

Revue de droit d'Assas

N° 29 Mars 2025

Portrait

**Denis Mazeaud, passion du verbe,
passion du droit**

Par Thomas Genicon

Projet

La Paris Arbitration Week

Par Charles Jarrosson, Catherine Schroeder, Benjamin Siino

Dossier

La preuve en métamorphoses

Par Coralie Ambroise-Castérot, Jean-Daniel Bretzner,
Agathe Chirossel, Maxime Cormier, Gwennhaël François,
Diane Galbois-Lehalle, Christian Huglo, Caroline Kahn,
Gwendoline Lardeux, Corinne Lepage, François Mailhé,
Olivier Schaub

Perspectives

Droit romain

Par Emmanuelle Chevreau, Emanuele Conte, Elena Giannozzi,
Dario Mantovani, Pascal Pichonnaz

Rétrospective

**« L'actualité de la pensée de Henri Motulsky
sur l'arbitrage »**

Par Charles Jarrosson

Revue de droit d'Assas

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

Lextenso

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

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique :

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Cécile Chainais

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Loïc Bréhin et Ani Minasian

Comité de rédaction en chef :

Nicolas Chapalin, Stanislas Julien-Steffens,

Coline Mayaudon, Geoffrey Perrier

et Justine Moura

Chargée de la diffusion :

Zoé Morlan

Chargé du financement :

Rémi Adam

Comité de rédaction :

Lucile Agostini-Malaurie, Fanny Amate,

Clara Amsallem, Pierre Barthélémy,

Dana Belgacimi, Mélinda Benhaïem,

Tristan Berthoumieux, Jan Borrego Stepniewski,

Alexandre Breteau, Thomas Caracache,

Sabine Cornillat, Camille David,

Marylou Fourdrain, Clément Gaubard,

Adèle Geoffret, Gérôme Legros,

Eloïse Le Hénaff, Ariane Leimdorfer,

Victoire Ohannessian, Trestan Planquais,

Victor Simon, Samuel Vétier, Sarah Vivat

et Johanna Zeitoun

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Yves Gaudemet,

Membre de l'Institut,

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

Michel Humbert,

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

Yves Lequette,

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

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Martine Lombard,

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

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Ancien directeur scientifique de la *revue*

Jacques-Henri Robert,

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

Louis Vogel,

Membre de l'Institut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Président honoraire de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 29, mars 2025, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Loïc Bréhin et Ani Minasian, rédacteurs en chef

« Nous vivons dans l'oubli de nos métamorphoses », écrivait le poète Paul Éluard. Les juristes n'échappent pas toujours à cette sentence. Il est sans doute quelque peu excessif de les comparer à des papillons, malgré leur insigne élégance. N'avons-nous cependant pas tendance à oublier que nous étions réduits à un état larvaire de jeune bachelier ignorant tout des subtilités du dualisme juridictionnel ou des modes d'acquisition des droits subjectifs avant que la fréquentation des facultés de droit nous permette de déployer nos ailes ? Plus certainement, du fait peut-être de la force de l'habitude, les juristes estiment parfois que les solutions du droit positif s'imposent avec la force de l'évidence alors qu'elles sont le produit de multiples métamorphoses. C'est à la (re)découverte d'un certain nombre d'entre elles que ce nouveau numéro de la *Revue de droit d'Assas* convie ses lecteurs.

Ainsi découvrira-t-on le Portrait de Denis Mazeaud, *alias* Felix Rome, éminent professeur de notre Université, brossé par le professeur Thomas Genicon, donnant à voir ses « mille vies », qui sont autant de métamorphoses d'une personnalité qui marque les esprits de manière indélébile : orateur, enseignant, auteur, mais aussi ambassadeur du droit français par-delà les frontières et... premier directeur scientifique de la présente *Revue*.

En fait de métamorphoses, celle de la *Paris Arbitration Week* est aussi éminemment réussie. Ce rendez-vous annuel a clairement pris son envol depuis plusieurs années et inaugurera très prochainement sa neuvième édition. Ce sont environ deux-cents événements, réunissant près de dix mille participants, qui rassembleront la communauté internationale de l'arbitrage à Paris, pour une semaine, à partir du 7 avril. Ils seront notamment l'occasion d'échanges autour des réformes des droits nationaux de l'arbitrage et des changements globaux qui affectent la matière. Ils permettront également de consolider les relations entre arbitragistes en dehors et au sein de l'Université.

Devant l'arbitre comme devant le juge ou l'administration, tout étudiant en droit encore dans sa chrysalide sait qu'*idem est non esse aut*

non probari. Les métamorphoses, en cours, achevées ou anticipées, du droit de la preuve méritaient donc d'être mises en lumière. C'est ce que font avec brio les auteurs ayant accepté de participer à notre Dossier.

Pour apprécier les changements survenus dans une matière, il est nécessaire d'en connaître le point de départ. Nul n'ignore que bien des aspects de notre système juridique trouvent leur origine dans le droit romain. Celui-ci a lui-même connu des métamorphoses, avec le passage du droit romain originel au droit romain médiéval puis aux droits continentaux contemporains. L'influence du droit romain, dans toutes ses déclinaisons, se fait encore sentir en droit positif. Le premier permet d'éclairer certaines transformations qui affectent le second, de relativiser certains changements et, plus fondamentalement, de comprendre comment les notions juridiques évoluent. Nos Perspectives portent donc sur cette matière, que l'on aurait tort de croire inactuelle.

Être à même d'éclairer l'avenir, d'anticiper voire de susciter les métamorphoses d'une matière, c'est aussi le propre des grands auteurs. Parmi eux, il faut évidemment compter Motulsky, auquel les Rétrospectives se devaient un jour d'être consacrées. Les lecteurs auront ainsi entre les mains, dans les dernières pages de ce numéro, les preuves de sa science comme de sa prescience en matière d'arbitrage. Elles ont été recensées par Charles Jarrosson lors d'une conférence au « 87 NDC » – comprenez le 87 rue Notre-Dame des Champs, ce nouveau centre de notre Université récemment sorti de terre, en septembre dernier – dont la *Revue* livre la retranscription pour contribuer, à sa manière, à l'effervescence printanière autour de l'arbitrage.

Enfin, la *Revue de droit d'Assas* n'existe que grâce au constant renouvellement de ses forces vives, c'est-à-dire des doctorants qui, parfois dès la première année et jusqu'à la fin de leur thèse, œuvrent à son élaboration, sa relecture ou sa diffusion. Ils méritent tous, nouveaux venus ou membres fidèles, d'être remerciés, tout comme notre directrice scientifique, la professeure Cécile Chainais, qui assure à la fois la constance de la qualité scientifique de notre *Revue* et la diversité des thématiques abordées pour représenter les savoirs juridiques dans toute leur diversité. Et puisque la métamorphose est au cœur de ces quelques lignes, signalons une évolution à venir au sein du comité de rédaction en chef. Le corédacteur de ces lignes adresse ainsi ses plus vifs remerciements à leur corédactrice, avec qui il a partagé cette belle aventure éditoriale. Il sera rejoint pour orchestrer le prochain numéro par Nicolas Chapalin, dont le concours aux activités de la *Revue* a déjà été précieux.

Excellente lecture à tous !

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 1

Portrait

Denis Mazeaud, passion du verbe,
passion du droit
Thomas Genicon

p. 5

Projet

La Paris Arbitration Week
Catherine Schroeder, Benjamin Siino
et Charles Jarrosson

p. 12

Variétés autour du Droit

Le droit souple à la conquête de la norme
de droit

Victor Andrieux et Bertrand de Charette

p. 19

Descartes et ses thèses en droit : portrait
du jeune philosophe en juriste

Alban Guyomarc'h

p. 25

Inceste : mettre au jour le langage du droit
par la littérature

Stanislas Julien-Steffens

p. 31

Dossier

La preuve en métamorphoses

La preuve en métamorphoses – Contribution
de droit commun

Gwendoline Lardeux

p. 38

Les métamorphoses de la preuve pénale
Coralie Ambroise-Castérot

p. 53

Réflexions sur la place du faisceau d'indices
dans le procès civil

Jean-Daniel Bretzner

p. 63

La preuve à l'ère de l'IA

Diane Galbois-Lehalle

p. 70

La preuve dans les contentieux du
déséquilibre significatif : un témoin de
la protection de l'équilibre contractuel

Maxime Cormier

p. 77

Enquête de l'employeur et preuve des faits
fautifs

Gwennhaël François

p. 93

La question probatoire dans le contentieux
administratif

Agathe Chirossel

p. 100

La preuve dans le contentieux climatique

Christian Huglo et Corinne Lepage

p. 114

Le conflit de lois en matière de preuve :
mutations inachevées

François Mailhé

p. 122

L'évolution de la preuve en droit anglais
des torts

Caroline Kahn

p. 131

La preuve en contentieux pénal international

Olivier Schaub

p. 141

Perspectives

Droit romain

Il n'y a pas un droit romain, mais plusieurs

Dario Mantovani

p. 158

Le droit romain a-t-il un avenir ? Quelques
réflexions sur l'importance de la discipline

Pascal Pichonnaz

p. 163

Le droit romain a-t-il encore une place
dans les facultés de droit ?

Elena Giannozzi

p. 167

Les textes, la littérature, les abstractions
juridiques. Le Moyen Âge et l'identité
stratifiée du droit romain

Emanuele Conte

p. 171

Contrats romains et normes éthiques.
Regard diachronique sur la bonne foi
et le dol

Emmanuelle Chevreau

p. 180

Rétrospective

« L'actualité de la pensée de Henri Motulsky
sur l'arbitrage »

Charles Jarrosson

p. 189

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Coralie AMBROISE-CASTÉROT, Agrégée
des facultés de droit, Professeure
à l'Université de Nice

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

Jean-Daniel BRETZNER, Avocat à la Cour

Loïc BRÉHIN, ATER à l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Emmanuelle CHEVREAU, Professeur
à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
directrice de l'Institut d'histoire du droit
Jean Gaudemet (UMR CNRS 7184)

Agathe CHIROSSEL, Postdoctorante
à l'Université Clermont Auvergne

Emanuele CONTE, Professeur titulaire
d'histoire du droit à l'Université Roma Tre
(Italie) et directeur d'études à l'École des
Hautes Études en Sciences Sociales (Paris)

Maxime CORMIER, Maître de conférences
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Bertrand DE CHARETTE, Étudiant au Collège
de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Gwennhaël FRANÇOIS, Professeur de droit
privé à l'Université Clermont Auvergne

Diane GALBOIS-LEHALLE, Maître
de conférences en droit privé à l'Institut
Catholique de Paris

Thomas GENICON, Professeur à l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Elena GIANNOZZI, Professeur à l'Université
de Lille

Alban GUYOMARC'H, Doctorant à l'Université
Paris-Panthéon-Assas, chercheur-doctorant
au Collège de France

Christian HUGLO, Avocat à la Cour

Charles JARROSSON, Professeur émérite de
droit privé à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Stanislas JULIEN-STEFFENS, Doctorant
contractuel chargé d'une mission
d'enseignement à l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Caroline KAHN, Maître de conférences
à l'Université Paris Nanterre

Gwendoline LARDEUX, Agrégée des Facultés
de Droit, Professeur à l'Université
d'Aix-Marseille

Corinne LEPAGE, Avocate à la Cour

François MAILHÉ, Professeur à l'Université
de Picardie Jules Verne

Dario MANTOVANI, Professeur au Collège
de France, chaire Droit, culture et société
dans la Rome antique

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

Pascal PICHONNAZ, Professeur à l'Université
de Fribourg (Suisse), Président du *European
Law Institute* (ELI)

Olivier SCHAUB, Maître de conférences à
l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Catherine SCHROEDER, Avocate au barreau
de Paris

Benjamin SIINO, Avocat au barreau de Paris

Portrait

Dans chaque numéro, la *Revue de Droit d'Assas* dresse le portrait d'un enseignant-chercheur ou d'un praticien qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.



Denis Mazeaud, passion du verbe, passion du droit

Thomas Genicon

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

« Au commencement était le Verbe... ».

Au commencement de Denis Mazeaud, il y a la voix.

Une voix singulière qui subjugué les amphithéâtres, illumine les colloques, renverse la table des soutenances. Une voix aussi qui enflamme les revues, bouscule la doctrine, ravit les lecteurs. Une voix encore qui enseigne plus que de strictes leçons de droit civil, une voix qui se fait entendre du juge et du législateur, une voix, enfin, qui porte au-delà des frontières.

Ainsi un ouragan bienfaisant du Verbe a-t-il balayé les facultés de droit et ce n'est pas forcer le trait de dire que, depuis Denis Mazeaud, consciemment ou non, on n'enseigne plus, on n'écrit plus, on n'agit plus tout à fait comme avant... Que l'on ne se y trompe pas pour autant : il y a chez l'homme autant de ruptures que de continuité, ce qui, à bien y réfléchir, sied parfaitement à la discipline à laquelle il a voué sa vie, passionnément.

Une vie ? Mille vies !, tant son enthousiasme légendaire, son énergie débordante et sa curiosité intellectuelle l'ont porté à se lancer mille défis – doctrinaux, éditoriaux, pédagogiques... – emmenant avec lui au passage amis et grognards toujours prêts à le suivre jusqu'au bout du monde dans une nouvelle aventure. Denis Mazeaud a tout d'un capitaine de l'impossible qui fascine par son audace et avance avec le détachement et l'insolence d'un grand seigneur. D'un grand seigneur du droit.

Passionnément ? Telle est bien la tonalité de sa carrière, portée par un profond élan du cœur qui l'a conduit à se dévouer corps et âme à son métier et à sa discipline. Son métier, *Professeur* ; sa discipline, *le Droit*. Il est *professeur* passionnément ; il aime *le droit* passionnément. Et le croisement de ces deux ardeurs a produit un précipité magnifique qui a chamboulé tant de jeunes générations, fait naître tant de vocations et, par conséquent, tant de grands juristes.

L'histoire du Professeur Denis Mazeaud, c'est donc l'histoire d'une passion et il faut commencer par remonter à sa source pour la bien comprendre.

* * *

Comme dans toutes les destinées humaines, cette histoire est le fruit conjoint d'un tempérament et d'un milieu, celui dans lequel Denis Mazeaud naît, puis croît. Un tempérament fougueux qui puise aux

tréfonds d'une sensibilité hors du commun : c'est celui d'un *artiste*. Un milieu parisien nourri de racines limousines jamais coupées où se succèdent – faut-il le rappeler ? – des générations d'hommes de lois, pour former une prestigieuse famille de robe : c'est celui de *juristes*. Une graine d'artiste dans l'humus du Code civil : la destinée ne pouvait être qu'exceptionnelle...

C'est l'artiste qui s'éveille d'abord car, de son aveu même, Denis Mazeaud n'a de penchant immédiat ni pour le droit, ni pour l'université. Il faut que jeunesse se fasse et la jeunesse se fait souvent dans l'insouciance, d'autant plus préservée ici qu'elle s'épanouit dans le grand appartement familial où la famille Mazeaud vit en clan. Et si un regard finit tout de même par se porter sur l'avenir, c'est sur le théâtre qu'il s'arrête : Denis Mazeaud se rêvait en Gérard Philippe, dit-il. Le virus de la scène le saisit dès le lycée (et ne le quittera bien sûr jamais), de manière directe car il monte alors régulièrement sur les planches mais aussi indirecte car il est frappé par l'art oratoire et didactique de certains de ses professeurs de lycées, à commencer par son professeur de philosophie. Sont-ce là les prémices d'un changement de trajectoire ? Ce n'est pas impossible car la conversion semble s'opérer lorsque, à l'invitation de son grand-père, Denis Mazeaud se rend au cours d'un professeur d'histoire du droit, Guillaume Matringe, qui le fascine par son charisme et ses leçons déclamées debout, sans notes. Première rencontre avec l'art de professer et avec des personnalités universitaires (car il y en aura bien sûr d'autres par la suite) auxquelles on aimerait ressembler.

Pourtant, s'il s'inscrit certes en droit, l'étudiant n'a toujours pas de visée particulière – peut-être avocat ? – et tout laisse donc à penser que la vocation qui finira par révéler Denis Mazeaud est de maturation lente et, pour ainsi dire, inconsciente. À la question de savoir pourquoi il est devenu professeur de droit, il répond : « parce que j'ai passé l'agrégation ». Saisissante focalisation sur la « cause efficiente », qui permet d'éluder la « cause finale »... L'observateur extérieur serait tenté de penser qu'un certain modèle familial a bien fini par frayer son chemin – à son corps défendant ? – dans la destinée en construction du jeune juriste. Mais non pour reproduire ce modèle, dira la suite ; pour le sublimer.

« Déjà Napoléon perçait sous Bonaparte » ? Déjà Denis perçait sous Mazeaud. Car une fois en chaire, c'est un double phénomène qui se produit, pour lui et pour l'Université. Pour lui, c'est là que la passion, évidemment en germe, va s'enflammer. Comme le mouvement se prouve en marchant, c'est en donnant cours et en écrivant que Denis Mazeaud dit avoir trouvé le sens définitif et indubitable de sa vie professionnelle. Pour l'Université, dans le monde conventionnel des facultés de droit, c'est le bousclement étincelant d'un professeur et d'un auteur hors du commun, qui fascine, qui étonne, qu'on admire, qu'on envie, qu'on jalouse...

* * *

De toutes les facettes chatoyantes de sa personnalité, celle peut-être par laquelle Denis Mazeaud brille le plus – et qui, au fond, colore toutes les autres – est la facette du professeur. Par elle, il renoue avec les fils de l'appel premier de la scène : du théâtre à l'amphithéâtre, en somme. L'ajout du préfixe ne doit peut-être rien au hasard ici, si l'on songe qu'en grec, « *amphi* » signifie « double ». Pour lui : lieu d'art oratoire et lieu d'enseignement. Plus exactement, l'art oratoire *pour* l'enseignement car le plaisir des planches a trouvé son but – sa cause... –, la mission d'instruire, d'élever.

« Il pourrait lire l'annuaire téléphonique, ce serait passionnant ! », a-t-il l'habitude de dire de ceux qu'il admire pour leur éloquence et qui ont fait naître sa vocation. Combien la formule lui sied ! Des générations d'étudiants pourraient témoigner des moments inoubliables qu'ils ont pu vivre en l'écoutant, en le voyant parler d'un droit civil qu'il a fait aimer passionnément – car bien sûr sa passion est contagieuse. Au demeurant, ils n'ont pas manqué de lui exprimer chemin faisant toute leur admiration, à lui qui fut lauréat à de nombreuses reprises du fameux « Code d'or » que les étudiants d'Assas décernaient, il y a quelques années de cela, à leurs professeurs favoris. Les exposés de Denis Mazeaud sont faits d'une alchimie singulière qui mêle la musicalité d'une voix grave et légère à la fois, jouant beaucoup des modulations, des rythmes, des accents (voire des imitations...), à une incomparable clarté d'exposition. Des phrases lumineuses et frappantes confinant à l'aphorisme, des déclarations – des déclamations ! – étincelantes qui ont quelque chose de la tirade. Une verve saisissante, en somme, mais qui jamais ne s'échoue en cabotinage, car elle demeure tenue par de grandes exigences

de fond : Denis Mazeaud n'est pas un « théâtral » justement, d'abord parce que rien ne sonne jamais faux, ensuite parce que c'est un juriste pour lequel chaque mot compte, chaque affirmation doit être pleine de sens, serrée et limpide. Déjà l'auteur s'annonce et l'on retrouvera sous sa plume, l'élégance, la clarté et la concision des formules parfaitement frappées qu'on l'entend prononcer en chaire (et que l'on s'empresse de graver dans la mémoire).

Et puis, il y a évidemment l'humour. C'est là sa marque distinctive, fruit conjoint d'une sensibilité et d'une créativité déroutantes, faite de facéties, de boutades, de jeux de mots (« Voilà qu'aujourd'hui, tu renies ton Maître ! ? Voilà qu'aujourd'hui, tu dénies Mazeaud ? ! ») et de « jeux de culture » dans lesquels il convoque tout ensemble, pour les pasticher, œuvres célèbres – spécialement littéraires (« S'il vous plaît... Dessine-moi un contrat ! ») –, événements historiques, proverbes populaires (« Croix de bois, croix de fer, si je mens je vais en M1 de droit public ! »), cinéma (il voue évidemment une admiration sans bornes aux dialogues de Michel Audiard), chansons (« Je m'voyais déjà... sur les Petites Affiches » – c'est un fin connaisseur de la variété française) ou même... références religieuses (« Que celle ou celui qui n'a jamais rêvé ainsi me jette le premier Code ! »). À travers lui, c'est tout l'esprit français qui s'exprime, qu'il hérite – on entrevoit cette culture ancestrale sous-jacente – et qu'il poursuit : tout à la fois l'élégance de l'« esprit Mortemart » fait d'à-propos, de sens de la répartie et de caustique, les caricatures bouffonnes d'un Molière, la tentation de la moquerie (douce), le goût de la chanson et, bien sûr, l'éclat du bon mot – pour lequel on serait prêt à tout sacrifier en France. Que l'on ne s'y trompe pas pour autant : ce n'est pas là un art pour lui-même mais, si l'on peut dire, un art intéressé ou plutôt orienté. D'abord parce que l'humour frappe l'esprit et la mémoire aussi sûrement que le sceau dans la cire et qu'il est donc une stratégie didactique d'une remarquable efficacité : le rire, la comédie pour « cacher la profondeur à la surface » selon le mot de Hofmannsthal. Ensuite parce que le professeur sait qu'il est sans cesse en lutte pour garder l'attention de son auditoire et Denis Mazeaud a souvent confié que le théâtre lui avait fait le don précieux de savoir « sentir » son public, de détecter dans les visages ou les attitudes, la fêlure d'une lassitude ou un affaiblissement dans l'écoute. Tout son art est donc déployé contre ces ennemis de l'orateur, la forme au service du fond – forme si parfaite qu'elle se mêle, sans plus de distinction possible, avec le fond.

Son talent d'orateur est en effet déployé dans le but de faire comprendre. Dans la fameuse maxime rhétorique – instruire, plaire, émouvoir – c'est indéniablement l'instruction qui l'emporte. Si l'on demande à Denis Mazeaud, ce qui importe le plus à ses yeux dans son métier, la réponse fuse avec une gravité qu'on lui connaît rarement : « la transmission ». On comprend alors que s'il s'est jeté tout entier dans l'arène, 33 années durant, c'est pour donner à ses étudiants le goût du savoir, la jubilation de la pleine compréhension et, évidemment, l'amour du droit. Son immense talent didactique n'a cessé d'éclairer les étudiants même les plus rétifs à l'intelligence du juridique car il y a chez lui cet art de défaire les nœuds de la pensée dont parle Wittgenstein à propos de la philosophie – art que, là encore, on retrouvera dans ses écrits, d'une clarté de cristal. Car pour expliquer et pour convaincre, la parole de Denis Mazeaud fait merveille qui jette une lumière nouvelle sur les controverses les plus embrouillées, les arrêts les plus abscons ou les doctrines les plus retorses. L'étudiant « a tout compris » après l'avoir écouté et se sent plus instruit, plus intelligent. Pour user d'un mot qu'affectionne particulièrement Denis Mazeaud, son cours est « édifiant » au sens propre : il édifie l'étudiant.

Édifiantes sont aussi ses leçons au-delà des leçons. Denis Mazeaud entend surtout apprendre à ses étudiants, parallèlement au droit positif, l'art de penser et de s'engager. Il aime user d'acronymes pour expliquer le but véritable des études de droit : « I.A.L. » – Indépendance, Autonomie, Liberté –, dit-il aux étudiants des premières années ; « A.A.A. » – Accessibilité, Attrait, Apport –, dit-il aux thésards. Le droit, répète-t-il, c'est « l'art de la discussion » et la meilleure méthode pour l'appréhender, ajoute-t-il, c'est d'écouter et de lire des auteurs aux opinions divergentes. Cela pour forger sa propre conception des choses et, à terme, la défendre. Car c'est toujours un enseignement « engagé » que revendique Denis Mazeaud, « sans prosélytisme, bien sûr », tient-il à préciser, mais un enseignement qui donne à voir les choix axiologiques et les sentiments, au-delà de la technique juridique désincarnée et le froid apparent des règles. La passion toujours, qui crée ce lien si particulier entre lui et ses étudiants, une attention constante et presque inquiète à leur égard, qu'il manifeste aussi par un suivi serré mais tou-

jours amical, presque familial, de ses équipes de chargés de TD, au fil de réunions pédagogiques mémorables où il transmet avec ferveur et générosité l'amour de son métier.

* * *

Bien sûr, la passion de Denis Mazeaud a débordé des amphithéâtres. Mais alors on est saisi de vertige par tant de faits accomplis, tant de rôles embrassés, tant de domaines parcourus. C'est le contraire de l'unité de lieu, de temps et d'action. Professeur donc, mais encore auteur, conférencier, éditorialiste, directeur de recherches, évaluateur, membre de groupe de travail, missionnaire du gouvernement, créateur de revue, « ambassadeur » du droit français, ... Denis Mazeaud est une ruche à lui tout seul.

Parfois au-delà du raisonnable – mais la passion est-elle raisonnable ?

