginé par les films de science-fiction des années 70, internet n'existe pas mais tous les hommes portent des pantalons pattes d'éph. Une certaine dose d'inconscience est donc requise pour se prêter à l'exercice et seule l'amitié que nous portons à cette revue justifie que nous ayons accepté l'invitation qui nous était faite de participer à cette rubrique. Toutefois, plutôt que de jouer à Madame Irma en imaginant avec force détails ce que sera le droit de la responsabilité de demain (ce qui aurait pu au demeurant être assez drôle, surtout pour le lecteur de demain), nous voudrions souligner deux tendances qui nous paraissent caractériser l'évolution contemporaine de ce droit et devraient se poursuivre à l'avenir : l'éclatement et l'affinement.

#### I. Éclatement

Le droit contemporain de la responsabilité civile et, plus largement, celui de la réparation, est caractérisé par une tendance marquée à l'éclatement. Cela se traduit d'abord par le fait que la réparation de nombreux dommages et préju-

lices se fait aujourd'hui très souvent par le biais de mécanismes autres que la responsabilité civile. On pense à la sécurité sociale, à l'assurance privée et aux nombreux fonds d'indemnisation, dont la diversité a été souvent soulignée. S'il est permis d'espérer une évolution, et en particulier une réforme qui chercherait à améliorer l'articulation et la coordination de ses différents mécanismes, ce n'est pas être exagérément pessimiste que de penser qu'une telle réorganisation a peu de chances de se produire à court ou même moyen terme. L'enlisement de la réforme de la responsabilité civile témoigne de la réticence du législateur à intervenir dans ce domaine. De plus, si la réforme devait se faire à brève ou moyenne échéance, ce serait selon toute vraisemblance sur la base du projet publié par la Chancellerie en 2017 qui, à la suite des projets doctrinaux l'ayant précédé, envisage la responsabilité civile de manière traditionnelle, et donc étroite, sans chercher à reprendre en un tout cohérent l'ensemble des mécanismes de réparation et d'indemnisation (si l'on excepte quelques dispositions sur le recours des tiers payeurs).

Au sein même de la responsabilité civile, on ne peut que constater une tendance à l'éclatement. Sa manifestation la plus frappante est l'autonomisation croissante du dommage corporel et de sa réparation. Le plus probable est que ce mouvement se poursuive, et même s'accroisse. Si l'on parle toujours et continuera sans doute à parler pour longtemps encore *du* droit de la responsabilité civile, suggérant ainsi l'unité de la matière, la vérité est qu'il y a de plus en plus

des droits de la responsabilité et que les liens entre eux tendent à se distendre, dans un mouvement centrifuge qui n'est pas sans rappeler celui qui a conduit de nombreux contrats spéciaux, à commencer par le contrat de travail, à s'éloigner du droit commun des contrats jusqu'à donner parfois naissance à des branches distinctes du droit.

Une caractéristique du droit de la responsabilité est toutefois que cet éclatement se déploie sur plusieurs plans. Le premier, déjà évoqué, est celui des dommages. La spécificité du dommage corporel est ainsi de plus en plus marquée, au point d'avoir donné naissance à une nouvelle « sous-spécialité » au sein du droit de la responsabilité, le droit du dommage corporel, avec sa littérature et sa doctrine spécialisées. La place des praticiens y est plus grande que dans la responsabilité civile « générale » et si les spécialistes de dommage corporel sont en règle générale avant tout des spécialistes de responsabilité civile, l'inverse est de moins en moins vrai. La spécificité et la technicisation croissantes du droit du dommage corporel font que les spécialistes ordinaires de la responsabilité civile, parmi lesquels l'auteur de ces lignes, ont de plus en plus de mal à le maîtriser pleinement. Le dommage corporel n'est par ailleurs que la pointe avancée du mouvement de différenciation des dommages. Le dommage à l'environnement est ainsi déjà largement sur la voie de l'autonomisation et ses spécificités techniques font qu'il sera bientôt à n'en pas douter l'apanage de quelques spécialistes.

L'éclatement du droit de la responsabilité tient aussi à celle des régimes applicables. Bien que le droit français se targue de disposer d'un régime général de responsabilité, fondé sur l'article 1240 du Code civil, et peut-être même de deux (le second étant le régime de responsabilité du fait des choses tiré de l'article 1242, alinéa 1<sup>er</sup>), leur application est aujourd'hui dans une large mesure résiduelle. Il existe en effet une multitude de régimes dits spéciaux, dont l'application écarte souvent, en fait sinon toujours en droit, celle du ou des régimes généraux : responsabilité du fait des accidents de la circulation, responsabilité du fait des produits défectueux, responsabilité du fait des accidents aériens, etc. Qui plus est, même lorsque la responsabilité pour faute s'applique, sa généralité et son unité sont largement de façade. Les règles de cette responsabi-

lité sont en effet tellement vagues, qu'il s'agisse de la définition de la faute (la violation d'une norme de conduite), de celle du dommage (une atteinte à un intérêt légitime) ou du principe de réparation intégrale, qu'elles n'empêchent pas, et encouragent même, des déclinaisons sectorielles. Le phénomène s'observe de longue date en ce qui concerne la responsabilité médicale et la responsabilité liée à la liberté d'expression mais il s'étend aussi par exemple aux différentes branches du « droit économique », comme le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle, le droit financier ou le droit des entreprises en difficulté. Dire que la responsabilité pour faute de l'article 1240 du Code civil s'applique dans tous ces domaines n'est pas faux mais ne rend pas compte de la coloration particulière qu'elle prend dans chacun d'eux. Cette coloration peut concerner la faute, la causalité ou le dommage. Un certain nombre de textes (parfois d'origine européenne) viennent ainsi préciser la teneur de la faute ou la consistance du préjudice réparable dans ces domaines particuliers. La jurisprudence est venue elle aussi affiner les contours de la faute ou la manière de calculer le préjudice dans certaines hypothèses. Sous le large manteau de la responsabilité pour faute se développent en réalité depuis déjà un certain temps de véritables délits spéciaux, au point qu'il serait sans doute plus juste de parler *des* responsabilités pour faute plutôt que de *la* responsabilité pour faute. Il n'est toutefois pas évident de prendre la mesure exacte de cet éclatement, ne serait-ce que parce qu'il se déploie pour partie « sous les radars » de la doctrine généraliste, à travers une pratique jurisprudentielle qui est d'abord celle des juges du fond et qui n'est véritablement connue que des praticiens ou de quelques auteurs très spécialisés.

## II. Affinement

Parler d'éclatement de la responsabilité a évidemment une connotation négative, surtout dans un système caractérisé par l'exaltation des principes généraux. Toutefois, et indépendamment même de la critique très convaincante de ces principes formulée notamment par Philippe Rémy, il faut bien avoir conscience que la généralité affichée des règles du droit français de la responsabilité ne peut que déboucher sur un hiatus entre la théorie et la pratique. Plus les

règles sont générales et moins elles sont opératoires. Dire que chacun est responsable de tout dommage causé par sa faute est sans doute juste et beau, mais cela ne permet pas de déterminer précisément quand et dans quelle mesure une personne pourra voir sa responsabilité engagée. Pour le savoir, il faudrait commencer par définir avec précision la faute, la causalité et le dommage, chose que le Code civil et la Cour de cassation se sont prudemment abstenus de faire. Cela se comprend au demeurant fort bien. Comment en effet donner une définition de ces notions qui soit à la fois suffisamment précise et réellement opératoire dans tous les domaines et dans tous les cas où la responsabilité pour faute est susceptible de s'appliquer ? La tâche est en réalité impossible. Les différentes notions qui structurent le droit de la responsabilité ne peuvent être définies avec précision que si elles sont envisagées dans un contexte suffisamment circonscrit. Dès lors, si l'on ne veut pas en rester à des principes généraux qui constituent en réalité plus des lignes directrices que des règles réellement opératoires, deux options sont envisageables.

La première consiste à s'appuyer sur les précédents, en recherchant dans la jurisprudence des cas similaires à celui que l'on étudie afin de savoir quelle solution apporter à celui-ci. Il s'agit d'une approche casuistique, qui peut sembler aux antipodes de la logique du droit français de la responsabilité mais à laquelle la généralité des règles de celui-ci mène assez naturellement et qui est sans doute celle que privilégient les praticiens (nonobstant les discours dont ils ont pu être abreuvés sur les bancs de l'université sur l'absence de rôle créateur de la jurisprudence dans notre droit). La deuxième option consiste à décliner les principes généraux à travers des règles plus précises, s'appliquant à des cas-types, plus larges que les cas particuliers de l'approche casuistique. Cela revient en substance à faire émerger des délits spéciaux sous le couvert d'un grand principe, ce qui correspond précisément au phénomène qui vient d'être décrit à propos de la responsabilité pour faute.

La deuxième approche a sur la première l'avantage de permettre un affinement conceptuel, affinement qui est à la fois inutile et impossible si l'on en reste à une démarche étroitement

casuistique. À partir du moment où les notions sont mises en œuvre dans un cadre bien délimité, il devient possible de les appréhender ou de les définir avec plus de précision. C'est par exemple ce qui se passe avec la faute en matière de responsabilité médicale. De la même manière, la mise à part du dommage corporel ou environnemental permet de le circonscire et d'en détailler les éléments, tout comme la déclinaison de la responsabilité pour faute dans les différentes branches du droit économique conduit à préciser les contours et le mode de calcul des préjudices réparables. Cet affinement conceptuel demeure limité, et il n'est même pas toujours assumé par les juges eux-mêmes, mais il est le bienvenu. Il permet de sortir, fût-ce à pas comptés, de la sous-conceptualisation (voire de l'anti-conceptualisme) qui a longtemps caractérisé le droit français de la responsabilité. La même évolution prudente s'observe d'ailleurs dans le projet de réforme de 2017, qui demeure certes fidèle aux grands principes mais s'efforce de donner quelques définitions (forcément très générales) et introduit surtout quelques précisions conceptuelles, notamment en ce qui concerne la distinction du dommage et du préjudice et la structure de la responsabilité du fait d'autrui.

Éclatement et affinement de la responsabilité civile sont donc en grande partie liés. L'affinement de la matière ne peut se faire qu'au prix d'un renoncement à la généralité des grands principes. Quels que soient par ailleurs les maux du droit français de la responsabilité et les défis auxquels il est confronté, dont les autres contributions à ce dossier ne manqueront pas de faire état, cette évolution pour partie souterraine nous paraît heureuse, qui conduit à délaisser les principes généraux sans pour autant verser dans la casuistique, grâce à l'élaboration de règles plus ciblées et circonscrites. Sans doute se poursuivra-t-elle, car juges et praticiens semblent de plus en plus convaincus de l'utilité de ces « règles intermédiaires », qui viennent décliner les grands principes. Paradoxalement, c'est une réforme législative de la responsabilité qui serait la plus susceptible d'entraver le mouvement (sans nécessairement le paralyser sur le long terme), en réaffirmant l'importance des grands principes. Raison supplémentaire, peut-être, de ne pas regretter l'enlisement du projet de 2017.

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

### La responsabilité civile en France, un modèle à bout de souffle ?

**Jonas Knetsch**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne  
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Existe-t-il encore des grands arrêts en matière de responsabilité civile ? Certes, la Cour de cassation continue son travail d'interprétation en rendant des arrêts importants, parfois très attendus par la pratique, notamment dans le domaine de la réparation du dommage corporel. Mais elles ne font guère évoluer les grandes orientations du droit commun de la responsabilité et c'est en vain que l'on cherchera au *Bulletin des décisions* qui, à l'instar des grands arrêts *Lemaire*, *Bertrand*, *Costedoat* ou *Blieck*, ont façonné le visage actuel du droit de la responsabilité en France. L'âge d'or de la jurisprudence serait-il révolu en la matière ?

C'est comme si l'on assistait, depuis le milieu des années 2000, à une forme de pétrification du droit de la responsabilité civile. On pourrait s'en réjouir, la stabilité d'un système juridique étant une garantie de sa sécurité juridique. À bien y réfléchir cependant, on pourrait y voir aussi les signes d'un modèle qui, longtemps loué pour sa formidable capacité d'adaptation, est à

la recherche d'un second souffle. Un modèle dont l'avenir est suspendu à une réforme qui, bien que promise par la Chancellerie au moment de la réforme du droit des obligations<sup>1</sup>, tarde à venir et semble même disparue de l'agenda gouvernemental. Souvent mise sur le compte de la crise sanitaire, la suspension du projet de réforme est aujourd'hui surtout le résultat d'un manque de volonté politique, que l'on observe avec d'autant plus de consternation que d'aucuns disaient la réforme imminente à la fin de l'année 2019<sup>2</sup>.

Que penser d'une proposition de loi, actuellement examinée devant le Parlement, qui vise « à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels » et qui a pour unique objet de codifier le régime des troubles anormaux de voisinage afin de répondre « aux préoccupations du monde rural »<sup>3</sup> ? Difficile d'y voir autre chose qu'un projet à visée électorale alors que les véritables « enjeux actuels » sont ailleurs et que l'on ne peut plus se contenter, dans un système de droit codifié, d'une série de cinq articles pour

---

1. Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017.

2. En décembre 2019, les bruits de couloir faisaient état d'un projet de réforme consolidé ayant fait l'objet d'un arbitrage et d'une validation par les services du Premier ministre.

3. N. Le Peih, A. Bergé *et al.*, Proposition de loi n° 1602 enregistrée le 20 juillet 2023. La proposition a été votée en séance le 4 décembre 2023, elle est actuellement examinée par le Sénat. Le dossier législatif complet est accessible sur le site internet de l'Assemblée nationale ([www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/dossiers/responsabilite\\_civile](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/dossiers/responsabilite_civile)).

incarner un droit moderne de la responsabilité civile<sup>4</sup>.

Tout laisse penser que, à l'image de ce que l'on a pu observer en matière contractuelle avant la réforme de 2016, le droit français s'est quelque peu endormi, s'éloignant progressivement d'un modèle normatif qui puisse rayonner au-delà des frontières. La responsabilité civile en France, c'est actuellement ni plus ni moins qu'un droit jurisprudentiel, souvent passablement obscur, rattaché d'un simple fil aux textes du Code civil et complété par des textes dont la force normative est variable<sup>5</sup>. Un droit qui suscite la stupéfaction à l'étranger où l'on se demande parfois comment un système de responsabilité basé sur des clauses générales aussi ouvertes, marqué par une banalisation assumée de la responsabilité sans faute et masquant à peine son tropisme pour l'indemnisation des victimes, peut fonctionner sur le plan économique. Voilà longtemps que le droit français apparaît, dans bien des pays européens, comme une diva capricieuse dont on ne cherche plus, depuis longtemps, à comprendre le raisonnement. Les décisions de justice, rendues par deux ordres juridictionnels concurrents, n'aident que rarement, malgré le passage de la Cour de cassation à la motivation enrichie, à déchiffrer les véritables ressorts de telle ou telle ligne jurisprudentielle<sup>6</sup>.

Faut-il se résigner à un tel constat ?

Il serait regrettable de voir le droit français de la responsabilité civile réduit à une caricature, à un ensemble de solutions prétoriennes dépourvues de ligne directrice, sinon par celle de la recherche d'une indemnisation des victimes à tout prix. Quoique l'on pense de cette « ouverture » du système français et malgré les railleries que l'on entend au-delà des frontières nationales, force est de constater que celui-ci continue à représenter un certain modèle, et ce non seulement pour des raisons historiques<sup>7</sup>. Dans la littérature comparatiste, le droit français est présenté comme une forme d'alternative au Code civil allemand et à la *Common Law*, souvent pour dénoncer son exorbitance et son insensibilité aux risques d'une avalanche de contentieux (le fameux *floodgates argument*), mais parfois aussi pour souligner avec un brin d'admiration les avantages d'une socialisation des risques « à la française »<sup>8</sup>. N'est-ce pas en France que, sous l'influence du législateur, de la jurisprudence et des assureurs<sup>9</sup>, le vieux rêve des années 1960 et 1970 d'un système d'indemnisation détaché de l'idée de responsabilité (*no-fault*) est devenu, au moins un peu, une réalité ? La généralisation de l'assurance de responsabilité, la création de fonds d'indemnisation et l'action conjuguée entre les pouvoirs publics et les assureurs pour garantir les risques complexes caractérisent ce passage du droit de la responsabilité civile à un droit de l'indemnisation des victimes.

- 
4. Comp. cependant l'observation du ministre de la Justice lors de la discussion parlementaire de la proposition de loi précitée : « Demeurés presque inchangés depuis 1804, les articles 1240 et suivants du code civil ne suffisent plus pour appréhender la réalité du droit français. C'est pourquoi le premier alinéa du nouvel article 1253 du code civil créé par la proposition de loi consacre le principe prétorien d'une responsabilité de plein droit de l'auteur d'un trouble anormal de voisinage [...] ». (*JO AN, Compte rendu intégral*, 5 décembre 2023, p. 10886).
  5. Il y a bien sûr la loi du 5 juillet 1985 (« loi Badinter »), mais pensons également, dans le domaine du droit du dommage corporel, à la nomenclature Dintilhac, au référentiel Mornet et aux tables de capitalisation. En matière de préjudices économiques, les juridictions se sont dotées de « fiches pratiques » destinées à guider le juge dans l'évaluation des dommages-intérêts.
  6. V. par exemple H. Koziol, « Comparative Conclusions », in H. Koziol (dir.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015, p. 685, spéc. p. 704 : « *The French legislator and the Cour de cassation almost never give sufficient reasons and therefore one never knows why a case is solved in a particular way and one never knows beforehand how the next case will be solved.* ».
  7. Les ouvrages les plus récents du droit comparé de la responsabilité civile attestent de l'intérêt porté à l'étranger au droit français. V. par exemple E. Tjong Tjin Tai, *Tort Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar, 2022 ; M. Bussani, A. Sebok et M. Infantino, *Common Law and Civil Law Perspectives on Tort Law*, Oxford University Press, 2023 (dans les deux ouvrages, le droit français occupe une place importante).
  8. T. Kadner Graziano, « Priorität dem Opferschutz : Gedanken zur Rationalität des französischen Haftungsrechts aus rechtsvergleichender Perspektive », in J. Kleinschmidt et S. Huber (dir.), *Die Reform des französischen Haftungsrechts im europäischen Kontext*, Mohr Siebeck, 2021, p. 67.
  9. Sur la culture de l'assurance et le rôle qu'a joué la généralisation de l'assurance de responsabilité civile, par exemple dans les contrats d'assurance multirisques habitation ou entreprise (MRH/MRE), pour le développement des responsabilités objectives, v. par exemple J.-S. Borghetti, « The Culture of Tort Law in France », *Journal of European Tort Law* 2012, p. 158, spéc. p. 166 et s.

Or, la promotion de cette conception qui voit dans le droit de la responsabilité civile avant tout un outil de protection des victimes, se heurte aujourd'hui à une multitude d'écueils. La paralysie liée à un projet de réforme enlisé dans les aléas de la vie politique a déjà été soulignée, mais il ne suffira pas de réamorcer le processus de réforme interrompu lors de la crise sanitaire. Pour consolider la voie de la réforme et apporter un nouveau souffle au système français de la responsabilité civile, trois questions fondamentales mériteraient d'être posées :

- Tout d'abord, il nous semble indispensable de repenser les rapports entre le législateur et le juge que l'on souhaite à l'avenir. Non pas que cette question n'ait jamais été débattue par la doctrine française<sup>10</sup>, mais il nous semble qu'elle s'est trouvée occultée ces dernières années par l'attention portée aux solutions de fond des projets de réforme successifs. La retenue dont fait preuve la Cour de cassation, en attente d'une réforme qui ne vient pas, illustre la pertinence de la question. La réforme du droit des contrats a montré que, loin d'être jaloux du pouvoir normatif que l'inertie du législateur a fini par lui attribuer, le juge s'incline sans difficulté devant les choix législatifs et reprend son rôle traditionnel d'interprète de la loi.

Or, à lire le projet de réforme de la Chancellerie, présenté en 2017, l'on peine à percevoir quelle place serait réservée au juge en la matière. S'y côtoient des règles très détaillées, comme celles sur la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel ou sur la responsabilité du fait des produits défectueux, avec des dispositions très succinctes, notamment sur la faute ou le lien de causalité, qui laissent au juge le soin de préciser des notions aussi fondamentales. Pour certains, il s'agirait là d'éléments qui ne se laissent guère enfermer dans des textes et, même, c'est à travers une telle approche ouverte que se manifesterait le « génie français » de la responsabilité civile. Or, à moins de considérer qu'un système « à l'anglaise » fondé sur la case-

law soit préférable à un droit codifié, nous avouons y voir une faiblesse plutôt qu'une force du système français. Il serait quelque peu contradictoire d'œuvrer pour la promotion d'une tradition de droit continental, d'un droit écrit et légiféré, tout en laissant dans le flou des notions structurantes du droit des obligations. Les réformes récentes menées à l'étranger ainsi que les projets européens (PETL, DCFR) montrent d'ailleurs qu'il est tout à fait possible de consacrer des règles détaillées en la matière, le cas échéant en codifiant des solutions jurisprudentielles dont on aura réexaminé la pertinence au regard des choix de politique juridique et de l'objectif de cohérence du droit<sup>11</sup>.

- Il serait également souhaitable, 7 ans après la présentation du projet de réforme par le ministre Jean-Jacques Urvoas, de repenser sa pertinence au regard de l'évolution des débats doctrinaux, des réformes étrangères et, surtout, de la jurisprudence européenne. Faut-il rappeler que bon nombre de dispositions du projet ministériel trouvent leur origine dans l'avant-projet Catala, lequel fut rédigé il y a bientôt 20 ans ? La définition du préjudice réparable, qui y est directement empruntée, ne reflète plus – nous semble-t-il – l'état de la doctrine française, en ce qu'elle associe la lésion d'un intérêt du demandeur au préjudice et non pas au dommage<sup>12</sup>. L'émergence de nouveaux contentieux de droits de la personnalité (à l'image des actions civiles pour violation du RGPD), l'essor du devoir de diligence comme fondement d'une responsabilité juridique des entreprises multinationales, la refonte du régime de responsabilité du fait des produits défectueux : voilà autant de chantiers européens qui vont marquer le droit de la responsabilité civile des prochaines années et qui mériteraient d'être intégrées dans le débat sur les contours d'une réforme.

Surtout, on ne peut que regretter l'élaboration d'une réforme du droit de la responsabilité civile dans les cabinets ministériels, sans que le projet soit accompagné d'un exposé des motifs

10. L. Neyret, « Le rôle respectif de la loi du juge en droit français de la responsabilité civile » et P. ANCEL, « Rôles respectifs de la loi et du juge dans les projets européens », in GRERCA (dir.), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, IRJS éd., 2012, p. 15 et p. 33.

11. À propos de la faute, v. notre étude « L'avenir de la responsabilité civile du fait personnel, entre conservatisme et modernité », *APD* 2022, t. 63, p. 305.

12. Comp. art. 1235 du projet de réforme (« Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial. »).

qui fasse part des choix politiques et de leurs fondements. La comparaison avec la réforme du droit belge de la responsabilité, actuellement en cours d'examen devant le Parlement fédéral, conduit inéluctablement à une douloureuse leçon d'humilité<sup>13</sup> : quel contraste entre le projet français qui se limite à un simple document de 18 pages, non numérotées et d'une mise en page pour le moins perfectible<sup>14</sup>, et le projet belge, élaboré par d'éminents spécialistes de la matière et accompagné d'un argumentaire de 233 pages qui explique, article par article, le sens des propositions, les difficultés rencontrées, les évolutions de droit étranger et les choix de politique retenus ! Que l'on ne se y méprenne pas, il ne s'agit évidemment pas de céder aveuglément aux sirènes du droit étranger, mais de s'inspirer d'une méthode qui paraît mieux à même de garantir une réforme de qualité, laquelle pourrait rendre au droit français le rôle d'avant-garde qu'il a su incarner dans le passé.

