juges est de plus en plus contesté[20] et pose la question du retour au Parlement et de la nature des réformes à engager, de pure logique gestionnaire ou plus conceptuelle sur l'idée de la qualité de la justice.

II. Le changement dans les modes de communication

À l'ère du numérique, c'est bien sûr la communication électronique qui retient l'attention (A), mais l'évolution du droit procédural contemporain tend à réduire le rôle de l'oral ; on assiste à un retour de l'écrit (B), qui préfigure peut-être la disparition des audiences (C).

A. La communication électronique

La dématérialisation des actes juridiques a été officialisée, dans le code civil, par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 qui transpose la directive n° 99/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999. Les dispositions ainsi introduites énoncent des principes généraux pour l'établissement de tous les actes juridiques sur support électronique, notamment la signature électronique. La loi précitée pose un principe d'équivalence de la valeur des écrits, quel que soit le support (art. 1316-1, C. civ.) et celle n° 2004-575 du 21 juin 2004 dépasse la question de la preuve et autorise l'établissement et la conservation sous forme électronique des actes juridiques, y compris les actes solennels (art. 1108-1, C. civ.). Les jugements peuvent être établis sur support électronique (CPC, art. 456).

La notion de communication électronique est définie par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 dans l'article L. 32-1° du code des postes et télécommunications, mais pour la procédure civile c'est le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 qui la réglemente dans les articles 748-1 à -7, CPC. L'article 748-1, CPC vise, pour l'essentiel, les actes de procédure et les expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles, dans les conditions et selon les modalités fixées par les articles qui le suivent et auxquels on renvoie. La mise en œuvre de la communication électronique suppose la réunion d'exigences techniques qui sont fixées par arrêtés sectoriels qui concernent certaines juridictions, certains auxiliaires de justice et certains actes ; l'entrée dans l'ère du numérique n'est donc pas, en l'état, généralisée.

– C'est la Cour de cassation qui est entrée la première dans la ronde, en 2008, par anticipation sur la date fixée au 1er janvier 2009 (A. du 17 mai 2008).

– Devant les cours d'appel, la dématérialisation des procédures avec représentation obligatoire s'est faite progressivement jusqu'au 1er janvier 2013 (D. n° 2009-1524, 9 déc.) ; les arrêtés sectoriels sont ceux du 23 décembre 2010, du 30 mars 2011 (texte de base) et celui du 20 déc. 2012 : pour tous les appels formés depuis le 1er septembre 2011, d'abord devant des cours désignées à titre expérimental, puis, depuis le 1er janvier 2013, devant toutes les cours d'appel, sauf celles de Nouméa et Papeete, les « *envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution d'avocats, avec les pièces qui leurs sont associées* » doivent être effectués par voie électronique (A. 30 mars 2011, art. 3), à peine d'irrecevabilité (CPC, art. 930-1) ; en revanche, les autres actes et les conclusions peuvent être échangés par voie électronique entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire et une juridiction (A. 30 mars 2011, art. 2, al. 1er) ; enfin, « *sont également effectués par voie électronique les envois et remises au greffe de la cour des déclarations d'appel et des conclusions du ministère public en application de l'article 930-1 du code de procédure civile* » (A. 30 mars 2011, art. 3, al. 2). Pour les procédures sans représentation obligatoire, le recours à la voie électronique reste facultatif.

– La plupart des TGI sont équipés en matériel de communication électronique, mais si la totalité des actes prévus à l'article 748-1, CPC peuvent être échangés par voie électronique entre avocats et entre un avocat et la juridiction (A. 7 avr. 2009), des expériences sont menées devant certains TGI (Paris depuis le 2 avril 2012, pour toutes les procédures écrites, mais les procédures devant certains juges spécialisés, JEX, référés par exemple, ne sont pas encore concernées). Même mouvement pour les tribunaux de commerce (A. 28 août 2012), les TI et les juridictions de proximité pour les procédures d'injonc-

[20] R. Martin, *Gaz. Pal.* 16 nov. 2002 – J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 14, en note.

tion de payer (utilisation de l'IPWEB, A. 24 déc. 2012). Ce type de communication a été sécurisé en garantissant l'intégrité des messages et en authentifiant la qualité des expéditeurs (A. 7 avril 2009) ; des réseaux privés virtuels se sont mis en place : réseau privé virtuel de la justice (RPJV) côté juridictions (via le logiciel COMCi), réseau privé virtuel des avocats (RPVA) (*via* e-barreau), réseau privé virtuel des huissiers de justice (RPVH). Lorsque l'arrêté prévoit que la communication électronique est facultative, le destinataire doit y consentir expressément (CPC, art. 748-2), mais la jurisprudence renforce la portée de ces réseaux en considérant que l'adhésion au RPVA vaut consentement de principe à l'utilisation de la communication électronique.

La communication électronique a un impact sur les droits des justiciables, bénéfique lorsqu'elle accélère le déroulement d'un procès et améliore l'effectivité des principes directeurs du procès, maléfique lorsque l'exigence de confidentialité des échanges électroniques (qu'impose la sécurité de ces échanges) heurte le principe de publicité de la justice ; ou encore, lorsqu'en l'état, seuls les professionnels de la justice y ont accès et que demain, si ce procédé est ouvert aux justiciables, un clivage discriminatoire va se créer entre ceux qui auront accès à internet et les autres, de sorte que l'obligation qui leur sera faite de recourir à la voie électronique pourrait se heurter au droit à une protection juridictionnelle[21].

B. Le retour de l'écrit au détriment de l'oral

Les procédures suivies devant les *juridictions d'exception* sont des procédures orales, sachant qu'une procédure peut être orale devant une juridiction de droit commun, ainsi de la procédure de contredit devant la cour d'appel. On entend par là que le juge n'est saisi que si la partie vient exposer ses prétentions à l'audience, en personne ou par son représentant. L'idée directrice est la rapidité et la simplicité de ces procédures, notamment quant à l'instruction des affaires portées devant ces juridictions. Elles sont peu coûteuses et peu formalistes.

Mais l'écrit n'est jamais absent des procédures orales, la demande initiale donne toujours lieu à un *écrit* et des indications pourront figurer dans le dossier de l'affaire ou dans un procès-verbal ; il n'est pas rare, non plus que les parties fassent connaître par un écrit leurs prétentions ou moyens de défense.

Surtout, un décret du 1er octobre 2010 entérine le choix des parties de communiquer par écrit, en introduisant la possibilité d'une mise en état écrite, sans comparution personnelle des parties. Il sécurise les écritures des parties dans ce type de procédure. Entérinant la proposition nº 27 de la commission *Guinchard* qui avait constaté que ce modèle procédural n'était plus adapté au traitement des contentieux de masse, qu'il n'était plus conforme aux mutations économiques, sociologiques et techniques et qu'il n'assurait plus les garanties d'un procès équitable, il crée un ensemble de règles communes à toutes les procédures orales, qu'il réunit dans un paragraphe intitulé « *Dispositions propres à la procédure orale* » (art. 446-1 à 4, CPC). Il réaménage en conséquence les procédures spécifiques à chaque juridiction d'exception qui renvoient toutes aux dispositions communes. Pour l'essentiel, le décret rend possible l'organisation d'une véritable mise en état des dossiers lorsque cela est nécessaire. Lorsque les parties font le choix de communiquer par écrit, ces écritures sont sécurisées et les modalités de comparution des parties sont assouplies, pour limiter les déplacements des parties parfois éloignées. La réforme concerne toutes les juridictions, mais elle n'aura d'application que résiduelle devant les conseils de prud'hommes spécialement régis par le code du travail.

C. Vers la disparition des audiences ?

Aujourd'hui, malgré l'importance prise par l'écrit sur l'oral, les procès se déroulent encore avec la présence physique des parties ou de leurs avocats et du juge dans un même lieu, la salle d'audience. Or, sur ce dernier point, on peut craindre une évolution lourde de conséquences, puisque, dans le cadre de la réforme du Règlement (C.E.) nº 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, la Commission souhaite encore réduire le nombre d'audiences, voire qu'elles aient lieu sans la présence physique des parties. Dans son

[21] CJUE 18 mars 2012, aff. C-317/08 à C-320/08, *Rosalba Alassini et alii c/ Telecom Italia SpA*.

rapport du 19 novembre 2013, elle critique le fait que les nouvelles technologies ne soient pas toujours disponibles et que, lorsqu'elles le sont, elles ne soient peut-être pas toujours utilisées. Dans son esprit, la procédure devrait se dérouler seulement par écrit, la présence physique des parties ou de leurs avocats étant exceptionnelle. Mais nul ne peut aujourd'hui prévoir le développement des moyens de communication à distance, audio et/ou vidéo ; qui aurait imaginé, il y a seulement quinze ans, le développement d'internet, de Skype, de Tango et autres logiciels de communication ? Qui peut aujourd'hui anticiper sur la télé-déportation des participants à un procès ?

III. Le changement dans le rôle respectif du juge et des parties

C'est peut-être le changement le plus porteur de dangers pour l'accès de chacun à la justice et le respect de son droit à un juge, car on constate une exclusion progressive du justiciable du prétoire (A) et le début d'une privatisation de la mise en état devant les TGI (B). À terme, ces changements induiront de nouveaux principes structurants de l'instance, qui apparaissent (C).

A. L'exclusion progressive du justiciable du prétoire

1. Des obligations processuelles de plus en plus fortes à la charge des parties

Tous les décrets de procédure civile (ou presque) pris depuis celui du 28 décembre 1998 (n° 98-1231) qui faisait suite aux travaux de la mission confiée à M. Jean-Marie Coulon, alors président du TGI de Nanterre, ont tendu à accroître les charges processuelles pesant sur les parties, voire à limiter l'accès des justiciables aux tribunaux : décret n° 99-131 du 26 février 1999 qui visait à limiter l'accès au juge de cassation ; décret n° 1678 du 28 décembre 2005 fortement influencé par les travaux du groupe de travail « qualité et célérité de la justice » ; décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 qui réforme la procédure d'appel. Tous traduisent la même obsession de management de la justice. La justice française a certes su évoluer pour répondre à la nécessité de respecter les garanties du procès équitable, mais elle se trouve confrontée à une autre pression, une autre logique, celle du « *new public management* », qui met l'accent sur le rendement, le productivisme et l'efficacité de l'exercice de la fonction juridictionnelle[22]. Le mouvement se nourrit de ses deux composantes : au fur et à mesure que s'accroissent les contraintes du « *new public management* », les exigences du procès équitable deviennent plus fortes et... inversement. On peut le constater dans les trois rapports remis à la garde des Sceaux en 2013 sur la Justice du XXIe à propos de l'appel qui ne serait plus une voie d'achèvement.

2. Dans cette logique de régulation des flux, un projet de décret du printemps 2002, à la limite extrême d'une vision purement gestionnaire de la procédure civile, avait envisagé ni plus ni moins, de supprimer l'effet suspensif de l'appel en généralisant l'exécution provisoire de droit ; c'était en fait toucher à la conception même du rôle du juge du premier degré[23] et le projet fut retiré ; on en trouve un prolongement dans les dispositions du décret du 28 décembre 2005 qui, sans reprendre cette solution, permet de bloquer l'examen de l'appel, voire de radier l'affaire, à la demande du gagnant, si le perdant n'exécute pas le jugement du premier degré assorti, de droit ou sur décision du juge, de l'exécution provisoire, mais sans que celle-ci soit généralisée. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les modifications ultérieures aient eu pour objet « d'augmenter les pouvoirs du juge » et d'accroître « les contraintes pesant sur les parties »[24]. Il en est de même du côté de l'organisation judiciaire, l'ambition, quelque peu utopique, d'un unique Tribunal de première instance étant largement inspirée par une pure logique de gestion, plutôt que par l'intérêt des justiciables.

[22] B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges,* Dalloz, oct. 2011. C. Vigour, *Temps judiciaire et logique gestionnaire. Tension autour des instruments d'action et de mesure,* Étude pour la Mission de recherche Droit et Justice, déc. 2011. M. Haravon, « La fin de la justice civile ? Réflexions sur l'éviction du juge », *D.* 2011, 2427.

[23] Sur cet aspect, S. Guinchard, *LPA* 5 juin et 28 octobre 2002. R. Martin, « Des juges qui battent en retraite », *Gaz. Pal.* 16 nov. 2002.

[24] E. Jeuland, *loc. cit.*, in *Le NCPC (1975-2005), op. cit.*, Economica, 2006, p. 75.

3. Parallèlement, les revirements récents de jurisprudence de la Cour de cassation ont pour seul objectif, en tout cas pour effet, de dresser des obstacles de plus en plus nombreux sur la route procédurale des justiciables. On voudrait les décourager d'agir en justice et, à défaut, les débouter, qu'on ne s'y prendrait pas autrement : on pense aux arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006 quant à l'obligation de concentrer tous ses moyens de droit dès la première instance (ce qui conduit à reconnaître l'autorité de la chose jugée à ce qui n'a pas été jugé), et du 21 décembre 2007 sur la non-obligation pour le juge de requalifier les prétentions des parties ou de relever d'office les moyens de droit ; petit à petit se tisse une toile d'exclusion du justiciable des prétoires[25]. Les intitulés de certains rapports procèdent de la même logique, celle du « *new public management* » ; ils parlent de « célérité » de la justice, certes en l'associant à l'exigence de « qualité », mais leur lecture révèle rapidement le véritable objectif de leurs propositions : réduire de manière drastique le nombre de litiges portés devant les tribunaux, par tous les moyens[26]. Les rapports Marshall et Delmas-Goyon, respectivement sur les juridictions et les juges du XXIe siècle (consultables en ligne sur le site du Ministère de la Justice), remis à la garde des Sceaux en décembre 2013, illustrent ce propos : concentrer les juridictions pour mieux gouverner mais certainement pas (contrairement à ce qui est écrit) pour faciliter l'accès des justiciables au juge ; déjudiciariser des pans entiers du contentieux (le divorce par consentement mutuel) ; d'autres propositions sont plus justifiées, mais qu'adviendra-t-il de tout cela dans un pays financièrement exsangue et incapable de se réformer, faute de s'opposer aux conservatismes de tous bords ? La « justice productiviste » est en route, au détriment de sa qualité[27] et il est temps de s'interroger sur la conciliation de la nécessité d'une réforme et du maintien des principes directeurs de notre procédure civile[28].

Les chiffres ne sont pas tout : la justice répond à des valeurs morales et les justiciables ont une âme que les gestionnaires ne peuvent ignorer, sauf à sombrer dans l'injustice, l'autoritarisme et la négation de l'espèce humaine[29]. On peut d'ailleurs se demander s'il ne faudrait pas davantage réfléchir à la manière de ne pas bouleverser l'harmonie du code, plutôt que de préparer des projets dans le confort d'une pensée unique de cabinet ministériel, ce code dont nous avons vu et dit qu'il était un modèle d'harmonie[30].

B. La privatisation du procès civil

On note une tendance, très récente, à redécouvrir, sous la pression des contraintes financières qui affectent l'état et le budget de la Justice, les vertus d'une forme de libéralisme/privatisation de la Justice en confiant aux parties et à leurs avocats, des tâches qui incombent encore aux juges.

1. La mise en état externalisée dans le cadre de la procédure participative

Le point de départ en est la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, directement issue des travaux de la commission *Guinchard* et qui a introduit dans le code civil un nouveau type de contrat, la convention de procédure participative (art. 2062 à 2068), qui repose sur l'objectif de parvenir à un accord amiable, dans le cadre d'une convention conclue avec l'assistance d'un avocat et avant la saisine du juge ou d'un arbitre, lorsqu'un différend oppose des parties, lesquelles

[25] S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », in *Mélanges G. Wiederkehr*, 2009. Et au niveau de la Cour de cassation, S. Guinchard, « Petit à petit le droit à un juge s'effrite », in *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2006. Dans le même sens, G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 2008. I. 156 ; M. Douchy-Oudot, « L'office du juge », *Mélanges G. Goubeaux*, LGDJ-Dalloz, 2009, p. 99.

[26] Par ex. le rapport *Célérité et qualité de la justice en appel* remis à la ministre de la Justice en juin 2008 et qui fait suite au rapport du même nom pour la procédure de première instance rédigé en 2004 : il est préconisé de faire jouer à plein le principe de concentration des moyens en appel, avec un « calendrier précis et fiable ». V. C. Bléry et L. Raschel, *Procédures*, août-sept. 2008, focus n° 28.

[27] H. Guettard, *Gaz. Pal.* 11 janv. 2014, Doctr. p. 9.

[28] M. de Bencimon, *Gaz. Pal.* 10 déc. 2013, doctr. Comp. en matière pénale, J. Danet, « Un autre management pour une justice de meilleure qualité ? » *in La réponse pénale – 10 ans de traitement des délits,* PU Rennes, 2013, p. 469.

[29] A. Garapon cite Edgar Quinet en exergue de son livre *La raison du moindre État – Le néolibéralisme et la justice,* Odile Jacob, 2010 : « c'est ce qui a aveuglé si aisément les économistes : ils croient avoir tout prévu par des chiffres et il se trouve qu'une valeur morale qu'ils n'avaient pas fait entrer dans leurs calculs change l'univers. Toute pensée qui se bornera aux combinaisons de l'économie politique sera infailliblement trompée dans les grandes affaires humaines » (extrait de *La Révolution*, 1865, Paris, Belin, rééd. 1987, préf. C. Lefort, p. 77).

[30] Sur une réflexion de ce type, J.-M. Coulon, « Un juge civil : à quel prix ? », in *Mélanges J. Buffet*, LPA-LGDJ, 2004, p. 114. V. aussi la réflexion de la doctrine allemande rapportée par Frédérique Ferrand in S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable,* Dalloz, Précis, 7e éd., 2013, n° 5 *bis* en note : Schellhammer s'interroge sur les modifications concernant la première instance introduites ces dernières années et qui, toutes, au final, participent, non pas d'un renforcement de la protection du justiciable, mais, au contraire, de son affaiblissement : rôle accru du juge unique, champ réduit de l'appel et de l'instance d'appel, limitation de l'accès à la Cour fédérale, etc.

« *s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* ». Or, il est prévu par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (CPC, art. 1542 s.) un mécanisme procédural en deux temps : une procédure conventionnelle de recherche d'un accord, puis, le cas échéant, en cas d'échec total ou partiel, une procédure aux fins de jugement (art. 1543, CPC). Et le lien entre les deux se fera, à défaut d'accord (on laisse de côté ici la procédure d'homologation par le juge en cas d'accord), selon une procédure simplifiée : l'affaire est directement appelée à l'audience de jugement, sans possibilité de renvoi au juge de la mise en état, sauf situations dérogatoires prévues à l'article 1561, CPC (cf. art. 1559). En d'autres termes, la mise en état conventionnelle, au cours de la phase de recherche d'un accord (qui pourrait aboutir à une homologation), servira de mise en état (extra-judiciaire) en cas de saisine de la juridiction compétente ; c'est pourquoi, d'une part, le code a réglementé avec soin cette phase conventionnelle (art. 1544 s.) pour ne pas la laisser à l'entière liberté des parties (parce que le procès est potentiellement en vue) et, d'autre part, a prévu la possibilité de recourir à un technicien (art. 1547 à 1554) dont le rapport pourra être produit pendant la procédure de jugement. L'avenir dira si la confiance mise par la commission *Guinchard* en ce type de convention et de procédure sera couronnée de succès, mais c'est une tentative originale de sortir de l'enceinte judiciaire une phase de mise en état par les parties uniquement.

2. Le projet de créer un acte de procédure d'avocat

Le rapport de M. Pierre Delmas-Goyon sur le juge au XXIe siècle, remis à la garde des Sceaux en décembre 2013, préconise la création d'une notion nouvelle, celle « d'acte de procédure d'avocat », qui consisterait à donner force juridique à des actes d'administration de la preuve accomplis ensemble par les avocats des parties[31]. C'est, en quelque sorte, la transposition de l'acte d'avocat créé par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 et le prolongement de la procédure participative aux fins de reconnaître aux avocats un rôle actif dans l'instruction des affaires civiles, post-création du lien d'instance ; prolongement conceptuel (ce qui prouve, au passage, la pertinence de la réflexion de la commission *Guinchard* et le caractère visionnaire de ses propositions) et prolongement technique puisque l'acte de procédure pourrait être accompli dans le cadre d'une procédure participative et validé ensuite dans le cadre d'une procédure judiciaire en cas de passerelle. Le juge n'interviendrait qu'en cas de désaccord entre les parties pour autoriser leurs avocats à recourir à ce type d'actes. Il s'agit bien d'une externalisation de la mise en état, du moins de certains de ses éléments. Quatre types d'actes sont envisagés : les actes de « constatation » (ceux de transport sur les lieux et les constatations matérielles en présence d'un « sachant »), les actes « d'authentification » (des pièces probatoires détenues par les parties, des pièces détenues par les parties), les actes « d'enquête » (audition personnelle des parties, de témoins et consultation d'un technicien), les actes de « désignation » (d'un « sachant », d'un médiateur de justice. L'avenir dira si cette proposition reçoit un début de concrétisation.

C. L'émergence de principes structurant de l'instance

Cette évolution de la technique des procès laisse entrevoir un point commun, une ligne de force, l'émergence de principes structurants de l'instance, distincts des principes directeurs propres à chaque contentieux.

1. Ces principes ce sont ceux de confiance, d'écoute et de proximité

Ce n'est sans doute pas un hasard si ces notions rejoignent les trois principes structurants qui se profilent derrière les principes directeurs actuellement retenus dans chaque type de contentieux, principes qui correspondent à des besoins nouveaux, tels que les expriment les justiciables et les citoyens :

– *un besoin de confiance* dans l'institution Justice et de respect de l'Autre, d'où un principe (structurant) de loyauté, notamment dans la recherche de la preuve ;

– *un besoin d'écoute* de l'Autre, qu'il s'agisse des parties ou du juge, voire de tiers, d'où un principe (structurant) de dialogue entre les parties et entre celles-ci et le juge ;

– *un besoin de proximité* enfin, mais pas forcément dans l'espace, le temps mis à parcourir

[31] R. Le Breton de Vannoise, *Gaz. Pal.* 18 janv. 2014.

une distance se substituant à la proximité géographique, d'où un principe, lui aussi structurant, de *célérité*.

Ce sont les principes directeurs de demain, des principes émergents, ce qui signifie qu'ils ne sont pas encore acceptés par tous. Ils structurent l'ensemble des contentieux et il faut les « inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice[32] ».

2. Ces principes structurants des instances, quel que soit le type de contentieux, traduisent l'avènement d'une démocratie procédurale.

Avec l'émergence de ces trois principes structurants, on discerne la confirmation de l'opinion émise dès 1999[33] : nous sommes entrés dans une ère nouvelle, celle du dépassement des questions de pure technique, non point parce que celles-ci seraient devenues inutiles, mais parce qu'elles doivent être revisitées à l'aune de la mondialisation (qui induit une attraction de la procédure à la garantie des droits fondamentaux) et à la lumière d'une modélisation du droit du procès. De simple technique d'organisation du procès (comme la société anonyme est une technique d'organisation de l'entreprise, parmi d'autres), ainsi que nous l'avions souligné dans le *Précis de Procédure civile*, dès 1991[34], la procédure est devenue un instrument de mesure de l'effectivité de la démocratie dans notre pays[35], mesure que la Cour européenne des droits de l'Homme surveille de près[36]. Et plus les exigences de gestion des flux se multiplient, plus les garanties s'étoffent et prennent de l'importance.

La procédure réintègre ainsi pleinement le champ du service public de la Justice et une certaine doctrine n'ignore plus ce phénomène, même si une autre continue de se perdre dans les marécages des approches de pure technique juridique et de la comparaison des trois grands types de procédure, administrative, civile et pénale, alors que tout autour de nous le monde bouge et nous pousse à réfléchir sur l'office du juge au XXIe siècle. On est loin de la stricte application par le juge du formalisme procédural et de son annotation par la doctrine, alors que la communication électronique bouleverse nos habitudes et que le rôle de la doctrine est de dégager des principes qui transcendent ces aspects purement formels. La doctrine et certains juges participent désormais à l'avènement de la garantie des droits, à l'instauration d'une démocratie procédurale.

3. La démocratie procédurale rejoint ainsi le concept de « légitimité démocratique » défendue par Pierre Rosanvallon.

a. Dans le deuxième volet de son enquête sur les mutations de la démocratie au XXIe siècle, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Pierre Rosanvallon propose une histoire et une théorie de cette « révolution de la légitimité »[37]. L'idée est ainsi exposée dans la présentation de l'ouvrage : « l'élection ne garantit pas qu'un gouvernement soit au service de l'intérêt général, ni qu'il y reste. Le verdict des urnes ne peut donc être le seul étalon de la légitimité. Les citoyens en ont de plus en plus fortement conscience. Une appréhension élargie de l'idée de volonté générale s'est ainsi imposée. Un pouvoir n'est désormais considéré comme pleinement démocratique que s'il est soumis à des épreuves de contrôle et de validation à la fois concurrentes et complémentaires de l'expression majoritaire ».

b. Comparée à l'idée de démocratie procédurale, on voit aisément ce qui rapproche les deux théories. De la même façon que la démocratie procédurale repose sur le triptyque des trois principes structurants du droit processuel que sont la confiance (d'où la loyauté), le dialogue (d'où la contradiction) et la proximité (d'où la célérité), un pouvoir démocratique « doit se plier à un triple impératif de mise à distance des positions partisanes et des intérêts particuliers (légitimité d'impartialité), de prise en compte des expres-

[32] Selon l'heureuse formule de J.-C. Magendie, « Loyauté, dialogue, célérité, trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice » in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 329.

[33] Dans la défunte revue *Justices*, 1999/1, p. 91, puis dans les Mélanges de l'université Paris II, *Clés pour le siècle*, *op. cit.*, publiés à l'occasion de l'entrée dans le troisième millénaire, Dalloz, 2000 ; v. aussi, notre contribution : « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges J. Van Compernolle,* Bruylant éd., 2004.

[34] V. aujourd'hui la 32e édition, *op. cit.* 2014, n° 66.

[35] La procédure est à la fois une technique d'organisation du procès et une technique de garantie des libertés et droits fondamentaux, v. S. Guinchard, « Le réveil d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européaniste et technique d'organisation du procès », in *Mélanges R. Martin,* Bruylant-LGDJ, 2004, p. 97.

[36] V. notre contribution « Kress, où est ta victoire ? Ou la difficile réception, en France, d'une (demie) leçon de démocratie procédurale » in *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, Buylant, 2004, vol. 2, p. 937, à propos de l'arrêt *Kress c/ France*, qui nous a valu une (demie) leçon de démocratie procédurale.

[37] P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, collection « Les livres du nouveau monde », dirigée par l'auteur. Premier volet : *La Contre-démocratie*, 2006.

sions plurielles du bien commun (légitimité de réflexivité) et de reconnaissance de toutes les singularités (légitimité de proximité) ». Quelques rapprochements s'imposent, à ces trois niveaux de l'analyse pour souligner la place que prend le droit processuel (au sens où nous l'entendons) dans la recherche de la légitimité d'un pouvoir démocratique.

– *S'agissant de la « légitimité d'impartialité »,* l'exigence est éminemment processuelle dans son affirmation et procédurale dans sa mise en œuvre. Pierre Rosanvallon reprend la distinction, classique chez les juristes, de l'indépendance qui est un statut et de l'impartialité qui est, pour lui « une qualité »[38]), pour nous « une vertu »[39]. Et ce sont les autorités administratives indépendantes qui sont l'objet de la démonstration du savant auteur[40] à la recherche de ce qui caractérise leur légitimité, puisque, par hypothèse, elles ne sont pas élues. Le choix de cet exemple est particulièrement révélateur puisque ce sont ces autorités qui ont posé le plus de problèmes en jurisprudence quant à leur impartialité[41] ! Notre rapprochement trouve ici toute sa justification.

– *S'agissant de la « légitimité de réflexivité »,* le rapprochement est moins évident au premier abord, puisque nous insistons sur le dialogue et Pierre Rosanvallon sur « la prise en compte des expressions plurielles du bien commun ». Pourtant, on ne peut manquer d'être frappé par l'exigence de dialogue avec le législateur que sous-tend l'analyse à laquelle procède Pierre Rosanvallon, de l'intervention des cours constitutionnelles dans l'élaboration de la loi[42] ; or, ce dialogue est particulièrement mis en évidence aujourd'hui en France avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, et Guillaume Drago l'avait déjà relevé dans sa thèse[43] en parlant d'une coproduction de la loi par le Parlement et le Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*.

– *Enfin, en ce qui concerne la « légitimité de proximité »,* il est très intéressant de rapprocher cette exigence dans la démocratie procédurale telle que nous la voyons, de ce qu'écrit Pierre Rosanvallon[44] à propos de la légitimité d'un pouvoir démocratique. Ainsi, l'auteur montre[45] que selon les travaux de Tom Tyler la légitimité des agents publics est fonction des qualités de « justice procédurale » attachées à leur comportement. En d'autres termes et selon une « grande étude menée en 1984 à Chicago auprès d'individus ayant eu personnellement maille à partir avec la police et la justice », il résulte que « ces individus ont un regard sur l'institution qui n'est que faiblement corrélé avec la nature des sanctions qui leur avaient été infligées. Si la satisfaction des individus dépendait évidemment, au premier chef, du verdict prononcé, leur appréciation de la légitimité de l'institution judiciaire était, elle, fondée sur un autre critère : celui de la perception de l'équité du procès ». L'équité de la procédure légitime le fond d'une sentence.

Ainsi, dans toutes ses composantes, la justice procédurale est au service de la démocratie et le droit processuel européen, voire universel, est le marqueur qui, tout à la fois, structure la démocratie procédurale et légitime le pouvoir démocratique.

[38] *Ibid.*, p. 150-151.
[39] S. Guinchard et *alii, Droit processuel*, *op. cit.*, n° 340 s. d'une part, n° 363 s. d'autre part.
[40] P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 139 s.
[41] S. Guinchard et *alii, Droit processuel*, *op. cit.*, n°s 366 et 375 s.
[42] P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 217 s.
[43] *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999.
[44] P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 265 s.
[45] *Ibid.*, p. 269 s.

13. Droit de la consommation

Le changement en droit de la consommation

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

En droit de la consommation, on aime bien le changement.

On y cultive un droit de changer, mais on y change aussi allègrement le droit lui-même. Le changement est donc poussé au plus haut point en cette matière. Le droit au changement (I), en essor régulier, se développe ainsi dans un contexte de constant changement du droit (II).

I. Le droit au changement

A. C'est d'abord le ***changement d'avis*** du consommateur, qui a donné son consentement à un contrat, mais doit pouvoir se rétracter, sans avoir de motif à donner ni à supporter de pénalités. Depuis l'apparition en 1972 du premier droit de rétractation dans la législation du démarchage à domicile (loi du 22 décembre 1972, codifiée ensuite à l'article L. 121-25 du Code de la consommation), de tels droits se sont multipliés : dans le crédit à la consommation (article L. 311-12), la vente puis la prestation de service à distance (article L. 121-20), le courtage matrimonial (L. n° 89-421 du 23 juin 1989, art. 6-II), le démarchage bancaire ou financier (article L. 341-16 du Code monétaire et financier), la prestation de services financiers à distance (article L. 121-20-12 du Code de la consommation), la jouissance d'immeuble à temps partagé (articles L. 121-60 al. 2 et L. 121-69) ou plus largement aujourd'hui les contrats « *concernant des produits de vacances à long terme* » (article L. 121-60, al. 1).

Avec le développement de l'information devant obligatoirement être communiquée au consommateur, le droit de rétractation est devenu l'une des pièces les plus emblématiques de l'arsenal de protection consumériste. Ainsi lorsque la loi du 13 décembre 2000 a étendu aux acquéreurs non-professionnels de logements anciens le droit de rétractation qui était auparavant prévu (article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation) au profit des acquéreurs non-professionnels de logements neufs – donc vendus par des professionnels –, d'aucuns y ont vu une nouvelle progression du consumérisme ambiant, alors pourtant que les ventes immobilières dans l'ancien se réalisent le plus souvent entre deux particuliers et que le droit de la consommation vise à protéger les consommateurs ou non-professionnels dans leurs relations avec des professionnels : mais peu importe l'approximation, le droit de rétractation, si fréquent et si important en droit de la consommation, est quasiment devenu un marqueur de cette matière aux yeux de beaucoup.

Dans les relations entre professionnels et consommateurs peut réellement exister, parfois, un besoin de protection justifiant véritablement

l'institution d'un droit de rétractation. Ainsi, il est bien connu que l'habileté et la ténacité des démarcheurs à domicile ne permettent guère au démarché de donner un consentement totalement libre et réfléchi : le seul moyen de se débarrasser d'un bon démarcheur, c'est de signer le contrat qu'il propose ! L'institution du droit de rétractation conduit à ce que, pendant un certain délai, le premier consentement donné par le consommateur n'est pas définitif. Il peut encore changer d'avis, et ce n'est que s'il ne le fait pas que le contrat se formera définitivement. Les circonstances, celles d'un démarchage, dans lesquelles le premier consentement est donné, justifient la protection mise en place par ce moyen.

S'agissant de la vente à distance, le besoin de protection vient d'ailleurs. Ici le consommateur ne subit aucune pression, bien au contraire : il est totalement libre d'arrêter à tout moment le processus de conclusion du contrat, peut-être même encore plus facilement que lorsqu'il se rend dans un magasin, où il n'est pas exclu qu'un vendeur un peu bonimenteur essaye d'emporter sa décision d'achat... Le besoin de protection tient au risque de déception auquel le consommateur est exposé dans la vente à distance : les photographies avaient été particulièrement soignées pour présenter le produit sous un jour avantageux alors que la réalité est très en deçà, ou bien la taille ou la coupe du vêtement commandé ne conviennent pas, à moins que ce ne soit la couleur, qui à l'ouverture du paquet, ne plaise pas... Le droit de revenir sur le consentement donné au contrat en retournant la marchandise dans un certain délai après sa réception apparaît donc, là aussi, justifié par la particularité de la conclusion du contrat de vente à distance. Les professionnels du secteur l'avaient d'ailleurs parfaitement compris, eux qui avaient accordé spontanément à leurs clients potentiels cette faculté de rétractation, de nature à leur donner confiance dans ce type de contrat en dépit du risque de déception, avant que le législateur ne la consacre et ne la rende impérative (loi du 6 janvier 1988).

Cependant, encore faudrait-il savoir cantonner le droit pour le consommateur de changer d'avis dans les hypothèses où il apparaît justifié et dans des limites temporelles raisonnables.

Or des tendances à l'extension, sans raison, se manifestent. Ainsi la directive européenne du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance a prévu que le droit de rétractation devait être offert au consommateur dans tout contrat conclu à distance avec un professionnel, pas seulement la vente de biens mais également toute prestation de service, et cet élargissement du domaine a été réalisé en France par l'ordonnance du 23 août 2001. Pourtant, à propos de la prestation d'un service, il ne s'agit pas de protéger le consommateur contre une déception, puisque le délai de rétractation court à compter non pas de la prestation du service (différence notable avec la vente, où il court à compter de la réception des biens), mais de la conclusion du contrat. Et comme la technique de conclusion du contrat à distance met par hypothèse le consommateur à l'abri de toute pression, c'est sans justification que le droit de rétractation a été étendu aux contrats portant sur la fourniture d'une prestation de service[1].

En outre, l'heure est à l'allongement du délai des droits de rétractation. Initialement la durée était souvent de sept jours : c'était le cas au sujet notamment du démarchage, du crédit à la consommation, de la vente à distance. Plus récemment, des directives européennes ont retenu quatorze jours – ainsi la directive du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, et celle du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs – et leur transposition en France a donc conduit à doubler le délai en matière de crédit à la consommation (loi du 1er juillet 2010, modifiant l'article L. 311-12 du Code de la consommation), ainsi que, tout récemment, en matière de démarchage et de contrats à distance (nouvel article L. 121-21 du Code de la consommation, issu de la loi du 17 mars 2014). Deux semaines cela commence à faire beaucoup, peut-être trop, même, et sans raison : quatorze jours pour s'apercevoir que la robe commandée finalement ne va pas ou ne plaît pas, n'est-ce pas plus que nécessaire pour assurer la protection souhaitable des consommateurs contre le risque de déception ? Et si le droit de rétractation aussi largement conçu devenait un moyen de faire tourner à bon compte sa garde-robe ?

[1] Cf. en ce sens, J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 8e éd., nº 107.

En tout cas, le consommateur du début de XXIe siècle apparaît, dans la législation qui le protège, comme incapable de fixer sa décision rapidement : il lui faut pouvoir changer d'avis plus longtemps que celui qui l'a précédé, au début du mouvement consumériste, dans le dernier quart du siècle précédent.

Et encore, une fois le consentement devenu définitif, ne faut-il pas qu'il oblige le consommateur trop longtemps.

B. C'est, en effet, ensuite, le ***changement de partenaire contractuel*** que le législateur tend aujourd'hui à permettre au consommateur avec beaucoup de facilité.

Le droit commun des contrats opère une distinction fondamentale entre contrats à durée indéterminée, qui peuvent être résiliés à tout moment par chacune des parties, et contrats à durée déterminée, qui obligent en principe les parties jusqu'à leur terme, car la durée qui a été convenue participe de la force des conventions : celles-ci ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties (article 1134, alinéa 2 du Code civil). Or la législation protectrice des consommateurs commence à s'éloigner de ce principe.

Un premier pas a été effectué par la loi nº 2008-3 du 3 janvier 2008 (intitulée « *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* ») à propos des contrats de fourniture de services de communications électroniques : le législateur a imposé aux fournisseurs proposant aux consommateurs la conclusion de contrats relatifs à ces services pour une durée comprise entre douze et vingt-quatre mois (vingt-quatre mois étant la durée maximale autorisée) « *d'offrir au consommateur la possibilité de résilier le contrat par anticipation à compter de la fin du douzième mois* », moyennant le paiement par le consommateur d'une somme égale au plus au quart du montant restant dû au titre du contrat (article L. 121-84-6 du Code de la consommation). L'objectif était de fluidifier le marché et de stimuler la compétition entre fournisseurs en vue de faire baisser les prix, dans un secteur où, il est vrai, le faible nombre d'opérateurs ne paraissait pas très propice, *a priori*, à une grande concurrence.

Un dispositif approchant vient d'être mis en place par la loi nº 2014-344 du 17 mars 2014 *(« relative à la consommation »)*, dans le domaine de certains contrats d'assurance « *couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles* » (article L. 113-15-2 nouveau du Code des assurances), ce qui vise des contrats d'assurance conclus par les consommateurs. Désormais la loi permet à ces assurés « *à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la première souscription, [de] résilier sans frais ni pénalités les contrats et adhésions tacitement reconductibles* » (même texte). Là encore le législateur a mis en avant la nécessité de « stimuler la concurrence du secteur assurantiel, par une fluidité accrue du marché »[2] ; les assureurs ont eu beau protester et faire valoir que dans leur secteur – spécialement en assurance automobile ou multi-risques habitation – la concurrence est déjà très vive entre les centaines d'entreprises d'assurance agréées en France, sans compter toutes celles qui ont la possibilité d'opérer en libre prestation de service depuis leur établissement dans les autres pays de l'Union européenne, rien n'y a fait et la loi est passée. Le résultat est que désormais un consommateur qui aura souscrit par exemple un contrat d'assurance automobile pour une durée d'un an avec clause de tacite reconduction – situation extrêmement répandue – sera tenu dans les liens du contrat pendant un an, mais passé un an ne le sera plus et pourra librement résilier (alors que l'assureur, lui, toujours lié, ne pourrait décider unilatéralement de se dégager) : bref, un an de contrat cela va, plus d'un an, cela ne va plus. Le consommateur doit pouvoir aller voir ailleurs et changer d'assureur sans attendre l'arrivée du terme de la période contractuelle en cours.

Si le législateur favorise cette instabilité du consommateur, c'est peut-être parce que lui-même a perdu toute idée de ce que pourrait être la stabilité de la législation qu'il édicte : le changement, c'est aussi, constamment, le changement du droit de la consommation.

II. Le changement du droit

A. Un droit en constant changement. Le droit de la consommation s'est constitué peu à peu avec l'adoption de lois régissant notamment le démarchage (loi du 22 décembre 1972), le

[2] Projet de loi nº 1015, AN 2013.

crédit à la consommation et les clauses abusives (lois n° 78-22 et 78-23 du 10 janvier 1978), la sécurité des consommateurs (loi du 21 juillet 1983), les actions en justice des associations agréées de consommateurs (loi du 5 janvier 1988), la vente à distance (loi du 6 janvier 1988), le surendettement (loi du 31 décembre 1989), la publicité comparative (loi du 18 janvier 1992). En 1993, tous ces textes (et d'autres encore) ont été rassemblés pour former le Code de la consommation, promulgué par une loi du 26 juillet 1993. En dépit de ses imperfections – assez nombreuses[3] –, cette codification-compilation a eu un mérite, celui de faire émerger cette nouvelle matière[4]. Comme l'a écrit Jean Carbonnier, « par la promulgation immédiate de son Code, bien ou mal ficelé, le droit de la consommation a réalisé un coup de maître. Il s'est constitué en corps autonome de droit »[5].

De la codification, on redoute parfois qu'elle conduise à rigidifier une matière. Ici, rien de tel ne s'est produit. Ce Code n'a qu'une vingtaine d'années et les textes qui lui ont apporté des modifications ou des ajouts sont déjà en nombre considérable : pour s'en tenir aux lois (car il y a aussi plusieurs ordonnances, une bonne vingtaine), pas moins de trente, les lois des 3 juin 1994, 1er février 1995, 8 février 1995, 5 juillet 1996, 23 janvier 1998, 25 mai 1998, 1er juillet 1998, 29 juillet 1998, 15 mai 2001, 12 juin 2001, 1er août 2003, 21 juin 2004, 28 janvier 2005, 7 décembre 2006, 30 décembre 2006, 3 janvier 2008, 4 août 2008, 27 mai 2009, 15 juillet 2009, 22 juillet 2009, 1er juillet 2010, 22 octobre 2010, 7 décembre 2010, 22 décembre 2010, 17 mai 2011, 13 décembre 2011, 28 janvier 2013, 26 juillet 2013, 17 mars 2014, 24 mars 2014... Parmi celles-ci se trouvent quelques monstres tentaculaires, projetant de nouvelles dispositions en de multiples directions, comme la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (qui affecte plus de cent articles du Code) ou la loi 17 mars 2014 relative à la consommation, avec ses 161 articles dont certains modifient ou créent chacun plus d'une dizaine voire plusieurs dizaines d'articles du Code !

Un secteur est tout particulièrement touché par ces modifications incessantes, c'est celui que couvre le Livre troisième du Code, l'endettement des consommateurs. L'historique de certains articles donne le vertige : ainsi l'article L. 333-4 sur le fichier des incidents de paiement liés aux crédits aux consommateurs a été modifié par la loi du 29 juillet 1998, l'ordonnance du 15 juillet 2009, les lois des 1er juillet 2010, 22 octobre 2010, 22 décembre 2010, 28 janvier 2013, l'ordonnance du 27 juin 2013, les lois des 26 juillet 2013 et 17 mars 2014... De même l'article L. 331-3 sur la procédure devant la commission de surendettement des particuliers a été modifié successivement par les lois des 8 février 1995, 29 juillet 1998, 1er août 2003, les ordonnances des 15 juillet 2009 et 27 avril 2010, les lois des 1er juillet 2010, 22 octobre 2010, 22 décembre 2010, 28 janvier 2013, l'ordonnance du 27 juin 2013, les lois du 26 juillet 2013 et du 24 mars 2014, soit douze modifications en vingt-et-un ans dont quatre au cours de la seule année 2010 et trois en 2013 ! Et ce ne sont là que des exemples.

Que sont devenus les conseils de prudence, de sobriété et de modération que les plus grands ont adressés au législateur ? « Il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare et lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante », avertissait Montesquieu[6] ; « au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer », recommandait Portalis, car « l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois en l'espace de plusieurs siècles »[7]. En droit de la consommation, tout à l'inverse, le changement c'est tout le temps et l'on peut même voir le législateur s'y reprendre jusqu'à trois voire quatre fois dans une seule année pour retoucher aux mêmes articles par trois ou quatre lois ou ordonnances successives. Mais qui peut suivre ces bégaiements législatifs ?

B. Et si l'on changeait radicalement de méthode ? Lors d'un très intéressant colloque tenu à l'Université de Chambéry à la fin de l'année 2013 pour célébrer les vingt ans du Code de la consommation, des points de vue évidemment assez différents ont été échangés

[3] Cf. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation,* 2e éd., n° 13.
[4] Cf. en ce sens, G. Raymond, *Droit de la consommation*, 2e éd., n° 27 ; J. Calais-Auloy et H. Temple, *op. cit.*, n° 1.
[5] *Les obligations*, 22e éd. 2000, n° 6.
[6] Montesquieu, *Lettres persanes,* CXXIX, in *Œuvres complètes*, La Pléiade, t. 1, p. 323.
[7] Portalis, *Discours préliminaire*, in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, p. 467.

entre représentants des professionnels et des consommateurs. Toutefois tous les participants se sont accordés sur un point : l'accumulation des textes est devenue excessive, il est nécessaire d'arrêter le mouvement et de simplifier. L'idée d'une division par deux du nombre d'articles du Code de la consommation a été avancée comme un objectif indispensable à réaliser aussi bien par le président d'une importante union fédérale de consommateurs que par le représentant d'organisations professionnelles. Étonnante convergence ? Non, constat lucide de la réalité et de l'inutilité voire de la nocivité des empilements de textes auxquels le droit de la consommation est parvenu, tout particulièrement en matière d'information obligatoire du consommateur.

Simplifier et stabiliser le droit de la consommation, voici un vrai changement à opérer ; un changement de méthode législative, salutaire, tant il est vrai que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires » (Montesquieu) : elles compromettent « la certitude et la majesté de la législation » (Portalis[8]). En droit de la consommation, il y a un gros effort à faire pour réfréner cette pressante envie de toujours légiférer davantage et de constamment changer les règles.

Juin 2014

[8] *Discours préliminaire*, précité, p. 467.

14. Droit immobilier

Le changement en droit immobilier

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

Le changement est devenu une ardente obligation. Il est un élément du politiquement correct. Aucun homme politique n'oserait afficher un programme comportant, pour propositions essentielles, le maintien, la consolidation ou la sauvegarde. La prime à la jeunesse s'allie à une addiction à la nouveauté pour faire du changement un incontournable. « Changement ou dépérissement » pourrait être le slogan de nos sociétés contemporaines. Pour elles, le changement, c'est toujours maintenant car il n'a vraiment de sens que s'il demeure perpétuel. Changement rime donc, aujourd'hui avec permanent, obsédant mais aussi agaçant.

On l'aura compris, l'auteur de ces lignes n'est pas un inconditionnel d'un tel sujet qu'il a pourtant accepté de traiter avec plaisir. En effet, par-delà le côté convenu de la problématique, se posent de vraies questions qui ne peuvent être éludées. C'est un lieu commun de constater que l'histoire s'accélère, que les progrès de la science sont époustouflants. L'intelligence de l'homme n'a jamais fait changer aussi vite ses conditions de vie, et cette accélération influe, d'évidence, sur les rapports sociaux et sociétaux. Dans les sociétés traditionnelles, la révérence vis-à-vis des anciens se justifiait en partie par le fait que ceux-ci avaient accumulé une connaissance et une expérience qui manquait aux plus jeunes. Aujourd'hui, force est de reconnaître que, au moins, dans un certain nombre de domaines, les adolescents ont beaucoup de choses à apprendre à leurs grands-parents. Ce changement quant à l'acquisition des données de la science influe, d'évidence, sur le rapport de chacun au droit. L'évolution technique et sociale ne peut que générer une forte demande de changement législatif et juridique.

Mais ce besoin n'est pas identique dans toutes les branches du droit parce que les forces du changement y sont diverses. Le droit de la famille évolue avec les mœurs, le droit de l'informatique doit tenir compte des évolutions techniques du secteur. Le droit des contrats ne peut s'abstraire de la mondialisation.

Le droit n'arrête pas, ainsi, de changer, ce qui génère un sentiment de lassitude, une volonté d'ancrage et de retour aux valeurs de permanence. Mais il ne faut pas être naïf. Ceux qui souhaitent l'arrêt des réformes sont souvent les premiers à se rapprocher du législateur pour lui demander tel aménagement ou tel autre texte. Les chantres de la simplification ne sont pas les derniers à rajouter des alinéas au travers d'amendements, parlementaires ou non. Le rapport des institutions à la production législative est de ce point de vue ambivalent, hypocrite, consumériste (même pour ceux qui s'opposent au droit des consommateurs), et pour tout dire, irrationnel, à moins qu'il ne soit simplement égoïste.

Le droit immobilier n'échappe pas à ces penchants contradictoires. Pourtant l'immeuble,

en lui-même, n'a pas trop changé. Les fonds ruraux sont toujours faits de terre et les immeubles urbains sont toujours bâtis, même si les techniques de construction ont évidemment changé. L'immeuble traverse le temps car il représente précisément, dans une société en mouvement, un pôle de stabilité apprécié, un môle auquel se rattachent tous ceux que la vie ballotte par ailleurs. Cependant, ce roc cache de nouvelles facettes. La financiarisation grandissante de l'immobilier montre que l'immeuble est souvent, au moins quand il est de bureaux ou commercial, vu comme un élément d'actifs parmi d'autres. Sa fixité, son immobilité, n'intéressent que dans la mesure où son positionnement est un élément fondamental de sa valeur. Pour le reste, les parts des sociétés qui le détiennent sont bien plus importantes que sa superficie. L'immeuble est ainsi un lieu de résistance au changement pour les personnes physiques et un objet de changement pour les personnes morales qui, d'ailleurs, en délaissent de plus en plus la propriété pour n'en avoir qu'une jouissance éphémère.

Ce rapport psychologique encore très différent entre ces deux types de personnes demeurera-t-il ? C'est l'un des enjeux de la question du changement en droit immobilier mais il y en a évidemment bien d'autres. L'exhaustivité ne saurait être de mise en la matière et nous nous contenterons de voir comment le changement se manifeste en matière de construction, de gestion et de rapport à l'immeuble.

I. Le changement dans la construction de l'immeuble

La construction de l'immeuble a, d'évidence, beaucoup évolué mais, par rapport à d'autres secteurs, la transformation des techniques de construction n'a pas été totalement révolutionnaire. Pour un œil non averti, un chantier d'aujourd'hui ressemble, à bien des égards, à un chantier des années 1960. Les gains de productivité et de techniques remontent plutôt au milieu du XXe siècle. La préfabrication était déjà de mise dans les années 1960. On doit simplement saluer l'arrivée de nombreux matériaux nouveaux qui permettent des formes ou des structures différentes.

Il n'est donc pas surprenant que, finalement, le droit de la construction, au sens strict du terme, n'ait connu que peu d'évolutions importantes dans les trente dernières années. L'effort législatif avait été fait dans les années 1960-1970 pour accompagner le considérable essor de la construction à cette époque. Cela ne signifie pas, bien entendu qu'aucune question nouvelle ne se pose.

Ainsi, l'une des questions majeures qui devra être résolue est celle du sort juridique et des implications techniques de la performance énergétique des bâtiments à la suite du Grenelle de l'Environnement et de la future loi sur la transition énergétique. Alors que l'on est plus exigeant techniquement sur la performance énergétique des bâtiments, comment traduire cette rigueur nouvelle d'un point de vue juridique sans alourdir à l'excès la responsabilité des constructeurs et le fardeau de l'assurance construction ? Tel est l'un des enjeux majeurs des dix années à venir et sur lequel le législateur commence déjà à réfléchir.

Mais le changement le plus marquant quant à la construction des bâtiments ne tient pas tant à leur technique que, peut être, à leur localisation. Les Trente Glorieuses furent marquées par une formidable expansion urbaine qui continua par la suite. La notion de ville ne doit d'ailleurs pas, en la matière, être vue de manière trop étroite. Il suffit de se promener dans la campagne pour voir que, dès lors qu'il n'est pas trop éloigné d'une métropole, chaque village, fût-il le plus petit, a vu exploser sa ceinture de lotissements. La ville a fait tache et cette extension territoriale, fierté des maires bâtisseurs et marque du dynamisme des élus locaux est aujourd'hui profondément remise en cause. L'idéal pavillonnaire demeure intact chez beaucoup de nos concitoyens mais les données écologiques ne permettent plus de le satisfaire. La construction doit être plus dense. Les villes doivent se resserrer sur elles-mêmes. Ce changement d'état d'esprit est très fort même s'il ne débouche sur aucune nouveauté véritable. La ville médiévale ou de l'époque moderne d'avant 1789 était, en effet, techniquement contrainte dans ses murailles. En dehors des rares agrandissements de ces dernières, son extension ne pouvait être que densification. Aujourd'hui, le droit se fait fort de dresser des enceintes juridiques pour confiner l'explosion urbaine. L'avenir dira si le rempart de papier est aussi efficace que le mur de pierre.

Mais le droit immobilier a d'ailleurs su anticiper cette exigence de densification. En effet, lorsqu'il s'est agi de créer de nouvelles structures

urbaines mélangeant du domaine public, du logement, des commerces, des bureaux, comme à la Défense, il a su inventer, sans l'appui d'aucun texte, de nouvelles règles. Il a pu ainsi, par-delà les terrains, donner toute leur place aux volumes immobiliers qui, aujourd'hui, sont considérés comme de véritables objets de propriété immobilière. Cette nouveauté mérite d'être soulignée car il s'agit d'un changement spontané, d'une adaptation du droit à une situation nouvelle, sans que le législateur ne s'en mêle. Elle est le signe qu'il n'y a pas besoin, nécessairement, d'une intervention gouvernementale pour faire évoluer le droit avec intelligence. Et, pourtant, le changement réalisé est extrêmement important car il a su passer outre aux réticences de nombre de juristes devant le volume comme objet de propriété, puisque ce volume n'était pas un corps susceptible d'être touché. Même s'il est situé dans l'espace et qu'il est, de ce point de vue, parfaitement unique, le volume n'est pas une propriété immobilière comme les autres, mais constitue, néanmoins, une véritable propriété. Les juristes ont su ainsi rompre avec une certaine conception romaine. Ils l'ont fait en douceur, sans que cette nouveauté n'ait suscité de difficultés juridiques qu'aurait dû régler la jurisprudence. Les arrêts de la Cour de cassation qui ont été amenés à traiter de ce concept, sans jamais le remettre en cause, se comptent sur quelques doigts. Il a fallu, de plus, attendre la loi ALUR du 24 mars 2014 pour que le mot « volume » figure dans la loi, en étant introduit dans l'article 28 de la loi du 10 juillet 1965. L'innovation a donc été totalement réussie.

La jurisprudence relative à la construction de l'immeuble a d'ailleurs su jouer parfaitement son rôle pour faire évoluer le droit. C'est probablement en matière de responsabilité des constructeurs que la Cour de cassation a le pus fortement imprimé sa marque. Elle a su, sous l'empire du Code civil, faire évoluer les textes très restrictifs sur la responsabilité décennale pour mettre de plus en plus facilement en cause les constructeurs. Après que la loi du 3 janvier 1978 ait introduit un changement très profond dans la conception française de la responsabilité des constructeurs, devenue très stricte mais appuyée sur une assurance obligatoire soulageant ceux qui devaient la supporter, elle a été amenée à gérer ce nouveau système, qui reste encore aujourd'hui unique au monde, avec souplesse. Si pendant les vingt premières années d'application de cette loi nouvelle, elle a paru, à certains, trop laxiste, elle a parfaitement su, à partir de 1998, par petites touches, encadrer la responsabilité des constructeurs et l'assurance construction pour rendre le système performant et économiquement viable. Le droit français de la responsabilité des constructeurs est donc la preuve qu'un changement législatif bien préparé peut conduire, grâce à une jurisprudence pragmatique et évolutive, à une situation nouvelle bien meilleure que l'ancienne et que le changement peut être signe de réussite.

Enfin, on ne peut aborder le changement dans la construction de l'immeuble sans faire référence aux normes de construction qui se sont multipliées au point d'être, aujourd'hui, au nombre de plusieurs milliers. Cette accumulation génère frustration et crispation de la part des professionnels qui sont obligés de produire toujours plus chers les immeubles qu'ils doivent réaliser et vendre. La crise profonde, que subit le secteur de la construction, depuis quelques années va donc obliger à de nouveaux et profonds changements qui consisteront en une véritable dérèglementation. Mais ce changement-là n'est pas facile à mettre en œuvre. Il s'avère toujours beaucoup plus délicat de supprimer que d'ajouter. Là encore, ceux qui se plaignent avec force d'un trop-plein législatif sont beaucoup plus frileux dès lors qu'il s'agit d'envisager la suppression de textes qui les rassurent ou les avantagent. De plus, le principe de précaution qui est aujourd'hui de mise pousse le législateur et le pouvoir réglementaire à la prudence. Même si le droit de la construction est un des chantiers prioritaires de l'actuelle dérèglementation, on peut être hésitant sur son impact dans l'avenir, comme on le reverra par la suite.

II. Le changement dans la gestion de l'immeuble

Nous aborderons ici les évolutions relatives aux deux modes de gestion que sont la copropriété et la gestion locative.

Ces domaines n'échappent pas à l'emprise d'un certain consumérisme immobilier qui imprègne désormais le droit de la gestion immobilière au sens large du terme. La défiance à l'égard des professionnels de l'immobilier est un élément qui, sans être nouveau, s'est accentué

ces dernières années. Les dispositions de la loi Hoguet du 2 janvier 1970 ont ainsi été considérablement renforcées par la loi ALUR.

Cependant, au risque de surprendre, il apparaît, en la matière, que le changement s'avère plus minime qu'il n'y paraît. Certes, par rapport au XIXe siècle, rien n'est identique. Mais le juriste des années 1970 qui reviendrait d'un voyage lointain ne serait pas dépaysé par la découverte du droit actuel régissant ces matières. Les mêmes principes sont, en effet, de rigueur avec, bien évidemment, des variantes.

En matière de baux, les changements que l'on constate sont ordonnés par un balancier législatif qui privilégie tantôt les droits du bailleur, tantôt ceux du preneur avec, il faut bien le dire, une propension naturelle à la deuxième option qui, il est vrai, se justifie dans la mesure où il s'agit de la partie réputée la plus faible au contrat. Même après la loi ALUR du 24 mars 2014, la situation du preneur à bail d'habitation n'est pas plus protectrice que celle qui découlait de la loi du 1er septembre 1948. Les changements ont été permanents, mais à l'intérieur d'un cadre bien précis qu'ils n'ont jamais dépassé. Cette situation, si constante, a toutes chances de se prolonger. On ne voit pas, en effet, quel big bang social pourrait conduire à remettre en cause un principe d'équilibre si difficilement acquis. Ainsi, alors que des revues entières sont consacrées aux changements législatifs de la loi ALUR en matière de baux, le paradoxe est ici de considérer que ces modifications, sans être des non-événements, ne sont pas des changements fondamentaux au regard de l'histoire du droit immobilier.

Peut-on en dire autant de la copropriété ? Le changement est, en la matière, une quasi-constante, même si les évolutions les plus fortes paraissaient être du passé. Après les grandes lois de 1938 et de 1965, le droit de la copropriété français semblait en avoir fini avec l'ère des grands changements. La loi du 10 juillet 1965, qui va, l'année prochaine, fêter son cinquantenaire bénéficie, en effet, d'une longévité surprenante. Cette stabilité n'est cependant qu'une apparence. Depuis 1985, par petites touches, ou plus brutalement, le statut de la copropriété évolue en profondeur et les changements, en la matière, ne sont probablement pas achevés. La loi de 1965 n'est plus qu'un contenant dont le législateur ne se prive pas de modifier, à sa guise, le contenu et, par voie de conséquence, l'esprit. Notre conception de l'institution la rendait très différente de celle de nombreux pays anglo-saxons à la dimension communautaire beaucoup plus affirmée. L'attachement français au droit de propriété s'était donc manifesté dans la similitude recherchée entre précisément propriété et copropriété. Mais, de ce point de vue, un changement profond est en train de s'opérer qui a été concrétisé par la loi ALUR sous trois aspects.

Tout d'abord, même si ce mouvement avait déjà été amorcé précédemment, l'immeuble tend désormais à être considéré comme n'étant pas la chose exclusive des copropriétaires mais également un élément de la vie urbaine. La solidité physique de l'immeuble et la santé financière du syndicat présentent, ainsi, un aspect d'intérêt général qui justifie l'intervention des pouvoirs publics dans la vie de la copropriété. S'est ainsi développé, de manière considérable, un statut des copropriétés en difficulté, qui comprend désormais trois stades : les copropriétés en prédifficulté, en difficulté et en état de carence. L'immeuble est d'ailleurs devenu un tel enjeu de politique publique que, désormais, il peut, dans les copropriétés en difficulté, être préempté, voire exproprié en tout ou partie, le législateur ayant mis au point un mécanisme d'expropriation des seules parties communes qui donne un résultat surprenant puisque, dans certains cas, un lot ne pourra être constitué que de parties privatives, ce qui est pour le moins étrange.

Ensuite, le régime de la copropriété tend à perdre son unité. Alors que, jusqu'en 2014, la loi ne régissait qu'un seul type de copropriété, auquel s'appliquait l'ensemble de la réglementation, désormais, cinq catégories différentes de copropriété doivent être distinguées. Ces copropriétés à géométrie juridique variable ne vont pas dans le sens de la simplification voulue par ailleurs.

Enfin, la loi ALUR poursuit la tendance déjà remarquée à donner plus de pouvoir à la collectivité des copropriétaires au détriment de chacun d'entre eux. L'abaissement significatif des règles de majorité, la suppression du droit de véto en cas de surélévation montrent que, désormais, les copropriétaires ne sont plus d'abord des propriétaires qu'il faut protéger dans leurs droits fondamentaux mais, essentiellement, des membres d'une communauté qui doivent supporter les décisions prises par la majorité, y compris, à leur détriment. Le changement va, ainsi, dans le sens

d'un rapprochement avec les droits anglo-saxons. Même si la mondialisation n'est en rien l'élément déclencheur de cette évolution, elle n'en demeure pas moins significative.

Finalement, on constate donc qu'en matière de gestion de l'immeuble, les éléments les plus marquants du changement concernent davantage le droit de la copropriété que celui des intermédiaires immobiliers ou des statuts locatifs. Mais il ne faut pas oublier que le rapport à l'immeuble a, lui-aussi, changé.

III. Le changement dans le rapport à l'immeuble

Le rapport à l'immeuble est traditionnellement un rapport fondé sur le caractère quasiment exclusif du droit de propriété et d'une pleine propriété. Or, là encore, les choses évoluent, que ce soit en matière de protection du droit de propriété ou de remise en cause du schéma d'accession traditionnel à la propriété.