Auteur ? Il y a le style d'abord, et à cet égard il est difficile en vérité de séparer l'auteur du professeur tant on retrouve sous sa plume le talent incomparable de l'orateur, au point qu'on croit l'entendre quand on le lit et qu'on croit le lire quand on l'entend. Les deux faces scintillantes d'une même médaille – comment s'en étonner ? – car « le style, c'est l'homme même » (Buffon). Il faudrait bien des pages à dire vrai pour rendre compte de ce style éclatant fait d'élégance, de clarté et d'énergie, qui mérite une analyse à part entière : on se permettra donc de renvoyer à certains articles qui y sont dédiés tout spécialement dans ses *Mélanges* à venir¹. On fera simplement ici une remarque : à supposer que la discipline existe un jour, l'histoire de la stylistique juridique pourrait montrer comment Denis Mazeaud a donné personnalité, vivacité et presque chaleur à l'écriture des juristes, sans rien renier de leur sérieux ni de leur profondeur d'analyse ; comment, en quelque sorte – on y revient encore –, il aura mis un peu de théâtre dans l'écriture juridique (mais peut-être faudra-t-il aussi, tisser quelque lien, quoique dans une tonalité encore différente, avec l'élan, les interjections et les points d'exclamation d'un Demolombe).

Il y a l'œuvre, ensuite. C'est peu de dire que Denis Mazeaud a marqué durablement la doctrine civiliste de son empreinte. On ne compte plus les travaux législatifs préparatoires, les rapports de conseillers et avis d'avocats généraux, les ouvrages universitaires qui font référence à ses travaux ; mais s'il ne fallait donner qu'un exemple, il suffirait de rappeler le rôle crucial qu'ont joué ses écrits en droit des contrats et la place centrale qu'il a occupée en étant le principal chef de file du solidarisme contractuel. Quand on l'interroge sur son plus grand fait d'arme, c'est ce mouvement qu'il évoque et qui est, du reste, une traduction exacte de son appréhension du droit, telle qu'on l'a évoquée plus haut : une orientation politique, un choix axiologique, en premier lieu, qu'il a exprimé puis traduit dans de nombreux écrits, en second lieu, en propositions techniques. Pendant de nombreuses années, l'affrontement doctrinal autour de ce mouvement a été le barycentre de la doctrine contractualiste : combien de thèses, d'articles, de controverses, de décisions de justice, de commentaires d'arrêts, de colloques ont été déterminés en soutien ou en réaction à ce courant de pensée ? La culture juridique et les juristes eux-mêmes se forment par référence à de grandes figures, qui sont autant de jalons et de boussoles dans le savoir. Quand plus tard, on parcourra le chemin qui court de la fin du xx^e siècle au début du xxi^e siècle, on y trouvera, à n'en pas douter, du dédicataire de ces lignes, le nom et le prénom.

Conférencier ? Chacun garde en mémoire la verve et la force inimitables de ses interventions dans les colloques, toujours précédées d'un frémissement gourmand et impatient de l'auditoire qui voit enfin arriver la pièce de choix... Qu'il s'agisse de la force de conviction de ses communications ou de son aptitude fascinante à la synthèse qui s'épanouit dans ses rapports de clôture, ce sont la voix, encore, et les gestes, encore, et la fougue, encore, qui donnent à voir, encore, un homme de théâtre, mais qui s'est donné à une science exigeante. Car ses conférences qui ont toutes la couleur et l'éclat du feu d'artifices ne sacrifient jamais, mais servent toujours, la profondeur des démonstrations.

Éditorialiste ? Il faut rappeler ici quel lien fraternel l'a uni à Félix Rome, son *alter ego*, qui devait son nom à leur admiration conjointe pour Albert Londres. On peut bien dire que c'est Félix Rome qui a inventé l'édition juridique des grandes revues, tant de fois imité depuis, jamais égalé. La figure du juriste

1. V. D. Fenouillet et C. Pérès, « Les éditos de Félix Rome », in *Mélanges Denis Mazeaud* ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, « L'ar(r)étiste », *ibid.*

politique, voire polémiste, qui tonne et s'étonne, qui s'émeut, qui critique ou louange, qui s'indigne ou célèbre, en quelques lignes parfaitement senties, c'est lui.

Directeur de recherches, évaluateur, membre de groupe de travail, missionnaire du gouvernement ? Des directions de mémoires et de thèses en passant par l'animation des concours d'éloquence et autres événements associatifs étudiants (faut-il mentionner qu'il est probablement le seul professeur d'université à avoir organisé une classe verte avec un amphithéâtre tout entier, en forêt de Fontainebleau ?), jusqu'à la création et la direction de diplômes, sa disponibilité pour son *Alma Mater* est inconditionnelle. Et ce, au-delà des murs d'Assas, cela s'entend : à plusieurs mandats au Conseil National des Universités, s'ajoutent sa participation comme membre du jury au concours d'agrégation de droit privé et un nombre incalculable de participations à des jurys de soutenance de thèses, auxquelles il ne sait pas dire non. Son rayonnement scientifique n'a jamais faibli : membre du groupe Catala dont les travaux seront décisifs pour la grande réforme du droit des contrats, il fut également président du groupe chargé de rendre un rapport gouvernemental sur les procédures-bâillons – on ne pouvait trouver meilleur président pour défendre la liberté de parole des universitaires ! Présent sur tous les fronts de la recherche et de l'enseignement, Denis Mazeaud est un universitaire intégral car, malgré les sirènes, son centre de gravité n'a jamais été hors de la faculté.

Créateur de revue ? Comment ne pas commencer bien sûr par la présente *Revue de droit d'Assas*, à laquelle il sut, comme directeur scientifique, insuffler l'esprit nécessaire pour accompagner les doctorants d'alors dans une épopée éditoriale inédite et qui porte encore tous ses fruits ? Et puis, il y eut bien sûr la *Revue des contrats*. Mesure-t-on quel tour de force fut sa création ? Combien il a fallu d'audace, et même de culot, pour défier un paysage éditorial très installé ? Combien il a fallu de force de conviction pour entraîner éditeurs et auteurs dans ce qui avait tous les traits d'une équipée fort aventureuse ? Avec Thierry Revet, son meilleur compagnon d'armes, fidèle parmi les fidèles, il a réalisé l'exploit, en si peu d'années, de créer de toute pièce une revue de premier rang, reconnue comme telle par l'école comme par le palais, reconnue aussi à l'étranger comme une référence du droit français.

« Ambassadeur » du droit français ? On ne peut manquer de rappeler en effet, l'énergie que Denis Mazeaud a déployée au service de la culture juridique française au sein de l'Association Henri Capitant dont il fut le président. Par son tempérament, par ses goûts et par son style, il incarne à la perfection, aux yeux de nombreux collègues étrangers, l'esprit français et la langue française, qu'il a portés inlassablement aux quatre coins du globe. Sans aucune posture cocardière, il a rendu témoignage et manifesté par sa personne même cette culture juridique « venue du fond des âges » et cette voix singulière de la France dans un concert des Nations menacé comme jamais par le spectre lugubre de l'uniformité mondialisée. C'est peu de dire que Denis Mazeaud n'a cessé d'y apporter couleur et élégance et d'offrir, à ceux du monde entier qui souhaitent faire entendre une note d'indépendance, le bouquet du pluralisme et de la diversité culturelle. Du reste, il y a dans la geste française d'un Denis Mazeaud quelque chose qui ramène à l'essentiel de lui.

* * *

Comment ne pas finir, en effet, par l'homme, derrière tous ces hommes de profession que Denis Mazeaud a été dans sa carrière ? Sur ce terrain, on n'avance pas sans appréhension car ceux qui le connaissent savent bien que si ce grand démonstratif l'est autant, c'est justement pour cacher une pudeur profonde. Mais précisément, cette ambivalence, cette geste française aussi que l'on vient d'évoquer, la somme incroyable de ses talents et la richesse flamboyante de sa personnalité rappellent une figure hors norme – dont on sait combien elle le fascine. Non pas Gérard Philippe, son modèle de jeunesse ; il a « fait mieux depuis »² : Cyrano. Un Cyrano du droit, dont l'épée est la plume et dont la langue est la gloire.

Tout y est, dans le détail : l'épée et la langue, donc, mais aussi le don de soi, les faits et la fraternité d'arme, le goût des batailles et des grands gestes, la pudeur enfin.

2. E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, acte II, sc. VI.

Tout se tient, aussi, dans quelques vers, que nous sommes si nombreux à l'avoir entendu prononcer comme une maxime de vie :

« Que dites-vous ?... C'est inutile ?... Je le sais !
Mais on ne se bat pas dans l'espoir du succès !
Non ! non ! c'est bien plus beau lorsque c'est inutile ! »³

La beauté du geste comme fin en soi ; l'élégance de l'intention au sens propre. C'est ce désintéressement qui fait l'honneur d'un Denis Mazeaud et qui s'incarne dans sa formidable générosité. Combien de collègues, notamment plus jeunes, pourraient témoigner, à commencer par le soussigné, de tout ce qu'ils lui doivent et de tout ce qu'il a fait pour eux ? À l'égard de l'homme des fulgurances, on songe à celle de Carbonnier au sujet de Le Bras : « Un homme admirable par ses dons, ceux qu'il [a] reçus et ceux qu'il nous fit ». Et s'il est vrai que l'on juge l'arbre à ses fruits, Denis Mazeaud est à la mesure du bien qu'il a dispensé tout au long de sa carrière et, ce qui frappe encore plus, avec beaucoup d'humilité. Qu'on ne se méprenne pas en effet sur l'éclat du personnage. Sans trop lever le voile, il n'y a pas d'excès de confiance chez Denis Mazeaud. Peut-être même – on s'en pincerait – un peu l'inverse, ce qui à nos yeux pourrait être une faute contre lui-même (mais le plus sage n'est-il pas, dit-on, celui qui n'est pas sûr de l'être ?). *Felix culpa* quoi qu'il en soit, car c'est ce souci qui toute sa carrière durant a sans cesse poussé Denis Mazeaud à toujours faire mieux, à toujours briller plus, à toujours chercher davantage. « Plus haut, plus vite, plus fort » : la devise olympique ne pouvait mieux aller qu'à ce fou de sport, amateur de Jacques Brel aussi qui, parallèle saisissant, avait le même ressort : « Le talent, ça n'existe pas, disait le chanteur. Le talent c'est d'avoir l'envie de faire quelque chose [...] Avoir envie de réaliser un rêve, c'est le talent et tout le restant, c'est de la sueur, c'est de la transpiration, c'est de la discipline [...]. L'art, moi, je ne sais pas ce que c'est. Les artistes, je connais pas »⁴.

Et pourtant il y a bien un artiste en Denis Mazeaud. Car le Droit est un art : « *ars boni et aequi* ». Le droit est au cœur de l'Homme et, au fond, ceux qui sont les plus grands juristes ne sont-ils pas ceux qui sont les plus grands en humanité ?

Et il faut alors boucler la boucle. Nul n'ignore quelle part a pris dans l'éducation de Denis Mazeaud, son grand-père Henri Mazeaud. Figure tutélaire, statue du commandeur, immense professeur et immense juriste. Mais pas seulement : un modèle d'humanisme justement, si l'on rappelle le très grand résistant qu'il fut aux côtés de son frère jumeau Léon Mazeaud – ce dont a précisément témoigné Denis Mazeaud aux côtés de Sabine Mazeaud-Leveneur, petite-fille de Léon Mazeaud⁵. Un modèle de courage et d'humilité aussi qui a frappé à jamais le petit-fils (« mon grand-père ne s'est jamais vanté de quelque chose que ce soit »). C'est peu de dire que cette personnalité hors du commun a inscrit une empreinte durable quoique double dans l'esprit de Denis Mazeaud : n'a-t-il pas tracé son propre chemin aussi bien par fidélité que par réaction à l'endroit du patriarcat ? Mais justement, c'est encore une qualité magnifique qui en sort, celle si l'on peut dire, du principe du contradictoire : il y a chez Denis Mazeaud, pour les opinions qui ne sont pas les siennes, une admirable tolérance – qui n'est pas toujours l'apanage des progressistes – et même une intime compréhension des plus conservateurs ; peut-être parce qu'il n'a cessé d'y retrouver le doux souvenir d'un grand-père adoré. Quand on demande à Denis Mazeaud quel fut le plus beau moment de sa vie professionnelle, sa réponse, qu'il nous permet de dévoiler, ne laisse guère planer de doute : c'est l'instant où Henri Mazeaud, apprenant le succès de son petit-fils à l'agrégation, lança : « Denis est agrégé. Maintenant... je peux partir ».

3. E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, acte V, sc. VI.

4. La suite est tout aussi saisissante « [...] je crois qu'il y a des gens qui travaillent à quelque chose, qui travaillent avec une grande énergie finalement. Et l'accident de la nature, je n'y crois pas, pratiquement pas [...]. Je crois qu'en fait un homme passe sa vie à compenser son enfance [...]. Vers 16-17 ans, un homme a eu tous ses rêves [...] ils sont passés en lui [...] il a ressenti le goût des choses. Et il passe sa vie à vouloir réaliser ces rêves là [...]. Moi j'essaie de réaliser les étonnements [...] que j'ai eus jusqu'à, mettons, vingt ans » (J. Brel, interview de 1971 à Knokke).

5. V. leur conférence, organisée par l'École de droit, sous l'égide de P.-Y. Gautier, le 15 janvier 2020 à l'Université Paris-Panthéon-Assas. Adde bien sûr le témoignage direct des frères Mazeaud, H. L. et J. P. Mazeaud, *Visages dans la tourmente. 1939-1945*, Albin Michel, Paris, 1946 (librement consultable sur Gallica.fr).

Denis Mazeaud explique avec beaucoup de justesse qu'« on se construit "avec" mais qu'on se construit aussi "contre" » ; on ne peut s'empêcher alors de songer à l'illustre ancêtre. Et l'on ne peut s'empêcher non plus d'ajouter immédiatement, en pastichant le mot célèbre de Sacha Guitry : Denis Mazeaud s'est construit « contre » son grand-père, « tout contre »...

Cette embrassade à travers le temps et les générations donne sa place à chacun, irréductible à celle de l'autre, en même temps qu'elle préserve l'extraordinaire singularité de la carrière éblouissante de Denis Mazeaud. Pourrait-on, alors, enfermer cette carrière universitaire qui s'achève dans un seul mot ? Il y en aurait peut-être bien un... Un mot que, de la première à la dernière ligne de ce portrait forcément insuffisant, on aurait voulu écrire mille fois déjà, et appliquer à chacune des facettes du « *Maestro* ». Un mot, un terme, qui résume tout... Un mot, ce quelque chose qui, même si Denis Mazeaud quitte aujourd'hui les amphithéâtres, ne le quittera pas... quelque chose...

(Cyrano)

« quelque chose que sans un pli, sans une tache,
J'emporte malgré vous,
et c'est...

(Roxane)

C'est ?

(Cyrano)

Mon panache. »⁶

6. E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, acte V, sc. VI.

Projet

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet dans un entretien ou un texte rédigé par une (ou des) personne(s) impliquée(s) dans ce projet.

La *Paris Arbitration Week*

Catherine Schroeder et Benjamin Siino

avocats au barreau de Paris, membres du comité d'organisation de la *Paris Arbitration Week*

Charles Jarrosson

Professeur émérite de droit privé à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur de la *Revue de l'arbitrage* et membre du bureau du Comité Français de l'Arbitrage, intervenant à la *Paris Arbitration Week*

Fondée en 2017, la *Paris Arbitration Week (PAW)* est une association qui, au travers d'événements organisés chaque année durant une semaine à Paris, rassemble tous les acteurs de la communauté de l'arbitrage international. L'édition 2024 de la *PAW* a réuni plus de 10 000 praticiens de l'arbitrage venus du monde entier. La neuvième édition de la *PAW*, actuellement en cours de préparation, se tiendra du 7 au 11 avril 2025.

Justine Moura et Stanislas Julien-Steffens, doctorants et membres du comité de rédaction en chef de la *Revue de droit d'Assas*, ont pu s'entretenir en novembre 2024 avec Maître Catherine Schroeder, associée du cabinet *Schroeder Arbitration*, et Maître Benjamin Siino, associé du cabinet *Gaillard Bani-fatemi Shelbaya Disputes*, qui sont tous deux avocats au barreau de Paris et membres du comité d'organisation de la *PAW*, respectivement en qualité de co-vice-présidente et de co-président.

Afin de bénéficier du retour d'expérience d'un intervenant régulier lors des conférences de la *PAW*, ainsi que du regard porté par un universitaire sur un tel projet, l'équipe de la *Revue de droit d'Assas*, a également eu la chance de pouvoir s'entretenir en novembre 2024 avec Monsieur le Professeur Charles Jarrosson, Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas, directeur de la *Revue de l'arbitrage* et membre du bureau du Comité Français de l'Arbitrage.

Entretien avec des membres du comité d'organisation de la *Paris Arbitration Week*

Catherine Schroeder et Benjamin Siino

Revue de droit d'Assas (RDA) – Pouvez-vous nous parler de la genèse du projet de la Paris Arbitration Week (PAW) ?

Catherine Schroeder et Benjamin Siino (Comité d'organisation de la PAW) – La PAW a été créée en 2017. Parmi les membres fondateurs institutionnels de la PAW figurent des institutions d'arbitrage et des associations, telles que la Chambre de commerce internationale (CCI), l'Association Française d'Arbitrage (AFA), le Comité Français de l'Arbitrage (CFA) et Paris Place d'Arbitrage. Ensemble, ils ont décidé de se réunir pour promouvoir Paris en tant que place d'arbitrage à l'échelle internationale. Dans cette perspective, les membres fondateurs ont créé une association loi 1901 et constitué un comité d'organisation, dont trois postes sont renouvelés chaque année.

Initialement, il s'agissait d'un événement assez restreint. Lors de la première édition, une vingtaine d'événements ont été organisés. Puis, sous l'impulsion du comité d'organisation, le projet s'est développé au fur et à mesure des années et le nombre de partenaires et d'événements académiques a considérablement augmenté.

Une des spécificités de la PAW est la gratuité et l'accessibilité des événements, afin de se rapprocher des principes fondamentaux d'accès à la justice qui caractérisent le système judiciaire français. Il est également essentiel pour nous de réunir, lors de ces conférences, les différents acteurs qui forment la communauté de l'arbitrage international, composée d'avocats, d'universitaires, d'experts, de tiers financeurs, de magistrats, afin de leur permettre d'échanger librement.

Dans un monde en proie à une instabilité géopolitique grandissante, le comité d'organisation de la PAW souhaite tout particulièrement mettre en avant l'unité et la cohésion entre les acteurs de l'arbitrage international.

RDA – Depuis la première édition, quels sont les principaux changements que vous avez apportés au format de la PAW ?

Comité d'organisation de la PAW – Tout d'abord, le nombre d'événements et de partenaires n'a cessé de croître. Nous sommes en effet passés de 20 événements et 19 partenaires en 2017 à 187 événements et 189 partenaires en 2024. Le calendrier de la semaine est composé majoritairement d'événements académiques et dans une moindre mesure d'événements sociaux, dont notamment un cocktail d'ouverture qui se tient le premier jour de la semaine, dans un lieu emblématique de la ville de Paris, l'Hôtel de Ville.

De nouveaux événements ont également été introduits par le Comité d'organisation au cours des années, dont notamment un événement dédié aux juristes d'entreprise et un autre consacré aux enjeux de développement durable et d'environnement en matière d'arbitrage. De façon plus ludique, le Comité d'organisation a mis en place l'année dernière, une compétition sportive, les *PAW Games*, à l'occasion des Jeux olympiques, et a renouvelé son association à la traditionnelle *Cruise* sur la Seine.

Parmi les autres nouveautés apportées depuis les premières éditions, peut être mentionnée la création d'un site internet il y a deux ans dans le but de faciliter l'organisation de la PAW, aussi bien pour les participants que pour les partenaires. Ce site a permis de centraliser l'intégralité des événements dans un seul calendrier, mais aussi de simplifier l'inscription des participants aux événements, dès lors que chaque participant dispose sur ce site d'un espace personnel où sont regroupés les événements auxquels il s'est inscrit. L'année dernière, le Comité d'organisation a également ajouté à ce site une librairie digitale qui permet de rassembler les supports écrits, les photos et vidéos qui ont été réalisées au cours des différentes éditions, accessible à tous les utilisateurs du site.

RDA – La PAW est organisée par un board, un comité d'organisation. Comment ce comité d'organisation est-il constitué et comment sont répartis les rôles entre les différents membres de ce comité ?

Comité d'organisation de la PAW – Le comité d'organisation est composé d'un bureau qui est constitué de deux co-présidents, deux co-secrétaires générales et d'une trésorière. Le comité d'organisation est également composé de six co-vice-présidents qui coordonnent la gestion de différents pôles¹. Certains pôles s'occupent des partenariats, d'autres des événements sociaux tels que l'organisation du cocktail d'ouverture, d'autres encore des événements académiques. Depuis cette année, nous avons également créé un pôle chargé de gérer les relations de la PAW avec toutes les institutions publiques.

RDA – L'édition de l'an dernier s'est déroulée pour la première fois sous le haut patronage du ministre de la Justice, Garde des Sceaux. En quoi ce parrainage participe-t-il à la promotion et au développement du droit français de l'arbitrage international ?

Comité d'organisation de la PAW – Ce partenariat, inédit avec le ministère de la Justice, a ajouté une valeur essentielle à notre événement et a contribué à rassembler tous les acteurs de la place de Paris autour d'un projet commun.

Le discours du Garde des Sceaux en ouverture de la PAW a envoyé un message très fort en soulignant le soutien des institutions publiques françaises au monde de l'arbitrage et la nécessaire coopération avec le secteur privé.

L'ensemble des participants ont été particulièrement sensibles à un tel message.

RDA – Au cours de la dernière édition, la Cour d'appel de Paris a également été pour la première fois partenaire de la PAW. Est-ce que ce partenariat s'inscrivait dans la même visée que le partenariat avec le ministère de la Justice ?

Comité d'organisation de la PAW – Oui, absolument. Nous avons été heureux d'apprendre que la Chambre internationale de la Cour d'appel de Paris souhaitait s'associer également à la PAW. La présence de magistrats aux côtés des praticiens de l'arbitrage constitue une avancée considérable et a permis d'envoyer un message très fort de cohésion et d'unité, qui contribue à renforcer l'image de Paris comme place incontournable de l'arbitrage international.

Ce partenariat, renouvelé cette année, permet d'institutionnaliser un dialogue constructif entre les institutions judiciaires et arbitrales, qui œuvrent ensemble pour la promotion et le développement de l'arbitrage international.

RDA – Sur votre site internet, il est indiqué que l'une des valeurs fondamentales de la PAW est la « diversité ». Votre comité d'organisation rassemble des acteurs de l'arbitrage international qui travaillent dans différents types de structure, notamment à la CCI, dans des cabinets d'avocats, des fonds d'investissement ou des legal techs. Au-delà de cette diversité professionnelle, la question de la diversité de genre, d'âge et de nationalité est une thématique qui a beaucoup animé le milieu de l'arbitrage international au cours de ces dernières années. Comment veillez-vous à assurer toutes ces formes de diversité au cours de vos événements ?

Comité d'organisation de la PAW – La diversité est en effet une valeur fondamentale que l'on retrouve aussi bien dans l'organisation des événements que dans les thèmes abordés chaque année.

Si certains événements de la PAW, mentionnés plus haut, sont des événements officiels, organisés directement par le comité d'organisation, la grande majorité des événements sont organisés directement et en toute liberté par nos partenaires. Par ailleurs, la PAW offre aussi la possibilité à de nombreux

1. La composition détaillée du comité d'organisation de la PAW peut être consultée sur le site internet de l'événement : <https://parisarbitrationweek.com/paw-board/> (consulté le 11 décembre 2024).

ses associations ou organisations à but non lucratif du monde entier d'organiser gratuitement un événement au cours de la semaine.

Pour notre part, et ce depuis la création de la *PAW*, le discours d'ouverture (*keynote speech*) qui se tient chaque année le premier jour est consacré au thème de la diversité, dans ses formes variées. Il est vrai qu'à une époque, avoir un tribunal arbitral composé uniquement d'hommes était la norme. Aujourd'hui, cela s'est beaucoup diversifié, même si ce n'est sans doute pas encore suffisant et même si ces questions sont portées par beaucoup d'institutions d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle nous continuerons à mettre en avant ce thème aussi longtemps que nécessaire et à sensibiliser les différents acteurs de la communauté de l'arbitrage.

L'année dernière, le discours d'ouverture était consacré à la place du handicap dans le milieu professionnel et nous avons été très fiers d'accueillir à cette occasion Florence Gravelier, vice-présidente de la Fédération française de tennis, ancienne championne paralympique de tennis fauteuil et six fois championne de France.

RDA – Comment s'opère le choix des thèmes des événements au regard des propositions formulées par les cabinets ou les institutions partenaires ?

Comité d'organisation de la *PAW* – Nous laissons une grande liberté à nos partenaires dans le choix du thème de leurs événements. Cependant, s'il s'avère que plusieurs événements portent sur des thèmes similaires, nous le signalons aux organisateurs concernés afin que le programme de la *PAW* soit aussi diversifié que possible. Les thèmes abordés sont aussi théoriques que pratiques et couvrent les différents types de procédures (arbitrage d'investissement, arbitrage commercial, recours judiciaires, etc.) et des secteurs d'activité très variés (construction, énergie, infrastructure, minier, hôtellerie, télécommunications, etc.).

Bien que le nombre important d'événements organisés simultanément a pu donner lieu à discussion, la conséquence est en réalité positive quant à la diversité des sujets et la qualité des conférences, les organisateurs cherchant davantage à se démarquer et à traiter de sujets innovants.

RDA – Est-ce que vous diriez que les thématiques des événements de la *PAW* reflètent les grandes tendances actuelles de l'arbitrage international ? Quels seront selon vous les sujets phares de la prochaine édition ?

Comité d'organisation de la *PAW* – L'année dernière, ont été abordés des sujets relatifs à l'intelligence artificielle, aux problématiques liées au changement climatique ou au sport (du fait des Jeux olympiques). De manière générale, les partenaires traitent de sujets d'actualité en faisant intervenir tous les acteurs de la place (avocats, arbitres, professeurs d'université, experts, représentants d'institutions d'arbitrage, magistrats, etc.).