- Enfin, au regard des évolutions récentes du droit de la responsabilité, il nous semble nécessaire aussi de repenser la place du dommage corporel dans les débats sur la responsabilité civile. Il ne viendrait à l'esprit de personne de contester le formidable développement du droit du dommage corporel au cours des quatre dernières décennies. L'élaboration d'outils normatifs spécifiques, l'amélioration substantielle de la situation de certaines catégories de victimes au moyen de réformes législatives ambitieuses, l'adaptation des règles de droit commun aux spécificités du dommage corporel et l'effort remarquable pour tirer la notion du dommage de sa douce torpeur doctrinale... tout ceci a fait du

droit français une référence désormais incontournable dans le concert européen, voire international, lorsqu'il s'agit de comparer les règles qui régissent la réparation des atteintes à l'intégrité physique<sup>15</sup>. Or, à présent que le droit français a atteint une certaine maturité en la matière, l'attention que la doctrine, la jurisprudence et le législateur témoignent au dommage corporel ne doit pas faire oublier que le droit commun de la responsabilité s'applique également à la réparation de dommages aux biens, au patrimoine et à des intérêts collectifs ou immatériels, bref à des types de contentieux qui n'appellent pas forcément les mêmes choix de politique juridique.

Dès lors, une réflexion sur la hiérarchisation des intérêts protégés nous paraît incontournable pour décider des orientations du droit français. Alors que l'idée d'un droit de la responsabilité « à géométrie variable » ou « à deux vitesses » paraît *a priori* incompatible avec la tradition française, les apports récents de la jurisprudence européenne et l'émergence de contentieux nouveaux devraient conduire les décideurs politiques à se saisir de la question et stimuler un débat d'ordre politique sur les catégories de victimes qui méritent un traitement privilégié. Ce débat pourrait utilement se nourrir des récents travaux doctrinaux consacrés à ce sujet<sup>16</sup>. Par ailleurs, s'il semble régner un consensus autour d'un traitement de faveur accordé à la réparation du dommage corporel, il n'en sera pas moins nécessaire de sortir de la dichotomie traditionnelle dommage corporel/dommage aux biens pour intégrer dans le raisonnement les nouvelles atteintes qui prennent de plus en plus d'importance dans la jurisprudence<sup>17</sup>. Si les deux dernières décen-

13. V. notre étude « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile en France et en Belgique : le droit français a-t-il encore quelque chose à dire ? », in T. Vansweevelt et B. Weyts (dir.), *Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. ICAV IV*, Intersentia, 2022, p. 271.

14. Pour citer quelques exemples : la page 15 du document est entièrement vide ; les apostrophes sont tantôt typographiques ('), tantôt droites (’), indice révélateur de copier-coller ; le document contient de nombreuses et disgracieuses lignes veuves ou orphelines...

15. V. par exemple D. Amram, « Identifying and Calculating Personal Injury Damages in Ireland, Italy, France and Belgium: Recent Debates between Scholars, Judges and Practitioners », in E. Quill et R. J. Friel (dir.), *Damages and Compensation Culture: Comparative Perspectives*, 2016, p. 113 ; M. Martin-Casals, « Non-Pecuniary Losses of Secondary Victims when the Primary Victim Survives: *Baremo v Dintilhac* », in *Essays in Honour of Helmut Koziol*, Jan Sramek Verlag, 2020, p. 117. V. également, en dernier lieu, K. Watts, *A Comparative Law Analysis of No-Fault Comprehensive Compensation Funds: International Best Practice & Contemporary Applications*, Intersentia, 2023.

16. M. Dugué, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, coll. « Bibl. dr. privé », LGDJ, t. 588, 2017. V. aussi, plus récemment, H. Guiziou, *La réparation du dommage : contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts*, th. dactyl. Paris 2, 2024, J.-S. Borghetti (dir.).

17. V. à ce sujet notre étude « L'influence du droit des personnes sur la responsabilité civile : une révolution silencieuse ? », in B. Teysié (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 401.

nies étaient celles du dommage corporel, il est fort probable que les deux prochaines seront celles des atteintes aux droits de la personnalité, à l'environnement et à d'autres intérêts dépourvus d'assise tangible, ce qui incite à repenser certaines solutions, voire certaines notions fondamentales qui sont parfaitement adaptées aux dommages traditionnels, mais beaucoup moins aux contentieux émergents<sup>18</sup>.

On l'aura compris, la suspension du projet de réforme en raison de la crise sanitaire et des changements ministériels, n'est peut-être pas qu'une source de consternation. Faisons-en plutôt une opportunité de repenser certains choix qui faisaient consensus il y a une vingtaine d'années, mais qui méritent d'être repensés à l'aune des transformations contemporaines d'une matière aussi fondamentale que celle qui régit les bras cassés et les morts d'hommes...

---

18. On pense notamment à la distinction entre dommage et préjudice et à l'élaboration de nomenclatures de préjudices, mais aussi aux règles sur la causalité et aux modes de réparation (en nature ou par équivalent).

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

### La contribution de l'histoire du droit à une analyse prospective de la responsabilité civile

**Olivier Descamps**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas  
Directeur du Centre d'Études d'Histoire Juridique  
(UMR 7184 – CNRS – Institut d'Histoire du Droit  
Jean Gaudemet)

*À la mémoire de Madame Geneviève Viney*

Les constantes évolutions scientifiques et techniques contraignent le juriste et le législateur à adopter une attitude plus souvent réactive qu'anticipatrice. Une telle démarche suppose de concevoir une adaptation du droit soit en modifiant des dispositifs existants, soit en créant de nouvelles normes. S'il est un domaine où la question se pose avec acuité, c'est bien celui de la responsabilité dans l'ensemble de ses composantes. Si l'on prend l'exemple de la voiture autonome, autrement nommée véhicule à délégation de conduite, les réflexions initiales quant à la responsabilité en cas d'accident mettent l'accent sur deux solutions possibles. D'une part, une action peut être engagée contre le constructeur du véhicule. On pointe alors la responsabilité du concepteur du système qui gère l'autonomie de la voiture. Celle-ci est munie de capteurs et de radars qui transmettent l'information à un système d'intelligence artificielle qui analysera les

données et qui permettra de générer la bonne action pour éviter toute collision. D'autre part, si le conducteur a décidé de reprendre le contrôle du véhicule, il sera responsable de tout dommage causé par son véhicule. Si une ordonnance du 14 avril 2021 a anticipé avant que n'interviennent des dommages, le cadre normatif détermine des contours précis à cette conduite. Il faut encore compter avec l'avenir de multiples possibilités comme un conducteur situé à l'extérieur du véhicule<sup>1</sup>.

La multiplication des innovations dans de nombreux domaines à l'image de l'automobile soulève la question des enjeux de responsabilité. Il s'agit plus particulièrement de l'émergence de nouveaux risques dont les conséquences dommageables sont incommensurables. Les domaines de prédilection des nouveaux territoires de la responsabilité ont été l'environnement, les nouvelles technologies et les biotechnologies. Un changement de paradigme a été progressivement ciselé par les philosophes dont

---

1. H. Christodoulou, « Quand la responsabilité pénale embarque à bord d'un véhicule à délégation de conduite », *Gaz. Pal.* 29 juin 2021, p. 10.

le plus marquant est incontestablement Hans Jonas. Ce dernier, dans un ouvrage fondateur – *Le principe responsabilité*<sup>2</sup> – a été à l'origine de ce qu'il nomme l'heuristique de la peur qui se trouve à la source philosophique du principe de précaution qui justifie une éthique vis-à-vis des générations futures, imposant une anticipation d'un nouveau genre. Le passage d'une prévisibilité, qui était une caractéristique des systèmes traditionnels de responsabilité, à une imprévisibilité doublée d'une incommensurabilité des dommages justifie de revoir les fondements de ce domaine du droit des obligations. Les risques auxquels l'humanité est confrontée sont de plus en plus majeurs dans leurs conséquences. On se souvient que le principe de précaution a été consacré pour la première fois dans la loi Barnier du 2 février 1995 (article L. 110-1 du code de l'environnement) avant d'être inséré dans le préambule de la Constitution de la V<sup>e</sup> République lors de la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005. Il l'a été, comme l'a été la Charte de l'environnement, au sein de laquelle il figure à l'article 5<sup>3</sup>. Cette insertion dans le texte constitutionnel n'a pas manqué de susciter des débats<sup>4</sup>. Le développement d'affaires judiciaires aux conséquences inconcevables jusque-là, à

l'image des crises sanitaires ou le scandale du sang contaminé, montre, s'il en était besoin, le passage d'une société du risque à une société de l'incertitude<sup>5</sup>.

De telles évolutions tendent à modifier le sens même du terme « responsabilité ». Il est connu que les origines du substantif sont assez tardives. En effet, il n'est consacré par le dictionnaire de l'Académie française qu'en 1798<sup>6</sup> même si son apparition était déjà intervenue dans la langue anglaise sous le vocable « *responsibility* » dans le vocabulaire du droit constitutionnel. Il désignait alors l'obligation incombant aux ministres de quitter leurs fonctions lorsque le corps législatif leur avait retiré sa confiance<sup>7</sup>. Une forme proche avait été utilisée par un auteur français dans la première moitié du xviii<sup>e</sup> siècle sans postérité. Il employait le terme « *responcion* » qui démontre l'usage d'un substantif avant le mot que chacun connaît<sup>8</sup>. Pour cerner la définition du mot responsabilité, il importe de partir de la forme adjectivale qui apparaît, quant à elle, au xiii<sup>e</sup> siècle. Précisément, responsable dérive du latin *respons*<sup>9</sup> auquel a été adjoint le suffixe *able*<sup>10</sup>. L'existence de l'adjectif dans sa forme complète est attestée en 1284<sup>11</sup> et recouvre trois acceptions qui sont les suivantes : « qui sert de réponse » ; « admis-

2. H. Jonas, *Le principe responsabilité*, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1995.

3. Voici précisément le texte de l'article : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

4. A. Laquière, « L'introduction du principe de précaution dans la Constitution : sens ou non-sens ? », *Revue de Métaphysique et de Morale* 2012/4, p. 549.

5. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, 2021, p. 66, n° 50.

6. E. Gamillschegg, *Französisches Etymologisches Wörterbuch*, 1960-1962, Bd. 10, réimp. St Alaban, 1989, p. 313.

7. *Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du xix<sup>e</sup> siècle et du xx<sup>e</sup> siècle*, t. 14, Paris, 1990, p. 973-974.

8. F. de Cormis, *Recueil de consultations sur diverses matières*, XX : « Car en effet, peut-on raisonnablement disputer que quand le commis délinque au fait de commission et en l'exercice de son emploi celui qui l'a commis n'en réponde civilement puisqu'il représente, et que quand on dit que peccata suos teneant auctores, nec ulterius progrediatum metus quam reperiatur delictum comme parle la loi Sancimus 22 C. De poenis [C., 9, 47, 22], ce n'est que pour la peine corporelle et pour l'amende qui est donnée en punition du crime selon que le titre De poenis le fait voir et non pas la responcion civile des depens, dommages et interets. » (éd. Paris, 1735, col. 1915). *Ibid.* : « Du délit des enfants et de la responcion du pere » (éd. cit., col. 1961).

9. L'origine de la racine *respons* doit être recherchée dans la notion romaine de *sponsio*. Il s'agit d'un mécanisme qui permet à une personne de répondre de la dette d'autrui. C'est une forme de garantie. Cf. A. Corbino, *Diritto privato romano*, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 563, n° 216.

10. G. Viney, « La responsabilité », *APD* 1990, t. 35, p. 276. Le suffixe vient du latin *habilis* supposant une capacité. M. Villey, sans le démontrer, a émis une hypothèse suggestive. L'adjectif serait le résultat d'une influence anglaise. M. Villey, « Esquisse sur le mot responsable », *APD* 1977, t. 22, p. 45.

11. F. Godefroy, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du ix au xv<sup>e</sup> siècle*, t. 7, Paris, 1982, p. 186. Sans que le terme soit utilisé, l'idée de garantie fonde une partie de la responsabilité juridique, comme le démontrent les développements de Philippe de Beaumanoir relatifs à la responsabilité des père et mère. Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, 1283, chap. XXI, De compagnie et d'oster enfant de bail, n° 640 : « Quant pere et mere ont leur enfans avec aus en leur garde ou en leur mainbournie, et li enfant font aucun mesfet ou quel mesfet il apartiegne amende d'avoir, l'en se prend du mesfet au pere se l'on ne peut tenir celui qui fist le mesfet. » (t. 1, Paris, éd. A. Salmon, 1970, p. 318).

sible en justice » et « qui peut résister ». Progressivement, le sens de l'adjectif se cristallise sur celui qu'on lui connaît lié à l'obligation de répondre<sup>12</sup>. Illustrant cette cristallisation sur l'idée de réponse et de garantie, le *Dictionnaire Trévoux*, qui plagie largement le *Dictionnaire de Furetière*<sup>13</sup>, le définit selon un triptyque éloquent : « qui est tenu, qui est garant, qui doit répondre de quelque chose »<sup>14</sup>. Cette définition, centrée sur l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur, ne correspond plus véritablement à l'évolution présente de la responsabilité. En effet, le système de la responsabilité a été en somme forgé dans un contexte dont le substrat humaniste, bientôt teinté de cartésianisme, a conduit l'anthropocène à maîtriser la nature. On peut même aller plus loin. L'émergence de la doctrine du droit naturel moderne a remis en cause la conception objectivée du monde telle que les Grecs, les Romains et le christianisme l'avaient dessinée. L'homme est présenté comme étant la mesure de toute chose et il devient l'alpha et l'oméga, ce qui permet la formation de nouvelles conceptions juridiques. Entre autres choses, la figure de l'individu se fait jour, progressivement affranchie de ses communautés de rattachement, pouvant ainsi ouvrir la voie vers une généralisation du principe de la responsabilité personnelle pour la faute commise. L'apparition de nouveaux dommages, les problématiques environnementales, l'éthique de la responsabilité envers les générations futures modifient sensiblement la définition même de la notion de responsabilité. On passe à une conception qui va au-delà de cette « simple » garantie. Aujourd'hui, manifestement, triomphe l'idée d'H. Jonas qui met l'accent sur l'importance de « prendre soin d'un être vulnérable que l'on s'est vu confier »<sup>15</sup>.

Dans la démonstration du philosophe allemand, il importe de préserver le cadre de vie des générations futures qu'est la nature. P. Ricoeur, quant à lui, appelait de ses vœux à une « orientation plus délibérément prospective, en fonction de laquelle l'idée de prévention des nuisances à venir s'ajouterait à celle de réparation des dommages déjà commis »<sup>16</sup>. Les événements climatiques qui sont constamment rappelés par les experts scientifiques, notamment dans les rapports du GIEC<sup>17</sup>, tendent à donner raison à ces deux philosophes. Mais ils pensent la société selon les vues et les concepts de leur discipline. La responsabilité juridique se situe sur un autre plan. Elle a ses caractères propres et son unité réside bien dans « l'obligation de répondre qui en est la racine »<sup>18</sup>. Cette obligation est le nouveau vecteur d'extension du domaine d'application de la responsabilité.

Un substrat important est au cœur de la responsabilité juridique qui a trait à son rapport avec la morale. La responsabilité juridique n'est pas la responsabilité morale, mais elle entretient avec celle-ci des liens quant aux intentions et aux actes accomplis. Une distinction majeure a été forgée par les pères de l'Église entre le for de la conscience et le for contentieux. C'est en somme la distinction entre la pensée et l'acte qui la réalise. En principe, pour la première, c'est le for interne qui est concerné tandis que pour le second il est possible d'engager la responsabilité juridique. Cela signifie que divers éléments vont occuper une place déterminante dans l'appréhension de ce qui va obliger l'auteur d'un acte répréhensible : la liberté, le libre arbitre, la volonté. Une question de capacité est en jeu qui rejoint la *capax doli* romaine revisitée par les docteurs médiévaux. Ces thèmes font l'objet depuis

12. E. Huguet, *Dictionnaire de la langue française du XVI<sup>e</sup> siècle*, t. 6, Paris, 1965, v<sup>o</sup> « Responsable » : « capable de résister; celui de qui l'on répond. ».

13. J.-M. Waquet, *La conjuration des dictionnaires. Vérité des mots et vérités de la politique dans la France moderne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 161 et s.

14. Trévoux, *Dictionnaire français et latin vulgairement appelé dictionnaire de Trévoux*, t. 7, Paris, 1771, v<sup>o</sup> « Responsable » : « Prononcez l's de la première syllabe en ce mot. Qui est tenu, qui est garant, qui doit répondre de quelque chose. Voyez caution, garant, répondre. ».

15. G. Marmasse, « Hans Jonas, la responsabilité et l'éthique du futur », in E. Berry, D. Gantschnig, L. Gatti et D. Veillon (dir.), *Les responsabilités*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 7 et s.

16. P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité : essai d'une analyse sémantique », *Esprit* novembre 1994, p. 28.

17. Le sixième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat date du 20 mars 2023.

<https://www.ecologie.gouv.fr/publication-du-6e-rapport-synthese-du-giec>.

18. C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577.

longtemps de débats opposant les tenants du libre arbitre aux sectateurs du déterminisme<sup>19</sup>. L'homme est-il maître de ses actes ou est-il le jeu de forces qui le dépassent ? Déjà au XVIII<sup>e</sup> siècle, Julien Offray de la Mettrie s'était engagé dans la démonstration de l'existence de l'homme-machine<sup>20</sup>. C'est en somme le combat du matérialisme contre le spiritualisme. Ce débat philosophique a été repris sur le terrain de la sociologie avec les thèses de Pierre Bourdieu<sup>21</sup> et Bernard Lahire<sup>22</sup> qui font l'objet de critiques défendant l'existence d'un libre arbitre des individus<sup>23</sup>.

Les nouvelles métamorphoses de la responsabilité et les enjeux sociétaux<sup>24</sup> qu'on peut lui assigner conduisent donc à constater la volonté de réinvestir la responsabilité civile dans ses fonctions traditionnelles. Il ne faut pas oublier que la responsabilité civile est née dans l'ombre de la responsabilité pénale<sup>25</sup>. Il existe ainsi une « inter-pénétration des fonctions respectives » entre l'une et l'autre<sup>26</sup>. Dans son évolution traditionnelle, la responsabilité civile, on le sait, assume trois fonctions. La première relève de l'idée de sanction qui rejoint sa matrice pénale<sup>27</sup>. Défendue dès l'ancien droit, elle l'est encore dès le début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>28</sup> et se trouve encore au cœur des thèses soutenues par la suite par de grands noms de la doctrine à l'image de B. Starck<sup>29</sup> et de S. Carval<sup>30</sup>. La seconde est le cœur même qui lui a été peu à peu assigné au travers de la répara-

tion. La troisième, enfin, est la prévention qui a longtemps complété le triptyque. Cependant, deux phénomènes ont bouleversé ses finalités : le développement des mécanismes de l'assurance et l'émergence de dommages imprévisibles aux conséquences incommensurables. Quant à l'assurance, Madame Viney a magistralement étudié *le déclin de la responsabilité individuelle* dans une thèse devenue un classique, au noble sens du terme, reconnu de la littérature juridique<sup>31</sup>. On a pu mesurer les limites de la multiplication des régimes spéciaux d'indemnisation. Lors de l'affaire du sang contaminé, les victimes indemnisées voulaient davantage qu'une réparation en monnaie sonnante et trébuchante par l'intermédiaire d'un fonds dédié, elles souhaitaient voir désigner un coupable. C'est la terrible phrase de la ministre de la Santé de l'époque, Mme Georgina Dufoux, assénant lors d'une interview : « responsable, mais pas coupable ». Autrement dit, qu'il faille assumer une responsabilité conduisant à une réparation soit, mais endosser une culpabilité, c'est-à-dire la dimension sanctionnatrice, cela n'était pas possible. Cela illustre clairement l'une des attentes des victimes : « le besoin symbolique de reconnaissance »<sup>32</sup>. La volonté d'assurer le plus largement possible la fonction réparatrice explique l'élargissement de la responsabilité sans faute et la collectivisation de la responsabilité. Cependant, l'un

19. Ce débat est analysé avec clarté par A. Laurent, *Responsabilité. Réactiver la responsabilité individuelle*, Paris, Les Belles Lettres, 2020, voir les chapitres 3 « neuroscientisme contre liberté de la volonté » et 4 « le libre arbitre n'a pas dit son dernier mot... »

20. J. Offray de la Mettrie, *L'homme machine*, Paris, Folio, 1999. D'autres auteurs ont aussi utilisé l'image de l'homme statue.

21. P. Bourdieu et J.-C. Passeron, *La reproduction. Éléments d'une théorie du système d'enseignement*, Paris, Les éditions de Minuit, 1970.

22. B. Lahire, *Dans les plis singuliers du social : individus, institutions, socialisations*, Paris, La Découverte, 2013. *Id.*, *Pour la sociologie. Pour en finir avec une prétendue culture de l'excuse*, Paris, La Découverte, 2016.

23. G. Bronner et E. Géhin, *Le danger sociologique*, Paris, PUF, 2017, p. 20-26. Voir également, A. Laurent, *op. cit.*, p. 67-85.

24. Dans le cadre de la Fondation Charles Léopold Mayer, Pierre Calame, qui a participé à de nombreux projets dirigés par Mireille Delmas-Marty, a rédigé un ouvrage qui donne à réfléchir : *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, Paris, Fondation Charles Léopold Mayer, 2020.

25. Nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage : *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.

26. G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2019, p. 191, n° 110.

27. O. Descamps, « Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental », in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, p. 44-45.

28. L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Paris, 1904.

29. B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947.

30. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.

31. G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LDGJ, 1965, réimp. dans la collection Anthologie du droit, 2014.

32. F. Dreiffus-Netter, « Les attentes de la victime », in D. Fenouillet (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2020, p. 74-75.

des effets néfastes d'une telle démarche a été de favoriser la responsabilité pénale<sup>33</sup>. Afin d'assurer la fonction répressive, on a assisté depuis près de 40 ans à une pénalisation de la société, car il ne s'agit plus uniquement de « sanctionner une volonté de nuire », objet traditionnel de la matière, mais « d'attribuer à tout dommage visible une volonté invisible. »<sup>34</sup> Quant aux nouveaux dommages, les conditions – faute, dommage, lien de causalité – et les effets de la responsabilité civile ne suffisaient plus dans leur conception historique pour les indemniser. S'est fait jour la nécessité de réinvestir la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile et d'insister sur le troisième volet de la prévention avec une dimension tournée vers le futur. Madame Thibierge a proposé la création d'une nouvelle responsabilité aux côtés des responsabilités pénale et civile. Il s'agirait d'une responsabilité préventive et universelle mettant l'accent sur l'anticipation. Toutefois, M. Larroumet a souligné que

« les juges ont d'autres possibilités pour empêcher la survenance d'un dommage »<sup>35</sup>.

Dans le projet de réforme présenté devant le Sénat le 29 juillet 2020, outre les « ambitions » de modernisation, de clarification et de stabilisation<sup>36</sup>, c'est surtout une proposition fondée sur ce qui fait consensus. Beaucoup d'innovations proposées dans les projets Catala et Terré<sup>37</sup> n'ont pas été reprises<sup>38</sup>. L'avant-projet de 2016 suggèrerait, par exemple, dans son article 1266 l'instauration d'une amende civile<sup>39</sup> avec l'idée présentée par le garde des Sceaux de voir sanctionner des comportements socialement répréhensibles sans qu'ils ne relèvent du domaine pénal. Le texte inséré dans le projet de réforme du 13 mars 2017 à l'article 1266-1<sup>40</sup> était différent dans sa rédaction, mais l'esprit demeurerait. Même si cette peine privée soulève des difficultés<sup>41</sup> et des critiques<sup>42</sup>, il n'est pas exclu que les débats parlementaires autour de la proposition sénatoriale de 2020 conduisent à une réintroduction de

33. Ph. Malaurie, « La responsabilité civile », in *Le crime contre l'humanité mesure de notre responsabilité, actes du cycle de conférences « Droit, Liberté et Foi »*, juin 1997, Cahiers de l'école cathédrale, Paris, 1998, p. 41.