Le droit de propriété fait l'objet d'une évolution contrastée quant à la protection qui est offerte en matière d'immeuble. Le droit de l'expropriation est devenu plus favorable aux propriétaires du fait notamment de l'intervention des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans bien des cas, le législateur, confronté à la nécessaire protection face à cette privation a été obligé de revoir un certain nombre de textes du Code de l'expropriation dont la rigueur à l'égard des propriétaires apparaissait excessive. L'évolution est loin d'être identique en matière de droit de préemption. Le législateur, sans doute moins gêné par les règles supra légales au regard de cette procédure moins draconienne, n'a pas hésité à renforcer, de manière constante, le champ d'application et les modalités de la procédure de préemption. Les droits de préemption eux-mêmes se sont multipliés, que l'on pense au droit de préemption sur les fonds de commerce et les terrains destinés à recevoir de tels fonds (articles L. 214-1 et suivants du code de l'urbanisme), ou sur le droit dit de « postemption » que la loi ALUR crée en matière de vente à la découpe (article 10 II de la loi du 31 décembre 1975). L'un des éléments les plus révélateurs de cette évolution est l'inclusion dans le domaine du droit de préemption urbain, par la loi ALUR, d'un certain nombre d'actes à titre gratuit, sauf en matière familiale (article L. 213-1-1 du code de l'urbanisme). La publicisation du rapport à l'immeuble est donc désormais un élément important de l'évolution du droit immobilier. En la matière, le changement n'a pas été brutal mais il est univoque et constant, sans que les contreparties juridictionnelles n'apparaissent véritablement suffisantes.

Le schéma d'accession traditionnel à la propriété évolue également. Le bénéfice, pour chaque citoyen, d'une pleine propriété n'est peut-être plus, pour le législateur, un idéal aussi net que par le passé. Un certain nombre d'intervenants espèrent un changement de mentalité qui permettra de rendre plus facile l'accession à la propriété. Se développent, en conséquences, des techniques de propriété temporaire, différée ou partielle.

Dans l'esprit de la plupart de nos compatriotes, l'acquisition d'un bien immobilier, lorsqu'elle n'est pas l'affaire d'une vie mais d'une longue période, doit aboutir à une propriété pérenne et transmissible. Ce schéma traditionnel présente, toutefois, l'inconvénient de limiter le temps d'accession et de remboursement des emprunts. Or, la hausse des prix de l'immobilier a rendu difficile les possibilités d'acquisition pour beaucoup. D'où l'idée, pour réduire le prix d'acquisition, de permettre, par le biais de baux à longue durée, l'acquisition d'une propriété temporaire courant le temps du bail, mais se terminant ensuite. Ce schéma est celui qui découle d'une récente ordonnance **(n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire)** qui reprend un certain nombre d'acquis des baux à construction et emphytéotiques. L'avenir dira si un tel mécanisme est de nature à satisfaire la psychologie française et si ce dispositif est promis ou non à un grand avenir. Il est, en toute hypothèse, fortement promu par la Ville de Paris et le gouvernement qui espèrent beaucoup en lui.

Mais le bail à construction peut être utilisé, de manière inverse, afin de promouvoir une propriété différée mais perpétuelle. Dans ce schéma, le preneur à construction réalise le bâtiment dont il demeure propriétaire pendant la durée du bail puisque toute accession est repoussée à la fin de celui-ci mais, pour éviter que celle-ci ne se produise, le bail à construction est dit « inversé », en ce sens que, à la fin du bail, le terrain est vendu au preneur. L'immense avantage est, si le bailleur est d'accord, de permettre

de ne payer ce terrain qu'à la fin du bail dont la durée peut être calculée pour tenir compte du remboursement des emprunts nécessaires à la construction. L'acquéreur paie donc d'abord la construction puis, ensuite, le terrain. Il peut donc étaler ses remboursements sur un temps très important. Le prix demeure identique mais la charge est étalée. L'inconvénient est, toutefois, que l'endettement courre sur une si longue période que les risques d'accident de la vie qui peuvent fragiliser l'opération s'en trouvent multipliés.

Une autre technique révélatrice du changement dans le rapport à l'immeuble découle du recours à l'usufruit locatif social que la loi Engagement national pour le logement n° 2006-872 du 13 juillet 2006 a organisé. Dans cette technique, organisée aux articles L. 253-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, l'accès à la pleine propriété se fait en deux temps. L'acquéreur achète, tout d'abord, la nue-propriété, il n'est alors, pendant quinze ans, qu'un investisseur dépourvu de pouvoirs car l'usufruit du bien est conféré à un opérateur qui sera souvent un organisme HLM. Celui-ci aura toute latitude pour louer le bien pendant la durée de l'usufruit, souvent comprise entre quinze et dix-sept ans. Une fois les lieux libérés, l'investisseur reprendra la pleine propriété en raison de la fin de l'usufruit. Plus que jamais, dans ce type de montage, l'usufruit est une technique adaptée qui permet l'instauration d'une sorte de mixité sociale dans le temps, puisque le même immeuble est, tour à tour, voué au logement social puis à la propriété privée.

Mais ces changements importants et récents ne doivent pas masquer la pérennité du rapport au bien immobilier. Dans l'immense majorité des cas, celui-ci passe par la propriété pleine et entière, au moins pour le logement. Les choses sont beaucoup moins évidentes pour le bureau et les commerces. En effet, la financiarisation, dont il a été parlé plus haut, se développe de manière importante dans ces domaines. Même les personnes publiques n'hésitent pas à privilégier ce rapport à l'immeuble puisque le Code général de la propriété des personnes publiques de 2006 exclut les bureaux de la domanialité publique (article L. 3211-2), ce qui permet, *a priori*, de les vendre plus facilement. Dans cette rentabilisation à outrance, importe non pas l'*abusus* mais principalement le *fructus*. La course au rendement est la clé de ce nouveau rapport à l'immeuble qui se pare d'ailleurs d'un vocabulaire anglo-saxon révélateur de sa philosophie profonde (investissement *core*, *value added*, *opportunist*).

Après avoir brossé ce tableau, qui demeure sommaire, des principaux changements intervenus en droit immobilier, reste, en conclusion, à s'interroger sur ceux qui sont encore devant nous.

Dans la mesure où le droit bouge très vite, il est difficile de se faire une idée précise de ses évolutions futures. On peut penser, toutefois, que l'un des chantiers importants à venir sera celui de la simplification dont on attend un « choc ». Cette question de la dérèglementation n'est pas nouvelle et a donné lieu à de nombreuses discussions et propositions. On se souvient, notamment, récemment, des lois Warsmann censées simplifier le droit et qui, si elles allaient dans le bon sens, n'ont eu qu'un effet assez marginal puisque, malheureusement, toute simplification du droit s'accompagne simultanément d'une complexification par l'adoption de nombreux textes nouveaux. Le droit immobilier, et particulièrement celui de la construction, devrait être un champ privilégié d'actions pour ce choc de simplification qui a maintenant son secrétaire d'État. Cependant, il s'avère très difficile de revenir en arrière. Certes, de manière générale, des propositions sont faites pour limiter la création de nouveaux textes ou aboutir à la suppression d'au moins autant de textes que l'on ne crée de nouveaux. Mais, ces tentatives sont, pour l'instant, assez vaines. De même, la suppression ou la mise sous surveillance d'un certain nombre de commissions administratives doit être saluée y compris dans le domaine de l'immobilier mais cette simplification soulage principalement les services de l'administration qui évitent ainsi de participer à de très nombreuses réunions.

Beaucoup plus difficile est la mise en œuvre de la volonté de réduire les textes de fond applicables à une situation donnée. Il sera sans doute possible de tailler dans un certain nombre de normes de construction (on parle ainsi d'en supprimer cinquante tous les six mois... sur près de cinq mille), mais la tâche sera plus rude lorsqu'il faudra s'attaquer aux textes de droit immobilier eux-mêmes. Il paraît en effet difficile de réduire la réglementation des statuts locatifs,

sauf à prendre le risque d'apparaître comme revenant sur la protection du locataire. De même, le droit de la copropriété est devenu, aujourd'hui, d'une telle complexité qu'un big bang serait nécessaire pour le simplifier, qui nécessiterait une volonté politique forte. Et que dire du secteur des HLM qui fait lui aussi partie du droit immobilier mais qui devient, de plus en plus, une affaire de spécialistes et qui apparaît, parfois comme déconnecté de la réalité du terrain ?

On peut d'ailleurs se demander si l'une des voies possibles du changement en droit immobilier, comme il l'a été dans certains autres cas, ne serait pas la remise en cause de l'égalité juridique de toutes les parties du territoire. L'implantation des immeubles nécessite-elle les mêmes règles dans un site protégé de bord de mer ou de montagne et dans la banlieue d'une grande ville ? La réponse est d'évidence négative et des distinctions pourraient s'étendre aussi bien aux règles de construction que d'urbanisme. En revanche, bien évidemment, les statuts protecteurs des cocontractants les plus faibles ne sauraient être remis en cause en fonction du lieu de passation ou de réalisation du contrat. Encore que le changement, de ce point de vue, pourrait venir du développement du droit européen et d'une remise en cause des protections nationales dans les contrats transfrontaliers. Mais cela est, cependant, difficilement imaginable en matière de bail ou de contrats protecteurs d'une partie faible.

En définitive, on s'aperçoit donc, à l'issue de cette étude, que les changements les plus importants ne sont peut- être pas ceux qui sont devant nous, mais bien ceux qui ont déjà été réalisés depuis une cinquantaine d'années. En matière de droit immobilier, le changement c'est encore maintenant, c'est sûrement demain, mais c'était déjà hier. Encore faudra-t-il simplement laisser le temps à tous les acteurs de ce secteur d'apprivoiser les nouvelles règles et de leur donner toute leur portée avant que celles-ci ne disparaissent. Le changement doit obéir à la demande sociale mais il doit aussi se faire au rythme de sa réception sociale optimale.

15. Droit de la propriété intellectuelle

Le déclin du droit de la propriété intellectuelle

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

1. Le droit d'auteur est récent : après deux mille ans d'indifférence (la question de la protection des œuvres littéraires, des pièces de théâtre, des peintures, était identifiée dès Rome, Virgile et Horace, notamment s'en étaient déjà émus), il ne fut consacré que par des lois du droit intermédiaire, en 1791 et 1793.

Le système est simple : le travail de l'auteur conduit à la production d'un bien immatériel, auquel la Société reconnaît une propriété incorporelle, opposable à tous, pour une durée limitée, avant de devenir *res communis*. *Le travail produit un bien*.

Il y eut deux siècles de paix et de prospérité, très peu de modifications législatives, une jurisprudence pionnière de la Cour de cassation, utilisant toutes les méthodes d'interprétation décrites par Gény, une doctrine originale, représentée notamment par Desbois, longtemps professeur à la faculté de droit de Paris et qui créa la chaire de droit d'auteur à Assas.

Le droit des marques est à peine plus ancien : il consiste cette fois principalement à protéger une entreprise contre les concurrents et les parasites de tous ordres qui chercheraient à utiliser le nom ou le dessin des produits ou services qu'elle commercialise, en lui octroyant de la même façon une propriété incorporelle.

Dans les deux cas, on voit bien qu'on se trouve dans la définition que donnait Planiol de la propriété : rendre la prérogative économique d'une personne opposable à toutes les autres[1].

2. L'Internet et l'Union européenne sont en train de balayer tout cela, avec un dénominateur commun auquel il est désormais impossible de résister : *le consommateur*.

a. Sur l'Internet, le consommateur, ivre de technologie, à laquelle il ne pouvait même pas rêver il y a encore quelques années, s'est très vite accoutumé à son maniement et l'utilise non seulement pour ses besoins professionnels ou pratiques, mais aussi pour ses loisirs et sa distraction. La musique, les films, les dernières saisons des séries télévisées, les photographies, les livres, doivent être tout de suite accessibles sur l'écran de son ordinateur, de sa tablette, de son *smart-*

[1] *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 4e éd. par G. Ripert et J. Boulanger, LGDJ, nº 2708, sur les droits d'« opposabilité absolue », parmi lesquels la propriété intellectuelle.

phone, de sa télévision connectée, si possible gratuitement et au maximum, à moindre prix. Et si on ne les lui offre pas, il ira les chercher lui-même, fût-ce à la hussarde.

Il y a ici un aspect *sociologique* dont il faut prendre la mesure pour la réaction du droit.

b. Dans l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne, depuis quelques années, se fondant sur des textes européens complexes et peu clairement rédigés, a entièrement renversé les fondements de la propriété de la marque, les « *fonctions* » de celle-ci : la première n'est plus, ce qui est pourtant de l'essence même de la propriété, de protéger le titulaire du droit subjectif contre le comportement des tiers, mais d'assurer au *destinataire* des produits et services, le consommateur, une garantie sur la provenance et l'authenticité de ceux-ci[2].

On dénombrera, à titre énonciatif, sept raisons précises d'être inquiet, en les divisant par matières du droit qui sont enseignées dans nos Universités.

3. **Sources du droit.** L'Union européenne écrase la propriété intellectuelle, à travers ses normes, principalement les directives, pourtant supposées favorables, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, en est-il en matière de marques, comme il vient d'être indiqué : la CJUE a pratiquement absorbé à elle seule toute la jurisprudence sur les questions de droit importantes, qui préexistaient dans le droit français (celui-ci a pourtant constitué pour une part notable un modèle pour l'Union) et sont désormais traitées et remodelées à l'échelon supranational.

La Cour de cassation, étranglée par la règle *d'interprétation conforme*, n'est plus qu'un agent de contrôle de la première, à destination des juges du fond[3]. Le standard utilisé par la CJUE est redoutable : le juge national est tenu d'appliquer son droit à la lumière de la directive, *telle qu'interprétée par la CJUE*. La voilà garrottée, comme les juges du fond.

On en a donné un exemple parmi d'autres plus haut : la propriété d'une marque n'a plus pour fonction principale de protéger son propriétaire... mais le consommateur !

En voici un autre en droit d'auteur, relatif à l'usage public des œuvres par les professions libérales : l'entreprise qui communique pendant toute l'année de la musique à sa clientèle, pour la distraire ou la faire patienter, de façon gratuite et apparemment accessoire, n'a pas à en rendre compte aux titulaires de droits, ni à leur verser une rémunération[4].

Ou encore, celui-ci, aux « *sources des sources* » du droit : la CJUE, fonctionnant un peu comme la Cour de cassation, a besoin de textes sur lesquels se fonder, lorsqu'elle se prononce en droit ; cependant, bien au-delà des pratiques de notre Haute juridiction, elle a pris l'habitude de viser textuellement des directives européennes portant sur des sujets très précis et ponctuels, pour en tirer le prétexte de se prononcer sur des questions de droit i*nfiniment plus générales*, sur lesquelles le droit de l'Union européenne ne lui donne pourtant aucune compétence particulière[5].

Ou encore, la CJUE, au sujet des exceptions au droit d'auteur, dès lors qu'elles profitent au consommateur, a tendance, linguistique juridique comprise, à les ériger en droits subjectifs, concurrents de la propriété[6].

Il faut bien voir le bouleversement irréversible de nos catégories juridiques – et pas seulement dans le domaine du droit d'auteur : voilà d'anciennes notions, pratiquées et interprétées de longue date par les juges nationaux, à partir de normes qui préexistaient à l'Union européenne ; puis la CJUE s'en empare, parce que l'Union les a fait figurer dans une directive ; elle les interprète

[2] V. par ex. J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. I, 2e éd., LGDJ, 2009, nos 48 s. En dernier lieu, v. CJUE 6 févr. 2014, *Red Bull*, *PI* 2014, 291, obs. G. Bonet, au sujet du « *juste motif* » d'usage de la marque renommée par un tiers, qui résume bien le libéralisme échevelé de la Cour et le renversement des valeurs, où le propriétaire doit défendre son droit subjectif contre l'appétit des intermédiaires proposant leurs produits ou services aux consommateurs.

[3] Sur ce principe très contraignant d'interprétation conforme, v. l'article « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 334 s.

[4] CJUE 15 mars 2012, *Communic. Comm. électr.* 2012, no 48, note C. Caron ; *RTD eur.* 2012, 964, obs. É. Treppoz ; *RTD com.* 2012, 325, obs. F. Pollaud-Dulian (il s'agissait du cabinet d'un dentiste) ; v. sur ce point « Les nouvelles forces créatrices du droit », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, IRPI-LexisNexis, 2014, p. 133 s. ; ainsi que P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9e éd., PUF, 2015, nos 307, 326, 335.

[5] Par exemple, elle utilise une directive du 22 mai 2001, principalement relative au droit d'auteur sur l'Internet, pour refondre les conditions de protection applicables à toutes les œuvres, sur tous les supports, qui ne sont même pas visées dans ladite norme (CJUE 1er déc. 2011, *D.* 2012, 471, note N. Martial-Braz, *Communic. Comm. électr.* 2012, no 26, note C. Caron : protection des photographies) ; ou encore, on s'interroge gravement en ce moment sur le point de savoir si elle ne pourrait pas censurer, toujours sur le fondement de ce texte, une jurisprudence de la Cour de cassation relative au refus, par le droit d'auteur, de protection... des parfums. Mais quel rapport ? !

[6] V. par ex. CJUE 11 sept. 2014, *Ulmer*, *Communic. com. électr.* 2014, no 83, note C. Caron, au sujet de l'exception de reproduction numérique des livres en bibliothèque.

alors à sa façon, selon sa philosophie, parfois en contradiction directe avec les droits nationaux et sous couvert « *d'interprétation autonome* » et uniforme, l'impose à tous[7].

La Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas en reste : saisie au sujet de mises en ligne non autorisées d'œuvres sur l'Internet, elle considère qu'elles entrent dans le champ de la liberté d'expression et de communication et si elle a finalement approuvé que le droit interne les sanctionne, sur le fondement du droit d'auteur, c'est sous le couvert de « *l'ingérence légitime* » dans l'exercice de ces libertés[8]. Ainsi : un droit de propriété (pourtant lui-même fondamental) se mue de principe en exception à la sacro-sainte liberté de faire parfois tout et n'importe quoi.

Dernière source supralégislative : le Conseil constitutionnel est du même avis, car au sujet du risque de contrefaçon par les usagers sur l'Internet, lui aussi a brandi la « *liberté de communication* », tout en réservant bien sûr les droits des auteurs, car cela ne coûte guère[9].

À travers tout ce galimatias de « *l'équilibre des droits* », de la « *proportionnalité* », etc., faux standards devenus à la mode et auxquels on peut faire dire ce qu'on veut, se cache, quel paradoxe, des injustices de plus en plus criantes [10].

4. **Méthodes d'interprétation des normes**. Ces mêmes juridictions supranationales n'hésitent pas non plus à utiliser les méthodes d'interprétation des normes de manière casuistisque, alors que celles-ci, on le sait au moins depuis Demolombe et Aubry et Rau, ont besoin, pour un maximum d'effectivité et d'objectivité, de rester stables et générales. Par exemple, au sujet des exceptions, qui sont de droit strict, *exceptio est strictissimae interpretationis*, la CJUE n'éprouve pas de difficulté à élargir leur domaine, au détriment des auteurs, lorsqu'elle interprète une directive : « *le fait que l'art* [...] *de la directive* [...] *constitue une exception, n'a donc pas pour conséquence de réduire le champ d'application de cette disposition* »[11].

Et même au sujet des méthodes subjectives, lorsqu'un des sujets de droit est une partie faible (salarié, consommateur, auteur), l'impressionnisme juridique est de règle : ainsi, on sait qu'en droit d'auteur comme en d'autres domaines du droit, il existe une interprétation des normes, *in favorem auctoris*[12]. La CJUE, obsédée par les droits du consommateur et du public, s'y montre indifférente, alors même que dans la plupart des cas, c'est l'intermédiaire, qui s'est emparé sans bourse délier des biens incorporels pour les communiquer, qui jouit de son libéralisme[13]. Et que l'interprétation choisie rétrécit d'autant le champ de la propriété exclusive.

5. **Droit des obligations contractuelles.** On assiste à de plus en plus de *contrats forcés* : ainsi, dans la directive de l'Union européenne du 26 févr. 2014, au sujet du contrat de société, regroupant auteurs ou artistes : la personne morale ne peut refuser une adhésion, sans exciper de motifs légitimes ; ou du contrat de louage-licence de choses : la société civile d'auteurs ne peut refuser de conclure, sans preuve de justes motifs, un contrat de licence avec une plateforme Internet désireuse de proposer le catalogue d'œuvres musicales à sa propre clientèle[14].

Avec des contenus eux-mêmes impératifs : par exemple, le prix n'est plus librement fixé, notam-

[7] Un exemple récent, CJUE 3 sept. 2014, *D.* 2014, 1686, au sujet de l'exception de parodie : la Cour considère qu'un tiers peut publiquement s'emparer de l'œuvre d'un auteur (bande dessinée « *Bob et Bobette* ») pour l'intégrer dans un catalogue humoristique, sans pour autant chercher à s'en moquer, *ni qu'il soit même besoin de citer la source* ; elle estime qu'un tel usage est une façon d'exprimer son opinion, tant que celle-ci ne heurte pas d'autres droits fondamentaux de la *personne* humaine. Cela n'a plus grand-chose à voir avec le droit d'auteur et se trouve en décalage, par exemple, avec le droit français, art. L. 122-5, 4° CPI, v. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°s 333 et 368 (sur ce que la parodie pour faire rire suppose par essence que ce soit l'œuvre utilisée qui se trouve citée et moquée et non qu'elle serve de support commercial à celui ou celle qui s'en empare pour ses besoins personnels).

[8] CEDH 10 janv. 2013, *JCP G* 2013 n° 397, note M. Afroukh ; *Communic. Comm. électr.* 2013, n° 39, note C. Caron ; *Légipresse* 2013, 221, note F. Marchadier ; *RTD com.* 2013, 274, obs. F. Pollaud-Dulian.

[9] Cons. const. 10 juin 2009, *JCP G* 2009, n° 101, chron. J.-P. Feldman et 274, chron. M. Verpeaux ; *RTD civ.* 2009, 754, obs. T. Revet, au sujet de la fameuse loi HADOPI (*infra*, n° 7) : la poursuite des téléchargements illicites sur l'Internet doit ménager la « *liberté de communication* » de ceux qui s'y livrent, ainsi que leurs données personnelles, sous le contrôle de la CNIL...

[10] Rev. l'arrêt préc. CJUE 3 sept. 2014, qui ne manque pas de viser « *le juste équilibre* », alors qu'elle refond l'exception de parodie, au détriment de l'auteur qui n'en peut mais ; ainsi que CJUE 11 sept. 2014 préc., au sujet de la faculté de consulter des livres numérisés d'autorité par les bibliothèques sous couvert d'une exception.

[11] CJUE 3 sept. 2014 préc. ; ainsi que CJUE 11 sept. 2014 préc., qui utilise même la méthode d'interprétation de *l'effet utile*, au sujet de l'exception de copie numérisée en bibliothèque, qui est au contraire un mode d'application large des textes, pour leur faire produire un maximum d'effet (v. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 24).
On avait pourtant cru comprendre, par des arrêts antérieurs, que la Cour appliquait elle-même le principe d'interprétation stricte des exceptions : CJUE 9 févr. 2012, *RIDA* avr. 2012, 407, obs. P. Sirinelli ; *PI* 2012, 425 et 434, obs. Benabou – CJCE 16 juill. 2009, *Infopaq*, *Com., Com. élec.* 2009 n° 97, note C. Caron ; *PI* 2009 378, obs. V.-L. Benabou : interprétation stricte des exceptions prévues par la directive, « ?*qui dérogent à un principe général* ? ». V. égal. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 333.

[12] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 23, texte et réf.

[13] V. not. CJUE 3 sept. 2014 préc.

[14] V. *Les contrats immatériels*, Travaux de l'association Henri Capitant (Barcelone, 2014), à paraître.

ment dans les licences : il doit être « *raisonnable* », proportionné au service fourni et sera contrôlé par le juge (art. 16, directive préc.)

Les autorités administratives indépendantes ne sont pas en reste : l'Autorité de la concurrence, par exemple, interdit, sur fond de pratiques anticoncurrentielles, à une chaîne de télévision d'amortir les investissements obligatoires auxquels le droit français la contraint, en se ménageant auprès du producteur du film qu'elle a contribué à financer, une première exclusivité, quelque temps après la sortie en salles[15].

Ou encore : un « *médiateur du Cinéma* », qui n'en a que le nom, peut contraindre le distributeur de films à conclure un contrat d'exploitation avec une salle ne faisant pas partie de son réseau sélectif et qui réclame le nouveau film déjà confié à des concurrents locaux [16].

Que reste-t-il alors de la liberté de contracter[17] ?

Le droit de la concurrence dicte ainsi presque entièrement sa loi aux droits des contrats et de la propriété littéraire et artistique.

6. **Droit des obligations extracontractuelles.** La directive européenne du 8 juin 2000 et la loi sur la confiance numérique du 21 juin 2004, rendent pratiquement irresponsables civilement et pénalement les professionnels de l'Internet, spécialement ceux qui hébergeraient des données illicites (piratages en tous genres d'œuvres protégées), sauf pour la victime à s'armer de patience et d'énergie, en se pliant au régime quasi-processuel et formaliste de notification des griefs auprès de l'opérateur, rendent les condamnations très rares.

La Cour de justice de l'Union, toujours elle, est à l'origine d'une jurisprudence complexe, subtile et pour le plus clair, libérale[18].

Bien sûr, ces professionnels ne sont pas les principaux responsables des faits illicites : ce sont les Internautes malhonnêtes eux-mêmes, qui mettent en ligne des œuvres, musiques et films, qu'ils savent parfaitement protégés. Mais ceux-ci sont eux-mêmes très favorisés, à la fois par la technologie qui abrite leur anonymat et par le droit positif, alors pourquoi se gêner ?

7. **Droit pénal.** Précisément, la lutte contre le piratage est une vaste blague : la malheureuse « HADOPI », fausse autorité administrative indépendante sur ce chapitre, contrairement aux vraies (Autorité de la concurrence, AMF, CNIL, etc.), subit une véritable malédiction : la loi qui l'a instituée a été préalablement censurée, puis validée avec réticence par le Conseil constitutionnel, alors qu'elle avait été votée dans des conditions houleuses et très difficiles, comme s'il s'agissait d'un des points les plus fondamentaux de notre République, de remettre en cause l'impunité d'une frange de la population en matière de piratage. Il faut y voir la puissance de la presse et la crainte des Politiques de se mettre à dos la jeunesse, les consommateurs, d'avoir l'air réactionnaire.

Ce sujet eût été un cas d'école pour les monographies qu'a publiées Ripert sur le déclin du droit et les nouveaux équilibres de pouvoirs.

Incroyablement visionnaire, Ripert avait dénoncé une des formes du déclin du droit dans *l'esprit de désobéissance* des membres de la société, toléré, voire encouragé par la loi[19].

On en a ici un exemple topique.

Contrairement aux autres AAI, l'HADOPI n'a même pas reçu de pouvoir de sanction, au prétexte d'une atteinte intolérable au pouvoir judiciaire ; elle n'a eu le rôle que de rassembler les preuves des piratages – *i. e.* l'accès en connaissance de cause, en téléchargement ou « *streaming* » – les plus significatifs à des œuvres protégées, pour les consommer gratuitement.

Puis elle doit subir toute une procédure contraignante devant elle, satisfaisant les droits de la défense des Internautes concernés.

Sachant qu'au bout du compte, si elle parvient à transmettre un dossier au Procureur de la République, celui-ci décidera ou pas de saisir le juge du fond.

Et que s'il décide de le faire, en fait de sanction dissuasive, il n'y aura qu'une suspension de l'abonnement[20].

C'est ridicule. Et aussi profondément immoral. Cela non plus, Ripert ne l'eût pas goûté.

[15] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°s 558-559.

[16] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 613.

[17] Comp. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, 2014, n° 474 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 125.

[18] V. not. « De l'éventuel rôle actif des opérateurs Internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », *D.* 2011, 2054 ; en dernier lieu : CJUE 27 mars 2014, *D.* 2014, 1246, note C. Castets-Renard. La Cour de cassation en rajoute : Com. 20 janv. 2015, *D.* 2015, 262.

[19] *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 35 : « si l'État se plaint de cet esprit de désobéissance, qu'il commence par confesser ses propres fautes. Il a la charge d'assurer l'exécution des lois. Il ne le fait pas toujours ».

[20] Sur tous ces points : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 783.

Et nonobstant, cela serait de trop, car le gouvernement s'apprête à la supprimer, ou rendre la recherche des coupables encore plus inoffensive.

8. **Droit des biens.** Les auteurs et artistes-interprètes, en théorie titulaires d'une propriété immatérielle, en sont *expropriés* en droit ou en fait, de plus en plus souvent au chapitre de son usage, par toutes sortes de mécanismes normatifs. On en prendra cinq exemples, concernant très directement les professeurs de droit, les maîtres de conférences et les docteurs.

a. *Les photocopies de nos livres :* l'article L. 122-10 du code de la propriété intellectuelle (CPI), est censé accorder aux auteurs de livres – notamment de droit... – une compensation au *lucrum cessans* tiré de ce que le consommateur-lecteur qui photocopie des extraits du livre, n'ira pas l'acheter. Il est très simple, avec un code-barres ou un « tag » sur chaque exemplaire, de vérifier combien de photocopies ont été faites en bibliothèque, pendant telle période, de tel livre ; eh bien non, les sommes versées par l'intermédiaire seront forfaitaires et basées sur la consommation de papier. Ce qui donne des sommes dérisoires pour des titres pourtant très photocopiés[21].

b. *Le prêt de nos livres* : l'article L. 133-1 du CPI prévoit, de la même façon et pour les mêmes raisons de *lucrum cessans*, que les auteurs doivent recevoir une compensation pour l'absence d'achat de leurs livres par leurs (nombreux) emprunteurs en bibliothèque. Cependant, alors qu'il serait si facile de régler cette indemnité sur la base du nombre d'emprunts par titre individuel (les bibliothèques utilisent elles aussi code-barre et tags), un système absurde et injuste conduit à faire payer une fois pour toutes, à la source... le malheureux libraire qui vend un exemplaire du livre à la bibliothèque publique[22]. Les montants sont dérisoires, aussi.

c. *Nos livres indisponibles en librairie* : Une loi française du 1er mars 2012, sur le statut des « *livres indisponibles* » oblige les éditeurs dont les ouvrages, publiés auparavant, ne sont plus disponibles en librairie et alors pourtant qu'ils se sont fait céder les droits de propriété intellectuelle par leurs auteurs par contrat, à accepter qu'une société désignée par l'autorité étatique devienne une sorte de tuteur ou curateur au livre, afin que l'ouvrage redevienne disponible. C'est elle qui prendra les décisions importantes, le but étant que les ouvrages soient désormais en ligne sur l'Internet, au profit de tous (articles L. 134-1 et suivants du CPI). Les cas d'opposition à la mise en ligne sont limités. C'est une obsession de toutes les sources normatives et juridictionnelles européennes et françaises : *mettre un maximum de contenus culturels en ligne*, au profit des consommateurs, soit gratuitement, soit pour des montants qui conduiront par essence à des « remontées des recettes » individuellement faibles pour chaque auteur ou éditeur.

Voilà ainsi une nouvelle variété *d'expropriation de jouissance* de son propre bien, au détriment de l'éditeur[23].

À quoi sert tout l'arsenal supralégislatif sur la protection de la propriété, dans ces conditions[24] ?

d. *Nos livres « orphelins »* : une directive européenne du 25 octobre 2012, ainsi que la loi française (article L. 113-10 du CPI) organisent un régime compliqué relatif à l'hypothèse où, comme son nom l'indique – c'est le mot même qui est employé dans la norme – une œuvre/bien incorporel se trouverait sans titulaire, sorte de vacance ou de déshérence, sans propriétaire connu. De sorte qu'elle pourra être, après quelques recherches, utilisée librement et provisoirement, quitte à ce qu'on fasse les comptes plus tard avec l'ayant droit qui se manifesterait. Tout cela permettant à nouveau d'alimenter l'Internet en œuvres gratuites. Il n'y a qu'un problème, dont ces normes ne soufflent mot, c'est que la grande majorité de ces œuvres... ne sont jamais orphelines, pour la bonne raison que, pour prendre les principales : littérature (droit compris), musique, films, séries, les auteurs ou leurs héritiers, les seuls amenés à disparaître, ont déjà transféré par contrat synallagmatique leur droit à des entreprises personnes morales, l'éditeur, le producteur, etc., devenus les seuls et uniques propriétaires, les droits étant ainsi sortis

[21] V. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 340.

[22] V. « Le prêt de nos livres », *D.* 2003, 1747.

[23] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 582. On peut aller consulter le moteur de recherche du site « Relire.bnf.fr » par titre, auteur ou éditeur, c'est assez terrifiant. Le Conseil constitutionnel, statuant en QPC, n'y a pourtant rien trouvé d'exorbitant : Cons. const. 28 févr. 2014, *Communic. Comm. électr.* 2014, chron. n° 6, de J.-M. Bruguière, invoquant l'intérêt général et l'absence de dommage causé aux titulaires de droit, mais n'examinant pas les conséquences pratiques, sur le terrain et la perte de valeur économique. Il rejette également un grief sur l'absence de clarté de la loi, pourtant manifeste, qui y comprend quelque chose, hormis le service rendu au consommateur ?

[24] Sur lequel : Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 5e éd., Defrénois, 2013, nos 410-411.

du patrimoine des auteurs. Le nouveau et unique « père » : c'est le cocontractant, qui ne disparaît pratiquement jamais, sauf liquidation amiable ou judiciaire... Les rédacteurs de ces textes ont tout bonnement *confondu auteur et propriétaire*[25]. Pourtant, ce point essentiel n'émeut personne.

e. *Nos livres numérisés en bibliothèque* : une disposition du code de la propriété intellectuelle, l'article L. 122-5, 8° transposant le droit européen, permet aux bibliothèques ayant acheté des livres de les numériser et les mettre à la disposition du public qui les fréquente, sur des écrans. De sorte que cela augmente par définition le taux d'usage d'une même œuvre, sans que l'établissement qui propose son accès aux lecteurs ait besoin d'acheter de nouveaux exemplaires auprès du libraire[26]. La Cour de justice a décidé que cette exception constitue un véritable droit, que les éditeurs ne sauraient tenter d'aménager contractuellement et qu'ils sont tenus de subir[27]. Aucune discussion n'est faite relativement au *lucrum cessans* pour l'éditeur et l'auteur[28].

9. Ces exemples sont très clairs et montrent les nouvelles fausses vertus de la loi : adopter des *normes symboliques*, faisant mine de protéger telle catégorie de personnes, mais ouvrant largement les prérogatives d'autres catégories, supposées égales en droit, mais *en fait supérieures* : ici, les consommateurs finaux qui doivent pouvoir librement copier auprès des intermédiaires, leur emprunter les ouvrages ou les consulter sur place par tous moyens, ou les numériser directement sur des plates-formes de supposé service public[29].

10. **Droit des sociétés.** La même directive européenne du 26 février 2014 a mis en place un système de contrôle extrêmement sévère, à l'endroit des sociétés d'auteurs et d'artistes, au point qu'on peut y voir une sorte de « présomption générale d'abus » en dehors même de toute pratique anti-concurrentielle avérée : rapports annuels obligatoires relatifs à la « transparence », surveillance étroite des frais de gestion et de la rémunération des dirigeants, contrats forcés, prix contrôlés (*supra*), etc.[30]

11. Au total, c'est donc un véritable déclin de la propriété intellectuelle qui se dessine : pas aimée, empêcheuse de tourner en rond.

Le droit est par essence raisonnable, non dogmatique et pas à sens unique. Il ne faudrait pas qu'en propriété intellectuelle, il n'y ait plus qu'un seul destinataire, bénéficiaire des normes : le sacro-saint consommateur, doté de tous les droits et pratiquement d'aucune obligation.

12. Certains plaident qu'il faudrait même supprimer la propriété intellectuelle et la remplacer par une sorte de droit d'accès à la culture, rémunéré par une compensation équitable. Mais qui ne voit que c'est alors l'expropriation qui prend la place du droit subjectif, avec des indemnisations collectives, forfaitaires et très difficiles à répartir entre chacun des titulaires, pour l'usage public de leurs œuvres et interprétations ? Une façon de se donner bonne conscience, qu'il serait bon d'éviter, sauf à régresser à avant la Révolution française. Il faut savoir ce que l'on veut et surtout, ne pas se payer de mots.

Les contradictions sont en outre manifestes : alors que la valeur économique et sociale des propriétés incorporelles est en ascension croissance, le domaine corporel effectuant un mouvement inverse, la propriété intellectuelle, une des sources majeures de consommation immatérielle au XXIe siècle, se voit remise en question directement ou indirectement. Pas une année ne passe sans qu'une nouvelle norme ou un nouvel arrêt ne déclenche un nouvel effritement[31].

13. La majesté du droit, son sens même, c'est d'être une technique très précise, au service d'un idéal de justice.

Lorsqu'il devient une sorte de brouet indigeste et inutilisable, normes et jurisprudence supranationale – lourde responsabilité pour celle-ci des *motivations* filandreuses, nuancées, pleines de tant de corollaires qu'elles en deviennent inutilisables pour ceux qui sont tenus de s'y soumettre

[25] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 210.

[26] V. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 367.

[27] CJUE 11 sept. 2014, préc. Les seules concessions qu'elle fait sont d'une part que le nombre de postes d'accès numérique ne devrait pas dépasser celui d'exemplaires papier détenus par l'établissement (c'est à voir, en pratique, la Cour semble peu au fait de la sociologie juridique et du comportement sur le terrain des uns et des autres...). Et d'autre part, que le lecteur ne devrait pouvoir imprimer ou emporter tout ou partie de l'œuvre sur un support externe mobile que si la loi nationale le lui permet, contre une compensation équitable. Ce qui est l'étape suivante, de la copie privée.

[28] Celui-ci est double : la bibliothèque n'achètera probablement pas d'exemplaire supplémentaire, pas plus que le lecteur qui consulte sur place n'ira faire l'acquisition de l'ouvrage chez un libraire. Par exemple : 8 manuels de droit civil des obligations achetés, 8 de plus sur les écrans, cela fait 16, sans même passer par un abonnement.

[29] Sur ces lois si faciles à prendre et qui ne coûtent rien : v. la thèse en cours d'Octavie Laroque, *Étude des lois symboliques, à partir du droit d'auteur*, Université Panthéon-Assas.

[30] V. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°s 714 s.

[31] Sur « l'importance de l'incorporel », comp. F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 53.

– avec le plus souvent le même objectif implicite de privilégier les intérêts de ceux qui entendent profiter gratuitement ou à moindre prix du travail des autres, alors, il vaut mieux abandonner l'hypocrisie et l'exprimer clairement.

Exprimer clairement que les « *droits à*... » basés sur l'hédonisme et le contentement de soi, tout spécialement sur l'Internet (« *selfy* », « *moi seul, m'intéresse* ») priment les valeurs sociales et le travail des autres. Et justifieraient que sous le couvert d'un droit « *d'accès à la culture* », on puisse s'y servir de la propriété d'autrui, comme on l'entend, sous le couvert d'une consommation anonyme et empreinte de bonne conscience (« *moi, je cause un dommage à autrui ?* ! »)[32].

14. En fait de changement, c'est à un déclin du droit de la propriété intellectuelle que l'on assiste : consenti par lui, pour faire les yeux doux aux consommateurs et pour une bonne mesure, à la presse, autre pouvoir considérable de nos sociétés post-capitalistes. Dans sa grande majorité, celle-ci n'aime pas la propriété intellectuelle, supposée entraver le droit à jouir du public. Les charges hargneuses et disproportionnées contre les lois « HADOPI », au moment de leur vote, puis de leur entrée en vigueur, jusqu'à aujourd'hui, en sont un signe, parmi d'autres.

15. L'une des rares vertus du positivisme (longtemps ennemi du droit d'auteur, droit naturel) c'est au moins sa fermeté, son courage et sa clarté. Également une certaine morale, contrairement à ce que l'on croit parfois[33].

Tout cela même manque de plus en plus. Cela ne doit pas empêcher de continuer de « lutter pour le droit », pour reprendre l'expression « *Jheringienne* ».

Et de se montrer sur ses gardes pour que le reste du droit civil ne subisse pas le même sort, sous l'influence des mêmes sources et de la même philosophie.

[32] Sur les rapports entre « *droit à*... » et hédonisme, v. la thèse du même nom de M. Pichard, Economica, 2006, spéc. n°s 24 s.

[33] F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 185.

16. Droit du travail

Droit du travail : de la norme légale à la norme conventionnelle

Bernard Teyssié
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Président honoraire de l'Université

1. Duo normatif. Norme publique, norme privée... Les deux contribuent à la détermination des règles appelées à gouverner la relation établie dans l'entreprise entre employeur et salarié. Les deux contribuent à fixer les contours du contrat de travail, à délimiter le champ du pouvoir de direction, à préciser les modalités de son exercice, à en imposer la conciliation avec un principe de participation aux visages multiples, de la mise en place d'instances de représentation du personnel dont l'avis, avant toute décision d'importance, devra être sollicité, à la désignation d'administrateurs salariés appelés à siéger, à égalité de droits et de devoirs, aux côtés de ceux issus du cercle des détenteurs du capital, sans oublier cette pièce majeure que constitue la négociation de conventions et accords collectifs, donc l'élaboration d'une part du corpus normatif applicable aux relations de travail.

2. Glissement normatif. Norme publique, norme privée... Quelle place accorder à l'une et à l'autre ? Faut-il privilégier la première au nom de la primauté de l'État, de la nécessité que les relations de travail obéissent à des normes identiques de Brest à Strasbourg, de Lille à Perpignan, quelle que soit la branche d'activité dont relève l'entreprise, quelles que soient ses performances, quelles que soient ses orientations stratégiques et ses perspectives de développement ? Ou faut-il accorder une large place, quitte à réduire la norme publique à un rôle second, à la norme privée donc aux conventions et accords collectifs conclus par les partenaires sociaux que ce soit pour forger des règles applicables, au niveau national, à l'ensemble des entreprises, tous secteurs d'activité confondus, pour fixer celles qui régiront les entreprises relevant d'un secteur d'activité particulier ou pour déterminer celles spécialement applicables dans un groupe, une entreprise ou un établissement ? La norme ainsi élaborée ne sera-t-elle pas mieux adaptée qu'une loi, une ordonnance ou un décret à la situation économique, financière, sociale des entités (ou de l'entité) qu'elle a vocation à gouverner ? Le débat n'est pas seulement d'ordre technique ; il intéresse aussi l'équilibre des pouvoirs dans la Cité. Du législateur ou des partenaires sociaux, qui va fixer les contours de ce pan majeur du droit de l'entreprise que constitue le droit du travail ? La question, au demeurant, ne vaut pas que dans le cercle français. Mais d'un pays à l'autre, la réponse varie : les uns considèrent que

cette branche du droit relève d'abord des partenaires sociaux, mieux à même que les pouvoirs publics de définir les règles appelées à régir les relations nouées entre employeurs et salariés ; les autres, attachés à la primauté de la loi, n'entendent concéder aux partenaires sociaux qu'un rôle second. Telle fut, longtemps, la position de la France : la règle était posée par le législateur ; les conventions et accords collectifs ne pouvaient que la compléter ou y ajouter dans un sens favorable aux salariés. Acceptable dans les périodes d'abondance économique, cette politique trouve rapidement ses limites en temps de crise. L'impératif de « flexibilité », la nécessité d'adapter la règle formulée par les pouvoirs publics à la situation économique d'une branche d'activité, d'un groupe, d'une entreprise, y compris en réduisant certains des avantages inscrits dans la norme par eux édictée, imposent une révision profonde des rapports de la norme publique, à base de lois et règlements, et de la norme privée, forgée à coup de conventions ou accords collectifs. La première doit apprendre à s'effacer au profit de la seconde (II). Mais là ne s'arrête pas nécessairement son relatif abaissement. Une étape supplémentaire est franchie lorsque le législateur accepte de laisser le premier rôle aux partenaires sociaux, appelés à fixer le contenu de la norme, les pouvoirs publics s'abstenant d'en contester les termes ou se bornant à les reprendre pour transformer en loi ce qui n'était que contrat (I).

I. Accord ante législatif

3. Neutralisation ou détermination de la norme légale. L'accord *ante* législatif peut neutraliser la norme légale (A) ; il peut aussi en fixer les contours (B), voire déployer ses effets dans l'une et l'autre de ces deux directions.

A. Neutralisation de la norme légale

4. Accord d'anticipation. Anticiper sur la norme légale peut assurer la neutralisation de celle-ci : à ceux qui auront pris les devants sera offert l'avantage d'être soustraits au jeu de la loi. Un exemple en fut offert par les accords (dont certains étaient intervenus dès la fin des années 1980) conclus avant le 22 septembre 1996 (date limite fixée pour que soient prises par les États destinataires de la directive du 22 septembre 1994 relative au comité d'entreprise européen, les dispositions nécessaires à sa transposition) en vue d'organiser, de manière anticipée, une instance européenne de représentation du personnel : la conclusion d'un tel accord a exonéré les entreprises et groupes signataires des obligations découlant, naguère, de la directive de 1994 ; elle les exonère aujourd'hui de celles nées de la directive du 6 mai 2009[1]. Dès lors qu'est bâti un mécanisme d'information et de consultation sur les questions transnationales valant pour l'ensemble des salariés de l'entreprise ou du groupe travaillant sur le territoire des États membres de l'Espace économique européen, l'effet d'éviction de la norme légale est total.

B. Préparation de la norme légale

5. Accord de préfiguration. Si l'histoire sociale française connut des circonstances dans lesquelles la loi naquit d'un accord national interprofessionnel (ce qui fut le cas de la loi du 12 juillet 1990, traitant des contrats de travail à durée déterminée et du travail temporaire, fruit d'un accord conclu le 24 mars de la même année), cette pratique a été institutionnalisée par la loi du 31 janvier 2007 portant modernisation du dialogue social. Sauf urgence, tout projet de réforme envisagé par le gouvernement en matière de relations de travail, d'emploi ou de formation professionnelle, doit faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation[2]. À supposer celle-ci engagée et un accord national interprofessionnel conclu, il est, en pratique, fort difficile au gouvernement – s'il entend adopter (ou faire adopter par le Parlement) quelque texte sur le ou les points ayant donné lieu à accord – de s'écarter des termes de ce dernier. Même si, juridiquement, les pouvoirs publics demeurent libres de fixer le contenu de l'ordonnance ou de la loi appelés à prolonger l'action des partenaires sociaux (et à en permettre l'application dès lors que les clauses de leur accord – ce qui est inéluctable dès lors qu'il a pour fin ultime de susciter une évolution de la norme légale – s'écartent des règles en vigueur), leur marge de manœuvre est étroite. La transposition de l'accord

[1] Dir. n° 94/45/CE du 22 sept. 1994, art. 13 – Dir. n° 2009/38/CE du 6 mai 2009, art. 14 – *Adde*, L. n° 96-985 du 12 nov. 1996, art. 5 ; Ord. n° 2011-1328 du 20 oct. 2011, art. 5.

[2] C. trav., art. L. 1.

national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et de celui du 14 décembre 2013 en ce qui allait devenir la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi et le titre I de la loi du 5 mars 2014 traitant notamment de la formation professionnelle, le démontre. S'écarter du texte de l'accord est concevable mais constitue un exercice délicat : les signataires de l'accord – qui forment de puissants groupes de pression – sont attentifs au respect du corpus conventionnel qu'ils ont arrêté ; le gouvernement, souvent, s'est engagé, au moins de manière officieuse, à y veiller face au risque de bouleversements que peut emporter le jeu des amendements lors des débats parlementaires. Il est vrai que méconnaître les termes de l'accord est de nature à dissuader les partenaires sociaux de continuer à jouer le jeu de la mécanique née de la loi du 31 janvier 2007. Or, si elle présente l'inconvénient, pour qui se préoccupe de l'autorité du Parlement, de transformer celui-ci, à de rares exceptions près, en fidèle copiste de la volonté exprimée par des personnes privées, s'exprimant au nom d'intérêts particuliers, elle présente aussi l'avantage – auquel les pouvoirs publics sont particulièrement sensibles – d'assurer, sans soubresauts autres que marginaux, des évolutions parfois profondes de la norme sociale, d'autant mieux acceptées par les employeurs et les salariés qu'elles sont le fruit d'un accord conclu par leurs représentants.

II. Accord post-législatif

6. Éviction, substitution. L'espace ouvert, en amont, à la norme conventionnelle doit-il trouver prolongement en aval ? La loi doit-elle être conçue comme impérative, les seuls accords admissibles étant ceux qui lui offrent complément par addition d'avantages au profit des salariés ? Doit-elle, au contraire, être cantonnée à un rôle plus modeste, celui d'une norme à laquelle il est permis de déroger par voie de convention ou accord collectif, y compris dans un sens défavorable aux salariés (A), ou du moins qu'il est permis d'écarter au profit de quelque dispositif conventionnel (B) ? Si le droit du travail français a longtemps manifesté son attachement à la première branche de l'alternative, il a, depuis plus de dix ans, glissé vers la seconde.

A. Dérogation à la norme légale

7. Convention ou accord collectif de branche. Le législateur a, sans trop de difficulté, et parfois assez tôt, admis qu'il puisse être dérogé à la norme légale, y compris dans un sens qui n'est pas nécessairement favorable aux salariés, par voie de convention ou accord de branche, notamment de convention ou accord étendu, donc soumis au contrôle préalable du ministre du Travail. À cette éviction conventionnelle de la norme légale de nouvelles applications ont été données par la loi du 14 juin 2013 : peut être arrêtée une durée minimale du travail inférieure aux vingt-quatre heures par semaine en principe requises en matière de travail à temps partiel[3] ; les travailleurs à temps partiel peuvent être soumis à des amplitudes horaires et à une répartition du temps de travail différentes de celles retenues par le législateur[4] ; la majoration de leur rémunération, au titre de certaines heures complémentaires, au lieu des 25 % légalement prévus, peut être limitée à 10 %[5] ; peut être offerte à l'employeur, à l'opposé du principe posé par le législateur, la faculté de proposer au salarié à temps partiel un emploi à temps complet ne ressortissant pas de sa catégorie professionnelle ou non équivalent[6]. Si la portée de la liberté ainsi concédée aux négociateurs des conventions et accords de branche ne saurait être sous-estimée, elle peut être perçue comme une « prise de risque » limitée dans la mesure où : 1) les termes de ces contrats collectifs sont généralement débattus par des interlocuteurs de puissance égale (ou à peu près égale) ; 2) leur application peut être subordonnée à leur extension par arrêté du ministre du Travail. Est d'une tout autre ampleur l'ouverture d'une faculté de dérogation par convention ou accord d'entreprise.

8. Convention ou accord collectif d'entreprise. Texte « essentiel », « pièce maîtresse » de la réforme du dialogue social[7], l'article 43 de la loi du 4 mai 2004 a offert aux conventions et accords collectifs d'entreprise et d'établissement, dans des domaines où l'exercice de cette faculté était jusqu'alors réservé aux conventions et accords de branche, le droit de déroger à une norme légale. Cette dilatation du champ ouvert au jeu du contrat a pour corollaire un amoindris-

[3] C. trav., art. L. 3123-14-3.
[4] C. trav., art. L. 3123-16.
[5] C. trav., art. L. 3123-19, al. 2.
[6] C. trav., art. L. 3123-8.
[7] F. Fillon, JO Déb. Ass. nat., 1° séance du 17 déc. 2003, p. 12526.

sement des contrôles susceptibles d'être exercés par les pouvoirs publics sur les aménagements conventionnellement apportés à la norme légale : subordonner l'application de la convention ou de l'accord à son extension préalable est par nature exclu lorsqu'il s'agit d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement... avec cet effet quelque peu paradoxal qu'échappent, de droit commun, à tout contrôle (préalablement à leur mise en œuvre) les aménagements conventionnels nés des contrats collectifs qui garantissent le moins une négociation équilibrée. Or, le territoire ouvert aux conventions et accords collectifs d'entreprise ou d'établissement est fort vaste qu'il s'agisse de réduire le montant de l'indemnité de précarité d'emploi due au titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée[8], d'évincer, en certaines circonstances, l'indemnité de fin de mission à verser au travailleur temporaire[9], d'augmenter la durée quotidienne ou hebdomadaire du travail du travailleur de nuit[10]...

Participe de la même volonté de laisser aux partenaires sociaux, au plus près du terrain, la faculté d'écarter la norme légale la loi du 18 janvier 2005, d'où est né l'actuel article L. 1233-21 du Code du travail, autorisant qu'il soit dérogé par voie d'accord d'entreprise à nombre de dispositions dudit code relatives aux modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise lorsque l'employeur envisage de procéder au licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours.

B. Substitution à la norme légale

9. Substitution intégrale. La voie peut être ouverte par le législateur à la substitution à la norme légale d'un dispositif conventionnel auquel est attaché un effet d'éviction valant pour la totalité ou la quasi-totalité de ladite norme. Ainsi en est-il en ce qui concerne le comité d'entreprise européen[11] : les dispositions arrêtées, naguère, par la directive du 22 septembre 1994, aujourd'hui par celle du 6 mai 2009, pour en déterminer la composition, les moyens et les missions ne reçoivent application qu'à défaut d'accord organisant une instance d'information et de consultation intéressant l'ensemble des salariés de l'entreprise ou du groupe exerçant leur activité dans les États membres de l'Espace économique européen. Si certaines questions doivent être traitées (composition et attributions de l'instance créée, moyens matériels dont elle sera dotée, articulation de son information et de sa consultation avec celles des instances nationales de représentation du personnel...), les parties (en l'occurrence la direction centrale et un groupe spécial de négociation) sont libres d'y apporter les réponses qu'elles jugent les plus pertinentes. Un schéma identique a été retenu en vue d'arrêter les dispositions relatives à l'implication des salariés dans les sociétés européennes[12], les sociétés coopératives européennes[13] et les sociétés issues de la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux[14]. Il n'est là, au demeurant, rien de surprenant, l'Union européenne ayant plus de goût, lorsque vient le temps de déterminer les modes de participation des salariés à la gestion de l'entreprise, pour le contrat – qui permet une libre adaptation à la situation particulière de l'entreprise ou du groupe – que pour la loi. Que celle-ci ne trouve application qu'à titre supplétif n'est pas surprenant.

10. Substitution partielle. Au nom de l'adaptation de la norme légale aux spécificités de l'entreprise, la loi renonce parfois, sur certains points, à l'intangibilité, acceptant de n'être que norme supplétive. Illustrent le propos, sur fond de flexibilité, de sauvegarde de l'emploi et de quête de compétitivité, les dispositions de la loi du 14 juin 2013 ouvrant la voie, lorsque l'entreprise est confrontée à de graves difficultés économiques conjoncturelles, à la signature d'un accord prévoyant, en contrepartie de l'engagement de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée du pacte, des aménagements emportant, en pratique, augmentation du temps de travail et diminution du montant des rémunérations. Des textes qui pourraient mettre obstacle à ce double mouvement, l'article L. 5125-1 du Code du travail assure la paralysie. La volonté privée l'emporte, avec l'assentiment du Parlement, plus ou moins résigné à accepter, au fil des ans et des réformes, à laisser la première place aux partenaires sociaux.

[8] C. trav., art. L. 1243-9.
[9] C. trav., art. L. 1251-33.
[10] C. trav., art. L. 3122-34 et L. 3122-35.
[11] Cf. C. trav., art. L. 2342-1 s.
[12] Dir. n° 2001/86/CE du 8 oct. 2001 ; C. trav., art. L. 2352-1 et s.
[13] Dir. n° 2003/72/CE du 22 juill. 2003 ; C. trav., art. L. 2362-1 et s.
[14] Dir. n° 2005/56/CE du 26 oct. 2005 ; C. trav., art. L. 2372-1 et s.

11. Conclusion. Qu'à la norme publique, la norme privée, peu à peu succède suppose que soient assurées la légitimité de ceux qui la négocièrent et l'autorité de la convention ou de l'accord issu de leurs délibérations. La réforme de la représentativité des organisations syndicales de salariés, en 2008, et des organisations professionnelles d'employeurs, en 2014, en donnant une place essentielle à l'audience démontrée, contribue à assurer la première. La subordination, en 2008, de la validité des conventions et accords collectifs à la justification, par leurs signataires, d'un certain « poids électoral » et l'octroi aux non-signataires d'un droit d'opposition participent de la volonté d'assurer la seconde. Reste qu'à l'équilibre des pouvoirs dans la Cité, dans le champ du droit du travail, une substantielle atteinte, depuis plus de dix ans, a été portée. La place éminente donnée aux partenaires sociaux réduit d'autant celle accordée au Parlement. Il n'est pas sûr que son prestige en soit rehaussé...

17. Droit des entreprises en difficulté

Le changement en droit des entreprises en difficulté : la nouvelle procédure de rétablissement professionnel

François-Xavier Lucas
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Le changement est-ce maintenant en droit des entreprises en difficulté ? Telle est l'interpellation que nous adressent les promoteurs de cet ouvrage collectif, qui nous invitent à sonder l'imagination du législateur et son aptitude à innover dans différents domaines du droit et, s'agissant de celui qui nous occupe ici, en matière de procédures collectives.

À vrai dire, le changement n'est pas une idée neuve en la matière. Aucune branche du droit des affaires ne se trouve prise dans un tel tourbillon de réformes que le droit des entreprises en difficulté depuis une dizaine d'années. Au cours de la décennie écoulée, ce n'est pas le droit des sociétés, ni le droit des contrats commerciaux, le droit de la concurrence ou le droit bancaire qui a été remanié de manière aussi profonde, mais bien cette branche du droit qui a son siège dans le livre VI du code de commerce. Le changement, « c'est tout le temps » pourrait-on dire si l'on considère l'ampleur des bouleversements opérés depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. Les réformettes succèdent aux réformes ou, diront les moins enthousiastes, les réformettes s'empilent pour faire de cette matière un chantier permanent, un ouvrage maintenu sur le métier en vue de le modifier sans cesse, qu'il s'agisse de la réécriture des textes par l'ordonnance du 18 décembre 2008, de l'introduction d'une nouvelle procédure collective – la sauvegarde financière accélérée – par la loi du 22 octobre 2010, du toilettage des textes pour tenir compte de l'introduction de la fiducie-sûreté, de l'EIRL ou de l'évolution du droit des sûretés. Oui, le droit des entreprises en difficulté change. À vrai dire, il ne fait plus que cela. La réforme de la réforme de la réforme est devenue l'activité favorite d'un législateur qui, pressé d'agir sur le cours des évènements économiques, légifère à jet continu, sans égard pour l'insécurité juridique qui résulte inévitablement de ces évolutions. Le changement c'est lassant...

Dernier avatar en date (mais jusqu'à quand ?), l'ordonnance du 12 mars 2014, complétée par son décret d'application du 30 juin 2014, apporte son lot de changements dont, entre autres innovations, trois nouveaux outils de traitement des difficultés des entreprises[1], qu'il s'agisse de vrais instruments de restructuration des entreprises (le « *prepack* » continuation, baptisé sauvegarde accélérée, et le « *prepack* » cession, discrètement consacré au détour d'un alinéa[2]) ou de celui qui, inspiré du droit de la consommation, constitue plutôt un moyen d'offrir aux entrepreneurs surendettés le moyen de se libérer de leur passif.

Cette nouvelle procédure dite de rétablissement professionnel[3] est un nouveau dispositif de traitement – sans liquidation[4] – de l'échec entrepreneurial, nouvelle réponse apportée à la question de savoir comment il convient de traiter la défaillance d'entreprises de taille modeste, sans actif, sans salariés et partant sans enjeux. Elle constitue certainement l'innovation la plus marquante de toutes celles que charrie l'ordonnance du 12 mars 2014[5] et à ce titre c'est à elle qu'il convient de s'intéresser s'agissant de traiter du changement en matière de procédures collectives.

I. La réalité du changement

La question de savoir s'il n'y avait pas lieu de renouveler les dispositifs de traitement de l'insolvabilité méritait d'être posée en France où l'on constatait l'existence d'un nombre anormalement élevé de procédures de liquidation judiciaire en comparaison de ce qui se pratique chez nos voisins européens, où le plus souvent ces petites affaires ne donnent pas lieu à une procédure collective mais à une simple radiation administrative. Cette piste de la radiation du RCS a d'ailleurs été envisagée mais elle a été écartée car l'on s'est rendu compte de l'intérêt que présente le recours à une procédure judiciaire pour fermer « proprement » une entreprise qui a échoué. Le changement n'a donc pas été radical puisque l'on n'est pas allé jusqu'à priver les entreprises les plus modestes du bénéfice de la procédure collective. Cette approche française privilégiant le recours à la procédure collective apparaît justifiée à plusieurs égards.

Elle s'explique d'abord par des considérations d'ordre public économique. La défaillance d'une entreprise représente en effet un danger pour son environnement économique et il est souhaitable qu'elle soit traitée par un tribunal qui, avec l'assistance d'un auxiliaire de justice, va prendre un certain nombre de dispositions. Les créanciers, même s'ils n'ont guère de chances d'être payés, ont besoin d'être fixés sur leur sort, de savoir à quoi s'en tenir, d'obtenir un certificat d'irrecouvrabilité de leur créance. Même chose pour les cocontractants, qui doivent pouvoir obtenir la résiliation des contrats en cours à défaut pour ceux-ci de pouvoir être maintenus. Il faut résilier les abonnements, restituer les biens objets de contrats de location ou de crédit-bail, rendre les clés au bailleur, etc., bref achever une entreprise moribonde dont, bien souvent, l'entrepreneur ne se préoccupe plus. Toujours au titre de ces considérations d'ordre public, on peut faire valoir que l'ouverture d'une procédure et l'intervention d'un juge offrent l'occasion de s'interroger sur les responsabilités qui peuvent être encourues par le débiteur voire par certains tiers au titre de la défaillance de l'entreprise. Particulièrement, lorsque l'on constate une insuffisance d'actif importante, la morale des affaires commande que l'on examine le comportement du débiteur en vue de la lui imputer à faute s'il y a lieu. Une mesure de faillite personnelle ou une interdiction de gérer pourra sanctionner les comportements les plus contestables. Dans ce cas, le débiteur sera privé du bénéfice du rétablissement professionnel – dont le cadre est incompatible avec l'exercice d'actions en responsabilité ou en sanction – et il devra subir une liquidation judiciaire.

Ensuite, le recours à une procédure judiciaire alternative à une procédure collective est une nécessité même lorsque le débiteur fait l'aveu de son échec car, pour affirmer que le débiteur est impécunieux et qu'une affaire est dépourvue

[1] Sur ces dispositifs, cf. F.-X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE* 2014, p. 111, spéc. p. 118 ; Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, 1223, spéc. n° 20 s. ; P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, p. 733, spéc. n° 39 s.

[2] C. com., art. L. 611-7 ; *adde* L. 642-2.

[3] Régie par les articles L. 645-1 et suivants et R. 645-1 et suivants du code de commerce.

[4] Sur cette proposition d'introduire une procédure ultra-simplifiée, cf. F.-X. Lucas et M. Sénéchal, « La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel (PERP) », *D.* 2013, p. 1852.