Pour cette édition 2025, au regard de l'actualité de l'arbitrage, nous pouvons nous attendre à ce que plusieurs événements abordent la question des sanctions, de l'exécution des sentences arbitrales rendues sur la base de traités intra-communautaire, de la transition énergétique et des réformes envisagées dans différents pays (tels qu'au Royaume-Uni et en France).

RDA – Au cours de la dernière édition, deux conférences de la *PAW* se sont tenues à l'Université Paris-Panthéon-Assas. Avez-vous pour projet de développer de tels partenariats avec les universités et, si oui, dans quelle perspective ?

Comité d'organisation de la *PAW* – Pour l'édition 2025 de la *PAW*, nous voulons créer un événement qui rassemble plusieurs universités, dans le but de promouvoir la diversité de l'offre académique française et d'échanger sur l'influence de la pensée juridique française sur le développement de l'arbitrage international dans le monde.

Pour ce premier événement organisé en partenariat avec des universités, nous allons associer les universités parisiennes qui disposent de masters d'arbitrage. L'objectif serait de faire ensuite perdurer cet événement au cours des prochaines éditions de la *PAW* et d'élargir le cercle des universités impliquées.

RDA – Ces dernières années, de nombreuses autres « Arbitration Weeks » ont vu le jour dans d'autres villes à travers le monde (par exemple, à Dubaï, Hong Kong, New York, Istanbul ou São Paulo). Vous avez évoqué le particularisme de la PAW, notamment dans la liberté laissée aux organisateurs pour la définition des thématiques abordées. Quelles sont les autres spécificités de la PAW qui lui permettent de se distinguer de ces autres événements ?

Comité d'organisation de la PAW – Comme évoqué, l'une des spécificités de la PAW est la gratuité de la grande majorité des événements, dont le cocktail d'ouverture qui réunit plus de 1 200 personnes.

Une autre singularité de la PAW tient au fait que les événements se tiennent dans différents lieux à Paris. Si beaucoup de partenaires organisent leurs événements dans leurs propres bureaux (dont notamment des cabinets d'avocats), de très nombreux événements sont également organisés dans des lieux publics (hôtels, tribunaux, salles d'audience, etc.).

La création du site et notamment de la librairie digitale, accessible à tous, est une autre des particularités de la PAW, qui vise à renforcer l'échange d'informations au travers de la participation active de nos partenaires.

Enfin, l'une des forces de la PAW est d'avoir su trouver un juste équilibre entre l'organisation d'événements scientifiques et sociaux, en regroupant l'ensemble des acteurs de la communauté de l'arbitrage international. Les participants se réunissent chaque année, réfléchissent ensemble sur la matière et les sujets d'actualités et tissent davantage leurs liens. On retrouve cet équilibre dans le slogan de la PAW : « *Learning, Sharing, Celebrating, Together* ».

RDA – Vous avez commencé à évoquer des projets pour l'édition 2025, tel qu'un projet de partenariat avec des universités. Quels sont vos objectifs et vos attentes pour la neuvième édition de la PAW et, à plus long terme, pour les éditions futures ?

Comité d'organisation de la PAW – L'un de nos objectifs principaux est de consolider les relations que nous avons bâties avec des institutions publiques. En 2025, nous aurons pour la première fois un partenariat avec la Cour de cassation et nous souhaiterions pouvoir dans le futur développer également des partenariats avec des institutions publiques européennes.

Nous souhaitons également pérenniser des événements que le comité d'organisation a mis en place pour la première fois lors de l'édition 2024, tels que celui dédié au développement durable ou encore celui consacré aux juristes d'entreprise.

L'objectif est d'être perpétuellement innovants, d'inclure toujours davantage d'acteurs issus d'horizons divers, et de proposer chaque année un événement de référence au cours duquel la communauté internationale aura l'opportunité de se réunir à Paris pour se rencontrer, débattre, échanger au cœur de la ville des lumières.

* * *

Entretien avec un intervenant régulier de la *Paris Arbitration Week*

Charles Jarrosson

RDA – Quelle est la place de la ville de Paris parmi les principales places d'arbitrage à l'échelle internationale ?

Charles Jarrosson – La *PAW* participe à ce que la place de Paris reste l'une des principales places d'arbitrage international à l'échelle mondiale. Pour les arbitrages qui se sont tenus sous l'égide de la CCI en 2023, Paris reste le siège le plus souvent choisi, devant l'Angleterre et la Suisse¹.

Cela s'explique principalement par deux facteurs. D'une part, Paris est réputée comme une place d'arbitrage très ancienne, qui compte de nombreux spécialistes de l'arbitrage. La place de Paris bénéficie aussi du fait que la CCI a son siège mondial à Paris. D'autre part, la seconde raison est que, souvent les clauses compromissoires ne sont pas rédigées de manière très précise, et il arrive que les parties inscrivent dans la clause compromissoire qu'en cas de litige, l'affaire sera soumise à « l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris ». Le fait d'écrire « de Paris » pourra être interprété comme étant « à Paris ». En conséquence, si le plus souvent, Paris constitue le choix réel des parties, l'arbitrage pourra s'effectuer également à Paris lorsque la clause est ambiguë et qu'elle contient le nom de Paris.

La tendance générale actuellement à l'œuvre dans l'arbitrage international est une certaine dissémination des lieux et des centres d'arbitrage. Pendant longtemps, les procédures arbitrales étaient concentrées dans seulement quelques villes, notamment Paris, Londres, Genève, Zurich et New York. Désormais, d'autres places d'arbitrage ont émergé, telles que Singapour, Hong Kong ou São Paulo.

RDA – Quel rôle joue, selon vous, la *PAW* afin de mettre en avant les qualités de Paris en tant que place d'arbitrage ?

Charles Jarrosson – La *PAW* contribue à montrer que Paris est une place d'arbitrage utile et très bien organisée. La *PAW* s'inscrit dans une démarche de promotion du droit français de l'arbitrage, qui est un droit sophistiqué et favorable à l'arbitrage. Cette démarche est aussi menée par d'autres associations comme Paris Place d'Arbitrage ou le Comité Français de l'Arbitrage notamment à travers la publication chaque trimestre d'un nouveau numéro de la *Revue de l'Arbitrage*. Outre la mise en avant de la qualité du droit français de l'arbitrage, la *PAW* montre aussi, qu'à Paris, on peut facilement organiser des arbitrages du fait qu'il y a des centres d'arbitrage avec des salles spécifiquement conçues pour accueillir des procédures arbitrales. Ce sont des aspects importants car, quand les parties choisissent le lieu de l'arbitrage, elles veulent avoir l'assurance que, au point de vue de l'organisation matérielle, la procédure arbitrale pourra se dérouler dans de bonnes conditions.

À titre de précision, une distinction doit être faite entre Paris, siège de l'arbitrage, et Paris, lieu de l'arbitrage. Le siège s'apparente au rattachement juridique de l'arbitrage à travers une loi nationale qui est favorable à l'arbitrage. La sophistication du droit français de l'arbitrage joue ainsi un rôle manifeste pour que Paris soit fréquemment choisie comme siège de l'arbitrage. Le siège doit être dissocié du lieu de l'arbitrage qui désigne quant à lui la ville dans laquelle se tiendra matériellement la procédure arbitrale. Paris est tout à la fois un lieu très commode pour les arbitrages, mais aussi un siège adapté. Il

1. En 2023, pour les arbitrages CCI, les sièges d'arbitrage les plus populaires étaient la France (99 affaires), devant le Royaume-Uni (85 affaires) et la Suisse (79 affaires) : statistiques issues d'un rapport de la CCI : *ICC Dispute Resolution Statistics: 2023*, 24 juin 2024, p. 11 : https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2024/06/2023-Statistics_ICC_Dispute-Resolution_991.pdf (consulté le 11 décembre 2024).

arrive que des sièges de procédure arbitrale soient fixés ailleurs qu'à Paris, mais que Paris puisse être choisie comme lieu de l'arbitrage.

Le choix de Paris comme siège et lieu de l'arbitrage, ce qui est promu par la *PAW*, aura d'importantes retombées positives sur un plan économique pour les praticiens de l'arbitrage basés à Paris, que ce soient pour les avocats ou les arbitres exerçant à Paris, mais aussi pour d'autres corps de métier qui vont participer aux procédures arbitrales tels que les interprètes ou les sténographes.

RDA – Vous êtes universitaire et arbitre. Les universitaires sont-ils sollicités pour intervenir lors des événements de la PAW ?

Charles Jarrosson – La *PAW* amène la communauté internationale de l'arbitrage à se rassembler à Paris chaque année durant une semaine. De très nombreux événements sont organisés qui permettent aux praticiens de l'arbitrage international de se rencontrer et d'échanger. J'ai été à plusieurs reprises invité à intervenir lors de conférences organisées lors de la *PAW* car les professeurs de droit sont régulièrement sollicités pour participer à ces événements. Certaines de ces conférences ont une visée plutôt scientifique, d'autres ont une dimension plus pratique qui est davantage tournée vers les clients des cabinets d'avocats. Souvent, les cabinets d'avocats organisent des événements qui mettent en lumière l'un de leurs domaines de spécialité.

RDA – À la suite de vos interventions à des événements de la PAW, avez-vous pu observer des répercussions positives sur votre activité professionnelle en tant qu'arbitre ?

Charles Jarrosson – On ne sait jamais très bien comment les arbitrages arrivent. On ne sait pas si c'est parce que les gens qui vous ont désigné comme arbitre ont vu votre nom dans des articles ou parce qu'ils vous ont rencontré lors de manifestations professionnelles comme la *PAW*.

Concernant les profils des arbitres, une évolution peut être notée entre le moment où j'ai commencé à m'intéresser à l'arbitrage, il y a déjà quelques dizaines d'années, et aujourd'hui. Avant, les arbitres et le monde de l'arbitrage étaient très européens. Les arbitres étaient beaucoup d'anciens hauts magistrats, des professeurs de droit d'un âge canonique et seulement quelques avocats. Progressivement, ce sont les avocats qui ont pris la main sur l'organisation de l'arbitrage international, avec l'arrivée à Paris de nombreux cabinets internationaux. Aujourd'hui, les arbitres sont très majoritairement des avocats d'affaires et la place des universitaires dans les nominations en tant qu'arbitres est numériquement beaucoup moins importante qu'autrefois.

RDA – Diriez-vous que l'on assiste actuellement à une professionnalisation de la fonction d'arbitre ?

Charles Jarrosson – Un autre phénomène qui est relativement récent est qu'il y a maintenant à Paris de plus en plus de cabinets que l'on peut qualifier de « boutiques d'arbitrage ». Ce sont des cabinets indépendants de taille petite ou moyenne qui ont été fondés par des avocats qui étaient auparavant associés dans de grandes structures. La création de ces boutiques vise à leur permettre de se concentrer essentiellement voire exclusivement sur leurs activités en tant qu'arbitres, et non plus en tant que conseils de parties à des procédures arbitrales, mais aussi à éviter les conflits d'intérêts qui peuvent être fréquents dans des cabinets d'avocats de dimension mondiale et qui obligent les avocats à devoir refuser d'intervenir dans des dossiers. Avec les boutiques, il y a désormais beaucoup plus d'arbitres potentiels à Paris qu'il n'y en avait il y a une vingtaine d'années et on peut donc, en effet, affirmer qu'il y a une nette professionnalisation de la fonction d'arbitre.

Variétés autour du droit

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

L'Association du Collège de droit et de l'École de droit a organisé au printemps 2024 la quatrième édition de son concours d'articles. Le principe en est le suivant : sur un thème défini par l'Association, chaque article est rédigé par deux étudiants, l'un du Collège de droit, l'autre de l'École de droit – si possible. Les articles sont soumis à l'appréciation d'un jury qui était composé en 2024 des Professeurs Thomas Genicon et Marie Caffin-Moi. Le Prix du meilleur article est remis à l'occasion de la finale du concours de Plaidoyers du Collège de droit au mois de juin. Les heureux gagnants se voient remettre des ouvrages par les éditions Lextenso. Le thème choisi pour cette troisième édition était « Le droit souple ». L'article qui a été distingué par le jury est reproduit ci-dessous.

Cécile Pérès
Directrice du Collège de droit

Le droit souple à la conquête de la norme de droit

Victor Andrieux et Bertrand de Charette
Étudiants au Collège de droit de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

En son temps, le doyen Carbonnier évoquait déjà le grand dilemme juridique, « le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »¹. À l'heure où les phénomènes sociaux et juridiques ne font que se multiplier, cette observation est de toute actualité, notamment à l'évocation du droit souple.

Classiquement les lexiques juridiques définissent le Droit, au sens objectif, comme un ensemble de règles visant à organiser la conduite de l'homme en société et dont le respect est assuré par la puissance publique. Le droit, au sens

subjectif, est, lui, défini comme une prérogative individuelle consacrée par le Droit objectif, permettant à son titulaire d'obtenir quelque chose d'autrui². Cette définition renvoie ici à la figure dite du droit dur généralement définie comme un droit imposé, vertical, qui est rendu obligatoire et sanctionné par la puissance étatique.

A *contrario* de celui-ci, est classiquement opposée la figure dite du droit souple, originellement dégagée durant l'après-guerre sous l'appellation de *soft law* et qui renvoyait à toutes les résolutions et déclarations internationales prises

1. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 8.

2. S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques 2023-2024*, Dalloz, coll. « Lexiques », 2023, p. 401.

mais qui n'avaient aucune force obligatoire auprès des États, contrairement à la figure traditionnelle du *jus cogens* en droit international. Le professeur Thibierge en définissait les attributs en avançant que le droit souple serait composé d'un droit flou, d'un droit doux et d'un droit mou. Le premier de ces termes renverrait à la « teneur » de la règle qui serait « imprécise, indéterminée » et les deux autres à la « vigueur » de celui-ci, droit doux pour l'absence de force obligatoire et droit mou pour l'absence de force contraignante³.

Mais bien que traditionnellement opposées, ces deux figures sont aujourd'hui appliquées au sein de l'ordre juridictionnel interne sans considération d'une binarité, dans le contexte d'une récente banalisation de la règle. La norme est plus ou moins souple ou rigide, et elle en joue. Le droit souple peut ainsi désigner une norme bien plus dure que la conception d'origine ne le laisse entendre, nous pensons ici aux avis de l'Autorité des marchés financiers qui bien que n'étant pas contraignants, sont rigoureusement suivis au risque de conséquences économiques désastreuses⁴. Il en va de même pour le droit dur qui peut se révéler bien plus souple qu'il n'y paraît notamment avec les règles supplétives de volonté ou encore des mécanismes laissant grande place à l'autonomie des parties comme le mécanisme de la renonciation.

Cette conception de règle en balance entre rigidité et souplesse est essentielle pour une société en mutation dans laquelle l'État n'est plus le seul acteur créateur de normes. La rigidité des procédures, point d'orgue d'une règle obligatoire et contraignante, se pose en opposition à la maniabilité du droit souple qui permet à ces acteurs une adaptabilité rapide dans un monde en constante évolution. Ainsi, une circulaire ministérielle permet d'unifier la position de l'Administration sur un point d'actualité, ou de modifier une disposition d'un code de conduite privé très simplement.

Dès lors, bien que le droit souple ne présente pas les caractères traditionnellement associés à la

règle de droit, celui-ci trouve une importance de plus en plus marquante dans les phénomènes de société.

Si bien que le droit souple doit aujourd'hui être étudié comme une source du Droit à part entière (I), mais une source dont la souplesse représente à la fois une force et une faiblesse (II).

I. Le droit souple, une source du Droit à part entière

Le droit souple est une source du Droit à part entière, mais il est lui-même composé d'une multitude de sources (A). C'est aussi un droit qui se caractérise par une réception reposant sur la volonté de ses acteurs *a contrario* du droit dur qu'il compose pourtant (B).

A. Un droit de sources pléthoriques

Traditionnellement la doctrine tend à exclure la *soft law* de la catégorie des sources du droit. Toutefois cette conception est en pleine évolution, et certains auteurs proposent désormais de considérer comme sources du droit les actes qui possèdent des effets de droit : « l'effet juridique se déploie, au contentieux ou en dehors du contentieux par son aptitude à agir sur les pratiques et sur les prétoires »⁵. Une telle définition tend bien évidemment à démultiplier les actes considérés comme de droit souple. Tel est le propos de Pascale Deumier lorsqu'elle avance à propos de la *soft law* que « la notion est une bannière sous laquelle il est possible de ranger toutes les nouvelles manifestations qui, pour ne pas rentrer dans les cadres plus ou moins bien tracés des sources formelles, tombent par défaut dans la très accueillante catégorie du droit souple : la notion s'approche d'abord en négatif, le droit souple étant ce qui n'est pas du droit dur sans pour autant tomber dans un néant juridique. La notion cherche ainsi à sortir de l'alternative binaire entre le droit et le non-droit, à constituer une forme d'entre deux entre la règle obligatoire et l'absence de juridicité ».⁶

3. C. Thibierge, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 610.

4. T. Saupin, « La doctrine de l'Autorité des marchés financiers, source du droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2024/2, p. 71.

5. S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, *Economica*, 2012, n° 164 et s., p. 139 et s.; v. égal., M. Larouer, *Les codes de conduites, sources du droit*, Dalloz, coll. « NBT », 2018, préf. P. Deumier, n° 186 et s., p. 275 et s.

6. P. Deumier, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », in *Étude annuelle du Conseil d'État : le droit souple*, La documentation française, 2013, spéc. p. 248.

Ainsi, ces affirmations nous montrent toute l'étendue de ce que peut représenter le droit souple. Tout d'abord étudiée sous l'angle du droit international, la *soft law* regroupait tous les avis et recommandations émis par des institutions internationales à l'égard des États, vision toujours d'actualité en particulier au sein de l'Union européenne⁷. Mais cette utilisation de l'avis et de la recommandation⁸ ne s'est pas cantonnée au seul droit international objet de sa genèse. Ce mode de normativité est aujourd'hui utilisé par l'Administration et est devenu l'outil favorisé des personnes morales de droit privé, en particulier des entreprises.

Ainsi le juge administratif, d'abord réticent à l'adoption du droit souple qu'il nommait « droit mou »⁹, s'est progressivement conformé à l'évolution que représente le droit souple en lui consacrant son étude annuelle éponyme de 2013. Cette importance se caractérise également par l'ouverture de son prétoire particulièrement par une récente décision *GISTI* de 2020 par laquelle le Conseil d'État uniformise l'ouverture du recours pour excès de pouvoir des actes de droit souple de l'Administration en considérant que « les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables¹⁰ sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre »¹¹.

Pour autant, le droit privé n'en reste pas moins influencé, bien que la notion de *soft law* ait tout d'abord été l'apanage du droit international public puis acceptée en droit public interne. Le droit privé en est insidieusement contaminé par les acteurs qui le composent et par l'influence que peuvent avoir les différents organes de l'Ad-

ministration. Le Conseil d'État soulevait déjà ce point dans son rapport de 2013 en avançant que la vie des entreprises semble être « le domaine d'élection du droit souple »¹². Ceci est observable par l'essor dans le monde des affaires des codes de conduites privés tels que le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF¹³, l'un des plus importants, ou bien encore les règlements intérieurs. Dans ces cas-ci la mesure de droit souple est voulue par l'entreprise elle-même ou un organisme auquel elle adhère. Cependant, le droit souple peut être d'une importance capitale dans la gestion de l'entreprise quand bien même il proviendrait d'un organe extérieur en particulier administratif. Ainsi de « la doctrine de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Alors que l'AMF est une autorité de régulation des marchés financiers, elle crée *via* ses positions, instructions, recommandations, de nouvelles règles de droit des sociétés »¹⁴.

Si le droit souple peut-être issu de la volonté d'organes d'horizons très divers, sa réception se fait elle aussi de différentes manières.

B. Un droit de réception volontariste

Le droit classiquement entendu, le droit dur, repose comme nous l'avons évoqué sur ses caractères contraignants et obligatoires. Dès lors, la question de sa réception n'est en rien problématique par rapport à la volonté de l'individu puisque celui-ci y est soumis obligatoirement.

Mais qu'en est-il de la règle de droit souple qui, par sa définition, ne présente pas de caractère obligatoire ? Cette interrogation fut soulevée par notre professeure et directrice de formation Cécile Pérès qui mit en tension une approche négative et positive de la réception du droit souple par ses destinataires¹⁵.

En effet, le droit souple, en raison de ses caractéristiques, est soumis à une réception que l'on pourrait qualifier de volontariste, c'est-à-dire

7. TFUE, art. 288. (TCE, art. 249).

8. V. Th. Revet (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, not. les contributions de F. Zenati et Ph. Jestaz.

9. Conseil d'État, *Étude annuelle du Conseil d'État : Internet et les réseaux numériques*, 1997, spéc. p. 32-34.

10. CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Soc. Fairvesta international GMBH*, et n° 390023, *Soc. NC Numericable*, *GAJA*, n° 113 ; *RFDA* 2016, p. 497, concl. S. von Coester ; *RFDA* 2016, p. 506, concl. V. Daumas.

11. CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.

12. Conseil d'État, *Étude annuelle du Conseil d'État : le droit souple*, La documentation française, 2013, p. 40.

13. AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées en bourse*, 2022.

14. T. Saupin, « La doctrine de l'Autorité des marchés financiers, source du droit des sociétés », préc.

15. C. Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », in *Le droit souple*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 93.

soumise à la bonne volonté du destinataire. Ainsi, dans la vision positive de la réception de ce droit, aucun réel problème ne nous anime. Le destinataire accepte la règle parce qu'elle lui convient, qu'elle est édictée par un organe auquel il adhère ou même encore parce que l'individu, l'entreprise ont été associés à l'élaboration de cette règle souple. Grâce à son acceptation, la règle originellement souple, donc non obligatoire et contraignante, va obtenir les caractères inverses, ce particulièrement par l'outil contractuel. Ainsi l'on comprend la force obligatoire des principes Unidroit n'ayant qu'une valeur pourtant doctrinale.

A contrario de cela va se poser le problème du refus de réception, le caractère du droit souple ne permettant en rien d'obliger son acceptation dans l'ordre juridique. Il perdrait dès lors tout son sens et toute son efficacité, les comportements humains étant influencés par la contrainte, punition ou récompense que peut apporter la règle de droit traditionnelle. Cependant, le droit souple révèle parfois son caractère obligatoire indirectement à travers l'importance de l'avis ou de la recommandation édicté, ou bien par la possibilité de conséquences désastreuses pour la personne visée. Ainsi, la violation de certains actes de droit souple peut être rendus publics sur décisions ministérielles¹⁶, tel qu'observé récemment lors des campagnes de la DGCCRF¹⁷ menées à l'encontre d'influenceurs ne respectant pas leurs obligations quant aux contenus sponsorisés et aux contenus interdits de publicité¹⁸.

Dès lors, l'on observe toute la beauté et la limite de la *soft law* qui dans sa souplesse voit à la fois sa force et sa faiblesse.

II. Le droit souple, une souplesse à la fois force et faiblesse

Si le droit souple s'étend autant dans la conception actuelle du droit, c'est par l'efficacité que lui assure sa lâcheté. La souplesse de la règle apparaît comme le gage de son efficacité (A). Cependant, c'est cette souplesse qui constitue sa limite, questionne sa place dans le droit et son efficacité (B).

A. La souplesse de la règle comme gage de son efficacité

Le droit souple se caractérise non pas par des règles de droit mais par des avis ou recommandations. Cette forme non sanctionnée et non obligatoire a de nombreux avantages dans une société en constante évolution.

Premièrement, la règle permet une adaptation rapide dans une société d'instantanéité. Les pouvoirs publics ne pouvant plus tout régir doivent s'adapter en assouplissant leurs normes. Les Autorités administratives indépendantes sont un bon exemple : ces institutions disposent d'une grande indépendance qui leur assure la confiance des acteurs de leur domaine. Leurs avis sont très suivis car elles sont performantes¹⁹ et ne pas les suivre n'est pas judicieux. Elles sont caractérisées par la compétence des divers agents, un large pouvoir d'investigation et la connaissance du terrain. Par exemple, la Commission des clauses abusives est composée de magistrats mais aussi d'universitaires et de représentants de professionnels et de consommateurs²⁰. Le pouvoir d'investigation est lui aussi conséquent : la HALDE²¹ – désormais remplacée par le Défenseur des droits²² – pouvait par exemple demander des

16. Selon la pratique anglo-saxonne du *name and shame*, reposant sur l'idée qu'une atteinte à la réputation est parfois plus efficace qu'une action coercitive.

17. Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

18. A. Vuchot, « Influenceurs : des sanctions plus nombreuses et plus efficaces », *Point de vue Bird&Bird*, <https://www.twobirds.com/fr/insights/2023/france/influenceurs-des-sanctions-plus-nombreuses-et-plus-efficaces>.

19. A.-S. Barthez, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple*, op. cit., p. 59.

20. <https://www.clauses-abusives.fr/>

21. Haute autorité contre la discrimination et pour l'égalité.

22. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

informations qu'elle estime utiles à toute personne si elle suspecte un harcèlement²³.

De plus, le droit souple permet de faire passer un message quasi-immédiatement, hors du formalisme procédural juridique traditionnel. L'idée de souplesse s'associe donc à l'idée de fluidité²⁴, cette fluidité qui permet une meilleure coordination des acteurs par des règles adaptables. Le meilleur exemple est l'AFNOR²⁵ qui prône ses règles favorisant l'interopérabilité des entreprises et la comparabilité des produits et services du marché.