34. A. Garapon, « La demande de responsabilité », in *Le crime contre l'humanité mesure de notre responsabilité...*, préc., p. 62. Dans une optique similaire, Y. Lambert-Faivre constate le « rôle cathartique » du procès pénal. Il rend possible une confrontation de la victime avec le coupable, en permettant de mettre un visage sur la cause de ses souffrances. À cette occasion, elle pourra assumer son instinct de vengeance et ses émotions, in « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 22.

35. Ch. Larroumet, « La responsabilité civile : questions actuelles », in Ch. Larroumet (dir.), *La responsabilité : questions actuelles*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2018, p. 11.

36. Ph. Stoffel-Munck, « L'ambition et la méthode de la réforme de la responsabilité », in G. Cerqueira et V. Monteillet (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020*, Paris, Dalloz, 2021, p. 5-7.

37. F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.

38. Par exemple, quant aux conditions, voir S. Porchy-Simon, « La modernisation des conditions de la responsabilité », in G. Cerqueira et V. Monteillet (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 84-87.

39. « Art. 1266. – Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. »

40. Article 1266-1 : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

Elle n'est pas assurable. »

41. S. Carval, « L'amende civile », in *Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications*, *Gaz Pal.* 25 juillet 2016, supplément aux n° 30-34, p. 42. L'auteur soulignait que s'il existait des avantages, le risque d'inconstitutionnalité du texte en l'absence d'une définition précise de la faute sanctionnée menaçait sa consécration.

42. E. Dreyer, « Propos critiques sur l'amende civile », in D. Fenouillet (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, op. cit., p. 163.

cette voie permettant de réinvestir la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile. Cette question n'était pas nouvelle puisque diverses propositions doctrinales avaient cherché le meilleur moyen d'atteindre cet objectif. Il avait été notamment suggéré de distinguer les couples réparation-indemnisation et responsabilité-répression, afin d'éviter une confusion entre l'imputation et la compensation<sup>43</sup>. Dès 1965, Mme G. Viney avait démontré la nécessité de séparer les démarches indemnitaire et répressive<sup>44</sup> et avait formulé trois règles pour y parvenir : interdire le droit d'option entre l'indemnisation collective et la poursuite individuelle du dommage, la réparation ne pouvant être obtenue qu'en se tournant vers le système collectif ; réparer intégralement le dommage, ce qui incombe à ce même système indépendamment de la prise en compte des fautes ; et rechercher les responsabilités individuelles, les recours étant engagés par la collectivité.

Ces considérations rejoignent un constat qui est déjà ancien et qui semble immuable : la responsabilité est en crise. Crise de croissance ou crise d'identité, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, les difficultés se sont accumulées tant du point de vue des fondements avec l'émergence du risque, de la garantie et de la précaution que du point de vue des effets<sup>45</sup>. Les enjeux contemporains comme ceux qui adviendront soulèvent la question de l'avenir de la responsabilité dans son ensemble et particulièrement celui de la responsabilité civile<sup>46</sup>. C'est un point essentiel, car chacun sait que la responsabilité est la condition de notre humanité telle que Saint-Exupéry nous l'a rendu sensible dans son roman *Terres des Hommes* dans un énoncé des plus implacables : « être homme, c'est précisément être responsable »<sup>47</sup>. Cette

obligation de répondre de ses actes qui pèse sur tout un chacun, a non seulement une fonction juridique, mais également une fonction sociale, si ce n'est politique. La responsabilité a un rapport au temps présent, mais aussi, et de plus en plus, au futur. Cependant, son passé « offre des clefs précieuses pour essayer de décrypter l'avenir »<sup>48</sup>.

On attribue classiquement au rhéteur Cicéron la maxime : « l'âme qui prévoit l'avenir regarde le passé ». Dès lors, face à la complexité des problématiques relatives à la responsabilité, quelle peut être la contribution de l'histoire du droit, discipline toujours féconde<sup>49</sup>, à une analyse prospective de la responsabilité, particulièrement dans son versant civil ? Ne paraît-il pas quelque peu paradoxal de mobiliser les évolutions de ce domaine du droit des obligations à l'heure d'Internet, de la cybercriminalité, du réchauffement climatique, des dommages médicaux avec une étendue pratiquement incommensurable, autrement dit loin de la conception historique de la responsabilité ? L'histoire du droit présente, comme le droit, les contours d'une technique, voire d'une technologie du changement<sup>50</sup>, qui prend aussi les atours d'une boîte à outils conceptuels. Elle recouvre une diversité de fonctions : approfondir la connaissance érudite du passé du droit ; fournir les éléments d'une critique du droit contemporain et, associant les deux premières, permettre une adaptation et une anticipation face aux défis du monde futur. L'idée d'une histoire du droit subversive a été récemment soutenue<sup>51</sup>, notamment dans la formation des jeunes juristes au sein des écoles de droit.

Sans écraser les perspectives ni les contingences d'une époque, le domaine de la

43. L. Engel, *La responsabilité en crise*, Paris, Hachette, p. 89.

44. G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit.

45. E. de Givry, « La crise de la responsabilité civile », in Y. Aguila (dir.), *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Paris, PUF, 2007, p. 246-248.

46. Y. Lequette et N. Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Paris, Dalloz, 2015.

47. A. de Saint-Exupéry, *Terres des Hommes*, in M. Autrand et M. Quesnel (dir.), *Œuvres complètes*, t. 1, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1994, p. 197.

48. Y. Lequette, « Propos introductifs », in Y. Lequette et N. Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, op. cit., p. 5.

49. J. Krynen et B. d'Alteroche, *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014.

50. J.-L. Halpérin, *Profilis de mondialisation du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 3-4. L'auteur présente sa conception du droit dans une approche positiviste dans le prolongement des thèses de Kelsen et de Hart. L'histoire du droit constitue une étude historique des phénomènes juridiques, nous considérons que l'on peut inclure dans cette technologie du changement cette discipline à la fois rétrospective mais qui est aussi un instrument de prospective.

51. R. Sandberg, *Subversive legal history. A manifesto for the future of legal education*, Oxon, Routledge, 2021, p. 48.

responsabilité civile présente une problématique générale qui transcende les périodes. Il est toujours question de déterminer la nature et l'étendue d'un dommage, de rechercher la personne du responsable et de fixer une réparation<sup>52</sup>. La contribution de l'histoire du droit portera sur les conditions de la responsabilité (I) et sur ses effets (II).

## I. La contribution relative aux conditions de la responsabilité civile

L'histoire du droit montre l'adaptation des conditions de la responsabilité aux innovations produites à telle ou telle époque. Sa nature a pu varier en fonction des types de sociétés entre responsabilité objective ou responsabilité subjective. L'évolution des notions de dommage (A) de faute (B) et de causalité (C) livre des points de repère pour appréhender les nouveaux défis à venir auxquels sera confronté le système de la responsabilité civile.

### A. L'extension constante de la notion de dommage

L'histoire de la notion de dommage montre une extension permanente de son contenu. Chacun se souvient que les racines de notre système de responsabilité civile sont à rechercher dans le droit romain. Plus particulièrement, la loi *Aquilia*, siège historique de la matière, qui est un plébiscite voté vers 287 avant Jésus-Christ, comprend trois chapitres dont deux vont être importants pour notre sujet et visent à sanctionner les atteintes aux biens d'autrui<sup>53</sup>. Il s'agit de permettre la poursuite du délit civil dénommé *damnum iniuria datum* ou dommage causé sans droit. On lit dans ces mots les conditions qui demeurent indispensables pour prétendre à la réparation d'un dommage. Situé au sein du livre IX, titre 2 du Digeste, ce qui est intéressant, déjà dans le droit romain dans une analyse prospective du droit à venir du <sup>xxi</sup>e siècle déjà bien engagé, c'est la démarche casuistique dans le

cadre de ce délit civil. La définition de la notion ne figure pas dans cette loi mais dans un titre qui, lui aussi, présente un intérêt pour notre temps, consacré au dommage futur (D., 39, 2, 3). Il s'agit d'une perte ou d'une diminution qui affecte le patrimoine. Pour cerner les modalités des atteintes, les chapitres I et III de la loi *Aquilia* utilisent des verbes qui permettent de classer des comportements qui font l'objet d'une liste<sup>54</sup>. Dans le chapitre I, qui vise la sanction de la mort d'un esclave ou d'un quadrupède, deux verbes permettent de classer les actes répréhensibles : *occidere* (tuer) et *causam mortis praestare* (fourrir la cause de la mort). Le chapitre III concerne, quant à lui, le dommage causé à une chose matérielle<sup>55</sup>. Plusieurs verbes permettent également de ventiler les comportements dommageables : *urere* (brûler), *frangere* (briser) et *rumpere* (rompre). Une assimilation entre *rumpere* et *corrumpere* a été ensuite établie. Le travail des juristes romains va permettre une extension des domaines d'application en incluant tous les types de propriétés. L'extension ne va pas jusqu'à viser les atteintes aux personnes car l'une des conditions initiales de mise en œuvre de l'action de la loi *Aquilia* est d'être propriétaire. Or, un homme libre n'est pas propriétaire de ses membres. De même, le dommage moral ne peut pas faire l'objet d'une estimation pour la même raison. L'homme libre ne peut agir que dans le cadre d'autres actions comme les actions de jet d'objet ou de position dangereuse (D., 9, 3, 7) ou l'action de pauperie lorsqu'un chien a mordu une personne (D., 9, 1, 3). Dans la loi *Aquilia*, le dommage doit être actuel. Il va s'agir d'une responsabilité curative. Dans le cadre de l'action de position dangereuse, nous sommes en présence d'une action préventive. Ce n'était pas le premier cas de ce type en droit romain. En effet, dès la loi des XII Tables, une action en vue de prévenir le dommage causé par la chute d'un arbre avait été établie<sup>56</sup>. Dès lors, si une personne voit qu'un vase menace de tomber d'un rebord de fenêtre, elle peut agir pour prévenir le dommage éven-

52. O. Descamps, « Histoire de la responsabilité en France », in D. Fenouillet (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, op. cit., p. 4.

53. J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, Paris, Lextenso, 2009, p. 294-295.

54. O. Descamps, *Les origines...*, op. cit., p. 30-35.

55. A. Corbino, op. cit., p. 644, n° 249.

56. M. Kaser et R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, München, C. H. Beck, 2005, p. 115.

tuel<sup>57</sup>. Un autre cas de responsabilité préventive démontre une adaptation aux évolutions du temps, singulièrement le développement de l'urbanisme à Rome. Il s'agit du dommage futur (*damnum infectum*) dont le régime juridique est tout entier tourné vers la prévention avec une procédure rigoureuse<sup>58</sup>.

Le droit médiéval, tant dans le *jus commune*, c'est-à-dire le droit romano-canonique issu des enseignements dans les universités créées au XI<sup>e</sup> siècle, que dans le *jus proprium*, ancêtre des droits nationaux, va reprendre le dossier à nouveaux frais. Une extension du domaine du dommage matériel est opérée tandis que le refus de réparer le dommage moral est maintenu en raison de l'impossible estimation de la valeur d'un homme libre. Un seul cas est reconnu : celui de la rupture des fiançailles, et encore uniquement devant les officialités, c'est-à-dire les cours ecclésiastiques<sup>59</sup>. Les juristes médiévaux ont du mal à s'abstraire de la casuistique. Tout au plus civilistes et canonistes proposent-ils une définition du dommage qui ne coïncide pas nécessairement avec la diminution du patrimoine. Ils distinguent les moyens de causer un dommage à une chose à l'instar de Placentin ou bien de séparer forme, objet et modalités de sa réalisation<sup>60</sup>. Dans le *jus proprium*, la notion d'*iniuria* permet une extension du domaine de la responsabilité civile au-delà des choses<sup>61</sup>.

Le droit de l'époque moderne (XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) reste prisonnier de la casuistique romaine. La doctrine présente des distinctions à l'image de la dichotomie entre dommage direct et dommage indirect, mais l'on voit qu'il s'agit davantage de mettre en avant la causalité que la pure nature, matérielle ou morale, de la lésion subie. Il faut attendre l'énoncé d'une clause générale de res-

ponsabilité sous la plume d'Hugo Grotius en 1619 pour sortir de la casuistique traditionnelle. Le principe qu'il formule débute par l'acte répréhensible avant d'évoquer le dommage en employant une expression incluant tous types de dommage<sup>62</sup>. La formulation générique est encore plus évidente chez Domat qui débute sa clause générale de responsabilité par les mots : « Toutes les pertes et tous les dommages... »<sup>63</sup>. Ce qui est intéressant et que l'on retrouve dans le projet de réforme de 2020, c'est une distinction entre les notions de dommage et de préjudice. Cette distinction, qui a été énoncée par le juriste sicilien du XV<sup>e</sup> siècle Andrea Barbazza, repris par le bourguignon Barthélémy de Chasseneux au XVI<sup>e</sup> siècle, laisse entrevoir une différence entre la valeur brute du dommage et la part subjective du préjudice.

L'histoire du droit de la responsabilité civile laisse comprendre que l'extension de la notion de dommage a été envisagée dès Rome. La condition de son admission pouvait être la certitude, mais aussi le caractère futur. Toutefois, des réticences ont affecté l'admission de certaines lésions avant la formulation d'une clause générale. On pourrait évoquer les difficultés d'admission de certains dommages dans la période contemporaine, mais qui ont finalement été considérés comme réparables. Le dommage moral dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle a opposé la doctrine sur son admission ou non à une indemnisation. La question est de déterminer les raisons qui conduisent à une extension du domaine du dommage. Il est notamment un aspect qui peut avoir une importance à savoir que la multiplication des dommages réparables représente un coût qui peut alourdir le système d'indemnisation<sup>64</sup>. L'extension du domaine du

57. W. Wolodkiewicz, « Deiectum vel effusum e positum aut suspensum nel diritto romano », *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1968, n° 12, p. 368-369.

58. M. Zidlicka, « Die prätorischen Edikte *de negotis gestis* und *de damno infecto*. Eine Vergleichung der Entstehungsumstände », *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 2003, n° 50, p. 484.

59. A. Lefebvre-Teillard, *Les officialités à la veille du concile de Trente*, Paris, LGDJ, 1973.

60. O. Descamps, *Les origines...*, *op. cit.*, p. 37.

61. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, p. 323, n° 158.

62. H. Grotius, *Du droit de la guerre et de la paix*, II, 21, 1, 1 : « Nous appelons maléfice toute faute, soit en faisant, soit en ne faisant pas, en opposition avec ce que les hommes doivent faire ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu un dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer » (éd. Paris, PUF, 2012).

63. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 7, 8, 4, 1, éd. Paris, 1689 : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance, de ce qu'on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait quand même il n'aurait pas intention de nuire... ».

64. G. Viney, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, p. 167, n° 96.

dommage voit son périmètre s'enrichir continuellement par la tendance, par exemple, à la « psychologisation du dommage »<sup>65</sup> dont le préjudice d'angoisse est une des illustrations. L'histoire du droit fournit les éléments permettant de concevoir l'indemnisation de dommage à venir à l'image de l'impact de la révolution industrielle, révélant des préjudices jusque-là impensables. Mais pour les admettre, il faut non seulement qu'ils soient certains, actuels ou futurs, mais il importe également de repenser le second fondement : la faute.

## B. Les vicissitudes de la faute

La faute, on le sait, a connu une histoire mouvementée<sup>66</sup>. Elle est conçue classiquement comme un fait illicite que l'on peut imputer à son auteur. En droit romain, dans le cadre de la loi *Aquilia*, l'élément d'illicéité résidait dans l'*iniuria*. La notion recouvre deux phénomènes. D'une part, elle désigne un délit général qui vise les atteintes mineures à la personne. D'autre part, elle témoigne qu'un acte a été commis sans droit. La responsabilité qui y est associée est davantage objective. La démarche est la suivante : l'appréciation concerne le résultat avant de remonter à l'acte et à son agent<sup>67</sup>. Dans la forme primitive de la loi *Aquilia*, le sens de l'*iniuria* correspond alors à un acte commis en l'absence de toute justification, à savoir *non iure*<sup>68</sup>. Progressivement, les juristes romains vont parvenir à une équivalence entre *iniuria* et *culpa*. Un infléchissement subjectif se fait jour au cours du 1<sup>er</sup> siècle avant J.-C. L'auteur doit être en mesure d'évaluer l'acte qu'il va commettre tout en sachant qu'il n'a aucune justification dans le droit<sup>69</sup>. On a donc une démarche qui, d'un côté, est très objective en ce que l'on opère une évaluation des circonstances de manière brute, d'un autre côté, l'acte de l'au-

teur suppose qu'une analyse de ses capacités physico-psychiques soit menée. Le fondement de l'action aquilienne est alors la faute très légère qui suppose une comparaison avec un standard représenté par le père de famille diligent. Le critère d'évaluation est ainsi la *diligentia* dont le degré va varier en fonction de la faute.

La confrontation de Rome à des peuples caractérisés par la tradition germanique donne naissance à un droit vulgaire qui dénature sensiblement le droit classique romain. Quand la capitale de l'Empire est prise par les barbares, c'est tout un système qui s'effondre. Du point de vue de la responsabilité, le fait juge l'homme. Cette objectivation contraste avec le droit canonique naissant qui affirme clairement l'individualisation de la faute. La première renaissance du droit romain au XI<sup>e</sup> siècle ouvre une ère nouvelle avec la redécouverte des compilations de Justinien, la naissance, la création des universités et la mise en œuvre de nouvelles méthodes pour les analyser<sup>70</sup>. Dans ce contexte, les sources romaines et canoniques sont étudiées à nouveaux frais. Le comportement fautif est l'occasion de développer une théorie de l'imputabilité, ce qui soulève les questions autour de la volonté et du libre arbitre. Il s'agit de savoir qui peut se voir imputer un comportement ayant causé un dommage. Une autre théorie se fait également jour avec la notion de culpabilité<sup>71</sup> et les divers degrés de faute que l'on peut analyser. Si le droit romain n'avait pas donné de définition précise de la *culpa*, la doctrine médiévale y voit pour une partie de ses auteurs une déviation des dispositions de la loi, sachant que celle-ci doit être connue de tous, tandis que d'autres l'envisagent d'une manière plus large en y associant l'idée d'une déviation de ce qui est bon, soit en faisant le mal,

65. N. Molfessis, « La psychologisation du dommage », in Y. Lequette et N. Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, op. cit., p. 39 et s.

66. J.-L. Gazzaniga, « Notes sur l'histoire de la faute », *Droits* 1987, t. 5, p. 17.

67. R. Robaye, « Responsabilité objective ou subjective en droit romain, questions de terminologie et de méthode », *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1990, t. 58, p. 354.

68. C. A. Cannata, « Sul testo della Lex *Aquilia* e la sua portata originaria », in L. Vacca (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, G. Giappichelli, 1995, p. 37.

69. B. Perrin, « Le caractère subjectif de l'*iniuria* aquilienne », in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, t. 4, Milano, Giuffrè, 1956, p. 268.

70. T. Herzog, *Une brève histoire du droit en Europe. Les 2500 dernières années*, Paris, Anacharsis, 2023, p. 107.

71. L. Kéry, « La culpabilité dans le droit canonique classique de Gratien (vers 1140) à Innocent IV (vers 1250) », in J. Hoarau-Dodinau et P. Texier (dir.), *La culpabilité*, Limoges, PULIM, 2001, p. 429.

soit en omettant le bien sciemment ou par ignorance<sup>72</sup>.

La doctrine de la période moderne reste attachée à la casuistique sur le comportement fautif, mais elle tend à une systématisation qui culmine avec Jean Domat. Cette recherche d'une définition générale de la *culpa* donne lieu à des approches différentes, mais instructives. Elle est définie par la lésion qu'elle engendre avec une mise en avant de la prévisibilité. Il n'est pas rare de voir la notion définie comme une lésion par imprudence que l'homme aurait pu éviter. Le choix terminologique permet de préciser des distinctions. Bien entendu, l'imprudence n'est pas le dol et la prévisibilité permet d'opposer les situations causées par cas fortuit. On retrouve deux éléments que les auteurs de cette époque reprennent : l'illicéité qui suppose une contrariété à des normes et le défaut de prévisibilité. Ce dernier est conçu autour de deux aspects : la potentialité et le devoir. Jean Domat, marqué par la pensée janséniste, met l'accent sur le devoir pesant sur chacun et qui impose de prévoir le dommage. Ne pas y parvenir est la source d'une faute<sup>73</sup>. Pratiquement près d'un siècle plus tard, le célèbre criminaliste Pierre Muyart de Vouglans reprend ces éléments et y rajoute la contradiction formelle à la loi<sup>74</sup>, ce qui est une innovation importante. La conception de la faute est essentiellement subjective avec cette recherche de l'intention. La période révolutionnaire remet en cause cette approche dans les projets de cet « impossible Code civil »<sup>75</sup> présentés par Cambacérés. Dans les trois versions (1793, 1794 et 1796), aucune référence à la faute n'y figure.

Il est simplement indiqué dans une clause générale que « tout homme qui a causé du dommage à un autre, dans sa personne ou dans ses biens, est obligé à le réparer »<sup>76</sup>. Il s'agit bien d'une responsabilité objective qui illustre la méfiance à l'égard de la nature humaine des révolutionnaires, plus proche de Hobbes que de Rousseau<sup>77</sup>. On associe traditionnellement le Code Napoléon à un retour de la faute qui laisserait entendre une subjectivation en réaction à la période précédente. Le système de la responsabilité civile est établi dans cinq articles (1382 à 1386, aujourd'hui 1240 à 1245-17). Si dans l'énoncé du principe général, « une faute est nécessaire ; une faute quelconque est suffisante »<sup>78</sup>, il importe d'évaluer la place qui lui est assignée dans le système adopté. Une analyse circonstanciée menée par G. Bigot montre que la structure de l'article 1382 (aujourd'hui 1240) place le fait dommageable au centre du dispositif avant d'énoncer la faute dans une vision consécutive. Il s'agit d'une « forme d'objectivisme juridique au service de l'ordre social »<sup>79</sup>. Il faut se reporter aux commentaires de l'École de l'exégèse pour que le subjectivisme soit introduit en procédant à une définition de la responsabilité par rapport à la faute, contrairement à la structure de l'énoncé du principe général<sup>80</sup>. Le fait fautif suppose la lésion commise « sciemment et méchamment »<sup>81</sup> des droits d'autrui. Une corrélation est établie avec les articles 4 et 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen relatifs à la liberté et à ses limites. Ce qui est également important de relever, c'est l'unicité de la faute puisque l'article 1383 (aujourd'hui

72. O. Descamps, *Les origines...*, op. cit., p. 70.

73. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 2, 8, 4, 8, éd. Paris, 1689 : « Ceux qui pouvant empêcher un dommage, que quelque devoir les engage de prévenir, y auront manqué, pourront être tenus selon les circonstances ».

74. P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Première Partie, I, 3, 3, n° 2, éd. Paris, 1780 : « L'on appelle faute, en général, tout dommage que l'on cause à autrui sans dessein formel de lui nuire, et seulement pour n'avoir pas fait ce qu'on devrait faire, ou pour avoir fait ce qu'on ne devait pas. Comme l'un et l'autre cas l'on contrevient formellement à la loi [...] ».

75. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 131 et p. 232.

76. *Projet de Code civil présenté à la Convention nationale le 9 août 1793 par le citoyen Cambacérés*, Paris, Imprimerie nationale, 1793, p. 107. Il s'agit du point III de l'article II consacré aux « causes des obligations ».

77. Nous renvoyons aux travaux de X. Martin dont, entre autres, *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, Bouère, DMM, 2022.

78. H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1957, p. 54, n° 44.

79. G. Bigot, « "Si nous étions justes". Retour sur quelques présupposés en matière de responsabilité civile », *RHDFE* 2007, p. 285-286.

80. *Ibid.*, p. 288.