[5] M. Sénéchal, « Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes », *BJE* 2014, p. 196 ; F.-X. Lucas, « De la liquidation judiciaire au rétablissement professionnel », *LEDEN* sept. 2013, p. 1.

d'enjeu, encore faut-il le vérifier. Il faut s'assurer que, comme il le prétend, le débiteur n'a ni actif ni salarié. Surtout, il convient de vérifier que différentes actions en responsabilité, en sanction ou en reconstitution du gage commun des créanciers, n'ont pas à être exercées.

Enfin, le traitement par une procédure collective de la défaillance des entrepreneurs surendettés est la solution retenue par le droit français pour des raisons de protection des débiteurs, qui vont trouver dans une telle procédure le moyen de se libérer de leur passif. Il ne faut pas perdre de vue que la liquidation judiciaire est une chance pour le débiteur puisque, sauf à ce qu'il ait commis certaines fautes qui le privent de cette faveur, il bénéficiera de la règle de la non-reprise des poursuites après le jugement de clôture, qui le fera échapper à ses créanciers.

Pour toutes ces raisons, le droit français a fait le choix de conserver un dispositif judiciaire de traitement de ces petites entreprises dont l'insolvabilité doit être traitée judiciairement par un mécanisme emportant purge des dettes et libération du débiteur. Une telle solution est favorable aux professionnels surendettés et s'inscrit dans une approche très sociale du phénomène de la défaillance. La faveur pour le débiteur qui en bénéficie est d'autant plus notable que le rétablissement professionnel est financé par la solidarité nationale – sans pour autant ne rien coûter à l'État – grâce à l'intervention du fonds de financement des dossiers impécunieux (FFDI), qui prend en charge les honoraires du mandataire de justice et se finance par prélèvement d'une partie des intérêts produits par les sommes déposées en compte à la CDC. Par ailleurs, à la différence de la liquidation judiciaire qui appréhende la totalité des biens du débiteur liquidé, le rétablissement professionnel lui permet de conserver les maigres actifs dont il est propriétaire.

II. La portée du changement

Ce choix de maintenir une procédure judiciaire de purge de l'échec économique se réalise toutefois au prix d'une extrême simplification de la procédure. Le rétablissement professionnel est en effet infiniment plus simplifié que la liquidation judiciaire dite simplifiée et mené sur un rythme autrement plus rapide. À vrai dire, ce n'est pas une procédure collective mais plus une simple enquête menée par un mandataire de justice sous l'égide d'un juge unique dans le délai très bref de quatre mois, en vue de s'assurer que le débiteur est bien éligible à la faveur que la loi lui réserve et qu'il mérite d'être libéré de son passif.

A. Les conditions d'ouverture de la nouvelle procédure

Le code pose des conditions de fond à l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel et il en précise les modalités procédurales.

S'agissant des conditions de fond, on signalera que le rétablissement professionnel est ouvert :

– Aux débiteurs personnes physiques éligibles aux procédures collectives[6],

– Remplissant les conditions d'ouverture d'une liquidation judiciaire, c'est-à-dire qu'ils doivent se trouver en état de cessation des paiements et leur redressement doit être impossible,

– N'ayant pas recouru au dispositif d'affectation professionnelle dit « d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée » (EIRL),

– Qui ne sont pas des récidivistes, au sens où le débiteur ne doit pas avoir déjà bénéficié d'un précédent rétablissement professionnel ou d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif dans les cinq ans qui précédent,

– Qui n'emploient aucun salarié, n'en ont employé aucun dans les six derniers mois et ne sont pas partie à un contentieux prud'homal,

– Qui n'ont pas d'actifs significatifs. Le rétablissement professionnel est réservé aux débiteurs impécunieux, c'est-à-dire à ceux dont l'actif a une valeur de réalisation inférieure à un seuil que l'article R. 645-1 fixe à 5 000 euros. L'appréciation de la valeur des actifs du débiteur ne manquera pas de poser des difficultés. En particulier, il va falloir prendre parti sur le point de savoir si seuls les actifs que le liquidateur aurait eu qualité à réaliser doivent être pris en compte. La référence faite par le texte à une « *valeur de réalisation* » paraît le suggérer mais ce résultat serait si choquant que l'on hésite à le suggérer. Il en résulterait en effet que le débiteur qui a rendu un ou plusieurs immeubles insaisissables en établissant une déclaration notariée d'insaisissabilité pourrait bénéficier de la procédure de

[6] En sont donc exclues toutes les personnes morales ainsi que les non-professionnels, qui eux relèvent de la procédure de rétablissement personnel régie par le code de la consommation.

rétablissement professionnel en dépit de sa qualité de propriétaire de ces immeubles d'une valeur bien supérieure au seuil de 5 000 euros. La présence d'un immeuble insaisissable devrait logiquement être tenue pour un facteur de complexité de la procédure et un motif de ne pas faire bénéficier le débiteur du rétablissement professionnel.

Au-delà, le maître-mot de cette procédure de rétablissement personnel est qu'elle constitue une faveur faite au débiteur surendetté et que, à ce titre, elle se mérite. Fort logiquement, on en déduit que, à tout moment de la procédure de rétablissement professionnel, le tribunal peut, sur rapport du juge commis, ouvrir une procédure de liquidation judiciaire s'il est établi que le débiteur n'est pas de bonne foi ou s'il apparaît des éléments susceptibles de donner lieu à des actions en responsabilité, à des poursuites en sanction ou à l'exercice d'actions en nullité de la période suspecte. Il est également prévu que la procédure de liquidation judiciaire doit être ouverte s'il apparaît que les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel n'étaient pas réunies à la date à laquelle le tribunal a statué sur son ouverture ou ne le sont plus depuis.

Sur le terrain procédural, on notera que le rétablissement professionnel :

– Suppose un jugement d'ouverture par le tribunal territorialement et matériellement compétent[7], qui pourra être soit un tribunal de commerce[8] soit un tribunal de grande instance[9],

– Ne peut être sollicité que par le débiteur, que celui-ci le demande lorsqu'il déclare son état de cessation des paiements ou en réponse à une assignation d'un créancier ou à une requête du ministère public sollicitant sa liquidation judiciaire,

– Suppose une demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire, dont le rétablissement professionnel ne constitue qu'une option procédurale, une voie de dérivation en quelque sorte, pas définitive au demeurant car il est toujours possible de revenir à la liquidation judiciaire si les conditions du rétablissement professionnel se révèlent finalement non réunies,

– Ne peut être ouvert que sur avis du ministère public.

B. Le déroulement de la nouvelle procédure

La caractéristique du rétablissement professionnel est de constituer un dispositif ultra simplifié et accéléré de purge de l'échec du débiteur. La procédure est ouverte pour quatre mois sans possibilité de prolongation. L'achèvement de ce délai constitue un couperet. Avant ce terme, il y a lieu de clôturer le rétablissement professionnel ou, à défaut, de basculer en liquidation judiciaire. Pour le mener à bien, le tribunal nomme un juge commis, juge unique chargé du rétablissement professionnel et particulièrement de la collecte des renseignements permettant de vérifier l'éligibilité du débiteur à cette procédure. Également, le tribunal nomme un mandataire judiciaire « *pour assister le juge commis* ».

Le juge commis dispose des pouvoirs d'investigation que lui confère l'article L. 623-2. Il peut ainsi se procurer différents renseignements et documents, propres à l'éclairer sur la situation du débiteur et en particulier sur la consistance de son patrimoine. Pour l'essentiel, tout le rétablissement professionnel se ramène à cette recherche d'informations, dans le but tout à la fois de vérifier que le débiteur est bien impécunieux et d'éviter la fraude paulienne. Ainsi, le rétablissement professionnel est-il une vaste enquête qui n'est pas sans évoquer celle qui précède l'ouverture d'une procédure collective (article L. 621-1, al. 3 du code de commerce) sauf qu'elle devra être menée de façon particulièrement approfondie dès lors que l'intervention judiciaire se limitera à ces investigations.

La caractéristique essentielle de cette procédure est qu'elle ne constitue pas une procédure collective. Ainsi, elle n'emporte pas d'arrêt des poursuites ni d'interdiction des paiements, même si le juge commis peut, à la demande du débiteur, reporter le paiement de sommes dues dans la limite de quatre mois et ordonner, pour cette même durée, la suspension des procédures d'exécution engagées par le créancier. Elle ne produit pas d'atteinte aux pouvoirs du débiteur, lequel n'est pas dessaisi, sauf à indiquer que le mandataire judiciaire peut faire « *tous les actes nécessaires à la conservation des droits du débiteur* », à charge d'en rendre compte sans délai au juge

[7] Le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité (C. com., art. R. 600-1).

[8] Lorsque le débiteur est commerçant ou artisan.

[9] Lorsque le débiteur n'est ni commerçant ni artisan (agriculteurs, professions libérales).

commis. Le rétablissement professionnel ne crée pas d'obligation de déclarer les créances, même si le mandataire judiciaire invite les créanciers connus « *à lui communiquer le montant de leur créance* » ainsi que « *toute information utile relative aux droits patrimoniaux dont ils indiquent être titulaires à l'égard du débiteur* ». La procédure ne fait peser sur les propriétaires aucune obligation de revendiquer les biens détenus par le débiteur et aucun dispositif relatif aux contrats en cours n'est par ailleurs institué. Enfin, il n'est pas prévu de réaliser les actifs du débiteur, lequel conservera la propriété de ses biens à l'issue de la procédure.

Si l'on ajoute qu'aucune action en reconstitution du gage commun (au titre d'une nullité de la période suspecte, d'une action paulienne, d'une extension de procédure) ne peut être engagée, on voit que cette procédure est ultra simplifiée, ce qui explique qu'elle puisse être achevée en moins de quatre mois.

C. L'issue de la nouvelle procédure

Le rétablissement professionnel peut avoir deux issues, l'une que l'on peut qualifier de normale est sa clôture par le tribunal, l'autre est son interruption suivie de l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

1. La clôture du rétablissement professionnel

Si la procédure de rétablissement professionnel ne bascule pas en liquidation judiciaire pour l'un des motifs prévus par la loi (cf. *infra*), son issue normale est la clôture « *sans qu'il y ait lieu à liquidation* », laquelle clôture est prononcée par le tribunal, auquel le juge commis renvoie l'affaire, après avis du ministère public et sur le rapport du mandataire judiciaire. Fort opportunément, il est prévu que le jugement de clôture peut faire peut faire l'objet d'un appel ou d'une tierce opposition dans un délai de dix jours qui court à compter de la notification aux parties s'agissant de l'appel et de l'insertion d'un extrait du jugement dans un journal d'annonces légales s'agissant de la tierce opposition.

La clôture du rétablissement professionnel produit un effet autrement plus spectaculaire que celle de la liquidation judiciaire puisqu'elle « *entraîne effacement des dettes à l'égard des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, a été portée à la connaissance du juge commis par le débiteur et a fait l'objet de l'information prévue à l'article L. 645-8* ». Une limite à cette extinction des dettes du débiteur soumis au rétablissement professionnel résulte toutefois de la condition de forme selon laquelle les dettes ne sont effacées qu'à la condition d'avoir été mentionnées dans l'ordonnance de clôture[10]. Par ailleurs, à raison de leur nature, un certain nombre de dettes ne subiront pas cet effet d'extinction. Ainsi, ne seront pas effacées, les créances des salariés[11], les créances alimentaires, les créances nées d'une condamnation pénale du débiteur, les créances correspondant à des droits attachés à la personne du débiteur non plus que la créance de recours du coobligé ou de la caution *solvens*.

Enfin, on signalera qu'une possibilité de réouverture a été prévue pour permettre de remédier aux dissimulations commises par un débiteur. Lorsque, après le prononcé de la clôture, il apparaît que le débiteur a obtenu le bénéfice du rétablissement professionnel par une description incomplète de son actif ou de son passif, le tribunal, « *s'il est saisi aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, peut fixer, dans son jugement, la date de cessation des paiements à la date d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel sans qu'elle puisse être antérieure de plus de dix-huit mois à la date de ce jugement* ». La décision du tribunal fait alors recouvrer leurs droits aux créanciers dont les créances avaient fait l'objet de l'effacement prévu par l'article L. 645-11, ces créanciers se trouvant dispensés de déclarer ces créances à la procédure de liquidation judiciaire (article L. 645-12 du code de commerce).

2. L'ouverture d'une liquidation judiciaire

L'autre issue possible est l'ouverture d'une liquidation judiciaire, étant rappelé qu'elle doit avoir été demandée lors du déclenchement du rétablissement professionnel. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une conversion en liquidation judiciaire mais d'une ouverture de liquidation judiciaire[12], le débiteur étant privé du bénéfice du rétablissement professionnel.

[10] L'emploi du terme « *ordonnance* » est le résultat d'une erreur de plume du législateur car il s'agit en réalité d'un jugement.

[11] Dans le cas où le débiteur a eu un salarié plus de six mois avant l'ouverture de son rétablissement professionnel.

[12] Le terme conversion n'est pas approprié dès lors que le rétablissement professionnel n'est pas une procédure collective.

Cette privation s'imposera d'abord si le débiteur ne remplit pas ou plus les conditions du rétablissement professionnel. Ce sera le cas lorsque l'enquête menée par le juge commis aura révélé l'existence d'un ou plusieurs salariés ou d'actifs d'une valeur excédant 5 000 euros. Elle résultera également du constat qu'il n'est pas de bonne foi ou que des sanctions ou des actions en nullité de la période suspecte doivent être engagées. Même si le code ne l'indique pas, il doit en aller de même si une action en extension doit être engagée dès lors que pour étendre une liquidation judiciaire, il faut d'abord l'ouvrir...

Le choix entre ces deux issues appartient au tribunal saisi par le juge commis après avis du ministère public. En pratique, ce seront les investigations menées par le juge commis et le mandataire judiciaire qui permettront de prendre parti sur l'éligibilité du débiteur à la clôture de son rétablissement professionnel.

Conclusion

Pour conclure, on mesurera le changement qu'emporte cette nouvelle procédure en comparant les effets de la clôture du rétablissement professionnel à ceux de la clôture d'une liquidation judiciaire.

À première vue le rétablissement professionnel apparaît plus favorable au débiteur que la liquidation judiciaire, dès lors que sa clôture emporte extinction pure et simple du passif aux conditions susdites et surtout pas de liquidation, au sens où le débiteur conserve ses actifs d'une valeur inférieure à 5 000 euros qui ne sont pas vendus pour payer ses créanciers. Mais à certains égards, on peut se demander si le rétablissement professionnel n'est pas moins intéressant que la liquidation judiciaire. En effet, seules les dettes signalées par le débiteur sont éteintes. Il n'y a pas de purge globale et totale comme en liquidation judiciaire, de sorte que le débiteur pourra être poursuivi après la clôture au titre de dettes qu'il n'aurait pas signalées notamment celles dont il ignorait l'existence. Par ailleurs, la réouverture de la procédure de rétablissement professionnel par voie de déclenchement d'une liquidation judiciaire constitue une perspective inquiétante pour le débiteur dès lors que le code le prévoit dans des conditions simplifiées en cas de « *description incomplète de l'actif et du passif du débiteur* ». L'imprécision d'une telle formule est d'autant plus inquiétante que les conséquences de la réouverture sont très graves pour le débiteur puisque ses dettes effacées par l'effet de la clôture du rétablissement professionnel ressuscitent alors.

En définitive, pour le débiteur, la procédure de rétablissement professionnel est intéressante compte tenu de sa très grande rapidité d'exécution, de l'absence de dessaisissement et de l'absence de réalisation des actifs mais elle ne lui assurera une sécurité juridique que lorsqu'il aura scrupuleusement joué le jeu en étant de bonne foi et en faisant preuve d'une parfaite transparence à l'égard des organes de la procédure et des créanciers. Sinon gare au basculement en liquidation judiciaire...

18. Droit des marchés financiers

Le changement en droit des marchés financiers

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

1. Le changement ou les changements ? Les termes sont-ils d'ailleurs suffisamment forts ? Ne devrait-on pas parler de mutation, car la situation des marchés financiers n'est plus celle des années 80 ? Le contraste est en effet saisissant.

2. Les changements sont bien connus[1]. La fin du corporatisme, la bancarisation du secteur financier, la démutualisation des bourses en sont des illustrations. L'organisation corporative des agents de change a été ainsi remplacée par une organisation de type ouvert : celle des entreprises d'investissements, dont nombre sont dans la dépendance des entreprises bancaires. Celles-ci, qui sont très diverses, ont été au cœur de la crise financière de 2008[2], laquelle a suscité bien des réactions, notamment parce que certaines activités de marché ont été source de risques pour les dépôts bancaires : la loi de séparation du 26 juillet 2013[3] en est une illustration. Les changements opérés suite à cette crise n'ont cependant pas fondamentalement remis en cause ceux antérieurement intervenus. Mais le pouvait-elle dans un monde marqué par l'ouverture des marchés et la suppression des frontières, avec une mise en concurrence accrue des acteurs et des marchés qui a en particulier conduit à la démutualisation des bourses, les organisations à but non lucratif les gérant ayant été remplacées par des entreprises à but lucratif ?

3. D'autres évolutions pourraient également être rappelées, que ce soit la diversification des valeurs mobilières[4] et leur intégration dans des

[1] Sur les causes d'évolution du droit des marchés financiers, v. Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3e éd. 2010, n° 48 s.

[2] Sur la crise financière, v. not. Th. Bonneau et G. Capelle Blancard, « Origines et solution à la crise financière », *Bull. Joly*, *Bourse* nov.-déc. 2008, p. 446 ; Ph. Ledent, « Quels enjeux pour une stratégie de sortie de crise ? », *RBF* 6/2009, p. 377 ; F. Lierman et S. Wibaut, « What lessons may be drawn from the Financial crisis ? », *RBF* 1/2011, p 67 ; Th. Dissaux, « Retour sur la crise des subprimes et de la titrisation », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde,* 2010, p. 135 ; D. Blache, *La régulation des banques de l'Union européenne face à la crise*, préf. Th. Franck, Revue Banque édition, 2009, spéc. n° 789 s ; L. Grard et P. Kauffman (dir.), *L'Europe des banques, approche juridique et économique*, Éditions A. Pedone, 2010 ; M. Seve, *La régulation financière après la crise*, Thèse dact. Paris 1, 2012, dir. H. Ruiz-Fabri, p 19 s. ; Ph. Spieser, « Les mathématiques sont-elles responsables de la crise financière ? », *Rev. dr. banc. fin.* nov.-déc. 2012, Dossier 46 ; H. de Vauplane, « Les religions et la crise financière », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2013, p 343 s. ; F. Bompaire et J.-P. Pinatton, « Les origines éthiques de la crise financière », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2013, p 349 s ; E. Chamma, « Origines éthiques de la crise financière », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2013, p. 391 s.

[3] Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. V. Th. Bonneau, « Séparation et régulation des activités bancaires. Commentaire des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 », *JCP E* 2013, 1483 ; B. Bréhier et F. Mékoui, *Bull. Joly Bourse* sept. 2013, 422 ; J. Lasserre Capdeville, « Séparation et régulation des activités bancaires, Une avancée du droit », *JCP G* 2013, 925 ; S. Piedelièvre, « La loi sur la séparation et la régulation des activités bancaires », *D*. 2013. 2111 ; J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « La séparation des activités par la loi du 26 juillet 2013 : les apports d'une réforme structurelle », *Revue Banque* n° 764, oct. 2013. 80.

[4] V. not. Th. Bonneau, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés », *RTD com*. 1988. 535.

catégories nouvelles – celles des titres financiers[5] et celle des instruments financiers[6] –, la multiplication des produits dérivés, l'apparition de nouveaux marchés tels que les *Dark pools*[7] et les OTF[8] ou encore l'émergence de nouveaux acteurs tels que les contreparties centrales[9], les référentiels centraux – en anglais, les « *trade repositories* »[10] – ou encore les prestataires de services de communication de données[11]. Mais les changements sont si nombreux qu'il est difficile de tous les mentionner.

4. Ces changements ont de multiples causes. L'intégration toujours plus poussée du marché intérieur et la volonté d'encadrer plus strictement le secteur financier depuis la crise de 2008 y participent tout autant que les progrès technologiques qui peuvent apparaître à la fois comme utiles et menaçants, ce qui est le cas du *high frequency trading*[12] : les manipulations de marché ne sont pas loin. On peut toutefois se demander si tous ces changements ne tendent pas vers un même objectif : l'établissement, au niveau mondial, d'un marché financier sans frontière. Les accords de l'OMC avec la clause de la nation la plus favorisée[13], l'absence de condition de réciprocité qui en résulte[14] et le mécanisme des décisions d'équivalence retenu et mis en œuvre par la Commission européenne afin d'ouvrir le marché européen aux entreprises des États tiers à l'Union européenne peuvent le laisser penser[15].

5. Des choix politiques comme les contraintes factuelles expliquent ainsi les changements survenus dans le secteur financier. Les choix politiques sont notamment ceux de l'Union européenne : le livre blanc de 1985[16] est un tournant dans la construction européenne. L'action de l'OMC au niveau international ainsi que celle des divers « G » – le G 10 et le G 20 par exemple – relayés par des organismes tels que le FSB, le Comité de Bâle et l'OICV y participent également[17]. Les contraintes factuelles sont illustrées par la crise financière de 2008 et la crise de la dette souveraine de 2010, étant observé que ces crises ne forment sans doute que les aspects divers d'une seule crise, et que les liens entre les États et les entreprises financières sont si étroits que l'on peut penser que les difficultés des uns et des autres s'entremêlent, de sorte que les États qui fustigent les entreprises financières devraient montrer l'exemple : la réponse du berger à la bergère illustrée par la nouvelle réglementation adoptée en 2013 en vue de permettre la mise en cause de la responsabilité des agences de notation[18] laisse l'observateur perplexe, même s'il est normal que les agences de notation puissent être tenues responsables de leurs fautes.

6. Les changements survenus dans le secteur financier sont d'autant plus importants qu'ils

[5] V. not. Th. Bonneau, « Valeurs mobilières et titres financiers en droit français », *Rev. dr. banc. fin.*, mars-avr. 2009, nº 10, p. 75 ; *Revista de Direito Bancario e do Mercadao de Capitais* juill.-sept. 2009, p. 197.

[6] V. Th. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*, nº 79 s.

[7] V. N. Oriol, « Transactions de bloc, fragmentation et directive MIF : que peut-on apprendre des données historiques de la place parisienne », *Les cahiers scientifiques AMF* nº 6, octobre 2008 ; A.-C. Muller, « Premier bilan après un an d'application de la MIF », *Rev. dr. banc. fin.* mars-avr. 2009, nº 69 ; AMF, « Les enjeux liés à l'émergence des dark pools et des crossing networks », *JCP E* 2009, 2052 ; B. Bréhier et P. Guérin, « Un peu de lumière sur les dark pools », *Bull. Joly Bourse* déc. 2009, p. 456 ; J. Blimbaum, « Les dark pools : entre fantasme et réalité, d'une émergence incontrôlée à un encadrement pragmatique », *Rev. dr. banc. fin.* mai-juin 2011, études 23.

[8] V. T. Bonneau, « La réforme de la MIF dans les projets de texte du 20 octobre 2011 », *RTDF* nº 2012/1, p 12, spéc. nº 8. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. Saint-Mars et J.-P. Bornet, « Directive marchés d'instruments dérivés – Révision – Proposition de la commission européenne », *Banque et droit* nº 140, nov.-déc. 2011, 37 ; P. Pailler, « Les projets européens de révision de la directive sur les marchés d'instruments financiers », *Rev. dr. banc. fin.* mars-avril 2012, études 4, p. 9.

[9] V. K. Alexander, « The European regulation of central counterparties : some international challenges », in *Research Handbook on International financial regulation*, Edward Elgar, 2012, p 241 s. ; H. Boucheta, « Les nouvelles infrastructures : les contreparties centrales », *Rev. dr. banc. fin.* janv.-févr. 2013, p. 72.

[10] V. Th. Bonneau, « Les trade repositories », *Rev. dr. banc. fin.* janv.-févr. 2013, p. 74.

[11] V. Th. Bonneau, « La réforme de la MIF dans les projets de texte du 20 octobre 2011 », art. préc., spéc. nº 13.

[12] V. not. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant 2º éd. 2014, nº 495 s. ; J. Birch, « High frequency trading : risks and regulatory responses », (2011) 9 *JIBFL* 553 ; M. Galland, « La régulation du trading à haute fréquence », *Bull. Joly Bourse* mars 2012, § 50 p. 129 ; E. Mensah, « High frequency trading : Innovative Pollution », *RTDF* nº 2013/3, 42.

[13] Clause selon laquelle « chaque membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ».

[14] V. K. Alexander, « The European regulation of central counterparties : some international challenges », in K. Alexander et R. Dhumale, *Reseach Handbook on International Financial Regulation*, Edward Elgar, 2012, p. 241 s., spéc. p. 248-250.

[15] V. Th. Bonneau, « Les entreprises des États tiers et le marché européen bancaire et financier », *Rev. dr. banc. fin.* mai-juin 2013, études 11.

[16] Commission européenne, « Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur », Document COM (85) 310.

[17] Sur ces institutions et autorités internationales, v. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, nº 15 s.

[18] Règlement (UE) nº 462/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 modifiant le règlement (CE) nº 1060/2009 sur les agences de notation de crédit. V. A.-.C. Muller, « Révision du règlement (CE) nº 1060/2009, *Rev. dr. banc. fin.* mai-juin 2013, com. nº 116 ; Y. Broussolle, « Les principales dispositions du règlement nº 462/2013 du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2013 modifiant le règlement nº 1060/2009 sur les agences de notation de crédit », *Bull. Joly Bourse* oct. 2013 p 477 ; Th. Bonneau, « Agence de notation, Renforcement du dispositif », *Rev. dr. banc. fin.* mars-avril 2012, com. nº 72. Voir également, F. Espagnac et A. de Montesquiou, *Rapport d'information,* Sénat, nº 598, 2011-2012, *Agences de notation : pour une profession réglementée*.

formatent la société tout entière[19]. En effet, lorsque l'on organise les marchés financiers sur le principe de la concurrence ou lorsque, au travers de la référence faite à la langue usuelle en matière financière, on vise en fait l'anglais, il est indéniable que les changements apportés au secteur financier vont produire leurs effets au-delà de ce seul secteur. C'est d'ailleurs ce qui nous conduit à penser que le secteur financier, qui est bien en avance si on le compare à d'autres secteurs, préfigure l'Europe de demain : le fédéralisme a de solides assises avec les Autorités européennes de surveillance (AES)[20], le système européen de surveillance financière (SEFS)[21], le mécanisme de surveillance unique[22] et la Banque centrale européenne qui gère le système européen des banques centrales (SEBC)[23]. Cette vision pourrait, il est vrai, être contestée, notamment en raison des pouvoirs des AES qui pourraient paraître limités. Mais les textes postérieurs qui ont donné des pouvoirs à l'Autorité européenne des marchés financiers – en anglais, *European securities markets Authority* ou ESMA – vis-à-vis des agences de notation et des référentiels centraux nous paraissent démentir cette contestation.

7. Les changements opérés dans le secteur financier sont donc éminemment politiques. Ce constat n'est pas étonnant mais méritait d'être rappelé, car le droit financier a la réputation d'être technique, raison qui est d'ailleurs avancée lorsque l'on souhaite transposer un texte européen par voie d'ordonnance[24]. Il ne faut toutefois pas se méprendre : la technicité du droit est un prétexte bien commode pour masquer une vraie raison : éviter que les parlementaires ne soient tentés de modifier un texte européen qui est d'harmonisation maximale[25], et donc de modifier un texte qui ne peut pas l'être, la transposition ne donnant aucune marge de manœuvre aux États membres. Dans le même temps toutefois, les textes européens à transposer sont si nombreux que le recours aux ordonnances paraît inévitable, le Parlement manquant de temps pour effectuer ce travail de transposition.

8. Le maillage textuel est de plus en plus intense, étant observé que les textes européens, qui étaient à l'origine des directives, sont désormais assez souvent des règlements, une réforme pouvant d'ailleurs reposer sur une directive et un règlement[26]. L'objectif est clair : avoir des textes d'application directe évitant toute différence entre les États membres, le but étant d'ailleurs non seulement d'avoir une réglementation uniforme mais également une interprétation unique. D'où l'importance de l'ESMA dont l'action doit conduire à la création d'une culture européenne commune[27].

9. La procédure de comitologie[28] mise en place à la suite du rapport Lamfalussy au début des années 2000 a largement contribué à l'augmentation du nombre des textes européens. La

[19] Th. Bonneau, « De la technicité d'un droit au formatage de la Société », *La lettre OMNIDROIT* mercredi 18 juin 2008, p. 2.

[20] V. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, n° 79 s.

[21] *Ibid.*, n° 103.

[22] Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit ; Règlement (UE) n° 1022/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (UE) n° 1093/2013 instituant une autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la banque centrale européenne en application du règlement (UE) n° 1024/2013. Sur le projet, voir notamment : Th. Bonneau, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP E* 2012, 1645 ; A. Gourio et L. Thébault, « Union bancaire européenne, Propositions pour un cadre financier intégré », *Rev. dr. banc. fin.*, sept.-oct. 2012, com. n° 164 ; J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « Union bancaire. Vers un bouleversement de la supervision bancaire », *Revue Banque* n° 752 oct. 2012, 50 ; A. Carr, « Banking union : story of the emperor's new clothes ? », (2013) 2 *JIBFL* 67 ; D. Masciandaro, « Back to the future ? Central Banks as Prudential Supervisors in the Aftermath of the crisis », *ECFR* 2/2012, p 112 s.

[23] V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, 10e éd., 2013, n° 227 et 228.

[24] Cf. Th. Bonneau, « Législation ''financière'' et droit communautaire », in *Le code de commerce 1807-2007*, *Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p 707 s., spéc. n° 18.

[25] A. Gourio, « La pleine harmonisation est-elle un mode actuel d'intégration communautaire des services bancaires aux particuliers ? », *Mélanges J. Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 327 s.

[26] V. notamment :
– la réforme bancaire : Règlement (UE) n° 575 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 ; Directive n° 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive n° 2002/87/CE et abrogeant les directives n° 2006/48/CE et n° 2006/49/CE ;
– la réforme financière : Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 1991/61/UE, ; Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le Règlement(UE) n° 64/2012 ;
– la réforme des abus de marchés : Règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (Règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du conseil et les directives 2003/124/CE et 2004/72/CE de la Commission ; Directive 2014/57 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénalesapplicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marché.

[27] Art. 29, Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/20009/CE et abrogeant la décision n° 2009/77/CE de la Commission.

[28] V. R. Vabres, *Comitologie et services financiers*, préf. Th. Bonneau, Dalloz, 2009.

mise en place de l'ESMA, qui est à l'origine des normes techniques d'exécution et des normes techniques de réglementation[29], sans oublier les lignes directrices ou orientations[30] qu'elle est également chargée d'élaborer, a encore renforcé cette tendance à tel point que l'on peut se demander si la réglementation n'agit pas comme un cancer[31] dont il sera difficile de se remettre. Et comme le volume des textes n'est pas seulement dû aux autorités européennes, les textes nationaux[32] y contribuant également largement, l'acuité de la question concernant la production textuelle est certaine.

10. On pourrait, il est vrai, être tenté de réduire la production des normes obligatoires au profit de normes constitutives de *soft law*[33]. Celle-ci a d'ailleurs pris une importance considérable dans le secteur financier comme le montrent les nombreux travaux des organismes tels que le FSB, l'OICV et le Comité de Bâle. On peut toutefois hésiter à voir dans la *soft law* une véritable solution à l'inflation législative, car celle-ci y participe et comprend nombre de normes – on peut penser aux recommandations et aux positions de l'AMF[34] – qui sont souvent, en fait, obligatoires. Fausse bonne idée donc pour masquer un changement qui n'est pas seulement quantitatif : il est également qualitatif.

11. Il l'est tout d'abord en ce qui concerne les principes mêmes d'organisation des marchés financiers. Il est recouru aux travaux internationaux[35] pour décider de la façon dont ceux-ci doivent être conçus, et à des autorités de supervision – l'AMF comme l'ESMA – pour en assurer la surveillance. En raison de la situation juridique des uns et des autres ainsi que de leur rôle, les questions de légitimité[36], de démocratie et d'État de droit[37] se posent très clairement : ces questions sont soulevées en particulier lorsque les organismes internationaux organisent des procédures de suivi et incitent les États à respecter les principes posés ou encore lorsque les autorités de supervision agissent par voie de *soft law* et que celle-ci masque en fait de la *hard law*. Elles se posent également lorsque l'on recourt à des organismes privés qui sont autorisés à prendre des normes privées[38], ce qui n'est pas sans évoquer le désengagement de l'État et le retour du féodalisme[39], certains organismes n'ayant pas de besoin d'un territoire et d'une population pour asseoir leur pouvoir.

12. Le changement est encore qualitatif lorsqu'il conduit à régir des questions qui ne l'étaient pas. Les règlementations des agences de notation[40], des gestionnaires de fonds d'investisse-

[29] Art. 10 et 15, Règlement préc.

[30] Art. 16, Règlement préc.

[31] Th. Bonneau, « Remède ou cancer ? » *Rev. dr. banc. fin.* mai-juin 2013, repère 3. La règlementation des EMIR illustre l'inflation des textes. Voir :
– Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, modifié par le règlement n° 575/2013 du 26 juin 2013 (préc.) et par le règlement délégué (UE) n° 1002/2013 de la Commission du 12 juillet 2013 ;
– Règlement d'exécution (UE) n° 1247/2012 de la Commission du 19 décembre 2012 définissant les normes techniques d'exécution en ce qui concerne le format et la fréquence des déclarations de transactions aux référentiels centraux conformément au règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
– Règlement d'exécution (UE) n° 1248/2012 de la Commission du 19 décembre 2012 définissant les normes techniques d'exécution en ce qui concerne le format des demandes d'enregistrement des référentiels centraux conformément au règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
– Règlement d'exécution (UE) n° 1249/2012 de la Commission du 19 décembre 2012 définissant les normes techniques d'exécution en ce qui concerne le format des enregistrements à conserver par les contreparties centrales conformément au règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
– Règlement délégué (UE) n° 876/2013 de la Commission du 28 mai 2013 complétant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les normes techniques de réglementation régissant les collèges pour contreparties centrales ;
– Règlement délégué (UE) n° 1003/2013 de la Commission du 12 juillet 2013 complétant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les frais à payer par les référentiels centraux à l'Autorité européenne des marchés financiers.

[32] En 2013 : not. L. n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière ; Ord. n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement ; Ord. n° 2013-676 du 25 juillet 2013 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs ; L. n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

[33] Conseil d'État, *Étude annuelle 2013*, *Le droit souple*, La documentation française, spéc. p 35 : v. E. Nicolas et M. Robineau, « Prendre le droit souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G* 2013, 1116 ; Th. Bonneau, « Régulation bancaire et financière et État de droit », *Rev. dr. banc. fin.* janv.-févr. 2014, repère 1.

[34] Cf. *Principes d'organisation et de publication de la doctrine* de l'AMF, 18 juin 2013.

[35] V. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, n° 154 s.

[36] V. Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*

[37] V. Th. Bonneau, « Régulation bancaire et financière et État de droit », *Rev. dr. banc. fin.* janv.-févr. 2014, repère 1.

[38] Sur les entreprises de marché et les chambres de compensation, v. Bonneau et Drummond, *op. cit.*, n° 560 et 568.

[39] V. J. Lefebvre (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, collection CEPRISCA, PUF 2006.

[40] Règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation, modifié par les règlements (UE) n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 et (UE) n° 462/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013. Ce règlement est complété par les textes suivants :
– Règlement délégué (UE) n° 446/2012 de la Commission du 21 mars 2012 complétant le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement euro-

ment alternatif[41] et des contreparties centrales[42] en sont des illustrations. Toutefois, au-delà de ces règlementations, l'essentiel est de souligner que les nouvelles réglementations ont pour objectif de renforcer la sécurité, l'intégrité, la transparence et la protection des clients. La nouvelle réglementation prudentielle, issue des textes du 26 juin 2013[43], les nouveaux textes en matière d'abus de marché[44] et les nouvelles propositions internationales concernant les fonds monétaires[45] et ETFs[46] en sont des illustrations.

13. On peut, il est vrai, se demander si certains changements, initialement souhaités, n'ont pas été en tout ou parties éludés[47] : la réforme des abus de marché, par une comparaison des textes de 2011[48] et de 2014[49], pourrait le laisser penser. On aurait ainsi déjà oublié les crises pour des raisons liées à des intérêts catégoriels que chacun peut deviner. Pourtant, on ne le devrait pas même si, il faut le souligner, le risque zéro n'existe pas. Étant observé que l'objectif est de réduire au maximum les risques encourus par le secteur financier.

14. Et comme celui-ci évolue constamment, le changement qui affecte la législation régissant les marchés financiers est constant et sans fin. Il est tout aussi difficile de prédire la législation de demain que de prédire l'avenir des marchés français. Une chose nous paraît toutefois certaine : à la différence de ces marchés, la législation financière n'est pas menacée dans son existence. À moins bien sûr que l'imprévisible ne se produise...

péen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant le contenu et la forme des rapports périodiques de notification des données de notation que les agences de notation de crédit doivent remettre à l'Autorité européenne des marchés financiers ;
– Règlement délégué (UE) n° 447/2012 de la Commission du 21 mars 2012 complétant le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation aux fins de l'évaluation de la conformité des méthodes de notation de crédit ;
– Règlement délégué (UE) n° 448/2012 de la Commission du 21 mars 2012 complétant le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant la présentation des informations que les agences de notation de crédit sont tenues de communiquer à un registre central établi par l'Autorité européenne des marchés financiers ;
– Règlement délégué (UE) n° 449/2012 de la Commission du 21 mars 2012 complétant le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant les informations à fournir par les agences de notation de crédit en vue de leur enregistrement et de leur certification ;
– Règlement délégué (UE) n° 946/2012 de la Commission du 12 juillet 2012 complétant le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil par des règles de procédures relatives aux amendes infligées aux agences de notation de crédit par l'Autorité européenne des marchés financiers, y compris des règles relatives aux droits de la défense et des dispositions temporelles.

41 Directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds alternatifs et modifiant les directives n° 2003/41/CE et n° 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010. Cette directive a été modifiée par la directive n° 2013/14/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 en ce qui concerne la dépendance excessive à l'égard des notations de crédit et est complétée par les textes suivants :
– Règlement délégué (UE) n° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012 complétant la directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance ;
– Règlement d'exécution (UE) n° 447/2013 de la Commission du 15 mai 2013 établissant la procédure applicable aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatif qui choisissent volontairement de relever de la directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil ;
– Règlement d'exécution (UE) n° 448/2013 de la Commission du 15 mai 2013 établissant une procédure pour déterminer l'État membre de référence d'un gestionnaire de fonds d'investissement alternatif établi dans un pays tiers en application de la directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil.

42 Règlement du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, préc.

43 Directive et Règlement préc.

44 Propositions préc.

45 *OICV-IOSCO, Policy recommandations for money market funds*, *final report*, FR07/12, Oct. 2012, *Rev. dr. banc. fin.* mars-avr. 2012, com. n° 74, obs. Th. Bonneau.

46 *OICV-IOSCO, Principles for the regulation of exchange traded funds*, consultation Report, CR05/12 March 2012, spéc. p. 5-6. V. Th. Bonneau, *Rev. dr. banc. fin.* juill.-août 2012 com. n° 137.

47 Cf. J.-M. Naulot, *Crise financière. Pourquoi les gouvernements ne font rien*, Seuil, 2013.

48 Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), COM (651) Final, 20 octobre 2011 ; Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, COM (2011) 654 Final.

49 Règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (Règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du conseil et les directives 2003/124/CE et 2004/72/CE de la Commission.

19. Droit international privé

Le réseau transnational : brève réflexion sur l'adaptation du droit international privé à son environnement changeant[1]

Horatia Muir Watt
Professeure à l'École de droit de Sciences Po Paris

1. Induisant un appel politique généralisé en vue d'une meilleure gouvernance des marchés, les récentes crises financières en série ont stigmatisé le rôle du droit comme « co-producteur » des défaillances globales du système de crédit. Beaucoup moins visible à ce titre que son homologue public, qui assure – bien ou mal – une discipline centralisée des émetteurs de titres et des banques, le droit privé est également au cœur de la tourmente, en raison de son rôle constitutif des marchés financiers et leurs produits. Ses institutions sont perçues comme étant à la fois dépassées et instrumentalisées par la pratique, consolidant le gouffre entre la finance et l'économie réelle. Le grief qui lui est spécifiquement adressé est d'avoir laissé faire, voire facilité, les dérives des marchés, essentiellement du fait de leur confiscation par des intérêts particuliers ; parmi les causes, figurerait son asservissement à des modèles ou schémas d'intelligibilité révolus ou excessivement abstraits. Politiquement, ce reproche – à consonance distinctement « réaliste » –, du décalage du droit par rapport aux évolutions de la pratique, vient des deux côtés de l'échiquier, porté aussi bien par ceux qui souhaitent que le droit assure une meilleure rentabilité du marché que par ceux qui y verraient volontiers une source de discipline des acteurs économiques, avec pour horizon le bien commun.

2. Ce qui est vrai du droit privé substantiel (toutes traditions libérales confondues) l'est également et peut-être *a fortiori*, du droit international privé. À cet égard, on sait le rôle joué par le principe d'autonomie en matière contractuelle dans l'émancipation des acteurs économiques par rapport aux normes destinées à les encadrer. C'est ce phénomène si familier des internationalistes qui permet de comprendre l'une des principales sources d'instabilité des marchés financiers

[1] Juin 2014. Une réflexion plus longue est développée dans les *Mélanges en hommage à Bernard Audit*.

globalisés. La mobilité par choix de loi ou *regulatory arbitrage* s'y déploie massivement, de la même façon que dans un marché de produits de consommation courante. De fait, le système financier est le lieu par excellence de cette versatilité des investisseurs, source à son tour de volatilité des cours, en raison de la difficulté pour la législation étatique, généralement coulée dans un moule uniforme en vue de la coordination transnationale, de s'adapter rapidement au caractère évolutif de la pratique. Ce n'est pas se soumettre à l'impératif économique (selon la rengaine habituelle) que de le reconnaître ; c'est plutôt l'attitude contraire qui risque de laisser le droit définitivement impuissant.

3. Si cette défaillance des supports juridiques des marchés est patente en matière financière en raison du caractère spectaculaire et brutal de ses répercussions systémiques, elle est en réalité transversale. Elle explique l'apparition, à côté du droit privé des obligations, d'outils constitutifs d'une méthode de pilotage des marchés désignée par le vocable « régulation ». Celle-ci introduit des modèles normatifs plus empiriques, dont le dessin épouse directement la fonction. C'est en effet parce qu'ils sont inspirés des sciences sociales que les passeurs dans le champ du droit, axiologique et axiomatique, du langage, instrumental et politique, de la régulation, s'annoncent comme les « nouveaux réalistes ». Or, relayées par ces derniers dans les débats relatifs à la discipline des marchés financiers, au cœur des tensions engendrées par la rencontre entre la régulation et les grilles de lecture et institutions du droit privé, se trouve la notion de réseau.

4. Outil de la régulation par excellence, accueillie dans des champs aussi divers que l'anthropologie ou l'ingénierie informatique, elle se rattache à un modèle de pensée inspiré des systèmes complexes. Appliquée en vue d'appréhender des interdépendances aussi bien comportementales que normatives, elle joue un rôle significatif dans le dessin de la régulation elle-même, postulant ici des modes de pilotage de l'activité économique qui soient aussi décentralisés, expérimentaux et réflexifs que leur objet même. La distance de ce modèle par rapport aux concepts fondateurs du droit privé du marché est de taille. Au sein du droit des obligations, la reconnaissance juridique du réseau impliquerait le passage d'un schéma relationnel à un modèle organisationnel, se situant dans un espace paradoxal entre le marché, compétitif et l'entreprise, coopérative. Dans ce contexte, chacune des actions effectuées par les participants au réseau serait envisagée comme un élément dans un ensemble interconnecté comportant des libertés et des charges, dont le bon fonctionnement au regard de la politique qui le soutient importe au-delà du sort de chacune de ses composantes.

5. Comprendre le réseau, c'est accepter, d'abord, de se départir d'un certain nombre de présupposés, méthodologiques ou substantiels, du droit privé du marché, c'est-à-dire des contrats et des sociétés. Parmi ceux-ci, l'opposition entre la coopération et la compétition entre les mêmes acteurs, dont la conjugaison est parfaitement paradoxale au regard des catégories juridiques qui séparent la société et le contrat, l'intégration et le marché. C'est aussi traverser le cloisonnement public/privé, envisager l'action individuelle dans sa relation avec son environnement, substituer la probabilité à un schéma de causalité individuelle. Il faut ensuite considérer les ajustements, les irritations ou les secousses que peut produire l'introduction d'une nouvelle catégorie, fût-elle de nature à rendre le droit plus adapté à la pratique. Il ne suffit pas en effet de plaquer une qualification juridique nouvelle sur des institutions existantes pour que tout rentre dans l'ordre. L'exemple du *trust*, minuscule réseau, montre à quel point il est difficile aussi bien d'introduire un nouveau concept dans un droit interne donné que de croiser les structures profondes de deux systèmes juridiques poursuivant des logiques opposées. Il en va nécessairement de même s'agissant d'un concept de droit international privé qui traduirait une grille de lecture inconnue des droits qu'il cherche à mettre en relation.

6. Cependant, si le réseau aspire bien à entrer dans le champ juridique, à la faveur de théories à orientation sociologique, le droit positif y oppose une forte résistance au nom de l'autonomie même de ses méthodes et outils. Certes, les ententes transnationales sont évidemment sur les devants de la scène dans le droit de la concurrence, qui en guette les manifestations dans une diversité de comportements informels concordants (et *a priori* suspects dans ce contexte). Mais le droit privé traditionnel pense la coopération économique de façon binaire. Soit elle est saisie sous la forme d'une entité juridique, soit

les contrats qui la sous-tendent sont compartimentés. Tout au plus apparaissent en ordre dispersé quelques exceptions à la relativité des contrats, ou quelques entorses à l'intégrité de la personnalité morale. Il nous semble cependant que ces dernières anomalies, qui sont autant de symptômes de l'inadéquation du modèle unitaire individualiste face aux phénomènes économiques interconnectés, sont particulièrement patentes en matière transfrontière. Les difficultés tenant à l'inadéquation du droit y revêtent un caractère accentué à cause de la complexité et souvent de la circularité du raisonnement de conflit de lois. Le résultat est que les politiques aptes à exercer une forme de coordination ou de discipline ne se réalisent à leur tour que de façon distordue.

7. En droit privé comparé interne, les signes de l'émergence d'une grille de lecture différente de celui qui se traduit par la catégorie juridique du contrat sont trop épars pour modifier le schéma épistémologique qui fonde cette dernière. Le modèle théorique du contrat y reste encore l'échange – la vente, non le service – instantané et bilatéral, construit sur le consentement des acteurs. À titre d'exception, le contrat relationnel fait son apparition, ou encore, en droit français, la chaîne de contrats translatifs de propriété ; l'interprétation se fait en ayant recours croissant au « contexte » ; le quasi-contractuel ou son jumeau, la *reliance,* connaissent un récent essor. Il en va de même de la catégorie juridique de la société commerciale. Les nombreux trous percés dans le voile de la personnalité morale en présence d'une « famille » de sociétés commerciales – au titre de théories de l'agence, du contrôle, de l'*alter ego*, ou à nouveau du quasi-contractuel – ont beau signaler le décalage entre l'entreprise économique et son enveloppe juridique, celle-ci se décline selon des modalités diverses mais ne change guère de structure. C'est ainsi que des symptômes, diffus, de cette absence d'alignement font l'objet de traitements souvent ponctuels ou sectoriels, qui érodent progressivement le socle du droit privé général dans son application à l'économie. Les « marchés régulés » échappent peu à peu au modèle du droit des contrats, en tant qu'ils comportent des rapports d'affaires complexes, répétés, multipartites. De même, plus remarquable peut-être en raison de leur appartenance formelle au seul droit privé, les rapports intra-européens de consommation constituent désormais emblématiquement un champ de régulation.

8. Si le droit privé n'a pas accepté (encore) d'intégrer le réseau dans sa conception de l'activité économique, le droit international privé n'a pas de son côté développé son propre modèle. C'est pourtant ici que, depuis longtemps, le groupe « multinational » de sociétés offrait un terrain particulièrement propice à l'expérimentation conceptuelle. D'autres difficultés posées par des formes d'activité interdépendante revêtent un caractère exacerbé en matière internationale, lorsqu'elles ne lui apparaissent pas comme entièrement spécifiques : il en va ainsi des actions de groupe transfrontières ou des chaînes de valeur transnationales. Par ailleurs, à regarder de plus près la question des lois de police, on voit que le schéma classique de la règle de droit public traversant tangentiellement le contrat n'épouse pas exactement les contours des instruments de régulation, tels le droit de la concurrence ou de la consommation, répondant à un schéma atypique parce que non individualiste. Enfin, les limites de la distinction entre les catégories « contrat » et « société » apparaissent clairement lorsqu'on compare les régimes réservés respectivement en droit international privé à l'accord bilatéral classique et au « nœud de contrats » que constitue la personne morale. Diverses tensions affectant la grille d'analyse traditionnelle suffisent à souligner que les divers symptômes d'inadaptation relevés en droit interne comparé ont largement leur pendant en droit international privé. Il suffit à cet égard de considérer les difficultés qu'a ce dernier pour saisir les contrats groupés, les entreprises multinationales, ou les dysfonctionnements des marchés financiers.

9. Dire que le réseau rendrait mieux compte de certains phénomènes donnant lieu à des difficultés ou des incohérences du droit positif ne préjuge pas du régime qui lui serait donné s'il était reconnu. Utiliser cette grille ne s'oppose pas à ce que ses acteurs et ses rapports constitutifs fassent l'objet d'un encadrement juridique qui tienne compte du résultat souhaité à la lumière de sa fonction : c'est même là le sens même de la régulation. Celle-ci postule cependant aussi d'une part que les intérêts individuels de ses participants ne pèsent pas plus fort que ceux de l'ensemble du réseau, et d'autre part qu'au titre de son articulation avec son environnement, ne soit jamais perdu de vue l'horizon du bien commun.

Le grief essentiel qui est adressé ici au droit positif est d'occulter une pratique économique illisible pour les catégories juridiques, de sorte que la régulation en est inadaptée. À cet égard, il y va de la relation du droit au fait, ou encore de ses rapports avec toutes les autres sciences qui appréhendent les interactions sociales, telles la gestion, la sociologie ou l'économie. En effet, le droit a incontestablement son propre vocabulaire, une épistémologie spécifique et une cohérence systémique bien à lui : lui appartient-il alors de s'aligner sur la pratique commerciale ou sur le langage des affaires qui renvoient à d'autres formes d'expérience ? Si l'organisation de la production et des échanges n'épouse pas la catégorie juridique du marché, est-ce à l'univers du devoir-être de se transformer en suivant celle de l'économie ? La première serait-elle subordonnée à la seconde ? L'analyse économique du droit ne témoigne-t-elle pas d'une telle dérive ?

10. Si le droit n'explore pas la grammaire propre des autres systèmes sociaux, son autonomie se transforme en dogmatisme. Ainsi, dès lors que le marché lui échappe, il est temps qu'il s'adapte. Ce n'est pas à dire qu'il doive s'y soumettre. Constater par exemple que de vastes secteurs de l'économie fonctionnent selon le modèle du réseau ne signifie pas que tous les réseaux doivent s'imposer comme juridiquement valables et déployer sans entrave tous leurs effets. Le droit peut leur opposer des limites, des principes de gouvernance et des modalités de fonctionnement. En revanche, il ne peut pas continuer de les ignorer sans engendrer de graves dysfonctionnements. Au cœur du droit privé international commercial, l'exemple le plus frappant aujourd'hui d'un tel décalage concerne l'arbitrage international, notamment dans son versant d'investissement. Ce dernier fait l'objet de griefs politiques croissants, qui donnent lieu à un débat très médiatisé à l'occasion de la négociation d'un possible traité commercial transatlantique destiné à remplacer une série d'accords bilatéraux liant des États membres de l'Union européenne aux États-Unis.

11. À force d'opposer le modèle contractuel à l'introduction de valeurs telles la transparence, ou l'indépendance par rapport au conflit d'intérêts, plus souvent associées à la procédure juridictionnelle, l'institution souffre d'une baisse considérable de crédibilité dans la communauté internationale. Asseoir la gouvernance de ce système de justice privée sur une grille d'analyse fondée sur le réseau pourrait servir à assurer à la fois : son efficacité ; la régulation du fléau des conflits d'intérêts ; une discussion non polémique sur les exigences de la diversité dans la composition des tribunaux arbitraux ; une cohérence minimale du corpus décisionnel ; une répartition plus équilibrée des profits. Dès lors en effet que les sentences privées sont admises à circuler comme des actes publics, il n'y a aucune raison qu'en contrepartie, le bien commun n'ait pas son mot à dire. Le schéma que constitue le réseau – complexe, évolutif, multipartite, réflexif, et répondant tant à l'intérêt collectif de ses membres qu'aux exigences du bien public – permettrait d'appréhender dans toute sa complexité le phénomène de justice parallèle que constitue l'arbitrage, perçu à travers la masse de décisions qu'il produit, des rapports entre les arbitres-acteurs, ou encore sous l'angle de la circulation des sentences.

20. Droit du commerce international

Le changement en droit du commerce international

Daniel Mainguy
Professeur à l'Université de Montpellier
Directeur du collège de droit de Montpellier

Les juristes, qu'ils soient avocats, juges, professeurs, lorsqu'ils se penchent sur la réalité du droit qu'ils étudient ou pratiquent, oscillent entre le souhait, explicite ou discret, que telle règle de droit soit modifiée en fonction de tel intérêt ou telle valeur, et le réflexe de l'habitude, de la continuité, voire de la conservation dans les règles de droit : il suffit d'observer les commentaires entourant la réforme du droit des contrats. Le champion de la conservation était d'ailleurs Georges Ripert, qui l'exprimait avec force dans *Les forces créatrices du droit*, en 1955, dans un credo qui, à bien des égards, est le bréviaire de bien des juristes. Si pourtant, on admet que le droit est un ensemble de discours visant à déterminer les normes applicables en un temps et un lieu donné, on peut admettre que, le temps et l'espace variant, les intérêts en jeu pour déterminer une règle de droit sont susceptibles de rendre variable la nature de ces règles. C'est souvent, comme dans la tradition française depuis le XVIIe siècle, par la loi que des réformes d'ampleur sont prévues, des ordonnances de Colbert au Code civil ; ce peut-être, mais de manière nécessairement plus limitée, sauf exception, par des décisions de jurisprudence : toute l'activité des juristes vise à débattre de la continuité et du changement des règles applicables.

On mesure, cependant, que l'appétit au « changement » tel qu'il se manifeste dans cette *revue*, ne serait-ce qu'en raison de l'impertinence et du volontarisme de ses promoteurs, n'est pas de nature à se satisfaire de petites choses : le changement, la réforme, dans toute leur radicalité, voilà ce dont il s'agit, dans cet esprit, ce rêve, de législateur qui habite tous les héritiers, réels ou supposés, de Carbonnier ou de Cornu. Ce changement suppose la mesure de l'état du droit du commerce international, celle de la distance existant, éventuellement, entre ce droit et la réalité des enjeux politiques, économiques, sociaux qui le sous-tendent, et des propositions de changement.

I. En droit du commerce international, les choses, toutefois, ne sont pas très aisées à proposer. Le droit du commerce international, frère cadet du droit international privé, s'entend en effet de deux manières.

Il s'agit en premier des règles internes intéressant les logiques d'extranéité qui peuvent affecter telle situation juridique, qui présente, alors, un caractère international. Il est évident que, dans cette conception, le droit français du commerce international se distingue, par principe, de l'ensemble des droits non français du commerce international, quand bien même des ressem-

blances, des filiations, des discussions, des comparaisons, permettent, éventuellement, d'harmoniser les règles internes. La voie permettant de faire cohabiter ces différents droits du commerce international repose sur la méthode, classique, des conflits de lois ou de juridictions.

Il s'agit en second des règles véritablement internationales du droit du commerce international et qui identifient des conventions internationales intéressant les conflits de lois ou de juridiction visant alors à fixer, en commun, les règles de conflits de lois dans la situation visée, et, parfois, mais rarement, des règles internationales identifiant des normes matérielles internationales, qui ont alors vocation, avec plus ou moins de force et d'efficacité, à se substituer aux règles matérielles internes. La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) offre ici un exemple magistral de cette situation, même si son observation éclipse le succès considérable des conventions internationales en matière de transport international.

Ces deux situations appellent cependant deux remarques. En premier, le droit français, comme celui de ses vingt-sept partenaires au sein de l'Union européenne, connaissent bien l'une et l'autre de ces méthodes : le droit européen matériel forme en effet un ensemble de règles matérielles uniformes, lorsqu'elles prennent la forme de règlements, ou voisines, lorsqu'il s'agit de directives à transposer : cette masse, considérable dans le champ du droit des affaires, social et économique, forme un ensemble cohérent de droit international régional, avec cette subtilité, en outre, que les États membres confient à l'Union européenne, dans les domaines de compétences qui sont les siennes, le soin d'établir ces règles internationales régionales, européennes, fondant le principe d'un droit supranational, dans des conditions louées ou critiquées, peu importe ici. Inutile de s'étendre ; il s'agit d'un thème particulier même voisin, par exemple sur le terrain des conflits de lois en matière contractuelle ou extracontractuelle, à travers les deux règlements « Rome I » et « Rome II », ou sur celui des conflits de juridictions. Le droit européen du commerce international se substitue ici, y compris au stade de l'interprétation des normes applicables, aux droits nationaux du commerce international.

En second, le droit du commerce international est un ensemble de règles qui a longtemps été pensé, et l'est toujours pour sa grande majorité, comme les règles du *grand commerce*, et donc des *grands commerçants*, particulièrement difficiles à déterminer, sauf en négatif, comme n'étant pas des *petits commerçants* et qui opèrent dans le champ du *commerce international*. Or, c'est une tendance lourde, et très ancienne, pour ces *grands commerçants* que de chercher à éviter l'application des règles nationales, particulièrement contingentes à celui qui embrasse le monde, et son droit (inexistant ou presque), dans son ensemble. C'était déjà vrai autour des XIIe et XIIIe siècles, au temps du retour des commerçants en Europe et de la construction d'un droit commercial distinct des règles du droit romain ou des coutumes locales et des juridictions locales, avec ses juridictions propres, ses méthodes particulières de résolution des litiges, ses techniques juridiques originales, dont beaucoup sont d'ailleurs, avec beaucoup d'évolutions, de changements, à l'origine de nos règles modernes, du moins dans leur principe. Tout est merveilleusement décrit dans l'ouvrage de Jean Favier, *De l'or et des épices*, qui raconte cette route de la soie juridique. Rien n'a véritablement changé de ce point de vue à ceci près qu'un droit du commerce *international* suppose l'existence de Nations et donc de droits nationaux aux prétentions normatives fortes et différenciées. Le Code civil et la vocation universaliste, *à la romaine*, de ses promoteurs, n'a évidemment pas survécu à l'éveil des nations après 1848, en Allemagne notamment, et bien entendu dans les pays de droit anglo-américain : les opérateurs du commerce international sont férus de technique contractuelle, de techniques alternatives, arbitrale notamment, visant à résoudre leurs litiges, voire d'outils juridiques propres. Il est étonnant, par exemple d'observer les initiatives *privées* en la matière, au succès variable, des principes Unidroit relatifs *aux contrats du commerce international*, aux Incorterms, en passant par les règles et usances en matière bancaire et bien entendu le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

Ce qui a changé et ce de manière considérable, c'est ce que l'on désigne par le mouvement de « mondialisation ». On est en effet passé d'une situation d'« échanges internationaux », disons traditionnels, vers une situation, justifiant un changement sémantique, de « mondialisation » donc, en ce que, précisément, les échanges

ont évolué dans leur nature. Sans doute les échanges internationaux demeurent : des produits fabriqués dans le pays A sont vendus dans le pays B et réciproquement, et l'ensemble des opérations associées suit, les crédits à l'exportation ou à l'importation, les techniques juridiques d'organisation des transports internationaux, maritimes, aériens, routiers et ferroviaires, voire multimodaux, etc. Jusqu'à une période récente cependant, on a assisté à une intensification majeure, considérable même, de ces échanges, mais sans que leur nature ait vraiment été modifiée. À compter des années 1960-1970, sans doute au moment de l'apogée de l'industrialisation des grands pays industrialisés, le mécanisme a été modifié : apparaissent des « multinationales », des salariés « expatriés », des investissements internationaux. Qu'on mesure le changement réalisé : les échanges internationaux avant ce changement font la part belle aux règles posées par les États et à leurs *politiques économiques et industrielles*. Désormais, une multinationale dispose, en son sein ou à travers l'une de ses filiales, de multiples centres de production, dans son centre « national » de référence, mais également dans des pays à « fort potentiel d'investissement », c'est-à-dire à bas coûts, à faibles règles sociales, écologiques, etc. Or, les « échanges » réalisés au sein de ces firmes, voire entre ces firmes, échappent alors, pour l'essentiel, aux États, qui ne peuvent que constater les délocalisations massives provenant des pays industrialisés vers ce qu'on désigne encore comme les pays en voie de développement, et qui le deviennent vite, aujourd'hui les BRIC. Le triste volet est connu : la cohorte de chômeurs qui fondent un chômage de masse que les économies développées ont de plus en plus de mal à financer, le « moins-disant » juridique, notamment en terme écologique, social, fiscal, etc. Le volet heureux est cependant beaucoup plus familier : l'abondance de produits à des prix parfois grotesques voire indécents si on les compare à ceux qui pouvaient prévaloir auparavant, par exemple dans le domaine textile, multipliant les occasions d'échanges et donc le volume de ceux-ci. L'effet domino a été considérable, y compris en termes de changements : les masses d'argent circulant ont considérablement augmenté, emportant la « financiarisation » de l'économie, ou plus exactement, de l'économie mondiale, dite aussi globale. À l'accroissement des échanges internationaux, et à celui des relations intra-firmes et inter-firmes des multinationales, s'est ajouté celui des multinationales elles-mêmes au point, grâce à des fusions de sociétés gigantesques, de ne laisser que deux constructeurs d'avions, une grosse dizaine de fabricants d'automobiles, une poignée de fabricants de composants électroniques, etc. Les investissements toujours plus intenses impliquent un financement massif et, en retour, une rentabilité massive, au profit d'investisseurs anonymes mais bien présents, fonds de pension, investisseurs institutionnels comme les banques et les compagnies d'assurance, fonds spéculatifs et d'investissement, fonds souverains, etc. L'actionnaire disparaît derrière l'actionnaire de l'actionnaire, à supposer qu'il puisse être identifié, de sorte que les relations, au sein d'une multinationale se déplacent d'une relation simple entre l'actionnaire et les salariés, vers une relation complexe entre les dirigeants, les salariés, et les actionnaires, souvent invisibles.