Ce phénomène s'observe aussi en droit communautaire, et le droit souple est mentionné jusque dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, dont l'article 288 prévoit que les institutions européennes peuvent adopter, aux côtés des décisions à caractère contraignant, des avis et recommandations non contraignants. La Commission Européenne utilise beaucoup cet outil. Il lui permet une adaptation très rapide comme en témoigne par exemple l'adoption en quelques semaines de communications spécifiques à la crise du Covid-19 en matière d'aides d'État et de politique de concurrence²⁶.

Le droit souple est également un exemple de conciliation, car il assouplit la procédure d'élaboration du droit dur permettant de former un trait d'union entre les acteurs. Cette nouvelle forme du droit permet une collaboration des acteurs publics, coopération nécessaire des pouvoirs dans un régime parlementaire comme la France. Ce constat se fait particulièrement par la fixation d'objectifs par le Conseil constitutionnel permettant d'aiguiller le législateur dans la création de la norme. Par exemple, dans sa décision du 16 décembre 1999²⁷, celui-ci énonce des objectifs à valeur constitutionnelle « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».

Cette conciliation passe aussi par un assouplissement de la procédure normative qui permet un dialogue entre acteurs publics et privés. Les

créateurs de normes interrogent toutes les parties prenantes dans cette optique d'assouplissement car c'est le seul moyen pour eux de s'assurer que leurs conseils seront suivis. Les lois par exemple ne sont pas forcément verticales, et font l'objet d'un dialogue « social », elles deviennent une forme de « lois négociées »²⁸. La loi Larcher du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social engage le gouvernement à se concerter avec les partenaires sociaux pour tout projet de loi concernant le travail.

Enfin, cette conciliation permet une acceptation : c'est le cas par exemple des AAI dont la consultation des parties prenantes est telle qu'elle devient presque une autorégulation par les parties prenantes de tel ou tel secteur.

Cependant, si la souplesse a de nombreux avantages, elle demeure le problème au cœur de ce qui est appelé le droit souple : sans obligation est-ce vraiment du droit ?

B. Les limites de la souplesse

Le droit souple a pour inconvénient de n'avoir pas de force contraignante ce qui pose déjà un problème théorique : le droit étant un « ensemble de règles socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société »²⁹. Comment dès lors parler d'un droit sans sanction, sans même force obligatoire ?

D'ailleurs, on peut difficilement imaginer l'assouplissement de certaines matières comme le droit pénal, qui par essence fixe les comportements contraires à la loi. Comme disait avec humour un rapport du Conseil d'État de 1991, « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite », affirmant ainsi la nécessité de conserver la loi ferme. La loi dure ne doit pas être amollie comme l'affirme Jean-Éric Schoettl³⁰.

Il faut cependant reconnaître à la *soft law* une réelle place dans le droit, et tout en reconnaissant le positif de son action de flexibilisation du

23. J.-L. Rongé, « Discriminations : le Rapport de la HALDE », *Journal du droit des jeunes* 2007/266, p. 25.

24. N. Emeric, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2017/2, vol. 79, p. 5.

25. Association française de normalisation.

26. F.C. Laprevote, « La *Soft Law* dans l'Union européenne, l'exemple de la politique de la concurrence », *L'ENA hors les murs* 2021/2, p. 37.

27. Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

28. Y. Leroy, « Accord national interprofessionnel : de la loi négociée à la loi contestée », *Civitas Europa* 2014/2, p. 71.

29. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., PUF, 2024, v° « Droit ».

30. J.-E. Schoettl, « Droit souple et droit dur : gare à la confusion des genres », *L'ENA hors les murs* 2021/2, p. 15.

droit, voir aussi les dangers de ce processus dans la vision sociétale du droit.

De plus, plusieurs dérives peuvent suivre la mise en place d'un droit souple. Ses avantages de collaboration des pouvoirs, de participation des acteurs sociaux et de négociations peuvent servir à diluer la responsabilité³¹. En effet, celui-ci peut être instrumentalisé pour échapper à la prise de décision. Le meilleur exemple de ce détournement est celui du code de bonne conduite, un code privé désignant au sens large un système auquel on se réfère, assorti d'une certaine obligatorité se situant sur un plan moral³². Le côté obligatoire n'est donc soumis à aucune sanction juridique, seulement morale, et certains acteurs (notamment des entreprises) ont pu en rédiger un pour échapper à toute réglementation en offrant aux pouvoirs publics des garanties pouvant parfois sembler assez fragiles.

Un autre problème serait alors celui lié à la délégation de la création de la norme. La participation de toutes les parties prenantes facilite

l'intervention à tous les niveaux de groupes d'influences qui peuvent imposer leurs avis en toute discrétion. Ces corporations sont en dehors de toute légitimité de création de la norme, et ce processus pose un problème éthique dans un État de droit, car des individus n'ayant pas reçu de délégation de souveraineté par le vote seraient représentés de manière inégalitaire. Le professeur L. Josserand parlait alors d'un risque de mise en place d'un « droit de classe »³³.

Ainsi, la souplesse du droit présente aussi des inconvénients, tant théoriques que révélés par la pratique. L'enjeu est donc d'accompagner un mouvement d'assouplissement bénéfique au dialogue social et adapté à la société moderne, tout en assurant des garanties contre les éventuels abus.

Entre force et faiblesse, le droit souple, bien qu'un outil récent, est aujourd'hui devenu incontournable dans l'ordre juridique et ne demande qu'à continuer son expansion au profit d'un nouveau mode de normativité.

31. M. Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, op. cit., p. 1.

32. C. Jubault « Les codes de conduite privés », in *Le droit souple*, op. cit., p. 27.

33. L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *RTD civ.* 1937, p. 1.

Variétés autour du droit

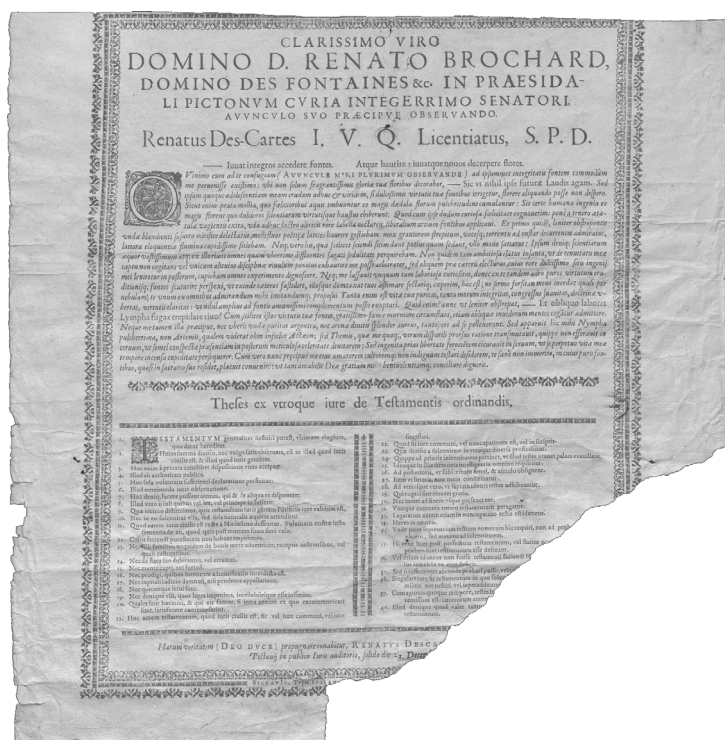
Descartes et ses thèses en droit : portrait du jeune philosophe en juriste

Alban Guymarc'h

Doctorant à l'Université Paris-Panthéon-Assas
Chercheur-doctorant au Collège de France

« *Quod vitae sectabor iter ?* »¹

« Descartes est rarement là où on l'attend »²



Avis de soutenance de René Descartes (1616)

Archives départementales des Deux-Sèvres et de la Vienne.

1. « Quel chemin emprunterais-je en cette vie ? ». V. *infra* pour l'explication.
2. L. Devillairs, *René Descartes*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, p. 3.

Octobre, novembre et décembre : les soutenances de thèse(s) ont leur saison, il semblerait que ce soit l'automne. Il en allait sans doute déjà de même en 1616 quand, à l'Université de Poitiers, un jeune homme qui n'était pas encore le cogitant du *cogito* voyait l'annonce de sa soutenance placardée en ville – des thèses portant sur les testaments dans les deux droits, civil et canon – ladite soutenance étant prévue pour le 21 décembre de la même année. L'impétrant n'était autre qu'un certain René Descartes, qui achevait par là sa (courte) formation juridique. Car c'est un fait peu connu, et du reste redécouvert assez tardivement, mais le philosophe fut bel et bien juriste, quoique très brièvement. Formé en l'Université de Poitiers aux deux droits, il y a obtenu avec les éloges le baccalauréat et la licence dans ces matières ; l'obtention de la licence était alors suivie d'une soutenance publique de thèses (au pluriel).

La redécouverte de ce Descartes juriste, en 1981, est déjà une histoire à part entière. Tandis qu'il assurait la réfection de l'encadrement d'une gravure au Musée Sainte-Croix de Poitiers, un conservateur fit la découverte fortuite de l'avis de soutenance en latin d'un certain *Renatus Des-cartes* collé parmi d'autres papiers au dos de ladite gravure, et ce afin de la consolider³. Pour le décrire sommairement, on peut dire que le document redécouvert consiste en un carré d'une quarantaine de centimètres de côté, divisé en trois parties : l'annonce générale de la soutenance, une dédicace appuyée du philosophe à son oncle et enfin la liste des quarante propositions qui seront présentées lors de sa soutenance. De cette liste toutefois, les dernières propositions sont incomplètes : la réutilisation du document l'a mutilé et s'il est certes en bon état du haut de ces quatre cents ans, son coin inférieur droit manque cependant. Ce défaut de

conservation n'a amoindrit que légèrement sa valeur. Cette dernière réside d'abord dans sa rareté. Ces « placards n'étaient pas conservés, ils étaient jetés ou réutilisés à d'autres fins (ici pour renforcer des gravures, ailleurs peut-être pour allumer un feu...) », d'ailleurs « ni le papier ni l'impression ni la décoration ne [faisaient] l'objet d'un soin particulier »⁴. Soigneusement retiré du dos de la gravure, le document a rejoint les collections des Archives départementales de la Vienne. Après une première publication et traduction du latin vers le français, l'avis de soutenance fut commenté pour la première fois dans les pages de la Nouvelle de la République des Lettres en 1986⁵. Il semblerait que ce soit là l'un des seuls amples commentaires de cet avis de soutenance, tout comme il apparaît, de toute façon, que ce dernier soit resté relativement peu connu des études cartésiennes⁶. Aussi est-ce une heureuse initiative des concepteurs de la nouvelle édition des *Œuvres* cartésiennes à la Pléiade d'avoir inclus l'avis de soutenance dans leur sommaire, à la fin du premier tome⁷.

Pour le juriste, l'étude cet avis de soutenance présente un triple intérêt. Historique, d'abord, car les quarante propositions du jeune Descartes témoignent de l'état du droit testamentaire au début du *xvii*^e siècle, antérieurement donc à l'Ordonnance de 1735 sur la forme des testaments⁸. Mais cet aspect du document dépasse de loin le cadre du présent article, qui n'a pas l'ambition de proposer une histoire du droit civil des libéralités⁹. Nous laissons à nos collègues civilistes le soin d'entreprendre depuis Descartes une telle étude. Car nous préférons attirer l'attention du lecteur de la *Revue* sur deux autres points d'intérêt. Le premier réside dans la dédicace appuyée du philosophe à son oncle, mêlant considérations biographiques et éléments d'une philosophie précoce, où le droit trouve une modeste

3. Une histoire dont font état les premiers à avoir commenté longuement le document : v. J.-R. Armogathe, V. Carraud et R. Feenstra, « La licence en droit de Descartes : un placard inédit de 1616 », *Nouvelles de la République des Lettres* 1988, n° 2, p. 122.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. Quand dans ces dernières les années poitevines de formation du philosophe aux deux droits sont mentionnées.

7. R. Descartes, *Œuvres : Tome I*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2024, p. 1135-1138. Notice et notes par J.-M. Beysade et M. Beyssade, p. 1552-1555.

8. V. M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, Imprimerie La Mouette, coll. « Doctorat et Notariat », 2000, p. 30.

9. Le document pourrait également mobiliser l'historien de l'enseignement du droit, en ce qu'il est l'un des rares avis de soutenance conservés pour sa période. V. quelques développements sur le sujet, ainsi qu'une explication brève du rôle de la soutenance des thèses de licence à l'époque de Descartes in J.-R. Armogathe, V. Carraud et R. Feenstra, « La licence en droit de Descartes : un placard inédit de 1616 », *préc.*

place. Le second offre l'occasion de revenir sur l'influence de l'édifice cartésien pour la pensée juridique; en particulier dans la conception qu'en ont retenue deux auteurs, Christian Atias et Michel Villey.

C'est un jeune homme d'une vingtaine d'années¹⁰ qui soutient ses thèses de licence en ce jour de décembre 1616. Voilà deux années déjà que René Descartes avait quitté le Collège de la Flèche en 1614 pour passer une année entre Paris et Saint-Germain-en-Laye – année qu'un de ses biographes qualifie d'année mystérieuse¹¹, car peu de sources permettent d'étayer ce à quoi le philosophe s'était adonné entre l'été 1614 et l'automne 1615. Toujours est-il qu'à partir de cette dernière date René Descartes fut formé au droit à l'Université de Poitiers. En une année, il obtint son baccalauréat, puis en novembre 1616 sa licence dans les deux droits; licence pour laquelle était prévue une soutenance publique de thèses¹²; quand bien même cette cérémonie n'ajoutait rien au grade de licencié en droit¹³.

Le philosophe, jeune « bourgeois gentil-homme »¹⁴, se trouve alors à la croisée des chemins. Et s'il s'adonne une année durant à l'obtention de diplômes de droit, c'est en grande partie par atavisme familial, lui qui est né dans une famille de robins. Le père de Descartes fut conseiller puis doyen de la Grande chambre du Parlement de Bretagne, son frère aîné conseiller au même parlement, et son oncle et parrain, René Brochard fut maire de Poitiers, député aux états généraux de 1614 et conseiller du roi au présidial de Poitiers. Les charges ayant alors un caractère patrimonial, le jeune René Descartes pouvait voir un avenir possible dans les carrières juridiques. « Ce tableau familial montre la straté-

gie d'une dynastie de robe; il n'y a rien d'étonnant si après son père et son frère Pierre, René est inscrit à la faculté de Droit de Poitiers, le 21 mai 1616. Il est normal aussi qu'au terme légal des études, après avoir passé l'examen, ce jeune notable de vingt ans fasse une soutenance publique, coûteuse et conviviale. L'oncle Brochard a dû en assumer les frais : ce neveu ne devait-il pas lui succéder ? »¹⁵

C'est donc à cet oncle « *hautement vénéré* »¹⁶ que Descartes offre sa soutenance dans une dédicace d'une longueur inhabituelle. On y retrouve la plume acquise par plusieurs années de « rhétorique dont on conserve ici l'influence dans son excès même »¹⁷. Le philosophe y dessine en images son parcours dans le paysage des savoirs; s'adonnant à une autobiographie intellectuelle qui trouvera un écho, quelques décennies plus tard, dans un autre récit à la première personne d'un cheminement scientifique, celui que Descartes tiendra dans son célèbre *Discours de la Méthode*. Le philosophe entame sa dédicace au moment de la petite enfance : « *peu après la tendre sortie du tout petit âge où l'on vagit, j'ai appliqué mes lèvres humides encore de la rosée lactée de ma nourrice aux sources, douces comme le nectar, des arts libéraux* ». Sa soif n'étant étanchée ni par « *les flots délicieux de la poésie* », ni par « *les fleuves plus amples de l'éloquence* », Descartes nous dit s'en aller « [parcourir] *enfin, avec une sagacité assidue, la très vaste étendue des sciences et toutes les rivières qui en telle abondance y prennent leur cours* ». Mais il reconnaît presque immédiatement que la limite de ses propres capacités doit le mener à une spécialisation, au choix d'une rivière, sinon d'un ruisseau des cours de la

10. Il est né en 1596. Poésie des lieux, Descartes est né à Descartes – un village qui s'appelait hier encore la Haye-en-Touraine, avant d'être rebaptisée la Haye-Descartes à la Révolution pour se renommer Descartes-tout court en 1967. Il existe d'ailleurs une Rue René Descartes à Descartes : elle est parallèle à la Creuse, et on y trouve (assez logiquement) le Caviste *Cogito*, l'Hôtel *Moderne*, un lunettier (rappelons que le philosophe était fêru d'optique) et un musée cartésien.

11. S. Gaukroger, *Descartes: an intellectual biography*, Clarendon Press, 1998, p. 62 et s.

12. J.-R. Armogathe, V. Carraud et R. Feenstra, « La licence en droit de Descartes : un placard inédit de 1616 », préc.

13. G. Rodis-Lewis, *Descartes : biographie*, CNRS éditions, 2010, p. 43.

14. S. Gaukroger, *Descartes: an intellectual biography*, op. cit.

15. J.-R. Armogathe, V. Carraud et R. Feenstra, « La licence en droit de Descartes : un placard inédit de 1616 », préc. Ce que tempère une biographie du philosophe : « les frais de la cérémonie devaient être assurés par René Brochard. Lui-même n'avait pas d'enfants. Il conserva sa charge de "conseiller du roi au présidial de Poitiers" jusqu'en 1621 : il n'était donc pas question d'une succession immédiate; et, quand elle se présenta, le filleul avait déjà pris le large et la charge fut vendue » (G. Rodis-Lewis, *Descartes : biographie*, op. cit., p. 43).

16. Pour ce paragraphe les citations en italique sont issues de l'avis de soutenance, tel que traduit à la Pléiade (v. note 7).

17. G. Rodis-Lewis, *Descartes : biographie*, op. cit., p. 42.

science. Et s'il faut donc emprunter une voie, le philosophe choisit de suivre celle de son oncle maternel :

« C'est ici que m'apparut une nymphe d'une grande beauté : non point Artémis, telle que l'avait vue jadis le malheureux Actéon, mais Thémis, qui m'a moi aussi transformé, mais d'une manière entièrement différente : elle n'a pas fait de moi un cerf pour qu'à l'avenir j'évite, craintif et rapide, la présence de celle qu'une fois j'aurais regardée, mais mon être d'abord naturellement libre et sauvage, elle l'a apprivoisé en serf, pour que durant tout le temps de ma vie je m'attache à elle d'un ardent désir. Et comme de vrai j'aspire maintenant par-dessus tout à ne pas me montrer indigne de l'aimer et de la servir, c'est à vous, de qui elle habite les sources pures comme en son sanctuaire, qu'il m'a paru vraiment juste de m'adresser, afin que vous daigniez me concilier la grâce et la bienveillance d'une si aimable déesse. »

Et sur ces mots s'achève la dédicace ; curieuse fin que celle-ci. À l'instar d'une de ses biographies, l'on peut s'interroger : « par ce flot de paroles débordantes, cherche-t-il à noyer son peu d'intérêt pour le droit ? »¹⁸. Après tout, ne dit-il pas qu'apprivoisant sa liberté, sa fougue naturelle, Thémis la déesse de la justice l'a transformé en serf ? Descartes ne semble pas avoir choisi le droit de son plein gré, mais plutôt sous la coupe paternelle, imposant le passage obligé par les études juridiques. C'est ce que semble indiquer par un détour poétique la citation d'un vers d'Horace, « Et que l'onde fugitive parvienne à s'écouler en un cours tortueux ». Pour reprendre encore la même biographie, « la mention de la liberté sauvage d'Artémis, totalement gratuite, trahit la nostalgie de celui qui se prépare, non sans peine, à devenir l'esclave de Thémis »¹⁹.

Bel ornement digne que cette dédicace²⁰, elle traduit une certaine fougue autant qu'une soif

de totalité dans la quête du savoir, mais elle manifeste peu d'intérêt pour le droit, ou alors un intérêt feint. Descartes abandonne bien vite Thémis pour se placer sous le patronage d'Artémis et se diriger vers d'autres chemins. En 1618, ayant atteint à vingt-et-un an sa majorité, le philosophe s'engage vers la voie militaire en partant servir le Prince de Nassau, dans la guerre qui opposait les Pays-Bas au Royaume d'Espagne. Par la même occasion, il émigrerait vers un pays centre de l'humanisme européen à partir des années 1570²¹. Dans les mois qui suivent son arrivée dans le plat-pays, Descartes fait une rencontre importante en la personne d'Isaac Beeckman, « de qui il a appris un modèle de philosophie naturelle qui a façonné toute sa réflexion ultérieure sur le sujet, et qui a finalement fait en sorte qu'il ne suive pas la carrière d'un juriste ou d'un soldat, mais qu'il se consacre plutôt à la philosophie naturelle »²².

Du droit, Descartes ne fera plus grand cas après son passage à l'Université de Poitiers. La philosophie juridique n'occupe qu'une place mineure dans son édifice philosophique. Mais si la pensée de Descartes a véritablement révolutionné la philosophie occidentale moderne, elle sut également déployer ses effets sur la pensée juridique elle-même, là où on l'attendait moins. Au « manque d'intérêt [de Descartes] pour le droit »²³ répond en effet un « cartésianisme des juristes »²⁴ qui se ressent à la fois dans l'influence de la pensée du philosophe sur les penseurs modernes du droit ; mais aussi, sinon surtout, dans les prolongements cartésiens au sein de la pensée juridique même. Cela étant particulièrement vrai sur deux plans : la méthode cartésienne d'une part ; la métaphysique du même auteur d'autre part. Dans la doctrine francophone, cette idée se retrouve particulièrement dans les écrits de deux philosophes du droit : Michel Villey et Christian Atias. Ce dernier ouvre même son excellent manuel de philosophie de droit par un chapitre entier dédié au philosophe, en s'interrogeant sur la façon dont il est possible

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. Fidèle aux goûts du public lettré du *xvii^e* siècle.

21. S. Gaukroger, *Descartes: an intellectual biography*, op. cit., p. 66.

22. *Ibid.*, p. 67.

23. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. « Quadrige », 2013, p. 502.

24. C. Atias, *Philosophie du droit*, 4^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2016, p. 45.

de « *Penser après Descartes ?* »²⁵. Pour l'auteur, il existe un :

« [C]artésianisme des juristes [qui] est une doctrine élémentaire; elle exige la détermination, par analyse, d'un point de départ de la connaissance et de la construction d'un objet soustrait au doute. Un mode de connaissance s'impose; il connaît et maîtrise son origine. Son point de départ n'est ni reçu, ni hérité, ni donné; il est choisi, postulé, posé. Il ne fait plus question. Le savoir juridique n'a pas tardé à se soumettre à ce cartésianisme-là. Il s'élabore sur le postulat que le droit se reconnaît à sa source, qu'il a une source. [...] L'hypothèse est que le droit peut être reconstruit *a posteriori*, en partant de sources déterminées prises comme points de départ incontestable; hors des produits de ces sources, point de droit ! »²⁶

On voit là l'héritage de la méthode cartésienne pour le droit. Michel Villey proposait déjà une analyse semblable dans son ouvrage classique *La formation de la pensée juridique moderne* : « tout dans cette méthode est plein de conséquences pour nous »²⁷ :

« Nous verrons maint juriste moderne, suivant cette philosophie, chercher la source des règles de droit dans des principes rationnels. Partant de ces principes, la science progressera par des inférences, elles-mêmes pourvues d'une évidence interne pour l'esprit humain, par la voie de la déduction. [...] De cet idéal cartésien de la connaissance disparaissent les anciens outils qui tenaient naguère tant de place dans la scolastique et dans la vie pratique du droit : la dialectique – la controverse autour de problèmes. La déduction devient souveraine, elle règnera jusque dans le droit »²⁸.

Mais plus encore que la méthode, Michel Villey accorde une place importante aux ramifications de la métaphysique cartésienne croissant au cœur de la pensée juridique : « il n'est personne qui puisse traiter sérieusement les sources du droit sans achopper sur la question du droit

naturel; or tout y dépend de la notion qu'on a de la nature; et toute définition du droit de la place qu'occupe le droit par rapport à l'ensemble des êtres, est fonction d'une ontologie. Nous concevons le droit selon que nous concevons d'abord le monde ».

Pour le même auteur, le dualisme cartésien « scelle de la façon la plus absolue la mort de la philosophie classique du droit naturel », car « si l'on adopte cette façon de considérer le monde, on peut plus penser le droit comme résidant à la fois dans les choses, dans la nature et pourvu de valeur normative; on perd la clé de l'authentique doctrine du droit naturel ». Ainsi, la métaphysique cartésienne

« impose à la pensée juridique moderne ses deux directions nouvelles : rationalisme et naturalisme. Elle est même l'explication, la raison d'être philosophique de cette diversité des doctrines, disons même des contradictions de la pensée juridique moderne. Car dans un monde dissocié entre la pensée et la matière, le droit, qui appartient en même temps, par essence, à ces deux domaines, ne sait plus où se poser : il oscille, traité tantôt comme norme relevant de la sphère de la pensée, tantôt comme phénomène relevant de la science objective des choses; et tant comme devoir-être, tant comme fait sociologique. [...] Il fallait bien que le dualisme métaphysique de Descartes engendre un dualisme juridique. »

Dans ses carnets aussi, ses *Livres des Pages*²⁹, Villey accorde une place importante à René Descartes; il y sera assez critique de la philosophie cartésienne. Si l'on ne devait retenir que deux passages, éclairants et percutants :

« L'homme vit de foi; mais la foi n'est pas irrationnelle; l'homme vit de connaissances incertaines, approximatives, acquise de manière collective, précaires, non perçues avec l'évidence des vérités des sciences physiques, pressenties et fermement crues. Tort de Descartes d'exiger partout l'évidence. Faute d'accepter le clair-obscur, il nous a livrés à la nuit »³⁰.