81. *Ibid.*

article 1241) « assimile le quasi-délit (imprudence ou négligence) au délit (faute volontaire) »<sup>82</sup>. Cependant, toute l'évolution ultérieure au Code civil se caractérise par divers aspects qui aboutissent à une remise en cause de la faute et à son éclatement. Le machinisme a soulevé la difficulté de prouver la faute. Après avoir utilisé d'autres fondements pour admettre la réparation comme l'utilisation de l'article 1386, une lecture novatrice de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> a permis de sortir de l'ornière. La notion de risque, et particulièrement de risque professionnel, a constitué un nouveau fondement de la responsabilité civile<sup>83</sup>. Les débats ont été édifiants à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, dont on peut apprécier la teneur dans l'ouvrage de S. Carval consacré à *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*<sup>84</sup>. La notion de garantie forgée par B. Starck a présenté l'intérêt de modifier le regard sur la conception de la responsabilité. En effet, il s'est agi d'un changement de paradigme qui ne visait plus la sanction du responsable, mais bien plutôt l'indemnisation de la victime<sup>85</sup>. Cette nouvelle approche supposait donc de ne pas s'attacher à l'appréciation du comportement de l'auteur, mais au type de dommage subi par la victime. La jurisprudence n'a cependant pas repris cette théorie, mais elle a souvent été une source d'inspiration pour améliorer le sort de la victime<sup>86</sup>. Progressivement s'est fait jour une distinction des types de faute. En effet, la faute subjective telle qu'elle avait été conçue au cours du XIX<sup>e</sup> siècle coexiste avec une conception objective qui met l'accent sur le comportement qui est en contradiction avec une conduite raisonnable. R. Saleilles invite à considérer que c'est le fait qui intervient en premier lieu dans l'article 1382 (aujourd'hui 1240) et que la faute ne joue qu'un rôle secondaire<sup>87</sup>. Il est connu que la faute subjective a été remise en cause avec la loi du 3 jan-

vier 1968 qui établit la responsabilité de la personne ayant un trouble mental (figurant aujourd'hui à l'article 414-3 du Code civil). La consécration de cette faute civile objective est intervenue en 1984 dans le domaine de la responsabilité des parents avant que le régime imposé ne s'affranchisse de la nécessité d'une faute de l'enfant et ne se fonde que sur une causalité directe<sup>88</sup>. Un changement de modèle a été ainsi inauguré puisqu'il n'est plus nécessaire de rechercher la responsabilité d'autrui avant d'engager la garantie. Dans ce domaine, l'histoire du droit offre de multiples dispositifs qui pourraient être mobilisés face à des comportements répréhensibles. Ce que révèle l'essor d'une responsabilité sans faute, c'est la place majeure reconnue à la causalité.

### C. L'essor de la causalité

La causalité, qui est le lien exigé et qui doit être prouvé entre le fait fautif et le dommage, pose de nombreuses difficultés. En effet, il n'est pas aisé à prouver et celui qui ne pourra pas en rapporter la preuve sera privé d'une indemnisation, source d'un sentiment d'injustice<sup>89</sup>. La causalité est une condition exigée dès la loi *Aquila* que l'on retrouve exprimée très clairement dans le nom du délit qu'elle vise à sanctionner : le *damnum iniuria datum*. C'est sur le dernier terme que repose ce lien entre le dommage et l'acte illicite. Dans la casuistique qui caractérise la démarche romaine, la causalité est d'abord directe. Initialement, une des conditions de mise en œuvre de l'action *legis aquiliae* était qu'il y eut une intervention directe par le corps sur l'objet endommagé. Progressivement, la causalité indirecte ou médiate a été admise<sup>90</sup>. Il peut alors s'agir d'une arme ou bien fournir la cause de la mort comme donner un poison ou laisser mourir de faim ou de froid l'esclave. Il ne faut pas oublier

82. G. Viney, « Évolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », in Y. Lequette et N. Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, op. cit., p. 23.

83. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, 2021, p. 63, n° 47.

84. S. Carval, *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, Paris, PUF, 2001, voir le chapitre 1<sup>er</sup>.

85. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, op. cit., p. 64, n° 48.

86. H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 86, n° 84.

87. R. Saleilles, « La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada », *RTD civ.* 1911, p. 53.

88. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, p. 1206, n° 880-2.

89. J.-S. Borghetti, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité civile ? », in Y. Lequette et N. Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, op. cit., p. 11.

90. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012, p. 684.

que la société romaine considère l'esclave comme un objet. Une autre causalité que l'on dit dépassante ou hypothétique suppose un enchaînement d'actes ayant conduit à la réalisation du dommage. Il s'agit de déterminer la nature des responsabilités. L'idée est de rechercher en premier lieu la cause la plus proche du dommage sauf à ce qu'un fait antérieur puisse être considéré comme ayant engendré l'atteinte<sup>91</sup>. Lors de la renaissance juridique du Moyen âge central, les docteurs médiévaux se sont affranchis des thèses romaines sur la causalité médiante et immédiate pour privilégier une distinction innovante. En effet, ils se sont attachés à la causalité proche et ont rejeté la causalité lointaine. L'exemple, qui est commun dans une certaine mesure aux romanistes et aux canonistes, est celui du fabricant d'une arme avec laquelle un homicide a été commis. On ne peut pas lui imputer une faute dans le fait d'avoir ciselé l'objet légal. Au cours de la période moderne, la causalité pose moins de difficultés mais suscite des réflexions. Jean Domat insiste sur la causalité directe et ne conçoit pas que l'on puisse réparer les conséquences éloignées du dommage<sup>92</sup>. Michel Prévost de la Jannès, grand admirateur de Domat et professeur à l'université d'Orléans, établit une distinction entre les suites naturelles et ordinaires et les suites extraordinaires, dichotomie qu'il fonde sur le rapport causal. Les premières sont les seules en principe à être prises en compte sauf si les secondes résultent de la malice et de la mauvaise foi<sup>93</sup>. Le Code civil n'est pas disert sur la causalité indiquant simplement que le fait fautif oblige celui qui en est la cause à le réparer. Si l'on comprend bien que la causalité

est un lien entre une cause et son effet, entre un acte et le dommage qu'il a suscité, aucune définition de la notion n'a été donnée dans la codification. Du reste, une telle définition n'est pas évidente. Il importe de ne pas confondre cette notion avec celle léguée par la philosophie ou les sciences. Dans le domaine juridique, le risque de confusion avec l'imputabilité ou l'implication établie par la loi du 5 juillet 1985, invite à la prudence<sup>94</sup>. Pourtant, la complexité se fait jour lorsque l'on dépasse la simple causalité matérielle. Des facteurs de complication, comme le temps et l'espace, concourent à rendre la notion difficilement cernable<sup>95</sup>. La délicate recherche d'une définition a conduit à l'établissement de diverses théories. L'équivalence des conditions, élaborée par l'Allemand Van Buri, affirme qu'un dommage résulte d'une pluralité de facteurs. Chacun d'entre eux, indispensable à la réalisation du préjudice, doit être considéré comme constituant l'une des causes. Sur ce fondement, on le sait, la notion de condition *sine qua non* a été forgée. La causalité adéquate est une autre théorie qui permet de sélectionner parmi les nombreuses conditions du dommage celles qui « contenaient la possibilité objective du dommage »<sup>96</sup>. L'étude de la causalité a connu dans le souffle de ces théories des enrichissements. Si la causalité adéquate relève d'un élément de droit, la causalité naturelle, élément de fait, est la première marche à franchir et elle a donné lieu à diverses analyses innovantes<sup>97</sup>. Outre la causalité dépassante analysée plus haut, il est possible de mobiliser une causalité outrepasante. Dans le cas de la réalisation d'un dommage, la cause subséquente n'a aucune incidence sur sa surve-

91. O. Descamps, *Les origines...*, op. cit., p. 95.

92. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 2, 8, 4, 9, op. cit. : « Lorsque quelque perte ou quelque dommage suit d'un cas fortuit, et que le fait de quelque personne qui s'y trouve mêlé a été ou la cause, ou l'occasion de cet événement, c'est par la qualité de ce fait, et par la liaison qu'il peut avoir à ce qui est arrivé qu'on doit juger si cette personne devra répondre, ou si elle devra en être déchargée. »

93. M. Prévost de la Jannès, *Les principes de la jurisprudence française*, II, 28, 62, éd. Paris, 1750, p. 400 : « On distingue deux sortes de suites d'un dommage causé à quelqu'un ; les suites naturelles et ordinaires dont le fait de l'auteur du dommage a été la cause précise et les suites éloignées et extraordinaires du dommage que quelques conjonctures ont liées avec le dommage principal, et qui ont leurs sources dans la situation particulière des affaires de celui qui a reçu le dommage. Les suites extraordinaires et imprévues ne doivent être imputées à l'auteur du dommage, que lorsqu'il l'a causé par une malice et une mauvaise foi qui renferment la volonté de tout le mal qui en peut arriver, et non lorsqu'il ne l'a causé que par une de ces fautes qui ne supposent pas de mauvaise foi, ni de dessein de nuire et où l'on n'a nullement envisagé toutes les suites fâcheuses de son imprudence. »

94. G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., p. 238, n° 333-2.

95. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, op. cit., p. 243-244, n° 217.

96. G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., p. 245, n° 340-1.

97. Th. Probst, « La causalité aujourd'hui », in Ch. Chappuis et B. Winiger (dir.), *Les causes du dommage*, Genève, Schulthess, 2007, p. 15-35.

nance<sup>98</sup>. Une autre approche a été proposée à travers le comportement de substitution licite qui suppose la réalisation du dommage même si l'agent avait eu un comportement conforme au droit<sup>99</sup>. La notion de causalité naturelle peut être confrontée au problème du cumul de causes. Si chacune a été suffisante pour permettre l'atteinte alors on peut parler de causalité cumulative<sup>100</sup>. On compte encore la causalité alternative qui suppose une pluralité de causes sans qu'il soit possible de déterminer laquelle a conduit au dommage<sup>101</sup>. Cependant, l'élément de droit que représente la causalité adéquate vient limiter la « chaîne infinie des causes successives »<sup>102</sup>. L'histoire du droit fournit ainsi un éventail des possibles afin de cerner la complexité des causes à la source d'un préjudice, voire même les solutions les plus récentes qui « estompent » ou « escamotent » cette condition de mise en œuvre de la responsabilité civile<sup>103</sup>.

## II. La contribution relative aux effets de la responsabilité civile

L'histoire du droit de la responsabilité civile offre un ensemble de dispositifs qui ont permis de penser et de concevoir un régime juridique dont les effets ne constituent pas le moindre élément. D'une action spéciale issue de la loi *Aquilia* afin de sanctionner les atteintes aux biens jusqu'aux développements de l'époque contemporaine, les enjeux prospectifs rejoignent la question des finalités que l'on veut reconnaître à la responsabilité civile. Par ses origines, le but était de sanctionner incluant ainsi une dimension d'une pénalité particulière, qui a été réinvestie avec la prédominance de la responsabilité pénale de l'époque franque et au sein du droit canonique naissant. Les rapports complexes entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile permettent de comprendre la force des fonctions

répressive et réparatrice avec une visée préventive qui peut être envisagée sur un spectre allant de la prophylaxie jusqu'à un effet comminatoire. L'avènement de l'ère assurantielle est venu ajouter un facteur qui a conduit au recul de la dimension punitive. Au regard du développement historique de la responsabilité civile, il est possible de voir comment la pénalité et l'indemnisation ont coexisté (A) avant que la réparation ne l'emporte (B).

### A. La coexistence de la pénalité et de l'indemnisation

La loi *Aquilia* est une des lois romaines qui a donné lieu à d'innombrables commentaires. Récemment, une thèse soutenue en Italie a repris à nouveaux frais son étude sous un angle passionnant qui est celui de son histoire culturelle<sup>104</sup>. Illustrant magistralement le programme présenté par le professeur Dario Mantovani au Collège de France<sup>105</sup>, le droit romain et l'histoire du droit en général, se trouvent dans l'histoire et en dehors de l'histoire, offrant à la fois un matériau historique et un ensemble de techniques, qui ont évolué dans des contextes culturels différents. En droit romain, l'action de la loi *Aquilia* a les traits caractéristiques d'une voie de droit mixte<sup>106</sup>. Elle est pénale et répersécutoire. Le caractère pénal ne doit pas induire en erreur. Il n'existe aucun trait criminel. La pénalité suppose quatre éléments spécifiques. Le premier est l'intransmissibilité passive qui suppose l'impossibilité d'engager des poursuites contre les héritiers de l'auteur du dommage, à moins qu'ils ne soient enrichis grâce à cette atteinte<sup>107</sup>. Le second est la solidarité qui revêt deux traits distincts. Elle peut être cumulative sauf si l'on parvient à trouver l'auteur précis de l'acte dommageable; elle peut aussi être passive marquée par l'impossibilité d'être libérée par l'action d'un autre coobligé. Le troisième est la condamnation au double de celui

98. *Ibid*, p. 20.

99. *Ibid*, p. 21.

100. *Ibid*, p. 22.

101. *Ibid*, p. 23.

102. *Ibid*, p. 28.

103. J.-S. Borghetti, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité civile ? », préc., p. 14-15.

104. F. Saverio Tavaglione, *Entre punition et réparation. Pour une histoire culturelle de la fonction de la responsabilité aquilienne*, thèse, Florence et Liège, 2023.

105. D. Mantovani, *Droit, culture et société de la Rome antique*, Paris, Collège de France-Fayard, 2019, p. 27-28.

106. P. Voci, « Azioni penali e azioni miste », *SHDI* 1998, t. 64, p. 30.

107. O. Descamps, *Les origines...*, op. cit., p. 133.

qui nie son acte, sachant que la personne assumant son acte sera sanctionnée au simple. Le dernier élément, enfin, est la noxalité qui permet d'abandonner la chose cause du dommage.

Le caractère répersécutoire de l'action consiste en l'indemnisation de la perte subie. C'est le siège historique de la réparation. Elle résulte de l'*aestimatio corporis* puisque l'objet de la voie de droit est la sanction d'une atteinte à un bien. Dans le cadre d'une blessure causée à un esclave ou à un animal, les frais médicaux seront intégrés à la somme estimée. L'idée d'une peine réparatrice qui résulte de l'extension du caractère répersécutoire n'efface pas cependant totalement les vestiges de la pénalité des origines<sup>108</sup>. Dans l'évaluation de la sanction, une évolution vers la notion de préjudice caractérise la transformation de l'action dans ses finalités. La portée primitive de l'action était à la fois punitive et réparatrice. Cependant, l'évolution a progressivement écarté le caractère pénal.

L'apport du christianisme sur ce thème doit être nuancé, car un hiatus existe entre l'évolution vers une aggravation de la pénalité à Rome tandis que le message de la nouvelle religion est plutôt tourné vers la miséricorde. Un élément doit être mis au crédit de la nouvelle religion, c'est l'importance accordée à l'individualisation de la peine<sup>109</sup>. La responsabilité dans le droit canonique naissant est nécessairement pénale, car tout acte répréhensible recouvre les traits d'un péché qui vient perturber l'ordre divin, appelant à une sévère sanction. Avec la chute de Rome et la formation de royaumes dits barbares, la violence prédomine, nécessitant une forte réaction à travers une nouvelle aggravation de la pénalité. Le droit de vengeance privée peine à être neutralisé par des compositions pécuniaires. Trop souvent, il y a une disproportion entre l'acte coupable et la réponse de la victime et de ses proches. La solidarité qui lie les membres d'un même clan conduit à d'incessantes guerres expé-

ditives et punitives. Les compositions pécuniaires n'en ont que plus de mérite lorsqu'elles permettent d'éviter des bains de sang. La responsabilité prend des atours objectifs et la sanction se réalise le plus souvent en monnaie sonnante et trébuchante. La réparation se fait jour et le professeur Bontems a dessiné les difficiles contours de son émergence<sup>110</sup>. On peut ainsi parler d'un temps de dépendance entre la punition et la réparation. L'influence de la tradition germanique explique cette confusion initiale. Au-delà de la distinction traditionnelle entre la somme due au fisc royal et la part attribuée à la victime, il n'était pas aisé d'identifier l'indemnisation. Les critères pour parvenir à une claire identification sont alors la somme que doit payer l'auteur de l'acte. Il n'est pas rare qu'il doive payer une amende et une somme correspondant au double de la première.

L'apport de la doctrine médiévale est essentiel sur ce thème avec l'élaboration d'une théorie générale de la restitution. Une dimension religieuse participe aux fondements de l'obligation de réparer. En effet, théologiens et juristes n'hésitent pas à justifier l'obligation de restitution en se référant au septième commandement : *Non furtum facies* (Ex., 20, 15). Il s'agit d'un devoir qui relève selon Thomas d'Aquin de la justice commutative<sup>111</sup>. L'accomplissement de cette obligation conditionne le salut en raison des liens qui existent entre la justice et la charité.

Dans le droit propre du royaume de France, la coexistence entre la peine et la réparation est complexe. Précisément, les rapports entre les deux notions ne sont pas faciles à cerner<sup>112</sup>. La réparation est initialement tributaire de la peine. On peut même parler d'indistinction entre les deux dans les chartes des villes<sup>113</sup>. Cette confusion vient de la terminologie employée. Le verbe *emendare*, souvent présent dans les textes, revêt trois significations qui n'aident pas à distinguer les notions. Il peut désigner soit l'amende due au

108. B. Albanese, « *Cenni sullo svolgimento storico dell'illicito privato in Roma* », *Synteletià Vincenzo Arangio-Ruiz*, t. 2, Napoli, Jovene, 1964, p. 111.

109. J. Gaudemet, *L'église dans l'Empire romain (IV<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Sirey, 1989, p. 277.

110. C. Bontems, « Les dommages et intérêts dans les lois barbares », *RHDFE* 1970, t. 4, p. 454.

111. Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, II<sup>a</sup>, II<sup>ae</sup>, question 62, article 1, éd. A. Raulin, trad. A. M. Roguet, Paris, 1985, p. 410-417.

112. O. Descamps, « Quelques remarques sur la réparation civile dans l'ancien droit français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, Paris, IRJS, 2021, p. 271.

113. B. Auzary-Schmalz, « La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », in *RHDFE* 1999, t. 77, p. 165.

justicier, soit la somme versée à la victime à titre d'indemnité, soit, enfin, les frais de justice dus à la cour. L'affermissement de l'autorité royale et de la justice du roi se traduit, entre autres, par l'émergence d'une distinction entre l'amende au roi et l'amende à partie. Le passage de cette dernière vers la réparation pécuniaire a été consacré dans l'ordonnance de 1498 qui consacre officiellement la distinction entre la procédure ordinaire et la procédure extraordinaire devant les tribunaux répressifs<sup>114</sup>. La réparation civile va connaître un essor également à travers la pratique des lettres de rémission. Il s'agit d'une lettre de justice délivrée par la chancellerie ou par les petites chancelleries. Elle suppose une longue procédure, mais l'essentiel se trouve dans la lettre. Le contenu est normé de sorte que l'on a la notification du document, l'exposé de la requête avec l'exposé circonstancié des faits pour lesquels il demande à être « remis » de sa responsabilité pénale accompagnés des faits justificatifs motivant sa demande. Après l'examen de l'ensemble, la grâce du roi intervient qui remet donc la responsabilité pénale et les peines afférentes. En revanche, au terme de la lettre de rémission, la responsabilité civile sera maintenue<sup>115</sup>. De ces premiers éléments, une évolution marquante voit triompher la réparation.

### **B. Le triomphe de la réparation**

Le développement de la pratique des lettres de rémission voit se multiplier une clause qui réserve les droits de la partie civile et qui conditionne la bonne réalisation de la grâce. Dans son contenu, il s'agit de réserver le droit pour les parents de la victime de poursuivre civilement le délinquant gracié, sauf si un accord préalable est intervenu. Le triomphe de la réparation résulte de l'obligation d'indemniser la victime pour être considéré comme totalement « remis ». Une formule qui constitue une clause de style précise « satisfaction premièrement faite à partie civilement se faite n'est ». La responsabilité civile, même si elle est liée à sa matrice pénale, s'en affranchit. Il

s'agit bientôt d'un droit que le roi s'interdit de modifier.

Reprenant les évolutions des droits savants à partir des textes romains, le vocabulaire autour de l'indemnisation va rester flottant. En effet, aux <sup>xv</sup><sup>e</sup> et <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècles, les expressions « intérêt », « dommages et intérêts », « intérêt civil » et « réparation civile » coexistent avec un point commun qui est de viser le dédommagement du dommage subi par l'acte d'une personne ou le fait d'une chose, ce qui est un vecteur de confusion<sup>116</sup>. Progressivement, la distinction entre le domaine pénal qui vise la sanction du crime et la réparation est précisée avec davantage d'acuité. Du reste, la réparation civile accordée en matière criminelle suppose l'émergence d'un régime juridique propre avec des conditions pour son obtention<sup>117</sup>.

Pour les dommages et intérêts, les modalités d'évaluation de la réparation et l'établissement du montant sont les principales questions discutées. Si le droit romain ventilait entre les chapitres I et III de la loi *Aquilia* avec une période de référence, le droit médiéval s'est interrogé sur les qualités des personnes pouvant demander la réparation. *Damnum emergens* et *lucrum cessans* sont admis sans difficultés. La pierre d'achoppement reste l'impossible dédommagement du préjudice moral ce qui est une limite du contenu de l'indemnisation. Tout ne peut pas être réparé par le paiement d'une somme d'argent. Cependant, ce qui est réparé l'est intégralement. Un régime juridique est établi au cours de l'époque moderne avec des effets sur le patrimoine ou sur la personne du débiteur. Dans le Code civil, rien n'est indiqué quant aux conditions et aux modalités d'évaluation de la réparation. Les difficultés suscitées par la révolution industrielle ont eu des conséquences sur le fondement de la responsabilité, mais aussi sur ses effets. La fonction indemnitaire va s'imposer puisqu'une réparation va être accordée indépendamment d'un jugement sur le comportement de la personne qui est à l'origine du dommage<sup>118</sup>.

114. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2019, p. 215, n° 103.

115. Pour une étude de ces lettres, voir Y.-M. Brissaud, *Le droit de grâce à la fin du Moyen âge (xiv-xv<sup>e</sup> siècle) : contribution à l'étude de la restauration de la souveraineté monarchique*, thèse dactyl. Poitiers, 1971.

116. Pour un exemple, voir l'étude sur les dommages et intérêts, A. Deroche, « Les origines historiques de la notion de dommages et intérêts », in N. Cayrol (dir.), *La notion de dommages et intérêts*, Paris, Dalloz, 2016, p. 26.

117. O. Descamps, « Quelques remarques sur la réparation civile... », préc., p. 279-282.

118. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2022, p. 621, n° 12.

De même, la fonction préventive s'estompe dans l'ère de la responsabilité pour risque car, même en étant conscient d'une possible responsabilité, le dommage ne peut pas être évité. Un changement de paradigme porte le projecteur, non plus sur l'auteur de l'acte dommageable, mais sur le dommage lui-même. Une telle évolution s'est traduite par une « multiplication des préjudices indemnisés »<sup>119</sup> et une diversification des types d'atteintes réparées. Si l'on prend les faits marquants de la dernière décennie, les attentats terroristes ont révélé un préjudice « de prise de conscience de l'imminence de la mort »<sup>120</sup>. La formule très large de l'article 1240 du Code civil laisse encore ouvert le champ des possibles.