Le résultat de ce changement, réalisé en quelque vingt ans, est également considérable, dans la mesure où un retournement de situation s'est opéré. Où, en effet, les opérateurs du commerce international demandaient aux États une réglementation nationale ou internationale favorable, dont par exemple des règles comme la convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels porte encore la trace en conduisant à retenir, en l'absence de clause de loi applicable, la loi du vendeur, c'est-à-dire celle des pays industrialisés, ce sont désormais les opérateurs du commerce international et ses géants qui imposent aux États la réglementation à venir à travers la *libéralisation* du droit, et l'instauration de zones toujours plus vastes et plus denses de libre-échange. En outre, la rapidité des échanges permise par des outils comme l'Internet et l'ensemble des outils de communication emporte une conséquence majeure : les règles de rapidité et d'efficacité de la finance deviennent celles des échanges de biens et de services : peu importent les États, leur particularisme et même leur culture : le marché, sans frontière, s'impose comme un nouveau modèle de référence. En quelques clics on peut ainsi acheter des masses de produits sur le site « Alibaba », sur Amazon, etc., lesquels négocient avec les États leur taux d'imposition voire la loi sociale susceptible de leur être opposée.

II. Quel(s) changement(s), juridique(s), alors, face à ces changements économiques ? Soyons réaliste, ce n'est pas à la portée d'un juriste, national, et certainement pas d'un professeur de droit. D'un directeur juridique d'une multinationale peut-être ou de l'association de ces derniers plus certainement. On peut cependant tenter d'envisager, à supposer qu'une volonté politique existe en un sens ou dans l'autre, deux types de réaction.

La première consiste à transposer les raisonnements que l'on observe en droit interne. Ainsi, l'évolution de nos droits internes a conduit, d'une grande liberté fondée sur les principes libéraux du XVIIIe siècle, vers une plus grande prise en compte de situations particulières, celle des salariés, des assurés, des consommateurs, des locataires, des transportés, etc., sous la forme de règles d'ordre public. Dans le champ international, les normes d'ordre public d'un état n'ont aucune efficacité dans la mesure où s'opère une forme de comparaison généralisée pour tenter de préférer les normes de tel pays : il suffira d'implanter une filiale dans cet État et de désigner comme loi applicable les normes de cet État, ou d'un autre d'ailleurs : le principe d'autonomie fonde en effet la logique du *forum shopping*. Il n'est pas besoin de rappeler le douloureux constat, là encore vrai ou faux, du rapport *Doing business* au début des années 2000, que le droit français et les règles de tradition civiliste étaient écartées par les décideurs des opérations du commerce international au profit des droits des pays de tradition anglo-américaine. La réponse pourrait alors consister à identifier un « super ordre public » à travers la multiplication des règles considérées comme des « lois de police ». C'est bien entendu, en principe, une solution nationale, à travers des lois spéciales, rares en France, ou des décisions de jurisprudence, par exemple à propos du droit à indemnisation de l'agent commercial ou des droits du sous-traitant, des mesurettes, à moins qu'il s'agisse de solutions européennes, voire internationales. Pourquoi ne pas imaginer des règles de droit international matériel de la consommation, comme il en existe en droit international des transports ou du travail, plus musclées que de simples pétitions de principes ou l'instauration de *minima* ? La difficulté, alors, risque de déboucher sur des hypothèses de conflits de lois de police, un peu à la manière du droit de la concurrence. Le droit européen de la concurrence est une loi de police, tout comme le droit américain de la concurrence, impliquant une méthode de conflits des lois de police qui se solde par une « non-règle », le principe de courtoisie. Évidemment, cela supposerait que les États disposent de la possibilité ou plus exactement de la volonté de contrecarrer celles des acteurs de l'économie globale. Rien ne permet de présager qu'il en irait ainsi. Ainsi à la mondialisation de l'économie répondrait la mondialisation du droit, ce qui est aujourd'hui un oxymoron. Une mondialisation *réelle* du droit supposerait donc l'irruption d'un droit international réel, non pas seulement en tant que résultat d'un processus décisionnel juridique par la création de règles internationales dans tous les domaines au-delà de ceux qui sont le support des échanges internationaux ou des investissements internationaux, mais également comme technique de production de décisions juridiques, sur la base de juridictions internationales compétentes pour traiter de tous les litiges internationaux, ce qui relève, au minimum, de l'utopie, notamment face au constat de la supériorité du modèle juridico-politique des multinationales anglo-américaines, le modèle fondé sur l'utilité des normes, sur leur efficacité, et non sur des critères, considérés comme dépassés parce qu'inefficaces, parce que fondés sur des critères moraux par exemple. Les tenants de ces changements qu'impliquerait le constat que le droit du commerce international n'est plus adapté à la réalité des enjeux des acteurs du commerce international sont très nombreux, qu'ils relèvent des logiques morales ou religieuses, le pape appelant par exemple à une moralisation du commerce international, essentiellement à destination des populations des pays dans lesquels les filiales de production délocalisées sont implantées, mais aussi de groupes politiques plus ou moins vindicatifs, des groupes marxistes ou « anticapitalistes » aux écologistes ou aux tenants d'une « autre économie », d'une « mondialisation à visage humain », les expressions sont très nombreuses, et globalement vaines.

L'autre type de réaction, plus plausible, consiste au contraire à adapter le droit, le droit commercial interne et le droit commercial international, aux nouvelles exigences du commerce international. Nous y sommes : voilà le changement, global, en droit du commerce global qui

approche. Il tend à fonder un droit mondial unifié sur la base des seuls outils juridiques visant à valoriser et sécuriser les échanges internationaux, c'est-à-dire les règles du droit des contrats internationaux, des transports internationaux mais également des investissements internationaux. Il est piquant d'ailleurs d'observer que cet appel renoue avec la tradition juridique libérale du XVIIIe siècle avec ses appels à un droit international *matériel* des contrats internationaux, pour l'instant d'initiative privée, comme les principes Unidroit ou les principes pour un droit européen des contrats, au respect de principes comme le principe d'*autonomie* en vue d'un choix libre de toute entrave de la loi applicable à une opération internationale ou d'une clause compromissoire assurant la résolution alternative des conflits, *y compris entre États*, dans une logique d'*unité de l'ordre juridique international* que ne renieraient pas les tenants de la *lex mercatoria*, réelle et autonome, bien entendu, des ordres étatiques ou interétatiques.

On comprend bien l'intérêt et la logique de la construction : un droit autonome se justifie en lui-même. Un contrat est conclu en se fondant sur une loi choisie, ou mieux encore sur les *principes du droit des contrats internationaux*, s'élabore grâce à des techniques contractuelles complexes et, en cas de litige, les parties se soumettent au jeu de l'arbitrage international, par exemple sur le fondement du règlement d'arbitrage de la CCI. Un litige survient, les arbitres sont désignés, une sentence est rendue, elle est exécutée : voilà la démonstration que le processus de validation de ce contrat est complet et cohérent, qu'il est donc bien fondé sur un ordre juridique, autonome, producteur de règles de droit. On peut opposer cependant que cette logique n'est exacte que pour autant que les parties décident de se soumettre de bonne grâce à cet ordre, et notamment à la sentence arbitrale rendue. Or, si l'une des parties (à son grand risque si on se souvient comment Berthold Goldman considérait que la « loi du milieu » interdisait de « faire bande à part ») décide de réfuter la validité de la sentence, ou simplement refuse de l'exécuter, il faudra bien se tourner vers un juge étatique chargé de se prononcer sur la validité ou l'efficacité de la sentence. Si tous les juges de tous les pays (la Cour de cassation pour l'essentiel en raison de l'implantation de la CCI à Paris, et quelques places judiciaires occidentales) considèrent que les *principes du droit des contrats internationaux* ne sont pas équivalents à une « loi » applicable à ce contrat, il conviendra de découvrir la loi, nationale, applicable à ce contrat, ce qui tend à démontrer que cet « ordre juridique » n'est en rien autonome des droits nationaux, par exemple de la Cour de cassation qui considère, depuis l'arrêt *Valenciana*, que cette référence est valide. Dès lors le champ est ouvert au développement de règles, de chartes, de pratiques, de codes privés voire de coutumes qui forgent la consistance de cette *lex mercatoria,* hétéronome mais bien réelle. Les États ou les Conférences d'États, comme l'OCDE ou l'OIT, cherchent alors à « adoucir », à accompagner cette production par l'adoption de « règles de bonne conduite » ou de « guides » à l'instar du *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels* sous l'égide de l'ONU ou, plus probants, des principes Unidroit. Sans doute le caractère hétéronome de ces règles permet aux États de réagir, par le biais des lois de police. Encore convient-il que les arbitres internationaux, dont on dit qu'ils « n'ont pas de for », acceptent de reconnaître leur existence ou que les juges étatiques appelés à se prononcer sur la « *reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à caractère international* », titre de la convention de New York de 1958, donnent corps à ces lois de police, voire obligent les arbitres à se prononcer, d'office, sur la violation de ces lois de police.

On en est loin, très loin : le changement en droit du commerce international prendra très vraisemblablement la forme, déjà largement entamée, d'un processus, consensuel, visant à produire, indépendamment de la volonté de tel État, des ensembles de normes, internationales visant à accompagner le développement du commerce international.

21. Droit comparé

Lorsque le changement s'imposera

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

Les juristes ont la réputation d'être conservateurs[1]. Alors, saluons cette initiative de la *Revue de droit d'Assas*, consacrée au « changement en droit ».

Le changement serait-il devenu en droit ce qu'est « l'innovation » en économie : un facteur clé de la compétitivité ? Année après année, les rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale classent les droits nationaux à partir des « environnements réglementaires » des entreprises et contribuent à diffuser l'idée que plus un pays engage de réformes, mieux son économie se porte[2]. Ce discours est mal reçu en France. Il est vrai qu'il advient à une époque et dans une société qui se méfient de l'idée même de progrès. Ainsi, la science n'est plus perçue comme « un levier qui, dès lors qu'il était actionné, ne pouvait que conduire l'humanité à son plein épanouissement » et le progrès, loin d'être un soulagement, est plutôt « un souci, une inquiétude diffuse »[3]. En droit comme dans la société, le principe de précaution règne. Il n'empêche : la mondialisation a entraîné des bouleversements que le juriste ne peut ignorer.

Pendant près de deux siècles, le fait de comparer les droits a suscité indifférence ou suspicion. La démarche était souvent perçue au mieux comme un divertissement, au pire comme un acte de trahison à l'égard de notre droit et de notre culture. La comparaison n'est pourtant ni acte d'humilité, ni soumission à des valeurs dominantes. C'est un état d'esprit, une ouverture au monde, une mise en situation de son droit, une recherche constante. De nos jours, cette recherche n'a plus pour seul objet l'étude des « législations étrangères ». Elle inclut l'analyse du processus des phénomènes juridiques. Parmi eux, le « passage à l'Europe »[4] est sans doute celui qui a le plus bousculé les juristes européens.

[1] Ce trait est parfois exagéré : d'après le sociologue Bruno Latour, « Tout juriste, même s'il propose le plus audacieux renversement de jurisprudence, doit maintenir intact l'édifice du droit, continu l'exercice du pouvoir, lisse l'application de la règle. [...] Tous les traits des juristes qui énervent tant le sens commun, leur lenteur, leur goût de la tradition, leur esprit parfois réactionnaire, mais c'est leur fonction même : comme les Parques, le droit tient dans sa main le fil ténu de la totalité des jugements, des textes et des précédents qu'aucun accroc ne doit venir déchirer sous peine de déni de justice » (*La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte-Poche, 2002, p. 254 et p. 258).

[2] Le site de « *Doing Business* » relève que 114 économies ont mis en œuvre 238 réformes réglementaires améliorant l'environnement des affaires en 2012-2013, soit 18 % de réformes de plus que l'année précédente (les réformes réduisant la complexité et le coût des démarches administratives sont les plus communes).

[3] É. Klein, *Les Échos*, 28 août 2013 : « Le XXe siècle a fait voler en éclats cette croyance en un embrayage automatique entre les différents types de progrès » (l'embrayage est le suivant : « le progrès scientifique engendre un progrès technique, qui engendre un progrès matériel, qui engendre un progrès moral »). Cela « marque la fin de la période, longue de trois ou quatre siècles, au cours de laquelle le projet scientifique apparaissait enchâssé dans un projet de civilisation. Ce n'est plus le cas aujourd'hui, non pas parce que la science aurait trahi (elle n'a jamais rien promis), mais... parce que nous n'avons plus de projet de civilisation ? ! Un premier symptôme de cette évolution est que toute innovation est désormais interrogée pour elle-même, et non plus en fonction d'un horizon plus général, configuré à l'avance, qu'elle permettrait d'atteindre ou d'entrevoir ». Étienne Klein est physicien au CEA et philosophe des sciences, il est aussi professeur à l'École Centrale Paris.

[4] L. van Middelaar, *Le passage à l'Europe. Histoire d'un commencement*, Gallimard, 2009.

Si l'Europe a été – est encore – ce « creuset intellectuel, social, économique et politique au sein duquel la science moderne a pu émerger »[5], elle est aussi un laboratoire de l'innovation juridique. Comme en science, la démarche est empirique[6]. La construction européenne repose sur cette « extraordinaire capacité de l'Union à se métamorphoser sous la pression des événements » [7].

L'Europe est ancrée dans la diversité des États membres et de leurs cultures juridiques, dont certaines – comme la culture juridique française – sont historiquement fortes. Projet de civilisation[8], elle est aussi ancrée dans le monde. Le droit de l'Union doit s'ordonner avec les droits des États membres qui conservent une compétence générale (celles de l'Union lui sont octroyées par les traités – « compétence d'attribution ») ainsi qu'avec le droit international ou régional (traités internationaux, Convention européenne des droits de l'homme, etc.). L'essor du droit de l'Union a conduit à de profonds changements dans la manière de penser le droit. Les articulations entre droits national et de l'Union ont progressivement été façonnées par les juges, au travers de constructions complexes qui prennent leurs distances avec les conceptions traditionnelles, fondées sur la pyramide des normes.

Malgré les crises qui la secouent – sans doute aussi grâce à ces crises[9] –, l'Europe révèle sa capacité d'adaptation et son aptitude à donner des principes et des valeurs au mouvement de globalisation du droit. Un droit public européen est apparu[10]. Un droit privé européen se forme.

En 2011, la fondation, par des universitaires, des juges et des praticiens, de l'Institut européen du droit (*European Law Institute*), association indépendante basée à Vienne, a marqué une étape supplémentaire dans ce processus d'ouverture et d'édification de ponts entre les État et les institutions de l'Union, les législateurs et les citoyens. Le droit européen a changé les méthodes de travail des juristes européens : ceux-ci s'organisent collectivement et participent, avec d'autres « parties prenantes » (« *stakeholders* »), au processus d'élaboration des projets de textes par la Commission et aux débats qui ont lieu dans les commissions spéciales du Parlement européen. Un dialogue entre législateurs, juges et experts et société civile se noue[11]. Les juristes ne travaillent plus seuls mais en réseaux : réseaux universitaires, réseaux des cours suprêmes, réseaux de juges civils et administratifs.

À la fin du XXe siècle, le droit comparé était encore défini comme « l'application de la méthode comparative aux droits pratiqués dans les différents pays à notre époque »[12]. L'essor du droit de l'Union a mis en exergue la nouvelle dimension de la méthode comparative. Celle-ci ne se limite plus au couple droit interne-droits étrangers ; elle intègre les sources européennes et internationales. Il en résulte un bouleversement de la conception même du droit comparé. Les comparatistes, qu'ils soient juges, universitaires ou praticiens, étudient la dynamique des processus de création du droit et de circulation juridique au sein de nouveaux « espaces juridiques » qui se superposent. La classification en « grands systèmes de droit » est brouillée par les phénomènes d'européanisation du droit, par les mouvements d'hybridation du droit, de métissage, par l'avènement du droit transnational, qui se joue des frontières et catégories traditionnelles[13].

[5] É. Klein, art. préc.

[6] « L'Europe ne se fera pas d'un coup ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait » : déclaration Schuman, 9 mai 1950.

[7] L. van Middelaar y voit la première ligne de force qui traverse l'histoire de l'Union (*op. cit.*, p. 11).

[8] B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Sc. Po Les Presses-Dalloz, 2014, p. 277-278 : « Avant d'être une entente économique, monétaire, douanière et de former un grand marché, fondé sur la libre circulation et ouvert à la concurrence, l'Union européenne s'affirme, dès le début du traité, comme un espace démocratique, qui repose sur des valeurs politiques. Elle consacre des droits fondamentaux, précisés par l'article 6 du traité, et se constitue en démocratie organisée, dans des conditions explicitées par l'article 10 ».

[9] Rappr. L van Middelaar : « la puissance du *telos* européen est telle que chaque crise le réanime », préc., p. 473.

[10] B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, préc.

[11] C'est un processus, un échange de vues ; comp. les idées américaines de partage du pouvoir avec les peuples, de gouvernement autoparticipatif et « conversation », sur lesquelles v. not. S Breyer (juge à la Cour suprême), *Pour une démocratie active*, O. Jacob, 2007.

[12] J. Carbonnier, *Droit civil*, *Introduction*, PUF, 27e éd., 2002, no 26.

[13] M. W. Reimann, James C. Hathaway, T. L. Dickinson et J. H. Samuels, *Transnational Law. Cases and Materials*, *American casebook Series*, West American Publishing, 2014. L'ouvrage ne s'ordonne pas autour des disciplines traditionnelles (droit international privé, droit international public, droit comparé) mais tâche de les transcender et de donner une idée des grands enjeux et débats transnationaux, à partir des cinq éléments suivants : les acteurs, leurs interactions, les principales formes de droit transnational, les mécanismes de règlement des litiges, les effets en droit interne des règles internationales. Les auteurs expliquent ce qu'ils entendent par « droit transnational » (p. 19 s.) : il y incluent le droit international public (défini comme le droit applicable entre les nations), le droit international privé, le droit supranational (terme qui comprend le droit de l'UE et des décisions de certaines organisations : conseil de sécurité des Nations Unies, OMC), le droit comparé composé des « macro comparaisons » (les grands systèmes) et des micro comparaisons (les règles, les institutions, les processus), le droit interne sur les questions internationales (citoyenneté, asile, droit pénal international, exportations, corruption internationale, investissements étrangers, imposition des revenus étrangers).

La mondialisation des questions et des pratiques fait émerger des disciplines nouvelles qui se construisent d'emblée à l'échelon international (climat, dette, criminalité). Nos représentations du droit, fondées sur l'antériorité et la cohérence des systèmes juridiques, attachées à l'idée de souveraineté nationale, sont affectées. Le juge national est devenu juge de droit commun du droit européen. Il doit assurer l'harmonie du droit national avec le droit européen. Pour cela, il applique la méthode comparative[14].

Dans ce contexte marqué par de profonds changements, les missions des juristes se sont transformées, notamment celles des comparatistes. Loin de se limiter à l'étude des droits étrangers, le droit comparé permet de mieux savoir comment articuler normes internes, européennes et internationales, concilier droit dur et droit souple, « ordonner le multiple »[15]. Les comparatistes ne travaillent plus sur des systèmes juridiques stabilisés par la codification. Ils doivent saisir les transformations du droit, contribuer à l'émergence de règles nouvelles, ordonner leurs interactions. Ils s'inspirent d'idées nouvelles qui se forgent souvent dans des enceintes informelles, plus ou moins indépendantes de grandes institutions européennes ou internationales[16].

Alors que le constat d'une perte de rayonnement du modèle juridique français est dressé ; alors qu'entre droits de *common law* et droit continental, la rivalité est exacerbée ; alors que les lieux de « fabrique du droit » se diversifient et que le droit souple gagne en légitimité, quelle stratégie adopter ? Entre le déclin d'un monde ancien et l'avènement d'un monde nouveau, quelle ligne adopter ? Peut-on souhaiter « que tout change pour que rien ne change »[17] *?* Un monde nouveau remplace l'ancien, en droit comme ailleurs. Une nouvelle stratégie européenne d'influence émerge. Les juristes français y ont toute leur place.

[14] J.-M. Sauvé, « Qu'est-ce qu'un bon juge européen », *D.* 2011, 1336, entretien.

[15] M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.

[16] Par exemple, la Banque Mondiale a mis en place, il ya quelques années, le *Global Forum on Law, Justice and Development,* un forum « innovant dynamique et permanent de connaissance et d'échanges », qui rassemble 153 partenaires : http ://www.globalforumljd.org/.

[17] Selon la célèbre citation du livre *Le Guépard*.

22. Droit public : réflexions générales

Réflexions générales

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

Pour reprendre des propos tenus ici même dans les colonnes de cette *revue*, « sur un sujet aussi délicat et complexe, on ne peut attendre de propos introductifs que de simples impressions dont le lecteur pardonnera la teneur très subjective »[1].

La première impression ressentie par le juriste est d'abord celle d'un certain vertige pour appréhender pareil sujet : le changement est trop consubstantiel à la norme juridique, l'analyse des mutations trop familière au juriste, pour que le changement soit un thème d'étude propre à la science du droit. Il n'en va pas nécessairement de même dans tous les domaines de la pensée humaine. Le changement est un thème central pour certaines philosophies occidentales ou extrême-orientales : il est au cœur de la pensée héraclitienne, avec son éternel changement, fruit de l'action des contraires, ou de celle de Nietzche, dont les lecteurs n'ont jamais oublié la place accordée à l'Éternel retour, témoin de cet univers nihiliste qui n'est ni devenu ni à devenir, n'ayant ni début ni fin ; l'impermanence est au centre de la philosophie bouddhiste. Le changement est également un objet à part entière du management moderne : il est au cœur de l'économie d'entreprise, dont l'un des enjeux pratiques est de mettre en place une méthode d'accompagnement du changement, afin de permettre à l'entreprise de maîtriser les processus de transformation de toute nature qui l'affectent. En psychologie, il a été l'un des thèmes de prédilection du *Mental research institute* et des travaux de Paul Watzlawick, essayant de comprendre, avec les théories de la communication, et dans une perspective thérapeutique, pourquoi il y a des changements qui ne sont source que de permanence et pourquoi les réels changements sont ceux qui arrivent quand on s'y attend le moins.

Mais pour le juriste, notamment publiciste, comment et quoi dire ? Comme toute science, le droit a ses objets et ses sujets, ses méthodes et ses concepts, ses courants et ses écoles : le juriste sait travailler scientifiquement sur les sources du droit, sur les concepts de personne, de volonté, de contrat, de décision, etc. Mais le changement n'est pas en lui-même un thème propre d'étude ou de conceptualisation, car il est partout dans l'analyse et la pratique du droit. Le changement est classiquement défini comme, soit désignant le passage d'un état à un autre, soit le résultat de ce passage, qui revêt différentes formes selon son intensité (évolution, révolution, mutation, etc.). Or, le juriste ne cesse d'analyser ou de prendre en compte un tel phénomène, comme s'il était

[1] O. Beaud, « Propos introductifs » sur le thème du rôle de la doctrine dans la création du droit public, *RDA* 2011, n° 4, p. 29.

consubstantiel à l'analyse du droit. Qu'il soit historien du droit ou positiviste soucieux malgré tout de replacer la norme dans son contexte historique, et voici le publiciste entraîné à évoquer nécessairement les changements de régime politique et les transitions constitutionnelles ; il fut même un temps où, avant la naissance séparée de la discipline académique dite « histoire du droit » à la fin du XIXe siècle, l'étude du droit positif n'était jamais dissociée de son origine romaine, de l'apport des droits savants, des mutations de l'Ancien droit, des bouleversements de la Révolution, de sorte que l'étude de chaque règle de droit n'était rien d'autre que celle de sa permanence ou de sa mutation. Qu'il s'intéresse aux sources du droit[2], et voici le publiciste contemporain invité fatalement à prendre en compte leur métamorphose, le déclin des sources coutumières, la montée en puissance de la jurisprudence administrative puis constitutionnelle, la dévalorisation de la loi, la suprématie de la Constitution, la primauté des normes supranationales, l'immixtion du droit souple et de ses normes molles, recommandations, directives, circulaires, vœux, actes incitatifs, mesures préparatoires ou programmatiques, etc. Qu'il travaille techniquement sur le droit européen des droits de l'Homme, et le juriste ne pourra manquer de ressentir ou d'analyser plus scientifiquement la subjectivisation des libertés publiques héritées de la IIIe République. Qu'il travaille techniquement sur le droit public des affaires, et il ne pourra que constater l'intégration du raisonnement économique et de l'idéologie concurrentielle dans l'appréhension du comportement des collectivités publiques sur les marchés économiques, là où le droit public économique des Trente glorieuses l'avait envisagé en situation de monopole nationale ; il fera le même constat pour la définition de la concession, présentée désormais comme tout contrat public transférant une part significative du risque financier d'exploitation, là où le vieux droit français des concessions de service public prenait surtout en compte depuis le début du XXe siècle le phénomène de délégation d'une activité d'intérêt général et l'origine de la rémunération du concessionnaire. Ce dernier exemple montre aussi combien le changement, qui est inhérent à toute analyse juridique, peut conduire inévitablement à des conclusions sans grande surprise. Le publiciste est un peu forcé de dire que certains changements sont des permanences ou des mutations dépourvues de toute brutalité, à l'image de la jurisprudence du Conseil d'État qui affectionne le changement dans la continuité : il y aurait maints exemples à citer, en matière de recevabilité des recours contre les circulaires administratives, de mutation de l'office du juge de l'excès de pouvoir, d'invocabilité des directives européennes, le Conseil d'État mettant ainsi fin en 2009[3] à une impossibilité qui avait été tant rognée par petites touches que l'interdiction formulée en 1978[4] n'avait quasiment plus de portée à la veille du prétendu revirement. Le publiciste est aussi un peu forcé de dire parfois sans grande originalité qu'il y a des évolutions qui sont des retours aux sources, des révolutions au sens propre du terme, qui font penser – la citation est devenue un lieu trop commun de la littérature publiciste – aux propos du prince Salina dans *Le Guépard*, pour qui il faut que tout change pour que rien ne bouge : l'administrativiste est à même de citer l'exigence d'impartialité du juge administratif qui, introduite sous contrainte européenne dans le Code de justice administrative par le décret nº 2008-225 du 6 mars 2008, n'est en réalité que la réactivation d'une mesure un peu négligée qui figurait déjà dans un règlement du 5 nivôse an VIII ; il peut aussi citer le tout récent arrêt d'assemblée du 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne* qui, mettant fin à la fameuse théorie des actes détachables de la conclusion des contrats administratifs, n'est qu'un retour au choix du plein contentieux contractuel qui avait été celui du Conseil d'État sous le second Empire. Le juriste publiciste est conduit à constater que le droit semble parfois préférer le renouveau à la nouveauté. L'analyse du changement peut enfin le conduire à se prêter au jeu si délicat des prédictions doctrinales et tenter de recenser les changements futurs, prévisibles ou souhaitables.

Le thème du changement peut toutefois inspirer aux juristes publicistes une seconde impression, peut-être plus enrichissante pour la réflexion proprement juridique, et liée à la question de savoir comment le droit public résout l'antinomie, déjà si puissamment soulevée en

[2] Voir, au titre suggestif, le dossier consacré à la « mutation des sources du droit public », *RDA* 2012, nº 6, p. 32 s.

[3] CE, ass., 30 oct. 2009, *Perreux*, *GAJA*, Dalloz, 19e éd., 2013, nº 115.

[4] CE, ass., 22 déc. 1978, *Cohn-Bendit*, *Lebon*, p. 524.

leur temps par Raymond Saleilles ou Eugène Gaudemet, entre la fixité de la norme juridique et l'évolution des faits qu'elle régit, entre la nécessité d'une règle fixe et prévisible et celle d'une perpétuelle évolution pour adapter la règle de droit à la mouvance et la contingence de la vie sociale qu'elle entend discipliner, autrement dit, entre les besoins de la sécurité juridique et les nécessités du changement. S'agissant de celles-ci, il serait inexact de prétendre, en prenant appui sur l'exemple de la théorie générale des obligations, que la résolution de cette antinomie est une question plus importante en droit public qu'en droit privé : ce serait, pour le publiciste, faire l'aveu de son ignorance des droits spéciaux du droit privé qui, tels le droit de la famille, le droit du travail ou le droit de la consommation, s'adaptent tout autant sinon plus que le droit public à l'évolution permanente et bouillonnante des faits et des mentalités politiques, sociales ou économiques. Disons seulement que le droit public est depuis toujours, et quasiment structurellement, soumis aux contraintes ou aux aléas du changement. En tant que droit de la *res publica* et des rapports entre gouvernants et gouvernés, il est dépendant de l'instabilité et de la contingence de l'exercice du pouvoir politique et de la vie des sociétés humaines ; il est déterminé par les qualités d'un peuple, par les caractères d'un territoire, par les idéologies en vogue, peut-être-même par le climat qui les enrobe, comme l'a prétendu un président à mortier du Parlement de Bordeaux. Autant de facteurs qui changent trop vite pour que le droit public n'en soit pas lui-même affecté de manière permanente. Il est peut-être même dans l'objectif premier du droit public d'offrir à ceux qui gouvernent les outils juridiques pour assurer cette adaptation constante des règles de droit à la contingence de la vie politique, administrative ou internationale. Les premiers théoriciens français de l'État souverain l'avaient fort bien compris, en tentant très tôt de dégager une sorte de loi de la mutabilité de la chose publique. Cardin Le Bret n'écrivait-il pas déjà en 1632 que « bien que l'une des propriétés de la justice soit d'être ferme et constante en ses ordonnances et décrets, néanmoins cette règle ne s'observe point pour ce qui est des règlements généraux de la police, sinon en ce qui concerne les bonnes mœurs, car pour le regard des autres choses, ils ne passent jamais en force de chose jugée, mais ils changent et se varient selon les diverses rencontres du temps »[5] ? Nicolas Delamare n'affirmait-il pas en 1705, à propos de la police, que « comme cette portion importante du droit public consiste beaucoup plus en gouvernement qu'en juridiction contentieuse, il est de sa nature de se proportionner toujours aux circonstances de temps »[6] ? Mais si le besoin de changement a toujours été pris en compte par le droit public, il en va aujourd'hui de même du besoin de sécurité juridique. Nulle nécessité ici de s'attarder trop longuement pour rappeler comment le droit public contemporain a fini par faire toute sa place à cette exigence : le Conseil constitutionnel, sans reconnaître explicitement un principe de sécurité juridique, protège désormais au plus haut niveau de la hiérarchie des normes juridiques, grâce à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le respect de l'autorité de la chose jugée, la clarté, l'accessibilité et l'intangibilité de la loi, ou encore les situations juridiques légalement acquises que ne sauraient venir remettre en cause des textes rétroactifs ; de son côté, le Conseil d'État a érigé nommément la sécurité juridique en principe général du droit, ce qui lui permet pour l'heure d'imposer aux autorités administratives l'édiction des mesures transitoires impliquées par la mise en œuvre d'une règle nouvelle immédiatement applicable[7].

S'il peut être intéressant d'étudier le changement en droit, c'est pour savoir comment chaque branche du droit résout cette antinomie au fondement même du droit. Le droit public, particulièrement exposé en la matière, la résout tant bien que mal, comme il peut. Le droit constitutionnel français cherche une certaine stabilité de la norme fondamentale, tout en permettant des possibilités de révision : il a trouvé le moyen de résoudre le problème grâce à la technique procédurale en soumettant les projets de révision de la Constitution à l'approbation directe du peuple ou au vote des trois cinquièmes des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat réunis en Congrès[8] ; il faut croire que le verrou n'a pas été fermé trop fortement, puisque la Constitution du

[5] C. Le Bret, *De la souveraineté du Roy*, in *Œuvres*, Paris, 1642, p. 350.
[6] N. Delamare, *Traité de la Police*, Paris, 1722-1738, t. I, préface, p. XVIII.
[7] CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG, GAJA*, précité, n° 111.
[8] Const. 4 oct. 1958, art. 89.

4 octobre 1958 a fait l'objet de vingt-quatre révisions en moins de soixante-dix ans. Le droit administratif s'est demandé comment permettre la révocation par l'Administration de ses actes, leur abrogation pour le futur ou même leur retrait pour le passé : il a résolu le problème par l'emploi de subtiles distinctions, au premier rang desquelles figure l'opposition entre les actes règlementaires, modifiables à tout moment, et les actes individuels créateurs de droit acquis, qui ne peuvent être remis en cause que pour une très brève période après leur édiction, et pourvu qu'ils soient entachés d'illégalité[9] ; passé quelques mois, le besoin de stabilité juridique l'emporte, le respect de la légalité dût-il en souffrir. Il en va de même de la théorie générale des contrats administratifs qui, depuis le conflit du gaz et de l'électricité à la fin du XIXe siècle ou depuis la Première Guerre mondiale, sait bien que l'intérêt général et la mutabilité du service public ne peuvent être tenus en échec par des clauses contractuelles empêchant, dans l'intérêt du public, la prise en compte des changements technologiques ou économiques. Aussi la jurisprudence administrative a-t-elle résolu la contradiction entre le respect de la stabilité de l'accord des volontés et la nécessité de son changement, grâce au mécanisme de la réparation financière, l'argent achetant tout, même le respect de la parole donnée : le Conseil d'État admet la légalité des modifications unilatérales d'un contrat administratif, au nom d'un motif d'intérêt général, mais en contrepartie de la réparation financière intégrale du préjudice subi par les cocontractants de la puissance publique[10], tout comme il admet l'application de la théorie de l'imprévision, les bouleversements en profondeur de l'économie d'un contrat administratif n'incombant toutefois au cocontractant qu'à condition que la puissance publique vienne au secours de son partenaire économique en lui versant une indemnité extracontractuelle couvrant quasiment intégralement le montant du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la période au cours de laquelle celui-ci est bouleversé par des circonstances imprévisibles[11].

Il y a sans doute bien d'autres façons d'appréhender le changement en droit public : puissent les études plus approfondies qui suivent venir compléter, confirmer, ou même mieux, infirmer les quelques impressions arbitrairement livrées ici : c'est le lot salutaire de tous ceux écrivant sur le changement d'être un jour contraints de devoir eux-mêmes changer.

[9] CE, ass., 26 oct. 2001, *Ternon*, *GAJA*, préc., nº 105.
[10] CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *GAJA*, préc., nº 21.
[11] CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *GAJA*, préc., nº 30.

23. Droits de l'homme

Les droits de l'homme, entre droit naturel et évolution créatrice

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

La dialectique des droits de l'homme et du changement illustre tout autant les métamorphoses des droits de l'homme que les figures du changement. Développement ou confusion, la prolifération des acteurs et des normes doit nous rappeler que selon la formule de Léon Bourgeois, « la paix c'est la durée du droit ». Si le changement est d'abord une conquête, un progrès, une avancée, il peut également constituer une remise en cause, une contestation, une manœuvre diplomatique. Le vocabulaire des droits de l'homme multiplie les références rituelles au changement – encourager, renforcer, développer, mettre en œuvre, appliquer, réaliser « encore davantage... » – mais de réforme en réforme, on risque de faire naître une instabilité politique et un désordre juridique contraires à l'objectif d'effectivité et d'efficacité qui est proclamé. Il ne faut pas confondre les métamorphoses profondes du droit, obéissant à une logique profonde, et les changements cosmétiques, les simples avatars qui ne sont que poudre aux yeux.

I. Droit naturel et développement progressif

L'affirmation nationale des droits de l'homme est d'abord un paradoxe. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre l'individualisme abstrait, à travers l'égalité des citoyens et la sauvegarde de la liberté par la loi, en mettant fin à la hiérarchie des ordres, aux privilèges, aux franchises et aux statuts particuliers. Mais elle transcende cette révolution juridique, en affirmant l'existence de « droits naturels, inaliénables et sacrés », de droits imprescriptibles et inviolables, faisant d'une nouveauté historique radicale un droit inhérent à la personne humaine, hors du temps, échappant à tout changement... La Déclaration des droits de l'homme ne serait dès lors qu'une reconnaissance et non une consécration. Mais ces vérités immortelles, ces droits intemporels, affirmés par le « législateur du genre humain », faits pour tous les temps et pour tous les lieux, sont un commencement : « de ce jour de cette heure, date une ère nouvelle » disait Goethe à Valmy. La République marque un « An Un », en rompant avec la chaine millénaire des âges marquée par la naissance du Christ. Ces droits naturels et sacrés se substituent à la vieille loi divine, comme de nouvelles tables de la loi, gravées dans le marbre.

Mais, nouveau paradoxe, la Déclaration de 1789 qui devait servir de prologue à la Constitution de 1791 sera vite remplacée par des avatars éphémères, en 1793 puis en l'an V ou en 1848, victime à son tour du changement. Si les principes de la « constitution civile » vont perdurer, y compris sous les Chartes, la Déclaration deviendra un palimpseste surchargé de ratures

et de variantes. En 1945, après une tentative de changement radical, un compromis s'impose en rappelant les « droits inaliénables et sacrés » de tout être humain. Le Préambule de la Constitution de 1946 va « réaffirmer solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 » et « proclame en outre comme particulièrement nécessaires à notre temps » une série de nouveaux « principes politiques, économiques et sociaux ».

Ainsi les droits de l'homme sont à l'image d'une République « immuable et changeante ». Il reviendra au juge constitutionnel, avec la Ve République, d'interpréter ces différentes strates historiques, tout en gardant à l'esprit que le droit positif est par définition contemporain et simultané, issu de la novation de la Constitution de 1958. Dès lors le changement, si changement il y a, se fera dans le cadre d'un corpus juridique à géométrie variable, où la référence aux « principes fondamentaux des lois de la République », permet d'incorporer les réformes issues des grandes lois républicaines. Seule l'adjonction de la Charte de l'environnement qui en 2004 sera « adossée au Préambule de la Constitution », introduit un changement hétérogène, au risque de déséquilibrer la construction d'ensemble.

Dans un tout autre contexte, la proclamation des droits de l'homme dans le cadre international marque également une révolution juridique, un changement de paradigme. Alors que le droit international visait les relations interétatiques, entre sujets souverains et égaux, l'affirmation du primat des droits de l'homme change la nature du droit international, qui devient un « droit des gens » ou, pour reprendre le vocabulaire de Kant, un « droit cosmopolitique ». L'individu devient sujet du droit international, titulaire de droits à l'encontre de son propre État, à travers uns série de recours internes mais aussi de recours internationaux. Comme le souligne le préambule de la Déclaration universelle de 1948, « il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ». La Déclaration traduit une sorte de contrat social à l'échelle mondiale, en affirmant que « toute personne a droit à ce que règne sur le plan social et sur le plan international un ordre tel que les droits et libertés affirmés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet » (article 28).

Sur la base de la Charte des Nations Unies, il s'agit de contribuer au « progrès des droits de l'homme », à travers le développement progressif de normes de protection. Ainsi la Déclaration de 1948 ne constitue qu'une première étape qui trouvera son prolongement avec l'adoption des deux Pactes internationaux de 1966, ainsi que d'autres traités à vocation universelle. Cette dynamique traduit un double changement. D'abord un changement quantitatif, avec un cercle des États parties de plus en plus large : trente-cinq ratifications étaient nécessaires pour l'entrée en vigueur de chacun des Pactes qui est intervenue, dix ans après, en 1976. Aujourd'hui, le nombre d'États parties s'élève à 168 États pour le Pacte relatif aux droits civils et politiques, à 162 États pour le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Autrement dit, alors que les États parties paraissaient une petite avant-garde, il y a encore une trentaine d'années, ce sont désormais les absents qui devenus isolés et font figure de retardataires.

Derrière ces chiffres, apparaît un changement qualitatif, lorsque la conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993, à Vienne, a fait de la ratification universelle un objectif pour tous les États membres des Nations Unies. Les pactes ne constituent pas seulement des traités multilatéraux comme les autres, ils appartiennent avec la Déclaration universelle au « bloc » de la Charte internationale des droits de l'homme. Ce n'est pas le lieu de définir la nature juridique de ce « bloc », mais à l'évidence, une cristallisation coutumière est à l'œuvre : le changement est tout à la fois la réalisation progressive du programme de travail esquissé par la Commission des droits de l'homme, dès 1946, mais aussi l'affirmation du caractère irréversible des droits effectifs, ainsi que le souligne le Comité des droits de l'homme en précisant que par un effet de cliquet, les Pactes ne peuvent être dénoncés.

Certains auteurs ont voulu voir une autre évolution à travers la prise en compte de « générations des droits de l'homme », comme si là aussi les droits de l'homme pouvaient évoluer selon les époques ou les lieux. Ce relativisme, lié aux compromis idéologiques de la coexistence pacifique, ne correspond pas à l'affirmation de droits universels et indivisibles qui a été faite lors de l'adoption de la Déclaration universelle de 1948,

ce socle des droits de l'homme et qui a été confirmée lors des conférences de Téhéran en 1968 et de Vienne en 1993. Il n'y a pas plus de « nouveaux droits de l'homme » que de nécessité de réécrire ou d'actualiser la Déclaration universelle. Les effets de mode ne peuvent que diluer la force originelle des affirmations de principe visant tous les droits de l'homme et tous les hommes. Il en va de même, me semble-t-il, des tentatives récurrentes pour changer le vocabulaire du droit international des droits de l'homme, en parlant de « droits humains », ce qui serait plus moderne et inclusif, alors que le droit humain a longtemps visé tout le droit positif, fait par les hommes et pour les hommes, s'opposant au « droit divin », fruit de la révélation. Ces remises en cause montrent assez que tout changement n'est pas un progrès.

II. Complexification et évolution créatrice

Un premier changement découle de la diversification géographique des systèmes de protection des droits de l'homme. Certes, la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée dès 1950, se situe dans le droit fil de la Déclaration universelle de 1948. Pour autant la régionalisation des droits de l'homme entraîne une multiplication des cadres de référence et des mécanismes de garantie, sans véritable coordination. Chaque système régional se développe selon sa logique propre, avec la tentation d'affirmer des « valeurs » spécifiques, comme c'est le cas en Amérique latine depuis 1948 ou plus récemment pour l'Union africaine. L'Union européenne elle-même avec la Charte de Nice de 2000 s'est fondée sur les « valeurs européennes » afin de développer un nouveau système de protection, dans un effet de miroir avec la Convention européenne qui sera renforcé si le projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est adopté. Dans le même temps, le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit une procédure d'avis consultatifs, à la carte, pour les plus hautes juridictions nationales des États parties. Derrière une série de changements techniques, dans les deux cas ce serait une mutation radicale en instituant une nouvelle architecture entre les juridictions nationales et les juridictions européennes, afin de favoriser le dialogue des juges.

Un autre changement relève de la diversification technique, à travers une approche catégorielle qui tend à multiplier les instruments spécifiques visant notamment les « groupes vulnérables ». Au sein du système des Nations Unies, on ne compte pas moins de dix « traités de base » qui établissent des comités d'experts indépendants pour veiller à la mise en œuvre des engagements. Cette multiplication de traités à vocation universelle va de pair avec un accroissement des charges pour les États qui doivent remettre des rapports périodiques, ce qui a entraîné diverses initiatives du Haut-commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme, d'abord pour « réformer » le système, à travers des amendements juridiques qui se sont révélés impossibles, puis pour « renforcer » le système, à droit constant, grâce à une rationalisation administrative. Reste le danger du changement pour le changement, qui vise à réduire les moyens et coordonner les procédures, dans une optique purement managériale en oubliant les buts et les principes, la réactivité des organes et la protection effective des victimes.

Ceci est d'autant plus vrai que le système des traités se double de mécanismes établis par le nouveau Conseil des droits de l'homme qui a lui-même remplacé la Commission des droits de l'homme en 2006, dans une réforme aussi coûteuse de temps que stérile. Alors que les États se plaignaient de la lourdeur du système des rapports faisant l'objet d'un examen juridique par des experts indépendants, la réforme de 2006 a mis en place un nouveau système de rapports nationaux, l'Examen périodique universel, qui a l'avantage aux yeux des États de faire l'objet d'une supervision politique « par les pairs » ! Le Conseil a lui-même mis en place une série de procédures thématiques – experts indépendants, rapporteurs spéciaux, groupes de travail – sans véritable rationalisation, avec de curieux doublons et des mandats flous, au lieu de concentrer les énergies sur de grandes priorités. Il en va de même pour les rapporteurs par pays, ou les commissions d'enquêtes mises en place en cas de crise, même si la sélectivité est beaucoup plus forte, en raison même des réticences de nombreux États. Sans caricaturer la réforme de 2006, pour l'essentiel, comme le *Guépard* de

Lampedusa, « on a tout changé pour ne rien changer ».

Derrière ces changements en trompe-l'œil, mais qui consomment beaucoup de temps, de patience et d'énergie, il y a eu des progrès importants qui se sont imposés d'eux-mêmes. D'abord le décloisonnement entre droit international des droits de l'homme, droit humanitaire, et notamment droit des réfugiés, droit international pénal... En raison même de la multiplication des crises, que ce soit devant le Conseil de sécurité ou le Conseil des droits de l'homme, c'est une vision intégrée du droit international qui prévaut. Cette mutation est fondamentale, avec l'entrée en vigueur du Statut de Rome en 2002. Mais elle ne concerne pas seulement l'aspect répressif, comme le montre la Convention internationale sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, entrée en vigueur en 2010, avec des dispositions visant la prévention et l'alerte rapide, aussi bien que la coopération pénale internationale. Ces instruments sophistiqués marquent l'avènement d'une nouvelle génération de traités, avec d'autres projets concernant les crimes contre l'humanité, qui sont à l'étude devant la commission du droit international.

Ce décloisonnement a également pour conséquence que les individus, ou d'autres entités, personnes morales ou groupement de faits, peuvent être les auteurs de violations des droits de l'homme. La conception classique des droits de l'homme était fondée sur un tête-à-tête entre l'individu et l'État. Aujourd'hui le rôle de l'État ne consiste pas seulement à éviter les ingérences dans la liberté individuelle et la vie privée, à travers des obligations négatives, mais tout à la fois à *respecter, protéger et mettre en œuvre* les droits de l'homme, selon un triptyque désormais classique repris par les comités conventionnels. Faire respecter les droits de l'homme implique des obligations pour les acteurs non-étatiques. L'un des domaines ou le changement est le plus spectaculaire est celui de la responsabilité des entreprises et notamment des multinationales. Les travaux pionniers de la Sous-Commission des droits de l'homme avaient été balayés, à la veille de la crise, au nom même d'une conception réservant les droits de l'homme aux États et laissant toute son autonomie à la loi du marché. Aujourd'hui non seulement le « cadre conceptuel » du Pr Ruggie, représentant spécial du Secrétaire général sur *Business and Human Rights* a été adopté au consensus par le Conseil des droits de l'homme, mais il a été transposé dans les principes directeurs de l'OCDE sur l'investissement et fait l'objet de plans nationaux élaborés par chacun des États membres de l'Union européenne. Ce changement par étapes – deux pas en avant, un pas en arrière, ou le contraire – illustre bien la logique de l'évolution créatrice qui est la source des réformes en profondeur.

Toutes ces dynamiques entraînent à l'évidence une complexification de systèmes trop souvent cloisonnés. Mireille Delmas-Marty en parlant de « pluralisme juridique ordonné » a bien montré que cette complexité était un élément de la modernité. Au-delà de cette vue d'ensemble doctrinale, il importe que les organes de contrôle donnent la priorité à l'impératif de cohérence, comme l'a souligné la Cour internationale de justice dans son arrêt *Diallo* (Guinée c. RDC) du 30 novembre 2010. Le vrai changement serait cette consolidation d'un droit en devenir, qui n'est pas seulement un droit souple, mouvant et contradictoire, mais un « droit commun », foisonnant et encore décentralisé, en l'attente d'une Cour internationale des droits de l'homme.

24. Droit international public

Le changement en droit international public : la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ?

Olivier de Frouville
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Membre de l'Institut Universitaire de France

À la question : « la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ? »[1], on doit sans doute répondre positivement si l'on examine d'une part le langage utilisé dans la plupart des textes de droit international positif, d'autre part le discours de la doctrine majoritaire et le langage des diplomates[2]. Partout, on retrouvera le langage de la souveraineté. Mais il faut sans doute répondre négativement, au contraire, si l'on regarde non ce que le droit dit ou ce qu'on dit de lui mais ce qu'il *fait* dans la réalité sociale.

Du XVIIe au XIXe siècle, l'idée de la souveraineté a servi de base à l'élaboration théorique du droit international, c'est-à-dire à la constitution d'un cadre théorique pour expliquer et rationaliser la pratique issue des relations nouvelles entre les États modernes. Cette théorie a donné à son tour naissance à un discours *du* droit international ou *sur* le droit international, qui est devenu progressivement le langage courant des praticiens du droit international. Entre le début du XXe siècle et le début du XXIe siècle, le droit international a changé de dimension, d'objets, d'acteurs. Mais le langage inventé au XVIIe siècle reste encore en usage. Il ne s'agit pas ici, seulement, du classique retard du droit par rapport évolutions sociales : c'est à la fois le langage et le métalangage du droit[3] – la manière dont le droit se dit lui-même et les concepts que l'on

[1] Cette contribution est issue d'une présentation en guise d'introduction à la journée d'étude organisée dans le cadre du programme de recherche à l'Institut Universitaire de France d'Olivier de Frouville, le 2 octobre 2014, dans le salon bleu de l'appartement décanal de l'Université Panthéon-Assas, avec la participation des professeurs Stéphane Chauvier, Serge Sur, Frédéric Ramel et Emmanuelle Tourme-Jouannet.

[2] Par « diplomate », j'entends ici toutes les personnes qui participent activement aux négociations sur des questions qui sont traitées à un échelon supérieur à l'échelon national. Cela comprend non seulement les personnes mandatées par les États pour remplir cette fonction, mais aussi, plus largement, toutes les autres personnes qui participent à cette fonction au nom d'autres organisations publiques ou privées, ou parfois en leur nom propre.

[3] Distinction opérée par M. Troper dans « Les concepts juridiques et l'histoire », in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 2011, p. 255-268.

utilise pour le décrire – qui ne correspondent plus à ce que le droit international est devenu. La souveraineté, qui appartient à la fois au langage de la théorie du droit et du droit positif[4], est, plus que tout autre concept, un témoin de ce décalage.

Chercher à décrire le droit international d'aujourd'hui avec le langage de la souveraineté revient à essayer de décrire internet avec les concepts que l'on utilisait à l'époque de l'imprimerie, ou à expliquer la physique des particules sans la mécanique quantique, en appliquant les principes de la physique traditionnelle.

Cela se ressent, bien entendu, pour ceux qui font profession d'étudier et d'enseigner le droit international et qui ne parviennent plus à décrire correctement ce qu'ils ont devant les yeux, faute d'avoir les concepts appropriés. Cette confusion se transmet à ceux qui, formés dans nos universités, participent aux négociations internationales pour défendre certaines fins sociales, qu'il s'agisse de l'intérêt de tel ou tel État, d'une organisation, d'une entreprise ou d'une « cause » fédératrice, comme la défense de l'environnement par exemple. La plupart du temps, le brouillard conceptuel est heureusement percé par la pragmatique de l'action. Les diplomates ne sont pas formés pour poser des problèmes, mais pour trouver des solutions. On multiplie les arrangements *ad hoc*, les innovations institutionnelles, procédurales ou normatives en vue des fins déterminées par le politique. Un tel développement du droit sans concept approprié ne fait toutefois que compliquer un peu plus sa compréhension. L'action, à un certain point, s'en trouve elle-même entravée, parce que, dépourvue de boussole, elle est dans l'incapacité de fixer un cap. Par exemple, la théorie du droit international fondée sur la souveraineté est incapable de comprendre le sens de la participation des *acteurs non étatiques* aux travaux des organisations internationales et, plus largement, à l'élaboration et la mise en œuvre du droit international[5]. Ceci pour la simple raison que, dans le cadre du droit international « westphalien » ou « vatellien »[6], seuls les États sont sujets « originaires » de droit international, tandis que les organisations internationales, les individus, les entreprises, sont toujours des sujets « dérivés ». C'est-à-dire qu'ils ne sont sujets qu'en vertu de la volonté des États qui leur confèrent des droits et des obligations, le plus souvent par la voie d'un traité international, c'est-à-dire d'une sorte de « contrat » entre États (les États étant pensés comme des « personnes » naturelles à l'état de nature). Un tel exclusivisme, un tel privilège des États est intégré mentalement par les diplomates, qui ne comprennent pas exactement comment il est possible qu'ils soient amenés à travailler quotidiennement avec des acteurs non étatiques auxquels ils n'ont pourtant octroyé aucun droit. Ils se bornent à *constater* ce fait, mais sont incapables de le penser et de l'articuler, autrement que comme un produit de la nécessité sociale avec laquelle il faut bien composer, si l'on ne veut pas perdre tout contact avec la réalité. Cette incapacité à penser la place des acteurs non étatiques amène soit à en surestimer, mais, le plus souvent, à en sous-estimer la place, et, par conséquent, à leur appliquer une réglementation qui ne correspond ni à la réalité de la pratique, ni à l'utilité que l'on voudrait tirer de la contribution de ces acteurs.

[4] Là aussi, v. M. Troper, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », *in* M. Troper, *op. cit.*, p. 77-98, spéc. p. 98 : « La souveraineté n'est donc pas une propriété objective de l'État, que l'on pourrait observer et décrire. C'est un concept juridique, qui ne fait pas partie seulement du langage de la théorie du droit, mais qui appartient aussi au langage du droit positif ». En revanche – et pour les raisons qui sont exposées dans cet article – on ne peut suivre Michel Troper lorsqu'il conclut : « On ne peut évaluer ces théories [dont la théorie de la souveraineté], mais seulement les décrire et les expliquer. Elles ne sont pas susceptibles d'être vraies ou fausses. Sans doute, nous pouvons les trouver plus ou moins cohérentes, mais leur cohérence ou leur incohérence n'a aucune incidence sur leur existence ou leur efficacité. En ce sens, le concept de souveraineté est intact ». Il semble au contraire nécessaire d'évaluer une théorie, pour déterminer si elle permet de rendre compte de manière satisfaisante de la réalité. Une théorie qui est sans lien avec la réalité est délirante. Elle peut exister et elle peut être « efficace », en ce sens où elle sert de point d'appui à l'élaboration du droit ou, dans l'exemple de Michel Troper, à la décision des juges. Mais elle est « inefficace » d'un autre point de vue, à savoir sa capacité à rendre compte du réel – ce qui est la seule chose que l'on doive attendre d'une théorie, en dehors de pures considérations esthétiques. De ce point de vue, le concept de souveraineté n'est pas « intact », il a vieilli.

[5] V. O. de Frouville, « La place de la société civile dans les organisations internationales : quelle stratégie pour la France au XXIe siècle ? », in G. Cahin, S. Szurek, F. Poirat, *La France et les organisations internationales au XXIe siècle*, Paris Pedone, 2014, p. 295-325 ; « La Cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *Les Temps modernes*, nº 610, *La souveraineté*, automne 2000, p. 257-288.

[6] Ces expressions sont souvent employées pour désigner le droit international dit aussi « classique ». « Westphalien », car le droit international classique est souvent décrit, dans l'historiographie du droit international, comme trouvant son point de départ historique dans les traités de paix de Westphalie, mettant fin à la guerre de Trente ans, en 1648. Un tel jugement historique est sans doute approximatif, ce qui n'empêche pas de conserver le terme, à condition de comprendre que l'événement, dans ce cas, cristallise un concept. V. pour une perspective critique notamment D. Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 382. « Vattelien », par référence à Emer de Vattel (1714-1767), dont l'œuvre est sans doute la théorisation la plus achevée de ce droit international classique, et surtout celle qui aura le plus d'influence sur les modes de pensée et la pratique des diplomates. V. E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998.

La raison de cette difficulté est que la théorie et le discours « vatelliens » ont dit tout ce qu'ils avaient à dire sur le droit international, tel qu'il existait entre le milieu du XVIe siècle et la fin du XIXe siècle. En revanche, une telle théorie et un tel discours n'ont plus rien à dire sur les changements récents du droit international.

On peut se demander : quelles sont les raisons d'une telle incapacité à parler du droit international d'aujourd'hui ?

Premièrement, la finalité assignée au droit international a changé. Car le droit international d'aujourd'hui ne vise plus *seulement* la coexistence entre les États, mais aussi et surtout la construction de la paix. Cette nouvelle finalité du droit international est issue du constat d'échec du droit international classique à préserver de manière durable la paix et à faire respecter les droits des individus. Certes, le droit international a facilité la fin des guerres de religion en imposant le pluralisme et la tolérance : *cujus regio, ejus religio*. Chaque État pouvait désormais choisir non seulement la religion de ses sujets, mais aussi son système politique, son régime économique, etc., et cela sans ingérence des autres États. Mais d'une part, un tel régime n'était institué qu'en faveur des États européens – le droit international était le « droit public européen » – justifiant du même coup la colonisation et l'asservissement d'une partie de l'Humanité par l'autre ; d'autre part, le principe de « non intervention » mettait la population de l'État à la merci de ses dirigeants proclamés « représentants de l'État » et dès lors revêtu d'une totale immunité pour leurs crimes. « La souveraineté, c'est la garantie mutuelle des tortionnaires »[7]. La proclamation des droits de l'Homme dans la Charte des Nations Unies, après les atrocités de la seconde guerre mondiale, est une réponse au « Charbonnier est Maître chez soi » lancé par Goebbels à la Société des Nations, qui l'interpellait sur le traitement des Juifs en Allemagne[8]. Désormais le droit international a pour tâche de préserver l'indépendance de chaque communauté, mais dans le respect d'un certain nombre de normes supérieures, qui s'imposent aux États. Exprimée dans le langage de la souveraineté, cette double finalité apparaît, à un certain point, contradictoire : comment préserver la « souveraineté » des États – c'est-à-dire le principe de non intervention – et la nécessité pratique, pour ces mêmes États, de se plier aux exigences du droit international qui, désormais, intervient dans tous les domaines de l'activité étatique ? La réponse des partisans de la souveraineté est que l'État peut « consentir », en vertu de sa souveraineté, à des limitations de compétence, et même transférer certaines de ces compétences à des entités internationales ou supranationales. Mais à vrai dire ce consentement n'a plus grande signification aujourd'hui, comme on peut le voir avec les « nouveaux » États, comme le Kosovo ou le Timor, qui doivent immédiatement intégrer et se soumettre sans condition à un « bloc » de normativité qui s'impose à eux. De même, l'institutionnalisation et la montée en puissance d'un pouvoir oligarchique, sous la forme du Conseil de sécurité, qui affecte tant les États que les individus ou les personnes morales, montre à quel point l'argument du consentement a perdu toute force explicative.

Deuxièmement, ce changement de finalité du droit international – qui repose en quelque sorte sur un impératif moral pris en compte par les États – a rencontré une autre forme d'impératif factuel, à savoir la transformation profonde du monde sous l'effet du processus de globalisation. Plus aucun État aujourd'hui ne peut prétendre agir de manière totalement indépendante, en ignorant l'impact de ses décisions à l'extérieur ou en prétendant pouvoir s'autonomiser totalement de ce même extérieur. La distinction entre *intérieur* et *extérieur*, fondatrice de la souveraineté (divisée elle-même entre souveraineté « interne » et souveraineté « externe », écho à la division entre le « privé » et le « public » des sociétés humaines), n'a plus aucune signification, dans un monde de flux qui ignorent les frontières nationales, qu'il s'agisse des flux financiers, culturels ou humains. À vrai dire, loin de la « non-intervention » westphalienne, le monde est aujourd'hui devenu un monde d'intervention continue. C'est l'intervention, économique, politique, culturelle, sociale, etc., qui est devenue la règle, plutôt que l'exception. Interventions multiples cherchant à s'articuler, à se coordonner, à former un projet global pour la planète, dans le domaine de la prévention du réchauffement climatique, de la lutte contre les pandémies, de l'action contre l'extrême

[7] M. Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 17.

[8] M. Bettati, *op. cit.*, p. 18.

pauvreté, de la prévention des crimes de masse... Comme le remarquait Habermas, ce qui s'élabore au sein des organisations internationales, désormais, c'est une « politique intérieure à l'échelle de la planète, politique qui ne nécessite pas de gouvernement mondial »[9]. L'État ne peut définitivement plus se penser *en soi* et *pour soi*, comme totalité éthique, formulant un droit universel, dont la face externe serait le droit international applicable à cet État. Il n'y a rien de plus déstabilisant, aujourd'hui, dans les enceintes internationales, que d'entendre ces petits sujets solipsistes qui disent sans cesse « moi je, moi je », avant de finalement réaliser qu'ils n'ont pas d'autre choix que de se décentrer et de prendre en considération l'autre « je » dans son altérité propre pour enfin parvenir à dire « nous »...

La souveraineté n'a pas été pensée pour résoudre des problèmes communs en commun, mais pour que chacun puisse résoudre ses problèmes chez soi et pour soi, de façon séparée. Continuer à utiliser le langage de la souveraineté pour un droit qui aujourd'hui a principalement pour objet la résolution de problèmes communs ne rend certes pas la tâche impossible, mais la complique excessivement.

La seule manière de penser le droit international actuel avec la souveraineté serait d'imaginer qu'il est possible de passer de *l'égale souveraineté* à *l'égalité devant le Souverain*.

Or *il ne peut pas y avoir de Souverain* à l'échelle mondiale. Kant l'avait bien vu qui, après avoir envisagé l'hypothèse d'un État mondial, rejetait finalement cette idée : un tel État serait nécessairement despotique et de toute façon totalement ingérable. Continuer à parler le langage de la souveraineté pour essayer de résoudre les apories de la souveraineté conduit donc à une nouvelle impasse : pour élaborer un droit global, il faut construire l'État mondial, mais comme l'État mondial est impossible, il ne peut pas y avoir de droit global... On tourne en rond, parce qu'on ne peut pas dépasser un concept problématique en le mettant au centre de la solution. Le droit global existe aujourd'hui mais le langage du droit international nous en masque la plupart du temps les contours. Il faut donc d'une part se débarrasser de l'attirail conceptuel de la souveraineté, et d'autre part inventer un nouveau langage pour décrire et élaborer plus avant ce droit global tel qu'il peut être observé.

C'est notamment le projet porté par une *théorie démocratique du droit international*[10]. Une telle théorie prend son point de départ dans l'aporie décrite par Kant : pour réaliser la paix perpétuelle, il est nécessaire que les États sortent de l'état de nature ; pour autant, ils ne peuvent, comme les individus, former un État mondial qui serait nécessairement despotique et ingérable. Pour sortir de cette aporie, Kant propose un concept qui est, en apparence, antinomique : la *Fédération d'États libres*, régie par un droit qualifié de « cosmopolitique ». Partant de ce concept – qui désigne un *processus de transition*, bien plus qu'une forme particulière d'organisation politique – la théorie mobilise des instruments propres d'une part à la théorie de la Fédération et d'autre part à la théorie de la démocratie. L'idée est qu'en combinant ces instruments à la lumière du concept de Fédération d'États libres, il est possible de reconstruire une théorie qui permette au juriste positiviste non seulement d'appréhender correctement le droit positif d'aujourd'hui, mais aussi de penser le droit international de demain.