25. *Ibid.*, p. 34-46.

26. *Ibid.*, p. 45.

27. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 504.

28. *Ibid.*, p. 505.

29. M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit : les carnets de Michel Villey*, PUF, 1995.

30. *Ibid.*, p. 13.

« La grande bêtise des modernes vient de l'exigence cartésienne d'une science refaite tout entière par l'individu. Comme toujours Descartes lui-même n'est pas attaquant, mais ses disciples qui vont bien plus loin que Descartes. Le moindre agent des PTT, le moindre instituteur s' imagine tout savoir de lui-même. L'homme étant un animal social, et partie de l'espèce humaine, membre de groupes, il est clair que les connaissances sont en fait chose collective. Il est vrai que la connaissance pure serait dégagée des opinions mais le philosophe n'y tend qu'à travers l'opinion commune, en usant de la dialectique à partir des opinions. La solitude de l'esprit n'est même qu'un moment dialectique. »³¹

« *Quod vitae sectabor iter ?* » Baillet, le premier biographe du philosophe, indique que René Descartes tomba sur ce vers d'Aussonne lors d'un songe prophétique qu'eût le philosophe une nuit de 1619. Il s'interrogeait alors quant à son avenir et une traduction donnerait quelque chose comme « En cette vie, quel chemin emprunter ? ». Si Descartes n'emprunta que brièvement la voie juridique dans son cheminement, des juristes après lui ont emprunté la voie cartésienne. Quant aux collègues naguère doctorants aujourd'hui élevés au grade de docteurs, et à qui s'adresse cet article comme un clin d'œil, eux aussi s'interrogent sans doute : « *Quod vitae sectabor iter ?* »

31. *Ibid.*, p. 28.

Variétés autour du droit

Inceste : mettre au jour le langage du droit par la littérature

Stanislas Julien-Steffens

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

« Est-ce que ce n'est pas, aussi, le but de la littérature que ça sorte enfin d'ici ? »¹

« Ça ». Un démonstratif en apparence anodin. Dans cette phrase, il recèle pourtant les crimes subis durant son enfance par son autrice, Neige Sinno. Des crimes multiples, s'étalant sur plusieurs années, qui procèdent d'un seul et même mal : l'inceste.

« Rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un ascendant sur un mineur non marié »². Telle est la définition de cette infraction que nous fournit l'un des principaux vocabulaires juridiques français.

Au cours de la dernière décennie, une prise de conscience s'est opérée au sein de la société française concernant l'ampleur de l'inceste ; un Français sur dix confie avoir été victime d'inceste³ et 75 200 enfants sont victimes d'inceste chaque année en France⁴. De cette prise de conscience, ont découlé plusieurs changements législatifs.

Cette prise de conscience massive, la littérature n'y est pas étrangère. En particulier, les œuvres de trois autrices qui ont eu une portée bien plus importante que les succès de librairie qu'elles ont été. La première est Christine Angot. Dès 1999, l'écrivaine a eu recours à la littérature pour dire l'inceste qu'elle avait subi de la part de son père dans un livre qui, précisément, porte le nom même de ce dont elle a été victime⁵, puis dans plusieurs de ses autres ouvrages, notamment dans *Le voyage dans l'Est*, paru en 2021⁶. La deuxième est Camille Kouchner, avocate et maître de conférences en droit privé. Au début de l'année 2021, elle publiait *La familia grande*⁷, un livre dans lequel elle dénonçait l'inceste commis par son beau-père, le politologue Olivier Duhamel, sur son frère jumeau lorsqu'il était adolescent. La troisième est Neige Sinno, professeure de littérature et écrivaine. En 2023, son livre *Triste tigre* traitait de l'inceste perpétré sur elle par son beau-père lorsqu'elle était enfant⁸.

1. N. Sinno, *Triste tigre*, P.O.L., 2023, p. 260.

2. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., PUF, 2024, v^o « Inceste ».

3. D'après les chiffres d'un sondage réalisé par l'institut IPSOS en 2023 : Association Face à l'inceste, « Sondage IPSOS 2023 », 9 janv. 2024 : <https://facealinceste.fr/blog/enquete/sondage-ipsos-2023> (consulté le 12 nov. 2024).

4. Commission indépendante sur l'inceste et les violences sexuelles faites aux enfants (CIIVISE), *Violences sexuelles faites aux enfants* : « on vous croit », rapport public, nov. 2023, p. 234.

5. C. Angot, *L'inceste*, Stock, 1999. Les numéros des pages de cet ouvrage cités dans cet article seront ceux de l'édition suivante : C. Angot, *L'inceste*, J'ai Lu, 2017.

6. C. Angot, *Le voyage dans l'Est*, Flammarion, 2021. Les numéros des pages de cet ouvrage cités dans cet article seront ceux de l'édition suivante : C. Angot, *Le voyage dans l'Est*, J'ai Lu, 2022.

7. C. Kouchner, *La familia grande*, Éditions du Seuil, 2021. Les numéros des pages de cet ouvrage cités dans cet article seront ceux de l'édition suivante : C. Kouchner, *La familia grande*, Points, 2022.

8. N. Sinno, *Triste tigre*, op. cit.

Roman, témoignage ou récit autobiographique ? La visée du présent article n'est pas de trancher le statut littéraire des œuvres évoquées ci-dessus. Des spécialistes de l'écriture de soi s'y attelleront sûrement. Ni de dresser un panorama exhaustif de toutes les récentes réformes législatives portant sur l'incrimination de l'inceste, tel que ceux que l'on peut déjà retrouver dans les manuels et les fascicules de droit pénal spécial. Notre contribution recherche davantage à scruter comment des œuvres écrites ont pu, en maniant le langage esthétique propre à la littérature, mettre au jour – « amener à la lumière »⁹ – ce que le langage du droit avait été jusqu'alors – et est encore aujourd'hui pour une grande part – incapable de dire sur l'inceste.

Cette mise au jour du langage du droit par la littérature est visible non seulement concernant la dénomination de l'infraction d'inceste (I.), mais aussi concernant la qualification juridique des faits relevant de l'inceste (II.).

I. Mettre au jour la dénomination de l'infraction

Quand *L'inceste* de Christine Angot paraît en 1999, ce terme n'est présent ni dans le Code pénal, ni dans le Code civil. Il a disparu du droit français à la Révolution française, en 1791¹⁰ et est appréhendé « de manière indirecte par le Code pénal, à titre de circonstance aggravante des viols et agressions sexuelles, via des catégories spécifiques comme l'ascendant ou la personne ayant autorité »¹¹. Dans le silence de la loi, l'inceste « demeure[ait] donc] une notion sociologique, historique, littéraire, médicale... mais pas juridique »¹².

Dans *Triste tigre*, Neige Sinno reproduit un article du *Dauphiné libéré*, paru en juin 2000, traitant de l'arrestation de son beau-père après que l'autrice avait porté plainte contre celui-ci pour les violences sexuelles incestueuses qu'il lui avait infligées lors de son enfance¹³. À aucun

moment dans cet article, le terme « inceste » n'est employé. Au sujet de la mise en examen du beau-père de l'autrice, il est écrit qu'elle lui a été signifiée par un juge d'instruction « du chef de "viols sur mineur" de moins de 15 ans "par personne ayant autorité" »¹⁴.

La difficulté de dire ce terme, à une époque où il n'était pas expressément inscrit dans le droit français, se lit dans l'écriture de Christine Angot. Dans *L'inceste*, l'autrice ne parvient pas elle-même à définir ce mot et vient reproduire la définition extraite du *Dictionnaire de la psychanalyse* d'Elisabeth Roudinesco et Michel Plon : « On appelle inceste une relation sexuelle sans contrainte ni viol entre consanguins, au degré prohibé par la loi propre à chaque société. [...] L'acte est réprouvé par l'opinion et toujours vécu comme une tragédie issue de la déraison ou conduisant à la folie ou au suicide »¹⁵. Une définition dont on peut mesurer le caractère profondément erroné au regard des descriptions de l'inceste perpétré à l'encontre de l'autrice par son père, faites dans les pages qui suivent la restitution de cette définition. De fait, il ressort de ces descriptions que cet inceste a toujours consisté en des viols et des agressions sexuelles et qu'il ne pouvait donc jamais être désigné comme « une relation sexuelle sans contrainte ni viol ».

Si ce livre de Christine Angot a pour nom éponyme le crime subi par l'autrice, il ne traite frontalement de ce sujet que dans son dernier quart. Auparavant, le livre fait essentiellement le récit d'une rupture amoureuse vécue par l'autrice. La thématique de l'inceste ne surgit d'abord que de manière inopinée. La première occurrence du mot « inceste » se fait au beau milieu d'un flot de pensées de l'autrice, sans qu'elle ne s'arrête plus avant sur ce terme : « Moi-même à quatorze ans. Je voulais devenir écrivain, je voulais démarquer fort, j'ai pensé à l'inceste, j'ai séduit mon père »¹⁶. Puis, le mot apparaît de manière de plus en plus récurrente dans le récit, avant que l'au-

9. Dictionnaire Larousse, v° « Jour » : « Mettre au jour : amener à la lumière (notamment [quelque chose] qui était enfoui, caché) ».

10. F. Giuliani, *Les liaisons interdites : Histoire de l'inceste au XIX^e siècle*, Éditions de la Sorbonne, 2020, p. 21.

11. R. Théry, « L'inceste, centaure du droit pénal », in C. Duparc et J. Charruau (dir.), *Le droit face aux violences sexuelles et sexistes*, Dalloz, 2021, p. 34.

12. C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial*, 5^e éd., 2023, Lextenso, p. 59.

13. N. Sinno, *Triste tigre*, op. cit., p. 81 ; J. Beveraggi, « 7 ans de calvaire pour une fillette », *Le Dauphiné libéré* juin 2000.

14. Ibid.

15. C. Angot, *L'inceste*, J'ai Lu, 2017, p. 116.

16. Ibid., p. 25.

trice ne se mette à décrire plus en détail les actes incestueux commis par son père¹⁷.

Cette difficulté de dire explicitement le terme d'« inceste » sera particulièrement prégnant dans un ouvrage postérieur de Christine Angot, *Une semaine de vacances*¹⁸. Ce livre relate des violences sexuelles incestueuses commises sur l'autrice par son père, lorsqu'adolescente, elle avait passé une partie de ses vacances scolaires avec lui. Toutefois, le mot « inceste » n'est employé à aucune reprise dans cet ouvrage. À cela s'ajoute que ce livre est écrit au discours indirect, ce qui en atténue le caractère autobiographique. Ce n'est qu'en 2021, avec *Le voyage dans l'Est*, que l'autrice retracera la chronologie de l'inceste qu'elle a subi, employant ce terme dès le début du livre, lors de la description de la première fois où son père lui a fait endurer l'inceste, avec un baiser sur la bouche : « Il me regardait dans les yeux. Il a fait un pas en avant, et m'a embrassée sur la bouche. Le mot inceste s'est immédiatement formé dans ma tête »¹⁹.

En août 2021, quand paraît *Le Voyage dans l'Est*, le terme d'« inceste » est désormais inscrit dans le Code pénal depuis cinq ans et la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance et, depuis quelques mois, la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels, le législateur a transformé l'intitulé « Des agressions sexuelles » en « Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles ». Ces lois sont intervenues au cours d'une « saga législative » en cinq actes²⁰, sorte de tragédie inversée qui a permis au droit français d'enfin exprimer à nouveau ce terme après plus de deux siècles de silence.

L'ajout de ce terme continue néanmoins de faire l'objet de vastes débats au sein de la doctrine pénaliste. En effet, certains auteurs considèrent que la qualification d'inceste, inscrite à l'article 222-23-2 du Code pénal, « demeure purement symbolique » en tant qu'elle n'est

qu'une reproduction de l'infraction de viol et n'est de ce fait qu'« une sorte de surqualification pénale, qui est toujours sans effet sur la sanction »²¹; une dimension symbolique qui ne semblerait pas pouvoir s'accommoder avec le respect du principe de légalité des délits et des peines en droit pénal.

Cependant, une partie de la doctrine a reconnu un mérite autre que symbolique à l'intégration du terme « inceste » dans le Code pénal : un intérêt statistique²². Cette position est ainsi explicitée par l'historienne Fabienne Giuliani : « Ce retour du mot dans le Code pénal de 2016 permet aux chercheurs de compter ces faits. Alors qu'auparavant, ces infractions sexuelles n'étaient pas distinctes des viols commis sur des mineurs par des instituteurs, des membres du clergé, des personnes ayant autorité. La philosophie n'est pas changée mais le phénomène est rendu plus visible »²³. Si l'ampleur de l'inceste peut être ainsi rendue plus visible par son inscription dans le droit, à l'instar de la littérature qui avait mis au jour l'inceste en employant frontalement ce terme, il ne nous apparaît nullement négligeable de s'en priver.

II. Mettre au jour la qualification juridique des faits

Nous pensons que la réintroduction du terme d'« inceste » dans le droit français va au-delà de cette dimension uniquement symbolique et statistique qu'on lui prête, elle illustre la force dont est investi le langage du droit. « La force du droit », c'est précisément le titre d'un article de Pierre Bourdieu dans lequel le sociologue décorquait les attributs du champ juridique, notamment à travers une analyse des mécanismes propres au langage du droit²⁴.

La littérature parvient à saisir avec acuité cette force du langage juridique et à montrer, par là-même, l'importance que peut revêtir la possibilité d'avoir recours à ce langage pour qualifier

17. *Ibid.*, p. 148 et s.

18. C. Angot, *Une semaine de vacances*, Flammarion, 2012.

19. C. Angot, *Le voyage dans l'Est*, J'ai Lu, 2022, p. 18.

20. C. André, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., Dalloz, 2024, p. 200 et s.

21. C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 60.

22. C. André, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 202.

23. Propos rapportés in A. Saviana, « L'inceste en France, un interdit civil mais pas pénal », *Marianne* 18 févr. 2021.

24. P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986, vol. 64, p. 3.

une situation relevant de l'inceste, sur laquelle auparavant aucun mot ne parvenait à être posé.

Dans *La familia grande*, le langage juridique joue un rôle salubre pour l'autrice. Il lui permet de qualifier les faits qu'a perpétré son beau-père sur son frère jumeau lorsque ce dernier était adolescent. À travers son écriture, l'autrice s'adresse directement à son beau-père pour poser un terme sur les actes qu'il a commis : « Quand un adolescent dit oui à celui qui l'élève, c'est de l'inceste »²⁵. Puis, elle vient corroborer l'emploi de ce mot en citant expressément les deux articles du Code pénal qui répriment les viols et agressions sexuelles incestueuses²⁶. La mention expresse de ces textes de loi a d'autant plus de puissance que l'autrice rappelle que son beau-père fait partie des « professionnels » du droit – pour reprendre la terminologie utilisée par Bourdieu – ; il est professeur de droit, agrégé de droit public, et avocat, retournant ainsi la force du droit contre celui qui en était initialement le détenteur.

Plusieurs années après la commission de ces actes incestueux, l'autrice accompagne son frère jumeau dans un cabinet d'avocats pour qu'il puisse raconter ce qu'il a subi. Lors du deuxième rendez-vous dans ce cabinet, l'une des avocates s'adresse au frère de l'autrice en qualifiant juridiquement les actes dont il a été victime : « "Vous avez été victime d'un crime, monsieur. [...] Vous avez été victime d'inceste, monsieur. [...] À mon sens, votre beau-père est coupable et il devrait être en prison" »²⁷. Pour l'autrice, les mots prononcés par cette avocate, cette professionnelle du droit, sont une délivrance : « Les mots, ces mots que j'attendais. Je ne suis plus la seule à les prononcer. Cette qualification juridique, si simple. Pas un jugement moral. Une infraction. Un crime puni par la loi. Cette reconnaissance de la souffrance. Par un tiers, enfin »²⁸.

En qualifiant juridiquement les actes commis, le langage juridique, de par sa dimension objectivante, vient reconnaître l'inceste. Il permet de mettre au jour ce qui était jusqu'alors présent uniquement dans le for intérieur de la victime et du coupable de l'inceste.

Cette dimension d'objectivation, caractéristique du langage juridique, relève de ce que Bourdieu appelle « l'effet d'universalisation » qui est « obtenu par différents procédés convergents : le recours systématique à l'indicatif pour énoncer des normes ; l'emploi, propre à la rhétorique du constat officiel et du procès-verbal, de verbes constatifs à la troisième personne du singulier du présent ou du passé composé exprimant l'aspect accompli [...] ; l'usage d'indéfinis [...] et du présent intemporel (ou du futur juridique) propres à exprimer la généralité et l'intemporalité de la règle de droit »²⁹.

Cet « effet d'universalisation » du langage du droit est clairement mis au jour par le langage de la littérature dans *Triste tigre*. Neige Sinno cherche à reconstituer la chronologie de l'inceste qu'elle a subi lorsqu'elle était enfant, mais se heurte aux murs de la mémoire traumatique. L'élément qui va lui permettre de fixer au mieux ses souvenirs est un document émanant du tribunal de grande instance de Grenoble qui consiste en un compte rendu du procès de son beau-père pour les violences sexuelles incestueuses qu'il lui avait infligées et au terme duquel il sera condamné à une peine de neuf ans de réclusion criminelle. L'autrice fait le choix de reproduire dans son livre des extraits de ce document juridique : « Je me suis posé la question de faire figurer ce document dans ces pages. La juxtaposition entre ma prose et la langue de la procédure me paraissait intéressante, peut-être pour mettre en parallèle deux formes de récit d'un même événement, afin qu'on puisse percevoir la différence »³⁰.

Les procédés linguistiques, propres au langage juridique et qui sont à l'œuvre dans ce compte rendu d'un tribunal, confortent les souvenirs de l'autrice en même temps qu'ils viennent attester de la réalité de l'inceste qu'elle a vécu : « Cet échange [– une conversation que l'autrice avait eu avec son beau-père –] que j'aurais laissé tomber à la trappe de l'oubli, transcrit dans le procès-verbal, se métamorphose en élément de l'affaire, acquiert une forme d'existence. J'ai

25. C. Kouchner, *La familia grande*, op. cit., p. 163.

26. *Ibid.*, p. 165.

27. *Ibid.*, p. 174.

28. *Ibid.*, p. 175.

29. P. Bourdieu, « La force du droit », préc., p. 5.

30. N. Sinno, *Triste tigre*, op. cit., p. 126.

aussi la sensation que le texte en question, avec ses articles de loi, ses tampons du tribunal et ses signatures d'avocats et de greffiers, valide d'une certaine manière mon histoire »³¹.

Ainsi, le langage juridique, en raison du pouvoir symbolique dont il est investi, tend à produire « [d]es énoncés performatifs [qui] sont des actes magiques qui réussissent, parce qu'ils sont en mesure de se faire reconnaître universellement, donc d'obtenir que nul ne puisse refuser ou ignorer le point de vue, la vision, qu'ils imposent »³². Les livres de Camille Kouchner et de Neige Sinno rendent compte que, prononcé par un avocat ou établi par une décision de justice, l'inceste est mis au jour, il ne peut plus être nié.

Cependant, à l'inverse, si elle n'est pas établie par le langage juridique, l'existence de l'inceste prend le risque de se voir réfutée par tous. Dans *Le voyage dans l'Est*, Christine Angot raconte qu'à l'âge de vingt-huit ans, elle est allée dans un commissariat pour déposer plainte contre son père. Elle était alors à la limite de la prescription de dix ans qui était à cette époque prévue par la loi pour les viols sur mineurs. L'autrice est reçue par un commissaire de police qui, bien qu'il l'écoute avec sérieux, lui répète à plusieurs reprises que, au vu de l'ancienneté des faits, son père ne sera vraisemblablement pas condamné par la justice. À l'évocation du terme « non-lieu » par le policier, l'autrice renonce à porter plainte : « – [Le commissaire de police] Il sera difficile d'apporter les preuves. Il y aura sans doute un non-lieu... »

– [L'autrice] Alors, moi, là, vous voyez, je vais m'en aller. Parce que, si, en plus il faut que je supporte un non-lieu... Non. Ça, ce n'est pas possible. Un non-lieu. Non-lieu. Ça n'a pas eu lieu. Je ne pourrai pas. Je ne pourrai pas recevoir, dans ma boîte aux lettres, un papier de la Justice, un papier officiel, sur lequel il y aurait écrit "non-lieu". Je n'ai pas le courage de ça. Ah non. Ça n'a pas eu lieu. Non-lieu. Sur un papier officiel. Je ne pourrai pas recevoir ça, à en-tête de la République française. Non-lieu. Excusez-moi. Je suis désolée. Je ne peux pas »³³.

Ici, Christine Angot rend compte – pour reprendre l'analyse de Bourdieu sur la force du droit – que « le langage juridique consiste en un usage particulier du langage ordinaire »³⁴. Le terme de « non-lieu » prend, en droit, une autre signification que celle de son sens premier dans le langage ordinaire. Et parce que le langage juridique tend « à constituer l'énonciateur en sujet universel, à la fois impartial et objectif »³⁵, l'autrice ne peut accepter qu'il puisse exister la possibilité qu'une décision judiciaire rende un « non-lieu » concernant les violences sexuelles incestueuses qu'elle a subies, ce qui reviendrait à reconnaître, au regard du champ juridique, que celles-ci n'ont jamais eu lieu.

La littérature met donc en évidence que la force du langage juridique est à double tranchant : d'un côté, si les faits d'inceste sont revêtus d'une qualification juridique, s'ils sont reconnus par des professionnels du droit ou par l'institution judiciaire, la véracité de l'inceste devient incontestable, l'inceste est dévoilé, éclairé par le langage juridique, d'un autre côté, si les faits d'inceste ne sont pas reconnus par le langage du droit, la véracité de l'inceste se trouve niée, l'inceste est plongé définitivement dans l'ombre, et c'est là que s'opère l'injustice.

* * *

Quand l'inceste n'est pas reconnu par le langage du droit, le langage de la littérature s'impose alors comme palliatif à l'oubli et à l'injustice. Toutefois, le langage littéraire ne parviendra jamais à acquérir une force symbolique aussi puissante que celle qui auréole le langage juridique.

À cela s'ajoute qu'en matière d'inceste, les statistiques établies par la Commission indépendante sur l'inceste et les violences sexuelles faites aux enfants (CIIVISE) démontrent que cette force protectrice du droit ne s'exerce que dans un nombre ultra minoritaire de cas : une plainte n'est déposée par les victimes d'inceste que dans 12 % des cas et uniquement 1 % des cas d'inceste font l'objet d'une condamnation des agresseurs³⁶.

31. *Ibid.*, p. 128.

32. P. Bourdieu, « La force du droit », *préc.*, p. 13.

33. C. Angot, *Le voyage dans l'Est*, J'ai Lu, 2022, p. 172.

34. P. Bourdieu, « La force du droit », *préc.*, p. 9.

35. *Ibid.*, p. 5.

36. CIIVISE, Synthèse du rapport public *Violences sexuelles faites aux enfants : « on vous croit »*, nov. 2023, p. 17.

Comme le rappelle Édouard Durand, co-président de la CIIVISE de 2021 à 2023, dans la majorité des cas d'inceste, un non-lieu est prononcé par la justice car « l'infraction est insuffisamment caractérisée »³⁷, du fait que, souvent en raison de l'ancienneté des faits, les preuves sont particulièrement difficiles à établir. Cela amène Édouard Durand, qui est lui-même magistrat, à souligner les limites inhérentes du langage juridique dans l'appréhension des violences sexuelles commises sur des mineurs : « L'acte social qu'est le jugement n'est donc pas l'énoncé d'une vérité, mais la démonstration de la capacité d'une société de s'approcher le plus justement possible du réel déjà advenu. Or, il faut le rappeler, plus de 70 % des plaintes déposées pour des violences sexuelles faites aux enfants font l'objet d'un classement sans suite [...] Dans ces conditions, puisque c'est la vertu du doute qui est invoquée pour ne pas prendre au sérieux la parole des victimes, il est clairement abusif de parler de vérité, fût-elle judiciaire »³⁸.

Même si le langage du droit a davantage pris la mesure de l'ampleur de l'inceste, la réponse juridique reste encore très largement insuffisante. Comment parvenir à l'améliorer ? Les pistes sont nombreuses : mieux appréhender dans le droit la « corruption du lien d'autorité familiale » qui est la caractéristique propre de l'inceste selon Raphaëlle Théry, maître de conférences en droit privé³⁹, ou définir dans la loi ce

qu'est le « consentement » pour faire apparaître, comme le défendait Christine Angot dans une lettre ouverte au ministre de la Justice, qu'il n'y a jamais de consentement, même entre adultes, en matière d'inceste⁴⁰.

La piste de réforme qui fait actuellement l'objet des débats les plus vifs concerne l'imprescriptibilité des violences sexuelles commises contre des mineurs⁴¹. Une réforme qui est souhaitée par de nombreux acteurs associatifs impliqués dans la lutte contre l'inceste⁴², préconisée par la CIIVISE⁴³ et ayant fait l'objet d'une proposition de loi en mars 2024⁴⁴. Là encore, la littérature a mis au jour à quel point une telle réforme pouvait s'avérer pertinente : c'est à la prescription que se heurte le frère jumeau de Camille Kouchner lorsqu'il dénonce l'inceste perpétré par son beau-père⁴⁵ et qui aura pour conséquence que, bien que l'inceste ait été reconnu devant la police par ce dernier⁴⁶, l'enquête sera classée sans suite et il ne sera jamais condamné⁴⁷.

Cette mise au jour des limites du droit et de son langage par la littérature nous permet donc de répondre positivement à la question posée par Neige Sinno, reproduite en tête de cet article. Oui, le but de la littérature est aussi de mettre au jour l'inceste et les conséquences qu'il produit. Mettre au jour pour que le langage du droit se mette à jour, s'adapte pour, qu'enfin, le droit puisse répondre avec force à l'inceste.