La responsabilité pour l'avenir, qui n'est pas si récente que l'on pourrait le croire au vu de la notion romaine de dommage futur en matière immobilière, a connu un renouveau avec des dommages d'un type nouveau qui touchent la nature avec un caractère irréversible et un problème d'évaluation tant l'étendue est souvent incommensurable. Le principe de précaution a été l'une des réponses possibles, mais qui a suscité également des critiques<sup>121</sup>. Face aux incertitudes de l'avenir et aux risques majeurs, le passé lointain du droit comme son histoire récente peuvent nourrir la réflexion sur des dispositifs qu'il faudra peut-être repenser ou même inventer. Un seul exemple pour s'en convaincre : le régime juridique du *damnum infectum* (dommage futur) déjà évoqué. Lorsqu'un immeuble menaçait de s'effondrer, il était possible, pour la victime potentielle, d'adresser une sommation au propriétaire afin qu'il fournisse une caution<sup>122</sup>. En cas de refus, la saisine du prêteur, magistrat organisateur du procès à Rome, permettait d'exiger une *cautio damni infecti* qui est une garantie prenant la forme d'une stipulation. Le propriétaire de l'édifice visé devait alors verser une caution pour le dommage futur. Il était fermement invité à procéder aux travaux afin d'éviter l'effondrement. S'il ne le faisait pas, le prêteur envoyait la potentielle victime en possession et au bout d'un délai, celle-ci pouvait usucaper avant d'ac-

céder à la propriété prétorienne. On a là l'exemple type d'une responsabilité pour le futur. La différence avec les dommages contemporains est que l'on est encore à Rome dans l'ère de la prévisibilité. Aujourd'hui, face au dommage potentiel, la voie d'une action préventive autonome est l'une des propositions soutenues par une partie de la doctrine. Cette action aurait pour vocation de viser les dommages connus ou incertains. Sur le premier versant, c'est-à-dire pour les préjudices connus, l'action préventive de la suspension d'objet (*actio de positis*) et le *damnum infectum* témoignent qu'une responsabilité préventive a déjà soulevé la question du rapport au futur au cours de l'histoire. Le but est de conduire à une abstention. Le Code civil n'a pas retenu cette approche et avait fait le choix d'une responsabilité curative.

Pour conclure ces quelques réflexions, d'aucuns pourraient penser qu'une telle argumentation *pro domo* est exagérée. Cependant, on peut soutenir que l'histoire du droit, tout comme le droit, est un ensemble de techniques qui est finalement une formidable boîte à outils conceptuels et processuels. Lors de la révolution juridique du XI<sup>e</sup> siècle, ne s'était-il pas écoulé cinq siècles avant que les compilations de Justinien ne soient redécouvertes et interprétées, offrant déjà des matériaux qui ont irrigué la pensée juridique innovante des docteurs. Les jeunes diplômés ont ensuite utilisé leur connaissance pour participer à l'émergence de nombreuses notions à l'instar de la souveraineté. On pourrait même s'abriter derrière La Bruyère dont la célèbre citation issue de ses *Caractères* conduit à la plus grande des humilités : « Tout est dit, et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent. Sur ce qui concerne les mœurs, le plus beau et le meilleur est enlevé ; l'on ne fait que glaner après les anciens et les habiles d'entre les modernes »<sup>123</sup>. Cela ne suppose pas de figer le droit, mais de le repenser à nouveaux frais en mobilisant tout ce matériau historique qui nous a été légué.

119. *Ibid.*, p. 622, n° 13.

120. *Ibid.*

121. Entre autres, voir C. Larrère, « Le principe de précaution et ses critiques », *Innovations* 2003/2, n° 18, p. 6.

122. O. Descamps, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives », in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 329.

123. La Bruyère, *Les caractères*, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1957, p. 59.

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

### Perspectives : la responsabilité civile punitive ?

**Charlotte Dubois**

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

**R**etour vers le passé. Nous sommes-nous égarés ? Est-il bien question de la responsabilité civile punitive dans une rubrique *perspective* ? L'article n'aurait-il pas davantage sa place dans la *rétrospective* ? La question est légitime car il y aurait beaucoup à dire sur le passé punitif de la responsabilité civile.

L'historien rappelle que le premier berceau de l'Antiquité « est celui de la Mésopotamie qui ne connaît pas la distinction entre le droit pénal et le droit civil »<sup>1</sup>. C'est ainsi qu'au sein du Code d'Hammurabi, « dans la plupart des textes, un comportement fautif donne lieu à une sanction dont il n'est pas possible de distinguer ce qui relève de la peine et ce qui est du domaine de la réparation »<sup>2</sup>. La confusion se retrouve au Moyen-Âge où « les sanctions, constituées de compositions pécuniaires en vue de neutraliser la vengeance privée, mêlent peine et réparation »<sup>3</sup>, de sorte qu'on a pu écrire que, sous l'Ancien Droit, « la responsabilité civile et la responsabilité pénale ne font qu'un »<sup>4</sup>. Par la punition, la victime obtenait réparation.

Progressivement, droit pénal et droit civil se sont dissociés, quoique cette évolution n'ait pas été linéaire. Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV ouvre à la victime une action

civile en réparation du dommage, tandis que la commission d'une infraction offre aux autorités la possibilité d'exercer une action pénale. La codification napoléonienne consacre *in fine*, sans aucune ambiguïté, la séparation de la responsabilité civile et de la culpabilité pénale. En définitive, au terme de cette évolution tumultueuse, la séparation du droit pénal et de la responsabilité civile était enfin acquise : à la responsabilité civile la réparation et à la responsabilité pénale la punition. Pourtant, l'évolution ne semble pas vouloir s'arrêter là : la responsabilité civile est aujourd'hui encline à regagner le champ de la punition.

**Retour vers le futur.** Alors, la responsabilité civile sera-t-elle demain punitive ? Permettra-t-elle de condamner, sur le terrain civil, l'auteur d'un dommage au paiement d'une somme qui dépasse le montant du préjudice causé ? Le principe de réparation intégrale devrait-il être cantonné à la fonction réparatrice de la responsabilité civile, laquelle coexisterait avec une fonction punitive qui permettrait au juge de prononcer une condamnation allant au-delà du préjudice causé ? L'idée est, il faut le reconnaître, séduisante. La responsabilité civile marque en effet des signes de faiblesse ; ses lacunes sont souvent

---

1. O. Descamps, « L'histoire de la responsabilité : un essai de synthèse », *APD* 2022, t. 63, spéc. p. 6.

2. *Ibid.*, p. 6.

3. *Ibid.*, p. 11.

4. H., L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, préf. H. Capitant, 6<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1965, n° 34.

pointées du doigt. Déjà, le développement de l'assurance lui a largement fait perdre sa finalité normative : la responsabilité est diluée lorsque sa charge repose sur la collectivité ; l'auteur d'un dommage n'en supporte plus, ou plus toujours, les conséquences sur ses deniers propres. Ensuite, les hypothèses se multiplient dans lesquelles causer un dommage est lucratif. Le modèle du bon père de famille diligent n'est plus attractif et succombe souvent devant le contre-modèle de l'homme sans foi ni loi qui tire un profit du dommage causé à autrui. Ainsi du journal à scandale qui s'enrichit de la violation des droits de la personnalité d'autrui. Ainsi également du professionnel qui cause des dommages de masse juteux et s'en tire à bon compte en s'acquittant des faibles indemnités octroyées aux quelques consommateurs téméraires qui auront porté leur action devant la justice. La simple réparation est insuffisante à moraliser les comportements. L'éventuel gonflement du *quantum* des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral (à des fins dissimulées de punition) n'est pas non plus satisfaisant. C'est dans ce contexte que l'idée d'une responsabilité civile punitive a (re)vu le jour. Elle est circonscrite, en droit prospectif français, à la sanction des fautes lucratives qui apparaissent moralement comme les plus choquantes, là où les Anglo-Saxons prévoient des *punitive damages* ou *exemplary damages* hors des seules hypothèses d'enrichissement de l'auteur.

**Évolution cyclique du droit.** Il en est du droit comme de la cravate en crochet ou des prénoms d'antan : tous connaissent des effets de mode. Comme l'a démontré Bruno Oppetit, les évolutions du droit sont cycliques. La régression (souvent présentée sous les traits d'une progression) peut, selon le regard critique de cet auteur, prendre deux formes : « elle procède à un titre égal soit d'un retour caractérisé à l'*archaïsme* soit, plus insidieusement, d'une dérive incontrôlée de la *modernité* »<sup>5</sup>. La responsabilité civile punitive est un curieux mélange d'*archaïsme* et de *modernité*. *Archaïque*, elle l'est assurément

en ce qu'elle renoue avec la confusion historique entre la réparation d'un dommage et la sanction d'un comportement. *Moderne*, elle l'est également : présentée comme une idée originale, remède aux maux contemporains de la responsabilité civile, elle s'inspire directement des dommages et intérêts punitifs des précurseurs de la modernité : les États-Unis. Le retour au *statu quo ante* ne serait toutefois pas total : la responsabilité civile qui est née dans l'ombre de la responsabilité pénale<sup>6</sup> serait cette fois-ci, par un étrange retour de bâton, en pleine lumière et c'est la responsabilité pénale qui serait dans son ombre.

L'idée d'une responsabilité civile punitive a été abondamment reprise à l'occasion du bicentenaire du Code civil, renouvelée depuis (I), sans finalement être adoptée. Le droit civil punitif n'est l'objet que de quelques consécutions (II) dont la généralisation se heurterait à des obstacles (III).

## I. Les propositions

**Les propositions abandonnées.** Avant-projets, projets, propositions, rapports, groupes de réflexion, doctrinaux ou gouvernementaux, nombreux sont ceux qui proposent de greffer à la responsabilité civile un versant punitif. Sans viser l'exhaustivité, qu'on se souvienne de l'avant-projet Catala qui avait audacieusement proposé l'introduction des dommages et intérêts punitifs<sup>7</sup>. La proposition Béteille reprenait l'idée à son compte, offrant au juge la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs, dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque la faute de l'auteur lui a procuré un enrichissement<sup>8</sup>. L'avant-projet Terré s'était montré moins ambitieux en se contentant de proposer des dommages et intérêts confiscatoires qui auraient permis au juge d'accorder au demandeur le montant du profit retiré par le défendeur<sup>9</sup>. De façon plus circonscrite, la Mission Lepage proposait l'adoption, au sein du Code civil, des dommages et intérêts punitifs pour sanctionner les

5. B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317, spéc. p. 319.

6. O. Descamps, « L'histoire de la responsabilité : un essai de synthèse », préc., p. 1.

7. Art. 1371.

8. Art. 1386-25.

9. Art. 54.

professionnels et les personnes morales qui, par leur faute lucrative, auraient été à l'origine d'un dommage à l'environnement<sup>10</sup>.

**Les propositions renouvelées.** On pensait le débat clos lorsque l'avant-projet puis le projet de réforme de la responsabilité civile ont, à leur tour, abondé dans le sens d'une responsabilité civile punitive. Cette fois-ci, c'est l'amende civile qui était à l'honneur<sup>11</sup>. L'auteur d'une faute lucrative s'exposait au paiement d'une somme considérable : le décuple du profit réalisé, avec comme second plafond, s'il s'agit d'une personne morale, un montant de 5% de son chiffre d'affaires. Si la proposition de réforme de la responsabilité civile déposée au Sénat le 29 juillet 2020 ne reprend pas l'idée, on l'a vu rejaillir dans le cadre d'une réflexion sur l'action de groupe. Un rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale le 11 juin 2020 préconise l'adoption « d'une sanction civile consistant en la confiscation d'une fraction de son chiffre d'affaires au profit du Trésor public ». Cette fois, la responsabilité civile serait un moyen de lutter contre le manque d'attractivité des actions de groupes. En ce sens, l'article 1253 de la proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 8 mars 2023, propose l'adoption d'une « sanction civile en cas de faute dolosive ayant causé des dommages sériels », résultant d'un manquement à une obligation légale ou contractuelle dans le cadre de l'exercice d'une activité professionnelle (sans lien requis, semble-t-il, avec une action de groupe).

La concrétisation ponctuelle d'un droit civil punitif, par l'adoption d'amendes civiles, peut donner espoir aux partisans d'une responsabilité civile punitive de la voir un jour consacrée.

## II. Les concrétisations

**Le développement de l'amende civile.** Si la responsabilité punitive du Code civil n'est pas (ou pas encore !) de droit positif, on constate en revanche un développement des amendes civiles dans des domaines délimités. La procédure civile les utilise de longue date pour sanctionner les plaideurs négligents. Depuis 2001, ces amendes ont acquis un nouveau rôle : elles permettent désormais de sanctionner, par des montants fortement dissuasifs, les auteurs de fautes graves en matière de pratiques restrictives de concurrence<sup>12</sup>. Fort de ce succès, le législateur a alors entrepris de créer de nouvelles amendes civiles.

**Les ratés.** Une de ces tentatives fut pourtant avortée : une amende civile avait été prévue afin de sanctionner le manquement à l'établissement et à la mise en œuvre d'un plan de vigilance par une société mère ou par une entreprise donneuse d'ordre soumise à cette obligation. Dans le cadre d'un contrôle *a priori* de la loi, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions relatives à cette responsabilité civile punitive<sup>13</sup>.

**Les succès.** En revanche, le droit civil punitif a aujourd'hui gagné le droit de la consommation avec succès : l'ordonnance du 29 septembre 2021 crée une nouvelle garantie légale de conformité en matière numérique ; l'effectivité de cette garantie, comme de celle qui existait déjà en matière de vente, est assortie d'une amende civile qui peut être prononcée à l'encontre du vendeur ou du professionnel « qui fait obstacle de mauvaise foi à la mise en œuvre de la garantie légale de conformité »<sup>14</sup>. S'y ajoute l'ordonnance du 22 décembre 2021 qui prévoit des amendes civiles à l'encontre du professionnel qui a recours soit à une pratique commerciale déloyale (autre que les pratiques commerciales trompeuses ou agressives)<sup>15</sup>, soit à une clause reconnue abusive en dépit d'une première condamnation<sup>16</sup>.

10. Proposition n° 71.

11. Art. 1266-1 du projet.

12. C. com., ancien art. L. 442-6, désormais C. com., art. L. 442-4.

13. Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (cons. 1 à 14).

14. C. consom., art. L. 241-18-1 pour la garantie pour les contenus numériques et les services numériques. et C. consom., art. L. 241-5 pour la garantie légale de conformité dans le contrat de vente.

15. C. consom., art. L. 132-1 A.

16. C. consom., art. L. 241-1-1.

La sanction pécuniaire civile a donc de beaux jours devant elle !<sup>17</sup> Le phénomène est pour l'heure cantonné à des domaines circonscrits ; gagnera-t-il demain le champ de la responsabilité civile *lato sensu* ? Peut-on concevoir une responsabilité civile punitive au sein du Code civil ?

### III. Les oppositions

**Les obstacles intrinsèques.** La responsabilité civile punitive est l'arlésienne de tous les projets de réforme : souvent invoquée, souvent défendue, jamais adoptée. Pourquoi ? Pourquoi tant d'oppositions à la consécration d'un mélange de civil et de pénal en vue d'une moralisation du droit ? Pourquoi tant de réticences à une recette qui, depuis le Code d'Hammourabi jusqu'à l'ancien Droit a pourtant fonctionné ? Sans doute parce que ni la Mésopotamie, ni le Moyen-Âge ne connaissaient les deux Cerbères des droits fondamentaux que sont la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel. Or, si l'un et l'autre admettent que la punition ne soit pas le monopole du droit pénal, ils soumettent les sanctions entrant dans la matière pénale (ou ayant le caractère d'une sanction punitive selon la terminologie du Conseil) aux principes directeurs de la matière. Parmi eux, le principe de légalité ou encore le principe de proportionnalité. Or, cette responsabilité civile punitive, lorsqu'elle est de portée générale, est très précisément aux antipodes de ces exigences protectrices. La responsabilité civile vise à les contourner pour être un instrument flexible aux mains du juge qui pourrait, à sa guise, réprimer

les comportements inadmissibles par des sanctions pécuniaires dissuasives. Il faut l'admettre, ce « *Flexible droit* » ne se satisfait pas des garanties du droit pénal.

**Les obstacles extrinsèques.** Qui plus est, admettre cette responsabilité civile de portée générale poserait de sérieux problèmes d'articulation avec le droit pénal. En effet, bien souvent, la faute lucrative fait l'objet d'une incrimination pénale. Comment alors concilier les deux punitions ? Si le juge pénal était saisi à la fois de l'action publique et de l'action civile, pourrait-il prononcer deux amendes distinctes ? Il faudrait alors toute la pédagogie du monde pour expliquer au fautif qu'en dépit du bon sens, il doit payer deux sommes, correspondant à deux condamnations, mais prononcées par le même juge, pour les mêmes faits, et potentiellement toutes deux allouées au même bénéficiaire, le Trésor public. Et quelle place serait réservée au principe *ne bis in idem* ? Pourrait-on admettre qu'un comportement unique fasse l'objet d'une double punition ? Dans l'affirmative, faudrait-il imputer le montant d'une condamnation au montant de l'autre ?

Finalement, autant de questions, d'obstacles et d'embûches qui permettent de comprendre que cette responsabilité civile punitive, de portée générale, n'ait finalement jamais été adoptée. Elle est l'équivalent juridique du dahu des montagnes : un objet imaginaire dont beaucoup parlent, dont certains rêvent, mais dont la morphologie est finalement peu compatible avec la réalité...

---

17. N. Allix, *Les sanctions pécuniaires civiles*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 615, 2022, préf. L. Leveneur.

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

### La réforme avortée de la responsabilité civile et la réparation du dommage corporel

**Stéphanie Porchy-Simon**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Équipe de recherche Louis Josserand

**R**éfléchir sur les perspectives du droit de la responsabilité civile ne peut aujourd'hui se détacher de la réforme dont celle-ci aurait dû être l'objet depuis maintenant plus de sept ans.

Le choix opéré par le ministère de la Justice de scinder la réforme nécessaire du droit des obligations en deux temps – un consacré au droit des contrats, au régime général et à la preuve, l'autre à celui de la responsabilité – semble, avec le recul, ne pas avoir été le bon. Il se fondait certes sur des raisons qui avaient, à l'époque, pu convaincre. La première tenait à l'excessive lourdeur d'une réforme qui aurait englobé l'ensemble de cette vaste matière, ainsi que le révèle le nombre d'articles du code concernés. La seconde tenait au vœu exprimé par le Ministère de distinguer les modalités pratiques de la réforme. Alors que le droit des contrats a été modernisé par voie d'ordonnance, il aurait été nécessaire de réserver à la responsabilité civile, matière jugée plus politique et plus sensible, la voie législative. Or, aucune de ces deux raisons ne convainc totalement. Si on peut certes comprendre la difficulté de modifier en un seul bloc

une aussi vaste matière, le fractionnement de la réforme s'est révélé source de réels inconvénients. Le principal est celui de la cohérence d'ensemble, puisque coexistent dans le code, au sein même du titre III du Code civil, des règles modernisées, dans la forme et le fond, et d'autres encore issues de sa rédaction de 1804. La nécessité de réserver à la seule responsabilité la voie législative ne séduit pas davantage. Comme on a pu le souligner, on ne voit « pas très bien ce que le droit de la responsabilité a de plus sensible que le droit des contrats, à moins que l'on veuille signifier ainsi que le lobbying y est plus actif »<sup>1</sup>. Le fait que cette réforme, malgré les nombreuses tentatives dont elle a été l'objet, n'ait toujours pas été adoptée, et que le calendrier politique ainsi que la réalité de la représentation nationale rendent aujourd'hui improbable qu'elle le soit à court terme, démontrent d'ailleurs de manière évidente que la voie choisie n'était pas la bonne.

Il faut donc sans doute, au moins temporairement, faire le deuil de cette réforme, et des promesses d'accessibilité, de lisibilité, de modernisation qu'elle portait en elle. Les sept années

---

1. Ph. Brun, « Propos introductif à deux voix : quelle (s) politique (s) juridique (s) pour réformer la responsabilité civile ? », in B. Mallet-Bricourt (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-Québécois*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2018, p. 3.

passées ont toutefois démontré que cette matière a quand même continué à vivre, et à innover, puisque, ainsi qu'on a pu le souligner, « ce droit, d'origine jurisprudentielle, peut se targuer d'une éternelle jeunesse »<sup>2</sup>, bien qu'il ne soit pas devenu plus accessible. Toutefois, au-delà du fait que la volonté d'une réécriture du Code civil pour le rendre compréhensible au non juriste nous semble en partie relever d'un mythe (qui pourrait penser que le nouveau droit des contrats soit aujourd'hui, malgré la réforme, beaucoup plus accessible, dans sa compréhension profonde, aux non-initiés ?), les projets présentaient aussi des défauts dénoncés par beaucoup qui ne garantissaient aucunement sa plus grande lisibilité. Le démontrent, par exemple, l'absence de tout effort de définition du lien de causalité<sup>3</sup>, la complexité des règles de non-option entre la responsabilité contractuelle et délictuelle<sup>4</sup>, la distinction encore très perfectible du dommage et du préjudice<sup>5</sup>, ou encore, dans un domaine éminemment technique, la volonté de réécriture du droit de préférence dans le cadre du recours des tiers payeurs, qui demeure obscure<sup>6</sup>.

Nous allons donc sans doute devoir vivre encore pour quelques années avec notre droit prétorien, caractère qui est d'ailleurs peut-être en partie la raison de l'attachement des spécialistes à cette discipline, où tout peut toujours arriver, où tout semble encore possible.

Ce blocage de la réforme va certes interdire des innovations structurelles que la jurisprudence ne peut, et ne veut, certainement mener seule car ces dernières supposent qu'un consensus, sanctuarisé par la représentation nationale, existe en leur faveur. La plupart des projets ne bouleverseraient certes pas l'ensemble de notre droit, l'essentiel de leurs dispositions ayant en effet eu pour objet de codifier des solutions juris-

prudentielles. Ceux-ci étaient toutefois porteurs de diverses innovations structurelles dont l'une des plus importantes est la faveur constante faite à la réparation du dommage corporel. Le dernier texte publié, la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020, avait ainsi affirmé situer ce type d'atteinte au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés.

Le décalage de la réforme est certes dommageable, en ce qu'il retarde des innovations ayant fait l'objet d'un relatif consensus au fil des différentes versions du texte mais, comme à toute chose malheur est bon, il peut permettre de réfléchir, avec un plus grand recul, sur les lacunes, tant internes (I) et les facteurs externes de perturbation (II) que ces textes portaient face à cette volonté affichée de favoriser les victimes de dommage corporel, et sur lesquels le retard pris permettra d'affiner la réflexion.

## I. Les lacunes internes des projets

La volonté d'assurer une réparation la plus large possible des victimes de dommage corporel a été plus ou moins clairement mise en exergue dans les différents avant-projets et projets qui se sont succédé depuis le premier élaboré par le groupe de travail Catala. Cette volonté ressort notamment très nettement des trois derniers textes publiés : les deux projets de la Chancellerie de 2016 et 2017, ainsi que de la proposition de loi sénatoriale de 2020.

Elle s'est traduite par un certain nombre de règles favorables sur le fond, aux termes d'options d'ailleurs variables selon les textes, dont notamment l'aménagement de l'articulation des responsabilités contractuelle et délictuelle en faveur des victimes de dommage corporel, la reconnaissance d'une causalité alternative en cas

2. D. Mazeaud, « Propos conclusifs », in B. Mallet-Bricourt (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-Québécois*, op. cit., p. 189.

3. Par simplicité, nous ne citerons par principe ici que les seuls projets d'articles issus de la dernière proposition de loi sénatoriale n° 678 du Sénat du 29 juillet 2020. Sur la définition du lien causal : art. 1239. *Contra* pour une définition plus élaborée : art. 10 de l'avant-projet Terré in F. Terré (dir.), *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, spéc. p. 2.

4. Art. 1233 de la proposition sénatoriale. Les modalités de l'articulation ont toutefois évolué selon les projets. V. en ce sens, les différences de rédaction entre la version de l'article 1233 de l'avant-projet de la Chancellerie du 29 avril 2016 et celle du projet de la Chancellerie du 13 mars 2017.