[9] V. J. Habermas, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, trad. R. Rochlitz, Fayard, 1999, p. 111 s.

[10] V. la présentation du projet de recherche à l'Institut Universitaire de France : http://www.frouville.org/Projet_IUF/Entrees/2012/7/24_PRESENTATION_DU_PROJET_DE_RECHERCHE_files/projet%20IUF-fr.pdf.

25. Droit de l'Union européenne

Le changement en droit de l'Union européenne

Claude Blumann
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

S'il est une matière propice au changement, c'est bien le droit de l'Union européenne. Une première preuve irréfutable découle d'ailleurs du changement de dénomination de la discipline elle-même. Après avoir ferraillé pour son développement et sa reconnaissance, l'ancien droit communautaire a dû, sous la pression des réformes successives des traités, abandonner cette dénomination au profit de celle de droit de l'Union européenne, perdant ainsi le précieux adjectif qui avait fini par s'imposer dans la doctrine et même dans l'opinion, et que le terme Union – aussi galvaudé que vague au demeurant – ne lui permet pas de retrouver. Pour le plus grand désespoir de ses instrumentistes, le droit communautaire ou de l'Union se complaît dans cet hermétisme qui le rend si lointain du citoyen de base, pourtant appelé en renfort de toutes les réformes successives. Comment faire comprendre, y compris aux plus avisés, que le traité de Rome du 25 mars 1957 (il y en avait deux en réalité) a pu, sans changer de localisation, s'appeler successivement traité instituant la Communauté économique européenne, puis traité instituant la Communauté européenne (après Maastricht) puis, enfin (?), traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (depuis Lisbonne) ?

Heureusement, il n'y a pas que des mauvais côtés dans le changement. Le changement a permis au droit de l'Union de s'adapter à des réalités mouvantes et de faire face aux profondes mutations que la construction européenne (terme qui sent bon les années cinquante…) a dû affronter : celle de l'élargissement constant de l'Union européenne, passée en un peu plus de soixante ans de six États membres à vingt-huit, et celle de l'extension prodigieuse des compétences ou des domaines d'action de l'Union. Que de chemin parcouru entre ce que certains appelaient le « *pool* » charbon-acier au début des années cinquante et l'Union, acteur mondial ou global d'aujourd'hui, qui rivalise avec les superpuissances sur la scène internationale et qui couvre des secteurs-clés de la vie économique, politique, sociale, etc., de nos sociétés modernes.

Comment cela a-t-il été possible, alors même que, si l'on en croit la Cour constitutionnelle d'Allemagne, les États sont les maîtres des traités[1], et que, si ce n'est la période euphorique du tout début des années cinquante, le nombre d'États membres plus ou moins eurosceptiques n'a fait qu'augmenter, et que toute révision des traités suppose l'unanimité de ces mêmes États

[1] Bundesverfassungsgericht, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*.

membres ? Il y a là un réel paradoxe que ni les textes, ni même la jurisprudence naturellement intégrationniste de la Cour de justice n'arrivent, à eux seuls, à expliquer. Il faut croire que l'élan européen donné par les pères fondateurs a créé une onde de choc dont les vagues ne sont pas encore complètement dissipées, et que le couple franco-allemand continue cahin-caha à jouer ce rôle moteur que ces mêmes pères fondateurs lui avaient attribué, alors même qu'il ne figure dans aucun texte des traités.

Certains pourraient penser que ces quelques considérations touchant à l'histoire, à la science politique ou à la philosophie politique nous éloignent de notre cœur de métier, autrement du Droit, de la science juridique. Mais il n'en est rien. Le droit de l'Union est largement le produit de cette idéologie évolutionniste, constructiviste. Le droit de l'Union a été créé, a été fait, fabriqué pour mettre en musique le changement. C'est le droit de l'évolutionnisme permanent (I). Ce droit résulte du contexte de l'immédiat après-guerre, et entend créer les conditions pour que jamais plus des catastrophes comme celles des deux guerres mondiales ne puissent se reproduire. Là où, après la première guerre mondiale, on avait tablé sur des traités d'alliance, des pactes de non-agression, des interdictions juridiques de recourir à la guerre, qui tous avaient échoué, les pères fondateurs des années cinquante misent plutôt sur le rapprochement concret des peuples et des citoyens et la création de solidarités de fait qui rendront *de facto* la guerre impossible, voire inconcevable. Ces solidarités doivent constamment se renforcer, car on ne pourra se reposer sur un existant nécessairement incomplet, tant que l'objectif final n'aura pas été atteint. D'où la mise en place par les traités constitutifs ou sur leur base de nombreuses techniques juridiques qui doivent permettre au droit de l'Union d'évoluer, de s'adapter en permanence, de se renforcer (II).

I. Un droit fait pour le changement

Le concept de construction européenne prend ici tout son sens. Le droit de l'Union doit permettre la réalisation d'une entité européenne dont la nature juridique demeure il est vrai ambiguë. Ce droit est finalisé dès l'origine. La déclaration Schuman du 9 mai 1950 vise, par la mise en commun des productions de charbon et d'acier, à « fédérer » les peuples européens. Le droit de l'Union a un sens, il n'est pas neutre. La moindre règle technique ne peut se voir isolée de l'ensemble. C'est d'ailleurs ce que l'on appelle l'interprétation systémique que la Cour de justice pratique de manière continue, au même titre que l'interprétation téléologique[2]. D'où au demeurant la difficulté à vouloir segmenter ce droit ou à l'enfermer dans des catégories préétablies, celle notamment bien française du droit public et du droit privé.

La doctrine des débuts de la construction européenne se fonde grandement sur la théorie de l'effet d'entraînement ou du *spill-over*[3]. C'est aussi la doctrine des petits pas ou de la progressivité. Pour Robert Schuman, dans sa célèbre déclaration, l'Europe ne se fera pas d'un seul coup ni dans une construction d'ensemble. Il importe de partir de secteurs techniques et peu politisés, de les mettre en commun dans une structure supranationale, de multiplier de tels secteurs de telle façon que des liens économiques de plus en plus poussés se tissent entre les États et les citoyens, et au final, l'Union politique qui reste le but ultime de l'opération pourra se réaliser sans coup férir, comme un aboutissement naturel des efforts déployés sur des terrains plus prosaïques. Cette philosophie s'incarne dans les traités, et plus particulièrement dans le principe de l'Union sans cesse plus étroite (A) et dans celui de « l'acquis communautaire » (B).

A. L'union sans cesse plus étroite entre les peuples européens

1. Signification

Beaucoup ont relevé le décalage entre la déclaration Schuman, texte fondateur mais à vocation politique, et le contenu des traités initiaux. Le préambule du traité CECA fait preuve d'une grande sobriété et se place principalement dans la perspective de l'organisation de la société internationale pour préserver la paix mondiale. Il reprend ensuite le thème de la progressivité et des solidarités de fait déjà omni-

[2] G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10e ed. 2012 p. 347 s.

[3] S. De la Rosa, « L'écriture des libertés de circulation » in E. Dubout et A. Maistrot de la Motte, *L'unité des libertés de circulation*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant 2013 p. 9 s.

présent dans la déclaration du 9 mai 1950. Bien que rudement marqué par l'échec de la CED[4], le traité CEE, beaucoup plus nettement orienté vers les préoccupations économiques, n'en proclame pas moins au premier alinéa de son préambule la détermination des États signataires à « *établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens* ». Il s'agit bien de l'incarnation du principe de la marche en avant, ou encore de l'incessante marche en avant. La construction européenne ne peut en aucun cas reculer, encore moins stagner. L'engagement se veut définitif et irrévocable. L'absence de clause de dénonciation ou de retrait, de même que l'impossibilité de toute exclusion d'États membres en rupture de pacte, confirme bien l'irréversibilité du lien ainsi constitué. L'Union sans cesse plus étroite entend bannir tout retour en arrière. Des théories comme celle de la préemption des compétences[5] soulignent que tout domaine appréhendé par le droit de l'Union ne peut plus donner lieu à des interventions étatiques. Peu à peu, ainsi, les compétences dites partagées qui associent en principe les États membres et l'Union se transforment progressivement, au fil des législations de l'Union, en compétences exclusives. Aujourd'hui, le principe de subsidiarité est censé réguler les initiatives des uns et des autres dans les domaines de compétence partagée. Mais à ce jour la Cour de justice n'a jamais invalidé un acte de l'Union au motif qu'il aurait transgressé au profit de l'Union l'articulation normale des compétences[6].

De plus cette union toujours plus étroite se fait non entre des États mais entre des peuples. La formule n'est pas anodine. Elle répercute le célèbre propos de Jean Monnet : « *Nous* ne coalisons *pas* les *États*, *nous* rassemblons les hommes ». On peut voir là dans une certaine mesure les traces de l'idéologie pacifiste de l'entre-deux-guerres. Les États souverains, obnubilés par la défense des intérêts nationaux souvent égoïstes, sont perçus comme largement responsables des malheurs générés par les guerres européennes, que beaucoup n'hésitent pas à qualifier de guerres civiles européennes. Face à ce mal absolu que représente l'État, les peuples sont au contraire considérés comme sains, généreux et profondément désireux de paix et de progrès social.

En termes plus juridiques, il s'agit de dépasser les cadres traditionnels des relations internationales et du droit international, qui ne connaissent que des États et ignorent les individus, y compris à titre collectif, sous réserve du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, mais dont la mise en œuvre s'avère très malaisée, et qui de toute façon a simplement pour objet de fonder des processus de décolonisation ou d'émancipation. En droit de l'Union, unir les peuples, c'est associer les citoyens de l'Union non seulement au développement de la construction européenne *via* des référendums ou des votes parlementaires sur les traités de révision, mais c'est surtout en faire des sujets à part entière du droit communautaire. Les grandes libertés de circulation, les théories de l'effet direct et de l'invocabilité sont là pour en attester, de même dans des domaines plus politiques les droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen ou aux élections municipales, ou bien encore le bénéfice de la charte des droits fondamentaux de l'Union, adoptée en 2000 et devenue pleinement opérationnelle avec le traité de Lisbonne.

2. Érosion du principe

Alors, il est vrai qu'aujourd'hui ce principe de l'Union sans cesse plus étroite fait beaucoup moins recette. Il figure toujours en tête du préambule du TFUE. Mais le traité sur l'Union le relègue à la fin de son propre préambule et en affaiblit la portée en l'accolant immédiatement aux principes d'ouverture et de subsidiarité. Le traité constitutionnel lui-même avait ouvert la voie, en noyant l'union sans cesse plus étroite dans une formule plus générale dans laquelle elle perdait sa valeur d'objectif suprême et se voyait instrumentalisée au profit d'une simple volonté de se « *forger un destin commun* ». Sur le plan politique, certains observateurs demandent une pause dans la construction européenne. Mieux vaudrait approfondir, voire tout simplement réussir l'existant, que d'élargir tant en participation étatique qu'en nombre de compétences. Mais comment, inversement, satisfaire ceux des

[4] C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexisnexis 5e ed. 2013 p. 3 s.

[5] V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes*, Bib. Droit international, t. 74, LGDJ, 1974 ; V. Michel, *Recherches sur les compétences des Communautés européennes*, L'Harmattan, 2003.

[6] Pour un arrêt récent : CJUE 12 mai 2011, *Luxembourg c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-176/09 rec. I, 3727.

États et des citoyens qui souhaitent la poursuite de la marche en avant ? Le système communautaire a su trouver la réponse à ce dilemme : la différenciation.

La différenciation[7], expression qui traduit en termes juridiques le concept d'Europe à géométrie variable, tend à réconcilier les contraires, les tenants de beaucoup et de peu d'Europe. Les manifestations en sont déjà très nombreuses dans les traités, notamment avec l'union monétaire et l'espace Schengen, ou plus techniquement avec le système des coopérations renforcées, lesquelles commencent à connaître un début de concrétisation avec, en particulier, les projets de brevet unitaire européen ou de taxe sur les transactions financières. Voir dans la différenciation une solution pour l'avenir de l'Europe n'est certainement pas erroné, sous réserve que cet avenir représente déjà le présent. La différenciation permet de réaliser l'idéal d'une union sans cesse plus étroite, mais avec cet inconvénient que ces approfondissements se font au détriment de la participation étatique et que, partant, l'assise géographique de l'Europe devient de plus en plus ténue. C'est bien une union sans cesse plus étroite mais à contretemps ou à contre-sens. Si l'on voulait identifier le noyau dur qui participe à toutes les formes de géométrie variable ou de coopération renforcée, on s'apercevrait que l'on est bien loin non seulement des vingt-huit États membres, mais même des dix-huit de la zone euro. Seul le noyau fondateur historique des communautés accompagné d'une demi-douzaine d'autres États ayant adhéré ultérieurement en ferait partie.

B. Le principe de l'acquis

1. Montée en puissance de l'acquis

Ce principe ne figure pas dans le texte initial des traités[8], bien que l'union sans cesse plus étroite puisse servir de référence. Celle-ci joue comme un effet de cliquet et bloque tout retour en arrière. En termes techniques, l'acquis évoque un *corpus* juridique complet et cohérent, formé des apports successifs des traités constitutifs consolidés par la jurisprudence de la Cour de justice. Toute la difficulté dans cette perspective est donc de savoir si l'acquis se confond tout simplement avec le droit de l'Union, auquel cas la notion ne présente qu'un intérêt symbolique, et de s'interroger aussi sur la portée de cet acquis : à qui s'impose-t-il exactement ? Par ailleurs, faut-il voir dans l'acquis de l'Union une preuve de la spécificité de ce système juridique, ou bien ne s'agit-il que d'une version améliorée du célèbre *pacta sunt servanda* du droit international ? Dans un cas comme dans l'autre, les États membres doivent respecter leurs engagements, et cela recouvre non seulement les traités *stricto sensu*, mais tout le droit dérivé adopté sur leur base.

La théorie de l'acquis est largement d'origine jurisprudentielle. La Cour en fait la démonstration dans l'affaire de l'espace économique européen[9], où elle s'oppose à un démembrement partiel de ses attributions au profit d'une juridiction *ad hoc* instaurée par cet accord, qui viendrait réduire son pouvoir d'interprétation ultime du droit communautaire. La Cour déclarera l'accord de Porto sur ce point incompatible avec le traité CE, contraignant ainsi les signataires à une renégociation (ex-article 300 § 6 CE, devenu article 218 § 11 TFUE). Rien de très original en soi, mais ce qui paraît plus inattendu, c'est qu'elle ait considéré qu'une simple modification de l'ex-article 310 CE (devenu article 217 TFUE) relatif aux accords d'association de pays tiers dans le sens d'une confirmation du système juridictionnel de l'EEE resterait incompatible avec le traité de Rome. Certaines dispositions des traités ne seraient-elles pas alors intangibles au point que les États membres, y compris dans l'exercice de leur fonction constituante, ne pourraient y porter atteinte ? Mais ultérieurement la Cour s'est calée sur une position plus orthodoxe dans son avis n° 2/94 relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme[10]. Elle relève certes que le Conseil ne dispose pas d'une base juridique suffisante (y compris la procédure d'adaptation de l'ex-article 308 CE devenu article 352 TFUE) pour signer ladite convention et, partant, qu'une révision du traité de Rome s'avère donc nécessaire. Mais rien n'interdit une telle révision qui, pourtant, mettrait en cause très sérieusement l'autorité de la Cour puisque celle-ci

[7] C. Guillard, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Coll. Droit de l'UE, Bruylant, 2006.

[8] P. Pescatore, « Aspects judiciaires de l'acquis communautaire », *RTDE* 1981, p. 617.

[9] Avis n° 1/91, 14 déc. 1991, *Rec. CJCE* 1991, I, p. 6079. – J. Boulouis : *RTDE* 1992, p. 462.

[10] CJCE 28 mars 1996, avis n° 2/94, *Rec. CJCE* 1996, I, p. 1759.

devrait se soumettre au contrôle « externe » d'une autre juridiction. Ce qui risque de se produire prochainement si l'adhésion de l'Union à la CEDH est menée à bien conformément à l'article 6 TUE.

Les traités de base, de leur côté, vont faire une place croissante à l'acquis communautaire. L'acquis y apparaît notamment comme un tout, qui doit être repris par les candidats à l'Union européenne dans leur législation interne. La négociation s'opère avec eux sur un pied de relative inégalité, car il ne saurait être question que les exigences communautaires se voient adaptées en fonction de leur bon vouloir. L'adhésion à l'Union constitue un tout, à prendre ou à laisser. Seules des modifications mineures ou des adaptations à la marge sont acceptables, et encore pour des périodes limitées (ce qui ressort de l'article 49, alinéa 2 TUE). Seule exception, les coopérations renforcées, qui en soi ne lient qu'un certain nombre d'États membres, ne font pas partie de l'acquis de l'Union et ne peuvent donc se voir imposées aux nouveaux adhérents.

Mais l'acquis n'a pas seulement une valeur conservatrice, fixatrice. Conçu ainsi, il tournerait le dos au principe de l'union sans cesse plus étroite. L'acquis représente un socle, le point de départ de nouvelles avancées. C'est ainsi qu'il faut lire l'ex-article 3 TUE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, qui, dans une perspective dynamique, donne mandat au cadre institutionnel unique, destiné à conjurer les mauvais effets de la structure de l'Union en piliers, de respecter et développer l'acquis communautaire. Pour sa part, l'ex-article 2, cinquième tiret, intègre parmi les objectifs de l'Union celui « *de maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer* ». S'ensuit d'ailleurs un appel à une révision permanente, car il importe constamment d'améliorer cet acquis « *en vue d'assurer l'efficacité des mécanismes et institutions communautaires* ».

2. Recul de la notion d'acquis

Paradoxalement, le traité constitutionnel puis celui de Lisbonne amorcent un mouvement de reflux de l'acquis communautaire. Le premier abrogeait l'ex-article 43 point c TUE qui opérait une dissociation entre l'acquis et les autres dispositions des traités, laissant entendre que le premier ne recouvrait pas l'ensemble du droit de l'Union, ce qui indirectement donnait tout son sens à la notion d'acquis. Le traité de Lisbonne achève cette évolution régressive et peut même être considéré comme portant un coup sévère à la notion d'acquis[11]. Celle-ci disparaît tant des valeurs que des principes et, plus globalement, des dispositions communes du traité sur l'Union. Les dispositions relatives au cadre institutionnel de l'Union (article 13 TUE) comme au Conseil européen (article 15 TUE) n'y font plus aucune référence. Il en va de même en matière de coopérations renforcées, dont les conditions sont assouplies (articles 20 TUE et 326 TFUE), mais ceci s'opère au détriment de la notion d'acquis. Seul subsiste le principe de non-opposabilité de l'acquis aux États candidats à l'adhésion (article 20 § 4 TUE), et encore la formulation retenue s'avère-t-elle singulièrement réductrice dans la mesure où il n'est plus question de l'acquis considéré comme une entité mais seulement d'actes qui ne peuvent « *être considérés comme un acquis...* » de l'Union.

On peut s'interroger sur cette évolution, qui ne peut pas ne pas avoir de répercussion sur le principe d'irréversibilité issu de l'union sans cesse plus étroite. L'euroscepticisme ambiant, de même que le « retour des États », expliquent largement cette situation. Dès lors, de surcroît, que le traité de Lisbonne consacre pour tout État membre un doit de retrait (article 50 TUE) quasi-inconditionnel, on voit mal ce qui peut rester de l'acquis pour celui-ci, nonobstant les arrangements qui pourraient être conclus avec le sortant (article 50 § 2 TUE). Encore peut-on soutenir que l'acquis resterait intégralement valable pour les autres États membres. Mais là aussi, il faut déchanter. Le traité de Lisbonne met un terme à la controverse. En effet, emporté dans son élan de « déconstitutionnalisation », c'est-à-dire d'élimination de toutes les traces d'influence constitutionnelle dans les traités, et soucieux aussi de donner des garanties aux États membres qui craignent un recul de leur souveraineté, le traité de Lisbonne prévoit à l'article 48 TUE que des révisions envisagées dans l'avenir peuvent « *entre autres tendre à accroître ou à réduire les compé-*

[11] C. Delcourt, « Traité de Lisbonne et acquis communautaire », *RMCUE* mai 2008, nº 518, p. 296.

tences attribuées à l'Union dans les traités ». Pour sa part, une déclaration annexe (nº 18) enfonce le clou et réitère la même formule, sur le mode répétitif si cher aux auteurs de ce traité. Il est donc bien clair qu'il n'y a pas de domaine sanctuarisé dans l'acquis de l'Union qui pourrait échapper à un processus de révision.

La reconnaissance du droit de retrait, le démantèlement de la notion d'acquis, la consécration de possibilités d'évolution à rebours sont autant de gages que les États membres désireux d'aller de l'avant ont dû donner à leurs partenaires, moins convaincus, pour que le train de l'Europe demeure sur ses rails. Mais qu'il s'agisse de progresser ou de régresser, il reste que le changement demeure la pierre philosophale du droit de l'Union. Pour l'assurer de nombreuses techniques permettent d'y procéder.

II. La multiplicité des instruments du changement

Contrairement à certaines idées reçues, le droit de l'Union entre dans la catégorie des droits d'inspiration latino-germanique, où les règles et procédures écrites l'emportent sur la pratique, le précédent et la jurisprudence en général. Mais il reste que si les dispositifs écrits permettant le changement sont très nombreux (A), les techniques plus souples d'origine anglo-saxonne jouent également un grand rôle (B).

A. Techniques formelles d'évolution du droit de l'Union

1. Procédés ponctuels et adaptation

Preuve de l'évolutionnisme du droit de l'Union, nombre de politiques ou de domaines d'action permettent d'aller au-delà du niveau déjà atteint par des procédures simplifiées. Ainsi en va-t-il par exemple en matière de citoyenneté de l'Union où le Conseil, statuant à l'unanimité, peut « *arrêter des dispositions visant à compléter les droits énumérés à l'article 20 § 2* » (article 25, alinéa 2 TFUE). Compte tenu cependant de l'importance de l'ajout, une approbation étatique, également à l'unanimité, s'avère nécessaire. Des dispositions analogues, en matière de ressources propres de l'Union (article 311 TFUE) ou d'élection du Parlement européen au suffrage universel direct (article 223 § 1er TFUE) répondent au même souci d'adaptation constante. L'espace Schengen ou plus juridiquement de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), qui constitue déjà en soi un domaine de différenciation puisqu'un certain nombre d'États membres n'y participent pas ou simplement de manière partielle, compte tenu aussi de son caractère profondément évolutif, fourmille de dispositions analogues, notamment pour ce qui concerne la coopération policière et judiciaire pénale, dont la « communautarisation » par le traité de Lisbonne porte encore les stigmates d'un fort intergouvernementalisme. Ainsi en va-t-il pour élargir le champ des domaines de criminalité transfrontière qui relèvent de la compétence (partagée) de l'Union (article 83 § 1er alinéa 3) ou en vue de la création d'un Parquet européen pour poursuivre un certain nombre d'infractions nettement identifiées (article 86 § 1er TFUE) de même encore s'il s'agit d'étendre les compétences de cet organisme (article 86 § 4). Dans tous les cas, l'unanimité au Conseil est requise.

À côté de ces dispositifs « ponctuels », les traités mettent en place nombre de procédures d'évolution, ayant un caractère général ou transversal. En la matière, une *summa divisio* s'impose entre la procédure dite d'adaptation ou de flexibilité[12] et les procédures de révision. La première se trouve aujourd'hui localisée à l'article 352 TFUE. L'idée est de permettre aux institutions de l'Union d'agir, en cas de lacune des traités et en vue d'atteindre un de leurs objectifs. Lorsque ces conditions et quelques autres sont réunies, le Conseil, statuant à l'unanimité, après approbation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées. Aucune approbation ou ratification étatique n'est nécessaire. Ce qui s'explique juridiquement puisqu'avec l'adaptation on reste globalement à droit constant, même si on ne peut nier des ajustements de compétence à la marge. Le flou de cette procédure explique au demeurant son relatif insuccès. Elle a joué un grand rôle dans les années soixante-dix et quatre-vingt pour doter l'Union de compétence dans des domaines devenus indispensables – tels l'environnement ou la cohésion économique et sociale – mais où les traités n'avaient quasiment rien prévu. Aujourd'hui, elle joue un rôle plus

[12] P. Manin, « Article I-18 » in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod, *Commentaire article par article du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 1, Bruylant, 2007 p. 265 s.

résiduel, d'autant plus que les compétences de l'Union ont connu un tel développement qu'il n'est pas difficile de trouver dans les traités une base juridique même indirecte pour fonder une législation ou une action nouvelle[13].

2. La révision

La révision, également unique à l'origine (ex-article 48 UE), se décline aujourd'hui en plusieurs modalités (article 48 TUE). À la différence de l'adaptation, la révision suppose une ratification étatique et se conclut par un traité ou par un acte s'incorporant à la substance des traités existants. Il s'agit bien en principe de l'œuvre des États, même si ces derniers ne sont plus seuls à y intervenir. L'article 48 distingue la révision ordinaire des révisions dites simplifiées. La révision ordinaire peut porter sur n'importe quel domaine ou objet du droit de l'Union. Le traité de Lisbonne a alourdi la procédure[14], notamment en étendant le pouvoir de proposition au Parlement européen, qui, il est vrai, joue un rôle assez réduit dans le dispositif, en codifiant aussi le système de la convention (parlementaires européens et nationaux surtout) qui avait permis en 2000 la rédaction de la charte des droits fondamentaux de l'Union et préparé en 2002-2003 le projet de traité constitutionnel. Cependant, les États membres restent aux manettes pour les phases essentielles puisque le projet de convention doit ensuite être examiné et repris dans une conférence intergouvernementale de type classique, laquelle doit accoucher à l'unanimité d'un traité qui sera soumis ensuite à la ratification de tous les États membres selon leur procédure constitutionnelle interne.

Les procédures de révision simplifiée constituent une innovation du traité de Lisbonne. Celle de l'article 48 § 7 ne semble pas correspondre parfaitement au schéma d'une révision. On la dénomme aussi clause de passerelle en ce sens qu'elle a pour objet de faire basculer une question adoptée par le Conseil à l'unanimité dans le domaine de la majorité qualifiée (à l'exception des questions militaires ou de la défense) ou d'étendre la procédure législative ordinaire – donc la codécision du Parlement européen – dans des domaines où s'applique la procédure législative spéciale. Il s'agit donc seulement de modifier les procédures décisionnelles dans un sens plus « supranational ». Cette ambition faussement mineure explique la simplification procédurale : le Conseil européen statue à l'unanimité et cette décision entre en vigueur immédiatement, sauf si un parlement national, destinataire comme l'ensemble de ses homologues de cette décision, manifeste une objection dans un délai de six mois. Cette procédure – qui à ce jour n'a jamais joué – suscite l'étonnement, dans la mesure où elle confère au législatif national et non à l'exécutif un pouvoir de blocage. Peut-on y voir un mécanisme de ratification implicite ? Le Conseil constitutionnel français pour sa part, dans sa décision *Lisbonne* du 20 décembre 2007[15], ne l'a pas pensé puisqu'il a estimé que cette disposition nécessitait une révision constitutionnelle dans la mesure où elle privait l'État français d'un pouvoir de veto.

L'article 48 § 6 mérite mieux son nom de révision simplifiée. Son domaine est cependant circonscrit aux politiques et actions internes de l'Union (troisième partie du TFUE) et ne peut donc affecter l'action extérieure, ni les pouvoirs des institutions. De même encore elle ne peut tendre à accroître les compétences attribuées à l'Union. La procédure fait l'impasse tant de l'étape de la convention que de celle de la conférence intergouvernementale. Les décisions en la matière relèvent du Conseil européen statuant à l'unanimité, ce qui confirme bien, au passage, sa qualité d'organe constituant de seconde ligne. Elles doivent ensuite faire l'objet d'une approbation de tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Chaque État conserve donc un pouvoir de veto, et la simplification ne joue que dans la phase préparatoire. On est loin des projets ayant fleuri dans la doctrine visant à contourner une inaccessible unanimité, en proposant par exemple que le projet de révision puisse être adopté par une majorité certes renforcée (2/3, 4/5èmes) des États membres, mais une majorité tout de même. Malgré cela, l'article 48 § 6 a déjà connu une première application avec l'adjonction dans le cadre de l'union monétaire d'un paragraphe 3 à l'article 136 TFUE, en vue de permettre aux États membres de la zone euro de créer des fonds de stabilité[16]. Le traité du 2 mars 2012 instituant le

[13] C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 586 s.
[14] V. ex-article 48 (version antérieure).
[15] Cons. const. 20 déc. 2007, n° 2007-560 DC.
[16] Décision 2011/199 du 25 mars 2011, *JOUE* L 91, 6 avril 2011.

mécanisme européen de stabilité (MES) aurait pu se fonder sur cette disposition si elle était entrée en vigueur à ce moment-là. Il a permis en tout cas à la Cour de justice de rendre le 27 novembre 2012, un arrêt capital – l'arrêt *Pringle*[17] – validant ce dispositif de sauvetage de la zone Euro et dans lequel – ce qui paraissait loin d'aller de soi – elle s'est reconnue compétente, pour examiner la validité des décisions de révision prises par le Conseil européen au titre de l'article 48 § 6.

B. Techniques informelles

La Cour de justice se trouve au centre de toutes ces techniques souples, soit directement au travers de sa jurisprudence (1), soit indirectement au travers de procédés plus embryonnaires, tels les compétences implicites mais qu'elle seule permet de mettre en lumière (2).

1. La jurisprudence

A priori, la place de la Cour dans le système institutionnel de l'Union est semblable aux solutions admises dans un grand nombre d'ordres juridiques nationaux de tradition latino-germanique. Les arrêts de la Cour de justice n'ont qu'autorité relative de chose jugée, sous réserve des arrêts d'annulation qui ont autorité absolue. Le juge n'est donc pas source de légalité objective et son rôle créateur ne s'exerce que de manière indirecte et médiate. Néanmoins, nombre de considérations conduisent à tempérer cette situation. En tout premier lieu la qualité d'institution, au sens de l'article 13 TUE, de la Cour de justice qui la place sur un pied d'égalité avec ses pairs pour assurer les missions générales de l'Union. Ceci conduit nécessairement à un rôle actif et créateur du juge qui ne saurait se limiter à l'application aveugle de la règle de droit[18]. De plus, l'article 19 TUE vient relayer l'article 13 en donnant mission à la Cour de justice de l'Union européenne d'assurer « *le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* »[19]. La technique des questions préjudicielles représente l'outil principal de cette importante mission. Saisie par une juridiction nationale d'une question d'interprétation ou d'appréciation de validité d'une norme de droit dérivé de l'Union, la Cour « *dit pour droit* » et sa sentence possède une autorité mi-relative mi-absolue, en ce sens qu'elle pourra être appliquée dans d'autres litiges similaires, du moins aussi longtemps qu'elle n'aura pas changé d'avis ou que des circonstances nouvelles l'amèneront à réorienter sa jurisprudence. On est ici très proche de la technique du précédent de « l'*in consimili casu* » du droit anglo-saxon.

Rien d'étonnant dans ces conditions que la Cour de justice se trouve à l'origine de toutes les grandes évolutions du droit de l'Union, que ce soit sur le plan du droit institutionnel ou du droit matériel. Les théories de l'effet direct[20] ou de la primauté[21] du droit de l'Union lui doivent beaucoup, notamment en raison des incertitudes des textes originaires. Le glissement de la théorie de l'effet direct vers celle de l'invocabilité représente un grand pas dans le sens de l'insertion du droit de l'Union dans la réalité des rapports juridiques, et donc dans le sens d'une prise en compte croissante de l'individu, des personnes dans le droit de l'Union. Certains auteurs ont pu à cet égard parler de contentieux de la première génération, puis de la seconde, voire d'une troisième[22], en ce sens que toute norme de l'Union devient en principe invocable dans un litige de droit interne, avec cependant des modalités variables selon que l'on est en présence d'un litige vertical (entre particuliers et État membre) ou horizontal (litige interindividuel). Tout ceci a fortement contribué à populariser la Cour auprès des citoyens de l'Union et permis de frayer un chemin vers l'adoption de la charte des droits fondamentaux de l'Union, sur la base de laquelle la Cour de justice développe aujourd'hui une jurisprudence de plus en plus favorable aux individus et à la reconnaissance de leurs droits[23].

Dans un ordre de considération voisin, la Cour de justice n'a pas hésité à affronter le délicat problème de la nature juridique du droit de l'Union. Dès les grands arrêts fondateurs : *Van Gend en Loos*[24], *Costa c. Enel*[25], la Cour a jeté les bases de la fameuse « spécificité » du droit de l'Union et de sa nature *sui generis* par rapport

[17] CJUE aff. C-370/12, *Europe*, Janvier 2013 note D. Simon.
[18] L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE* 1/2008, p. 29 s.
[19] Depuis le traité de Lisbonne, la Cour de justice de l'Union européenne regroupe l'ensemble des juridictions de l'Union.
[20] CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62 *rec.* 3.
[21] CJCE, 15 juill. 1964, *Costa* c. *Enel*, *AFF*, 15/64 *rec.* 1141.
[22] D. Simon, *Le système juridique communautaire*, coll. Droit fondamental PUF, 3e ed., 2001, nº 308 – G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 401 s.
[23] Notamment en matière sociale et de lute contre les discriminations de toute nature : C. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Précis Domat, Montchrestien, 6e ed., 2012, nº 174 s.
[24] Note 20.
[25] Note 21.

tant au droit interne qu'international. Nul doute que des interprétations plus frileuses ou tout simplement plus classiques auraient pu ramener le droit de l'Union sur le terrain plus traditionnel du droit des traités. La thèse de la spécificité, même si elle laisse insatisfait un certain nombre de juristes habitués aux classifications traditionnelles du droit constitutionnel ou du droit international, reflète quoi qu'on en pense la réalité du droit de l'Union dans sa phase actuelle. Elle peut servir de banc d'essai pour aller plus loin, et notamment accueillir les théories novatrices de la fédération européenne ou de la fédération plurinationale, qui, selon les travaux de certains auteurs[26], se distingue tant de l'État fédéral que de la confédération d'États.

Sur le plan du droit matériel, les notions d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle[27] résultent largement de la jurisprudence de la Cour. Elles ont servi de puissant vecteur à la réalisation du marché intérieur et ont permis de tourner la paralysie qui résultait du fonctionnement défectueux de la procédure d'harmonisation des législations nationales de l'ex-article 100 CEE. Elles se trouvent aujourd'hui à la base des mesures adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile (article 81 TFUE) ou pénale (article 82 TFUE). La Cour a su également exploiter au maximum les potentialités offertes par les textes en matière de lutte contre les discriminations. Si, depuis l'origine, les discriminations fondées sur la nationalité sont prohibées, la lutte contre les autres formes de discrimination ne s'est développée que plus tardivement. Introduit par le traité d'Amsterdam, l'ex-article 13 CE (devenu 19 TFUE) ne donne qu'une compétence normative aux institutions de l'Union. Dans différents domaines (notamment en matière de discrimination en fonction de l'âge[28]), la Cour saura jouer de la technique des principes généraux du droit pour donner leur plein effet aux interdictions posées par les traités.

De nos jours, ce rôle créateur du juge semble moins affirmé. La Cour doit tenir compte d'un environnement parfois hostile. Certains États dénoncent sa jurisprudence systématiquement intégrationniste, qui rognerait sur les pouvoirs des États, mais à ce jour les tentatives de réduire ses attributions ont échoué. Par ailleurs, il n'est pas facile de faire preuve d'innovation alors que toutes les grandes constructions juridiques ont déjà été élaborées. On peut aussi évoquer l'idée de balancier ou d'une course de relais entre la Cour de justice et le constituant européen pour faire progresser le droit de l'Union. Lorsque ce dernier fait preuve d'audace ou d'imagination, la Cour peut se réfugier dans une position d'attentisme ou de réserve. Lorsque par contre le constituant peine à réaliser les avancées nécessaires, la Cour prend le relais.

2. Procédés indirects

Largement admise dans les pays de *Common Law* ou en droit international public, la coutume ne paraît pas avoir sa place en droit de l'Union, droit d'inspiration latino-germanique. Néanmoins, on ne saurait nier l'existence d'usages tel le célèbre compromis de Luxembourg[29], à la nature juridique incertaine. Sur un terrain plus apaisé, on peut aussi évoquer les pratiques de la Commission et du Conseil visant à consulter systématiquement le Parlement européen alors que ses pouvoirs constitutionnels originaires s'avéraient originairement assez maigres[30]. Si comme le démontre l'affaire de la caducité du chapitre VI du traité Euratom[31], l'idée de coutume *contra legem* doit être rejetée, en revanche, la Cour ne semble pas hostile à des usages partiellement contraignants lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet d'enrichir le droit de l'Union. En ce sens plaident les accords interinstitutionnels, auxquels la Cour de justice a reconnu pour certains d'entre eux une valeur juridique contraignante[32] et pour lesquels certains auteurs n'hésitent pas à parler de valeur constitutionnelle[33].

Autre facteur souple d'évolution, la théorie des compétences implicites, d'origine américaine[34] et confirmée par la jurisprudence internationale[35],

[26] O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Léviathan, PUF, 2007.
[27] CJCE 20 févr. 1979, aff. C-120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, *Rec. CJCE* 1979, I, p. 649.
[28] CJUE 19 janvier 2010 *Kücükdeveci*, aff. C-555/07 rec. I, 365.
[29] 29 janv. 1966.
[30] Procédures Luns et Luns-Westerterp (1964-1969).
[31] CJCE, 14 déc. 1971, aff. C-7/71, *Commission* c. *France* : *Rec. CJCE* 1971, I, p. 1003.
[32] CJCE, 19 mars 1996, aff. C-25/94, *Commission* c. *Conseil* : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 1469.
[33] J.-C. Gautron, « Les accords interinstitutionnels dans l'ordre juridique communautaire », in P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits du droit public*, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 203 s. – C. Blumann, « Les accords interinstitutionnels », *JCl. Europe*, Fasc. 193, mars 2012.
[34] Const. 1787, art. 1er, section VIII, dernier al.
[35] CIJ, 11 avr. 1949, *Réparations des dommages subis au service des Nations unies*, *Rec. CIJ* 1949, p. 174.

signifie qu'une organisation ou institution ne possède pas seulement les pouvoirs qui lui sont expressément reconnus par sa charte constitutive, mais également tous autres pouvoirs qui lui sont nécessaires pour atteindre ses objectifs. Les compétences implicites se distinguent de la coutume, en ce sens que la norme nouvelle ne provient pas de la pratique mais se trouve induite des textes. Elle se distingue aussi de la jurisprudence, en ce que le rôle créateur du juge est théoriquement plus réduit puisqu'il se borne à constater l'existence d'une norme qui lui est extérieure.

La Cour de justice a très tôt admis la transposition en droit de l'Union de cette théorie[36], bien que son application ait été longtemps très limitée. Les compétences implicites ne connaîtront leur véritable épanouissement en droit de l'Union que dans le domaine des relations extérieures[37]. La Cour dégagera en effet la célèbre théorie du parallélisme entre la compétence interne et la compétence externe, en vertu de laquelle, dès lors que l'Union a reçu compétence pour légiférer dans son ordre interne, elle se trouve nécessairement compétente pour, dans ce même domaine, conclure des accords avec les pays tiers. Face aux inquiétudes étatiques, la Cour limitera ultérieurement la portée de cette jurisprudence[38], en subordonnant sa mise en œuvre à ce que, au préalable, le législateur européen ait exercé sa compétence normative pour qu'un accord externe puisse être valablement conclu.

Conclusion : Le changement se trouve donc au cœur du droit de l'Union. Ceci donne parfois le tournis à un certain nombre d'observateurs, qui dénoncent l'inadéquation de ce système juridique. Il est vrai que le droit de l'Union ne possède pas la profondeur historique de ses homologues du droit interne, voire du droit international. Mais jeunesse (relative) ne signifie pas immaturité. Le changement est encadré, contrôlé dans et par le droit de l'Union. À y regarder de plus près, il apparaît en outre que le droit de l'Union est soumis comme les autres systèmes juridiques au phénomène d'accélération du temps et d'usure rapide des réglementations, surtout dans les domaines économiques et techniques qui forment son quotidien. La répétition des révisions constitutionnelles en France montre que ce phénomène n'est pas isolé. La construction européenne ne peut rester statique. Son incomplétude la pousse à aller de l'avant, à gagner de nouveaux champs. Aussi longtemps que le but final ne sera pas atteint, ce mouvement permanent subsistera.

[36] CJCE, 29 nov. 1956, aff. C-8/55, *Fédéchar*, *Rec. CJCE* 1956, I, p. 291.
[37] CJCE, 31 mars 1971, aff. C-22/70, *Commission* c. *Conseil (AETR)*, *Rec. CJCE* 1971, I, p. 263.
[38] CJCE, 15 nov. 1994, avis n° 1/94, *Rec. CJCE* 1994, I, p. 5267.

26. Droit constitutionnel

Pourquoi « changer » ?

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

Le droit constitutionnel contrairement à la plupart des autres branches du droit, ignore, *stricto sensu* et dans un sens purement juridique, le « changement », si l'on met à part ses synonymes comme la révision constitutionnelle qui implique, c'est sûr, un changement qui n'appartient pas seulement au sens commun.

Formellement, le « changement », n'est mentionné dans la Constitution qu'à l'article 72-4 : « *Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique. Le président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.* » La révision constitutionnelle permet, sauf pour la Nouvelle-Calédonie, la possibilité d'une évolution statutaire de ces collectivités dans la République, l'alinéa 2 du préambule et l'article 53 visant la libre détermination des peuples. L'adoption d'une loi organique, ainsi que le consentement des électeurs de la collectivité concernée sont désormais exigés. Désormais, le Parlement ne peut passer outre un refus d'évolution mais peut s'abstenir de le proposer. Aucun « changement » de statut ne peut avoir donc lieu sans le consentement des électeurs de la collectivité intéressée, ce qui suppose un droit de veto. Au contraire, le même article prévoit un référendum consultatif sur l'organisation ou les compétences de la collectivité. Cette procédure a été utilisée pour la première fois aux Antilles en décembre 2003. Les électeurs de la Martinique ont rejeté la transformation de leur département d'outre-mer en une collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution, dotée d'une organisation particulière tenant compte de ses intérêts propres au sein de la République. Ils ont cependant approuvé la création d'une collectivité unique exerçant les compétences dévolues au département et à la région tout en demeurant régis par l'article 73 de la Constitution. Les électeurs de Guyane ont fait les mêmes choix.

Pour le reste, c'est la question prioritaire de constitutionnalité qui nourrit le « changement », mais de « circonstances ». On le doit à l'article 23-1 créé par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, qui dispose que la juridiction saisie du litige doit traiter cette question « sans délai » et transmet la question si trois conditions sont réunies, citons-en deux, la troisième étant bien connue des étudiants et étudiantes en fin d'année, en principe :

– « *1º La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* ».

– « *2º Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* ».

La deuxième condition posée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 est que la disposition législative dont la constitutionnalité est contestée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. Et seul un « *changement des circonstances* » peut donc permettre la transmission à celui-ci. Dans le contrôle *a priori*, le Conseil a déjà eu recours à cette notion. Ainsi, par exemple, le Conseil, dans une décision du 8 janvier 2009[1], est revenu sur la règle imposant un nombre de deux députés minimum par département. Il a invoqué un changement des circonstances de droit (le maximum de 577 députés fixé par le Code électoral sur le fondement de l'article 24 de la Constitution) et un changement des circonstances de fait (l'augmentation non homogène de la population sur le territoire). Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, cette notion a été utilisée par exemple dans sa décision du 30 juillet 2010[2] à propos des modalités de la garde à vue. Dans une décision du 8 avril 2011[3], le Conseil constitutionnel a jugé qu'une jurisprudence peut constituer un changement des circonstances de nature à conduire à ce qu'il soit à nouveau saisi d'une disposition précédemment jugée conforme à la Constitution. En somme, la notion de « *changement des circonstances* » a, depuis le 1er mars 2010, permis qu'il existe une exception à l'interdiction de soumettre à nouveau au Conseil constitutionnel une disposition législative qu'il a déjà jugée conforme à la Constitution.

Venons-en maintenant à ce que le lecteur attend du constitutionnaliste de service, jamais las de scruter l'actualité – et qui espère ou redoute un « changement » de régime... –, rassurons-le déjà sur la forme. Parmi les trois lois du 3 juin 1958 – que doit connaître tout étudiant de première année –, la troisième, d'ordre constitutionnel, donne mandat au gouvernement du Général de Gaulle « *d'élaborer puis de proposer au pays par la voix du référendum les changements indispensables* » s'agissant de la réforme des institutions.

Alors ? C'est compliqué, et le mieux est d'appréhender la notion en élargissant celle-ci à celle de changement de la destination d'immeuble, qui nécessite le conseil de son notaire et le concours, ici, du site de la Chambre des Notaires de France, qui vulgarise une notion complexe : « La destination des bâtiments, qui concerne le droit de l'urbanisme, correspond à ce pourquoi une construction est édifiée, la destination figurant parmi les éléments que doit indiquer la demande de permis de construire. L'usage des bâtiments correspond à un élément de fait, relatif à ce à quoi un immeuble est utilisé. Le Code de l'urbanisme distingue neuf destinations différentes entre l'habitation, la résidence hôtelière, le bureau, le commerce, l'artisanat, l'industrie, la fonction d'entrepôt, l'exploitation agricole ou forestière, ou les constructions et installations nécessaires aux services publics ou d'intérêt collectif ». On le voit, la transposition des règles est ici inopérable. Si l'on s'en tient à la simple pratique constitutionnelle qui fait varier celles-ci sans les modifier, nul besoin d'autorisation (délivrance d'une non-opposition à déclaration préalable ou d'un permis de construire, ce avec ou sans travaux). La coutume constitutionnelle permet parfois, certes, d'éclairer ces variations non-écrites, et l'on renverra sur ce point aux différents cours professés, en première année, en la matière, et aussi au *Traité international de droit constitutionnel* – le tome 1 – paru chez Dalloz en 2012, disponible à la bibliothèque de Vaugirard, notamment.

Alors, que penser d'un « changement » – au sens vulgaire – de constitution pour passer à la VIe République qui, dans ses diverses versions, est l'auberge espagnole de tous les frustrés du pouvoir de tous bords qui rêvent d'une IVe dans la Ve ? La Ve République repose sur trois piliers. Le premier est l'élection du président de la République au suffrage universel direct – malgré, hélas, le quinquennat – sur laquelle personne ne veut revenir en réalité. Le second consiste dans le parlementarisme rationalisé – sur lequel chaque étudiant(e) doit s'attendre à être interrogé(e) – et qui existe dans d'autres démocraties comme la

[1] Cons. const. 8 janv. 2009, nº 2008-573 DC.
[2] Cons. const. 30 juill. 2010, nº 2010-14/22 QPC, *Daniel W. et a*.
[3] Cons. const. 8 avril 2011, nº 2011-120 QPC, *M. Ismaël A*.

RFA, soit des mécanismes qui assurent au gouvernement, faute de majorité parlementaire absolue ou tout simplement divisée, la possibilité d'appliquer son programme tant qu'une alliance cohérente ne s'est pas formée pour mettre en cause son existence (premier semestre). Le troisième pilier du régime, même s'il n'est pas constitutionnel, est le scrutin majoritaire, même aménagé.

Alors, pourquoi changer ? Le mieux est de rester soi-même, en toutes circonstances, sauf exception(s).

27. Contentieux constitutionnel

Le changement en contentieux constitutionnel

Guillaume Drago
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques

Qu'est-ce qui a changé en contentieux constitutionnel ? La QPC bien sûr ! La réponse paraît évidente, tant la fameuse « question prioritaire de constitutionnalité » ou QPC, selon l'inélégant acronyme, a modifié les grands équilibres normatifs et juridictionnels. À tel point que, pour certains, on peut se demander ce qu'était le droit constitutionnel avant la QPC.

Gardons-nous cependant d'un enthousiasme excessif et prenons une certaine distance avec ce changement. Car, quel est ce changement, en réalité ?

I. Un changement procédural majeur

La question prioritaire de constitutionnalité crée une nouvelle voie de droit permettant à un justiciable de contester, dans un litige de droit commun devant une juridiction administrative ou judiciaire, la loi applicable au litige auquel il est partie.

Ce que le droit français interdisait formellement depuis la Révolution est aujourd'hui possible : devant tout juge du fond comme devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, une partie à un litige peut mettre en cause la constitutionnalité de la loi, pourvu qu'elle soit applicable au litige, qu'elle n'ait pas été déjà examinée par le Conseil constitutionnel et que le moyen ait un caractère sérieux ou pose une question nouvelle. Ce changement est majeur parce qu'il modifie profondément la conception des normes de référence du procès ordinaire.

Jusqu'à la QPC, le juge était, au sens large, un juge de la légalité de la situation juridique qui lui était soumise. La loi était son seul horizon, sa ligne de conduite, sa référence ultime. Certes, les normes internationales formaient, depuis longtemps, un autre horizon, devenu plus proche depuis que nos deux cours suprêmes, administrative et judiciaire, avaient accepté d'en faire des normes de référence prenant le pas sur la loi française. On le constate tous les jours à propos de la Convention européenne des droits de l'homme ou des traités de l'Union européenne. Mais la Constitution restait en dehors de ces contentieux ordinaires car, disaient les juges ordinaires, juger la loi reviendrait à se faire législateur, ce que la séparation des pouvoirs interdit. Ce tabou est tombé en 2008, avec la révision constitutionnelle créant la question prio-

ritaire de constitutionnalité par l'article 61-1 de la Constitution[1].

II. Un changement normatif ? Plutôt une remise à l'endroit de l'ordre juridique

Mais, en réalité, ce changement procédural majeur ne fait que remettre les choses à l'endroit. La Constitution redevient la norme de référence principale, en prenant le pas sur les normes internationales et européennes. Cette remise à l'endroit est bien volontaire, d'où le nom de « prioritaire » donné à cette question incidente de constitutionnalité, prioritaire justement sur les normes internationales. Il s'agit alors, pour le juge ordinaire devant lequel sont soulevées des questions incidentes de constitutionnalité et de conventionnalité, de traiter en priorité les questions de constitutionnalité.

Cette priorité des questions de constitutionnalité est le fruit de la volonté du législateur organique qui a inscrit, dans la loi organique du 10 décembre 2009[2], le principe de cette priorité, souligné par le Conseil constitutionnel lui-même à l'occasion du contrôle obligatoire de cette loi organique[3], rappelant que « *en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ; ainsi, elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 aux termes duquel : ''La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007'' »*.

Certes, on sait aussi que, sur cette question, la Cour de cassation a sollicité la Cour de justice de l'Union européenne par une question préjudicielle portant justement sur ce caractère prioritaire de la QPC[4]. La Cour de justice y a répondu par une décision du 22 juin 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli*[5] permettant la compatibilité des deux contrôles, de constitutionnalité et de conventionnalité, tout en sauvegardant la possibilité, ou le devoir pour les cours suprêmes nationales, de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. La Cour rappelle ainsi l'exigence du droit de l'Union permettant à tout juge national de la saisir, nonobstant l'existence d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité telle que la QPC. La priorité d'examen de la question de constitutionnalité ne doit en aucun cas empêcher le juge national de saisir la CJUE d'une question préjudicielle. La Cour confirme

[1] Article 61-1 de la Constitution : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.* »

[2] Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, modifiant l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JO* du 11 décembre 2009, p. 21379. L'article 23-2 de l'ordonnance organique précise en effet que « *En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.* » La même disposition est inscrite à l'article 23-5 pour le Conseil d'État et la Cour de cassation.

[3] Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, § 14.

[4] Cass., formation spéciale QPC, 16 avr. 2010, *Melki* et *Abdeli* (deux arrêts).

[5] CJUE 22 juin 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10 : « *l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles.*
En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :
– de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
– d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et
– de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.
Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union » (§ 57).

aussi que le juge national doit conserver ce pouvoir de saisine, au moment qui lui paraît nécessaire, ainsi que d'adopter toute mesure provisoire permettant la protection d'un droit de l'Union, enfin d'écarter la loi nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union, y compris après un contrôle incident de constitutionnalité.

Dans le même temps, le Conseil constitutionnel[6] et le Conseil d'État[7], opportunément saisis des mêmes problématiques, avaient statué en reconnaissant que le caractère prioritaire de la QPC ne devait pas empêcher les juridictions tant administratives que judiciaires d'exercer leur possibilité de recours préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Ainsi, du point de vue procédural, QPC et renvoi préjudiciel devant la Cour de justice peuvent coexister. Bien plus, la signification de ces jurisprudences est que le contrôle de conventionnalité demeure au profit des juges ordinaires administratifs et judiciaires, alors que le contrôle de constitutionnalité organisé par la procédure de QPC relève de la seule compétence du Conseil constitutionnel. Ce débat relatif à la coexistence des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité a permis d'affermir la position du Conseil constitutionnel comme seul juge de la constitutionnalité.

Cette conclusion est plus que procédurale. La QPC vient ainsi opérer deux renforcements majeurs. D'une part, elle replace clairement la Constitution au sommet de l'ordre juridique français. D'autre part, elle fait bien du seul Conseil constitutionnel l'autorité chargée de se prononcer, par une décision aux effets *erga omnes*, sur la constitutionnalité d'une disposition législative. En effet, les pouvoirs des juges ordinaires ne leur permettent pas de se prononcer expressément sur la constitutionnalité de la loi dont la QPC conteste la conformité à la Constitution. Ils doivent se limiter à l'examen des conditions posées par la loi organique du 10 décembre 2009 : applicabilité au litige de la disposition législative, vérification du non-déjà jugé par le Conseil constitutionnel, moyen sérieux et/ou question nouvelle, cette alternative étant d'ailleurs réservée au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Certes, l'enjeu actuel de l'examen des QPC par les juges ordinaires, notamment nos deux cours suprêmes, est bien de savoir si cet examen préalable de conformité à la Constitution ne les transforme pas, *nolens volens*, en juge « négatif » de la constitutionnalité, ou en juge « tout court » de la constitutionnalité de la loi. La reconfiguration des questions posées, la définition de leur périmètre par ces juges ordinaires, l'examen au fond que réclament les critères d'appréciation des questions posées, conduisent ces juges à ne pas rester à la surface des choses. Les habitudes constitutionnelles se prennent vite...

Le changement en contentieux constitutionnel est donc peut-être plus profond que ne le laissent voir les procédés d'examen des QPC, volontairement limités par le législateur organique qui a organisé la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. On assiste ainsi à un phénomène d'acculturation des juges administratifs et judiciaires aux problématiques constitutionnelles, à l'inclusion de ces problématiques dans le système juridictionnel français[8].

III. Changement dans le contrôle de constitutionnalité ?

En considération de tous ces éléments, y a-t-il un changement dans l'exercice même du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel ?

Sur le plan procédural, le changement est évident. Là où la procédure de contrôle *a priori* de constitutionnalité limite le contradictoire à un minimum décevant, parce que ce contrôle s'inscrit dans un processus de confection de la loi qui ne fait intervenir que des acteurs constitutionnels – parlementaires saisissants, Gouvernement – la procédure de QPC conduit des particuliers, et leurs avocats, devant le Conseil constitutionnel. Certes, le contradictoire reste encore limité ; il

[6] Cons. const., nº 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

[7] CE 14 mai 2010, *Rujovic*, nº 312.305. Ainsi, le Conseil d'État énonce clairement que les dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958, fixant les conditions d'examen d'une QPC par le Conseil d'État « *ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de la procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout moment, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne* ».

[8] C'est l'objet d'une thèse soutenue récemment : Marie Veniant, *Question prioritaire de constitutionnalité et système juridictionnel*, thèse Paris II, nov. 2014.

n'y a pas de débat oral devant le Conseil mais la juxtaposition d'argumentaires ; cependant la contradiction est bien réelle, écrite et orale.

Concernant la jurisprudence et son évolution, la procédure de QPC recèle quelques éléments qu'il faut souligner. D'abord, les normes constitutionnelles de référence ne sont pas tout le bloc de constitutionnalité. L'article 61-1 de la Constitution ne fait référence qu'aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* », ce qui est plus restreint que l'ensemble des normes de valeur constitutionnelle. Et il revient au seul Conseil constitutionnel de définir le champ de ces droits et libertés garantis par la Constitution, ce qui lui laisse une large marge d'appréciation. De ce point de vue, cette prérogative donnée au Conseil renforce son autorité en tant qu'interprète privilégié de la Constitution.

Mais il faut aussi constater une forte identité de jurisprudence entre les contrôles *a priori* et *a posteriori*. Sur le fond, la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel a permis d'apurer certaines dispositions législatives qui étaient contestées sur le plan des garanties constitutionnelles, telles celles relatives à la garde à vue, à l'hospitalisation d'office... Il ne s'agit pas ici d'en faire la description. On peut constater cependant que les principes constitutionnels mis en œuvre et l'interprétation qui en est faite par le Conseil constitutionnel ne sont pas différents de ce qu'il a pu faire dans le contrôle *a priori*. Il y a une recherche de forte identité de jurisprudence entre les deux contrôles. Ainsi, les évolutions jurisprudentielles ne sont pas l'essentiel du changement en contentieux constitutionnel.

Pour conclure, le changement produit en contentieux constitutionnel par la création de la question prioritaire de constitutionnalité modifie les grands équilibres des relations entre les ordres juridictionnels administratif et judiciaire et le Conseil constitutionnel. La procédure de QPC crée ce lien qui manquait entre le Conseil et nos deux ordres juridictionnels, même si elle ne fait pas du Conseil une cour suprême ayant autorité sur les décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Ce n'est pas le sens de cette procédure de QPC. Mais ce lien d'autorité reste de principe, avec l'article 62 de la Constitution selon lequel « *les décisions du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Ce qui est, en l'état, un principe, pourrait-il devenir une obligation concrète ? L'avenir le dira.

28. Droit administratif

Le changement et les actes administratifs unilatéraux

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

Dans une perspective juridique, étudier le changement des actes administratifs unilatéraux, c'est évidemment étudier le droit de leur changement. Il s'agit alors de déterminer à quelles conditions, les autorités administratives compétentes ont le droit – voire l'obligation – de modifier les actes unilatéraux qu'elles ont antérieurement édictés. Bien qu'ainsi affinée, la question appelle deux précisions complémentaires.

D'abord, seuls les actes administratifs unilatéraux décisoires sont visés par l'encadrement juridique de leur évolution. En effet, c'est uniquement lorsque l'acte est susceptible de déployer des effets de droit sur d'autres personnes que son auteur qu'il peut être nécessaire de poser des limites à la capacité de celui-ci de le modifier. En revanche, un acte administratif unilatéral non décisoire, à l'instar d'une circulaire non impérative, peut être librement modifié puisqu'il ne déploie aucun effet de droit par lui-même.

Ensuite, le changement affectant un acte juridique peut revêtir des modalités variées que l'on peut classer en deux catégories. La première, la plus fournie, rassemble les hypothèses dans lesquelles l'auteur de l'acte décide de le faire évoluer pour lui donner un autre contenu ou une autre portée. Cette modification peut être réalisée par le simple ajout d'un élément relatif à son contenu ou à son champ d'application (matériel, géographique ou temporel). Elle peut aussi résulter d'une décision plus complexe associant la suppression d'un élément de l'acte et son remplacement par un autre. L'ajout se combine alors avec une abrogation, c'est-à-dire avec la décision de faire disparaître l'élément concerné pour l'avenir. La modification peut enfin consister en l'abrogation d'un élément de l'acte antérieur sans pourvoir à son remplacement. L'acte persiste globalement mais son contenu ou sa portée est désormais différent.

La seconde catégorie de changements susceptibles d'affecter un acte est composée d'une seule variété, plus radicale : c'est la disparition totale de l'acte qui procède de son retrait. En ce cas, l'acte ne disparaît pas que pour l'avenir mais également pour le passé. Son auteur décide de remettre l'ordonnancement juridique dans l'état dans lequel il était à l'instant qui a précédé l'édiction de l'acte en cause.

Ainsi plus strictement délimitée, la question du droit du changement des actes administratifs unilatéraux présente des traits bien connus qui en font un véritable pont-aux-ânes de la discipline. Le régime du retrait et de l'abrogation des décisions administratives est, en effet, l'un des éléments centraux du cours de droit administratif général que tout étudiant de deuxième année est censé maîtriser. Il est vrai que le thème est des plus classiques, notamment parce qu'il illustre parfaitement la constante recherche, en droit administratif, d'un équilibre entre la poursuite de l'intérêt général et la protection des droits des individus.

Car la décision de changer un acte qui déploie des effets sur d'autres que son auteur confronte immédiatement à la question de savoir si les tiers concernés n'ont aucun droit à opposer à cette modification. La difficulté de la réponse à cette interrogation est attestée par deux constats. D'abord, l'état du droit administratif français en la matière ne brille pas par sa simplicité. Ensuite, cette complexité a suscité, depuis une quinzaine d'années, d'assez sensibles évolutions, lesquelles n'ont guère contribué hélas à son amélioration.

En dépit de ces changements récents, le droit du changement des actes administratifs unilatéraux ne semble donc pas parvenu à un équilibre parfaitement satisfaisant entre les préoccupations contradictoires que sont le progrès de la règle juridique et la défense des droits nés antérieurement. Certains aspects de la question paraissent certes désormais correctement traités. D'autres méritent assurément d'être retouchés sans qu'il soit toujours aisé d'identifier les solutions les plus pertinentes.

I. Les aspects du droit du changement des actes unilatéraux à ne pas changer

Il est des principes simples, clairs et parfaitement adaptés à leur objet qu'on ne saurait remettre en cause. Parmi eux figure sans aucun doute celui selon lequel l'autorité réglementaire a la possibilité de faire évoluer librement les actes réglementaires en vigueur. Cette liberté est le pendant, dans la sphère réglementaire, du principe équivalent régissant la sphère législative et que les révolutionnaires avaient magnifiquement exprimé : « *une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* »[1]. L'acte réglementaire doit pouvoir être modifié librement par son auteur pour l'adapter aux évolutions des temps, des mœurs voire des majorités politiques. Son changement est donc libre, ce qui permet par exemple d'abroger un tel acte avant même la date limite initialement fixée pour la cessation de ses effets[2] voire avant même qu'il n'ait commencé à déployer ses effets[3].