37. E. Durand, *160 000 enfants. Violences sexuelles et déni social*, Gallimard, coll. « Tracts », 2024, p. 27.

38. *Ibid.*

39. R. Théry, « L'inceste, centaure du droit pénal », préc., p. 49.

40. « "Il n'y a pas d'inceste consenti, Monsieur le Ministre" : lettre ouverte de Christine Angot à Éric Dupond-Moretti », *France Info* 22 févr. 2021.

41. Pour avoir un aperçu des arguments juridiques en présence dans ce débat : v. concernant les arguments en faveur de l'imprescriptibilité : Y. Jeanclos, « POUR l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis à l'encontre des mineurs », *Le Club des Juristes* 1^{er} déc. 2023 (<https://www.leclubdesjuristes.com/opinion/pour-limprescriptibilite-des-crimes-sexuels-commis-a-lencontre-des-mineurs-3845/>) et concernant les arguments en défaveur de l'imprescriptibilité : J. Klein, « CONTRE l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis à l'encontre des mineurs », *Le Club des Juristes* 1^{er} déc. 2023 (<https://www.leclubdesjuristes.com/opinion/contre-limprescriptibilite-des-crimes-sexuels-commis-a-lencontre-des-mineurs-3851/>) (consultés le 12 nov. 2024).

42. V. par exemple la tribune « Pour l'imprescriptibilité des crimes sexuels sur mineur-es », *Le Huffington Post* 13 nov. 2023.

43. CIIVISE, *Violences sexuelles faites aux enfants*, préc., « Préconisation-clé 4 : déclarer imprescriptibles les viols et agressions sexuelles commis contre les enfants », p. 24.

44. Assemblée nationale, Proposition de loi visant à rendre imprescriptibles les crimes et délits sexuels commis contre les mineurs n° 2276, déposée le 5 mars 2024.

45. C. Kouchner, *La familia grande*, op. cit., p. 175-176.

46. « Olivier Duhamel reconnaît devant la police des faits d'inceste sur son beau-fils », *Le Monde* 14 avr. 2021.

47. « Affaire Duhamel : l'enquête classée sans suite pour prescription », *Le Monde* 14 juin 2021.

Dossier

La preuve en métamorphoses

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

La preuve en métamorphoses –
Contribution de droit commun

Gwendoline Lardeux p. 38

Les métamorphoses de la preuve pénale

Coralie Ambroise-Castérot p. 53

Réflexions sur la place du faisceau d'indices
dans le procès civil

Jean-Daniel Bretzner p. 63

La preuve à l'ère de l'IA

Diane Galbois-Lehalle p. 70

La preuve dans les contentieux du déséquilibre
significatif : un témoin de la protection
de l'équilibre contractuel

Maxime Cormier p. 77

Enquête de l'employeur et preuve
des faits fautifs

Gwennhaël François p. 93

La question probatoire dans le contentieux
administratif

Agathe Chirossel p. 100

La preuve dans le contentieux climatique

Christian Huglo et Corinne Lepage p. 114

Le conflit de lois en matière de preuve :
mutations inachevées

François Mailhé p. 122

L'évolution de la preuve en droit anglais
des torts

Caroline Kahn p. 131

La preuve en contentieux pénal
international

Olivier Schaub p. 141

Dossier

La preuve en métamorphoses

La preuve en métamorphoses Contribution de droit commun

Gwendoline Lardeux

Agrégée des Facultés de Droit

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

1. Parent pauvre de l'Université française malgré les lettres de noblesse que Martin lui a données dans la cinquième édition du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau¹, et alors même que les nombreuses dispositions que les rédacteurs du Code civil lui consacrent témoignent de l'importance qu'ils lui accordaient, le droit civil de la preuve connaît depuis le début du nouveau siècle un regain légitime d'intérêt². Légitime au regard de l'importance pratique de cette matière, qu'exprime le célèbre adage *idem est non esse aut non probari* : la preuve des droits subjectifs est la condition *sine qua non* de leur effectivité. Légitime également au regard des évolutions qu'elle a connues depuis un quart de siècle et qui ont fait surgir des questions théoriques inédites de première importance.

2. On a pu dès lors s'étonner que le législateur ne s'empare pas de cette question lors de la réforme du droit des obligations, portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016³. Si « la preuve

des obligations » a bien fait l'objet de dispositions, en guise de réforme il a fallu se contenter principalement de la renumérotation des articles du Code civil. Certes, la question de la force probante des copies a été heureusement modernisée (C. civ., art. 1379) mais l'élan réformateur n'est pas allé plus loin. L'absence de toute réflexion d'ensemble dans ce domaine, pourtant majeur, du droit civil a condamné le droit de la preuve à faire l'objet de réformes ponctuelles et partielles. Si celles-ci ne sont pas dénuées d'intérêt, loin de là⁴, elles ne permettent pas au législateur de se saisir des questions fondamentales posées par les évolutions sociales et techniques qui bouleversent les pratiques des juristes et des justiciables et, corollairement, les principes qui gouvernent le droit probatoire. Les métamorphoses que celui-ci a connues ces dernières années demeurent donc l'apanage de la jurisprudence⁵, avec ce que cela implique de tâtonnements et de soubresauts, en un mot, d'incertitudes.

1. Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 12, 5^e éd., 1922, n° 749 et s.

2. Il n'est qu'à consulter le site theses.fr. Depuis 2000, celles portant sur le droit de la preuve ne sont pas rares alors qu'elles étaient exceptionnelles auparavant.

3. G. Lardeux, « Commentaire du Titre IV bis nouveau du Livre III du Code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850 ; É. Vergès, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016, 486.

4. Réformes qui révèlent les deux seuls sujets de préoccupation du législateur : la question de la force probante des copies qui, avant 2016, avait déjà fait l'objet d'une réforme par une loi du 12 juillet 1980 (C. civ., art. 1348, al. 2 anc.), et celle du régime probatoire des écrits électroniques, établi par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 puis ajusté par l'ordonnance précitée (C. civ., art. 1366 et 1367).

5. Comme pour toute matière où le Code civil évolue peu, cet attentisme est également compensé par l'adoption de dispositions dans les législations spéciales, codifiées ou non. Traitées par ailleurs dans ce volume, elles ne sont pas l'objet de cette contribution.

3. Même à ne s'en tenir qu'à l'époque contemporaine, le droit de la preuve part de loin. Lors de la codification civile, il a été pensé à travers le seul prisme de la preuve des droits et obligations contractuels, au point que les articles du Code présentaient la preuve par écrit, exigée pour établir l'existence et le contenu des actes juridiques (C. civ., art. 1341, al. 1^{er} anc.), comme la règle de principe à laquelle il était parfois fait exception, notamment quand il s'agissait de prouver les « obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits » (C. civ., art. 1348 anc.).

Cette présentation retenue en 1804 explique que le principe directeur dominant, voire exclusif, qui a guidé le législateur d'alors en matière probatoire a été la sécurité juridique. Il convenait de contraindre les particuliers à fixer le contenu de leurs actes par écrit afin de pallier les éventuelles défaillances de la mémoire et de faire obstacle à la mauvaise foi voire au parjure des contractants⁶. Dans la même optique, la preuve littérale était présentée comme celle qui enserrait le mieux le pouvoir d'appréciation du juge et ainsi garantissait l'issue des procès⁷. Le principe de la force obligatoire des conventions était par ailleurs doublé d'une règle probatoire interdisant de contester le contenu d'un acte juridique autrement que par un autre acte conclu entre les mêmes parties (C. civ., art. 1341, al. 1^{er} anc.).

4. On aurait donc cherché en vain une référence à un quelconque impératif de vérité. Non que ces deux préoccupations se contredisent par nature – au contraire : on comprend également des travaux préparatoires du Code civil que le contenu des conventions était sacralisé car présumé, irréfragablement, exprimer fidèlement la volonté des parties qu'il convenait de respecter et de faire respecter. Mais celle-ci était célébrée pour elle-même et non parce qu'elle aurait exprimé la vérité factuelle.

5. Le décalage entre la philosophie du Code civil et la réalité du contentieux a commencé à apparaître lors du dernier quart du XIX^e siècle qui a vu, sous l'impulsion conjuguée du développement

du machinisme et de l'adoption du divorce pour faute, les contentieux porter majoritairement sur des faits juridiques, *i.e.* un domaine où la preuve est libre : tous les modes de preuve sont alors admissibles et leur force probante soumise à l'appréciation souveraine des juges ce qui est généralement considéré comme favorable à l'établissement de la vérité. Pourtant, les conséquences juridiques qu'il convenait d'en tirer se sont fait attendre.

6. Ainsi n'est-ce que dans les années 1970 que les prérogatives des juges ont été renforcées afin qu'ils puissent prendre une part plus active dans la recherche des preuves. L'issue du procès n'étant plus entre les seules mains des parties à défaut de contrat, l'idée a fini par s'imposer qu'il fallait donner au juge les moyens de statuer en connaissance de cause, ce qui permettait également de pallier l'éventuelle inégalité des parties à l'instance face à la preuve. C'est dans le même mouvement législatif qu'a été intégré au Code civil son actuel article 10 qui prévoit, en son alinéa 1^{er}, que « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Si le mot de vérité n'apparaissait toujours pas dans les dispositions consacrées au droit de la preuve, l'idée était désormais inscrite dans un texte que l'on voulait directeur.

7. En droit de la preuve, ce n'est qu'avec l'ordonnance précitée de 2016 que la présentation des principes probatoires a été inversée, celui de la preuve libre étant fermement exprimé à l'article 1358 du Code civil – « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen », la preuve littérale des actes juridiques apparaissant alors au texte suivant pour ce qu'elle est, une exception. Le droit positif n'en a certes pas été modifié mais le Code civil en est enfin devenu l'expression fidèle.

Pourtant, cette actualisation, minimale, du Code laissait de côté les évolutions profondes qu'avait plus récemment connues le droit probatoire, sous l'impulsion d'une jurisprudence devant faire face aux problèmes inédits que les

6. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, 1836, p. 395-396 : « Si nous n'avions que la tradition orale, que deviendraient la plupart des conventions lorsque les années en auraient altéré les traces ? Que d'erreurs, que d'incertitudes, que de procès, enfin que de sujets de triomphe de l'injustice ! [...] Il convient donc aux législateurs d'établir, pour la preuve des conventions, des règles qui soient, autant que possible, indépendantes de la moralité individuelle et qui aident en même temps à surmonter les difficultés que la succession des années amène naturellement. »

7. *Ibid.*, p. 377 : « La preuve littérale est celle qui doit le plus satisfaire la justice puisque c'est elle qui peut le mieux être appréciée par les juges, à la différence de la preuve testimoniale qui ne peut les diriger toujours aussi sûrement. »

progrès techniques et les mutations sociales soulevaient.

8. Forts de la possibilité de soumettre aux juges tout mode de preuve en matière délictuelle, les justiciables n'ont pas manqué en effet d'user des nouveaux moyens techniques permettant d'établir les faits venant au soutien de leur prétention. Sont ainsi apparus dans les dossiers des plaideurs des enregistrements de toute sorte, audio ou vidéo, des SMS et des courriels ainsi que des messages postés sur les réseaux sociaux, révélant une vérité factuelle qu'il n'était plus possible de dissimuler ou de nier. Or, une fois celle-ci établie, comment ne pas comprendre qu'il soit exigé des juges qu'ils statuent en conformité avec elle, c'est-à-dire, en termes de droit probatoire, qu'ils déclarent ces preuves admissibles et en tiennent compte pour statuer ? Les écarter reviendrait pour eux, en effet, à s'auto-aveugler et courir ainsi à l'erreur judiciaire. Ces nouvelles possibilités de faire toute la lumière sur un litige ont alors logiquement renforcé chez nos contemporains l'exigence de vérité et le refus de tout décalage entre les faits avérés et ceux retenus par les juges. Autrement dit, la vérité judiciaire est de plus en plus sommée de correspondre en tout point à la vérité factuelle.

9. Cette évolution n'aurait pas soulevé d'objection particulière si les moyens utilisés pour révéler une vérité désormais facilement accessible n'avaient pas eu le caractère particulièrement intrusif qui est le leur. Il faut bien le reconnaître : notre société est devenue orwellienne. Il est aujourd'hui de plus en plus difficile d'échapper à une surveillance constante et généralisée, *via* l'usage banal et quotidien d'instruments électroniques, au premier chef de cette prothèse universelle qu'est devenu le téléphone portable. Ainsi l'exigence de vérité se heurte à des règles de droit fondamentales, principalement au respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Veiller à ce qu'il ne soit pas bafoué est d'autant plus légitime que ces nouveaux moyens d'investigation sont aux mains, non des juges, ces tiers impartiaux garants du respect de la loi et dont les pouvoirs sont enserrés dans un cadre procédural précis, mais de simples particuliers qui ne peuvent être autorisés, *via* un système probatoire trop libéral, à surveiller quiconque comme bon leur semble.

10. Par conséquent, si le droit contemporain de la preuve est indéniablement marqué du sceau de la vérité, il est corollairement dominé par une question quasi métaphysique : la vérité, soit, mais jusqu'où ? Comment et à quel prix ? Est-on en train d'assister à l'émergence d'un nouveau principe directeur ? De simple moyen parmi d'autres d'assurer l'acceptabilité des décisions de justice, la vérité serait-elle en passe de devenir la finalité du système probatoire civil ? Sans aller jusque-là, est-elle devenue le principe auquel on ne peut admettre d'apposer que quelques exceptions ou les impératifs qui la contredisent font-ils jeu égal avec elle ? À moins que ceux-ci demeurent malgré tout prédominants.

11. Car cette injonction de vérité à la force inédite n'est pas apparue dans un monde juridique vierge. Dans le domaine probatoire lui préexistent d'autres impératifs, dont elle a certes fait pâlir l'étoile mais qu'elle ne peut effacer. La cohabitation est alors inévitable et, comme toute cohabitation, celle-ci est délicate à mettre en œuvre.

12. Ces autres impératifs sont connus. Certains sont anciens, voire antiques, ainsi des secrets professionnels comme le secret médical. On a déjà évoqué le respect de la vie privée, consacré depuis plus d'un demi-siècle. Le dernier né, à l'inverse, est très récent : il s'agit de l'exigence de loyauté. Elle résume à elle seule les fortes incertitudes qui planent sur le droit probatoire civil : rapidement érigée au rang de principe cardinal du droit de la preuve, elle est en effet tout aussi vite tombée de son piédestal au nom de l'exigence de vérité...

13. Si ces interrogations dominent la preuve des faits juridiques (I), il ne faudrait pas en déduire que celle des actes juridiques en est exempte. Même dans ce domaine, où l'impératif de sécurité, mis à l'honneur en 1804, conserve, si ce n'est sa superbe, du moins son importance, l'exigence de vérité a poussé son avantage. Ce sont alors les textes issus de l'ordonnance de 2016 qui nourrissent les doutes sur la place exacte qu'il faut lui concéder en ce domaine (II).

I. La place de la vérité dans la preuve des faits juridiques

14. En ce domaine, les incertitudes sont alimentées par la tension entre, d'une part, la consécration de l'exigence de vérité, *via* la reconnaissance

du droit à la preuve (A) et, d'autre part, sa relativisation immédiate puisque c'est le statut d'exception qui lui a été théoriquement accordé (B).

A. Un droit à la vérité

15. La consécration d'un droit à la vérité a pris la forme de la reconnaissance du droit à la preuve, réalisée en deux étapes : *via* sa fondamentalisation d'abord (1), sa généralisation ensuite (2).

1. La reconnaissance d'un droit fondamental à la preuve

16. On ne s'attardera que peu sur la reconnaissance prétorienne du droit à la preuve tant cette question a déjà fait l'objet de développements⁸. Quoique récemment contesté⁹, un tel droit subjectif a bel et bien été admis par la jurisprudence. À la suite de la Cour EDH¹⁰, la Cour de cassation l'a adopté dans son arrêt fondateur du 15 avril 2012¹¹ et ne s'est pas départie de sa position depuis, jusqu'à son adoubement par l'Assemblée plénière¹².

17. Un tel droit à la vérité a été reconnu sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg déduisant du droit d'accès au juge celui « d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable [de] présenter sa cause – y compris ses preuves »¹³. La fondamentalisation en moins, c'est également sur le droit d'agir en justice que G. Goubeaux, dans son article fondateur, avait plaidé pour sa reconnaissance, considérant qu'il faisait « partie de cette prérogative plus

générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge »¹⁴.

Cette nature de droit de l'Homme explique qu'il puisse l'emporter parfois sur d'autres droits fondamentaux, au premier chef le respect de la vie privée. C'est au demeurant très souvent ces deux Titans juridiques qui s'opposent dans les prétoires.

2. La généralisation du domaine d'application du droit à la preuve

18. La consécration du droit à la preuve est passée, plus récemment, par la généralisation de son domaine d'application. Il est admis aujourd'hui en effet qu'il puisse l'emporter tant sur les secrets professionnels que sur l'exigence de loyauté, pas avec la même force néanmoins dans les deux cas.

a. Droit à la preuve et secrets professionnels

19. Après avoir été longtemps considérés comme des obstacles absolus à toute demande ou production de preuve, les secrets professionnels commencent eux aussi à être confrontés au droit prétorien à la preuve. Mais eu égard à leur grande diversité, cette évolution est progressive et n'est pas encore achevée aujourd'hui.

20. La nécessité de les combiner avec le droit à la preuve a tout d'abord été admise pour le secret bancaire que les établissements de crédit ont longtemps été en droit d'opposer à quiconque souhaitait engager leur responsabilité¹⁵. Le

-
8. L'article fondateur est celui de G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277. Puis, notamment, A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, préf. J.-C. Saint-Pau; G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1.
9. X. Lagarde, « Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancale », *D.* 2023, p. 1526; N. Hoffschir, *D. actu*, 9 janv. 2024, obs. sous Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648.
10. CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, *LL c/ France*, § 40; *D.* 2006, p. 2692; *RTD civ.* 2007, p. 95, obs. J. Hauser.
11. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. I*, n° 85; *D.* 2012, p. 1596, obs. G. Lardeux; *ibid.*, p. 2826, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon; *ibid.* 2013, p. 269, obs. N. Fricero; *ibid.*, p. 457, obs. E. Dreyer; *RTD civ.* 2012, p. 506, obs. J. Hauser.
12. Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, *D.* 2024, p. 291, obs. G. Lardeux; *ibid.*, p. 275, obs. R. Boffa; *ibid.*, p. 296, obs. T. Pasquier; *ibid.*, p. 570, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès; *ibid.*, p. 613, obs. N. Fricero; *AJ Fam* 2024, p. 8, obs. F. Eudier; *AJ Pénal* 2024, p. 40; *Dr. soc.* 2024, p. 293, obs. C. Radé; *Légipresse* 2024, p. 11; *ibid.*, p. 62, obs. G. Loiseau; *JCP G* 2024, 119, rapp. D. Ponsot et H. Fulchiron; *ibid.*, 120, obs. G. Vial; *JCP E* 2024, 1042, obs. C. Golhen; *JCP S* 2024, 1028, obs. S. Brissy; *Procédures* 2024, 37, obs. A. Bugada; *RTD civ.* 2024, p. 186, obs. J. Klein.
13. CEDH, 13 mai 2008, n° 65097/01, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, § 42; *D.* 2009, p. 2714, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur; *RTD civ.* 2008, p. 650, obs. crit. J.-P. Marguénaud; *JCP* 2008, I, 167, n° 13, obs. F. Sudre.
14. G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », préc., spéc. n° 3.
15. Com., 13 nov. 2003, n° 00-19.573; Com., 25 janv. 2005, n° 03-14.693, *Bull. civ. IV*, n° 13; *D.* 2009, p. 784, obs. V. Avena-Robardet et J. Lasserre Capdeville; *D.* 2009, p. 2714, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur; *RTD civ.* 2009, p. 147, obs. P. Crocq; *JCP G* 2005, I, 183, n° 9, obs. Y.-M. Serinet; cassation de l'arrêt d'appel ayant décidé que « le secret bancaire, qui n'est pas absolu, n'est pas opposable par le banquier lorsque la demande est dirigée contre lui ». Dans la même affaire et dans le même sens, Com., 23 janv. 2007, n° 05-18.368, *Bull. civ. IV*, n° 7; *RDI* 2007, p. 268, obs. H. Heugas-Darraspen; *RTD com.* 2007, p. 432, obs. D. Legeais.

détournement de ce secret, instauré dans l'intérêt exclusif des clients et non pour organiser l'impunité des banques, était évident. C'est dans le contentieux abondant engendré par les détournements de chèques que la Cour de cassation a alors fini par admettre que le secret puisse tomber devant la nécessité d'établir l'éventuelle faute de négligence commise par un établissement de crédit¹⁶.

21. Par la suite, elle a repris cette solution à propos du secret professionnel des avocats, également lorsque la responsabilité de ceux-ci était recherchée, au motif particulièrement clair que ce secret « est institué dans l'intérêt du client ayant droit au respect du secret des informations le concernant et non dans celui de l'avocat » (n° 12)¹⁷. Par conséquent, il « ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que les mesures d'instruction sollicitées, destinées à établir la faute de l'avocat, sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve du requérant, proportionnées aux intérêts antinomiques en présence et mises en œuvre avec des garanties adéquates » (n° 14).

On reconnaît les conditions classiques du droit à la preuve –le caractère indispensable de la preuve produite ou demandée et l'atteinte proportionnée portée au secret¹⁸ –auxquelles la Cour de cassation ajoute l'exigence de « garanties adéquates »¹⁹. Quelle peut bien être la portée de cette condition supplémentaire ?

22. Sur le plan théorique d'abord, cette troisième condition, absente lorsqu'il s'agit du respect de la vie privée, mais déjà exprimée au sujet du secret bancaire²⁰, témoigne du grand souci de la Haute juridiction de protéger plus encore les secrets professionnels que la vie privée : ainsi, les juges doivent-ils chercher à les préserver, même lorsque le droit à la preuve doit l'emporter.

Confrontés à l'impératif de vérité, ces secrets professionnels semblent donc soumis à un régime plus protecteur que celui que connaît la vie privée. Parce que les premiers permettent également de poursuivre un but d'intérêt général ? Si cela est incontestable pour les avocats lorsqu'ils agissent comme défenseurs, une telle justification est moins évidente à propos du secret bancaire que seul le respect de la vie privée des clients justifie.

23. Sur le plan pratique ensuite, la question est évidemment de savoir ce que peuvent être ces garanties adéquates. On songe alors, par exemple, à la remise des informations couvertes par le secret à un expert qui, sans dévoiler celles-ci, devra vérifier si la faute reprochée à la banque ou à l'avocat a été commise. Le secret est alors partagé mais avec une personne également tenue de le respecter. Un coin du voile est certes levé mais le secret n'est pas divulgué, notamment pas à l'autre partie à l'instance. Il coexiste avec les nécessités probatoires.

Par ailleurs, lorsque la preuve portant atteinte au secret professionnel n'est plus demandée

Cf. également Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 06-20.807, arrêt qui rejette expressément l'argument tiré du droit à un procès équitable ; Com., 5 févr. 2013, n° 11-27.746 ; JCP 2013, 502, obs. crit. J. Lasserre Capdeville ; Com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779, *Bull. civ. V*, n° 20 ; D. 2015, p. 959, obs. J. Lasserre Capdeville ; D. 2016, p. 167, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *Just. & cass.* 2017, p. 143, avis P. Mollard et p. 153, avis R. Weissmann ; *RD* 2015, p. 191, P. Adam ; D. *avocats* 2015, p. 158, obs. F. Taquet ; JCP 2015, 226, obs. Barrière et 407, obs. Bossu : cassation pour violation de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier, au motif que « l'empêchement légitime résultant du secret bancaire ne cesse pas du seul fait que l'établissement financier est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a pas lui-même renoncé ».

16. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491 ; D. 2019, p. 1595, obs. H. Michelin-Brachet ; *ibid.*, p. 2009, obs. H. Synvet ; JCP 2019, 642, obs. Th. Bonneau. Pour un arrêt précurseur, Com., 29 nov. 2017, n° 16-22.060, *Bull. civ. IV* ; D. 2018, p. 603, obs. C. Kleiner ; D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seséke ; JCP G 2018, 54, obs. Th. Bonneau ; LPA 2018, n° 32, p. 6, obs. G. Lardeux ; JCP G 2018, 1038, obs. J. Lasserre Capdeville ; D. 2019, p. 157, obs. J.-D. Bretzner.

17. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2023, n° 22-19.285 ; JCP G 2023, 1465, obs. S. Grayot-Dix ; *ibid.* 2024, 351, n° 9, obs. C. Caseau-Roche ; *RTD civ.* 2024, p. 193, obs. J. Klein. Il s'agissait en l'espèce d'un détournement de clientèle et de la rétention de dossiers aux dépens d'une ancienne société cliente, après la rupture du contrat le liant à celle-ci.

18. V. *infra*, n° 32 et s.

19. *Contra*, Soc., 20 déc. 2023, n° 21-20.904, *Dr. soc.* 2024, p. 195, obs. J. Mouly : dans cet arrêt, la Chambre sociale soumet la conciliation du secret médical à la double condition du droit prétorien à la preuve (n° 8), sans mentionner l'exigence supplémentaire de « garanties adéquates ».