5. Art. 1235 de la proposition sénatoriale.

6. Art. 1278.

de dommage causé par un groupe indéterminé de personnes<sup>7</sup>, la restriction des causes d'exonération pouvant être opposées à ce type de victimes<sup>8</sup>, la prohibition des clauses limitatives de responsabilité<sup>9</sup>, ou l'exclusion de l'obligation de mitigation<sup>10</sup>, etc. Elle a surtout été complétée par une partie dédiée à la réparation de ce type de dommage, présente dans toutes les propositions, introduisant dans le Code civil un groupe de règles spécifique à ces questions<sup>11</sup>. Celles-ci s'intéressent tour à tour à l'évaluation, à la nomenclature des préjudices réparables, aux modalités concrètes de l'indemnisation (rente ou capital, recours des tiers payeurs, etc.), dotant donc ce type d'atteinte d'un important *corpus* spécifique inhérent à sa réparation, à côté duquel les articles suivants consacrés aux autres dommages font vraiment pâle figure. Elle réalise donc une rupture par rapport à l'indifférence des rédacteurs du Code civil au dommage, et leur volonté de les englober indistinctement dans une égale réparation.

Le fondement d'une telle sollicitude envers ce type de victimes n'a toutefois jamais clairement été justifié par les différents projets contemporains. Ceux-ci se contentent le plus généralement d'opérer le constat des avancées du droit positif en leur faveur, et affichent la volonté de les conforter, voire de les amplifier. On peut toutefois penser que ce changement de perspectives, qui tend à déterminer les règles du droit de la responsabilité, non au regard du comportement de l'auteur, mais des besoins de la victime, aurait pu être davantage explicité. Et ceci d'autant plus, que, de la théorie de B. Starck<sup>12</sup> à la mobilisation des droits fondamentaux<sup>13</sup>, en passant par la transformation sociale de l'acceptabi-

lité des atteintes corporelles, les fondements d'une telle solution ne manquent pas.

Pour autant, aussi grande soit l'attention des différents projets envers les victimes de dommage corporel, les lacunes de ces textes, et parfois leur inaboutissement, doivent être soulignés.

**Absence de définition du dommage corporel.** Parmi les plus importants, figure l'absence de définition du dommage corporel. Seule la dernière proposition sénatoriale a corrigé cette absence en prévoyant d'introduire dans le Code civil une définition de ce type de dommage, en application de son projet d'article 1269 selon lequel « Toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne est un dommage corporel ». Cette définition est une nécessité, et devrait selon nous figurer dans toute future réforme de la responsabilité. Elle l'est tout d'abord car l'intégration des atteintes psychiques dans cette catégorie<sup>14</sup>, tout à la fois contestée par certains, et matériellement plus difficilement constatable, doit être entérinée par le législateur. Elle l'est ensuite car, dès l'instant où tout un régime découle, dans les projets de réforme, de l'existence de ce type d'atteinte, sa qualification devient un enjeu juridique nécessitant sa définition légale. Il est donc essentiel qu'elle soit circonscrite dans les projets, alors qu'on constate qu'aucun de ceux émanant de la Chancellerie ne l'avait fait.

**Absence de hiérarchisation formelle.** On remarquera par ailleurs que la préférence envers les victimes de dommage corporel, voire l'intention d'une hiérarchisation des intérêts en leur faveur, reste implicite, s'évinçant de l'accumulation des règles dérogatoires proposées sans être

7. Art. 1240 du projet de réforme de la Chancellerie de 2017, cette solution n'ayant pas été reprise dans la proposition de loi sénatoriale qui l'a jugée trop problématique. Sur les raisons de cet abandon, V. A. Pélissier, « La reconnaissance d'une responsabilité collective », in G. Cerqueira et V. Monteillet (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2021, p. 141.

8. Art. 1254.

9. Art. 1284, al. 2.

10. Art. 1264, al. 2.

11. V. par ex. art. 1269 et s. de la proposition sénatoriale.

12. B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947, préf. M. Picard.

13. En ce sens, V. par exemple B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, 2015, préf. M. Fabre-Magnan. V. également M. Dugué, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité*, LGDJ, 2019, préf. P. Jourdain.

14. V. par exemple J. Knetsch, « Qu'est-ce qu'un dommage corporel ? Retour sur une notion-clé du droit de la responsabilité civile », *D.* 2022, p. 1815. V. également sur cette critique, M.-S. Bodon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, préf. R. Cabrillac, spéc. p. 256 et s.

clairement indiquée en tant qu'objectif assumé, dans la plupart des projets. Ce n'est en effet que la lecture des discours et exposés les ayant accompagnés qui permet, parfois entre les lignes, de réellement certifier de cette volonté de hiérarchisation. Seule la proposition de loi sénatoriale, forte peut-être du regard rétrospectif sur les autres propositions, utilise le terme même de hiérarchisation, et assume une telle volonté politique. Toutefois, ainsi qu'on a pu le souligner, « l'article 1235, qui définit le préjudice comme la lésion d'un intérêt licite, fournissait pourtant une piste intéressante »<sup>15</sup>. Revenons en effet quelques instants sur cet article, repris de manière identique dans tous les projets. Celui-ci définit le dommage comme « la lésion d'un intérêt protégé par le droit », et, à partir de l'avant-projet de la Chancellerie d'avril 2016, fonde sur cette affirmation la distinction, perfectible, du dommage et du préjudice<sup>16</sup>. Aucun des projets n'est toutefois allé plus loin en prolongeant, au sein de cet article, cette référence à l'intérêt protégé par une affirmation claire de la hiérarchisation en faveur du dommage corporel. Certes, une telle assertion accompagne la présentation des motifs de la proposition sénatoriale de 2020, mais elle fait office de proclamation, ne connaissant pas de traduction directe dans les articles du Code civil, et spécialement dans l'article 1235. Sans doute la rupture avec le droit français aurait été trop grande, sans doute les auteurs des projets ont pu être limités par la difficulté, une fois engagés dans une telle voie, à définir quels seraient les intérêts à privilégier, à l'heure où l'on voit, notamment dans le cas des atteintes corporelles, pourtant les plus incontestablement protégées, des voix s'élever en faveur d'une vision restrictive de l'indemnisation de ses composantes extrapatrimoniales<sup>17</sup>. Cette prudence nous semble toutefois peut-être excessive, peu apte à donner à la réforme une lisibilité suffisante. Ou peut-être n'est-elle que le signe d'un manque

d'ambition ou de fermeté sur ses lignes directrices.

**Limitation du rôle de la prise en compte de la spécificité du dommage corporel.** Au-delà de ces deux premiers aspects, doivent également être soulignées les conséquences finalement assez limitées tirées de cette volonté, implicite ou explicite, de promotion des victimes de dommage corporel. Certes, leur sort est amélioré par rapport au droit actuel, principalement par l'éviction, à leur profit, des différentes techniques pouvant limiter leur droit à indemnisation (faute de la victime, clause limitative de responsabilité, obligation de mitigation). Certes, le régime de la réparation, dans toute sa complexité technique, de la nomenclature aux barèmes médicaux, des référentiels d'indemnisation aux modalités du versement des dommages et intérêts, des règles relatives à l'imputation du recours des tiers payeurs au droit de préférence, est stabilisé par son entrée dans le Code civil, et étendu à toutes les voies d'indemnisation. Toutefois, même à se limiter à ces questions, la faveur faite aux victimes de dommage corporel reste mouvante au gré des projets. Le démontrent par exemple les différentes versions retenues quant au droit d'option entre la responsabilité contractuelle et délictuelle à offrir, ou non, à ces victimes, ou les interrogations quant à l'étendue des améliorations à apporter à la loi du 5 juillet 1985 et au régime spécial de responsabilité du fait des produits.

Au-delà, on remarquera surtout la timidité des rédacteurs des projets au regard des faits générateurs. Comme différents auteurs ont pu le souligner avec raison<sup>18</sup>, la distinction des dommages corporels des autres dommages, qui a pu être qualifiée de nouvelle *summa divisio* du droit de la responsabilité<sup>19</sup>, n'a assez étrangement reçu aucune traduction sur ce terrain. Ceux-ci restent présentés selon le triptyque classique du

15. M. Fabre-Magnan, « Un projet à refaire », *RDC* 2016, n° 4, p. 783.

16. Distinction qui n'a d'ailleurs pas toujours convaincu dans sa pertinence générale hors du cas spécifique du dommage corporel, v. Ph. Stoffel-Munck, « L'ambition et la méthode de la réforme du droit de la responsabilité », in G. Cerqueira et V. Monteillet (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 5.

17. V. par ex. J. Knetsch, « Qu'est-ce qu'un dommage corporel ? Retour sur une notion-clé du droit de la responsabilité civile », préc.

18. V. par ex. M. Fabre-Magnan, « Un projet à refaire », préc.

19. F. Chénéde, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle : une *summa divisio* ? », in B. Mallet-Bricourt (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité civile française*, op. cit., p. 31.

fait personnel, du fait des choses, et du fait d'autrui<sup>20</sup>, sans qu'une faveur ne soit, de ce point de vue, consentie aux victimes de dommage corporel. Seul le projet Terré s'était engagé en ce sens, en réservant par exemple, dans son article 20, la responsabilité de plein droit du fait des choses corporelles aux victimes atteintes dans leur intégrité physique ou psychique. À l'inverse, les projets de la Chancellerie ne contenaient aucune continuité entre la préférence faite à la réparation de ce type de dommage et la définition des faits générateurs. Ceux-ci n'avaient pas été ouverts en faveur de nouveaux cas de responsabilité qui auraient pu profiter à ces victimes – on pense notamment à la responsabilité pour activité anormalement dangereuse<sup>21</sup> – pas plus qu'ils n'ont modulé les règles traditionnelles les régissant en faveur de la réparation du dommage corporel. Le paradoxe de ces propositions nous semble trouver sa plus manifeste illustration dans la proposition de loi sénatoriale de juillet 2020 qui, tout en étant celle ayant le plus clairement proclamé sa volonté de hiérarchiser les dommages en faveur des atteintes corporelles, abandonne pourtant toute velléité de réforme du sort des conducteurs victimes, au nom d'une frileuse volonté de « consensus », alors même que l'indemnisation de ces derniers est certainement l'une des difficultés majeures de notre droit contemporain.

Cette prudence peut certes être comprise, car, ainsi que nous y reviendrons sur le terrain de l'analyse économique, il ne saurait être question de définir les règles de notre responsabilité par le seul prisme des intérêts de la victime. Toutefois, la question de cet équilibre mériterait d'être explicitement posée et d'être davantage pensée, ce qui nous semble-t-il n'a pas assez été fait, notamment dans le cadre des deux projets de la Chancellerie ou de celui de la proposition de loi

sénatoriale, et devra l'être impérativement si la réforme est relancée dans l'avenir.

Souffrant donc, au sein des projets de réforme de la responsabilité, d'un certain nombre de faiblesses qui en amoindrissent la portée, la faveur faite aux victimes de dommage corporel, telle que conçue dans les projets de réforme, risque par ailleurs d'être perturbée par des facteurs externes.

## II. Les facteurs externes de perturbation

Les projets de réforme de la responsabilité ne peuvent être conçus de manière isolée, car la problématique de la réparation des victimes de dommage corporel, et la faveur à leur égard, s'inscrit dans un paysage juridique et économique plus vaste qui mériterait d'être plus clairement pris en compte lorsque viendra effectivement l'heure de la réforme.

**La question des régimes spéciaux.** Le droit commun de la responsabilité civile, pour l'essentiel objet des projets de réforme, ne constitue en effet qu'une – petite – pierre de l'impressionnant édifice de régimes susceptibles de s'appliquer au profit des victimes de dommage corporel. La réparation de ce type de dommage est en effet régie par une myriade de régimes spéciaux, trouvant application en fonction de la nature du fait générateur. De l'accident de la circulation<sup>22</sup> ou de transport, aux victimes d'infractions pénales<sup>23</sup> ou de terrorisme<sup>24</sup>, de celles d'accident du travail ou maladie professionnelle<sup>25</sup> à celles d'accident médical<sup>26</sup>, nucléaire<sup>27</sup>, de contamination par pesticides<sup>28</sup>, ou de certains médicaments<sup>29</sup>, etc., la grande part des sources de dommage corporel relève aujourd'hui de régimes spéciaux. Or, leur existence génère deux interrogations au regard de la réforme de la responsabilité.

20. V. toutefois les articles 1241 et s. de l'avant-projet de réforme de la Chancellerie d'avril 2016, revoyant la question du fait d'autrui, en distinguant les faits générateurs et la question de l'imputabilité du dommage.

21. Art. 1362 de l'avant-projet Catala.

22. Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

23. CPP, art. 706-3 et s.

24. C. assur., art. L. 126-1.

25. CSS, art. L. 411-1.

26. CSP, art. L. 1142-1 et s.

27. C. env., art. L. 597-1 et s.

28. CSS, art. L. 491-1 et s. et R. 491-1 ; C. rural, art. L. 253-2 et L. 723-13-3.

29. V. par exemple dans le cas du Benfluorex : CSP, art. L. 1142-24-8, al. 1<sup>er</sup> ; ou du Valproate de sodium : CSP, art. L. 1142-24-9.

La première est celle du périmètre de leur intégration dans le Code civil. De ce point de vue, tous les projets, à l'exclusion de la proposition de loi sénatoriale animée par sa volonté d'éviter les sujets clivants, ont prévu de traiter en leur sein, et parfois de les amender, le régime spécifique des victimes d'accidents de la circulation, issu de la loi du 5 juillet 1985, et celui relatif au fait des produits défectueux. Le choix de ce périmètre n'a pas toujours été clairement justifié. On peut toutefois penser que la présence du premier régime s'explique tout à la fois par son importance pratique et son absence de codification ; celle du second, par le fait qu'il figure déjà dans le sous-titre II du titre III du Code civil.

La seconde procède du constat que, du fait du périmètre des projets de réforme, tous les régimes spéciaux d'indemnisation contenant des règles particulières aux victimes de dommage corporel restent donc inchangés et hors du champ de la réforme. On comprend évidemment que son objet – le droit commun de la responsabilité civile – n'ait pas été l'occasion, ou n'ait pu même permettre une remise à plat de tous les régimes spéciaux, si tant est qu'une telle ambition soit réaliste, ce dont on peut douter. Certains d'entre eux ne relèvent d'ailleurs pas d'une logique de responsabilité, mais d'indemnisation, voire d'assurance sociale. Il n'en reste pas moins que la volonté affichée dans la réforme de promouvoir les victimes de dommage corporel, d'en ériger l'indemnisation au sommet de la hiérarchie des intérêts, peut paraître un peu théorique si la plupart des principales causes de dommage corporel échappe de fait au droit commun de la responsabilité civile. D'un premier point de vue, leur existence peut être vue comme le témoignage de la volonté de hiérarchisation ci-dessus évoquée, le fait que le législateur ait justement mis en place autant de règles dérogatoires au profit des victimes de dommage corporel attestant de la place que celui-ci entend leur accorder. D'un autre point de vue, c'est oublier la très grande hétérogénéité au sein des règles existantes, et surtout, le fait que certains régimes, dont spécialement celui des AT-MP, rompent avec un principe pourtant essentiel si l'on entend reconnaître à ces victimes un statut privilégié : celui de la réparation intégrale. Dans ce contexte,

affirmer situer l'indemnisation du dommage corporel au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés, tout en laissant subsister des règles défavorables dans certains régimes spéciaux, mais surtout en excluant de la réflexion la place pourtant pratiquement essentielle de ces derniers, peut sembler pour le moins paradoxal. Sans bien sûr prôner une totale remise à plat des différents systèmes d'indemnisation qui semble en large part utopique, la prise en compte de leur existence dans la réforme du droit de la responsabilité, en ce qu'elle interroge sur la réalité d'une politique de hiérarchisation, devrait selon nous nécessairement être intégrée à la réflexion.

**L'incidence financière de la réforme.** Une autre faiblesse externe des projets de réforme est que leur incidence financière n'a jamais été réellement mesurée, ou du moins cette évaluation, si elle existe, n'a jamais été rendue publique. Or, une telle carence est très regrettable, car plane depuis longtemps sur la réparation du dommage corporel l'ombre d'une sorte de plafond de verre de l'indemnisation, dont le dépassement conduirait à la perte des assureurs ou des fonds de garantie, ou plus sérieusement, à l'impossibilité de couvrir financièrement ce risque. Or, si on conçoit qu'une analyse en termes d'économie du droit soit plus que nécessaire, l'absence de telles données fausse à l'évidence la réflexion sur le degré d'innovation que le projet de réforme peut se permettre. Le droit de la responsabilité, qui « n'est pas qu'un droit de larmes et de sang »<sup>30</sup> ne peut en effet avoir comme seul curseur l'intérêt de la victime. Si l'on se situait dans cette unique perspective, on pourrait en effet plaider en faveur d'une indemnisation toujours plus aisée sur le plan juridique et toujours plus complète sur le plan financier, à supposer d'ailleurs que l'argent soit la seule mesure du prix des larmes. Cette première considération doit toutefois être mise en balance avec ce qu'il est possible (et juste), juridiquement, mais également économiquement, de faire supporter au responsable. Or, l'absence d'étude d'impact sur l'incidence financière de la réforme de la responsabilité civile fausse le débat, car les limites économiques du système sont souvent brandies comme un anathème dont le juriste peut diffi-

30. Ph. Brun, « Conclusion », in G. Cerqueira et V. Monteillet (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 253.

lement mesurer la réalité. On peut en prendre pour illustration la discussion autour de certaines modifications de la loi du 5 juillet 1985, qui ont été évincées de la dernière proposition de loi sénatoriale, celle-ci ayant ainsi renoncé à étendre le champ de la loi aux chemins de fer et tramways circulant sur voie propre, et à améliorer le sort du conducteur fautif. Le rapport d'information du Sénat a justifié ce renoncement en arguant que « ces deux nouveautés auraient un impact très important sur le système assurantiel, et lors des auditions, les réactions des professionnels ont été critiques »<sup>31</sup>, sans citer aucun chiffre, tout en reconnaissant par ailleurs que « les représentants de la Direction des affaires civiles et du Sceau

(DASC) du ministère de la Justice ont ainsi indiqué être toujours en attente d'arbitrages interministériels au regard des incidences économiques »<sup>32</sup> desdits aspects de la réforme. Cet exemple illustre selon nous la manière dont l'analyse économique est souvent utilisée, de manière approximative, non sourcée, sans que d'ailleurs des chiffres précis soient communiqués, pour justifier les orientations de certaines réformes. L'exemple n'est d'ailleurs pas inédit en droit de la responsabilité<sup>33</sup>. On peut donc regretter cette absence d'étude d'impact et penser que le report de la réforme pourra être l'occasion, comme sur les autres points invoqués, d'approfondir à nouveau la réflexion.

---

31. J. Bigot et A. Reichardt, *Rapport d'information sur la responsabilité civile*, n° 663, 22 juill. 2020, p. 20.

32. *Ibid.*, p. 15.

33. Un même argument avait notamment été avancé lors du vote de la loi du 4 mars 2002, notamment sur la modification, prétendue insurmontable économiquement, qu'elle aurait apportée au régime alors existant de l'indemnisation des infections nosocomiales, conduisant à sa modification par la loi du 30 décembre 2002, alors que la réalité de cette aggravation était plus que contestable.

# Perspectives

## Droit de la responsabilité civile

---

### L'avenir de la responsabilité civile

**Philippe Brun**

Agrégé des facultés de droit

Avocat général à la Cour de cassation

**T**raiter cette question suppose qu'on accorde un avenir à la responsabilité civile, ce qui n'est pas pure évidence, tant il est vrai qu'on lui prête de longue date une propension au déclin ou à tout le moins à l'état de crise.

Sans doute ces perspectives un peu sombres ne reposent-elles pas sur de simples conjectures et s'étaient-elles sur des mutations profondes en cours et même pour certaines déjà achevées. Ainsi le déclin de la responsabilité individuelle favorisé notamment par l'essor de l'assurance, jadis mis en lumière par Geneviève Viney, n'est-il pas pur fantôme.

Cet exemple dit bien cependant que le déclin n'est pas la disparition. L'assurance, et plus généralement tous les mécanismes de socialisation des risques ont à l'évidence fait reculer la responsabilité civile, en tant du moins qu'une fonction prophylactique était consubstantiellement associée à sa fonction de réparation.

Pour autant, ce mouvement bien connu est loin d'être à sens unique, et dans sa concurrence au droit pur de la réparation, il n'est pas dit que la responsabilité civile doive nécessairement s'incliner. Il n'est même pas totalement à exclure qu'elle regagne quelques territoires, ou que par une sorte de mouvement de ressac, elle soit appelée à la rescousse, là où la socialisation des risques n'a pas toujours su combler les vides que la responsabilité a laissés en se retirant.

Il n'est que de considérer des domaines comme celui des accidents du travail où résiste encore la logique forfaitaire, ou celui des acci-

dents médicaux où l'indemnisation transactionnelle se paye au prix de l'incomplétude pour mesurer l'attrait que ne peut que conserver la responsabilité civile (sans parler de son rôle résiduel mais éminent au stade de la contribution, *via* le recours subrogatoire des fonds).

En réalité, ce sont des mouvements de flux et de reflux qui sont à l'œuvre, à mesure aussi que la responsabilité civile conquiert de nouveaux territoires et en abandonne : si l'on en juge par la physionomie du contentieux, les responsabilités professionnelles, les dommages et intérêts du droit économique et la responsabilité des acteurs du numérique tendent à prédominer sur les problématiques classiques des atteintes aux personnes.

Si l'on peut gager que la responsabilité civile a bien un avenir, il y a fort à parier également qu'il ne sera pas dans un *statu quo* et que l'institution est vouée (condamnée ?) à d'importantes mutations. On a beaucoup glosé à la fin du siècle dernier et au tout début de celui-ci sur le renouvellement possible ou souhaitable des fonctions de la responsabilité civile, l'intérêt d'y ajouter une fonction d'anticipation (sur fond de montée en puissance du principe de précaution, un peu tombé en disgrâce depuis), les mérites d'une consécration d'une fonction punitive.

Cette dernière question a suscité et suscite encore un débat très animé. L'enjeu de telles controverses a peut-être été surévalué. D'autres questions, moins sujettes à controverses méritent nous semble-t-il d'être évoquées lorsque l'on

entrepren de sonder ce que pourrait être le futur du droit de la responsabilité civile.

On se bornera ici à en évoquer quelques-unes, celles qui paraissent les plus prégnantes et qui pour la plupart d'ailleurs se rapportent à des mutations déjà amorcées. La première se rapporte aux sources normatives du droit de la responsabilité civile : celui-ci cessera-t-il d'être un droit prétorien ? La deuxième concerne les nouveaux enjeux auxquels le droit de la responsabilité est confronté, en particulier celui de la numérisation de la société et de la montée en puissance des problématiques environnementales. Enfin, et puisqu'il faut prendre au sérieux le souci (l'obsession ?) de déjudiciarisation qui anime les pouvoirs publics, il n'est sans doute pas superflu de réfléchir à la part que cette déjudiciarisation peut prendre en matière de responsabilité civile où elle a déjà été beaucoup sollicitée.

## I. Le droit de la responsabilité civile est-il condamné à être un droit prétorien ?

Voilà bien des années qu'un vent de recodification souffle sur le droit des obligations. Effective en droit des contrats, la réforme du droit de la responsabilité civile se fait toujours attendre. Faut-il le déplorer ? Sans doute cette refonte « hémiplegique » du droit des obligations est-elle une exception française bien peu exemplaire. Sans doute le droit de la responsabilité avait-il au moins autant que le régime de l'obligation et le droit des contrats besoin d'une mise à jour. Est-il permis d'avancer l'idée que celle-ci est assez largement en cours malgré les atermoiements du législateur ? Voilà près de vingt ans que les projets et avant-projets se succèdent, s'amendent, et si les projets de la Chancellerie sont restés lettre morte et les propositions de loi sans lendemain, la jurisprudence vient pourtant assez régulièrement puiser dans cette source bouillonnante. Pour n'en prendre qu'un exemple – d'autres pourraient être pris, notamment en matière de réparation du dommage corporel –, le contrôle de proportionnalité que le législateur a consacré en matière d'exécution forcée et que le projet de réforme du droit de la responsabilité de la Chancellerie a transposé en matière de réparation semble bien avoir désormais la faveur de la jurisprudence y compris en matière extracontractuelle nonobstant l'absence de réforme... Le

marbre de la loi est-il l'avenir de la responsabilité civile ? On finit par se demander si la souplesse du droit prétorien n'est pas de son essence, comme le montre à l'envi le destin de la nomenclature Dintilhac, consacrée par la jurisprudence et adoptée par la pratique, en dehors de tout texte normatif.