La pertinence de la transformation de cette faculté en une obligation, lorsque l'acte est illégal depuis son origine ou en raison d'une évolution postérieure des circonstances de fait ou de droit, est également certaine. Née d'une heureuse initiative jurisprudentielle[4], ultérieurement développée[5], cette solution assure le rétablissement de la légalité lorsqu'elle a été ignorée par un acte réglementaire. En subordonnant cependant la naissance de l'obligation d'abroger à l'existence d'une demande d'abrogation, le juge administratif a fait preuve de son remarquable pragmatisme : outre qu'il ne saurait être exigé de l'administration qu'elle s'assure en permanence de la persistance de la légalité de tous les actes réglementaires en vigueur, lui poser une obligation d'abrogation spontanée des règlements illégaux ne pourrait être sanctionné qu'après qu'un administré, auquel le maintien de l'acte illégal aurait porté préjudice, en aurait demandé l'indemnisation et, en cas de refus, saisi un juge. Bref, l'obligation d'abroger sur demande les actes réglementaires illégaux et l'obligation de les abroger spontanément reposent sur un scénario similaire supposant l'intervention d'un administré et reposant, *in fine*, sur la saisine du juge administratif... C'est pour ne pas l'avoir compris que le législateur a inconsidérément élargi la jurisprudence *Compagnie Alitalia* à l'abrogation spontanée[6]. Il ne faut pas s'étonner de ce que l'obligation ainsi créée n'ait guère été opposée à l'administration...

L'état du droit relatif à l'abrogation des actes non réglementaires non créateurs de droits est assez proche de celui régissant celle des actes réglementaires. Il emporte donc la conviction aussi bien en ce qu'il accorde à l'autorité compétente la faculté d'abroger de tels actes à tout moment et pour tout motif qu'en ce qu'il transforme cette faculté en une obligation[7]. Mais celle-ci est enserrée en des conditions bien plus restrictives qu'à l'égard des actes réglementaires : d'une part, l'obligation n'existe que si les actes non réglementaires non créateurs de droits ne sont pas devenus définitifs ; d'autre part elle ne permet de sanctionner que leurs illégalités nées d'un changement de circonstances et non leur illégalité initiale. Ces restrictions résultent des conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires. Le lien entre les deux mécanismes s'explique par le fait que la

[1] Art. 28 de la Déclaration des droits du 24 juin 1793.
[2] CE Sect. 27 janv. 1961, *Vannier*.
[3] CE Sect. 29 mars 2000, *Fédération nationale des syndicats dentaires*.
[4] CE Sect. 10 janv. 1930, *Despujol*.
[5] CE Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*.
[6] Art. 1er de la loi no 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.
[7] CE Sect. 30 nov. 1990, *Association Les Verts*.

démonstration de l'obligation d'abroger un acte passe par la démonstration, par voie d'exception, de son illégalité. Or l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire (qu'il soit ou non créateur de droits) n'est admise que tant qu'il n'est pas définitif. Mais dans la mesure où cette considération n'a pas lieu d'être à l'endroit d'un acte non créateur de droits, il serait envisageable d'abandonner cette condition et d'aligner les conditions de l'obligation d'abroger les actes non réglementaires non créateurs de droits sur celles concernant les actes réglementaires.

Il est encore un principe satisfaisant du droit du changement des actes administratifs unilatéraux. Il régit les conditions de retrait et d'abrogation des actes créateurs de droits (qui ne peuvent être que des actes individuels) et n'a été établi qu'assez récemment : l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale[8]. Mettant un terme aux subtilités excessives auxquelles avait abouti le dispositif antérieur[9], cette solution simple assure un juste compromis entre le respect de la légalité et la nécessaire stabilité des situations juridiques. Ce d'autant qu'il est réservé la possibilité de dispositions législatives ou réglementaires particulières et le droit, pour le bénéficiaire de la décision, de demander son retrait ou son abrogation hors délai et même si elle n'est pas illégale, à la condition toutefois que cela ne porte pas atteinte aux éventuels droits des tiers[10]. Nous verrons cependant qu'en dépit de la formulation générale du principe, l'état du droit concernant l'abrogation des actes créateurs de droits est plus complexe qu'il n'y paraît.

Avant de s'y intéresser et pour achever cette évocation sommaire des principes pertinents du droit du changement des actes administratifs unilatéraux, il convient de mentionner une autre innovation prétorienne récente. Le Conseil d'État a consacré l'obligation pour le pouvoir réglementaire d'assortir de dispositions transitoires l'entrée en vigueur de nouvelles normes modifiant sensiblement l'état du droit et imposant des adaptations importantes de la part de leurs destinataires[11]. Il a ce faisant pris acte de ce que le changement du droit, même s'il ne remet pas en cause des situations juridiques antérieures, contrarie parfois excessivement les prévisions des individus. Il est en ce cas sage de leur accorder un certain temps pour se mettre en conformité avec les nouvelles règles applicables. L'insertion de dispositions transitoires encadrant l'entrée en vigueur de la nouvelle règlementation atténue l'effet perturbateur de tout changement du droit. Il n'en reste pas moins difficile d'identifier le seuil au-delà duquel des dispositions transitoires sont nécessaires. Cette incertitude s'avère paradoxalement bénéfique : la crainte de voir son acte annulé faute d'être accompagné de mesures transitoires ne peut qu'inciter l'autorité réglementaire à en prévoir même en des hypothèses dans lesquelles le juge administratif ne les aurait peut-être pas estimées indispensables...

Aussi opportunes que soient les diverses solutions présentées jusqu'à présent, elles n'échappent pas à tout reproche. Certains ont été précédemment mentionnés, d'autres seulement annoncés. Par ailleurs, il apparaît que la matière a connu des évolutions récentes et donc une regrettable instabilité. Bien qu'il soit paradoxal de prétendre y ajouter, il s'avère impossible de cacher que certains aspects du droit du changement des actes unilatéraux appellent quelques retouches.

II. Les aspects du droit du changement des actes unilatéraux à changer

Le droit du changement des actes administratifs unilatéraux manque d'unité et souffre d'une excessive subtilité. Le régime du retrait et de l'abrogation des actes administratifs unilatéraux le manifeste à deux égards.

Sur un plan particulier, deux exemples en attestent. En premier lieu et comme cela a déjà été suggéré, les règles régissant l'abrogation des actes créateurs de droits illégaux sont plus complexes que le principe présenté précédemment peut le laisser croire. Si le juge administratif affirme en effet que l'autorité compétente ne peut relever le défaut initial de l'une de leurs conditions d'édiction, plus de quatre mois après leur signature, il admet en revanche qu'il peut lui incomber de tenir compte de l'intervention de circonstances ultérieures par l'effet desquelles les conditions posées au bénéfice de

[8] CE Ass. 26 oct. 2001, *Ternon*.
[9] CE 3 nov. 1922, *Dame Cachet*.
[10] CE 2 févr. 2001, *Société TV Numeric*.
[11] CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*.

l'acte cessent d'être remplies[12]. En ce cas, l'abrogation peut être légalement prononcée plus de quatre mois après la signature de l'acte. Mais encore faut-il que l'acte créateur de droits n'ait pas produit ses effets de manière instantanée, à l'exemple d'un permis de conduire. Nul n'accepterait évidemment de se voir privé du droit de conduire en raison d'un renforcement ultérieur des conditions pour l'obtenir. En d'autres termes, seules les opérations continues sont susceptibles d'être affectées par les évolutions des circonstances postérieures à leur édiction. La question est donc alors de savoir distinguer les opérations uniques des opérations continues. Or le juge administratif statue au cas par cas, au hasard des espèces dont il est saisi et il est bien délicat de déterminer le critère de cette distinction...

En second lieu, l'obligation d'abroger les actes réglementaires en cas de changement de circonstances n'apparaît en réalité qu'en présence d'un changement de circonstances de droit. Il est indéniable que c'est le plus aisé à constater : la caractérisation de l'illégalité acquise d'un règlement par l'apparition d'une nouvelle norme supérieure avec laquelle il est en contradiction est relativement aisée. Elle présente surtout l'avantage d'être objective. La chose est certainement plus délicate lorsque c'est un changement des circonstances de fait qui est allégué rendre un règlement illégal. Sans doute, les jurisprudences *Despujol* et *Compagnie Alitalia* précitées présentent-elles comme équivalents les deux types de changements de circonstances. Pour autant, leur mise en œuvre présente une différence sensible : le juge administratif n'accepte de considérer qu'un changement dans les circonstances de fait n'entraîne l'illégalité d'un règlement qu'à des conditions particulièrement strictes. Il considère en effet qu'en matière économique, et plus généralement dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait, un tel changement ne peut entraîner l'illégalité d'un acte réglementaire que s'il revêt le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique[13]. Chacun comprend que l'appréciation de l'incidence d'un changement de circonstances de fait sur la légalité d'une réglementation est particulièrement délicate. Fortement empreinte de subjectivité, cette appréciation frise l'opportunité. La volonté du juge de réduire ce cas de figure uniquement aux bouleversements imprévisibles des circonstances de fait, repose sur une prudence fondée sur le respect de la séparation des pouvoirs. Ne serait-il pas possible cependant d'en assouplir les conditions ? Serait ainsi plus largement ouverte la porte entrebâillée dès 1930 et autorisé l'adaptation de la réglementation en vigueur aux évolutions des temps que tous les gouvernements et toutes les majorités parlementaires appellent de leurs vœux depuis fort longtemps. Autoriser les individus ou les groupements intéressés à identifier puis à porter la demande d'abrogation des actes réglementaires obsolètes favoriserait probablement bien mieux ce résultat que les maladroites lois de simplification adoptées ces dernières années. Le contrôle du juge sur la réponse donnée par l'administration à ces demandes fournirait un indispensable garde-fou, à condition de ne plus être, comme c'est actuellement le cas, un véritable verrou.

Sur un plan général, le régime du retrait et de l'abrogation des actes administratifs unilatéraux manque singulièrement de la cohérence qui assure à la règle de droit sa simplicité. Cela a été souligné, ce régime varie selon que l'acte est réglementaire ou non et, dans ce dernier cas, selon qu'il est créateur de droits ou non. Ces variations découlent certes des caractères différents des actes en cause qui justifient le déplacement du point d'équilibre entre le respect de la légalité et la protection des droits nés des décisions administratives. Mais, comme vient de le révéler l'exposé du régime de l'abrogation des actes créateurs de droits, l'impossibilité de les traduire en un critère abstrait opératoire semble le signe d'un excessif raffinement. Comment d'ailleurs pourrait-il en aller autrement puisque le droit du retrait et de l'abrogation des actes administratifs unilatéraux est le fruit d'une improbable combinaison de textes législatifs généraux[14] ou particuliers[15], de textes réglementaires, d'une

[12] CE Sect. 6 mars 2009, *Coulibaly*.
[13] CE 19 mai 2006, *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer*.
[14] Art. 23 de la loi du 12 avril 2000 : retrait des décisions implicites d'acceptation.
[15] Art. L 424-5 du code de l'urbanisme : retrait des autorisations d'urbanisme.

jurisprudence contemporaine générale[16] n'ayant pas complètement marqué l'abandon de la jurisprudence générale antérieure[17] laquelle sert à combler l'angle mort de cet assemblage[18] ?

L'état du droit est d'une trop grande complexité. L'espoir qu'il connaisse enfin une unification simplificatrice renaît depuis que la question a été intégrée au champ du futur (ou hypothétique ?) code des relations entre le public et les administrations. À l'égard des actes créateurs de droits, la généralisation d'un délai fixe de retrait ou d'abrogation, décompté à partir de l'apparition de la décision, semble la solution la plus simple et pertinente. Ce délai pourrait être prolongé, en cas de recours contentieux, jusqu'à la fin de l'instance. De cette façon, un compromis relativement satisfaisant pourrait être trouvé entre les jurisprudences *Dame Cachet* et *Ternon*.

Un dernier élément du droit du changement des actes administratifs unilatéraux suscite l'interrogation. Il s'agit du mécanisme de l'abrogation implicite grâce auquel, sans qu'elle l'ait explicité, une norme nouvelle, inconciliable avec des normes antérieures, est considérée comme les abroger mécaniquement par sa seule édiction. Ce mécanisme est assurément précieux pour le fonctionnement global du système juridique : il permet de pallier l'incurie ou la négligence des autorités normatives en garantissant la cohérence de l'ensemble des normes en vigueur. Sa mise en œuvre concrète n'en est pas moins parfois particulièrement troublante tant elle heurte la sécurité juridique. Un arrêt a notamment révélé[19] qu'était appliquée depuis soixante ans une norme abrogée implicitement depuis cinquante-neuf ans... S'il est impossible de se passer de ce mécanisme expédient, il conviendrait d'en améliorer les modalités. Son défaut ontologique et essentiel réside dans le caractère implicite de l'abrogation d'un texte en vigueur. Un autre de ses défauts résulte du fait que l'abrogation implicite n'est elle-même officialisée que par son constat juridictionnel. Or les décisions de justice ne donnent pas lieu à une publicité telle qu'il soit certain que toutes les personnes intéressées sont informées de ce qu'un texte doit être considéré comme abrogé. Sur ce point, une amélioration peut aisément être obtenue en exigeant la publication de la décision juridictionnelle (ou d'un extrait) dans les mêmes conditions que celle de l'acte dont elle relève l'abrogation implicite. Un tel dispositif existe pour les annulations de décrets réglementaires qui sont publiées sous forme d'un extrait paraissant au Journal officiel. Il pourrait aisément être étendu aux cas des abrogations implicites puisqu'il soulève la même difficulté. Mais cette amélioration de la publicité du constat de l'abrogation implicite ne suffirait à remédier au problème principal : le caractère implicite de l'abrogation au moment même où elle se produit. Cette difficulté étant logiquement insoluble, tout au plus est-il possible d'espérer en diminuer les hypothèses d'apparition. En d'autres termes, l'effort doit porter sur la diminution des cas d'abrogation implicite. Elle pourrait être favorisée en exigeant de l'autorité s'apprêtant à édicter une norme nouvelle qu'elle effectue une recherche minutieuse des actes devant être explicitement abrogés. C'est un des enjeux des études d'impact auxquels le droit français peine à s'astreindre. S'il est sans doute vain d'en attendre l'abrogation systématique de tous les actes antérieurs inconciliables avec la norme nouvelle, du moins l'identification des principaux d'entre eux améliorerait-elle la cohérence de l'ordonnancement juridique. Pour le reste, l'élargissement au constat des abrogations implicites de l'obligation d'abroger les actes illégaux garantirait un toilettage plus rapide de celui-ci.

Car en matière de changement des actes administratifs unilatéraux, comme ailleurs, ce qui va sans dire, va mieux en le disant.

[16] CE Ass. 26 oct. 2001, *Ternon*, préc. : retrait et abrogation des actes créateurs de droits explicites.

[17] CE 3 nov. 1922, *Dame Cachet*.

[18] CE 26 janv. 2007, *SAS Kaefer Wanner* : retrait et abrogation des décisions implicites de rejets créatrices de droits.

[19] CE Ass. 16 déc. 2005, *Ministres des affaires sociales, du travail et de la solidarité*.

29. Droit de la responsabilité administrative

Le changement de la responsabilité administrative ?

Didier Truchet
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Vue de loin, la responsabilité administrative semble avoir quelque chose d'immuable. Ses sources restent dominées par la jurisprudence du Conseil d'État. En cela, la matière est fidèle aux origines du droit administratif : la décision *Blanco* du Tribunal des conflits (8 février 1873) avait été rendue à propos de la responsabilité de l'État. L'intervention du législateur demeure exceptionnelle, quoique de plus en plus fréquente. Il ne remet pas en cause les principes prétoriens dans leur champ d'application, mais crée des règles, des institutions et des procédures spéciales d'indemnisation qu'un juge ne pourrait pas inventer. La responsabilité administrative est moins irriguée que le reste du droit administratif par la jurisprudence constitutionnelle, le droit de l'Union européenne ou celui de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Elle est toujours une mosaïque de régimes de taille et de nature très variées. Les pièces peuvent changer, disparaître ou apparaître, mais l'impression d'ensemble, celle de la diversité, reste la même.

Elle est massivement réglée par le droit administratif et appréciée par le juge administratif. La jurisprudence *Bergoend* contre *ERDF Annecy Léman*[1] vient de réduire le nombre de cas dans lesquels le juge judiciaire peut condamner une personne publique à réparer les conséquences d'une voie de fait. Le législateur ne se risque plus guère à des rectifications de frontière contentieuse comme il l'avait fait en faveur du juge judiciaire en 1937 avec la « responsabilité des instituteurs » ou en 1957 avec les accidents de véhicules. Il est significatif que la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (« Loi Kouchner ») qui instaure un régime de réparation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales commun à la médecine libérale et à la médecine hospitalière publique, ne touche pas aux compétences respectives des juridictions judiciaires et administratives. Cepen-

[1] TC 17 juin 2013.

dant, la loi du 5 juillet 2011 donne compétence au juge judiciaire pour connaître des décisions administratives relatives aux hospitalisations sans consentement et réparer le préjudice qui peut résulter de leur illégalité[2].

Vue de près, la responsabilité administrative change en revanche, et change vite, au point d'affecter la notion elle-même (j'y reviendrai). La Doctrine qui l'avait un peu délaissée sauf quelques spécialistes éminents, lui consacre davantage d'attention. Je n'en donne que trois exemples *in house,* des thèses tout récemment soutenues dans notre université et publiées :

– Benoît Camguilhem, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif* (Dalloz, 2014) ;

– Thibaut Leleu, *Essai de restructuration de la responsabilité publique – À la recherche de la responsabilité sans fait* (LGDJ, 2014) ;

– Alice Minet, *La perte de chance en droit administratif* (LGDJ, 2014).

Je me bornerai à évoquer la responsabilité extracontractuelle. En effet, la responsabilité contractuelle des personnes publiques a peu changé, pour autant qu'on le sache, car sa réalité concrète est difficile à connaître. Le contentieux est rare, pour bien des raisons : les contrats administratifs sont très précis sur les droits et obligations des parties et prévoient leur propre mécanisme de correction ; l'Administration contractante tire de ses prérogatives générales et des stipulations des contrats, des pouvoirs de direction et de contrôle qui lui permettent d'assurer sans recourir au juge, la bonne exécution des obligations de l'autre partie ; cette dernière dispose quant à elle, de fortes garanties contre les errements fautifs de l'Administration ; l'habitude de négocier entre partenaires qui se connaissent bien, et les procédures dites « alternatives » de règlement des différends, rendent en général inutile le recours au juge. Cependant, le profond bouleversement que vient de connaître l'office du juge du contrat administratif, lui donne des pouvoirs nouveaux d'indemnisation à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, mais il est trop tôt pour savoir s'il sera souvent amené à en faire usage et comment il le fera. De toute manière, il ne faut pas oublier qu'une part très importante des contrats des personnes publiques est soumise au droit privé et à la compétence du juge judiciaire : elle échappe donc à mon propos.

Celui-ci présentera d'abord une tendance générale, historique mais plus actuelle que jamais, à une indemnisation plus large des victimes. Cette tendance s'exprime techniquement dans les trois aspects de la responsabilité administrative qui me semblent avoir le plus changé : la consolidation de la responsabilité pour faute de service simple en tant que régime de droit commun ; la recomposition des régimes d'indemnisation autour de trois pôles (responsabilité pour fait fautif de la personne publique, responsabilité pour fait non fautif de la personne publique et responsabilité sans fait de la personne publique) ; et une évolution sensible de l'appréciation du préjudice.

I. Un changement favorable à la victime

Toute l'évolution de la responsabilité administrative depuis le XIXe siècle s'est faite en faveur des victimes. Son champ s'est constamment élargi, d'abord à toutes les activités administratives, puis dans le deuxième tiers du XXe siècle, à des activités souveraines (la loi, la justice, les traités internationaux). Aujourd'hui, il semble que seules les opérations militaires extérieures lui échappent, sauf disposition législative expresse[3].

Le mouvement ne connaît pas de retour en arrière : je ne connais qu'un seul cas (commun aux droits privé et public et très discuté), dans lequel un dommage a cessé d'être indemnisable : l'anéantissement de la jurisprudence Perruche[4] mais aussi de la jurisprudence *CHR de Nice* contre *Époux Quarez*[5] par la loi Kouchner[6]. Désormais, un enfant handicapé ne peut plus être indemnisé par le juge « *du seul fait de sa naissance* », ni ses parents des « *charges particulières découlant, tout au long de sa vie, de ce handicap* », lesquelles sont compensées au titre de la solidarité nationale. Mais hors cette exception, la responsabilité administrative a constamment évolué dans le sens du « toujours plus » pour les victimes.

Ce qui change, c'est l'accélération et l'ampleur du mouvement. Il y a vingt ans, j'avais écrit un article intitulé « Tout dommage oblige la

[2] Art. L. 3216-1 CSP.
[3] CE 23 juill. 2010, *Société Touax*.
[4] C. cass. 17 nov. 2000.
[5] CE 14 févr. 1997.
[6] Art. L. 114-5 CASF.

personne publique à laquelle il est imputable à le réparer. À propos et autour de la responsabilité hospitalière »[7]. C'était une boutade et ça le reste, mais la réalité la rejoint progressivement, et pas seulement en matière hospitalière. La responsabilité administrative participe au grand mouvement sociologique en faveur des victimes.

À mes yeux, il est précisément daté : il naît avec cet ébranlement de tout notre droit qu'a été, en 1985, le scandale du sang contaminé. On s'est alors aperçu que les instruments classiques du droit civil, du droit pénal et du droit administratif ne permettaient pas d'apporter une réponse adaptée à la situation des victimes particulièrement « innocentes » si j'ose écrire, d'un dommage sériel. Ce mouvement a été relayé par l'attention accrue que le droit et le juge administratifs portent en tout domaine à la situation individuelle des personnes qui ont des relations avec les Administrations publiques, et à l'effectivité de leurs droits.

Les cas dans lesquels une personne publique doit assurer, d'une manière ou d'une autre, la réparation d'un dommage sont de plus en plus nombreux. On n'en est pas à l'indemnisation automatique de tout dommage : des victimes ou des personnes se prétendant victimes se heurtent encore – et légitimement – à des refus de l'Administration, des fonds, des assureurs ou du juge, lorsqu'elles ne remplissent pas les conditions requises. Mais on n'en est pas très loin ! Car l'opinion publique admet mal qu'un dommage ne soit pas réparé par son auteur ou par un tiers ; elle considère que les conséquences du coup du sort, du manque de chance, de la fatalité ne doivent pas être laissées à la seule charge de celui qui les subit : il faut toujours désigner sinon un coupable, du moins un responsable ou un indemnisateur ! C'est l'un des aspects du « modèle social français », auquel participent le droit administratif en général et ses différents régimes de responsabilité en particulier. Mais comme ce modèle lui-même, la générosité nouvelle de la responsabilité administrative n'excédera-t-elle pas un jour les moyens financiers de notre pays ?

Si les hypothèses d'indemnisation s'étendent, les causes d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité restent limitées : on ne cherche pas à compenser l'effet des premières par l'extension des secondes. Le juge administratif est toujours aussi réticent pour admettre la présence d'une faute de la victime dans le circuit causal d'un préjudice, comme d'ailleurs le fait du tiers ou la force majeure, le cas fortuit ayant de longue date déserté la jurisprudence.

Ce changement affecte la fonction même de la responsabilité administrative. Elle garde évidemment sa fonction indemnitaire fondamentale, sans doute aussi sa fonction pédagogique (du moins la responsabilité pour faute). En revanche sa fonction punitive me semble s'éroder au profit d'une fonction sociale assez récente : décerner à la victime un brevet de victime, la reconnaître comme telle et par là, lui conférer aux yeux de tous, une dignité particulière.

Il touche aussi au fondement de la responsabilité administrative. Celui-ci a alimenté dès les origines du droit administratif contemporain, un débat qui n'a pas cessé, entre la faute, l'égalité devant les charges publiques, le risque, la solidarité nationale ou l'équité. Ce débat essentiel m'a, je dois l'avouer, toujours paru un peu vain, ou en tout cas insoluble si l'on cherche une cause unique à toutes les obligations de réparer qui pèsent sur l'Administration. Benoit Camghilhem[8] propose une originale construction à deux niveaux : l'équité inspirerait tout le droit public de réparation des dommages ; en son sein, toute la responsabilité administrative (pour ou sans faute) aurait pour fondement la méconnaissance d'une obligation préexistante.

Mais faut-il encore se placer principalement du côté de l'Administration ? Le moment n'est-il pas venu de changer de bord et de partir du droit de la victime ? C'est parce que celle-ci a un droit à indemnisation que l'Administration doit réparation. Il me semble que c'est aujourd'hui ainsi que procède le juge : cette personne qui a subi un dommage, mérite-t-elle réparation dans les circonstances de l'espèce ? Si oui, quel est le régime de responsabilité qu'il convient de mettre en œuvre pour lui donner une satisfaction équitable ? Le législateur ne procède pas autrement lorsqu'il écrit par exemple : « *Ouvrent* ***droit*** *à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale* [...] »[9] ; « *Le refus de l'État de prêter son concours* [à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires] *ouvre* ***droit*** *à réparation* »[10] ; « *La personne qui a*

[7] *RDSS* 1993, p. 1 s.
[8] Thèse précitée.
[9] Art. L. 1142-1, II, CSP.
[10] Art. L. 153-1 C. procédures civiles d'exécution.

fait l'objet d'une détention au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement [...] *a* ***droit*** *à réparation intégrale* [...] » de la part de l'État[11]. De manière plus nuancée et plus fréquente, il écrit aussi que la « *personne peut obtenir réparation* ». Il y a incontestablement un changement de perspective dans la jurisprudence et la législation actuelles, de l'obligation de réparer vers un droit de la victime à réparation, qui deviendra peut-être le véritable fondement commun à toute la responsabilité administrative.

Quoiqu'il en soit, l'évolution en faveur de la victime vaut pour toute la suite de mon propos : elle inspire et explique les changements techniques divers dont je vais parler. Car pour atteindre cet objectif, le Conseil d'État et le législateur font flèche de tout bois.

II. La consolidation de la responsabilité pour faute simple comme régime de droit commun

La plus grosse pièce de la mosaïque, la responsabilité pour faute simple, a été confortée dans sa position de régime de droit commun de la responsabilité administrative, et simplifiée. Le législateur l'a confirmé pour la responsabilité médicale et hospitalière : les professionnels et établissements de santé « ***ne*** *sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic et de soins* ***qu'en*** *cas de faute* »[12]. Il s'agissait pour lui d'empêcher le juge administratif d'étendre en cette matière, la responsabilité sans faute, qui déplaisait fortement aux assureurs.

La jurisprudence du XXe siècle avait développé une distinction subtile entre la faute de service simple et la faute de service lourde, cette dernière étant exigée pour engager la responsabilité d'une personne morale de droit public du fait d'activités réputées particulièrement difficiles à exercer. Cette distinction avait très mal vieilli : incomprise par les victimes et par l'Administration, parfois injuste (dans son résultat ou dans son raisonnement) pour les deux, elle était devenue artificielle. En une vingtaine d'années à partir de 1992, le Conseil d'État y a sagement mis fin, au profit de la seule faute simple, désormais dénommée « *faute* » ou selon une formule que je trouve particulièrement heureuse, « faute de nature à engager la responsabilité » de la personne publique[13].

La faute lourde subsiste-t-elle ici ou là ? Oui, sans aucun doute lorsque le législateur l'exige, comme c'est le cas avec l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, pour la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice judiciaire. *Quid* de celui de la justice administrative, à laquelle le code de l'organisation judiciaire n'est pas applicable et en l'absence de disposition parallèle dans le code de justice administrative ? Dans sa décision *Darmont* du 29 décembre 1978, le Conseil d'État s'était aligné sur la faute lourde, mais dans sa décision *Ministre de la Justice* contre *Magiera* (28 juin 2002), il a opté pour la faute simple en présence de délai de jugement déraisonnable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. *Magiera* fait-elle exception à *Darmont* ou s'y substitue-t-elle ? En l'absence de réponse à ce jour du Conseil d'État, je parie pour la seconde hypothèse.

La question se pose aussi pour la responsabilité de l'État du fait du contrôle qu'il exerce sur les collectivités territoriales. Les dernières réponses du Conseil d'État sont assez anciennes. Le maintien de la faute lourde me semble probable, du moins lorsque le dommage a été causé à des tiers, par une faute de la collectivité, que l'État n'a pas empêchée. Il importe en effet que la responsabilité de ce denier ne soit pas trop aisément substituée à celle de la collectivité. C'est d'ailleurs en ce sens que vient de se prononcer la Cour administrative d'appel de Paris[14].

En revanche, un autre grand classique du droit de la responsabilité administrative a peu changé : la combinaison de la faute de service avec la faute personnelle de l'agent, soit par « cumul de fautes », soit par « cumul de responsabilités », soit en cas de « faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service ». On sait que ces combinaisons ont pour point commun de permettre à la victime de demander la réparation de l'entier dommage soit à la personne publique (qui a l'avantage d'être toujours solvable), soit à

[11] Art. 149 C. pr. pén.
[12] Art. L. 1142-1, I, CSP.
[13] Cf. la thèse de Benoit Delaunay, *La faute de l'administration*, LGDJ, 2007.
[14] CAA Paris, 18 mars 2014, *Commune de Vaux-le-Pénil*, *AJDA* 2014, p. 923, note L. Boissy.

l'agent[15]. Dans la période récente, le seul point notable est la réécriture très pédagogique du cumul de fautes par le Conseil d'État dans sa fameuse décision *Papon* du 12 avril 2002.

III. La recomposition des régimes de réparation des dommages

Autour de la responsabilité pour faute de service simple réaffirmée comme le vaisseau amiral de la responsabilité administrative, navigue une flottille d'esquifs plus ou moins frêles qui portent d'autres régimes. Sa composition est en plein changement.

La responsabilité des personnes publiques du fait des dommages causés par leur activité non fautive est un titre historique de gloire pour le droit administratif et une belle illustration de son réalisme et de son équité. Elle a été inventée par le Conseil d'État dès le 21 juin 1895 (arrêt *Cames*), développée par lui dans des directions variées, reprise par le législateur.

Mais elle a toujours été d'une part un régime exceptionnel par rapport à la responsabilité pour faute, d'autre part un régime de niches très diverses mais strictement circonscrites. Dans le deuxième tiers du XXe siècle, on avait pu la croire promise à un développement important. Il ne s'est pas vraiment produit (on a vu *supra* que la loi Kouchner l'avait empêché pour les dommages médicaux survenant dans les hôpitaux publics), mais les hypothèses d'application de la responsabilité sans faute ont évolué.

Elles se sont étendues envers les actes légaux de l'État, avec des décisions rares mais spectaculaires. La décision *Gardedieu* du Conseil d'État (8 février 2007) a ajouté à la jurisprudence *SA des produits laitiers « La Fleurette »* (14 janvier 1938) une nouvelle hypothèse de responsabilité du fait des lois : la méconnaissance par le législateur des engagements internationaux de la France. C'est une responsabilité sans faute atypique, et en l'espèce du moins (la validation par le législateur d'un règlement annulé par le juge administratif), destinée à éviter à la France une condamnation inévitable par la Cour européenne des droits de l'Homme (mieux vaut laver son linge sale en famille plutôt que laisser la lessiveuse strasbourgeoise le blanchir). Elle n'est sans faute que par fiction : il s'agit plutôt d'une faute innommée car innommable (le Conseil d'État ne voulant pas déclarer une loi fautive) car le législateur avait bel et bien manqué à ses obligations conventionnelles. Au demeurant, l'arrêt marque la différence avec *La Fleurette* en n'exigeant pas que la victime fasse la preuve d'un préjudice spécial et anormalement grave, habituellement requise pour l'application de la responsabilité sans faute. Mais les cas dans lesquels l'État a été condamné du fait d'une loi se comptent sur les doigts d'une main ; ils sont beaucoup moins nombreux que les condamnations de la France par les cours européennes au motif que sa législation manque soit au droit de l'Union européenne, soit à la Convention européenne des droits de l'Homme. Quelques auteurs s'interrogent sur l'éventualité d'une responsabilité sans faute de l'État du fait d'une règle constitutionnelle française.

Très remarquée comme une extension de la responsabilité sans faute de l'État du fait des traités et conventions internationales[16], la décision *Om Hashem Saleh*[17] l'a condamné à réparer un dommage qui trouvait sa source dans une coutume internationale dont le respect s'imposait bien sûr à lui. Mais il s'agit à nouveau d'une responsabilité rarement reconnue et qui vient d'être écartée lorsque « *le préjudice* [...] *trouve son origine directe dans le fait d'un État étranger* » et n'est pas détachable de la conduite des relations internationales[18].

Les hypothèses vraiment nouvelles de responsabilité sans faute nouvelles sont rares et très ponctuelles. Elles visent à contourner l'impossibilité, l'artificialité ou l'injustice (aussi bien pour la personne publique que pour la victime) de la responsabilité pour faute dans un cas donné : ainsi de la décision *Mme Bleitrach*[19] qui répare le préjudice moral subi par une avocate handicapée qui éprouvait des difficultés à accéder au Palais de Justice (l'État n'était pas fautif car il avait engagé un programme d'accessibilité qui n'était pas achevé).

J'ai l'impression que les belles heures de la responsabilité administrative sans faute sont derrière elle. Il est vrai qu'ici comme ailleurs,

[15] Dernier exemple : TC 19 mai 2014, *Mme B...*, *AJDA* 2014, p. 1010, obs. D. Poupeau.
[16] CE 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique*.
[17] CE 14 oct. 2011.
[18] CE 20 déc. 2013, *Mme A.* et a., *Droit adm.* avr. 2014, nº 28, note S. Ziani.
[19] CE 22 oct. 2011.

mes observatoires (la législation et la jurisprudence) n'en donnent qu'une vision limitée. Ainsi, on voit peu d'arrêts portant sur la réparation des refus légaux d'exécuter immédiatement les décisions de justice ordonnant l'expulsion de l'occupant d'un logement, pendant la « trêve hivernale » par exemple. Il ne faudrait pas en conclure qu'elle aurait disparu. Il semble au contraire que les propriétaires l'obtiennent aisément de l'État sans avoir besoin de saisir le juge.

La responsabilité sans faute disparaît peu à peu de sa terre d'origine : le risque. La doctrine n'est pas unanime sur ce recul, qui est pourtant logique. Aujourd'hui, on a tendance à considérer que faire peser un risque sur une personne ou un ensemble de personnes constitue une faute, de la part des personnes publiques aussi bien que privées. Surtout, la compensation des aléas est progressivement assurée par un nouveau type de responsabilité, la responsabilité sans fait (fautif ou non fautif) de la personne publique, qui « mord » surtout sur la responsabilité sans faute (ou empêche son développement) mais parfois aussi sur la responsabilité pour faute. L'émergence de cette « responsabilité sans fait » est à mes yeux, le changement majeur qui affecte aujourd'hui la responsabilité administrative. Quoique diverse, elle présente assez d'unité et se distingue suffisamment d'une part des responsabilités pour et sans faute, d'autre part de l'assurance, pour constituer un type particulier d'indemnisation, un troisième type. Il ne faut pas le confondre avec les fonds d'indemnisation[20], qui peuvent être utilisés pour les trois types de responsabilité.

Thibaut Leleu[21] propose de manière innovante et convaincante à mes yeux de restructurer ce qu'il propose de nommer la « responsabilité publique » autour de deux pôles, la responsabilité pour fait (fautif et non fautif) d'une personne publique et la responsabilité sans fait de celle-ci (dont le critère, écrit-il, est que « la victime est dispensée d'apporter la preuve d'un fait générateur imputable au responsable »).

Personne, je crois, ne peut nier l'existence du phénomène, qui résulte du législateur et met en œuvre la solidarité nationale envers les victimes, surtout – mais pas seulement – en présence de dommages sériels. Il n'est pas totalement nouveau (apparu avec la responsabilité du fait des attroupements, créé par une loi du 10 vendémiaire An IV et régie aujourd'hui par l'article L 211-10 du code de la sécurité intérieure), mais il s'est considérablement amplifié depuis une vingtaine d'années. Voyant un peu trop large à mon avis, Thibaut Leleu en recense une vingtaine de cas : indemnisation des victimes d'infractions[22], d'accidents médicaux non fautifs[23], du SIDA transfusionnel[24], de l'amiante[25], des essais nucléaires de la France[26], du meurtre d'un détenu par un autre détenu[27], etc. Dans tous ces cas, ce n'est pas la personne publique qui a commis le dommage, mais la loi ou bien lui impose de le réparer ou bien en organise la réparation, très généralement selon une procédure particulièrement simple et rapide pour la victime. Le plus souvent, l'activité dommageable concerne l'ordre public ou la santé. En instituant une indemnisation spécifique, l'État assume en quelque sorte, dans l'ordre interne, ce que le droit international public nomme depuis peu « responsabilité de protéger » (comme le professeur É. Zoller me l'a fait observer dans une récente conversation).

Pour autant, faut-il parler de « responsabilité » ? Entre approbation et rejet radical, la Doctrine se montre ici très partagée. Si l'on reste fidèle à la conception historique (inspirée en droit administratif aussi, par l'article 1382 du code civil) de la responsabilité, le terme est absolument inadéquat : il faudrait parler de régimes d'indemnisation hors responsabilité. Mais je fais volontiers mienne la définition de la responsabilité publique que Thibaut Leleu propose de voir (je résume son propos), comme une obligation de réparer, hors mécanisme de type assuranciel. En tout cas, il y a là une évolution juridique et sociale importante et un débat doctrinal fondamental sur la notion même de responsabilité.

IV. L'évolution de l'appréciation du préjudice

Le préjudice a souvent été le parent pauvre de la recherche doctrinale sur la responsabilité

[20] V. la thèse d'Alexis Franck, *Le droit français de la responsabilité à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, L'Harmattan, 2008.
[21] Thèse précitée.
[22] Art 706-3 C. pr. pén.
[23] Art. L. 1142-1, II, CSP.
[24] Art. L. 3122-1 CSP.
[25] Loi du 23 décembre 2000.
[26] Loi du 5 janvier 2010.
[27] Loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

administrative. Sauf erreur de ma part, la dernière thèse publiée est celle de Christine Cormier en 2002[28]. On peut parier qu'elle aura bientôt des successeurs, si l'on en juge par l'augmentation actuelle du nombre des articles et des notes sur ce sujet.

En effet, la jurisprudence administrative sur le dommage change rapidement depuis peu.

La détermination des chefs de préjudice s'affine. Ici, le Conseil d'État paraît stimulé par le juge du fond, ce qui est à la fois inhabituel et aisément explicable en pareille matière. Il est également très attentif aux innovations de la Cour de cassation. Il s'en inspire d'autant plus volontiers qu'elles rejoignent sa préoccupation générale d'ajuster ses solutions à la situation concrète des justiciables.

Cette tendance au « sur-mesure » s'exprime d'abord par la reconnaissance de nouvelles catégories de préjudice que la Doctrine déclare « autonomes » (adjectif qui m'a toujours paru étrange...). Du défaut d'information en matière hospitalière, le Conseil d'État a extrait l'hypothèse dans laquelle ce défaut a « *privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention* [chirurgicale] *en refusant qu'elle soit pratiquée* » ; il a ajouté « *que c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges peuvent nier l'existence d'une perte de chance* »[29]. Dans la foulée du juge judiciaire, il a reconnu l'existence d'un préjudice d'impréparation, consécutif à une information insuffisante sur les conséquences possibles de l'intervention[30]. À ma connaissance, le Conseil d'État n'a pas eu l'occasion de statuer sur le « préjudice d'anxiété » récemment admis par la Cour de cassation (à propos de l'amiante) mais on peut imaginer aisément qu'il s'en emparera un jour ou l'autre (le Tribunal administratif de Melun a condamné l'État à réparer le « *préjudice moral* [d'un enseignant] *généré par l'insécurité prévalant* » dans son lycée[31]). Il y a cependant des limites à l'extension des préjudices indemnisables : la partie civile n'est pas fondée à demander réparation du préjudice qui résulterait pour elle du fait que le procès a été rendu impossible par le suicide de l'accusé en prison[32].

La parcellisation des chefs de préjudice est particulièrement visible pour les préjudices corporels. Dans un avis *Lagier et consorts Guignon* du 4 juin 2007, le Conseil d'État avait défini une nomenclature en six postes et invité le pouvoir réglementaire à intervenir. Cette invitation n'ayant pas eu de suite, le Conseil d'État vient de se rallier à la « nomenclature Dintilhac », (bien plus détaillée : vingt-six postes) rejoignant ainsi le juge judiciaire, plusieurs cours administratives d'appel, l'ONIAM, le FIVA, les assureurs[33]...

L'évaluation du dommage à partir de chefs de préjudice toujours plus nombreux et précisément délimités marque une rupture avec la tendance antérieure à une évaluation globale, par exemple au titre des « *troubles dans les conditions d'existence* ».

Des interrogations demeurent : depuis l'arrêt *Erika* (25 septembre 2012) de la Cour de cassation, la question du dommage écologique est posée en droit administratif[34], mais non résolue (les cours administratives d'appel ayant rendu des décisions opposées sur la possibilité d'ordonner l'indemnisation des associations de défense de l'environnement[35]) ; la perte de chance a fait l'objet d'évolutions notables, mais appelle encore, selon Alice Minet[36], une nouvelle rationalisation.

Par ailleurs, le juge administratif a longtemps eu la réputation de fixer, à dommage identique, le montant des indemnités à un niveau sensiblement inférieur à celui de son collègue judiciaire (les auteurs anciens le disaient élégamment « soucieux des deniers publics »). Ce n'est plus du tout le cas, depuis une trentaine d'années au moins. La décision *Commune d'Ajaccio*[37] en est une illustration toute récente : elle amende l'octogénaire jurisprudence *Deberles* (7 avril 1933) en améliorant l'indemnisation du fonctionnaire irrégulièrement évincé de son emploi.

[28] *Le préjudice en droit administratif français – Essai sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, LGDJ.

[29] CE 24 sept. 2012, *Mlle P...*, *AJDA* 2012, p. 2459, note M.-L. Moquet-Anger.

[30] CE 10 oct. 2012, *M. C... et Mme D...*, *Droit adm.* déc. 2012, n° 98, note M.-L. Moquet-Anger.

[31] TA Melun, 13 juill. 2012, AJDA 2012 p. 1479.

[32] CE 19 juill. 2011, *M. et Mlle Begnis*, *Lebon* p. 400, concl. M. Guyomar.

[33] CE 7 oct. 2013, *Min. Défense*, *AJDA* 2014, p. 295, note T. Leleu – 16 déc. 2013, *Mme de M...*, *AJDA* 2014 p. 524, concl. F Lambolez.

[34] Par ex., C. Huglo, « L'inéluctable réparation du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA* 2013, p. 667.

[35] Cf. en dernier lieu, CAA Nancy, 19 déc. 2013, *ASPAS*, *AJDA* 2014, p. 891.

[36] Thèse précitée.

[37] CE 6 déc. 2013, *RFDA* 2014, p. 276, concl. B. Dacosta ; *JCP G* 2014, p. 96, note J.-C. Lapouble ; *Dr. adm.* avr. 2014, n° 27, note G. Éveillard.

Conclusion

Oui, la responsabilité administrative a changé, sur les points que j'ai abordés et sur ceux que j'ai passés sous silence, pour n'être pas trop long et parce que les évolutions y sont moins manifestes : la causalité, les présomptions, les prescriptions, les actions subrogatoires, le rôle des assureurs des victimes ou des personnes publiques (sauf de l'État, qui est son propre assureur)...

Pour être complet, je devrais évoquer encore quelques décisions portant sur des points particuliers, mais très commentées : par exemple, la responsabilité de l'État envers les victimes de dommages causés par un mineur confié au titre de l'assistance éducative à une institution placée sous son autorité, repose sur la notion, évidemment empruntée au droit civil, de garde[38] ; le juge judiciaire est compétent pour condamner l'État du fait des fautes du service de l'état civil, et applique alors les règles de la responsabilité administrative[39] ; il lui revient aussi d'apprécier la responsabilité de la SNCF pour la part qu'elle a prise dans la déportation des Juifs pendant l'Occupation en les transportant vers les camps de concentration, car c'est un service public industriel et commercial qui est en cause[40]. Ces décisions confirment d'une part la compétence classique du juge judiciaire envers une part importante de l'activité administrative, d'autre part les emprunts pragmatiques de chaque ordre de juridiction au droit de l'autre, enfin la diversité des régimes de responsabilité publique.

Même avec ces compléments, mon propos reste lacunaire. Et certainement provisoire. La responsabilité administrative changera encore. On peut par exemple s'interroger sur l'utilisation de la loi du 17 mars 2014 sur l'action de groupe[41] par les usagers des services publics, ou (avec beaucoup d'imagination car il faudrait oublier *Blanco* !) sur les effets éventuels du futur (à la date où ces lignes sont écrites) droit civil des obligations sur la responsabilité administrative contractuelle, voire extra-contractuelle.

[38] CE 11 févr. 2005, *GIE Axa Courtage*.
[39] Cass. civ. 1re, 6 févr. 2007.
[40] CE 21 déc. 2007, *Lipietz et a.*
[41] Art. L. 423-1 s. C. conso.

30. Droit public des biens

Le changement en droit public des biens : les transformations de la propriété publique[1]

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

Le 109e Congrès des notaires de France, qui s'est tenu en juin 2013, a été consacré à la propriété publique. Bien plus qu'une somme de travaux ou qu'une fête de la profession, le Congrès est le témoignage actif d'un notariat en marche. C'est une œuvre scientifique sans doute unique en France, patiemment construite sur quelque deux années, destinée à clarifier, à corriger et à améliorer le droit.

L'enjeu était ici considérable. Enjeu économique et de bonne gestion de l'intérêt général, car ce sont les biens des personnes publiques qui sont en cause. Biens nombreux, divers, représentant sans doute plus de 30 % du patrimoine immobilier français. Biens de grande valeur économique, naturellement affectés à la satisfaction de l'intérêt général, car ce sont les deniers publics qui sont mobilisés, ceux des contribuables. L'on parle de quelque 70 milliards d'euros annuels pour les seuls contrats de la commande publique. Enjeu juridique aussi, car rien ne se fera de solide si le droit n'assure pas efficacement tant le respect de l'affectation d'utilité publique que le bon emploi des deniers publics ou, non moins nécessairement, les garanties des partenaires privés engagés dans le contrat.

L'entreprise du Congrès a été réussie, ce fût un grand succès. L'avenir des propositions formulées est solidement gagé sur le sérieux de l'expertise juridique rendue disponible. En témoin privilégié, nous pouvons attester de l'importance et de la qualité du travail accompli dans ce cadre.

Dans le rapport de synthèse, il a ainsi été possible d'écarter le noir diagnostic de Fernand Braudel, lui qui disait de cet exercice qu'il « se présente le plus souvent comme l'heure des repentirs, des doutes ou des incertitudes »[2]. Un rapport de synthèse est inutile s'il répète, infidèle s'il ajoute, ingrat s'il déforme. Or, le Congrès ayant été habilement et efficacement construit, tout ayant été dit, et dans l'ordre qui convenait, nulle place pour des doutes ou incertitudes. Nulle place pour un rapport à la Fernand Braudel.

Alors je me suis tourné vers l'histoire. Une petite recherche historique montre que le rapport de synthèse fait partie des traditions du Congrès des notaires de France, cette institution plus que centenaire, mobilisant la quasi totalité d'une

[1] Cet article est repris, avec l'autorisation de l'auteur, du rapport de synthèse présenté au 109e Congrès des notaires de France, à Lyon en juin 2013.

[2] F. Braudel, *L'identité de la France – Les hommes et les choses*, vol. 2, Champs Flammarion, 1990, p. 447.

profession au service de la qualité du droit. Ce petit tour vers l'histoire du Congrès des notaires suffisait à écarter l'idée hérétique – au demeurant tardive et autodestructrice – de remettre en cause l'institution du rapport de synthèse. C'eut été d'autant plus malvenu que ces mêmes traditions du Congrès des notaires veulent que le rapport de synthèse soit confié à un universitaire ; et le Notariat doit être remercié pour son attention fidèle, voire sa considération, à l'égard des Facultés de droit et de ceux qui les servent.

Le rapport, exercice difficile, a été naturellement construit en suivant, au plus près, les travaux du Congrès. Il fallait en suivre la chronologie, le rythme. Il convient donc, pour reprendre la substance de ce rapport, et après avoir présenté le thème général des propriétés publiques (I), de s'intéresser aux deux grandes occupations, ou préoccupations, de tout propriétaire, fut-il une personne publique : gérer ses biens, conformément à l'utilité qu'il veut leur donner (II), et en assurer la circulation (III).

I. Présentation générale des propriétés publiques

Le thème des propriétés publiques doit être précisé. Pour ce faire, inversons l'ordre, en étudiant successivement l'adjectif « public » (A), puis le substantif « propriété » (B).

A. Les propriétés publiques, la propriété publique, l'État propriétaire, les collectivités publiques propriétaires... Que l'adjectif public sonne fort, lui qui est étranger, a-t-on pu dire, aux oreilles du notaire, homme du droit privé… Certains s'inquiéteront de la prégnance de ce monde étrange, et relèveront l'aridité ou l'hermétisme de cette « jungle » que serait le droit administratif. Mais ces inquiétudes sont injustifiées : elles ne sont que la réminiscence de divisions disciplinaires et de postures dépassées.

1. L'on sait, en effet, que les notaires sont, eux-mêmes, des hommes du droit public, « fonctionnaires publics » comme le disait Réal dans la loi de Ventôse, investis par la loi de prérogatives de puissance publique, dispensateurs de l'authenticité, instrumentant, comme les juges, avec force exécutoire. Il n'est que la Cour de justice de l'Union européenne, dans une décision sans fondement, pour dénier la participation des notaires à l'autorité publique. De par leur statut public, les notaires sont des acteurs privilégiés du droit des propriétés publiques.

À cela s'ajoute que, pour les actes des communes et établissements publics locaux qu'ils reçoivent, les notaires sont les premiers acteurs du contrôle de légalité. Contrôle d'autant plus important qu'il est systématique en fait, contrairement à celui du préfet. La première commission du Congrès s'est donc utilement saisie de la question, pour mieux lier le contrôle du notaire lors de la réception de l'acte et le contrôle de légalité du préfet et du juge. D'où des vœux très précis : le notaire doit pouvoir connaître l'état des compétences de la personne publique qui intervient, commune ou établissement de coopération intercommunale ; les objections à l'intervention du maire dans un acte passé avec la commune et dans l'intérêt de celle-ci (sanctionnées comme la prise illégale d'intérêt) doivent être plus strictement délimitées ; dans la même ligne, une réécriture des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à l'empêchement du maire doit être préconisée ; enfin, il convient d'encadrer le contrôle de légalité portant sur les permis de construire tacites.

On le voit : le notaire est ici dans une tâche éminemment de droit public, celle de vérificateur de la légalité des actes qu'il reçoit. Le notaire est un homme public, en tant qu'officier public, mais aussi un homme du droit public : il est chez lui au pays du droit public. N'eût-il servi qu'à publier ce double constat, l'apport du Congrès aurait été déjà considérable : les notaires sont incontestablement titrés – et doublement titrés – à mener une réflexion sur le droit des propriétés publiques.

2. À la vérité, l'ombre portée du droit public se manifeste davantage sur le terrain des méthodes et des sources que sur le fond du droit, ce qui appelle quelques commentaires.

C'est que le droit public est fait de jurisprudence, il est essentiellement jurisprudentiel, comme le dit René Chapus. Et lors même que le droit écrit prend le relais, il reste largement codification, mise en forme de la jurisprudence. Le code de 2006 n'échappe pas à la règle : s'il comporte d'utiles nouveautés, s'il consacre nombre de solutions ou de mécanismes qui avaient été proposés – parfois rédigés – par la doctrine, il est aussi expression formalisée, consécration, aboutissement de la jurisprudence. Du même coup, la portée de l'intervention du légis-

lateur est toute autre et ses effets difficiles à cerner dans le temps.

Prenons l'exemple de la définition du domaine public ou, ce qui revient au même, du critère d'appartenance au domaine public. Si la loi, qui, pour la première fois en 2006, explicite et exprime ce critère, avait modifié un texte, elle eût réglé elle-même son application dans le temps et son opposabilité aux situations antérieurement constituées. Mais l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) n'abroge ni ne modifie aucune loi ; il broche sur une jurisprudence qu'il prétend à la fois recueillir et infléchir – en l'espèce pour lutter contre l'hypertrophie du domaine public. Or, comment apprécier l'application dans le temps d'une loi qui est à la fois héritage et rupture par rapport à la jurisprudence ?

Nombre de vœux se sont heurtés à cette difficulté d'avoir à faire à la jurisprudence et non à la loi écrite. Comment faire céder ou rendre raisonnable le domaine public virtuel qui n'est écrit nulle part ? Comment apprécier aujourd'hui des situations passées de sortie du domaine public qui ne respectaient pas l'exacte chronologie de la désaffection et du déclassement, rythmée aujourd'hui par l'article L. 2141-1, mais qui auparavant n'était écrite nulle part et se déduisait de la seule jurisprudence ? La deuxième commission du Congrès s'y est intéressée, on y reviendra.

C'est la prise en compte de cette spécificité des sources du droit administratif qui a conduit, occasionnellement, sans renoncer aux vœux, à relayer et compléter ceux-ci, au sein des commissions du Congrès, par des débats dont les riches enseignements préparent également le droit de demain.

B. Venons en au fond, et au substantif : « propriété ». Les propriétés publiques, la propriété publique, l'État propriétaire, les collectivités publiques propriétaires... La propriété a été évoquée tout au long du Congrès, comme si cela avait toujours été. Que de chemin parcouru cependant...

Il a fallu deux siècles pour que soit abrogé l'article 538 du code civil, clairement négateur de la propriété des personnes publiques sur leurs biens, puisqu'il définissait les biens de la Nation comme « *généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles de propriété* ». Un siècle de doctrine pour faire comprendre que – quoiqu'aie pu penser et dire le Conseil d'État – il n'y avait aucune continuité du domaine de la Couronne au domaine public, et que l'inaliénabilité du premier n'avait rien à voir, sauf une homonymie trompeuse, avec l'inaliénabilité du second.

C'est le bien nommé code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) du 21 avril 2006 qui a entrepris d'assurer la lisibilité de l'ensemble autour de la grande idée de propriété. Sans doute l'exercice du droit de propriété par les personnes publiques doit-il se concilier avec la satisfaction d'objectifs d'intérêt général, laquelle emporte, pour les besoins de chaque affectation et dans les limites des exigences de celle-ci, l'application d'un régime spécifique de droit public ; sans doute encore l'État propriétaire a-t-il des responsabilités éminentes et sa voix parle-t-elle plus fort que celle des collectivités décentralisées. Mais il s'agit toujours de la propriété.

En cela, on s'accorde à reconnaître que le code de 2006 constitue un progrès. Reste que l'entreprise était contrainte par la forme même d'une codification par ordonnance, sur la base d'une loi d'habilitation qui en traçait les limites.

Alors, il est apparu que le temps était venu de ce que l'on pourrait appeler – cédant à la mode – un « Acte II » du droit des propriétés publiques. Un Acte II qui mette en œuvre, complète et améliore l'acquis fondamental du code de 2006. Un Acte II du droit des propriétés publiques réfléchi, muri, apprécié, amendé, pour être demain écrit et venir compléter et actualiser ce code. Telle était l'ambition et tel est l'apport du 109e Congrès des Notaires de France.

Comme les notaires ont eu raison de s'atteler à la tâche ! Car qui plus logiquement et mieux que les notaires pour accompagner l'exercice du droit de propriété, pour en faire respecter les attributs et pour donner, par leur office, la sécurité juridique et l'opposabilité qu'appellent les transactions immobilières ?

En outre, les notaires sont traditionnellement les conseils des personnes publiques, spécialement des collectivités locales ; soit, dans notre belle République décentralisée qui compte un élu local pour 100 habitants – un record mondial de démocratie que personne ne nous envie... – quelque 36 644 communes, dont près de 90 % de moins de 2 500 habitants, 2 583 établissements publics industriels et commerciaux à fisca-

lité propre et 14 787 syndicats intercommunaux. Les 9 500 notaires de France, au sein de 4 500 offices, ne sont pas de trop...

Ils ne sont pas de trop pour, d'un coté, rappeler les égards qui sont dus à la propriété privée dans son appropriation par les personnes publiques. À cet égard, la deuxième commission du Congrès a, de façon convaincante, appelé à une réécriture de la procédure d'appropriation des biens présumés sans maître par les communes, dans le respect des principes posés par l'article 17 de la Déclaration de 1789, et suivant une procédure placée sous le contrôle du juge judiciaire.

Les 9 500 notaires de France ne sont pas de trop non plus pour caractériser et accompagner le grand équilibre qui traverse aujourd'hui le droit des propriétés publiques : une valorisation économique que rend possible le droit de propriété par la disposition des attributs qu'il confère aux propriétaires publics, mais une valorisation qui doit se concilier avec le service de l'intérêt général, plus précisément avec les exigences de l'affectation.

Les outils juridiques de cette conciliation, complexes, dispersés, apparus au fil du temps et pour des raisons souvent de circonstances, utilisent largement la voie du contrat et, là encore, y rencontrent tout naturellement les notaires, ces notaires dont Réal disait, refondant le notariat moderne, qu'ils sont les « dépositaires des plus grands intérêts, régulateurs [que ce mot sonne moderne] des volontés des cocontractants, quand ils semblent n'en être que les rédacteurs ».

Cette conciliation de la propriété et de l'affectation, au nom encore d'une plus grande sécurité juridique, les travaux du 109e Congrès, l'ont cherchée dans deux directions : dans la gestion des biens publics, et dans la circulation de ceux-ci. Gestion et circulation ; simplicité apparente : ne s'agit-il pas tout simplement de l'exercice du droit de propriété, *usus*, du *fructus* et de l'*abusus* ? Si l'apparence est celle de la simplicité, la réalité est celle d'une réelle complexité.

II. Gestion : propriété et affectation dans la gestion des biens publics

C'est le grand mouvement qu'il faut accompagner. Point de contradiction entre la propriété reconnue et l'affectation assumée. Les personnes publiques sont des propriétaires, riches des attributs du propriétaire ; et ces outils propriétaristes doivent être mis au service de l'affectation.

À l'optique de conservation a succédé, de plus en plus nettement affirmée par les pouvoirs publics, une politique de valorisation des biens publics, y compris ceux relevant d'un régime de domanialité publique. Et dans le même temps, on a compris que cette valorisation ne contredisait pas l'affectation d'utilité publique dont ces biens sont l'objet, et même, parfois, en est la condition et le moyen naturel.

Car la propriété est source de valeur, de richesse, elle apporte la disposition des outils juridiques d'une valorisation patrimoniale, et les dépendances domaniales, lieux de passage ou d'accueil des grands services publics, ont une valeur économique souvent considérable : c'est la faculté de consentir des sûretés réelles comme support de financement ou pour valoriser les utilisations de la propriété publique ; c'est la cession de droits réels démembrés ; c'est le recours au crédit-bail ; outre l'extension possible de la propriété par le jeu d'un certain nombre de constructions du code civil, comme le droit d'accession ou la disposition des actions possessoires et pétitoires spécifiques.

A. S'agit-il d'un droit de propriété différent de celui des personnes privées sur leurs biens, comme avait pu le penser un moment Maurice Hauriou ?

On a fait valoir en ce sens l'incessibilité à vil prix des propriétés publiques ; mais il n'y a là que l'application à la matière de la prohibition plus générale des libéralités, qui est traditionnelle et de principe en droit public. Faut-il rappeler qu'un contrat à titre gratuit peut n'être pas déterminé par une intention libérale, mais dicté par une préoccupation d'intérêt général, engageant le bénéficiaire à certaines prestations vis-à-vis des tiers ? C'est l'intention libérale qui est interdite aux personnes publiques – et pas seulement en matière immobilière – et non pas la catégorie générale des contrats à titre gratuit ou, pour parler comme le code civil, des « *contrats de bienfaisance* », catégorie qui accueille déjà les subventions publiques pour soutenir une activité d'intérêt général, et, de la même façon, les avantages immobiliers qui peuvent être consentis par les personnes publiques.

Quant au principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, qu'effectivement le

code reprend d'un arrêt de principe de la Cour de cassation, *B.R.G.M.*, en date du 21 décembre 1987, on a rappelé que la seule limite devait être dans l'interdiction des voies d'exécution susceptibles d'affecter la continuité d'un service public ou l'exercice d'une liberté constitutionnellement garantie. La troisième commission du Congrès a émis un vœu en ce sens, relayant des propositions doctrinales répétées.

Pour le reste, il ne s'agit que de l'exercice du droit de propriété, et il est naturel que l'identité du propriétaire, ce qu'il veut ou doit faire de son droit de propriétaire, retentisse sur les modalités d'exercice de celui-ci : le propriétaire bailleur social n'exerce pas son droit de propriété comme le propriétaire de murs commerciaux ou le titulaire de droits incorporels ; il en va de même des propriétaires publics qui exercent leur droit de propriété au titre et pour la mise en œuvre de compétences conférées par la loi et dans le cadre de leur spécialité. Mais il s'agit toujours du même droit de propriété, unique en son essence et de consécration constitutionnelle.

Si spécificité de la propriété publique il y a, c'est uniquement – et on y reviendra – dans les rapports entre personnes publiques, où la loi peut permettre des transferts de propriété indépendamment de la volonté des personnes publiques concernées et en dehors des garanties constitutionnelles de l'expropriation.

B. Ensuite et s'agissant du domaine public, le régime de domanialité publique en général et principalement l'inaliénabilité sont au service de l'affectation ; ils ne visent pas d'abord à protéger et à conserver la dépendance domaniale en cause mais bien l'utilité qu'elle sert. Le régime domanial n'est pas un régime foncier mais un régime fonctionnel.

Cette idée est très importante car elle entraîne qu'il ne faut pas faire dire à l'inaliénabilité et au régime domanial en général plus qu'il n'est nécessaire à l'affectation ; non seulement le champ du régime de domanialité publique a pour mesure et pour limite l'affectation d'utilité publique, mais encore l'intensité même de ce régime de domanialité publique, les contraintes et droits qu'il emporte, doivent être limités dans chaque cas à ce que requiert l'affectation.

Ce constat dicte toute une série de vœux : réduire les exigences de la domanialité publique à celles de l'affectation ; protéger, par le régime domanial et principalement l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, l'affectation du bien à l'utilité publique qu'il porte et non pas le bien en lui-même[3].

C. Gérer, c'est aussi consentir des droits sur le domaine, pour la valorisation de celui-ci ; et le Congrès a repris la question des droits réels sur le domaine public, correspondant à un démembrement du droit de propriété et réalisant une forme de « dissociation des droits sur le sol ». Les droits réels ne sont en effet pas, à proprement parler, des droits réels sur le domaine public, mais des droits réels sur une propriété publique, des droits démembrés de cette propriété, y compris lorsque celle-ci, en raison de son affectation, relève d'un régime de domanialité publique.

À cet égard, le droit public s'est depuis toujours affranchi de la trilogie privatiste des démembrements de propriété déduite de la lettre du code civil, et il a admis sans difficultés des droits réels démembrés spécialement aménagés ; ce que la Cour de cassation vient de reconnaitre dans les rapports entre fonds privés, sous la dénomination de « droit de jouissance spéciale ».

S'agissant de ces droits réels de valorisation[4], on a pu considérer que, selon une présentation qui s'était imposée depuis une trentaine d'années (mais qui n'était pas d'origine), leur interdiction était une conséquence nécessaire de l'inaliénabilité du domaine public. La proposition peut être discutée puisque, on l'a compris, l'inaliénabilité protège la seule affectation. Reste que, en toute hypothèse, l'inaliénabilité relevant de la loi, une loi spéciale peut toujours – sur un mode et dans un domaine déterminés – consacrer la possibilité de droits réels.