20. Com., 15 mai 2019, préc. : la mise en œuvre du droit à la preuve suppose que les juges recherchent « si la communication à M. et Mme L. des informations figurant au verso des chèques qu'ils avaient émis n'était pas indispensable à l'exercice de leur droit à la preuve, pour rechercher l'éventuelle responsabilité de la banque lors de l'encaissement desdits chèques, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, incluant la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques [...] ». Nous soulignons.

mais produite en justice, l'anonymisation des documents couverts par le secret professionnel peut également être un autre type de « garantie adéquate »²¹.

b. Droit à la preuve et loyauté

24. De manière plus significative encore, c'est l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve qui a cédé devant le droit à la preuve. Érigée en absolu par l'Assemblée plénière²², c'est cette même formation qui a fini par admettre de la concilier avec le droit à la preuve²³.

25. Une telle position ne peut qu'être approuvée. Il n'est qu'à se référer à la motivation de l'arrêt du 22 décembre 2023 pour comprendre que l'argument tiré de la dignité et de la crédibilité de la justice (n° 7) était trop court pour justifier la non-admissibilité absolue des preuves déloyales. Réversible, il perdait en effet beaucoup de sa force : ainsi de quelle crédibilité pouvait-on parler lorsque le rejet absolu de la preuve clandestine conduisait à rendre ce que tout le monde savait être une erreur judiciaire, adoptée au bénéfice de la partie malhonnête ? Par ailleurs, il y avait quelque ironie à fonder le principe de loyauté probatoire sur l'article 6 de la Convention EDH alors même que la notion de preuve déloyale est inconnue de la Cour de Strasbourg. Enfin, les preuves déloyales étant admissibles devant le juge pénal lorsqu'elles sont produites par des particuliers, le risque avait été souligné « que la voie pénale permette de contourner le régime plus restrictif des preuves en matière civile » (n° 11)²⁴. Il faut reconnaître néanmoins que la possibilité d'admettre des preuves déloyales en matière civile ne va pas faire totalement disparaître cet inconvénient car leur régime d'admissibilité demeure différent en droit pénal.

Quoiqu'il en soit, dénuée de tout fondement textuel, notamment supra-national, tout concourrait à admettre que l'exigence de loyauté probatoire fût conciliée avec les exigences du droit à la preuve.

26. La consécration d'un droit à la vérité est donc désormais bien établie. C'est néanmoins le statut d'exception qui lui a été théoriquement reconnu.

B. L'exception de vérité

27. La jurisprudence n'a pas varié depuis son adoption en 2012 : l'impératif de vérité, aussi légitime soit-il, ne permet pas d'ériger l'admissibilité des preuves illicites au rang de principe. À l'inverse, il ne s'agit que d'une exception, encadrée par des conditions qu'il convient d'interpréter strictement. Mais pourquoi le droit à la preuve n'a-t-il que le statut d'exception (1) ? Et comment les conditions auxquelles sa mise en œuvre est soumise seront-elles appréciées par les juges (2) ?

1. Les justifications du statut d'exception du droit à la preuve

28. Théoriquement, le droit à la preuve ne peut qu'exceptionnellement faire admettre une preuve illicite ou déloyale puisque deux conditions strictes et cumulatives doivent être réunies.

Dès l'arrêt fondateur du 5 avril 2012, la Cour de cassation a en effet indiqué que la preuve litigieuse devait être « indispensable » à l'exercice du droit à la preuve et « proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Par la suite, elle a précisé que l'atteinte portée à d'autres droits devait même être « *strictement* proportionnée au but poursuivi »²⁵. Les termes sont clairs : face au respect dû à la vie privée ou à l'exigence de loyauté, la vérité passe en second.

21. Comp., Soc., 20 déc. 2023, préc. : le licenciement d'une salariée est justifié par un motif réel et sérieux car cette dernière avait produit, lors de l'instance l'opposant à son employeur, des documents couverts par le secret médical, sans les anonymiser. On rappelle que, dans cet arrêt, la Chambre sociale n'a pas mentionné la nécessité de mettre en œuvre « des garanties adéquates », exigence qu'elle semble avoir englobée dans la condition du caractère indispensable de la preuve illicite, confondant celui-ci avec le caractère indispensable de la non-anonymisation (n° 10). Sur les rapports entre les « garanties adéquates » et la condition de proportionnalité, v. *infra*, n° 43.

22. Ass. plén., 7 janv. 2011, nos 09-14.316 et 09-14.667, D. 2011, p. 562, obs. E. Chevrier et F. Fourment ; *ibid.*, p. 618, chron. V. Vigneau ; *ibid.*, p. 2891, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; RTD civ. 2011, p. 127, obs. B. Fages ; *ibid.*, p. 383, obs. Ph. Théry ; RTD eur. 2012, p. 526, obs. F. Zampini ; JCP G 2011, 90, obs. M. Malaurie-Vignal ; *ibid.*, 208, obs. Ruy ; *ibid.*, 666, n° 13, obs. Y.-M. Serinet.

23. Ass. plén., 22 déc. 2023, préc.

24. Pour une illustration, Soc., 21 sept. 2022, n° 20-16.841 ; Dr. soc. 2022, p. 1052, obs. J. Mouly ; *ibid.* 2023, p. 265, étude R. Salomon ; RDT 2022, p. 593, obs. F. Guionard ; RTD civ. 2023, p. 167, obs. J. Klein.

25. Ass. plén., 22 déc. 2023, préc. Nous soulignons.

Ce statut d'exception interroge néanmoins. Qu'est-ce qui le justifie ?

29. Lorsque l'on considère les textes qui fondent les différentes règles en présence, la question mérite d'être posée. Ainsi, le droit à la preuve fait-il jeu égal avec la vie privée : fondé sur l'article 6 de la Convention EDH, rien ne justifie de ce point de vue qu'un statut juridique inférieur lui soit accordé par rapport au droit consacré à l'article 8. L'interrogation est encore plus légitime lorsqu'il est confronté à l'exigence de loyauté qui ne peut se prévaloir que de sa reconnaissance par la Cour de cassation : il n'a donc que valeur législative et devrait s'effacer devant le droit à la preuve, reconnu au niveau supra-national. Pourquoi alors ces préventions sémantiques et juridiques à l'égard de celui-ci ?

30. Techniquement tout d'abord, il faut souligner que ce droit n'est pas défendu en lui-même : il ne l'est que parce qu'il permet de défendre un intérêt substantiel qui lui-même ne correspond pas à tout coup à un droit de l'Homme. Il s'agit du « but poursuivi » mentionné par la Cour de cassation qui peut renvoyer à l'intérêt collectif des assurés²⁶ ou à la protection de la confidentialité des affaires de l'employeur²⁷. Or, ces considérations, aussi importantes soient-elles, ne peuvent faire jeu égal avec le respect dû à la vie privée. Néanmoins, il peut s'avérer que, dans certains contentieux, le droit à la preuve permette de défendre un autre droit fondamental : ainsi, du droit de propriété²⁸. Si, d'après la Cour de cassation, qui n'a jamais fait état de cette distinction, il n'en conservera pas moins son statut d'exception, on gage néan-

moins que, *via* l'appréciation de ses conditions, un meilleur sort pourrait lui être réservé dans cette hypothèse.

31. Par ailleurs, la préoccupation qui justifie le statut d'exception du droit à la preuve face à l'impératif de loyauté, que l'on sait juridiquement nettement plus fragile, n'est pas de nature juridique mais sociale : il s'agit de préserver les bases de relations civiles saines, en évitant l'émergence d'une société de surveillance généralisée ; de rappeler que, même au nom de la vérité, dont il faut convenir en outre qu'en matière de comportements humains, elle a rarement le tranchant d'une démonstration mathématique, tous les coups ne sont pas permis. Il faut donc retenir la main de ceux qui pourraient être tentés d'épier, de guetter et de contrôler les faits et gestes de leurs voisins et autres salariés²⁹ ; éviter qu'ils ne se sentent légitimes à se transformer en inquisiteurs.

2. La mise en œuvre des conditions du droit à la preuve

32. La seconde interrogation que soulève ce statut d'exception ne peut, à l'inverse, être encore levée. Elle porte sur la mise en œuvre effective des conditions posées dont dépend logiquement la portée exacte qui sera accordée, en pratique, au droit à la preuve.

a. Le caractère indispensable de la preuve illicite

33. L'exigence du caractère indispensable de la preuve produite ou demandée semble de prime abord ne soulever aucune difficulté. Le mot est du vocabulaire courant et désigne toute chose dont on ne peut se passer. On en déduit logiquement que, pour que la preuve litigieuse soit

26. Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, n° 11-17.476, *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 2013, p. 227, obs. Dupont ; *ibid.*, p. 457, obs. E. Dreyer ; *ibid.*, p. 2802, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *RTD civ.* 2013, p. 86, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 117, obs. B. Fages ; *JCP G* 2012, 1229, obs. Abravanel-Jolly ; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-24.015, *D.* 2017, p. 490, obs. B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia ; *ibid.* 2018, p. 259, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *Just. & cass.* 2017, p. 98, rapp. S. Canas ; *ibid.* 98, rapp. S. Canas ; *ibid.* p. 106, avis A. Ride ; *RTD civ.* 2016, p. 821, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, 1136, obs. G. Lardeux.

27. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *JCP G* 2020, 1226, G. Loiseau ; *JCP S* 2020, 3042, avis A. Berriat, note G. Loiseau ; *E* 2020, 1570, obs. F. Sfeir ; *D.* 2020, p. 2312, obs. S. Vernac ; *ibid.*, p. 2383, obs. C. Golhen ; *ibid.* 2021, p. 207, obs. A. Aynès ; *Dr. soc.* 2021, p. 14, obs. P. Adam ; *RTD* 2020, p. 753, obs. T. Kahn dit Cohen ; *ibid.*, p. 764, obs. C. Lhomond ; *Dalloz IP/IT* 2021, p. 56, obs. G. Haas et M. Torelli.

28. Ainsi, dans l'arrêt fondateur précité du 5 avril 2012, l'enjeu était celui du rapport d'une donation immobilière à la succession : aurait pu alors être plaqué le respect du droit de propriété de l'héritier lésé, pour faire balance à celui dû à la vie privée des défendeurs.

29. C'est ce qui explique que la Chambre sociale a ajouté une condition liminaire pour justifier le recours à des moyens d'investigation intrusifs par l'employeur : « le juge doit, d'abord, s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci » : Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802 ; *D.* 2023, p. 1443, obs. S. Vernac, et 2024, p. 570, A. Aynès ; *RTD civ.* 2023, p. 439, obs. J. Klein. Pour une application dernièrement, Soc., 25 sept. 2024, n° 23-13.992 ; *D.* 2024, p. 1947, obs. C. Gohlen.

admissible, il faut que le plaideur n'ait eu à sa disposition aucune autre preuve possible³⁰. Autrement dit, l'atteinte portée au droit antinomique en présence ne sera permise que si n'existait aucun autre moyen d'établir la réalité du fait litigieux. Et pourtant, cette condition peut faire l'objet d'autres interprétations et a déjà donné lieu à des appréciations différentes.

34. Ainsi, la réalité est-elle rarement aussi tranchée que pourrait le faire penser l'alternative opposant une preuve indispensable à une preuve qui ne l'est pas. Pour admettre le caractère superflueté d'un mode de preuve, encore faut-il en effet que l'autre, plus respectueux des droits fondamentaux, ne soit pas trop ardu ou trop cher à obtenir. C'est la première difficulté de l'appréciation de cette condition : elle est susceptible de dégrader.

Un arrêt de la Chambre sociale permet d'illustrer cette hypothèse. Afin d'établir le non-respect par l'employeur des règles légales impératives sur le travail dominical, des délégués du personnel avaient produit de nombreux documents portant atteinte à la vie personnelle des salariés. Ces preuves ont été jugées admissibles car les conditions du droit à la preuve étaient réunies³¹. Pourtant, il aurait été possible de faire valoir que le recours à des constats d'huissier, moins intrusifs que les décomptes détaillés du temps travaillé par les salariés, repos compensateurs compris, aurait tout autant permis d'établir les faits reprochés. Mais les délégués du personnel avaient accès à des qualités aux documents produits : la preuve était donc à portée de mains. Comment alors exiger d'eux de recourir à un autre mode de preuve, même plus respectueux de la vie privée des salariés, et onéreux qui plus

est ? Il ne faudrait certes pas donner à cet arrêt une portée qu'il n'a pas dans la mesure où le caractère indispensable des preuves produites n'y a pas été discuté : dans cette décision en effet, la Chambre sociale s'est contentée de ce que la preuve était « nécessaire »³². Il n'en témoigne pas moins de la relativité que peut présenter cette condition.

35. Une autre difficulté se présentera lorsqu'après avoir établi le caractère indispensable de la preuve produite, il sera toutefois demandé aux juges de l'écarter au motif qu'elle n'est pas « strictement proportionnée au but poursuivi ». Mais si celle-ci est réellement la seule preuve possible pour établir la vérité, comment admettre son caractère disproportionné ? Ainsi, et parallèlement, la Cour EDH a-t-elle jugé que, parce que la preuve produite n'était pas indispensable à l'établissement des violences conjugales subies par l'épouse, elle était donc disproportionnée³³. Un raisonnement *a contrario* semble dès lors envisageable, conduisant à admettre qu'une preuve est forcément « proportionnée au but poursuivi » lorsqu'elle est indispensable. Une telle déduction serait certes indéniablement contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a posé des conditions distinctes et cumulatives, mais elle met justement en lumière la question de la praticabilité de cette dualité. Cette interrogation rejoint d'ailleurs le problème plus général des rapports que ces deux conditions entretiennent entre elles dans la pratique judiciaire.

36. Leurs relations sont étroites en effet, pour ne pas dire confuses. On en veut pour preuve à nouveau un arrêt de la Chambre sociale, rendu dans

30. Dans ce sens, Soc., 8 mars 2023, préc. : « la production des enregistrements litigieux n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, dès lors que celui-ci disposait d'un autre moyen de preuve qu'il n'avait pas versé aux débats [...] » ; Soc., 17 janv. 2024, n° 22-17.474, *RTD civ.* 2024, p. 376, obs. A.-M. Leroyer ; *ibid.*, p. 470, obs. J. Klein ; D. 2024, p. 613, obs. N. Fricero ; *ibid.*, 1636, obs. S. Vernac ; Civ. 2^e, 6 juin 2024, n° 22-11.736, D. 2024, p. 1636, obs. S. Vernac : afin d'établir les violences verbales et physiques dont il avait été victime, un salarié produisait l'enregistrement de l'altercation qu'il avait eue avec le gérant de la société, enregistrement qu'il avait réalisé à l'insu de ce dernier sur son téléphone portable ; cette preuve déloyale a été jugée indispensable au motif que, si « au moment des faits, trois collègues de travail de la victime ainsi qu'une personne, cliente de l'entreprise et associée avec le gérant dans une autre société, étaient présents sur les lieux », l'arrêt d'appel avait légitimement retenu « qu'au regard des liens de subordination unissant les premiers avec l'employeur et du lien économique de la seconde avec le gérant, la victime pouvait légitimement douter qu'elle pourrait se reposer sur leur témoignage » (n° 13).

31. Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, D. 2016, p. 2347, note explicative de la Cour de cassation ; D. 2017, p. 37, obs. G. Lardeux ; JCP G 2016, 1281, obs. N. Dedessus-le-Moustier.

32. Jurisprudence qu'elle abandonnera par la suite, exigeant, comme les autres formations de la Cour de cassation, que la preuve illicite soit indispensable.

33. La question portait sur l'admissibilité des certificats médicaux du mari établissant son alcoolisme : CEDH, 10 oct. 2006, *LL c/ France*, préc.

la fameuse affaire *Petit Bateau*³⁴. Dans cette décision, les juges du fond ont été approuvés d'avoir admis le caractère indispensable de la preuve alors qu'en réalité, ils n'avaient statué que sur le caractère proportionné de l'atteinte portée à la vie privée de la salariée. Seul ce point en effet avait été plaidé, conduisant l'arrêt de la Cour de cassation à reconnaître le caractère indispensable de la preuve sur le fondement du seul constat que celle-ci portait exactement sur le fait à établir (n° 8). D'où l'on voit qu'une autre acception de cette condition peut être admise, qui s'appuie sur l'objet de la preuve litigieuse. Elle doit pourtant être rejetée car admettre qu'une preuve est indispensable au seul motif qu'elle permet de prouver le fait litigieux conduit à désactiver cette exigence³⁵. Cette neutralisation s'explique au demeurant parce que ce critère d'appréciation tiré de l'objet de la preuve est un de ceux permettant d'apprécier la condition de proportionnalité, ce que l'arrêt « *Petit Bateau* » met également en lumière : la Cour de cassation s'est en effet appuyée sur ce même critère pour approuver la cour d'appel d'avoir jugé que la preuve litigieuse était « proportionnée au but poursuivi ».

37. Certes, on doit souligner une fois encore que tout dépend de ce qui est plaidé, les juges n'ayant pas à soulever ces questions d'office³⁶. Nulle conclusion définitive ne peut dès lors être tirée de tel ou tel arrêt. Mais, à travers ces exemples, on perçoit ce que la dualité des conditions posées par la Cour de cassation a de fragile, sa mise en pratique risquant d'aboutir à une confusion au profit de la seule condition de proportionnalité. La mise en œuvre de celle-ci ne soulève pas moins de questions.

b. Le caractère strictement proportionné de l'atteinte portée aux droits antinomiques en présence

38. La difficulté centrale suscitée par la seconde condition du droit à la preuve est évidemment l'imprévisibilité des décisions de justice qu'elle engendre. Conformément aux injonctions de la Cour EDH en effet, le contrôle de proportionnalité doit être réalisé *in concreto*. Or, au regard des multiples données d'espèce qui peuvent en faire varier l'appréciation, toute systématisation de la jurisprudence est, si ce n'est entièrement impossible, du moins difficile et à la portée forcément limitée³⁷. C'est dire que l'importance effective du droit à la preuve, *i.e.* la réalité de son statut d'exception, est entre les mains des juges du fond dont on ne pourra anticiper l'application qu'ils en feront à chaque espèce.

Deux garde-fous peuvent certes permettre de circonscrire leur appréciation de la condition de proportionnalité mais leur impact sera, en réalité, limité.

39. Il s'agit tout d'abord du contrôle de la Cour de cassation. Il peut être lourd, fondé sur la violation de la loi, ou léger, invoquant un manque de base légale. Face à une appréciation de la proportionnalité réalisée *in concreto*, seul ce dernier type de contrôle est envisageable de la part de la Haute juridiction. Elle ne peut en effet apprécier elle-même le caractère strictement proportionné de l'atteinte portée au secret ou à la loyauté, sauf à entrer dans des appréciations de fait qui ne relèvent pas de sa fonction. La jurisprudence est au demeurant en ce sens³⁸, les rares arrêts dans lesquels la Cour de cassation a exercé un contrôle lourd semblant aujourd'hui dépassés³⁹. Celle-ci réserve alors le grief de viola-

34. Soc., 30 sept. 2020, préc.

35. Ayant rejeté cette conception du caractère indispensable de la preuve produite en cassant l'arrêt d'appel qui l'avait retenue : Soc., 8 mars 2023, préc. La cour d'appel avait ainsi admis que, « pour justifier du caractère indispensable de la production de la vidéosurveillance, la société faisait valoir que les enregistrements avaient permis de confirmer les soupçons de vol et d'abus de confiance à l'encontre de la salariée, révélés par un audit qu'elle avait mis en place au cours des mois de juin et juillet 2013 [...] ».

36. Ass. plén., 22 déc. 2023, préc.

37. G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », préc.

38. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, préc.; Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, préc.; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, préc.; Com., 15 mai 2019, préc.; Soc., 30 sept. 2020, préc.; Soc., 8 mars 2023, préc.; Soc., 17 janv. 2024, préc.; Soc., 14 févr. 2024, n° 22-23.073, *RTD civ.* 2024, p. 376, obs. A.-M. Leroyer; *ibid.*, p. 470, obs. J. Klein.; Com., 5 juin 2024, n° 23-10.954, *JCP G* 2024, act. 766; *RTD civ.* 2024, p. 708, obs. J. Klein.

39. Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, n° 13-22.612, *Bull. civ. I*, n° 143; *D.* 2014, p. 1824; *ibid.* 2015, p. 342, obs. E. Dreyer; *D.* 2016, p. 167, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès; *RTD civ.* 2014, p. 856, obs. J. Hauser; Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403, *D.* 2016, p. 884, obs. J.-C. Saint-Pau; *D.* 2016, p. 2535, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès; *AJ Pénal* 2016, p. 326, obs. D. Aubert; *RTD civ.* 2016, p. 320, obs. J. Hauser; *ibid.* 2016, p. 371, obs. H. Barbier; *LPA* 1^{er} avr. 2016, p. 16, note crit. G. Lardeux.

tion de la loi aux décisions dans lesquelles les juges du fond n'ont opéré aucun contrôle⁴⁰.

Or si le contrôle de manque de base légale permet de vérifier que le statut d'exception du droit à la preuve a bien été respecté par les juges du fond, il ne peut conduire à unifier leur appréciation du rapport de proportionnalité tant les circonstances d'espèce peuvent varier.

40. C'est également le contrôle de proportionnalité *in concreto* qui conduit à évincer la loi en ce domaine et, corollairement, toute prévisibilité juridique. La Cour EDH a en effet décidé que celle-ci ne jouait que le rôle d'un simple indice dans la mise en œuvre de la condition de proportionnalité. Cela signifie que, si la mise en balance du droit à la preuve et des droits fondamentaux peut continuer à être opérée *a priori* par le législateur, cela ne saurait en rien préjuger de l'appréciation qu'en retiendront les juges dans chaque cas d'espèce. Ils sont autorisés à écarter au cas par cas l'application de la loi au profit de leur propre appréciation de l'équilibre à adopter entre le respect de la vie privée et les exigences probatoires⁴¹.

41. L'exemple le plus emblématique de la disqualification de la loi a été donné en droit social, terrain privilégié de la confrontation entre vie privée et loyauté d'un côté, nécessité de prouver les fautes éventuellement commises par l'employeur ou le salarié de l'autre. Dans deux arrêts de grande chambre, la Cour EDH a en effet précisé qu'il n'était pas nécessaire qu'aient été respectées les conditions posées par la loi pour qu'une preuve portant atteinte à la vie privée des salariés soit admissible et, parallèlement, que le seul fait que les conditions légales aient été observées ne conduit pas nécessairement à l'ad-

missibilité de la preuve⁴². La Chambre sociale de la Cour de cassation a alors opéré un revirement de jurisprudence pour s'aligner sur cette position⁴³. Les autres formations devront faire de même, aboutissant à évincer la loi des arbitrages pourtant très politiques à opérer entre vie privée et vérité.

42. La Chambre sociale a adopté la même position de principe à propos du secret médical qu'elle a soumis au droit prétorien à la preuve⁴⁴ alors que l'article L. 1110-4 I al. 2 du code de la santé publique prévoit sans ambiguïté que ce secret ne peut tomber que « dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi ». Pire, dans cet arrêt, elle affirme que la conciliation judiciaire entre secret médical et droit prétorien à la preuve « résulte de ce texte » (n° 8) ce qui est évidemment faux.

43. Et pourtant, c'est bien à propos de la combinaison entre droit à la preuve et secrets professionnels qu'une solution peut être proposée qui permettrait à la loi de reprendre la main dans la mise en œuvre de l'exigence de proportionnalité.

Pour ces secrets en effet, on sait que des arrêts ont exigé que des « garanties adéquates » soient prises par les juges afin de les préserver dans cette confrontation et que celles-ci peuvent prendre, par exemple, la forme d'une remise des données protégées à un tiers qui ne les divulguera pas, se contentant d'indiquer si les éléments couverts par le secret permettent ou pas de confirmer les faits reprochés⁴⁵.

Or, cette exigence de mesures appropriées, qui préservent le secret tout en permettant la décision, semble bien faire double emploi avec la condition de proportionnalité. Quelle portée celle-ci peut-elle encore avoir en effet alors que

40. Ass. plén., 22 déc. 2023, préc.; Civ. 1^{re}, 6 déc. 2023, préc.; Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798.; Soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, *Dalloz IPIIT* 2020, p. 655, obs. C. Crichton; *Dr. soc.* 2021, p. 21, avis N. Trassoudaine-Verger; *ibid.*, p. 170, obs. R. Salomon; *RDT* 2021, p. 199, obs. S. Mraouahi; *D.* 2021, p. 117, obs. G. Loiseau; *RTD civ.* 2021, p. 413, obs. H. Barbier; *JCP G* 2021, 159, obs. B. Bossu.; Soc., 2 mai 2024, n° 22-16.603.; Soc., 10 juill. 2024, n° 23-14.900; *JCP G* 2024, act. 963; *D.* 2024, p. 1475, obs. M.-P. Lanoue.

41. G. Lardeux, « La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question », *D.* 2023, p. 898.

42. CEDH, Gr. ch., 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Roumanie*, *AJDA* 2017, p. 1639; *ibid.* 2018, p. 150, chron. L. Burghogue-Larsen; *D.* 2017, p. 1709; *ibid.* 2018, p. 138, obs. J.-F. Renucci; *ibid.*, p. 1033, obs. W. Maxwell; *Dr. soc.* 2018, p. 455, obs. B. Dabosville; *Dalloz IPIIT* 2017, p. 548, obs. E. Derieux; *JCP G* 2017, 935, obs. E. Derieux; *ibid.* 2018, 34, obs. F. Sudre; *D.* 2019, p. 157, obs. A. Aynès; CEDH, Gr. ch., 17 oct. 2019, n° 1874/13, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*, *D.* 2019, p. 2039, et les obs.; *JCP G* 2019, 1126, obs. F. Sudre; *RDT* 2020, p. 122, obs. B. Dabosville; *JCP S* 2020, 1036, obs. E. Sauzey.