## II. Le droit de la responsabilité civile, face aux défis de la transition numérique et environnementale

À l'ère du numérique, qui colonise tout l'espace public, le droit de la responsabilité civile est condamné à un sérieux *aggiornamento* qui reste pour l'heure assez largement à opérer. De l'adoption de règles adaptées à la responsabilité du fait d'objets connectés, à laquelle les institutions de l'Union européenne ont commencé à s'intéresser – assez timidement – à la délicate appréhension des dommages occasionnés par l'illicéité des contenus, où apparaissent chaque jour les limites du sacro-saint principe de la neutralité de l'internet – les solutions issues de la loi LCEN maintes fois amendées et remaniées tendent à perdre en lisibilité au fur et à mesure que se développe une jurisprudence plus exigeante au plan éthique et que foisonnent les nouvelles contraintes normative –, un droit nouveau peine à se faire jour, où la responsabilité civile tend à se fondre dans un décor mâtiné de police administrative. Mais de ce droit encore à venir, n'émergent pas que des contraintes. Le numérique fournit aussi de nouveaux outils qui pourraient améliorer les performances du droit de l'indemnisation : l'*open data* des décisions de justice ouvre le champ des possibles, en même temps qu'il nourrit les inquiétudes d'une indemnisation forfaitisée, comme l'a montré la tentative avortée de « *data just* ». Sans doute est-il des écueils à éviter et des risques à conjurer. Mais le droit de la responsabilité civile pourra-t-il durablement se passer de ces outils ?

En matière de responsabilité environnementale, en revanche, les outils sont encore assez largement à façonner. La réparation du préjudice écologique a certes pris ses quartiers dans le Code civil lui-même, mais les articles 1246 et suivants sont demeurés à la surface des généralités. Prioriser la réparation en nature comme le fait l'article 1249 est sans doute de bon sens en la matière. Mais il reste à donner corps à cette idée, sous peine de devoir se contenter d'un principe

d'affectation des dommages et intérêts, sans doute utile mais insuffisant. L'avenir du droit de la responsabilité civile est peut-être en ce domaine plutôt dans l'humble organisation pratique d'un retour au *statu quo ante* bien délicat à réaliser, que dans l'émphatique célébration de l'heuristique de la peur chère à Hans Jonas. La question d'une spécialisation des juges pour l'accomplissement de cette délicate mission n'a rien nous semble-t-il d'incongru. Comme il restera peut-être aussi à considérer ou reconsidérer certaines questions processuelles, et notamment celles des conditions de l'action associationnelle.

### **III. Quel avenir pour les modes amiables dans la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile ?**

Les modes amiables de règlement des différends sont volontiers présentés comme l'avenir de la mise en œuvre du droit. On voit d'autant moins de raisons pour le droit de la responsabilité civile d'échapper à ce mouvement d'expansion de l'amiable qu'il a joué en ce domaine un rôle précurseur et qu'il en demeure d'un certain point de vue un fer de lance. Le législateur n'a-t-il pas, sous l'impulsion de Robert Badinter autant sous-trait l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation du droit commun de la responsabilité civile qu'il n'a cherché à l'éloigner du rôle des tribunaux ? Cette procédure de règlement amiable à base d'offre obligatoire d'indemnisation n'a-t-elle pas servi de modèle à d'innombrables mécanismes d'indemnisation extra-juridictionnels (accidents médicaux, indemnisation

des victimes d'infraction pour ne citer que les plus connus) ? Peut-être la discipline ici considérée pourrait-elle utilement contribuer à mesurer les bénéfices, mais aussi les inconvénients et les limites du procédé, déjà bien souvent scruté sous un angle critique en matière d'indemnisation. On sait qu'il en résulte incontestablement un précieux gain de temps. On sait aussi que ce gain se paye plus ou moins nettement d'un moins-disant en montant d'indemnisation. Il ne s'agit là, dirait-on, que de la logique transactionnelle qui innerve ces dispositifs. D'autres inconvénients doivent être considérés qui, s'ils concernent la réparation des atteintes à la personne, pourraient bien essaimer en d'autres domaines. On a maintes fois observé que ces « procédures » amiables exposent ceux à qui on les propose à une situation de vulnérabilité en les privant des garanties du justiciable. Or en matière de responsabilité et d'indemnisation comme en bien d'autres domaines, les atteintes au contradictoire et le défaut d'assistance systématique peuvent se révéler très dommageables pour celui qu'on incite à se passer du juge. On ne sait trop si l'amiable est l'avenir de la responsabilité civile, mais on hésite en tout cas à y voir une panacée, tant les contreparties d'une indemnisation rapide et inconditionnelle sont souvent exorbitantes.

L'avenir de la responsabilité civile passe par des mutations qui pour une part sont déjà engagées : la nécessaire adaptation à la numérisation de la société, l'appréhension plus fine des problématiques environnementales notamment. À cette mutation du contenu, s'ajoutera-t-il une mutation de ses sources et de ses modes de réalisation ? On peut être plus circonspect.

# Rétrospective

---

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise en partenariat avec le Laboratoire de droit civil et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

---

## « L'esprit d'économie législative », Gérard Cornu<sup>1</sup>

**Charlotte Goldie-Genicon**

Professeur à l'Université de Nantes

Lorsque la *Revue de droit d'Assas* m'a proposé de participer à ce cycle de conférences<sup>2</sup>, le choix de l'auteur s'est imposé à moi, comme une évidence. Non que j'aie jamais eu la chance de rencontrer le doyen Cornu autrement qu'en le lisant, par l'intermédiaire de ses écrits. Mais il m'a accompagnée depuis la première année de droit. Je suis, grâce à lui, entrée en droit, un peu comme on entre en religion. Je me souviens encore avoir, jeune étudiante en première année, par hasard emprunté sur les rayonnages de la bibliothèque universitaire son ouvrage de droit de la famille. Ce fût un éblouissement : je suis restée saisie par son style. J'ai découvert que le droit pouvait être littérature et pour moi, qui fuyais les terres arides d'une classe de mathématiques supérieures, ce fût une révélation. J'ai depuis toujours conservé, comme une relique, cette 5<sup>e</sup> édition de l'ouvrage de Droit de la

famille. Cornu évoquait, à propos de l'emploi du latin en droit, « le plaisir que distille l'enchantement d'un mot de lumière »<sup>3</sup>. C'est le même plaisir que j'ai, alors, éprouvé, et je ne résiste pas à la tentation d'en faire partager ici quelques pépites : ainsi, concernant la prolongation de l'obligation d'entretien au-delà de la majorité, Cornu écrivait-il : « La rallonge de l'obligation d'entretien au-delà de la majorité apparaît un peu comme une bourse parentale de fin d'études »<sup>4</sup>. Ou encore, à propos des relations entre frères et sœurs et de l'absence d'obligation alimentaire entre eux, livrait-il ces très belles lignes : cette appartenance à la même génération « les lance dans la vie, à égalité de chance, sans le handicap d'une charge envers les autres, défi commun qui – sans exclure les mouvements volontaires de la solidarité ni les interventions de sauvegarde – fait voir la fraternité, entre partants

- 
1. G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *Hommage à Pierre Harmel*, Liège, 20 mars 1991, republié in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323 et s.
  2. Le style oral de l'intervention a été conservé. Mes plus sincères remerciements vont à la *Revue de droit d'Assas*, et en particulier à Lucile Agostini-Malaurie, pour m'avoir conviée à participer à ce cycle de conférences. Ils s'adressent également au professeur Dominique Fenouillet, pour avoir accepté de présider si chaleureusement cette conférence.
  3. G. Cornu, « Au jardin des lettres latines du langage du droit », in *Hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, réédité in *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p. 312.
  4. G. Cornu, *Droit civil, La famille*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1996, p. 168.

libres, comme concours, parfois rivalité, course parallèle concurrente »<sup>5</sup>.

Le doyen Cornu était donc d'abord un style flamboyant. Il servait et recherchait la beauté du droit<sup>6</sup>. Mais il était bien plus que cela. D'autres<sup>7</sup>, qui l'ont connu, l'ont présenté bien mieux que je ne saurais le faire : il était un sage, un savant, pétri d'érudition, curieux de tout, un juriste universaliste comme l'était son modèle, le doyen Carbonnier. Né en 1926 à Avignon, il est resté de longues années attaché à la faculté de Droit de Poitiers, qu'il a rejointe après l'agrégation de Droit privé et dont il fût doyen, avant de devenir professeur à la Faculté de droit de Paris. Son œuvre inspire le respect : outre ses ouvrages sur l'introduction au droit, les personnes et les biens<sup>8</sup>, la famille<sup>9</sup>, les régimes matrimoniaux<sup>10</sup> ou la procédure civile<sup>11</sup>, qui ont forgé des générations d'étudiants par ses fulgurances accessibles (car Cornu ne versait jamais dans le pédantisme), on lui doit des cours polycopiés qui sont des bijoux : « L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du Droit civil », professé en 1971 et « Regards sur le titre III du livre III du Code civil », professé en 1976, que les Éditions Panthéon-Assas ont eu la bonne idée de publier en 2017<sup>12</sup>, pour marquer le 10<sup>e</sup> anniversaire de sa mort. Il faut y ajouter sa chronique à la *Revue trimestrielle de droit civil* sur les contrats spéciaux<sup>13</sup>, dont il a eu la charge de 1961 à 1981, prenant la suite de son maître Carbonnier ; ses innombrables articles, regroupés pour beaucoup dans *L'art du Droit en quête de sagesse*, publié

en 1998<sup>14</sup> ; les préfaces des thèses de référence dont il a assuré la direction, et dont on trouve une plus que digne représentante à mes côtés<sup>15</sup>. Sans oublier la linguistique juridique, à laquelle l'a conduit son amour des mots, et à laquelle il a consacré un ouvrage<sup>16</sup>, et son célèbre *Vocabulaire juridique*<sup>17</sup>, rédigé sous l'égide de l'Association Henri Capitant. Il ne faut pas perdre de vue, enfin, son apport à la confection même du droit, dans le sillage, là-encore, du doyen Carbonnier, au travers du Nouveau Code de procédure civile, Code que Jean Foyer avait suggéré de nommer le « Code Cornu »<sup>18</sup>. Dans la continuité de cette œuvre magistrale, il contribua, beaucoup plus récemment, à l'Avant-projet de réforme du droit des obligations dit « Avant-projet Catala ».

Au sein de cette œuvre immense, il fallait choisir : pourquoi se tourner vers « L'esprit d'économie législative » ? Le texte, publié en mars 1991 au sein d'un *Hommage à Pierre Harmel*, et réédité dans *L'art du droit en quête de sagesse* en 1998, pourrait paraître modeste au premier abord. S'il a retenu mon attention, c'est qu'il me semble réunir deux qualités : un style unique, d'abord, si propre à Cornu ; ensuite, ce texte permet de dresser des ponts avec d'autres textes : il condense certaines des idées maîtresses qu'on retrouve dans d'autres articles phares comme « Le règne discret de l'analogie »<sup>19</sup> ou « La linguistique au service de la légistique »<sup>20</sup>.

Cornu était un maître en humilité. Sa modestie transparaissait dans nombre de ses écrits dans lesquels il s'excusait presque des conseils qu'il

5. G. Cornu, *Droit civil, La famille*, op. cit., p. 180.

6. En ce sens, le très bel hommage de P. Rémy, « Évocation de Gérard Cornu », in *Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Dalloz, 2009, p. 13 et s., qui évoque deux principes guidant le doyen Cornu : la recherche de la bonté dans le droit et la beauté du droit.

7. V. not. le bel article de P.-Y. Gautier, « La bonté d'un docteur : Gérard Cornu », *D.* 2007, p. 1438 et les contributions rassemblées dans *Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Dalloz, 2009.

8. G. Cornu, *Droit civil, t. 1 : Introduction. Personnes. Biens*, 12<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, puis *Droit civil, Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007 ; *Les personnes*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien 2007 ; *Les Biens*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007.

9. G. Cornu, *Droit civil, t. 2 : La famille*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2006.

10. G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 8<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Thémis », 1997.

11. G. Cornu, *Procédure civile*, en collaboration avec Jean Foyer, PUF, coll. « Thémis », 1998.

12. G. Cornu, *La rénovation du Code civil*, éd. Panthéon-Assas, 2017.

13. Sur laquelle v. la brillante analyse d'Y. Lequette, « La pensée humaniste de Gérard Cornu en Droit des contrats », in *Hommage à Gérard Cornu*, op. cit., p. 35 et s.

14. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998.

15. Préface à la thèse de D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, 1993.

16. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005.

17. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF.

18. En ce sens, P. Théry, « L'art de la procédure civile », in *Hommage à Gérard Cornu*, op. cit., p. 47.

19. G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129 et s.

20. Conférence donnée à Ottawa, 21 nov. 1991, in *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p. 293 et s.

osait formuler. « L'esprit d'économie législative » n'y échappe pas. Le texte commence par ces mots : « Je me sais indigne de l'honneur que votre courtoisie me donne : celui de paraître venir prononcer une sentence de législation sur un sujet où, plus qu'en tout autre, les offreurs de leçons sont de présomptueux conseillers » ; avant d'ajouter : « mon vœu serait de déposer quelques modestes fleurs sur vos parvis, au baptême de la légistique ». C'est avec une humilité encore plus grande que je vais tenter de présenter ce texte en deux temps : un exposé de la pensée de Gérard Cornu (I), qui sera suivi d'une esquisse des prolongements contemporains de l'esprit d'économie législative (II) défendue dans le texte.

## I. L'exposé de la pensée de Gérard Cornu

S'agissant de Gérard Cornu, il est impossible de laisser le style dans l'ombre. L'étude du style du texte (A) précèdera donc celle du fond (B).

### A. Le style

Gérard Cornu avait une conception exigeante du rôle du législateur lorsqu'il tenait la plume : il l'invitait rien moins qu'à être poète du droit. Ainsi écrivait-il, dans « La linguistique au service de la légistique » : « L'écriture de la loi est un acte poétique »<sup>21</sup>. Et encore : « Il faudrait pouvoir exercer en nos lois l'honneur de la langue. Les rédacteurs ne sont pas des scribes. Ce sont des poètes »<sup>22</sup>. Cet attachement au beau verbe resurgissait dans « Au jardin des lettres latines du langage du droit », où il évoquait la « force poétique » du latin<sup>23</sup>.

Cette exigence qu'il avait du législateur, il se l'appliquait, spontanément, à lui-même : elle était consubstantielle à tous ses écrits. Gérard Cornu était, comme bien d'autres l'ont relevé avant moi<sup>24</sup>, un poète du droit. Sa langue était étincelante, sans être jamais opaque. Il réussissait à réunir dans ces textes les qualités qu'il attendait du législateur : poésie et clarté. Car son

style était toujours au service de la compréhension des institutions qu'il dépeignait. Il ne s'agissait jamais de fioritures, d'ornementations littéraires gratuites : le style éclairait le fond et Cornu avait le génie des formules fulgurantes, qui saisissent une institution autant qu'elles brillent.

Récemment, il m'a été donné de lire un hommage rendu à Rodolfo Sacco, éminent comparatiste italien, disparu l'année dernière. L'éloge de la langue de Sacco, fait par Aurelio Gentili<sup>25</sup>, m'a semblé raisonner comme un écho du style de Gérard Cornu : « Rien de tel chez Sacco. Bien que fin connaisseur aussi de la doctrine allemande, à le lire, son goût était davantage porté vers l'approche concrète des Anglo-saxons et, par-dessus tout, la finesse des Français. Du reste, j'en ai eu moi-même une preuve toute personnelle. Lors d'une conversation que nous avions eue [...] et alors que je me plaignais de la difficulté que j'avais à mettre en ordre mes idées à propos de je ne sais plus quel problème, son conseil fut le suivant : lorsque les choses ne tournent pas comme tu le voudrais, retourne aux Français. Et la langue de Sacco est dans son esprit intrinsèquement française. Son objectif est "la clarté" (en français dans le texte). "L'esprit de finesse" (en français dans le texte) qui modère "l'esprit de géométrie" et engendre une langue agile [...], une langue de phrases brèves et brillantes, aimant le retour à la ligne et faite de termes concrets, d'expressions efficaces et souvent marquées par l'ironie et le scepticisme. La clarté, pour dissiper les concepts fumeux et rebâtir de nouvelles lignes ». Clarté et brillance : comment pourrait-on résumer mieux la langue de Cornu ?

La poésie de Cornu transparaisait jusque dans les titres de ces articles. On a le sentiment, à parcourir sa bibliographie, d'ouvrir un recueil de sonnets. Qui d'autre que lui pour traiter « Du sentiment en droit civil » ? Ou, pour égrainer d'autres titres, envisager « La naissance et la grâce », « La bonté du législateur », « Le visible et l'invisible », « La fraternité », « Le juste et le

21. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p. 293.

22. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p. 303.

23. G. Cornu, « Au jardin des lettres latines du langage du droit », in *Hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, réédité in *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p. 309 et s.

24. Not. P.-Y. Gautier, « La bonté d'un docteur : Gérard Cornu », préc.

25. A. Gentili, « Il metodo di Rodolfo Sacco civilista », *Rivista di diritto civile*, 2023, n° 2, p. 304.

beau », « Le règne discret de l’analogie », ou encore s’aventurer « Au jardin des lettres latines du langage du droit » ?

Il est tentant de partir à la cueillette de quelques-unes de ces formules saillantes, dans « L’esprit d’économie législative », comme Cornu partait à la cueillette des termes latins dans le discours juridique : « les meilleurs législateurs ont exercé leur art sans en livrer le secret, à l’image des plus grands maîtres-queux jaloux de leurs recettes » ; la légistique « est déjà dans la loi, comme un trésor à inventer » ; « Le corps social est en malaise d’indigestion réglementaire » ; « Cette innovation est fille de l’imitation. [...] Le droit écrit a, dans ses développements mêmes et dans ses progrès, le génie de la fidélité » ; ou encore « Il se rénove, disons le mot, par assimilation, par appel aux ressources de ses fonds propres ».

Le style chez Gérard Cornu, on l’a dit, est toujours au service du fond. Venons-en au fond du texte.

## B. Le fond

Cet article s’inscrit dans le sillon, profondément labouré, des réflexions de Cornu sur la légistique. Gérard Cornu ne voyait pas la légistique comme construite *ex nihilo*, mais comme étant à extraire de la législation existante : « la légistique, écrit-il, n’est pas à fabriquer par artifice. [...] Elle est déjà dans la loi, comme un trésor à inventer ». Il faut donc « contempler le droit créé », « se laisser instruire » par la loi telle qu’elle est, pour en extraire la « sagesse »<sup>26</sup>.

Le doyen Cornu ne nie pas pour autant le phénomène de surabondance des lois, qu’il dénonce comme « la folie des lois ». C’est ici qu’il fait le constat d’un « corps social en malaise d’indigestion réglementaire »<sup>27</sup>. Mais il entend faire venir à la lumière une « paillette » du génie du droit écrit et, en particulier du droit codifié qui lui était si cher. Cette paillette, c’est précisément

« l’esprit d’économie » qui « brille en réponse à la prolifération » des lois<sup>28</sup>. Il martèle : « L’inflation n’est pas dans la propension naturelle du droit écrit. Au contraire, la véritable création du droit est économe de droit, elle est avare d’elle-même »<sup>29</sup>.

Cette règle s’applique au style même des lois. Cornu fait siennes les vertus de la loi prônées par Bentham : clarté et brièveté, vertus qu’il développera dans d’autres lieux<sup>30</sup>. Il souhaite surtout insister dans le texte sur deux autres illustrations, « échantillons » de cet esprit d’économie : la méthode des références et la méthode des canons législatifs.

### 1. La méthode des références

Elle « consiste », selon Cornu, « dans la loi, à régler, pour partie, une institution sur une autre »<sup>31</sup>, à soumettre une institution aux règles qui en gouvernent une autre. C’est une « technique d’emprunt », qui fait apparaître un rapport entre deux institutions : une « institution nourricière, prêteuse » et une « institution emprunteuse ». Il existe « dans nos lois des couples d’institutions qui vivent sous une unité partielle de régime ».

Cornu puise des illustrations du procédé dans des matières qui lui sont chères : le droit de la famille et des personnes : ainsi, « La séparation de corps est calquée par pans entiers sur le divorce, l’action à fins de subsides emprunte de nombreuses règles à l’action en recherche de paternité naturelle, l’adoption simple est construite sur le modèle de l’adoption plénière, et le divorce fournit aussi certaines de ses règles [...] aux nullités de mariage [...] »<sup>32</sup>.

Gérard Cornu ne se contente pas de constater l’usage de cette technique, il en analyse les raisons et les mérites. Il constate d’abord qu’elle touche à des institutions radicalement différentes, qui s’opposent sur leurs traits essentiels : « le divorce, souligne-t-il, est un contentieux d’usure, la nullité un contentieux originaire de

26. Texte commenté, *L’art du droit en quête de sagesse, op. cit.*, p. 323.

27. Texte commenté, p. 323.

28. Texte commenté, p. 324.

29. Texte commenté, p. 324.

30. Notamment dans « La linguistique au service de la légistique », préc., p. 294 : « Bentham nous a transmis ces vertus idéales : “Clarté, brièveté, voilà donc les deux qualités essentielles” (J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1820, p. 391) ».

31. Texte commenté, p. 324.

32. Texte commenté, p. 324.

validité »<sup>33</sup>. Cela démontre qu'il faut « renoncer à l'idée qu'une unité de régime postule une identité de nature ». Ces couples attestent qu'« une différence essentielle s'accommode d'une unité partielle de régime »<sup>34</sup>. C'est tout le génie du législateur que de savoir discerner les identités de raison qui justifient les emprunts de régime, d'avoir « l'intelligence des similitudes de situation »<sup>35</sup> : par exemple calquer la situation des enfants postérieure à la nullité du mariage sur le droit du divorce, le couple parental survivant au couple conjugal, quelle que soit la raison de la disparition du mariage.

Cornu met aussi en lumière tout le génie du procédé, en apparence banal, qui permet au législateur de régler des institutions nouvelles avec des règles éprouvées : « Cette innovation est fille de l'imitation. [...] Le droit écrit a, dans ses développements mêmes et dans ses progrès, le génie de la fidélité. [...] En pratiquant cette « auto-imitation », le droit écrit tire l'innovation de sa tradition. Il se renove, [...] par assimilation, par appel aux ressources de ses fonds propres »<sup>36</sup>.

Cornu parvient également à faire le pont avec une autre technique qui lui est chère : l'analogie. « L'assimilation est comme le maniement légal de l'analogie »<sup>37</sup>. L'auteur retient en effet une conception compréhensive de l'analogie. Dans son article « Le règne discret de l'analogie », prolongement de cet article, publié dans les *Mélanges Colomer* en 1993, il démontre que l'analogie ne se résume pas à une technique d'interprétation législative, consistant à appliquer par identité de raison une solution établie à un cas non réglé par le droit. L'analogie est, selon Cornu, également une technique législative, entre les mains du législateur, qui peut décider de l'accomplir lui-même. Et, précisément, la technique des références ou de l'emprunt est une forme d'analogie légale. Gérard Cornu en cite d'autres illustrations, dans son article « Le

règne discret de l'analogie » : l'ouverture et la fin de la curatelle calquées sur la tutelle ; les pouvoirs de l'administrateur légal réglés sur ceux du tuteur ; les pouvoirs du gérant de l'indivision repris de ceux des époux communs en biens ; la propagation des règles de calcul des récompenses aux créances entre époux, quel qu'en soit le régime matrimonial, avec ce qu'il désigne comme la « figure gigogne », le « renvoi à double détente » de l'article 1543<sup>38</sup>.

Cornu identifie, dans la loi, un autre « échantillon »<sup>39</sup> de l'esprit d'économie : la méthode des canons législatifs.