[3] Réflexion qui a conduit, dans son aboutissement, à poser la question de savoir si l'affectation ne pourrait pas, au moins dans certains cas, être assurée et protégée – puisque c'est cela qui importe – autrement que par le lourd appareil de la domanialité publique. C'était ouvrir très utilement le débat de ce que l'on a pris l'habitude de désigner comme celui de la *quasi* domanialité.

[4] Ces droits réels ne doivent pas être confondus avec les droits réels que, contrairement à ce que l'on a pu supposer un moment, la jurisprudence a toujours admis au bénéfice des occupants privatifs du domaine public sur les installations réalisées par eux et dans leur intérêt exclusif, allant même jusqu'à les désigner comme « propriétaires » de ces biens (CE 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Sté Sagifa*, *D. adm.* 1997, comm. 316, C. Lavialle – 7 juin 2010, *Montravers, liquidateur judiciaire de la société Neuville Foster Delaunay Belleville, D. adm*. novembre 2010, p. 31, note F. Brenet – v. aussi CAA Bordeaux 30 octobre 2008, *Loïc X* et *Sté Occas'Pneus* (deux espèces), *Contrats et marchés publics* décembre 2008, p. 25).

Là encore le code de 2006 doit être considéré comme un point de départ. Si, en effet, les choses sont abouties pour les rapports de voisinage par la possibilité de servitudes réelles conventionnelles de droit privé, la reconnaissance de droits réels de l'occupant du domaine public n'a été reconnue qu'inégalement, progressivement et partiellement, au fil de réformes sectorielles et sans vue d'ensemble.

En outre, la « mise en œuvre » de ces droits réels n'est pas organisée de façon uniforme mais par des textes législatifs multipliés à l'envi, ayant chacun son champ d'application hors lequel rien n'est possible... sauf nouveau texte de circonstance, comme on l'a fait encore pour les baux emphytéotiques administratifs (BEA) dits « de valorisation » par la loi du 23 juillet 2010 ou pour l'usufruit administratif sur les satellites...

Par ses propositions et vœux, la troisième commission du Congrès a souhaité, outre une reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public, une consécration dans la loi d'un principe général de droits réels de valorisation reconnus à l'occupant sous la condition absolue d'être compatibles, dans la durée, avec l'affectation, et aménagés en conséquence ; ceci constituant le cadre législatif général dans lequel se développeront désormais les différentes techniques conventionnelles ou unilatérales existantes ou encore spécialement convenues par les parties. Bien évidemment, ceci ne doit pas être régressif de l'article L. 2122-6 du code qui pose déjà le principe que les autorisations d'occupation domaniale de l'État sont de plein droit constitutives de droits réels.

Gestion des biens publics et juste prise en compte des exigences de l'affectation, c'est cette même conciliation qui gouverne la vaste question de la circulation des biens publics à laquelle on vient maintenant.

III. Circulation : propriété et affectation dans la circulation des biens publics

La circulation des biens publics est justifiée par des considérations de bonne gestion financière qui veulent une certaine mobilité des patrimoines publics.

Elle l'est aussi pour la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité et d'adaptation des services publics, afin que les biens publics s'adaptent régulièrement aux utilités qu'ils remplissent ; tout naturellement, le mouvement contemporain de redistribution et de transfert de compétences au bénéfice des collectivités locales a accéléré et donné une tournure systématique à ces transferts de biens publics, en propriété ou en gestion. Or le temps du patrimoine unique de l'État est révolu ; chaque collectivité publique est propriétaire de ses biens ; il y a là autant de patrimoines distincts, même si l'État et le législateur gardent une responsabilité éminente de régulation de la distribution de ces propriétés, pour le bon fonctionnement des services publics et la satisfaction des activités d'intérêt général.

Le notaire tout naturellement, gardien de la propriété – et de la propriété publique également –, est au cœur de ce dispositif – complexe – assurant la circulation des biens publics. Et le Congrès a voulu qu'il soit alerté et armé pour y remplir son office.

Deux situations alors : celle dans laquelle le bien qui circule est cédé à une personne privée, quitte à avoir été préalablement déclassé du domaine public, ou encore est acquis d'une personne privée ; celle ensuite dans laquelle le bien qui circule continue à faire partie du domaine public.

A. Lorsque le bien fait partie du domaine privé, soit qu'il rejoigne celui-ci (acquisition), soit qu'il le quitte (cession), les instruments ordinaires du droit privé sont *a priori* disponibles. Deux observations doivent cependant être apportées, que les travaux du Congrès ont mis en évidence.

1. D'abord, dans le cas où le bien que l'on veut céder fait initialement partie du domaine public, il faut, on le sait, qu'il rejoigne d'abord le domaine privé de la collectivité cédante, qu'il soit ainsi désaffecté pour être déclassé. Un bien qui fait partie du domaine public ne quitte en effet celui-ci que si, désaffecté, il fait en outre l'objet d'une décision explicite de la collectivité propriétaire constatant son déclassement ; mais cette règle n'est écrite que depuis le code de 2006.

Or, cette chronologie de la désaffectation et du déclassement – qui peut paraître artificielle lorsque la désaffectation est expressément voulue et organisée par la collectivité propriétaire, très généralement pour vendre – a pu être mal comprise par le passé et, aujourd'hui, peut se heurter, pour certaines opérations de désaffectation, à l'étalement nécessaire de celles-ci dans le temps.

C'est pourquoi la deuxième commission du Congrès, d'une part, a souhaité l'élargissement du procédé de déclassement par anticipation, déjà institué par le code de 2006, mais non accessible en l'état aux collectivités locales et, d'autre part, a prévu, de façon très originale, un mécanisme de validation judiciaire des titres lorsque, à l'occasion d'une cession ultérieure, le sous-acquéreur peut avoir une hésitation sur les conditions de « sortie » initiale du bien du domaine public[5].

2. Deuxième observation – et là encore on ne peut ignorer la pratique –, il peut se faire que la transaction immobilière dans laquelle la collectivité publique s'engage se complète – très légitimement – de travaux ou de prestations demandés, à cette occasion, au cocontractant ou encore de sa participation à une activité de service public.

La transaction immobilière se double d'un marché (ou d'une délégation de service public) ; s'imposent alors les règles de la commande publique, tant nationales que, au-delà d'un certain seuil, communautaires. Un débat a eu lieu au sein de la deuxième commission du Congrès, qui a su attirer l'attention sur l'élargissement corrélatif du devoir de conseil du notaire, avec une attention particulière de la quatrième commission sur la gestion de la servitude de mixité sociale lors des cessions d'immeubles aux opérateurs privés.

Et l'on en vient à la seconde hypothèse, celle de biens transférés en propriété entre personnes publiques, y compris des biens qui restent soumis chez le cessionnaire au régime de domanialité publique.

B. L'aménagement constitutionnel du droit de propriété des personnes publiques en donne les moyens. S'agissant en effet de la protection de la propriété des biens publics, la doctrine constitutionnelle tient compte du principe, lui-même constitutionnel, de continuité du service public auquel elle donne l'effet le plus large. Dans une décision des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que si la propriété de l'État et des autres personnes publiques bénéficiait, comme celle des particuliers et à un titre égal, de la protection constitutionnelle des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, cela ne concernait pas les transferts de propriété entre personnes publiques, qui sont au contraire librement réglés par la loi, sous la seule réserve de ne pas porter atteinte, précisément, à la continuité des services publics dont cette propriété est le support.

Le législateur est libre – mais il y faut la loi –, au regard de la protection constitutionnelle du droit de propriété, de régler comme il l'entend les transferts de biens en propriété ou en jouissance entre personnes publiques ; et cela vaut tant pour les biens du domaine privé que pour ceux du domaine public[6].

Les articles L. 3112-1 et suivants du CG3P permettent ainsi des cessions en propriété et des échanges de dépendances du domaine public, sans déclassement, entre personnes publiques, et qui peuvent même bénéficier à des personnes privées chargées d'un service public. C'est une nouveauté depuis longtemps réclamée par la doctrine, qui ne pouvait manquer d'observer un certain nombre d'opérations « clandestines » de cette nature ; c'est une nouveauté heureuse et qui a déjà été largement utilisée.

Ces transferts conventionnels de dépendances du domaine public s'ajoutent à ceux qui ont été prévus par des lois spéciales ou encore en application des lois de décentralisation, lesquelles veulent que les biens supports des compétences transférées suivent celles-ci.

Or, ces transferts de propriété – qui ne sont pas des ventes – appellent l'information et la sécurité juridique de tout transfert de propriété. Là encore, la deuxième commission du Congrès a adopté un vœu pour qu'à l'occasion de ces opérations soit assurée par l'intervention du notaire une exacte connaissance de la chose transférée, en toute ses caractéristiques, et que leur opposabilité soit correctement garantie par l'accomplissement des formalités de publicité foncière ; solution que la troisième commission a proposé d'étendre aux transferts de gestion, avec les adaptations nécessaires. C'est en effet la condition d'une bonne utilisation et exploitation des biens transférés par la collectivité cessionnaire.

[5] Cette procédure eût été utile, si elle avait existé, dans les circonstances de l'arrêt du conseil d'État du 7 mai 2012, *SCP Mercadier*, à propos d'une gendarmerie.

[6] Y. Gaudemet, « Constitution et biens publics », *Cah. cons. constit.* 2012, nº 37, p. 65.

Conclusion. Et demain ? Quel avenir pour les propriétés publiques ?

D'un mot, et pour un monde – juridique – idéal : la propriété des personnes publiques définitivement affirmée ; des régimes fonctionnels énumérés par la loi, commandés et déterminés dans chaque cas par l'affectation ; et étendus au-delà des propriétés publiques lorsque l'affectation le requiert, ce que l'on appelle parfois la *quasi* domanialité. Cet avenir, notariat et doctrine auront, plus que tout autre, contribué à le construire.

31. Droit des collectivités territoriales

Le changement en droit des collectivités territoriales

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

La décentralisation française est, de longue date, un immense chantier pour l'État unitaire français. On évoque souvent, mais bien à tort, l'acte I de la décentralisation avec la loi Defferre du 2 mars 1982 sur les droits et libertés des communes, des départements et des régions comme si le législateur était alors parti de la table rase. C'est faire peu de cas, une fois de plus, de l'histoire du droit administratif : car il faut rappeler, ici, les lois du 14 décembre 1789 sur les communes et du 22 décembre 1989 sur les départements qui étaient de déconcentration et de décentralisation de l'État, en métropole, de même que l'alternance entre renforcement de l'autorité préfectorale, à partir du Consulat et de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), et affirmation de la démocratie locale, notamment sous la Monarchie de Juillet, avec les lois des 21 mars 1831 et 18 juillet 1837, en faveur des communes, ou des 22 juin 1833 et 10 mai 1838, en faveur des départements.

Or, dans cette évolution contrastée d'un État profondément déstabilisé par la Révolution française qui se cherche encore après pas moins de six régimes différents : deux Républiques, deux Monarchies et deux Empires, en à peine trois générations[1], un premier point d'équilibre sera finalement atteint au tout début de la IIIe République, selon les deux schémas bien différents :

– d'une part, le schéma de la loi du 10 août 1871, en faveur du département-collectivité locale autonome par rapport à l'État dont l'exécutif est assuré par le préfet, autorité déconcentrée de l'État dans le département-circonscription administrative ;

– d'autre part, le schéma de la loi du 5 avril 1884 qui fait du maire l'autorité décentralisée par rapport à l'État, exécutif de la commune-collectivité territoriale en charge, principalement de la police municipale, mais aussi l'agent déconcentré de l'État dans la commune-circonscription administrative, notamment en tant qu'officier d'état civil ou de police judiciaire.

Pour autant, ces deux schémas ont convergé au bénéfice d'une municipalisation du département,

[1] Il y a moins de 78 ans, à peu près deux générations seulement, entre l'abolition de la première monarchie constitutionnelle, le 21 sept. 1792, et la proclamation de la IIIe République, le 4 sept. 1870.

tardivement prévue en 1946 et réalisée en 1982, qui aura opéré le transfert de l'exécutif de la collectivité départementale du préfet au président du conseil général, tout en allégeant considérablement le contrôle administratif du préfet, sur les actes et les autorités locales encore que, là encore, on doive se garder de la caricature du passage de l'ombre à la lumière : la loi du 31 décembre 1970, par exemple, avait déjà fait beaucoup pour alléger la tutelle du représentant de l'État dans le département sur les communes de ce département.

Or, comment ne pas observer que c'est précisément à la loi du 2 mars 1982, nullement remise en cause par les lois subséquentes, que l'on doit la conservation, on dira même la consécration de cette organisation territoriale presque bi-séculaire, fondée, à la fois, sur les communes, héritières des paroisses de l'Ancien Régime et sur les départements où la distance aller-retour de la limite géographique au chef-lieu se fait certainement en bien moins d'une journée, depuis le remplacement du cheval de trait par le cheval-vapeur ?

Disons-le tout net : la France n'a pas pu ou, plutôt, elle n'a ni su ni voulu réaliser la révolution territoriale que ses voisins, comme l'Allemagne, ont réalisé à temps : réduire le nombre des communes à 8 000 environ, ce qui est le cas en Italie, par une politique, non pas facultative ou incitative, mais bien obligatoire et autoritaire de fusion des communes limitrophes les moins peuplées dans les limites de chacun des départements de métropole. On évoque, bien souvent pour ne rien faire, le risque éventuel de l'inconstitutionnalité, pour violation du principe de libre administration des collectivités territoriales, devant être juridiquement pris, puis politiquement assumé, à charge pour le pouvoir de révision de s'exprimer, si nécessaire. Du reste, quand on vérifie avec quelle fréquence, quelle ampleur et quelle facilité, le droit de l'intercommunalité est venu et vient encore perturber les libertés communales, sans censure du Conseil constitutionnel, on se dit que les marges d'appréciation du législateur restent considérables. Et puis, comment et pourquoi ne pas envisager, pour une telle réforme territoriale, le recours à la loi référendaire d'organisation des pouvoirs publics qui règlera, tout à la fois, la question de la légalité (incompétence déclarée du juge constitutionnel) et de la légitimité (décision directe du peuple français) ? Celle loi comprendra des dispositions constitutionnelles et organiques, étant ici rappelé que la souveraineté du peuple français ne saurait être tenue en échec par une majorité de circonstance au Sénat (Const., art. 89, al. 2) et que la voie du référendum de l'article 11 de la Constitution méritera d'être à nouveau parcourue si, du moins, le Président de la République qui aura à la prendre en charge, entend bien mettre enfin en œuvre une véritable et profonde réforme territoriale, politiquement indiscutable et durable.

Car, comment ne pas vérifier qu'en métropole du moins[2], sur les 36 552 communes que compte encore la France, en 2014, 19 913 communes – soit 54 % d'entre elles, plus de la moitié du total – ont moins de 500 habitants, pour une population cumulée d'un peu plus de 4 millions et demi d'habitants (4 525 821 exactement), c'est-à-dire 7 % de la population métropolitaine ? Et, comment ne pas calculer que, dans ce pays qui ne compte que 39 communes métropolitaines de 100 000 habitants et plus, il suffirait de maintenir toutes les villes actuelles de 5 000 habitants et plus (elles sont environ 2 000, en métropole) et d'y ajouter de l'ordre de 6 000 communes nouvelles[3] résultant de la fusion de toutes les communes restantes[4],

[2] On laisse de côté la question outre-mer car il est sous-communalisé : 129 communes dont 18 de moins de 2 000 habitants pour plus de 2 millions d'habitants : par ex., La Réunion ne compte que 24 communes dont deux de plus de 100 000 habitants (Saint-Denis et Saint-Paul) pour près de 830 000 habitants.

[3] La population moyenne de ces nouvelles communes serait de 4 194 habitants, ce qui reste raisonnable, à un niveau plus bas que les communes maintenues à partir de 5 000 habitants.

[4] La qualification statistique de « village » est maintenue à 2 000 habitants : il est inutile de triturer la géographie pour faire du droit. Le processus de fusion sera piloté par le préfet, appuyé sur la commission départementale de coopération intercommunale, en commençant par la commune la moins peuplée du département qui a un mois pour choisir la commune limitrophe avec laquelle elle fusionne, à défaut de quoi elle est fusionnée par arrêté préfectoral avec la commune limitrophe la moins peuplée, dans les huit jours qui suivent. Le processus de fusion est réitéré jusqu'à ce que, pour l'ensemble des communes de moins de 5 000 habitants du département, dans le champ du processus de fusion conduit jusqu'à son terme, la moyenne de la population des communes fusionnées soit comprise entre 4 000 et 4 400 habitants, et la plus proche possible de 4 194 par département. À titre transitoire, jusqu'aux élections municipales organisées dans la nouvelle commune et à chaque étape du processus de fusion, le conseil municipal est transitoirement formé de la réunion des conseils municipaux des communes fusionnées, le maire de la nouvelle commune en formation étant celui de la commune ancienne la plus peuplée à l'étape précédente, les autres maires des anciennes communes étant de droit maires-adjoints et tous les adjoints aux maires de ces communes adjoints au nouveau maire. À chaque étape, le processus de fusion peut donner lieu, à l'initiative du conseil municipal, à décision prise par référendum local dont le résultat est acquis à la majorité des suffrages exprimés. Chaque arrêté préfectoral précise la composition du nouveau conseil municipal ainsi que le chef-lieu qui est celui de la commune la plus peuplée et le nom de la nouvelle commune qui est la juxtaposition des noms des communes fusionnées, dans l'ordre démographique décroissant. Le premier conseil municipal, issu des élections municipales organisées dans la nouvelle commune, peut changer librement ce chef-lieu et ce nom.

ce qui permettra de parvenir enfin au chiffre global de quelque 8 000 communes, largement suffisant au bonheur des Français, y compris dans le pré.

Car, le mille-feuille territorial, c'est d'abord la croûte étouffante de bien trop nombreuses communes françaises qui n'ont pas d'autre raison de vivre ou de survivre que la ritournelle dérisoire sur la démocratie de proximité, encore jouée sur l'accordéon misérable de l'organisation décentralisée de la République, bien loin là-bas, du côté d'Ambert, de Clamecy ou de Rochechouart. Et, s'il faut vraiment que chaque commune subsiste, avec sa mairie, son église et son cimetière, que, par transposition de l'excellente loi PLM du 31 décembre 1982, les quelque 35 000 communes anciennes deviennent alors, à l'issue de ce bref, mais important processus de fusion, les circonscriptions administratives de ces 6 000 environ plus grandes communes-collectivités territoriales nouvelles à former, comme les arrondissements de la commune de Paris sont les circonscriptions administratives de la Ville : ceci n'interdirait pas, mais permettrait, au contraire, l'élection d'un représentant, au moins, ou d'une représentation dans chaque nouvelle commune-circonscription, redénommée « *commune associée* ». Sauf représentant unique[5], l'effectif raisonnable de la représentation de chaque commune associée étant proportionnel à la part de la population de la commune associée dans la population de la commune-collectivité, dénommée « *commune* », le maire élu de chaque commune-circonscription (ou « *maire associé* ») siègerait de droit au conseil municipal de la commune-collectivité, et d'abord pour l'élection de son maire, exécutif de la commune : diminuer notablement le nombre des communes-collectivités en France, tout en préservant le nombre des maires actuels[6] auxquels les Français sont si attachés, comme ils le sont, pour près de 17 millions d'entre eux à leurs villages[7], voilà ce qu'une législation simple viendrait enfin permettre efficacement.

La solution alternative en faveur de la nécessaire réforme territoriale est de ne pas toucher aux communes existantes, même inconsistantes, et de se lancer dans la voie de l'intercommunalité, selon une logique qui n'est pas nouvelle – tant s'en faut – en tant que réponse indispensable au morcellement communal, en France, depuis la loi du 22 mars 1890 sur les syndicats de communes à vocation unique. Mais, cette législation, fréquemment reprise, a été largement étendue, diversifiée et complexifiée avec le décret-loi du 30 octobre 1935 sur les syndicats mixtes, l'ordonnance du 5 janvier 1959 sur les syndicats à vocation multiple et les districts, la loi du 31 décembre 1966 sur les communautés urbaines, la loi du 10 juillet 1970 sur les villes nouvelles, la loi du 6 février 1992 sur les communautés de communes et de villes, la loi du 4 février 1995 sur les pays, la loi du 12 juillet 1999 sur les communautés d'agglomération ou encore la loi du 16 décembre 2010 sur les métropoles et les pôles métropolitains tandis que la loi récente du 27 janvier 2014 prescrit la création de trois métropoles spécifiques, autour de Paris, de Marseille et de Lyon. Et, si cette législation particulièrement instable vient abroger parfois des intercommunalités existantes : la loi du 12 juillet 1999 supprime ainsi les districts et les communautés de villes, celle du 16 décembre 2010 les pays ou celle du 27 janvier 2014 la communauté urbaine de Lyon, qui ne voit combien, par sédimentation, les structures nouvelles s'ajoutent aux structures précédentes, contribuant ainsi à l'illisibilité de la carte changeante des intercommunalités ? Car, on est confronté, à présent, sans ordre ni méthode, malgré la loi de simplification du 12 juillet 1999 modifiée et codifiée, à des formules fort différenciées d'établissements publics de coopération intercommunale, soit à fiscalité propre, soit sans fiscalité propre. Et, dans le cadre des intercommunalités à fiscalité propre, légitimées par l'élection, en principe, des membres de leur assemblée délibérante au suffrage universel direct, depuis mars 2014, par application de la loi du 16 décembre 2010, on trouve aussi sont des intercommunalités qui sont des fédérations d'intercommunalités comme la métropole du Grand Paris ou la métropole d'Aix-Marseille-

[5] Dans le cas où la commune-associée n'élirait qu'un représentant, il s'agirait alors d'une élection du maire associé qui se ferait au suffrage universel direct.

[6] Les maires actuels correspondraient donc aux maires associés, exécutifs des communes associées, circonscriptions administratives de la commune, gérées dans le cadre du droit de la décentralisation territoriale, ou aux maires, exécutifs des communes, collectivités territoriales de la République, les mandats de maire associé et de maire étant incompatibles. L'ordre du tableau, pour chaque conseil municipal, s'établira ainsi : le maire, les adjoints au maire par ordre d'élection et dans la limite de 20 % de l'effectif du conseil les maires associés, le cas échéant, dans l'ordre décroissant des populations des communes associées ainsi que les conseillers municipaux dans ordre décroissant d'âge.

[7] En métropole, la population cumulée des 31 521 communes actuelles de moins de 2 000 habitants est de 16 882 715 habitants, en 2014.

Provence tandis que la nouvelle métropole de Lyon remplace la Communauté urbaine de Lyon et le département du Rhône dans son périmètre pour former une nouvelle collectivité, mais à statut spécifique de l'article 72, alinéa 1er (seconde phrase) de la Constitution[8].

Et la confusion devient totale quand on vérifie que, dans un avenir bien incertain pour elles, ces trois nouvelles structures de 2014, absorbent déjà ou risquent d'absorber, non seulement les compétences des anciennes intercommunalités, mais aussi de nombreuses et importantes compétences des communes ou des départements de leur champ. À droit positif constant, où est vraiment le « choc de simplification » dans une région Île-de-France confrontée à une métropole du Grand Paris qui tendra, pour sa part, à réduire à rien ou presque la consistance des communes et départements qui subsistent, pourtant, dans la Petite couronne ? Il faudrait y mettre fin au plus tôt.

Dans le contexte d'une réforme bâclée, le pouvoir en place n'affiche-il pas, du reste, l'objectif de la suppression, d'abord totale, ensuite partielle, quelques semaines plus tard, des départements, en tant que collectivités territoriales, à l'horizon de 2020, c'est-à-dire à une échéance qu'il ne maîtrise pas dès lors que des élections nationales : présidentielles et législatives doivent intervenir au printemps 2017 ? Faut-il avoir la cruauté de rappeler, dans le même temps,

– qu'il sort d'une déroute électorale aux élections municipales et européennes de mars et de mai 2014,

– qu'il va perdre le contrôle du Sénat en septembre 2014,

– qu'il envisage de perdre les élections départementales et régionales, bientôt reportées, les unes, à mars 2015, les autres à fin 2015[9],

– et qu'au surplus, il ne dispose pas, à ce jour, du début du commencement d'une « majorité politique nette »[10] pour faire passer une réforme territoriale si improvisée, si contestée et si risquée ?

Pour s'en tenir à la métropole, a-t-on seulement pris en compte l'attachement des Français pour leur département-collectivité territoriale (ou, mal dit, conseil général), en particulier dans un contexte de crise économique et sociale, ce que, notamment, les Corses et les Alsaciens ont dit fortement, à l'occasion de consultations locales[11] ? Car, c'est bien le département qui est devenu la collectivité de proximité, hier organique, avec encore l'élection du conseiller général élu du scrutin majoritaire uninominal à deux tours, aujourd'hui fonctionnelle au titre de l'aide sociale ou médico-sociale, qui représente plus de la moitié de son budget de fonctionnement : petite enfance ; personnes handicapées ; personnes âgées ; revenu de solidarité active, etc.

Entre des communes trop faibles ou trop pauvres, vouées à stagner, et des départements trop petits et trop inégaux, promis à disparaître, n'y aura-t-il donc place, en métropole du moins, que pour une intercommunalité confuse et imposée, construite sur de bien trop nombreuses formules sans que le seul recours au suffrage universel direct, le cas échéant, puisse suffire à la rendre légitime ? Sans doute, c'est la quasi-totalité du territoire métropolitain qui est couvert, à présent, par l'intercommunalité, comme prévu par la loi du 16 décembre 2010. Mais, sans réduire aucunement le nombre excessif de communes-collectivités, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre qui, en 2014, sont tout de même au nombre de 2 145 – dont la moitié (1 288 d'entre eux, soit 53 % du total) à fiscalité professionnelle unique – auraient-ils vocation à remplacer, à eux seuls, les actuels départements métropolitains, enracinés dans la sociologie française, qui ne sont, pour leur part, que 96 ?

[8] On notera que le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à redire à la perte de consistance qui en résulte nécessairement pour les communes et les départements concernés : Cons. const., 23 janv. 2014, *Modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, déc. n° 2013-687 DC, *JCP G* 2014, 285, n° 9, 3 mars 2014, p. 443 s., note Gohin. Dans sa tribune du 2 juin 2014 à la presse quotidienne régionale, le Président François Hollande généralise cette formule : « certaines métropoles pourront reprendre les attributions des conseils généraux et toutes les expérimentations seront encouragées et facilitées », ce qui promet un beau désordre institutionnel dans les années qui viennent.

[9] Ce calendrier est celui tardivement annoncé par le Premier ministre, devant l'Assemblée nationale, dans sa déclaration de politique générale du 16 septembre 2014 (Const., art. 49, al. 1er). On notera que les élections cantonales, devenues départementales, et régionales seront donc, à nouveau, découplées.

[10] Expression du Président François Hollande dans sa tribune préc. du 2 juin 2014 à la presse quotidienne régionale.

[11] En Corse, la population consultée, sur le fondement de l'art. 72-1, al. 3 de la Constitution, répond « non » à la suppression des deux départements-collectivités de la Corse-du-Sud et de la Haute-Corse, à 51 % des suffrages exprimés, le 6 juillet 2003, ce qui interdit la collectivité territoriale unique de Corse. Dix ans plus tard, en Alsace, la population consultée, sur le fondement de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 4124-1-I à -III), répond « non », dans le Haut-Rhin, à la suppression des deux départements-collectivités du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, à 56 % des suffrages exprimés, le 7 avril 2013, ce qui interdit la création de la collectivité territoriale d'Alsace.

Le paradoxe serait grand : maintenir l'excessif morcellement intercommunal, tout en préservant le morcellement intercommunal, n'est-ce pas la certitude d'avoir à remâcher le mille-feuille indigeste de la décentralisation française[12] ? Il faut prendre un chemin autre, et même un chemin inverse : en fonction d'une nouvelle cartographie des communes françaises à redessiner, dans les limites de chaque département, sur la base de critères objectifs, simples et fonctionnels, adoptés par voie référendaire, c'est une nouvelle carte des intercommunalités qui sera librement définie par les communes-collectivités, chacune d'entre elles devant, dans les limites du département, adhérer, en permanence, à une formule d'intercommunalité et à une seule,

– soit à fiscalité propre : communauté, dénommée « *métropole* » à partir de 100 000 habitants, y compris pour Paris, Lyon et Marseille et leur périphérie, à compétences obligatoires légalement prévues ou à compétences facultatives, décidées à l'unanimité des communes membres et conventionnellement organisées ;

– soit sans fiscalité propre : syndicat qui pourrait être à mission unique ou multiple et ainsi à compétence obligatoire dans le champ de sa mission, définie à l'unanimité des communes membres dans le cadre de la convention de coopération.

Dès lors, les compétences suivantes : les écoles maternelles et primaires, la culture, la vie sociale, la jeunesse, les sports et les loisirs, l'urbanisme, le logement et l'habitat ou la sécurité seront intégralement prises en charge, de façon univoque, par les communes, sauf à l'être par leurs intercommunalités, avec l'apport de moyens humains, matériels et financiers à ces établissements publics que supposent de tels transferts légaux ou délégations conventionnelles de compétences, à partir des communes.

Avec des règles opérationnelles de constitution, de modification ou de retrait[13], chaque EPCI sera géré par un conseil, élu au suffrage universel indirect[14] et à la représentation proportionnelle, à partir des conseils municipaux, les maires associés et les maires étant membres de droit du conseil communautaire ou, le cas échéant, métropolitain de l'ECPI à fiscalité propre ou du conseil syndical de l'EPCI sans fiscalité propre, l'exécutif de l'EPCI, élu par le conseil en son sein, ne pouvant pas être maire-associé ou maire. Et le département-collectivité pourra, désormais, se comprendre comme l'assise de cette nouvelle intercommunalité simplifiée : au lieu de maintenir des cantons qui n'ont plus qu'une fonction électorale, passablement malmenée, n'est-il pas préférable que le conseil départemental devienne l'émanation des intercommunalités, chacune d'entre elles étant représentée au *prorata* de sa population dans la population départementale[15] par un nouveau recours au suffrage universel indirect et à la représentation proportionnelle qui concentrera, en définitive, l'exercice de la démocratie locale sur les élections municipales organisées dans les communes-associées ou dans les communes ? Le conseil départemental, devenu ainsi le grand conseil des intercommunalités du département, présidé par l'un de ses membres élu en son sein, ni maire associé ni maire ni président d'un EPCI,

[12] O. Gohin, « L'État au régime et son mille-feuille territorial », in F. Rouvillois (coord.), *Vers l'État optimal ?*, La Documentation française, 2012, p. 43 et s.

[13] La majorité absolue des membres de chaque conseil municipal des communes partenaires, au nombre de deux au moins, devrait suffire, dans tous les cas, à former l'EPCI, la consultation préalable de la population devant toujours être possible, sous réserve que le retrait prévoie l'adhésion à une autre formule préexistante et alternative d'intercommunalité, dans les limites du département. Toutefois, la règle généralisée et absolue du territoire de l'EPCI « *d'un seul tenant et sans enclave* » est à préserver, même d'autorité. Cette obligation s'impose, en droit positif, aux trois catégories de communautés : communautés de communes (CGCT, art. L. 5214-1), communautés urbaines (*ibid.,* art. L. 5215-1) et communautés d'agglomération (*ibid.*, art. L. 5216-1).

[14] On ne voit pas pourquoi les assemblées délibérantes des EPCI à fiscalité propre sont élues au suffrage direct, depuis mars 2014, sous prétexte du consentement à l'impôt (Décl. de 1789, art 14) alors que le Sénat, élu au suffrage indirect (Const., art. 24, al. 4), vote les lois de finances. Au demeurant, par construction, une démocratie représentative est nécessairement une démocratie indirecte quand bien même le suffrage universel pour élire les représentants serait direct.

[15] Ces représentants seraient les élus du conseil municipal, dans l'ordre du tableau, complétés, si nécessaire, à l'extérieur du conseil municipal, à la proportionnelle lorsque le nombre des délégués extérieurs serait égal ou supérieur à trois. Le rôle de médiateur social que jouait le conseiller général, bientôt départemental, serait tenu par le maire de chaque commune, animateur d'une collectivité bien plus consistante que la circonscription électorale à laquelle se réduit, à présent, le canton, y compris dans les campagnes (il faudrait dire dans « la ruralité ») alors, surtout, que se profile le scrutin majoritaire binominal mixte à deux tours (C. élect., art. 193, issu de l'art. 6 de la loi du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux) qui ajoute l'artificialité à cette institution dépassée : le conseiller général dans son canton puis, en mars 2015, les deux conseillers départementaux dans leur canton, jusqu'à la suppression des départements-collectivités, promise, en juin 2014, pour 2020, puis remise en cause, en août 2014, mais pour les seuls départements dits « ruraux » dont on ne sait pas encore ce qu'ils sont et qui ils sont. Dans les termes du Premier ministre Manuel Valls, « quant aux départements, vous le savez, le pragmatisme nous guide vers trois solutions. Dans les départements dotés d'une métropole – vous avez tous en tête l'exemple de Lyon –, la fusion des deux structures pourra être retenue. Lorsque le département compte des intercommunalités fortes, les compétences départementales pourront être assumées par une fédération d'intercommunalités. Enfin, dans les départements, notamment ruraux, où les communautés de communes n'atteignent pas la masse critique, le conseil départemental sera maintenu, avec des compétences clarifiées » (Assemblée nationale, déclaration de politique générale du 16 sept. 2014). Sans que cela soit encore dit, il y a nécessairement une révision constitutionnelle à la clé. Sur quelle base politique ?

exercera les compétences déterminées par la loi, hors compétences des communes-associées ou des communes ou encore des intercommunalités, dans une perspective conforme à l'exercice et au développement d'une nécessaire solidarité entre territoires d'une même collectivité de proximité et synthèse, à une échelle pertinente.

Un tel schéma se développe, pour le département, hors clause générale de compétences qui résulte d'une confusion courante avec la notion d'affaires locales : si l'actuel conseil général règle, pour ses délibérations, les affaires du département[16], il ne le fait et il ne peut régulièrement le faire que dans le champ des compétences que l'État lui attribue. C'est donc à bon droit que le Conseil constitutionnel a considéré, dans sa décision du 9 décembre 2010, que « *l'article 48 de la loi du 10 août 1871 susvisée précisait que le conseil général délibère* ''sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres'' ; *que ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une* ''clause générale'' *rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence* ».

Or, cette solution qui vaut logiquement dans tout le droit des collectivités territoriales, n'aura pas été remise en cause par le prétendu rétablissement de la mystérieuse « *clause générale* », opéré par l'article 1er de la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles. Au demeurant, dans la mise en œuvre des orientations fixées par le Président de la République, à l'occasion de sa conférence de presse du 14 janvier 2014, telles que précisées par le Premier ministre, lors de sa déclaration de politique générale du 8 avril suivant, la réforme territoriale annoncée fait, à nouveau, machine en arrière : en effet, le projet de loi n° 636 du 18 juin 2014 portant nouvelle organisation territoriale de la République, prétend écarter, une seconde fois, l'hypothétique clause de compétence générale « *qui permettait, jusqu'à présent, aux régions et aux départements d'intervenir en dehors de leurs missions principales, parfois de manière concurrente, souvent de façon redondante* » (exposé des motifs), pour substituer des compétences précises, confiées par la loi à un niveau de collectivité. Sans tenir cette clause générale pour existante et consistante, que faut-il constater ? Un pas en arrière en décembre 2010 ; un pas en avant, en janvier 2014 ; un pas en arrière, quelques mois plus tard. Où est la cohérence de l'action publique, d'une majorité à l'autre et au sein d'une même majorité ? Il y a là une illustration supplémentaire de ces circonvolutions si nombreuses qui finissent par disqualifier l'exercice du pouvoir législatif, dans sa version parlementaire. Ce n'est pas d'aujourd'hui qu'il a été dit : « une loi dont on change à chaque saison, une loi jetable n'est pas respectable »[17]. Et, cette condamnation ne vaut pas seulement pour le passé, à l'encontre de la loi antérieure qui est changée ; elle vaut aussi et surtout pour l'avenir, à l'encontre de la loi postérieure qui la change.

Ce n'est donc pas dans la préservation des actuelles communes-collectivités, dans la prolifération des intercommunalités les plus diverses ou dans la suppression à moyen terme de nombre de départements-collectivités qu'il faut trouver le changement provoqué par une réforme territoriale, pourtant nécessaire. Il est ici proposé bien moins de communes en France, regroupées en deux formules d'intercommunalité ; l'une à fiscalité propre : communautés ou métropoles, l'autre sans fiscalité propre : syndicats à mission unique ou multiple dont le département-collectivité assurera la coordination sur son territoire, dans le champ de ses compétences exclusives : l'action sociale et médico-sociale, les grands équipements, la voirie, des compétences communales ou intercommunales pouvant être également déléguées, par convention bi- ou multilatérale, au département, avec l'apport de moyens humains, matériels et financiers à cette collectivité que supposent de telles délégations conventionnelles de compétences, à partir des communes ou des intercommunalités.

Il reste qu'au sein de l'État unitaire, décentralisation et déconcentration doivent aller de pair et que sont à préserver, et même à amplifier les réformes réalisées par les réformes successives

[16] CGCT, art. L.. 3211-1 ; de même pour les communes (CGCT, art. L. 2121-29) et pour les régions (CGCT, art. L. 4221-1).

[17] Conseil d'État, *Rapport public 1991 : De la sécurité juridique, EDCE* n° 52, p. 31.

de déconcentration administrative, opérées par les décrets du 14 mars 1964, du 10 mai 1982 ou du 1er juillet 1992 ou encore par le décret du 29 avril 2004, modifié par le décret du 16 février 2010. Si l'on a bien compris que la suppression hypothétique et même irréaliste de certains départements-collectivités – lesquels, d'ailleurs ? – ne signifie pas mettre fin au département-circonscription (ou, mal dit, à la préfecture) et donc à l'institution préfectorale, véritable colonne vertébrale de la République[18], il est grand temps que l'État réalise que le mille-feuille territorial, c'est, d'abord le sien et que c'est devant sa porte, d'abord, qu'il a à balayer : admettons que la commune-circonscription soit conservée puisqu'il semble que le mariage ne puisse se concevoir, en France, qu'en la maison commune, devant le maire, alors agent déconcentré de l'État, car officier d' état-civil ; mais pourquoi subsistent encore cantons et arrondissements ? Pourquoi avoir aussi ces circonscriptions administratives interdépartementales les plus diverses que sont, malgré le décret d'harmonisation du 2 juin 1960, les académies, les circonscriptions juridictionnelles, différentes pour l'ordre administratif, l'ordre judiciaire et l'ordre financier, les cinq régions terre qui ne correspondent pas systématiquement aux sept zones de défense et de sécurité, etc. ?

Bien après la commune-circonscription, par exception, et le département-circonscription, en principe, les régions-circonscriptions ont émergé dans le droit de la déconcentration de l'État : crées en 1941, dans le contexte du maintien de l'ordre public, et reprises, en 1955 dans le cadre de la planification et de l'aménagement du territoire, elles ont été consolidées, en 1964, dans la perspective de la réforme de l'État, selon la superposition de trois niveaux que connaissent les États européens équivalents à la France. C'est cette régionalisation, déplacée, en 1986 seulement, sur le terrain du droit des collectivités territoriales, pour ce qui est de la France continentale, qui est en passe d'être reprise par la loi, en conséquence nécessaire d'une refonte de la carte des régions, telle que retenue par le Président de la République, à l'issue d'une fausse concertation, dans une précipitation déplorable et au prix d'arbitrages discutables et mal fondés.

Cette nécessaire réforme territoriale, cristallisée, à présent, par le projet de loi n° 635 du 18 juin 2014 relatif à la délimitation des régions, notamment[19], vise ainsi à la création de treize nouvelles super-régions à partir des vingt-et-une préexistantes en métropole (Corse non comprise), sous prétexte, en vrac, de taille européenne, de modèle allemand ou d'économies budgétaires[20]. Cela représente une réduction, non plus de la moitié, comme envisagé le 14 janvier, mais du tiers de l'effectif, comme annoncé le 2 juin, avec le maintien dans leurs limites actuelles de pas moins de cinq régions : la Bretagne, les Pays-de-la-Loire, l'Île-de-France, le Nord-Pas-de-Calais et Provence-Alpes-Côte d'Azur, pour des raisons qui ont beaucoup à voir avec des considérations politiques, tant électorales que personnelles. Cette nouvelle carte des régions françaises qui ne satisfait pas grand monde, ni les populations concernées qui n'auront rien à dire par voie de consultation locale, ni les élus locaux ou nationaux qui méconnaissent la force du parlementarisme rationalisé, on peut sans doute la discuter à l'infini : par exemple, dans sa première version rejetée en première lecture par le Sénat, la création d'une future région regroupant le Centre, le Poitou-Charentes et le Limousin, tout en préservant les Pays-de-la-Loire ou l'Aquitaine tandis que l'actuelle région Languedoc-Roussillon est absorbée par Midi-Pyrénées. Du reste, depuis le 2 juin, la carte a évolué, sans donner – toujours et encore – satisfaction, faute d'être construite sur un critère simple, logique et objectif : c'est ainsi que, dans sa seconde version, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, le 18 juillet 2014, on passe de treize à douze régions en métropole, avec la disparition de l'ex-future région Picardie-Champagne-Ardenne dès lors que la Picardie devrait rejoindre le Nord-Pas-

[18] Dans sa tribune préc. à la presse quotidienne régionale, le Président de la République souligne que « le département en tant que cadre d'action publique restera une circonscription de référence essentielle autour des préfets et de l'administration déconcentrée de l'État avec les missions qui sont attendues de lui ». Déjà, par ex., la loi du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs de Corse sur la modification de l'organisation institutionnelle de la Corse proposait de supprimer les départements-collectivités de la Corse-du-Sud et de la Haute-Corse et de transférer leurs compétences à la nouvelle collectivité unique de Corse, mais de créer, en même temps, deux départements-circonscriptions administratives de la nouvelle collectivité unique sur le territoire des deux départements, maintenus en tant que circonscriptions administratives de l'État, tout en préservant la région de Corse, en tant qu'autre circonscription administrative de l'État.

[19] Ne sont concernés ni la Corse, collectivité territoriale à statut particulier, depuis la loi du 13 mai 1991, ni l'outre-mer différencié et diversifié, depuis la révision opérée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

[20] La prévision gouvernementale de près de 10 milliards d'euros d'économie d'ici 5 à 10 ans est, à la fois, approximative et contestée.

de-Calais – région qui ne serait donc plus laissée en l'état – et la Champagne-Ardenne être rattachée à la Lorraine-Alsace. Dans le même temps, l'improbable région Centre-Poitou-Charentes-Limousin est déconstruite, la région Centre étant finalement préservée tandis qu'il est prévu, à présent, que le Poitou-Charentes et le Limousin rejoignent, ensemble, l'Aquitaine. Dans le même temps, avec l'accord du Gouvernement et après approbation de la Commission des lois, l'amendement déposé par le député de l'Essonne Carlos da Silva, rapporteur du projet de loi sur la réforme territoriale, aura été retenu en séance : il ouvre à chaque département un « droit d'option » pour lui permettre de rejoindre une autre région limitrophe, mais à partir de 2016 seulement, et donc après les élections départementales et régionales de 2015 : la Loire-Atlantique attendra encore sa « bretonisation ».

On se contentera ici de dire que, pour être utile, une telle réforme qui tient, depuis plusieurs mois, du grand meccano, signifiait de parvenir, Corse et outre-mer exclus, à onze régions en France[21], pas plus, de part et d'autre de la fameuse ligne La Rochelle-Genève qui sépare, à peu près le Nord et le Sud de la France, structurées logiquement sur les principaux axes de communication et autour des grandes métropoles d'équilibre, en partant des villes les plus peuplées du pays, ce qui est possible dans neuf cas, à l'exception de Nice, pourtant la cinquième métropole française, mais trop excentrée[22] :

Rang démographique et villes-métropoles d'équilibre à retenir comme chefs-lieux de nouvelles régions	Régions actuelles maintenues ou *regroupées*
1. Paris	Île-de-France
2. Marseille	Provence-Alpes-Côte d'Azur
3. Lyon	*Rhône-Alpes-Auvergne*
4. Toulouse	Midi-Pyrénées
6. Nantes	*Centre-Pays-de-la-Loire-Bretagne*
7. Strasbourg	*Champagne-Ardenne-Lorraine-Alsace*
8. Montpellier	Languedoc-Roussillon
9. Bordeaux	*Aquitaine-Poitou-Charentes-Limousin*
10. Lille	*Nord-Pas-de-Calais-Picardie*
13. Le Havre	*Basse et Haute-Normandie*
17. Dijon	*Bourgogne-Franche-Comté*

Ces nouvelles régions-collectivités, quelles devront être leurs compétences, à titre exclusif ? La formation professionnelle et l'apprentissage ; l'enseignement secondaire et supérieur ; l'aménagement du territoire ; l'environnement ; les transports ; la communication et le développement économique[23].

Il va de soi que les régions-circonscriptions seront calquées sur les régions collectivités et que toutes les circonscriptions interdépartementales qui pourraient subsister, à titre dérogatoire et exceptionnel, seront maintenues ou reconfigurées, soit dans les limites de la nouvelle région, pour les circonscriptions infrarégionales, comme

[21] Les nouvelles régions sont regroupées, le cas échéant, sans défaire la carte des anciennes régions.

[22] On notera que les deux dernières régions mentionnées qui sont cohérentes, doivent avoir des chefs-lieux de moindre importance, après les villes de rang 12 : Reims en Champagne-Ardenne-Lorraine-Alsace ; 14 : Saint-Étienne et 16 : Grenoble en Rhône-Alpes-Auvergne ; 15 : Toulon en Provence-Alpes-Côte d'Azur.

[23] Dans la répartition, sans recoupement, des compétences entre les trois niveaux de collectivités territoriales, on a repris les intitulés des tableaux du rapport du comité Balladur, *Il est temps de décider*, Fayard et la Documentation française, 2009, p. 54-55 et 154-155.

les actuelles académies, soit en agrégeant plusieurs nouvelles régions limitrophes, pour les circonscriptions plurirégionales, comme les actuelles zones de sécurité et de défense[24].

La possibilité sera ainsi ouverte de cesser de confondre, dans la même personne, le préfet de département et le préfet de région, au chef-lieu du département et de la région. Ainsi le préfet de région aura enfin autorité hiérarchique sur le préfet de département, en toutes matières[25], et et chaque préfet de région, à exception du préfet de police[26], sera préfet de zone de défense et de sécurité.

Parallèlement, la nouvelle région deviendra la circonscription électorale pour les élections régionales, fin 2015, avec suppression des incompréhensibles sections départementales qui visent, malgré la régionalisation logique de l'électorat, à départementaliser les élus : le conseil régional sera donc élu à la représentation proportionnelle à deux tours dans le cadre de la nouvelle région, les premiers noms de chaque liste devant être domiciliés dans un département différent parmi tous les départements de la région, la composition de la liste étant libre au-delà, sous réserve de l'alternance homme-femme. Il sera présidé par l'un des membres du conseil régional, élu en son sein, ni maire associé ni maire, ni président d'un EPCI ni président d'un conseil départemental. Bien entendu, la nouvelle région sera aussi la circonscription des élections européennes qui ne sont ni locales ni nationales, sauf à revenir à l'élection dans une circonscription unique pour la France entière. Il pourrait en être de même des élections sénatoriales, pour le renouvellement intégral du Sénat, fin septembre, tous les quatre ans, désormais, après le renouvellement général des assemblées locales, en mars-avril de la même année, les mandats locaux étant de cette même durée, sans possibilité, pour les élus locaux comme pour les sénateurs, d'exercer plus de trois mandats consécutifs[27].

[24] La question peut se poser de savoir si les sept actuelles zones de défense et de sécurité, en métropole, seront maintenues ou reconfigurées dans les nouvelles limites régionales, avec transfert du chef-lieu de la zone Ouest à Nantes et de la zone Est à Strasbourg.

[25] Telle n'est pas la rédaction du décret du 20 avr. 2004 par le décret modif. du 16 févr. 2010 : si « *le préfet de région* [...] *a autorité sur les préfets de département* » (art. 1er-I), les importantes matières, définies aux articles 10 (contrôle administratif), 11 (ordre public et sécurité des populations) et 11-1 (entrée et séjour des étrangers et asile), sont exceptées et il ne s'agit pas d'une autorité hiérarchique. Du reste, « *les recours hiérarchiques contre les décisions des préfets de département* [...] *sont adressés aux ministres compétents* » (art. 1er-II).

[26] CSI, art. R. 122-39 à -44.

[27] L'élection de tous sénateurs de métropole, à la représentation proportionnelle est sans conséquence pour la stabilité du pouvoir exécutif dès lors que cette assemblée parlementaire est hors régime parlementaire : elle ne peut ni censurer le Gouvernement (Const. art. 50, *a contrario*) ni, en, contrepartie, être dissoute. (*ibid.*, art. 12, *a contrario*). Il n'y donc aucun inconvénient à sortir de la logique majoritaire, induite par le second tour de l'élection présidentielle et tout avantage à assurer dans cette assemblée la représentation de mouvements politiques significatifs, restés hors coalition majoritaire, tels que le Front de gauche ou le Front national.
Le collège électoral pour le Sénat sera celui formé, dans la région, des maires et d'un nombre de délégués supplémentaires, à même de tenir compte du poids relatif de chaque commune dans la population de la région. Ces délégués supplémentaires sont, d'abord, 1° de droit, les membres élus du conseil municipal, dans l'ordre du tableau, puis 2° les délégués élus par le conseil municipal, à la proportionnelle pour trois délégués, au moins à élire, a) parmi les représentants des communes associées, hors conseil municipal, ou b) à Paris, Lyon et Marseille, parmi les conseillers d'arrondissement non membres du Conseil de Paris ou des conseils municipaux de Lyon ou de Marseille ou encore c) à l'extérieur des représentations des communes associées ou des conseils d'arrondissement de la loi PLM. On doit y ajouter les conseillers départementaux, non membres des conseils municipaux, ainsi que les conseillers régionaux. Bien entendu, au sein du collège électoral pour le Sénat, chacun n'est titulaire que d'une voix. Les premiers noms de chaque liste doivent être domiciliés dans un département différent de la région jusqu'à ce que tous les départements de la région soient couverts, la composition de la liste étant alors libre au-delà, sous réserve de l'alternance homme-femme.
Toutefois, il conviendrait que tout candidat ait exercé antérieurement un mandat de quatre ans au moins comme élu local et que le mandat de sénateur soit compatible avec une fonction d'exécutif d'une collectivité locale : maire ou président du conseil départemental ou président du conseil régional ou d'un EPCI, quel que soit le nombre de mandats exercé simultanément dans les conseils de ces collectivités ou EPCI.

Annexe :

Strates démographiques avant fusion	Nombre de communes avant fusion	Population cumulée par strates	Strates démographiques après fusion	Nombre de communes après fusion	Population et moyenne (M) par strates
Moins de 50	913	31 519			
50 à 99	2 597	197 651			
100 à 199	5 895	870 089			
200 à 299	4 621	1 137 710			
300 à 399	3 413	1 182 312			
400 à 499	2 474	1 106 540			
			De moins de 50 à 499	**2 500**	**4 525 821 M : 1 810**
500 à 699	3 732	2 208 742			
700 à 999	3 278	2 732 371			
1 000 à 1 499	2 998	3 647 794			
1 500 à 1 999	1 600	2 767 957			
2 000 à 2 499	990	2 214 882			
2500 à 2 999	648	1 772 176			
3 000 à 3 499	512	1 650 605			
3 500 à 3 999	386	1 442 858			
4 000 à 4 999	524	2 325 424			
			De 500 à 4 999	**3 529**	**20 762 809 M : 5 883**
5 000 à 5 999	363	1 984 189	5 000 à 5 999	363	1 984 189
6 000 à 8 999	590	4 282 582	6 000 à 8 999	590	4 282 582
9 000 à 9 999	121	1 146 336	9 000 à 9 999	121	1 146 336
10 0000 à 19 999	481	6 656 282	10 0000 à 19 999	481	6 656 282
20 000 à 29 999	174	4 268 234	20 000 à 29 999	174	4 268 234
30 000 à 49 999	128	4 932 465	30 000 à 49 999	128	4 932 465
50 000 à 79 999	62	3 736 884	50 000 à 79 999	62	3 736 884
80 000 à 99 999	13	1 147 264	80 000 à 99 999	13	1 147 264
100 000 à 199 999	28	3 743 625	100 000 à 199 999	28	3 743 625
200 000 à 299 999	6	1 499 570	200 000 à 299 999	6	1 499 570
300 000 et plus	5	4 383 283	300 000 et plus	5	4 383 283
			De 5 000 à plus de 300 000	**1 971**	**37 781 714 M : 19 168**

32. Droit de l'environnement

Le changement en droit de l'environnement

Laurent Neyret
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Définition du droit de l'environnement – Le droit de l'environnement fait partie de ces matières qui peuvent être envisagées de manière plus ou moins large[1]. La présente étude s'intéressera au noyau dur du droit de l'environnement, à ce qui en fait la spécificité, à savoir les règles qui ont pour objet de supprimer ou de limiter l'impact des activités humaines sur les écosystèmes afin de contribuer à la santé publique et au maintien des équilibres écologiques.

Pour envisager les rapports entre le changement et le droit de l'environnement, il est possible d'emprunter trois voies différentes, de manière alternative ou cumulative.

Droit du changement climatique – D'abord, le changement en droit de l'environnement renvoie à un concept spécifique à cette branche du droit, à savoir le changement climatique. Ainsi, la lutte contre le changement climatique est reconnue comme priorité nationale[2] et fait partie des objectifs visés par le droit de l'environnement[3], le droit de l'urbanisme[4] et le droit rural[5]. Il serait même possible de parler d'un droit du changement climatique qui engloberait non seulement le droit des quotas de gaz à effets de serre[6], l'obligation d'information environnementale qui pèse sur les grandes sociétés notamment en termes d'impacts de leur activité sur le changement climatique[7], ou encore la question de la responsabilité pour les dommages causés par les émissions de gaz à effet de serre. À cet égard, la conférence climat de Paris de décembre 2015, destinée à trouver un accord global sur les mesures en faveur de la lutte contre le réchauffement climatique, sera l'occasion de réfléchir à la création d'un fonds mondial pour l'indemnisation des victimes du réchauffement climatique qui pourrait être alimenté par ceux dont l'activité est génératrice d'émissions de gaz à effet de serre, que ce soit les industriels, les particuliers ou encore les États. D'ores et déjà, et depuis 2011, il existe un fonds vert pour le climat rattaché à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, adoptée en 1992. L'objectif d'un tel fonds consiste à organiser le transfert d'argent entre les pays développés et les pays en transition afin de permettre à ces derniers de mettre en place des projets propres à limiter ou combattre les effets du changement climatique. Depuis 2014, ce dispositif est relayé à l'échelle

[1] M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2011, n° 7 s.
[2] C. env., art. L. 229-1.
[3] C. env., art. L. 110-1, III. 1°.
[4] C. urb., art. L. 110.
[5] C. rur. pêch. mar., art. R. 111-2.
[6] C. env., art. L. 229-7.
[7] C. com., art. R. 225-105-1.

régionale par le fonds pour le changement climatique en Afrique, adossé à la Banque africaine de développement. Quoi qu'il en soit de l'importance des questions juridiques afférentes au changement climatique, l'intérêt d'une étude sur les rapports entre le changement et le droit de l'environnement dépasse de loin ces questions. C'est davantage en termes de processus que le changement mérite d'être appréhendé ici, qu'il s'agisse d'un changement extérieur au droit de l'environnement ou intrinsèque à la matière.

Changement du droit *par* le droit de l'environnement – Ensuite, envisager le processus de changement dans une perspective environnementaliste conduit à aborder la question de l'influence du droit de l'environnement sur le reste du droit. À ce propos, bien qu'il s'agisse d'un droit jeune, le droit de l'environnement irradie[8] et même transforme de nombreuses branches du droit public comme du droit privé[9], que l'on songe par exemple au droit des marchés publics qui permet de subordonner l'octroi de certains marchés au respect d'exigences environnementales, ou encore au droit de la responsabilité civile qui reconnaît désormais le préjudice écologique indépendamment de toute répercussion personnelle. En ce sens, le droit de l'environnement manifeste une « *capacité à exporter sa dynamique rénovatrice* »[10]. Une telle force transformatrice du droit de l'environnement trouve sa source dans le principe d'intégration reconnu à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, aux termes duquel « *les exigences de protection doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté* [...]*, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ». En droit interne, ce principe n'est pas consacré explicitement mais il apparaît en filigrane derrière le principe de conciliation inscrit à l'article 6 de la Charte de l'environnement, qui dispose que « *les politiques publiques* [...] *concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Le rayonnement des préoccupations environnementales en droit public mais aussi au-delà, en droit privé, illustre une extension du principe d'intégration et même un changement de nature. En effet, ce principe ne s'inscrit plus seulement dans une dimension verticale où l'État serait le seul gardien de l'environnement mais aussi dans une dimension horizontale où les personnes privées deviennent elles aussi débitrices d'obligations environnementales. Quoi qu'il en soit, pour prendre la mesure des changements du droit impulsés par le droit de l'environnement, il est nécessaire d'approfondir la question de l'évolution du droit de l'environnement en lui-même.

Changement *en* droit de l'environnement – Enfin, traiter du changement en droit de l'environnement invite à approfondir les métamorphoses de la matière, dans une approche épistémologique. Si cette matière a acquis une identité spécifique avec le temps, il n'en reste pas moins que son expansion tous azimuts en a fait une discipline juridique de moins en moins lisible au point que l'on peut craindre une crise du droit de l'environnement. Les craintes en ce sens sont multiples. Ainsi, un auteur redoute-t-il que « *la fertilisation des autres disciplines ne s'opère au risque d'une dilution de sa propre substance* »[11] qui pourrait aller jusqu'à la disparition du droit de l'environnement. Pour un autre auteur, la matière est menacée dans sa substance[12] au point qu'il serait nécessaire de consacrer un principe de non-régression pour faire entrer le droit de l'environnement « *dans la catégorie des règles juridiques intangibles et non abrogeables au nom de l'intérêt commun de l'humanité* »[13]. Pour prendre la mesure d'une telle crise au présent, il est nécessaire d'évoquer dans un premier temps les changements passés ayant conduit aux acquis du droit de l'environnement (I). Dans un second temps, il conviendra de proposer les changements requis pour l'avenir (II), dans une perspective de consolidation et de sécurisation du droit de l'environnement.

I. Rétrospective des changements passés : l'acquis

Le droit de l'environnement est un droit jeune qui a pris de l'ampleur au fil du temps. Il s'est construit au rythme d'une prise de conscience grandissante des rapports entre l'homme et l'environnement et de l'influence réciproque de l'ac-

[8] A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 2002, n° 7.
[9] Sur ce phénomène v. M. Boutonnet et L. Neyret, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D.* 2014, p. 1335.
[10] A. Van Lang, *op. cit.*, n° 7.
[11] *Ibid.*
[12] M. Prieur, *op. cit.*, n° 77-2.
[13] *Ibid.*

tion du premier sur le second. Quant à l'identité de la matière, elle se découvre à la croisée des chemins entre plusieurs voies d'évolution convergentes. Dans ces conditions, une bonne compréhension de l'acquis en droit de l'environnement passe par une étude successive des forces (A) et des voies (B) du changement en la matière.

A. Les forces du changement

La montée en puissance du droit de l'environnement et son autonomie résultent de forces convergentes (1) dans le sens d'une protection renforcée de la nature contre les assauts de l'homme. Cette construction ne s'est pas faite sans forces divergentes (2) caractérisées par une résistance contre l'encadrement croissant de la liberté, notamment économique.

1. Les forces convergentes

Extension de la pression humaine sur la nature – La pression des hommes sur leur environnement ne date pas d'hier et, pourtant, l'apparition du droit de l'environnement est relativement récente puisqu'en France, ce sont essentiellement les lois de juillet 1976 relatives à la protection de la nature et aux installations classées pour la protection de l'environnement qui marquent les prémices de ce droit. Ce hiatus s'explique par le fait que pendant longtemps la transformation anthropique de la nature a eu lieu à un rythme et à une ampleur tels que la nature a pu s'adapter, ne nécessitant pas l'adoption de règles générales et systématiques propres à encadrer les activités humaines comme l'agriculture, l'élevage, ou l'artisanat dans une perspective de protection de l'environnement. En revanche, à partir de la Révolution industrielle, les effets négatifs de la puissance technique puis technologique des hommes sont tels qu'une réaction s'impose, qui prend la forme d'obligations juridiques à visée environnementale. Les catastrophes successives, du type marées noires, accidents nucléaires ou accidents industriels, vont servir de catalyseur à ce processus de création d'un ordre juridique environnemental, qui s'explique également par la prise de conscience d'une solidarité de l'homme à l'égard du destin terrestre.

Changement des rapports entre l'homme et la nature : vers une solidarité de destin terrestre – Une autre force créatrice du droit de l'environnement s'entend de l'évolution des rapports entre l'homme et la nature marquée par une prise de conscience de la communauté de destin qui unit l'homme et le reste du vivant[14]. En effet, la structuration de règles juridiques en direction d'une protection spécifique de l'environnement trouve son fondement éthique dans la « conscience de notre appartenance au complexe commun tissé par l'ère planétaire »[15] et dans l'idée que « nous sommes solidaires de cette planète »[16]. La vie de l'homme est « intimement conditionnée par une multitude de processus écologiques »[17]. Dès lors, comme l'exprime le deuxième considérant de la Charte de l'environnement, « *l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel* ». Que l'environnement soit menacé, et c'est toute l'humanité qui tremble. De là à justifier l'extension de la responsabilité de l'homme, il n'y a qu'un pas.

Extension de la responsabilité humaine en direction de l'environnement – À l'extension des pouvoirs de l'homme répond une extension de ses devoirs en direction de l'environnement. Cette idée ressort des travaux du philosophe allemand Hans Jonas pour qui « la considérable extension de la portée causale de nos actes »[18] nous rend responsable de la nature. Le philosophe français Dominique Bourg ne dit pas autre chose quand il affirme que notre « responsabilité écologique [...] procède du pouvoir qui nous est donné de nuire aux autres vivants en transformant la nature »[19]. À cela, on peut ajouter que l'homme est le seul être vivant apte à assumer une responsabilité et conscient de cette condition[20]. En effet, s'il existe une singularité de l'homme par rapport au reste du vivant, c'est d'être un sujet de responsabilité.

Cela explique que les règles juridiques à visée environnementale se soient multipliées à partir

[14] E. Morin et B. Kern, *Terre patrie*, Seuil, 1993, p. 212.
[15] *Ibid.*
[16] *Ibid*.
[17] N. De Sadeleer, « La conservation de la nature au-delà des espèces et des espaces : l'émergence des concepts écologiques en droit international », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1993, p. 165.
[18] H. Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, 1995, p. 190.
[19] D. Bourg, « La responsabilité écologique », in A. Fagot-Largeault et P. Acot (dir.), *L'éthique environnementale*, éd. Sens, 2000, p. 39.
[20] En ce sens : Préambule de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme du 19 octobre 2005.

des années 1970 dans le monde en général et en France en particulier. Pour autant, les forces convergentes en faveur du droit de l'environnement ont rencontré et rencontrent encore des forces divergentes réticentes à une matière parfois perçue comme restrictive de liberté, en particulier économique.

2. Les forces divergentes

Résistance croissante au droit l'environnement – Il est courant d'entendre que la réglementation freine l'exercice des libertés individuelles, notamment économiques. Cette critique atteint son paroxysme en matière environnementale, où les offres de droit suscitent souvent de vives critiques, à l'image de la résistance des syndicats d'entreprises à la proposition d'insérer le préjudice écologique dans le Code civil. En plus d'alourdir les procédures et de rendre plus coûteuse l'activité économique, le droit de l'environnement serait un frein à l'innovation et au progrès. Une telle opinion se retrouve dans le rapport remis au Président de la République en 2013 par la Commission présidée par Anne Lauvergeon[21]. En effet, la Commission propose de reconnaître « l'existence d'un principe d'innovation, équilibrant le principe de précaution »[22]. Où l'on perçoit clairement que le principe de précaution inscrit à l'article 5 de la Charte constitutionnelle de l'environnement est pointé du doigt comme ayant un impact négatif sur le développement économique. Cette stigmatisation trouve son prolongement dans plusieurs propositions de lois constitutionnelles transpartisanes, visant soit à retirer le principe de précaution de la Constitution[23], soit à équilibrer le principe de précaution par la consécration d'un principe d'innovation[24]. Autant de propositions politiques qui contrastent avec la réalité du terrain juridique, où le principe de précaution est le plus souvent appliqué avec mesure[25] plutôt que comme « un principe d'inaction »[26]. En ce sens, Geneviève Viney évoque la « prudence »[27] du juge judiciaire en la matière, étant observé que la Cour de cassation « a adopté des positions très modérées quant à l'influence du principe de précaution aussi bien sur le fait générateur de responsabilité que sur la causalité »[28].

Dans un rapport remis au Premier ministre en 2013[29], la Mission de lutte contre l'inflation législative regrette que le droit de la protection des espèces protégées conduise à des surcoûts, des retards ou même à l'abandon de projets d'aménagements, alors même qu'une interprétation facilitatrice permettrait de « sauver » les projets. Et le rapport de citer plusieurs exemples, comme le chantier de l'autoroute A28 retardé pendant dix ans en raison de la présence du scarabée pique-prune, espèce protégée par la Convention de Berne de 1979, ou encore la construction du centre de formation du stade brestois reportée en raison de la présence de l'escargot de Quimper sur le terrain acquis par le club de football. Le rapport va même jusqu'à parler d'« intégrisme normatif dans le domaine de l'environnement », qui serait le fait d'associations environnementalistes relayées par les DREAL[30] chargées de piloter les politiques de développement durable à l'échelle régionale. Une telle position apparaît excessive et en décalage avec une approche globale des questions environnementales qui nécessitent de mettre en balance, au cas par cas, les intérêts divergents reconnus par le droit.

Comme on le voit, les assauts contre la réglementation environnementale sont bien réels et accentués par la crise économique. À l'échelle internationale, on citera l'exemple du Canada qui s'est retiré en 2011 du Protocole de Kyoto sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre et en 2013 de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification. À l'échelle nationale, on retiendra par exemple la mise en place en 2009[31] d'un régime d'autorisation simplifiée pour certaines installations présentant un risque pour l'environnement. En allégeant la charge administrative qui pèse sur ces installations, le législateur espère contribuer à la relance de l'économie française. Il n'en fallait pas plus pour faire réagir les défenseurs des acquis du droit de l'environnement menacés de régression.

[21] Un principe et sept ambitions pour l'innovation, www.elysee.fr, consulté en oct. 2014.
[22] *Ibid*., p. 14.
[23] Proposition nº 2033, AN, 13 juin 2014.
[24] Proposition nº 1580, AN, 26 nov. 2013.
[25] M. Boutonnet, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.* 2010, p. 2662.
[26] Proposition nº 2033, AN, 13 juin 2014, exposé des motifs.
[27] G. Viney, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ? », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges G. J. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 555, spéc. p. 558.
[28] *Ibid.*
[29] A. Lambert et J.-P. Boulard, 26 mars 2013, La documentation française, 2013.
[30] Directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement.
[31] Loi nº 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JO* 18 février.

Appel au principe de non-régression – Pour Michel Prieur[32] il est urgent de réagir face à la menace de dérégulation qui pèse sur le droit de l'environnement. Pour ce faire, il conviendrait selon lui de reconnaître un principe de non-régression, destiné à sanctuariser les règles environnementales en prohibant toute loi régressive. À titre d'illustration, l'auteur cite d'ores et déjà l'article 311-6 de la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer aux termes duquel « *les États Parties conviennent qu'aucune modification ne peut être apportée au principe fondamental concernant le patrimoine commun de l'humanité* [à savoir les fonds marins et leurs sous-sols] *et qu'ils ne seront parties à aucun accord dérogeant à ce principe* ». Bien que la crise économique mondiale puisse menacer de manière ponctuelle la réglementation environnementale, il n'en reste pas moins que les métamorphoses progressives de la matière l'ont conduite à acquérir une véritable identité.

B. Les voies du changement

À force d'évolutions, le système épars des normes environnementales s'est structuré au point de devenir une discipline à part entière. Les transformations successives en ce sens ont emprunté trois voies différentes : celle de l'autonomisation (1), celle de la densification (2) et enfin celle de la privatisation (3).

1. L'autonomisation du droit de l'environnement

Changement de finalité : d'un droit de la salubrité publique à un droit de la protection de l'environnement *per se* – Les prémices du droit de l'environnement sont d'ordre hygiéniste. Dans la France du Moyen Âge, les activités nocives (tanneries, boucheries) et insalubres (hôpitaux, cimetières) sont transférées à la périphérie des villes[33] notamment pour éviter les épidémies. Après la Révolution, le décret du 15 octobre 1810 va classer les établissements dangereux ou incommodes en plusieurs catégories avec un régime d'autorisation plus ou moins contraignant selon le niveau potentiel de gêne pour le voisinage. Ce n'est qu'à partir des années 1970, au moment de la prise de conscience de la gravité de l'impact des activités humaines sur la nature, que l'environnement va faire l'objet d'une protection juridique pour lui-même. Cet objectif transparaît au travers de la création du Ministère de l'environnement en 1971 et « s'affiche dans l'intitulé des grandes lois qui régissent la matière »[34] à l'image de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature ou encore de la loi du 2 février 2005 sur le renforcement de la protection de l'environnement. La création de juridictions spécialisées[35] en matière de pollution maritime va quant à elle renforcer le processus d'autonomisation du droit de l'environnement. Points d'orgue d'un tel processus : la codification des règles environnementales et la constitutionnalisation des plus emblématiques d'entre elles.

De l'éclatement des normes environnementales à leur rassemblement dans un Code dédié – Très vite, l'éclatement des normes environnementales et leur foisonnement allaient entraîner des doublons et des contradictions rendant nécessaire une mise en cohérence des textes[36]. Le Code de l'environnement a ainsi été adopté en 2000 pour répondre à un tel besoin de rationalisation. On regrettera que la codification du droit de l'environnement ait été réalisée à droit constant par une compilation des lois existantes et que le Code de l'environnement soit plus restreint que le droit de l'environnement. Il n'en reste pas moins que l'existence d'un tel Code constitue une étape déterminante dans la reconnaissance de l'importance de l'environnement dans notre système juridique. Une autre étape décisive en ce sens est la constitutionnalisation de la Charte de l'environnement en 2005.

Constitutionnalisation du droit de l'environnement – Depuis 2005, les principes fondamentaux du droit de l'environnement ont acquis valeur constitutionnelle par l'adossement de la Charte de l'environnement à la Constitution. Cette étape capitale pour la protection de l'environnement présente « l'intérêt de situer les impératifs environnementaux au même plan que des intérêts concurrents, qu'ils pourront venir limiter »[37], à l'image du droit de propriété ou de la liberté d'entreprendre, dans le prolongement

[32] M. Prieur et G. Sozzo (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.

[33] C. Jallamion, « Contribution à une histoire du droit privé de l'environnement : la lutte du juge judiciaire contre les pollutions et nuisances », *BDEI* 2009, suppl. au n° 19, *À la recherche du statut juridique du bioacteur*, p. 7.

[34] A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 2011, n° 68.

[35] Loi n° 2001-380 du 3 mai 2001 sur la répression des rejets polluants des navires, *JO* 4 mai.

[36] P. Lascoumes et G. J. Martin, « Des droits épars au Code de l'environnement », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, p. 323.

[37] A. Van Lang, *op. cit.*, n° 181.

du principe de développement durable selon lequel « les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins »[38]. Depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008, de nombreuses lois sont susceptibles d'être contrôlées au regard des articles de la Charte. D'ailleurs, dans le cadre d'un tel contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel[39] peut faire œuvre créatrice comme il l'a montré en 2011 en affirmant que chacun est « *tenu d'une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* »[40]. Au-delà, la Charte de l'environnement a repris la structuration du droit de l'environnement consacrée par le Code de l'environnement autour de principes généraux, à savoir le principe de prévention, le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur ou encore les principes d'information et de participation du public déjà présents dans différents textes nationaux et internationaux.

Autonomie du droit de l'environnement – L'ampleur des changements acquis en droit de l'environnement a transformé la matière et sa portée. En effet, suivant ainsi un auteur, « alors qu'en 1976, R. Drago estimait absurde de penser que le droit de l'environnement fût une discipline juridique nouvelle, on peut aujourd'hui admettre que le droit de l'environnement constitue une branche nouvelle du droit »[41]. Dans le même ordre d'idée, plus récemment, un autre auteur, évoquant la « propension au conceptualisme »[42] du droit de l'environnement, notait que « les notions phares de patrimoine commun, de développement durable, de précaution, d'irréversibilité, traduisent l'émergence en droit positif d'une dimension conceptuelle du droit de l'environnement, susceptible d'en rassembler les morceaux épars »[43]. En conséquence, nul doute qu'aujourd'hui, malgré des frontières à géométrie variable, le droit de l'environnement est une matière autonome, à plusieurs points de vue.

Autonome, le droit de l'environnement l'est d'abord par sa finalité spécifique, qui consiste à assurer la protection de l'environnement pour lui-même. Autonome, le droit de l'environnement l'est ensuite par son fondement éthique, qui s'entend d'une responsabilité humaine envers la nature et qui implique à la fois de « défendre »[44] l'environnement contre les atteintes, mais aussi d'en « favoriser les intérêts »[45]. Autonome, le droit de l'environnement l'est enfin par son code et sa structuration autour de principes directeurs spécifiques dont la réunion a donné naissance au concept d'« ordre public écologique ». Ce nouvel ordre public revêt une double dimension : objective au travers des multiples devoirs de l'homme au service de la protection de l'environnement, et subjective au travers du droit à l'environnement de l'article 1er de la Charte de l'environnement destiné à contrebalancer les droits concurrents comme le droit de propriété ou les libertés économiques[46], conformément au principe de développement durable. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme, statuant dans le domaine des obligations positives des États, s'est progressivement faite juge des conflits entre ces droits concurrents. L'arrêt *Hamer* de 2007 est remarquable en ce que la Cour retient que « *des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement. Ainsi, des contraintes sur le droit de propriété peuvent être admises, à condition certes de respecter un juste équilibre entre les intérêts en présence, individuels et collectifs* »[47]. Pour autant, on admettra que bien souvent, l'application du principe de proportionnalité conduit à privilégier la liberté économique sur la protection de l'environnement[48].

Le processus ainsi décrit d'autonomisation du droit de l'environnement se double d'un phénomène de densification de la matière.

[38] 7e considérant de la Charte de l'environnement.
[39] *La Constitution et l'environnement*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, nº 43, avril 2014.
[40] Cons. const. 8 avril 2011, nº 2011-116 QPC, *Rev. dr. immob.* 2011, p. 369, note F.-G. Trébulle.
[41] M. Prieur, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, nº 11.
[42] A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 2011, nº 5.
[43] *Ibid*.
[44] *V°* « Protection », in A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1998.
[45] *Ibid.*
[46] F. Ost, *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 130.
[47] CEDH 27 nov. 2007, *Hamer c/ Belgique*, *D.* 2008, p. 884, note J.-P. Marguénaud ; p. 2390, obs. F. G. Trébulle.
[48] Par ex. : CEDH 13 déc. 2012, *Flamenbaum et a. c/ France*, *RJE* 2014, p. 657, note J.-P. Marguénaud. Dans cette affaire relative à l'extension de l'aéroport de Deauville, le « *bien-être économique* » de la région l'a emporté sur la préservation de l'environnement.

2. La densification du droit de l'environnement

Phénomène de densification – La densification normative a été décrite comme une « dynamique d'évolution du droit »[49], et plus précisément comme un « processus de montée en puissance de normativité par lequel les normes juridiques prennent forme et force, gagnent en extension et en volume, enserrant conduites et pratiques dans un maillage de plus en plus dense ». Pour illustrer un tel phénomène qui traverse le droit et le dépasse, c'est un principe de droit de l'environnement, le principe de précaution, qui a été utilisé par la doctrine. Ainsi, l'évolution du principe de précaution est présentée par Catherine Thibierge comme le signe d'une « densification normative quantitative, par démultiplication du nombre de textes et d'actes qui expriment ou appliquent le principe [...], et d'une densification qualitative, puisque le principe a gagné en précision et en force normative »[50]. Cette dynamique d'évolution du principe de précaution est représentative d'une densification plus globale du droit de l'environnement[51], tant d'un point de vue quantitatif, que d'un point de vue qualitatif.

Densification quantitative du droit de l'environnement – En premier lieu, le droit de l'environnement a connu une densification quantitative par la « diversification [de ses] formes normatives »[52]. Que l'on songe ici à la multiplication des textes internationaux et nationaux en la matière, ou que l'on songe encore à la diffusion des normes privées de nature volontaire à l'image des codes de bonne conduite ou de nature négociée, comme les clauses de développement durable qui imposent aux producteurs, aux fournisseurs ou aux sous-traitants, d'exécuter une prestation en faveur de la protection de l'environnement[53].

Densification qualitative du droit de l'environnement – En second lieu, le droit de l'environnement a fait l'objet d'une densification qualitative par intensification de la force normative des dispositions destinées à protéger l'environnement.

Un tel processus est courant en droit international de l'environnement qui « se caractérise par la place accordée au droit programmatoire, encore appelé *soft law* ou droit souple »[54]. En effet, il est plus facile de faire émerger un consensus international dans un cadre non contraignant. Quoi qu'il en soit de l'absence de caractère obligatoire de nombreux textes internationaux de nature environnementale, leur influence sur l'adoption de textes de droit dur est indéniable. À titre d'illustration, la Déclaration de Stockholm qui a suivi le premier sommet de la Terre en 1972 ou encore la Charte de la nature de 1982, non contraignantes, ont influencé la rédaction de la Convention-cadre sur la biodiversité de 1992, elle, contraignante. Plus récemment, les engagements relevant de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) sont passés, en dix ans, du statut de droit proposé à celui de droit imposé par la Commission européenne. En effet, la Commission a défini la RSE, dans un premier temps, comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes »[55], puis, dans un second temps, comme la « responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »[56].

Parfois, le durcissement des règles environnementales s'opère par un passage du droit international déclaratoire à un droit régional et national obligatoire, qualifié de « densification normative formelle, par conventionnalisation puis par légalisation »[57] par Catherine Thibierge. C'est ce qui s'est produit pour le principe de précaution, apparu dans la Déclaration de Rio de 1992 et repris dans le Traité de Maastricht de 1992 avant d'être inséré dans le Code rural français par la loi Barnier du 2 février 1995. Une telle évolution s'est poursuivie par la constitutionnalisation du principe de précaution en 2005, qui a pu être qualifiée quant à elle de « densification normative ascendante »[58].

[49] C. Thibierge, « La densification normative - Découverte d'un processus », *D.* 2014, p. 834.
[50] *Ibid*.
[51] M. Boutonnet, « La densification normative du droit de l'environnement, du phénomène normatif au mode de régulation juridique », in C. Thibierge et *alii*, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 971.
[52] *Ibid.,* p. 982.
[53] M. Boutonnet, «Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats», *D.* 2012, p. 377.
[54] A. Van Lang, *op. cit.*, nº 33.
[55] *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM(2001) 366 final, 18 juillet 2001.
[56] *Responsabilité sociale de l'entreprise: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final, 25 octobre 2011.
[57] C. Thibierge, «La densification normative - Découverte d'un processus», *D.* 2014, p. 834.
[58] *Ibid.*

Eu égard à la complexité et à l'évolution rapide des questions environnementales, il a été préconisé de recourir plus fréquemment au droit souple comme préalable à l'adoption de règles obligatoires[59]. En effet, dans ce domaine, « il est difficile de trouver immédiatement la bonne mesure avec la bonne sanction. On est dans une phase de mise en place nécessairement tâtonnante, et ''faire du droit dur'', qui change tous les deux ans, fait perdre à la loi sa force, et crée de l'insécurité juridique »[60]. Cette position est de plus en plus partagée par le législateur, comme l'illustre la loi Grenelle II du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement qui, en matière d'information du consommateur sur l'impact environnemental des produits et services[61], a mis en place une phase d'expérimentation pour les professionnels volontaires à l'issue de laquelle le Parlement est invité à évaluer l'opportunité d'une généralisation du dispositif. Cette évaluation a eu lieu en 2013 qui a conclu à l'idée qu'une généralisation du mécanisme était « souhaitable mais inenvisageable à court terme »[62]. La question de la mise en place de l'affichage environnemental démontre la préférence grandissante du législateur pour les démarches incitatives plutôt que pour les régimes obligatoires, du moins dans un premier temps. Au-delà encore, un tel phénomène est représentatif d'une évolution de la nature des sources du droit de l'environnement plus seulement étatiques mais aussi privées, traduisant ainsi un phénomène de privatisation de la matière.

3. La privatisation du droit de l'environnement

Exclusivité initiale du droit public de l'environnement – À l'origine, était le droit public de l'environnement. En effet, dans les années 1960-1970, l'environnement est envisagé exclusivement comme une chose publique dont la protection contre les menaces en tous genres relève de l'État. Comme l'écrit Gilles J. Martin, le droit de l'environnement est alors « un droit administratif dont l'outil majeur, pour ne pas dire unique, est la police administrative mise en œuvre au travers de polices, la plupart du temps spéciales (police des installations classées pour la protection de l'environnement, police de l'eau, police des déchets, police de la chasse et de la pêche, etc.), par l'administration centrale et décentralisée »[63]. Le même auteur et d'autres[64] avec lui vont même jusqu'à considérer que la nature administrative du droit de l'environnement a la préférence des opérateurs économiques qui peuvent en négocier non seulement le contenu mais également la mise en œuvre locale. Plus tard, au tournant des années 1990, le droit de l'environnement allait connaître l'une de ses évolutions majeures au travers du recours croissant aux instruments du droit privé.

Complémentarité contemporaine du droit public et du droit privé de l'environnement – La privatisation progressive du droit de l'environnement peut s'expliquer de plusieurs manières. D'une part, le droit administratif de l'environnement souffre d'un manque d'effectivité et d'efficacité[65] eu égard à son caractère technique et désordonné. D'autre part, les outils du droit privé peuvent contribuer à la défense d'intérêts collectifs comme le montre la consécration du préjudice écologique en jurisprudence[66]. Pour toutes ces raisons, un élargissement du droit de l'environnement au droit privé s'est imposé. Dans cette perspective, la Commission européenne a édicté en 2007 le Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement[67], dans lequel elle souligne l'engagement de l'Union européenne pour une « utilisation plus intensive » de tels instruments. Désormais, le droit de l'environnement n'est plus seulement décrété d'en haut, par l'État, mais il est aussi sécrété d'en bas, par les particuliers, au travers d'outils de droit privé comme le contrat, la responsabilité ou la propriété[68].

En droit des contrats, les obligations environnementales, c'est-à-dire les « devoirs destinés à intégrer la donnée environnementale soit dans une finalité de gestion du risque environnemental

[59] Conseil d'État, *Le droit souple, Rapport annuel du Conseil d'État*, La Documentation française, 2013.

[60] «L'environnement, terre d'élection du droit souple – Interview de J. Richard et L. Cytermann», *Dr. de l'environnement*, nov. 2013, p. 366.

[61] C. conso., art. L. 112-10.

[62] S. Errante et M. Saddier, Rapport de la mission d'information sur l'affichage environnemental, au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, AN, nº 1562.

[63] G. J. Martin, «Les prémices de la régulation en matière environnementale: de la police administrative au Livre vert de la Commission européenne en date du 28 mars 2007», in G. J. Martin et B. Parance (dir.), *La régulation environnementale*, LGDJ, 2012, p. 3.

[64] Centre de recherche en droit économique, «Introduction au droit économique de l'environnement», in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges G. J. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 15 s., spéc. p. 16.

[65] L. Fonbaustier, «L'efficacité de la police administrative en matière environnement», in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 109, spéc. p. 115.

[66] V. not. Crim. 25 sept. 2012, nº 10-82.938.

[67] COM(2007)140 final.

[68] G. J. Martin, «Les prémices de la régulation en matière environnementale», préc.

dans l'intérêt des parties ou du marché, soit dans une finalité de protection de l'environnement dans l'intérêt collectif »[69], ne cessent de prendre de l'ampleur[70]. Ce phénomène concerne une variété de contrats qui va de la vente au bail en passant par la cession d'entreprise, la sous-traitance ou encore le contrat de consommation. S'agissant plus spécialement de l'obligation d'information environnementale, au-delà de la multiplication des obligations d'origine légale du type de celles incluses dans le diagnostic technique immobilier, le juge n'hésite pas à étendre son domaine à toute donnée environnementale considérée comme déterminante du consentement d'un contractant[71].

En droit de la responsabilité, le phénomène est bien connu d'une protection croissante de l'environnement, que ce soit par la consécration prétorienne de la théorie des troubles anormaux du voisinage ou du préjudice écologique.

Quant au droit de propriété, il présente lui aussi un potentiel certain de protection de l'environnement. D'ores et déjà, de nouveaux biens ont été créés par le législateur comme les quotas d'émission de gaz à effet de serre[72], afin d'encourager les opérateurs économiques à limiter leur empreinte écologique. À l'avenir, une servitude conventionnelle de protection de l'environnement pourrait bien voir le jour. En effet, le projet de loi relatif à la biodiversité du 26 mars 2014[73] contient un article qui autorise le propriétaire d'un immeuble à contracter avec une personne morale de droit public ou de droit privé agissant pour la protection de l'environnement pour faire naître à sa charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires successifs du bien, des obligations réelles ayant pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'un espace naturel, agricole ou forestier. Une telle proposition, initiée par la doctrine[74], a pour objectif de permettre à ceux qui le voudraient d'accepter une obligation réelle sur l'immeuble dont ils sont propriétaires, afin de rendre possible la protection ou la gestion plus équilibrée d'espaces ou de milieux qui, parce qu'ils ne sont pas remarquables, sont souvent délaissés ou ignorés par la réglementation administrative traditionnelle[75].

Droit de l'environnement ; droit global – Finalement, le droit de l'environnement est devenu un droit global[76] qui dépasse les clivages entre le droit international et le droit national ou encore entre le droit public et le droit privé et « mobilise les acteurs les plus divers » à savoir les États, les organisations internationales, les ONG, les industriels, les investisseurs, les banques, les assureurs ainsi que les consommateurs.

Au vu de ce qui précède, on ne peut douter des forces du droit de l'environnement comme matière autonome, traversée par une logique de protection des intérêts humains et environnementaux, et qui irradie toutes les branches du droit au point de devenir incontournable. Une telle portée nécessite alors d'entreprendre un travail critique approfondi pour imaginer quel sera le droit de l'environnement du XXIe siècle.

II. Perspectives des changements à venir : le requis

Le droit est par nature ouvert au changement. Ne serait-ce qu'en tant que mesureur social, il accompagne les transformations fondamentales de la société. Au-delà encore, le changement s'avère déterminant de la maturation d'une branche du droit et même de sa pérennité. S'agissant spécialement du droit de l'environnement, ses faiblesses ont pris une ampleur telle qu'elles font craindre une crise et un rejet de la matière. C'est la raison pour laquelle on en appelle aujourd'hui à un changement du droit de l'environnement (A). Pour qu'il soit entendu, cet appel mérite d'être accompagné d'un projet propre à poser les jalons du droit de l'environnement de l'avenir (B).

A. Un appel au changement

Le besoin de changement en droit de l'environnement trouve sa justification dans plusieurs causes dont les principales sont le manque

[69] M. Boutonnet et L. Neyret, «La consécration du concept d'obligation environnementale», *D.* 2014, p. 1335; M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, 377 ; « Les obligations environnementales », in *Le contrat et l'environnement*, PUAM, 2014, p. 483.

[70] M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », préc.

[71] Civ. 3e, 25 mai 2011, nº 09-16.677.

[72] C. env., art. L. 229-5 s.

[73] Projet de loi relatif à la biodiversité, 26 mars 2014, art. 33, Doc. AN, nº 1847.

[74] G. J. Martin, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », in « Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature : réflexion prospective », *RJE*, nº spécial, 2008, p. 123.

[75] *Ibid.*

[76] B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in B. Frydman et J.-Y. Chérot (dir.), *La Science du droit dans la globalisation*, Bruylant, « Penser le droit », vol. 15, 2012, p. 17.

d'unité (1), le manque d'efficacité (2), et le manque de sécurité (3).

1. Le manque d'unité

Éclatement du droit de l'environnement – Les règles du droit de l'environnement sont éclatées dans une quinzaine de codes. Quant aux seules normes administratives, elles sont réparties dans près de vingt-cinq polices spéciales. Une telle dispersion nuit clairement à une lecture unitaire du droit de l'environnement. À cela, s'ajoute le fait que de nombreux articles procèdent par renvois, y compris en matière pénale[77] accentuant un peu plus la complexité de la matière. Par exemple, l'application du délit de fauchage de champs OGM prévu par le Code rural[78] suppose de se reporter au Code de l'environnement[79] pour ce qui est de la procédure d'autorisation de culture d'OGM, laquelle renvoie à son tour à un dossier technique dont le contenu est précisé par décret en Conseil d'État. À nouveau, l'accès au droit de l'environnement se trouve compromis.

Désordre du droit de l'environnement – Le désordre du droit de l'environnement concerne en particulier le système de sanctions applicables en cas de non-respect des règles environnementales[80].

Il s'agit, d'une part, d'un désordre structurel. À titre d'illustration, les sanctions administratives présentent des failles inhérentes à la structure normative de la police administrative. En effet, la répartition des compétences dans le domaine environnemental est relativement complexe au point de plonger les « autorités d'application dans l'incertitude »[81], comme dans le domaine des déchets où il existe des difficultés d'interprétation quant au champ de compétence respectif du préfet et du maire. S'agissant de la responsabilité environnementale, la question pourtant fondamentale de l'articulation entre le droit de police administrative issu de la loi du 1er août 2008 et le droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil n'a pas été clairement tranchée.

Le désordre du droit de l'environnement est d'autre part plus global, en raison des brouillages des frontières et des fonctions de chaque catégorie de sanction. Ces sanctions sont traversées par un mouvement d'hybridation qui se traduit par l'existence de réparations et de régulations pénales, de réparations et de répressions administratives, ou encore de régulations et de répressions civiles[82]. Au titre des répressions civiles, on peut citer la jurisprudence de la Cour de cassation[83] qui octroie réparation aux associations de protection de l'environnement du seul fait de la violation de la législation environnementale, indépendamment de toute atteinte à l'environnement et alors même que l'installation litigieuse a été mise aux normes au moment de l'introduction de l'instance.

Le désordre des sanctions en droit de l'environnement fait le lit des extrêmes entre redondance et vide de sanctions. La redondance de sanctions tient par exemple à ce qu'un même dommage environnemental donne lieu à plusieurs sanctions réparatrices, à savoir une injonction d'exécution de travaux par le préfet, une injonction de remise en état des lieux par le juge pénal et des dommages et intérêts de nature civile. Or, à défaut d'articulation et de coordination suffisante entre les différents protagonistes du système de sanctions applicables, la triple peine est inévitable. Quant au vide de sanctions, il est le résultat de l'inertie des organes « sanctionnateurs » comptant les uns sur les autres pour agir, ce qui aboutit du même coup à un manque d'efficacité du droit de l'environnement.

2. Le manque d'efficacité

Protection insuffisante de l'environnement – Désordonné, peu lisible, le droit de l'environnement parvient difficilement à remplir l'objectif qui lui est assigné, à savoir protéger efficacement l'environnement. Le constat confine au paradoxe tant la quantité de normes en la matière est importante.

S'agissant du droit pénal de l'environnement, un auteur n'hésite pas à parler d'« inefficacité chronique »[84], et ce, en dépit du nombre pléthorique d'infractions environnementales. Seule une minorité d'infractions est utilisée par les juges, souvent mal à l'aise pour sanctionner les auteurs

[77] D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 67, spéc. p. 68.
[78] C. rur., art. L. 671-15.
[79] C. env., art. L. 533-5 et L. 533-6.
[80] L. Neyret, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 533, spéc. p. 543 s.
[81] L. Fonbaustier, « L'efficacité de la police administrative en matière d'environnement », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 109 s., spéc. p. 117.
[82] L. Neyret, « La sanction en droit de l'environnement », préc., p. 545.
[83] Civ. 3e, 9 juin 2010, no 09-11.738 – 3 mai 2011, no 10-87.679 – 8 juin 2011, no 10-15.500.
[84] D. Chilstein, art. préc., p. 72.

de manquements à la législation environnementale. Le *quantum* des peines est d'ailleurs rarement dissuasif, comparé au profit susceptible d'être engrangé par la commission d'infractions environnementales. Ainsi, dans le domaine des déchets, le délit de fourniture d'informations inexactes à l'administration est puni d'un maximum de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende[85], portés au quintuple pour les personnes morales, alors qu'en pratique une telle fraude permet de masquer des agissements frauduleux comme le défaut de décontamination de déchets dangereux tout en obtenant le versement indu de subventions publiques. Dans un jugement récent[86] contre lequel il a été interjeté appel, il apparaît que l'ADEME aurait versé des subventions à un groupe de dépollution sur la base de fausses déclarations relatives à la nature de déchets pollués aux PCB, pour un montant bien supérieur à celui de l'amende encourue d'un maximum de 375 000 €. Le *quantum* des peines en matière environnementale mériterait d'être relevé à l'image de ce qui a été fait pour le délit de pollution maritime à la suite de l'affaire de l'Erika où la peine d'amende maximale de 375 000 € a paru bien mince comparée à la gravité des fautes commises par les protagonistes de l'affaire et à l'ampleur de la catastrophe sur l'environnement, ce qui a conduit à un relèvement de l'amende, susceptible d'atteindre désormais 10,5 millions d'euros[87].

Quant au droit des polices administratives de l'environnement, il est qualifié par les spécialistes de « système aux insuffisances persistantes »[88]. En ce sens, il suffit d'évoquer le cas de la Bretagne, touchée par la pollution aux nitrates à l'origine, notamment, de la prolifération des algues vertes sur les côtes. Dans ce dossier, le juge administratif français[89] a considéré qu'il existait une « *carence fautive des autorités de l'État* » caractérisée par une « *approche règlementaire négociée avec la profession agricole, des régularisations massives d'élevages souvent dénuées de base légale, ainsi qu'une insuffisance des contrôles* ». Or, de telles lacunes du droit ont un « *lien direct et certain de cause à effet* » avec la pollution. La Cour de justice de l'Union européenne[90] saisie par la Commission d'un recours en manquement, est allée dans le même sens en reprochant à la France de ne pas mettre en œuvre des plans d'actions suffisamment rigoureux pour lutter efficacement contre la pollution aux nitrates.

Manque d'effectivité du droit de l'environnement – Le défaut d'efficacité du droit de l'environnement a partie liée avec son manque d'effectivité en ce que de nombreuses règles environnementales ne sont pas appliquées. À ce titre, plus d'une trentaine de conventions internationales à visée environnementale signées par la France n'ont pas encore été ratifiées[91] comme la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins utiles, dite Convention ENMOD du 10 décembre 1976. Au-delà, à l'échelle européenne, en 2012, l'environnement occupait la troisième position des domaines concernés par l'ouverture de procédures d'infractions pour retard de transposition des directives[92].

Le manque d'effectivité des règles environnementales s'explique également par un contrôle insuffisant de la part des autorités compétentes. À titre d'illustration, dans un jugement récent contre lequel il a été interjeté appel, il apparaît qu'un trafic de déchets pollués aux PCB a été mis au jour en France grâce à l'alerte d'un ancien salarié, ce qui a conduit le juge saisi à souligner que « *la qualité des contrôles* [était] *très insuffisante puisque, malgré la défaillance durable du procédé* [de décontamination] *la préfecture a prolongé* [...] *l'agrément de décontamination en faveur de la société* [...]*; par ailleurs le laboratoire de la préfecture de police, chargé comme la DRIRE de ces contrôles ne se déplaçait pas sur le site de la société qui lui envoyait des échantillons*

[85] C. env., art. L. 541-48 3°.
[86] TGI Paris, 18 déc. 2013, n° 06118090012, *Env.* juin 2014, comm. 48, L. Neyret.
[87] C. env., art. L. 218-19.
[88] L. Fonbaustier, « L'efficacité de la police administrative en matière environnement », in O. Boskovic *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 109 s., spéc. p. 116.
[89] CAA Nantes, 1er déc. 2009, n° 03NT03775. Dans le même sens, CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 07NT03775 – 23 déc. 2014, n° 13NT01737 qui condamne l'État à verser 7 millions d'euros au département des Côtes-d'Armor afin de réparer les frais qu'il a engagés pour lutter contre les algues vertes entre 1975 et 2009.
[90] CJUE, 4 sept. 2014, *Commission c/ République française*, aff. C 237/12.
[91] http ://www.whatconvention.org consulté en octobre 2014.
[92] 30e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit de l'UE (2012), COM(2013), 726 final, p. 4.

manipulés »[93]. Ce manque de contrôle réduit sans aucun doute le niveau de protection de la sécurité environnementale. À cette ineffectivité, s'ajoute un niveau de sécurité perfectible du droit de l'environnement en général.

3. Le manque de sécurité

Inflation du droit de l'environnement – La protection de l'environnement est l'un des domaines du droit où le phénomène de multiplication et de révision fréquente des normes est le plus présent[94]. La description du processus d'inflation législative faite par Nicolas Molfessis pour le droit en général se vérifie en droit de l'environnement : « c'est parce que la règle se dégrade, que l'inflation normative augmente et que la complexité des textes est croissante, que les pouvoirs publics multiplient les interventions destinées à améliorer la règle »[95]. Autrement dit, la complexification du droit de l'environnement fait naître un besoin de clarification auquel le législateur répond par toujours plus de textes. Cela aboutit à un système de normes mouvant, peu lisible et parfois incohérent, qui place les parties prenantes en situation d'insécurité.

Le diagnostic est posé qui décrit le droit de l'environnement comme un droit affaibli par une série de maux tels le manque de cohérence ou encore le manque de sécurité. Pour sortir de ce qui s'apparente à une crise de croissance du droit de l'environnement, il convient de partir en quête d'un projet de changement pour la matière au service de sa consolidation et de sa pérennisation.

B. Un projet de changement

Le temps est au changement en droit de l'environnement. Pour preuve, en 2013, le gouvernement a initié des États généraux de la modernisation du droit de l'environnement, qui ont été l'occasion de recueillir des contributions[96] sur les voies du changement requis pour l'avenir. Depuis, le Conseil national de la transition énergétique (CNTE) a été créé pour approfondir ce processus de modernisation dont la réussite devrait passer par une simplification (1) et par une rationalisation (2) du droit de l'environnement.

1. La simplification du droit de l'environnement

Supprimer le pire et garder le meilleur. Telle pourrait être la devise de la simplification du droit de l'environnement qui nécessite un allègement quantitatif (a) et un renforcement qualitatif des normes environnementales (b).

a. Une simplification quantitative

Supprimer les règles inutiles – Il est courant de citer Montesquieu pour qui « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »[97]. En droit de l'environnement, ces lois inutiles sont celles qui manquent d'effectivité et d'efficacité, et qui, non seulement ne parviennent pas à assurer une protection optimale de l'environnement, mais en plus obèrent la capacité des lois nécessaires à remplir leur objectif, puisqu'elles jettent une sorte d'opprobre sur le système global des normes environnementales. Pour passer du cercle vicieux de l'accumulation des lois environnementales au cercle vertueux de la simplification du droit de l'environnement, il convient de procéder à une évaluation des normes environnementales en aval de leur adoption[98]. Une telle évaluation suppose d'identifier des indicateurs de performance écologique, qui seraient identiques à l'ensemble des instances d'évaluation (administrations, commissions d'enquête, comités d'évaluation, juridictions, etc.), avec une obligation pour celles-ci de coordonner[99] leurs travaux respectifs. Par ailleurs, pour les normes environnementales les plus ambitieuses et les plus coûteuses, il pourrait être pertinent d'insérer dans la loi des clauses de révision, à l'image de ce qui existe en France pour les lois de bioéthique, ou encore en Allemagne pour les lois créant une charge administrative supérieure à un million d'euros, ou au Royaume-Uni pour les normes dont l'importance et le caractère de généralité nécessitent le vote du Parlement.

[93] TGI Paris, 18 déc. 2013, préc.

[94] *Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public du Conseil d'État*, 2006, La documentation française, p. 232.

[95] N. Molfessis, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte contre le système lui-même », in *Rapport public du Conseil d'État*, 2006, préc., p. 391, spéc. p. 395.

[96] Pour des propositions d'évolution du droit de l'environnement v. la contribution de la Société française de droit de l'environnement aux États généraux de la modernisation du droit de l'environnement : http ://www-sfde.u-strasbg.fr/downloads/Autres/Contribution %20-de %20la %20SFDE %20aux %20EGMDE.pdf consulté en oct. 2014.

[97] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758.

[98] En ce sens, de manière générale : R. Juanico, *Mieux légiférer, mieux évaluer : 15 propositions pour améliorer la fabrique de la loi*, Rapport d'information de la Mission sur la simplification législative, oct. 2014, p. 122.

[99] *Ibid.*, p. 138.

Quoi qu'il en soit, en fonction des résultats de l'évaluation des normes et dans le respect du principe de protection élevée de l'environnement, des changements opportuns devraient être entrepris qui pourraient aller jusqu'à supprimer les textes jugés inutiles. Tel est le cas tout spécialement d'une partie non négligeable du droit pénal de l'environnement.

Dépénaliser le droit de l'environnement – Comme l'a souligné un auteur, le droit administratif de l'environnement est « assorti de la béquille toujours branlante du droit pénal »[100]. Plus précisément, nombreuses sont les infractions pénales qui en réalité sanctionnent la simple violation de règles administratives à caractère préventif, indépendamment de l'existence d'un risque ou d'un dommage avéré à l'environnement. En pratique, l'efficacité de ces « infractions administratives » fait défaut. Cela s'explique notamment par le fait que la valeur qu'elles sont censées protéger tient moins à la protection de l'environnement pour lui-même qu'au respect de procédures administratives pour elles-mêmes. Par ailleurs, « les tribunaux sont, en règle générale, mal à l'aise pour sanctionner les infractions préventives »[101]. Cela se vérifie en matière environnementale, où il est rare de voir un chef d'entreprise condamné à une peine d'emprisonnement pour un défaut de demande d'autorisation d'exploiter une installation classée[102]. À cela s'ajoute l'existence de sanctions administratives pour le même type de comportement entraînant un effet de double peine largement critiqué[103]. Dès lors, le temps semble être venu d'entreprendre une dépénalisation du droit de l'environnement accompagnée d'une amélioration des règles pénales utiles à la protection de l'environnement[104].

b. Une simplification qualitative

Améliorer les règles utiles – Comme l'a souligné la Commission européenne en 2007 à propos du droit de l'environnement, « une législation [...] plus simple constitue l'un des meilleurs moyens d'améliorer l'application de la réglementation et donc de la qualité de l'environnement »[105]. Le renforcement de la protection de l'environnement passe dès lors par une amélioration de la fabrique des normes environnementales et de leur cohérence entre elles et avec le reste du droit.

Améliorer la fabrique du droit de l'environnement – Mieux légiférer en droit de l'environnement suppose avant toute chose d'améliorer la lisibilité des normes environnementales.

Cela vaut pour la loi. Ainsi par exemple, pour dépasser l'éclatement des infractions pénales environnementales et pour faciliter la connaissance des infractions pénales par les parties prenantes, il serait pertinent de créer des incriminations environnementales[106] dans le Code pénal. À cet égard, il est proposé de créer un délit de mise en danger de l'environnement, caractérisé par tout acte illicite commis intentionnellement ou par négligence au moins grave qui crée un risque de dégradation substantielle des écosystèmes[107], ou encore un délit général d'atteinte à l'environnement pour le même type d'acte qui cause une dégradation substantielle de l'environnement[108].

Renforcer la lisibilité des normes environnementales vaut également pour les normes privées. Ainsi, actuellement, la liberté[109] laissée aux opérateurs économiques dans les modalités de mise en œuvre d'un affichage environnemental sur leurs produits créée une « cacophonie de normes »[110] qui fait obstacle à la comparabilité des produits. Ainsi, fabriquer et distribuer un produit vert n'aura pas la même signification selon que l'entreprise se référera à l'indicateur BP X30-323 en France ou à la norme PAS 2050 au Royaume-Uni, ou encore à la norme ISO 14025. Dans ces conditions, il serait opportun que l'État et même l'Union européenne harmonisent les modalités de calcul de l'empreinte

[100] G. J. Martin, « Environnement : nouveau Droit ou non-Droit », in *La nature politique ou les enjeux philosophiques de l'écologie*, L'Harmattan, 1993, p. 96.

[101] D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement, op. cit.,* p. 67 s., spéc. p. 71.

[102] C. env., art. L. 173-1.

[103] J.-M. Coulon (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 2008, p. 62.

[104] En ce sens : I. Fouchard et L. Neyret, « 35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement », in L. Neyret (dir.), Des *écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, p. 304, spéc. p. 361.

[105] Examen à mi-parcours du sixième programme d'action communautaire pour l'environnement, COM(2007) 225 du 30 avril 2007.

[106] Propositions n° 55 et n° 58 du rapport Lepage sur la gouvernance écologique, 2008.

[107] Proposition n° 5, in I. Fouchard et L. Neyret, « 35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement », art. préc.

[108] *Ibid*.

[109] C. conso., art. L. 112-10.

[110] *Mieux informer et être informé sur l'environnement*, rapport de la Commission environnement du Club des juristes, 2014, p. 87.

environnementale des produits. Un tel interventionnisme étatique n'est pas incompatible avec une participation active des acteurs privés dans l'élaboration de la norme. D'ailleurs, si cette participation doit être encadrée, elle mérite d'être encouragée conformément au principe de participation du public inscrit à l'article 7 de la Charte de l'environnement et au cœur de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998.

Renforcer la gouvernance environnementale – Améliorer la production du droit de l'environnement passe par une bonne gouvernance environnementale qui implique notamment une « nouvelle forme d'élaboration négociée du droit »[111]. Cette négociation concerne les normes à portée générale, à l'image des lois issues du Grenelle de l'environnement. Comme l'indique la loi Grenelle I de 2009, « *construire une nouvelle économie conciliant protection de l'environnement, progrès social et croissance économique exige de nouvelles formes de gouvernance, favorisant la mobilisation de la société par la médiation et la concertation* »[112]. Une telle démocratie participative environnementale qui associe les entreprises, les associations de protection de l'environnement, les syndicats de salariés, les collectivités territoriales ou encore des parlementaires, est le symbole d'un État postmoderne où il est impossible d'« imposer par la seule voie unilatérale aussi bien les contraintes que les comportements qu'implique la mise en œuvre de la politique de développement durable »[113]. La production négociée de la norme environnementale tend à s'institutionnaliser avec la mise en place en 2013 du Conseil national de la transition écologique, qui regroupe les représentants des différentes parties prenantes et est consulté sur les projets de loi qui intéressent l'environnement. Au-delà, l'élaboration négociée du droit de l'environnement concerne les normes à portée individuelle. Ce phénomène prend de l'ampleur au travers de la contractualisation des normes environnementales, où l'on passe alors « de la contrainte au contrat »[114] pour garantir une protection efficace de l'environnement. En ce sens, on peut citer, dans le domaine des achats publics et privés, l'importance prise par les obligations qui imposent aux producteurs, aux fournisseurs ou aux sous-traitants, d'exécuter une prestation en faveur de la protection de l'environnement[115]. Au surplus, le renforcement de la gouvernance environnementale mérite d'être relayé par une optimisation de la régulation environnementale.

Renforcer la régulation environnementale – Une régulation environnementale[116] optimale suppose non seulement des contrôles renforcés de la part des autorités administratives compétentes dans le domaine des polices de l'environnement, mais aussi de la part du juge, dont la formation mériterait d'être renforcée en droit de l'environnement, ou plus largement de toute autorité régulatrice propre à garantir le respect des règles environnementales. À ce titre, il a été proposé de créer en France, à l'image de ce qui existe par exemple aux États-Unis, une autorité environnementale transversale appelée Haute autorité environnementale[117]. Quoi qu'il en soit, la régulation environnementale est d'ores et déjà mise en œuvre par les autorités de régulation économique[118] et en particulier l'Autorité des marchés financiers[119] pour ce qui concerne l'information environnementale. En outre, renforcer la régulation environnementale suppose de créer un système de sanctions en adéquation avec la spécificité des comportements ayant un impact sur l'environnement et des dommages environnementaux.

Améliorer les sanctions du droit de l'environnement – Un droit de l'environnement plus juste et plus efficace suppose de créer un système de sanctions propres à prévenir les comportements attentatoires à l'environnement et à réparer efficacement les atteintes à l'environnement. Au-delà des sanctions les plus souvent pratiquées comme les injonctions de mise en

[111] F.-G. Trébulle, « Les mutations de la norme en droit de l'environnement », in *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 211.

[112] Art. 49, L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JO* 5 août.

[113] Y. Jegouzo, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs* 2008/4, p. 23.

[114] Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat, 90e Congrès des notaires, 1994.

[115] M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale », *D.* 2012, p. 377.

[116] G. J. Martin et B. Parance, *La régulation environnementale*, LGDJ, 2012.

[117] Y. Jegouzo (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, rapport à la garde des Sceaux, 2013, p. 24. V. égal. I. Fouchard et L. Neyret, « 35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement », art. préc., p. 362.

[118] Sur cette idée : A.-S. Epstein, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise – Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Thèse Nice, 2014, n° 751.

[119] Ex. : rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale.

conformité ou de remise en état, les peines d'amende ou l'obligation de réparation des préjudices personnels, il serait opportun d'appliquer également des sanctions adaptées aux spécificités des activités environnementales dommageables[120], que ces sanctions existent d'ores et déjà ou qu'elles doivent être créées. Que l'on songe d'abord à la réparation du préjudice écologique en argent ou de manière plus originale par la mise en œuvre de mesures de compensation ou de programmes de *compliance*, que l'on pense ensuite à des mesures de réparation symboliques adaptées à la dimension culturelle du dommage environnemental[121], que l'on imagine encore des amendes civiles ou pénales proportionnées au profit réalisé par l'activité illicite, ou que l'on songe enfin à la confiscation des avoirs obtenus notamment grâce à la commission d'une infraction environnementale ou l'interdiction d'accéder à toutes professions en lien avec l'environnement.

Améliorer la cohérence intrinsèque du droit de l'environnement – Renforcer la qualité du droit de l'environnement passe également par une réflexion générale relative à la cohérence des règles environnementales. Un effort en ce sens a été fait dans le domaine des sanctions pénales par l'ordonnance du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire dans le Code de l'environnement. En effet, le texte harmonise les sanctions pénales en regroupant dans un nouveau Titre VII du Code de l'environnement les « *Dispositions communes relatives aux contrôles et aux sanctions* ». Ainsi, le chapitre consacré aux sanctions pénales permet d'harmoniser le niveau des sanctions prononcées pour les délits environnementaux. Nul doute qu'il s'agit là d'un progrès. À l'avenir, il serait opportun que le législateur aille plus loin encore et qu'il prévoie des règles d'articulation de l'ensemble des sanctions – administratives, civiles et pénales – en fonction des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles. Il s'agirait par exemple d'encourager leur « fonctionnement successif »[122] où par exemple, le fait d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement sans l'autorisation requise serait soumise à la sanction administrative de mise en demeure, puis en cas d'insuccès, aux sanctions pénales appropriées, avec notamment l'interdiction d'exploiter l'installation.

En faisant un effort d'articulation des règles environnementales, on allège du même coup l'ensemble du système de normes. Ainsi, lorsqu'une étude d'impact est exigée pour un même projet par plusieurs procédures, il serait opportun de prévoir une seule étude et non pas plusieurs au contenu variable et même un guichet unique[123] quitte à ce que celui-ci répartisse ensuite l'étude entre les autorités concernées.

La simplification du droit de l'environnement passe par un renforcement de la cohérence intrinsèque des règles qui le composent mais aussi par une cohérence extrinsèque de ces règles avec le reste du droit.

Améliorer la cohérence extrinsèque du droit de l'environnement – Le droit de l'environnement n'est pas un système fermé sur lui-même mais un système ouvert en prise avec de nombreuses règles du droit commun. Pour preuve, alors qu'une loi de 2008 instaure un régime de police administrative pour la prévention et la réparation des dommages environnementaux, le juge n'hésite pas à appliquer le droit commun de la responsabilité civile en cas d'atteintes à l'environnement. Reste alors que la place respective des deux régimes doit être explicitée, entre exclusivité ou complémentarité des régimes. Nul doute qu'une réforme à venir du Code civil sur la réparation du préjudice écologique devrait trancher cette question par souci de sécurité juridique.

Toutes les voies d'amélioration du droit de l'environnement ici proposées supposent avant tout une volonté politique ferme en direction de la protection de l'environnement. Or, pour cela, encore faut-il éclairer les décideurs sur les idées-forces du droit de l'environnement, au-delà même des principes classiques, de prévention,

[120] A. Nieto Martin, « Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l'environnement », in L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide*, Bruylant, 2015, p. 183.

[121] Pour un exemple : CA Nouméa, 22 mai 2014, n° 12/101. Les juges ont enjoint aux auteurs d'une intrusion illicite sur une parcelle appartenant à un clan coutumier de « *faire une coutume publique de réconciliation destinée à renouer les liens coutumiers et à rétablir l'équilibre rompu par les agissements* » litigieux.

[122] M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 158.

[123] En ce sens : propositions d'évolution du droit de l'environnement, Contribution de la Société française de droit de l'environnement aux États généraux de la modernisation du droit de l'environnement, préc., p. 22.

de précaution, du pollueur-payeur, d'information et de participation. Il nous semble que la consolidation du droit de l'environnement passe par un renforcement de la théorie générale en la matière pour plus de rationalité face à la disparité des règles en vigueur.

2. La rationalisation du droit de l'environnement

Conceptualisation des obligations environnementales – Face au maquis juridique que représente le droit de l'environnement, un effort de rationalisation s'impose, qui consiste à regrouper sous des concepts englobants un ensemble de règles éparses et de nature différente. Sans prétendre à l'exhaustivité, il semble que l'on puisse d'ores et déjà identifier quelques obligations générales de nature environnementales, propres à éclairer le juriste dans l'élaboration et dans l'application du droit de l'environnement.

Obligation de sécurité environnementale – Il existe une pluralité d'obligations destinées à protéger l'environnement pour lui-même[124]. Que l'on pense aux obligations négatives de ne pas lui porter atteinte, ou encore aux obligations positives de le protéger. Au-delà de leur diversité, ces obligations sont tournées vers un objectif commun qui consiste à garantir la sécurité de l'environnement. Dans ces conditions, il serait pertinent de réunir ces obligations sous le concept commun d'obligation de sécurité environnementale. En effet, la parenté sémantique avec l'obligation générale de sécurité conférerait une plus grande lisibilité à la diversité des obligations de ne pas nuire à l'environnement et de le préserver. Au-delà encore, d'un point de vue pratique, il y a fort à parier que le concept d'obligation de sécurité environnementale puisse servir de catalyseur à l'insertion de dispositions de nature environnementale dans des codes à portée générale, qu'il s'agisse de la consécration du préjudice écologique dans le Code civil ou de celle du délit de mise en danger ou d'atteinte à l'environnement dans le Code pénal.

Obligation d'information environnementale – Le droit positif fait une place importante aux obligations consistant à délivrer une information relative aux aspects environnementaux d'un bien ou d'une activité. Il s'agit d'obligations d'information environnementale subjectives[125] lorsqu'elles visent à satisfaire des intérêts économiques particuliers. Ainsi, la technique du *reporting* environnemental exigé en droit des sociétés[126] oblige les sociétés cotées et certaines grosses sociétés à publier dans leur rapport de gestion des informations extrafinancières en lien avec l'environnement comme la consommation d'énergie ou le provisionnement de sommes d'argent lié à une pollution accidentelle qu'aurait causée l'entreprise. On parle d'obligations environnementales objectives, lorsque l'information qui doit être délivrée doit l'être non plus « sur l'environnement » mais « pour l'environnement »[127]. Tel est le cas par exemple de la finalité de l'annexe environnementale dans le bail commercial[128] qui impose aux parties de s'engager sur un programme d'actions visant à améliorer la performance énergétique et environnementale du bâtiment et des locaux loués. Là encore, la reconnaissance d'un concept d'obligation d'information environnementale générale[129] aurait une vertu pédagogique propre à signifier un régime commun. Plus encore, à l'image de ce qui existe dans d'autres matières techniques comme le droit bancaire, pourquoi ne pas imaginer que le juge relise les obligations environnementales légales spéciales à l'aune d'une obligation générale plus protectrice des intérêts en présence ?

Obligation de vigilance environnementale – Dans une décision remarquée de 2011, le Conseil constitutionnel a déduit de la Charte de l'environnement que « *chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* »[130]. Où l'on voit ici une obligation née

[124] Pour un inventaire : M. Boutonnet et L. Neyret, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D.* 2014, p. 1335 s., spéc. p. 1337.

[125] M. Boutonnet, « De l'obligation d'information sur l'environnement à l'obligation d'information pour l'environnement, entre intérêt des parties et intérêt général », *RDC* 2012, p. 908 ; « Des obligations environnementales en droit des contrats », in *Mélanges G. J. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 57 s., spéc. p. 60.

[126] A.-S. Epstein, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise – Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Thèse Nice, 2014.

[127] M. Boutonnet, *Des obligations environnementales en droit des contrats*, préc., p. 63.

[128] C. env., art. L. 125-9.

[129] M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales, à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377. M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement, Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014.

[130] Décision n° 2011-116 QPC, 8 avr. 2011, *RD imm.* 2011, p. 369, obs. F.-G. Trébulle.

dans le domaine sanitaire[131] investir le champ du droit de l'environnement et s'appliquer tant aux personnes publiques qu'aux personnes privées. Il ne fait guère de doute que cette obligation de vigilance vaut tant en situation de certitude qu'en situation d'incertitude scientifique et enrichit dès lors la lecture du principe de prévention et du principe de précaution. Une telle obligation de vigilance environnementale vient renforcer le niveau d'exigence du droit à l'égard de ceux dont les activités ont un impact sur l'environnement.

Consécration du concept d'obligation environnementale – La multiplicité des obligations environnementales observées pourrait présager de la consécration prochaine d'une obligation environnementale générale, où l'on passerait alors du pluriel au singulier[132]. Cette obligation pourrait désigner « l'ensemble des devoirs destinés à intégrer la donnée environnementale soit dans une finalité de gestion du risque environnemental dans l'intérêt des parties ou du marché, soit dans une finalité de protection de l'environnement dans l'intérêt collectif ». D'un point de vue théorique, une telle obligation environnementale contribuerait à une mise en cohérence des diverses obligations existantes. D'un point de vue pratique, la mise au jour de l'obligation environnementale pourrait servir de force d'entraînement pour les professionnels dans le sens d'un renforcement de leurs engagements environnementaux afin de faire rimer performance économique avec performance écologique. En conséquence de quoi, le niveau d'exigence des normes environnementales sécrétées par la pratique pourrait être plus élevé que celui décrété par les États.

Pour une recodification du droit de l'environnement – En définitive, après avoir constaté les acquis du droit de l'environnement en termes d'autonomisation et de rayonnement de la matière, il a été diagnostiqué un besoin de changement en raison des faiblesses liées à son manque d'unité, ou encore de sécurité. Ces maux s'expliquent certainement par une théorie générale perfectible qui devrait s'enrichir des principes d'efficacité et de cohérence. Le projet de changement du droit de l'environnement pourrait s'articuler autour de deux idées-forces que sont la simplification et la rationalisation de la matière. Quant au support de cette évolution, il pourrait s'agir du Code de l'environnement lui-même. Il conviendrait pour cela de travailler à une grande loi de modernisation et de recodification du droit de l'environnement. Ce Code « nouvelle version » s'ouvrirait alors sur une présentation des lignes directrices de la matière, au travers de principes directeurs et d'obligations générales. Ce faisant, un Code de l'environnement remanié ouvrirait la voie à une nouvelle ère : celle de la maturité du droit de l'environnement.

[131] Affaire du Distilbène : Civ. 1re,7 mars 2006, nº 04-16.179 et nº 04-16.180.

[132] M. Boutonnet et L. Neyret, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D.* 2014, p. 1335.

Droits fois rien (dernière)...

Denis Mazeaud, Directeur scientifique, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

En 2010, nous partîmes une douzaine quand l'idée jaillit, dans un café de la place Denfert-Rochereau, de créer une revue qui serait celle de notre Université. Aujourd'hui, en 2015, ceux qui demeurent à l'œuvre et qui font que cette revue n'est pas devenue une chimère, se comptent sur les doigts d'une seule main, ou presque.

Pendant les six années qui se sont écoulées entre ces deux dates, c'est peu de dire que l'équipe dans l'esprit de laquelle cette idée saugrenue, car inédite, était née, n'a pas ménagé sa peine.

Certes, le nom de baptême de la revue, la *Revue de droit d'Assas,* fut assez vite trouvé, non seulement parce que, qu'on le veuille ou non, Assas et Paris II sont indissolublement liés, mais aussi parce que l'anagramme, *RDA*, amusait beaucoup les potaches que nombre d'entre nous sommes restés.

La structure, en clair le plan en deux parties si cher aux juristes, retenue, le fut elle aussi, assez rapidement, grâce à l'imagination des deux maîtres d'œuvre de la *RDA*, Nicolas Balat et Étienne Casimir, sans le talent et le dynamisme desquels cette revue ne serait pas devenue ce qu'elle est aujourd'hui.

Restait ensuite à trouver un contenu pour que la *RDA* devienne, sinon immédiatement une revue incontournable de référence, car cette perspective suppose du temps et de la patience, du moins une revue qui trouve sa place dans le paysage doctrinal. Avec le recul, il n'est pas excessif d'affirmer que cet objectif a été atteint. D'une part, grâce à la qualité des articles que nous ont offert (c'est le cas de le dire) de nombreux auteurs, venus de notre Université ou d'autres établissements. D'autre part, et c'est un signe, parce que la *RDA* a été plusieurs fois recensée dans d'autres revues, en raison de la qualité des articles qui y étaient publiés, et de l'intérêt des dossiers et des thèmes qui y étaient traités.

Six ans après sa création et à l'occasion de son dixième numéro, l'équipe de la *RDA* a décidé de frapper un grand coup et de se lancer, une nouvelle fois, dans une aventure un peu folle : réaliser un numéro spécial avec un thème unique, « *Le changement en droit* », décliné non pas à toutes les sauces, mais dans toutes les principales matières du droit public et du droit privé. Dans cette perspective, nous avons sollicité les plumes les plus prestigieuses qui, à notre grande surprise, ont pour la plupart accepté notre proposition et ont donc contribué à ce numéro spécial de la *RDA*, qui a, comme vous pouvez aisément le constater, tous les atours d'un ouvrage. Ouvrage, disons-le sans ambages, dont nous ne sommes pas peu fiers, dans la mesure où il réunit des contributions qui sont (à une exception près, je vous le confesse...) d'une exceptionnelle qualité. À tort ou à raison, nous pensons que ce numéro 10 de la *RDA* fera

date et marquera les esprits, et que dans les années et les décennies qui vont venir, les chercheurs qui voudront découvrir les évolutions majeures du droit français depuis un demi-siècle pourront (devront ?) s'y référer utilement.

Ce numéro 10, pour exceptionnel qu'il soit, s'il n'est qu'une étape dans la jeune histoire de la *RDA*, constitue aussi pour votre serviteur une fin. Non pas que mon âge avancé me conduise déjà à envisager le passage de vie à trépas, mais parce que, depuis que j'exerce ce magnifique métier, je me suis toujours fait un devoir de ne jamais m'éterniser dans les entreprises éditoriales auxquelles j'ai eu la chance et le bonheur de participer. Le temps est donc venu de céder la place à un autre, plus jeune, plus enthousiaste, plus créatif, j'en passe et des meilleures.

Impossible d'abandonner la *RDA* sans adresser les remerciements à toute l'équipe qui l'a fait vivre et qui a contribué à son succès. Plus particulièrement, et je sais que les autres membres de cette équipe ne m'en tiendront pas rigueur, je tiens à redire un immense et éternel « merci » à Nicolas Balat et à Étienne Casimir. D'abord, parce qu'ils ont sué sang et eau pendant toutes ces années au service de la *RDA*. Ensuite, parce qu'ils ont œuvré le plus souvent dans l'ombre sans, par conséquent, recevoir les louanges que leur inlassable activité aurait dû légitimement provoquer. Enfin, parce qu'ils m'ont supporté pendant six ans, et ça, je vous l'assure, ce n'est pas rien, mieux c'est un véritable exploit...

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA *RDA* ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *Revue*.

Les auteurs doivent adresser leur manuscrit par courrier électronique à l'adresse suivante : revuededroitdassas@gmail.com

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site www.u-paris2.fr

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

ADD

ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

ISO 9001
BUREAU VERITAS
Certification

SIÈGE SOCIAL : PARIS

AIX-EN-PROVENCE ▪ BAYONNE ▪ BEAUNE ▪ BORDEAUX ▪ CLERMONT-FERRAND
LYON ▪ NANTES ▪ NICE ▪ RENNES ▪ ROUEN ▪ STRASBOURG ▪ TOULOUSE

HO-CHI-MINH-VILLE ▪ IRUN ▪ RABAT ▪ VARSOVIE

www.add-genealogie.com