## 2. La méthode des canons législatifs

Il s'agit, là aussi, pour le doyen Cornu, d'une figure de l'analogie légale. Elle consiste dans l'emploi fait par le législateur d'un « type de règle » dans des matières diverses, d'un « modèle de norme »<sup>40</sup> reproduit dans des applications distinctes. Le canon législatif s'apparente à une « clause de style [...] non pas notariale mais législative »<sup>41</sup>.

Il en donne pour illustration l'usage de certaines formules, comme « hors d'état de manifester sa volonté », qui émaille de nombreux textes et doit être interprété de la même manière, sans qu'on ait à distinguer la cause de l'empêchement.

Il met aussi en avant la propagation du modèle des présomptions de pouvoir en droit de la famille : issues du régime primaire impératif de la loi du 13 juillet 1965 (présomptions de pouvoir en matière bancaire et mobilière des articles 221 et 222 du Code civil), elles ont été étendues, en 1970, à l'autorité parentale pour les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant ou les actes d'administration des biens de l'enfant, avant de gagner le droit de l'indivision pour les actes conservatoires<sup>42</sup>, en 1976.

Le doyen Cornu s'appuie enfin sur les modes de gestion des biens inspirés du droit des régimes

33. Texte commenté, p. 326.

34. Texte commenté, p. 325.

35. Texte commenté, p. 325.

36. Texte commenté, p. 325.

37. Texte commenté, p. 326.

38. G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », *préc.*, in *L'art du droit en quête de sagesse, op. cit.*, p. 338.

39. Texte commenté, p. 324.

40. Texte commenté, p. 327.

41. Texte commenté, p. 327.

42. C. civ., art. 815-2, qui dispose que chacun des indivisaires est réputé avoir la libre disposition des fonds indivis pour accomplir les actes conservatoires.

matrimoniaux, qui ont gagné le droit de l'administration légale des biens du mineur et le droit de l'indivision : « Dans chacun de ces domaines, écrit-il, il a suffi de trois mots caractérisant trois modèles pour établir un ordre »<sup>43</sup> : gestion exclusive, gestion conjointe et gestion concurrente.

Canon législatif ne signifie pas, pour Cornu, identité parfaite : la répartition spécifique du champ d'application entre ces trois modèles pourra varier selon le domaine envisagé. Mais il n'en demeure pas moins que subsiste le modèle type de référence.

Cornu donne d'autres illustrations de ces canons législatifs dans « Le règne discret de l'analogie » : les mesures judiciaires de crise en droit des régimes matrimoniaux (art. 217, 219, 220-1, 1426 et 1429 C. civ.) qui ont essaimé en droit de l'indivision aux articles 815-4 à 815-5 du Code civil ; la présomption de mandat tacite, issue du droit des régimes matrimoniaux, en cas d'intervention dans la gestion des biens du conjoint sans opposition de sa part (art. 1432 et 1540 C. civ.) exportée en droit de l'indivision (art. 815-3 *in fine*). L'auteur met ainsi à jour les puissants courants sous-jacents qui traversent le droit patrimonial de la famille.

Le doyen Cornu met aussi en avant les vertus des deux procédés identifiés : la vertu première est d'assurer une économie de droit. Cette économie est d'abord formelle : la méthode des références, du renvoi, engendre une économie de mots, un allègement des textes. Cela est moins évident pour la méthode des canons législatifs, qui consiste à reproduire des modèles, et n'entraîne pas nécessairement une réduction des mots. Mais, insiste Cornu, là encore, « l'opération se solde, au fond, par une économie de droit »<sup>44</sup> : car l'économie n'est pas seulement formelle, elle est aussi conceptuelle. L'analogie est source de cohérence, de cohésion du droit ; elle permet de simplifier, d'unifier, de clarifier. Même si des variations secondaires subsistent, l'analogie légale ordonne et harmonise les concepts. En ce sens, la méthode est facteur d'économie : économie de compréhension des interprètes, économie du contentieux, économie dans l'élaboration de la loi...

Un dernier procédé mérite d'être ajouté : il est identifié par Cornu dans son article « Le règne discret de l'analogie ». Il s'agit de la technique de l'exemplarité, qui consiste pour le législateur, en donnant des illustrations d'une règle générale, à stimuler le raisonnement de l'interprète pour l'inviter à saisir des applications nouvelles du texte. « C'est une analogie autorisée et assistée »<sup>45</sup> par le législateur, qui se déploie « *secundum legem* »<sup>46</sup>. La technique permet d'éviter la casuistique : quelques exemples choisis suffisent à fertiliser l'imagination de l'interprète pour étendre la règle à des cas nouveaux. En ce sens, elle est facteur d'économie. Cornu en donne pour illustration les biens propres par nature de l'article 1404 du Code civil et sa liste d'exemples.

Une fois la présentation de l'auteur achevée, il faut s'interroger sur les applications contemporaines de l'esprit d'économie législative : est-il toujours en suspens dans la législation contemporaine ? Peut-on encore y trouver des trésors à inventer ?

## II. Les prolongements contemporains de l'esprit d'économie législative

Le premier mouvement, lorsqu'on contemple la législation contemporaine, n'est guère optimiste : le législateur semble avoir oublié les recommandations de Cornu – ou sans doute, plus probablement, ne l'a-t-il même pas lu. On peine, en particulier, à trouver de la poésie dans les textes récents. Pour en donner une illustration parmi d'autres : il paraît difficile de trouver au législateur de 2016 l'âme d'un poète lorsqu'il a consacré le récent : « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » (art. 229-1 et s. C. civ.) dont la dénomination indigeste alourdit nombre de nos textes.

Il ne faut en réalité pas totalement désespérer de la législation contemporaine : on y trouve quelques échantillons des procédés décrits par Cornu (A), même si, il faut bien le reconnaître, les malfaçons sont nombreuses (B).

43. Texte commenté, p. 328.

44. G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », préc., p. 338.

45. G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », préc., p. 334.

46. G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », préc., p. 334.

Je raisonnerai dans le champ limité de mes compétences, qui a l'avantage d'être celui déjà exploré par Cornu : le droit des personnes et de la famille au sens large, extrapatrimonial comme patrimonial. Chacun trouvera à puiser d'autres illustrations dans ses domaines de prédilection.

### **A. Variations contemporaines sur l'esprit d'économie législative**

Voici quelques illustrations de cet esprit d'économie dans la législation contemporaine, sans prétention à l'exhaustivité.

Concernant d'abord la méthode de la référence, évoquée par Cornu, on en trouve un exemple dans la loi du 23 juin 2006 qui, pour ce qui concerne les libéralités graduelles et résiduelles, manie la technique du renvoi à l'article 1061 du Code civil. Le texte renvoie en effet à bon nombre des dispositions relatives aux libéralités graduelles pour régler le régime des libéralités résiduelles. Le législateur a su discerner « le même sous le divers »<sup>47</sup> et soumettre deux institutions de nature différente à une unité partielle de régime. Mais l'inspiration doctrinale de la loi du 23 juin 2006<sup>48</sup> y est peut-être pour quelque chose.

La loi du 5 mars 2007, réformant le droit des majeurs protégés, offre une autre illustration du procédé. Les pouvoirs du mandant, dans le mandat de protection future notarié, sont en effet calqués sur ceux du tuteur : selon l'article 490 du Code civil, « Le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation ». Il en va de même de l'article 494-6 du Code civil, issu de l'ordonnance du 15 octobre 2015, concernant l'habilitation familiale : « La personne habilitée peut accomplir les actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir, seul ou avec autorisation ». La jurisprudence très récente a dévoilé les répercussions heureuses de cette technique de renvoi aux pouvoirs du tuteur : on s'interrogeait sur l'extension des actes interdits de l'article 509 du Code civil à l'habilitation familiale, le législateur ayant omis d'en traiter. Le texte, propre à la tutelle, interdit en effet au tuteur d'accomplir certains actes, même avec

l'autorisation du juge des tutelles, comme par exemple la renonciation gratuite à un droit acquis. Dans un avis en date du 20 octobre 2022<sup>49</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue décider d'étendre l'article 509 à l'habilitation familiale : le juge ne peut autoriser la personne habilitée à accomplir un des actes visés par le texte. C'est la motivation de l'avis qui suscite l'intérêt : c'est parce ces pouvoirs sont calqués sur ceux du tuteur que la personne habilitée ne peut accomplir d'actes interdits au tuteur. La technique du renvoi a donc permis de gommer une malfaçon législative et la solution a sans doute vocation à s'étendre au mandat de protection future pour lequel les textes, on l'a vu, sont rédigés sur le même modèle.

Quant à la méthode des canons législatifs, on en trouve aussi des figures dans la législation contemporaine. On songe notamment à la reprise, à l'article 515-4 du Code civil, de la présomption de pouvoir en matière mobilière de l'article 222, étendue aux partenaires pacsés, ou encore de la reproduction, dans le même texte, de la solidarité des dettes ménagères de l'article 220, sous l'appellation solidarité des dettes de la vie courante. Le caractère laborieux de ce dernier emprunt mérite toutefois d'être relevé : le législateur de 1999 était hanté par la crainte que le pacte civil de solidarité n'apparaisse comme un concurrent du mariage : il s'est donc employé à éviter toute confusion entre les deux modes de conjugalité, en s'inspirant du droit des régimes matrimoniaux sans oser l'avouer. Il en est résulté une législation bancal, maladroite, incomplète, travers qui auraient pu être évités par une reprise fidèle des textes matrimoniaux. Le doyen Cornu dénonçait déjà le PACS comme un « arlequin » législatif. L'article 515-4 offre une bonne illustration des contorsions du législateur et de son repentir tardif : le principe de solidarité a d'abord été introduit, sans exceptions, par la loi du 15 novembre 1999. Puis le législateur a importé progressivement, par étapes, toutes les exceptions à la solidarité de l'article 220 : l'exception des dépenses manifestement excessives (L. 23 juin 2006), puis celle des emprunts et

47. Texte commenté, p. 329.

48. La loi du 23 juin 2006 doit beaucoup, on le sait, à J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003.

49. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 2022, avis n° 22-70.011.

achats à tempérament (L. 1<sup>er</sup> juill. 2010), si bien que l'article 515-4 est devenu, sur ce point, le décalque quasi-parfait de l'article 220, décalque désormais assumé par le législateur qui, par une loi du 17 mars 2014, n'a pas hésité à retoucher les deux textes de concert pour introduire le cas particulier du cumul d'emprunts de consommation.

Les vertus contemporaines de la technique de l'exemplarité, mise en lumière par Cornu, méritent aussi d'être soulignées : l'article 1404 du Code civil, visant les biens propres par nature, au caractère personnel marqué, a su saisir des hypothèses modernes de ce type de biens. Tel est le cas en particulier des *stocks-option*, identifiés par la jurisprudence<sup>50</sup> comme des biens propres par nature en raison de leur caractère incessible – même si le raisonnement n'est pas à l'abri de la critique – la Cour de cassation appuyant son raisonnement sur l'exemple des créances incessibles. La catégorie stimule aussi l'imagination des notaires qui, lors d'un récent Congrès sur le numérique<sup>51</sup>, ont envisagé d'étendre les biens propres par nature, aux prolongements numériques de la personne humaine que sont devenus les téléphones dit intelligents, les ordinateurs personnels, ou même le blog d'un époux influenceur si on accepte d'y voir un bien.

Le législateur contemporain use aussi d'autres procédés que ceux décrits par Cornu pour remplir l'objectif d'économie législative. Il préfère en certains cas, extraire des dispositions communes, bâtir un droit commun propre à des institutions voisines mais distinctes. Ainsi, la loi du 5 mars 2007 sur les majeurs protégés a-t-elle construit des règles communes et un régime primaire applicable à tous les majeurs protégés, aux articles 425 et suivants du Code civil. Ou encore, la récente ordonnance du 5 octobre 2022 visant à ordonner à droit constant les textes relatifs à l'adoption a-t-elle décidé de mettre à bas l'ancienne technique de renvoi de l'adoption à l'adoption plénière (ancien art. 361 C. civ.) pour préférer l'identification de dispositions communes aux deux adoptions (articles 343 et suivants du Code civil). Le procédé sacrifie peut-être à la concision du renvoi : il est plus gourmand de

mots que ce dernier. Mais la présentation des textes gagne en clarté.

Mais le législateur contemporain n'est pas toujours aussi avisé : il s'agit, à présent, d'étudier les malfaçons modernes.

## B. Les malfaçons

Ces malfaçons sont de deux ordres : dans certains cas le législateur, qui aurait pu faire preuve d'économie législative, ne l'a pas fait. Ce sont les économies manquées (1). Dans d'autres cas, les économies qu'il a crû faire n'en sont pas, car elles cachent une légèreté du législateur : ce sont les fausses économies (2).

### 1. Les économies manquées

En certaines occasions, le législateur contemporain a négligé de mettre à profit les méthodes préconisées par le doyen Cornu, alors qu'il aurait été bien inspiré de le faire.

On en revient au PACS, archétype de ces malfaçons, qui subsistent malgré les tentatives de corrections apportées par le législateur postérieur à 1999.

La première illustration qu'on peut en donner provient de l'article 515-4 du Code civil, qui fait peser sur les partenaires une aide matérielle réciproque. Le législateur a volontairement refusé de reprendre les termes de contribution aux charges de l'article 214, pour éviter encore une fois toute assimilation entre PACS et mariage. Il en est résulté un flottement : on s'est demandé si l'aide matérielle tendait plutôt vers la simple obligation alimentaire, limitée aux besoins du partenaire créancier, ou vers la contribution aux charges. Les indices tirés du texte (et notamment la référence aux facultés respectives des partenaires à défaut de précision dans l'acte, clairement inspirée de l'article 214) suggéraient plutôt une orientation vers la seconde voie. Et c'est précisément en ce sens que se dessine la jurisprudence qui, dans un arrêt remarqué de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 27 janvier 2021<sup>52</sup>, a décidé d'étendre aux partenaires la jurisprudence entre époux séparés de biens, assimilant le remboursement de l'emprunt ayant permis de financer l'acquisition ou la construc-

50. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2014, n° 13-15.948 et, tout récemment, Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2023, n° 21-23.139.

51. 117<sup>e</sup> Congrès des notaires, Nice, 2021, « Le numérique, l'Homme et le droit ».

52. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2021, n° 19-26.140, sur lequel, C. Goldie-Genicon, « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », *D.* 2021, p. 668.

tion du logement de la famille à l'exécution de la contribution aux charges du mariage. Il aurait été préférable que le législateur avoue directement cette référence.

Autre illustration : le législateur n'a pas repris pour les partenaires les mesures judiciaires de crise des articles 217, 219 ou 220-1 du Code civil. On en trouve certes un pendant dans le droit de l'indivision (art. 815-4 à 815-6 C. civ.), qui trouvera à s'appliquer aux biens indivis entre partenaires, mais les textes ne sont d'aucun secours si le partenaire, hors d'état de manifester sa volonté, est propriétaire exclusif d'un bien.

C'est surtout le régime dit de l'indivision d'acquêts des articles 515-5-1 et suivants du Code civil qui témoigne des malfaçons législatives. Il convient, d'abord, de s'attarder sur la dénomination même de ce régime d'inspiration communautaire. Le terme d'indivision est, en raison de son ambiguïté, particulièrement mal choisi. Là encore, le législateur aurait été bien inspiré de lire Cornu. Dans son article, « La linguistique au service de la légistique »<sup>53</sup>, le doyen Cornu incite le législateur à s'imposer une « discipline de langage »<sup>54</sup>. Il doit toujours nommer une même chose par le même mot, dans un ensemble cohérent. Les variations littéraires sont à proscrire ; la « normalisation linguistique »<sup>55</sup> est, au contraire, une vertu. Or, l'indivision de l'article 515-5-1 est tout sauf une indivision ordinaire : c'est un procédé exorbitant d'acquisition de la propriété qui autorise un partenaire, parfois sans bourse délier, d'acquérir la moitié indivise d'un bien en échappant à la qualification de libéralité. Les partenaires s'y trompent d'ailleurs eux-mêmes lorsqu'ils négligent de recourir aux services d'un notaire pour rédiger la convention de PACS : beaucoup d'entre eux cochent la case « indivision » dans le formulaire CERFA dédié<sup>56</sup>, parce qu'ils croient, à tort, être soumis au régime de l'indivision ordinaire qu'ils connaissent comme concubins.

On peut, ensuite, égrainer quelques exemples de la trop longue liste des scories<sup>57</sup> de ce régime

de l'indivision d'acquêts. Le législateur s'est, en particulier, inspiré, à l'article 515-5-2 5° et 6°, de la technique de l'emploi sans oser le dire. Il a oublié, ce faisant, une partie de ces conditions, créant un régime incohérent. Il ne fait, notamment, aucune mention du remploi ; surtout il ne dit rien de la règle « *major pars...* » de l'article 1436, qui encourage les qualifications unitaires en cas de financement partiel de l'acquisition par des fonds personnels. À lire le texte, seule la portion du bien financée par des fonds propres devrait échapper à l'indivision d'acquêts, ce qui aurait pour conséquence la naissance d'indivision fantaisistes et difficilement gérables. Le législateur a également oublié de reprendre les règles communautaires sur l'échange ou l'apport en société d'un bien personnel. Le régime de l'indivision d'acquêts constitue, en somme, une pâle copie du régime de communauté, réalisée par un mauvais exécutant.

Et que dire, sur le terrain de la gestion, du renvoi fait par l'article 515-5-3 aux pouvoirs du gérant de l'indivision, et en particulier à l'article 1873-6, qui renvoie lui-même aux pouvoirs des époux communs en biens ? Ce détour par les règles de l'indivision, qui peine à masquer l'emprunt aux règles de la communauté, était-il nécessaire ?

Si le législateur contemporain a parfois manqué des occasions de respecter l'esprit d'économie législative, en d'autres hypothèses les économies qu'il prétend faire n'en sont pas.

## 2. Les fausses économies

L'économie de moyens ne doit pas être le reflet d'une négligence. Elle ne doit pas rimer avec une paresse du législateur qui y verrait un moyen de masquer commodément certaines difficultés. Il s'agit ici d'envisager des hypothèses où l'économie affichée cache en réalité une incurie du législateur.

Une illustration topique peut en être empruntée au droit patrimonial de la famille et plus particulièrement au nouveau statut de l'entrepre-

53. G. Cornu, « La linguistique au service de la légistique », *préc.*

54. « La linguistique au service de la légistique », *préc.*, p. 298.

55. « La linguistique au service de la légistique », *préc.*, p. 298.

56. Formulaire n° 15726 02, convention-type de PACS.

57. On pourrait ajouter la difficulté liée à l'absence de mise à l'écart des actes de disposition à titre gratuit, à l'article 515-5-1 du Code civil ; ou encore le renvoi, par l'article 515-7, à l'intégralité de l'article 1469 pour le calcul des créances entre partenaires, là où l'article 1479 et l'article 1543 ne renvoient qu'à alinéa 3 de l'article 1469, engendrant des différences difficilement justifiables de régime.

neur individuel, issu de la loi du 14 février 2022<sup>58</sup>, envisagé dans son articulation avec le droit des régimes matrimoniaux au sens large. Cette articulation se résume, pour le législateur, à un texte : l'article L. 526-26 du code de commerce, qui dispose : « La présente section s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer ». L'économie de moyens est grande : vingt mots pour prétendre régler des difficultés redoutables. Le moins que l'on puisse dire est que le législateur a fait preuve d'une certaine légèreté. La neutralité affichée à l'article L. 526-26 frise le désengagement sur des questions sensibles, sur lesquelles le législateur avait pourtant été alerté par une doctrine avisée concernant le régime en sursis de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Le législateur s'est certes souvenu que l'entrepreneur individuel pouvait être marié. Mais il semble avoir oublié qu'il puisse être marié sous un autre régime que la communauté légale, ou même qu'il ait pu préférer le partenariat ou le concubinat au mariage. Et même en raisonnant sur le seul terrain de la communauté légale, le texte ne dit rien de la qualification des biens et de la question, ô cruciale, du passif et de l'engagement des biens communs. Il laisse l'interprète désemparé pour combler ces lacunes. Sans prétendre ici les exposer toutes, on peut tenter d'en esquisser les principales<sup>59</sup> : quelle est la qualification du patrimoine professionnel du point de vue des régimes matrimoniaux ? S'il est traité comme une universalité de droit, susceptible de transfert, c'est qu'il est un bien, meuble, et qu'il mérite comme tel de recevoir la qualification de bien propre ou bien commun. Mais quelle

approche retenir : en faire un bien commun en retenant le critère chronologique d'acquisition ou de création au cours du mariage ? Y voir un bien propre par nature en raison de son lien avec la personne de l'entrepreneur ? La qualification de ce patrimoine est-elle susceptible de rejaillir sur les biens qu'elle contient (ce qui entrerait en contradiction avec le principe de mutabilité contrôlée des régimes matrimoniaux) ? La renonciation à la séparation des patrimoines relève-t-elle de l'article 1415 du Code civil, ou de l'article 215 si elle expose le logement de la famille ? Les questions se bousculent et la fausse économie de l'article L. 526-26 ne les résout pas.

Pour conclure, on peut se demander si la discussion qui nous a retenus sur les vertus de l'esprit d'économie législative n'est pas aujourd'hui devenue un peu vaine, alors que les textes sont débordés par une jurisprudence bavarde, surtout lorsqu'il est question de conjuguer les contrôles de proportionnalité *in abstracto* et *in concreto*. On ne peut pas dire que l'économie formelle soit l'objectif premier qui y soit recherché. Cette prodigalité est certes propre à la norme jurisprudentielle. Le doyen Cornu le relevait lui-même : la loi ordonne, là où le juge raisonne et argumente, sans pouvoir s'abstraire des circonstances de fait<sup>60</sup>. Mais je crains que mes étudiants de première année, lorsqu'ils abordent en droit de la famille la saga jurisprudentielle concernant la réception des conventions de gestation pour autrui pratiquées à l'étranger, ne soient pas saisis du même éblouissement stylistique que celui que j'ai pu éprouver, il y a de longues années, en ouvrant un ouvrage de Gérard Cornu.

58. Pour une présentation du nouveau statut de l'entrepreneur individuel, instauré par la loi n° 2022-172 du 14 févr. 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante, v. not. R. Mortier, « Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », *Dr. sociétés*, mai 2022, ét. 6 ; T. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », *D. 2022*, p. 469 ; N. Jullian, « La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels », *JCP E 2022*, 1137. Sur la question de l'articulation entre le nouveau statut et le droit patrimonial de la famille, v. not. M. Nicod, « L'entrepreneur individuel a aussi une famille », *Dr. fam. avr. 2022*, rep. 4 ; Ph. Simler, « Incidences de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante », *JCP G 2022*, doct. 574, n° 11 ; Q. Guiguet-Schiélé, « L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial », *Gaz. Pal.* 12 avr. 2022, p. 43 ; G. Drouot, « De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur tout court », *RJPF avr. 2022*, p. 48 ; I. Sérandour, « L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille », in *La réforme du statut de l'entrepreneur individuel*, J.-F. Hamelin et N. Jullian (dir.), LGDJ, Lextenso, 2022, p. 267.

59. Pour une présentation détaillée de ces difficultés, voir C. Goldie-Genicon, « L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel et du droit patrimonial de la famille », *Bull. Joly E* juill. 2023, n° 4, p. 4.

60. G. Cornu, « La linguistique au service de la légistique », *préc.*, p. 294.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE  
DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit  
par courrier électronique à l'adresse suivante :  
rda@u-paris2.fr*

### Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, ADD Associés – Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site  
[www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)



**ADD**  
ASSOCIÉS

Étude Généalogique

**Parce qu'hériter  
est un droit**

## SIÈGE SOCIAL – PARIS

4, avenue du Coq - 75009 PARIS

Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91

E-mail : [paris@add-associes.com](mailto:paris@add-associes.com)

[www.add-associes.com](http://www.add-associes.com)



Tout savoir  
sur le groupe ADD,  
nos bureaux  
et nos services



Généalogistes  
de France