43. Soc., 25 nov. 2020, préc.

44. Soc., 20 déc. 2023, préc.

45. V. *supra* n° 21 et s.

la conciliation entre le secret professionnel et la vérité passe par celles-là ? Si des « garanties adéquates » pour sauvegarder le secret autant que possible ont été prises, en toute logique, il faudra considérer automatiquement comme remplie la condition de proportionnalité qui perd alors toute autonomie. Les deux questions n'en font donc qu'une en réalité ce qui laisse entrevoir la possibilité de poser des conditions objectives générales et néanmoins satisfaisantes de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Une telle perspective permettrait alors à la loi de reprendre l'initiative.

44. Deux arrêts de la deuxième chambre civile, où le respect du secret médical était en jeu, confortent ce propos⁴⁶.

On doit immédiatement préciser que, dans ces affaires, le droit à la preuve n'avait pas été invoqué. Ses conditions de mise en œuvre n'ont donc pas été discutées. Néanmoins, l'analogie n'est pas interdite car il s'agissait de la confrontation entre le respect du contradictoire, au nom duquel l'employeur plaidait l'accès à certaines données médicales de son salarié, et le droit au secret invoqué par ce dernier.

Dans ces décisions, la Cour de cassation a tout d'abord constaté qu'aucune « disposition législative n'autoris[ait] la levée du secret médical » (n° 16), pour ensuite observer que le code de la santé publique prévoit la transmission à la commission de recours amiable des données pertinentes contenues dans le rapport médical de l'assuré, transmission assurée par le praticien-conseil du service du contrôle médical (n° 19). C'est alors sur le fondement de ces mesures adéquates prises par la loi que la deuxième chambre civile a décidé que « l'équilibre entre le droit de la victime au respect du secret médical et le droit de l'employeur à une procédure contradictoire » avait été « préservé » (n° 18).

45. Ces décisions démontrent que la conciliation entre l'atteinte portée aux secrets professionnels et l'exigence de vérité peut être assurée par des dispositions légales, jugées satisfaisantes par la Cour de cassation. Elles permettraient alors, si ce n'est d'évincer, au moins de paralyser le contrôle

judiciaire de proportionnalité réalisé *in concreto* et à la loi de recouvrer son rôle de régulateur des relations sociales. Pour le plus grand bénéfice de la sécurité juridique.

46. À la suite de ces développements, on le constate, le droit de la preuve est en équilibre instable face à cette contradiction : chacun souhaite que toute la lumière puisse être faite sur les litiges que le juge doit trancher mais personne n'accepte de faire l'objet d'une surveillance généralisée. Ces deux exigences étant également légitimes, il n'est pas étonnant que leur conciliation soit si délicate.

47. On pensait alors se rassurer en se tournant vers le contentieux contractuel, pouvoir naviguer en ce domaine sur une mer moins agitée, une lagune bordée par les rivages sereins de la sécurité juridique. Ce n'est malheureusement pas le cas.

II. La place de la vérité dans la preuve des actes juridiques

48. Comme cela a déjà été souligné⁴⁷, en matière contractuelle, le droit de la preuve prolonge le principe du respect de la volonté des parties, retenu en droit matériel (C. civ., art. 1103). La vérité factuelle s'efface alors devant la sécurité juridique (A). Pourtant, même en ce domaine, la première devient une exigence de plus en plus pressante qui ébranle la seconde (B).

A. La primauté originelle de la sécurité juridique

49. L'exigence de preuve littérale pour prouver un acte juridique (1) ou le contester (2) est la garante de la sécurité juridique en matière probatoire.

1. Prouver un acte juridique par écrit

50. L'article 1359 du Code civil pose le principe de la preuve par écrit des actes juridiques. Les contractants doivent alors établir un *instrumentum*, authentique ou sous signature privée, afin de prouver l'existence et le contenu de leur accord.

51. Les justifications de cette exigence sont fortes et nombreuses⁴⁸ ce qui explique que, mal-

46. Civ. 2^e, 13 juin 2024, n° 22-22.786 et n° 22-15.721, D. 2024, p. 1502, obs. G. Lardeux.

47. V. *supra* n° 3.

48. Sur celles-ci, G. Lardeux, *Preuve – Droit civil*, Dalloz, coll. « Dalloz corpus », 2020, n° 79 et s.

gré la consécration formelle du principe de la preuve par tout moyen à l'article 1358, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, cette règle multiséculaire de la preuve littérale des actes juridiques civils n'ait pas été remise en cause⁴⁹.

52. Au regard tout d'abord de la finalité du droit de la preuve en général, qui est d'assurer l'acceptabilité des jugements par les parties à l'instance, fonder ceux-ci sur un acte signé par celle à qui on l'oppose permet de rendre la décision incontestable aux yeux mêmes de la personne à qui elle est défavorable. Que répliquer en effet à un juge qui condamne le débiteur sur la foi d'un acte que ce dernier a formellement accepté ? Il ne peut alors contester le jugement sans se déjuger lui-même. Il s'agit en quelque sorte d'une « auto-condamnation »⁵⁰.

53. Par ailleurs, avec une telle exigence, la sécurité juridique est maximale. Affirmer que la preuve d'un acte juridique ne pourra pas être rapportée autrement que par un écrit portant la signature originale des parties permet de connaître avec certitude l'issue du procès. De deux choses l'une en effet : soit l'écrit peut être produit et le juge devra statuer conformément à ce qu'il établit ; soit il ne peut l'être et le juge devra débouter le créancier qui se prévalait de l'accord pour fonder sa prétention. Face à une preuve littérale, le juge perd en effet tout pouvoir d'appréciation : son intime conviction est écartée au seul profit de ce qu'établit l'écrit. En l'absence de celui-ci, et parce que les témoignages et autres présomptions du fait de l'homme sont irrecevables, le demandeur à l'allégation est inévitablement débouté. En d'autres termes, la prévisibilité de la décision de justice est assurée. C'est suffisamment rare pour être souligné. Partant, « la plus grande utilité des preuves préconstituées n'est pas de terminer les procès, c'est de

les prévenir : elles sont [...] une force anti-litigieuse »⁵¹. Tarir le contentieux contractuel à la source, un avantage dont on comprend que le législateur n'ait pas souhaité se priver en 2016.

54. Les fortes justifications du principe de la preuve littérale en matière d'actes juridiques civils peuvent-elles pour autant lui permettre de résister aux pressions du droit à la preuve ? Si demain, l'article 1359 al. 1^{er} du Code civil était contesté au nom du droit conventionnel de présenter ses preuves, qu'en serait-il ? En tant que règle de droit interne, ce texte devrait être, en toute logique, passé au crible de la Convention EDH, les juges devant, si cela leur était demandé, vérifier au cas par cas si les conditions du droit à la preuve sont réunies et, dans la positive, admettre tout mode de preuve afin d'établir l'existence et le contenu de l'acte juridique.

55. Néanmoins, une telle perspective ne se réalisera pas car, pour que le droit à la preuve l'emporte, il faut établir que la preuve autre que littérale revêt un caractère indispensable⁵², autrement dit, qu'il était impossible d'établir un instrumentum ou qu'il est devenu impossible de le produire. Or, cette hypothèse est prévue par la loi, à l'article 1360 du Code civil précisément, qui écarte l'exigence de preuve littérale « en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit [...] ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure ». Il est donc déjà fait exception à la preuve par écrit dans l'hypothèse où la preuve illégale – puisque contraire à l'article 1359 al. 1^{er} – est la seule à pouvoir être présentée. Partant lorsque le droit probatoire français exige un instrumentum pour prouver un acte juridique, c'est uniquement dans les cas où les autres modes de preuve ne sont pas indispensables. La première condition du droit à la preuve ne sera donc jamais remplie.

49. Elle a été posée par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins de février 1566 : « Pour obvier à la multiplication de faicts que l'on a veu cy-deuant estre mis en avant en jugement, subjects à preuve de tesmoings, et reproche d'iceux dont adviennent plusieurs inconveniens et involutions de procez : avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toute choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contracts pardevant notaires et tesmoings par lesquels contracts seulement sera faicte et receue toute preuve esdictes matieres sans recevoir aucune preuve par tesmoings outre le contenu au contract ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant iceluy lors et depuis. En quoy n'entendons exclurre les preuves des conventions particulieres et autres qui seraient faictes par les parties soubz leurs seings, seaux et escriptures privées. »

50. E. Jeuland, « Modèle et preuve de l'acte juridique », in Th. Revet (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 209, spéc. n^{os} 7.

51. J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, t. 1, 2^e éd., H. Bossange, 1830, p. 254.

52. V. *supra* n^o 33 et s.

2. Prouver par écrit contre et outre un acte juridique

56. Le principe de la preuve littérale a été doublé d'une règle corollaire : il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique civil que par un autre écrit (C. civ., art. 1359 al. 2).

57. Déjà énoncée dans l'ancien article 1341, la Cour de cassation lui a donné la portée générale que le texte lui accordait, en décidant que l'exigence de preuve littérale contraire s'appliquait également lorsqu'elle devait porter sur des faits juridiques énoncés dans l'acte. Lorsqu'un tel fait était mentionné dans un écrit, il ne pouvait donc plus être contesté par tout moyen ; il devenait ainsi une vérité quasi inébranlable. Autrement dit, les contractants pouvaient, en attestant de l'existence d'un fait juridique dans leur accord, poser de véritables présomptions irréfragables de vérité. Était-il affirmé dans une reconnaissance de dette qu'elle avait pour cause l'exécution de travaux par le créancier, les expertises permettant d'établir que lesdits travaux n'avaient pas été effectués étaient irrecevables⁵³ ; une quittance établissait-elle qu'une obligation monétaire avait été payée, un simple aveu extrajudiciaire contraire de la débitrice elle-même ne permettait pas de le contester⁵⁴. La jurisprudence était constante.

58. On le comprend, la vérité factuelle est alors sacrifiée sur l'autel de la sécurité juridique et du respect dû à la volonté des parties. Celles-ci, sommées de se tenir à ce qu'elles ont accepté, sont renvoyées à leur responsabilité : on ne signe pas n'importe quoi et lorsque, de plus fort, on décide de mentir délibérément dans un contrat, on en assume les conséquences⁵⁵.

Mais c'est justement cette négation délibérée de la vérité qu'impose cette seconde règle qui, aujourd'hui, est de plus en plus contestée, la preuve des actes juridiques étant également l'objet des pressions contemporaines en faveur de

l'établissement et du respect de la vérité factuelle.

B. Les avancées contemporaines de la vérité factuelle

59. Le débat a d'abord été porté par la doctrine sur le terrain même de l'article 1359 al. 2 du Code civil. Des auteurs ont en effet affirmé que sa rédaction, modernisée et clarifiée par rapport à celle du texte qu'il remplace – l'ancien article 1341 al. 1^{er} – en avait modifié la portée⁵⁶.

La différence entre ces deux versions de la même règle tient à ce qu'au terme vague d'actes, le nouveau texte a substitué celui d'acte juridique, désormais défini dans le Code civil. Or prouver contre un acte permettait, comme la Cour de cassation le décidait, d'englober toutes les mentions de l'écrit, faits juridiques inclus, l'ancienne version du texte évoquant la preuve « contre ou outre le contenu aux actes », sans distinguer parmi les mentions concernées. Aujourd'hui, la référence plus précise à une preuve contredisant un acte juridique peut être interprétée comme renvoyant à la notion définie à l'article 1100-1 al. 1^{er}, précisant que « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Cette notion étant distinguée, pour ne pas dire opposée, à celle de faits juridiques dans les nouvelles dispositions du Code civil (art. 1100-2), l'article 1359 al. 2 ne concernerait plus ces derniers. La preuve contraire par tout moyen serait désormais recevable lorsqu'il s'agirait de les contester, fussent-ils mentionnés dans un acte juridique. Une telle interprétation doit néanmoins être rejetée.

60. La définition de l'acte juridique ne distingue pas en effet selon le contenu de celui-ci, très certainement parce qu'affirmer l'existence d'un fait juridique dans un tel acte est également une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. C'est même son seul objet. Ainsi,

53. Civ. 1^{re}, 23 févr. 2012, n° 11-11.230, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 2012, p. 993, obs. A. Donnette ; *ibid.*, p. 635, chron. B. Vassallo et C. Creton ; *ibid.*, p. 2826, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *RTD civ.* 2012, p. 315, obs. B. Fages.

54. Civ. 1^{re}, 9 mai 2019, n° 18-10.885, *D.* 2019, p. 1046 ; *AJ Fam* 2019, p. 344, obs. N. Levillain.

55. Cette logique était poussée jusqu'au bout puisqu'une quittance délivrée par une banque à la suite d'une erreur de son système informatique ne pouvait être écartée au motif que le non-remboursement du prêt par les emprunteurs avait été établi par présomptions du fait de l'homme : Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-27.035, *Bull. civ. I*, n° 194 ; *D.* 2012, p. 63, obs. J. François ; *ibid.*, p. 2826, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *RTD civ.* 2012, p. 118, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2012, p. 169, obs. D. Legeais.

56. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, 2022, n° 340 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 3^e éd., Dalloz, 2024, n° 1146.

énoncer qu'une dette a été payée produit l'extinction de l'obligation ; stipuler que deux contrats sont indivisibles conduit à admettre la caducité de l'un si l'autre disparaît ; affirmer que le bien loué est en bon état au moment de l'entrée en jouissance du locataire aura des incidences sur la preuve de la responsabilité de ce dernier en cas de dommages subis par le bien ; attester que le contrat a été négocié permet d'écarter l'application des articles 1171 et 1190 du Code civil. On pourrait multiplier les exemples.

Par conséquent, si les parties incluent dans leur contrat des clauses factuelles, c'est qu'elles recherchent spécifiquement les effets juridiques qui en découlent. Il n'y a dès lors aucune raison de distinguer dans un acte juridique entre le strict énoncé des droits et obligations des parties et l'affirmation de faits qui ont une incidence directe sur ces mêmes droits et obligations. Le départ entre les deux serait totalement factice et, en réalité, impossible à réaliser. Partant, mentionné dans l'acte, un fait juridique ne peut logiquement plus être contesté que par une manifestation de volonté contraire des contractants.

61. La remise en cause de la force probante des clauses factuelles intégrées dans les actes juridiques est alors venue d'un autre texte, l'article 1356 al. 2 qui précise, *in fine*, que les contrats sur la preuve « ne peuvent [...] établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable. » Or, nous l'avons indiqué, c'est le résultat auquel aboutissent *de facto* les stipulations d'un contrat lorsqu'elles affirment l'existence d'un fait juridique : à défaut d'écrit contraire, celui-ci devient incontestable.

62. Avec ce nouvel interdit, apparaît avec netteté l'opposition entre sécurité juridique et vérité factuelle, le texte étant évidemment favorable à la seconde. Pourtant, au regard des nombreux avantages qui s'attachent à la première⁵⁷, on nous accordera de présenter les arguments qui permettraient de préserver la possibilité, originellement accordée aux parties, d'imposer au juge la version des faits qu'elles ont choisie. Celle-ci n'est pas moins légitime, il s'en faut, que la vérité factuelle,

dans la mesure où elle participe à la répartition des risques économiques qui naissent de tout contrat.

63. Quelle réponse alors apporter afin de préserver la liberté contractuelle en droit de la preuve ? Logiquement, il faut tenter de démontrer que les clauses déclaratives ne relèvent pas de l'interdiction posée à l'article 1356 al. 2, c'est-à-dire qu'elles ne posent pas de présomptions irréfragables.

Or, un autre texte issu de l'ordonnance du 10 février 2016 peut y aider. Il s'agit de l'article 1361 du Code civil qui érige le « commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve » au rang de preuve parfaite, à l'instar de l'écrit. Ce mode de preuve est en effet passé en 2016 du statut d'exception à l'exigence preuve littérale (C. civ., art. 1347 anc.) à celui de preuve équivalente à celle-ci. Si le droit positif n'en sort pas modifié, cette nouvelle présentation, pour contestable qu'elle soit⁵⁸, met en lumière que la version des faits adoptée par les parties dans l'acte juridique peut tomber si la preuve contraire est apportée *via* « un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve ».

Ce mode de preuve étant ainsi mis sur un strict pied d'égalité avec l'écrit, on doit alors considérer que les présomptions posées par les clauses déclaratives dans un acte juridique sont non pas irréfragables mais mixtes : la preuve contraire n'est pas impossible ; elle est rendue seulement plus ardue par la limitation des modes de preuve contraires admis parmi lesquels s'en trouve un dont la Cour de cassation a adopté une conception très souple, suivie en cela par le législateur (C. civ., art. 1362).

Une telle interprétation a pour elle non seulement la lettre des textes mais également l'équilibre qu'elle permet d'instaurer entre sécurité et vérité : au bénéfice de la première, l'écrit ne peut toujours pas être combattu par tout moyen ; au bénéfice de la seconde, il peut l'être par un mode de preuve dont l'existence est plus probable que celle d'un écrit contraire ou d'un aveu judiciaire, sans même parler du serment décisoire...

57. V. *supra* n° 52-53.

58. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 1161.

64. Il n'en demeure pas moins que, certaines clauses factuelles ne supportent pas, *de facto*, la preuve contraire, quelle qu'elle soit, ce qu'illustre un arrêt de la Chambre commerciale⁵⁹.

En l'espèce, la clause litigieuse prévoyait que tout dysfonctionnement du progiciel, objet d'un contrat de licence et de distribution, devait être dénoncé par écrit dans un délai de quinze jours à compter de la livraison. À défaut de réserves respectant ce formalisme, le progiciel devait être considéré comme « tacitement recetté ». Ce type de stipulation est très fréquente car très utile : elle permet de mettre le débiteur à l'abri d'un créancier négligent ou malhonnête qui ne réceptionnerait jamais le bien.

La mise à l'écart de la clause par les juges du fond a pourtant été approuvée par la Cour de cassation, motif pris « que si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ». On reconnaît les termes de l'article 1356 al. 2 qui n'était pourtant pas applicable au contrat *ratione temporis*.

65. La présomption instaurée par la stipulation était bel et bien irréfragable en l'espèce : à défaut d'avoir respecté le formalisme instauré par le contrat pour recetter le progiciel dans le délai convenu, le cocontractant ne pouvait plus, par quelque moyen que ce soit, contester la conformité de celui-ci. La Cour de cassation, appliquant la prohibition légale, décide alors de ravalier cette présomption au rang de présomption simple, précisant ainsi la sanction assortissant cette interdiction, ce que le texte de loi n'avait pas fait. En d'autres termes, ce qui a été prévu au contrat peut être contesté par tout moyen, ce qui avait été admis en l'espèce par les juges du fond, approuvés en cela par la Chambre commerciale⁶⁰.

66. Si la loi est clairement en ce sens, on ne peut que regretter sa portée générale. On peut douter en effet que la condamnation de telles présomptions soit opportune lorsqu'elles ont été adop-

tées dans des contrats conclus de gré à gré. Elles participent alors de l'équilibre du contrat tel que souhaité par les parties et que le juge ne doit être autorisé à remettre en cause que très exceptionnellement ; ainsi, comme le prévoit l'article 1170 du Code civil, dans l'hypothèse où elles priveraient « de sa substance l'obligation essentielle du débiteur », ce qui était d'ailleurs le cas dans l'arrêt précité.

C'est le regret principal au demeurant que l'on peut formuler à l'égard de la condamnation légale des présomptions irréfragables convenues par les parties : elle a été adoptée par le droit de la preuve au moment même où elle devenait inutile, la préservation de l'essence des conventions étant assurée par le droit des contrats.

Conclusion

67. Si le droit probatoire civil est difficile de lecture aujourd'hui, c'est parce qu'il tangué sous les coups des évolutions profondes que connaît notre société tandis que la jurisprudence qui, devant l'inertie du législateur, est seule à y faire face, tente bon an mal an d'en tirer les conséquences juridiques idoines, sous l'égide de ce *Big Brother* juridique qu'est le droit européen des droits de l'Homme tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg.

Face à sa philosophie traditionnelle, qui consiste à user de moyens divers afin d'atteindre l'objectif unique d'acceptabilité des décisions de justice par les parties à l'instance et, plus généralement, par le corps social, les avancées de l'exigence de vérité factuelle sont indéniables, quelle que soit la nature du contentieux civil. Mais si la sécurité juridique et l'impératif de licéité des modes de preuve font de plus en plus pâle figure devant les possibilités et donc la revendication que soit établie la vérité des faits, celle-ci n'en est pas devenue pour autant la seule et unique fin du droit civil de la preuve.

Celui-ci est, encore à ce jour, en quête d'un équilibre nouveau entre les différents impératifs qui le gouvernent.

59. Com., 6 déc. 2017, n° 16-19.615, *D.* 2018, p. 327, obs. G. Lardeux ; *AJC* 2018, p. 37, obs. Th. Douville ; *RTD civ.* 2018, p. 123, obs. H. Barbier ; A. Sériaux, *Décisions du droit civil*, PUF, 2024, p. 349.

60. La Cour de cassation juge suffisant que la Cour d'appel ait constaté que « la société RBI rapportait la preuve que la société BIT ne lui avait pas livré un progiciel qui pouvait fonctionner et être commercialisé, ce dont il résulte qu'elle avait renversé la présomption de recette tacite résultant de l'absence de réserve respectant le formalisme contractuellement prévu ».

Dossier

La preuve en métamorphoses

Les métamorphoses de la preuve pénale

Coralie Ambroise-Castérot

Agrégée des facultés de droit,
Professeure à l'Université de Nice

Selon Faustin Hélie, la preuve peut être définie comme « tout moyen juridique d'acquiescer la certitude d'un fait ou d'une proposition »¹. Pour Mittermaier, la preuve, c'est « la somme des motifs producteurs de la certitude »². Quant à Bonnier, il indique que « nous découvrons la vérité, lorsqu'il y a conformité entre nos idées et les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que nous désirons connaître. Prouver, c'est établir l'existence de cette conformité. Les preuves sont les divers moyens par lesquels l'intelligence arrive à la découverte de la vérité »³. Et, dans le procès pénal, la recherche de la vérité matérielle⁴ est l'objectif central : ainsi, le procès pénal est avant tout une question de preuves⁵. Par conséquent, on s'attendrait à trouver de nombreuses dispositions traitant des preuves dans la législation. Pourtant, il en va tout autrement. En effet, le code de procédure pénale est assez pauvre en la matière, comme cela a pu être souligné⁶. Aucune section, aucun paragraphe, aucun chapitre n'est consacré à la question. Une poignée de textes épars, principalement cantonnés dans

la partie relative au tribunal correctionnel, énoncent quelques rares règles minimales et parcellaires, mais la structure du code de procédure pénale ne contient rien sur les preuves. Tout au plus trouve-t-on une réglementation des témoignages disséminée dans plusieurs parties du Code : articles 101 et suivants concernant l'instruction préparatoire, articles 435 et suivants pour le tribunal correctionnel, articles 324 et suivants quant à la Cour d'assises, etc. Mais rien sur la preuve écrite (seuls les procès-verbaux font l'objet de quelques textes dans la partie correctionnelle, aux articles 429 et suivants, et dans la partie contraventionnelle), et rien sur les indices. Quant à l'aveu, s'il fait bien l'objet d'un texte (l'article 428), celui-ci est inséré dans la partie relative au seul tribunal correctionnel.

Ainsi, on se rend compte que la classification quadripartite bien connue – *aveu, écrits, témoignages, indices* – n'a aucune existence légale ; elle n'est qu'une construction doctrinale, fort ancienne par ailleurs. En effet, on la retrouve déjà dans la présentation des preuves proposée

1. F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 4, 2^e éd., Plon, 1866, n° 1763.

2. C.-J.-A. Mittermaier, « De la preuve en matière criminelle », Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, De Cosse et N. Delamotte, 1848, p. 63.

3. E. Bonnier, *Traité des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 4^e éd., Plon, 1873, n° 1.

4. P. Louis-Lucas, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 583 et s.

5. J. Patarin, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in G. Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. 7 et s. ; B. Boulloc, « La preuve en matière pénale », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, t. 19, Economica, 2004, p. 43 ; H. Matsopoulou, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 411.

6. M.-L. Rassat, *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Dalloz, coll. « Dalloz Service », 1997 ; M.-L. Rassat, « La réforme de la procédure pénale en France. Le rapport "Rassat" », *RI crim. et pol. techn.* 1997, n° 3, p. 259.

dans les institutes au droit criminel de Muyart de Vouglans⁷. Mais, étonnamment, la classification y est quintipartite est non quadripartite. En effet, l'auteur distingue d'un côté les *preuves tirées du corps du délit*, et de l'autre les (quatre) *preuves destinées à convaincre l'accusé d'en être l'auteur* : « C'est à ces deux objets essentiels que le juge doit s'attacher et que doivent se rapporter tous les différents genres de preuve qu'il emploie, pour se mettre en état de porter un jugement certain dans cette matière. Suivant ce principe, la première et la principale preuve, qui doit donc fixer son attention, c'est celle qui se tire du corps du délit »⁸. Muyart de Vouglans explique que ces preuves sont les traces laissées par les infractions telles que l'homicide (la preuve réside dans le cadavre lui-même), l'incendie (ici, la maison brûlée), le vol avec effraction (là, les portes et serrures brisées)⁹. Cette première variété de preuves séparée des autres n'est pas parvenue jusqu'à nous ; pourtant, l'idée d'une preuve constituée par « le corps du délit », au sens premier et figuratif du terme, semble mériter une attention renouvelée : les fluides corporels¹⁰ (le sang, le sperme, salive...), les empreintes génétiques ou bien les empreintes digitales pourraient à eux seuls faire l'objet d'une catégorie séparée, tant il paraît malaisé et incommode de la rattacher à la catégorie étriquée des indices, établie bien avant l'apparition des avancées scientifiques. En revanche, les quatre autres types de preuves déjà théorisées par Muyart de Vouglans sont les mêmes aujourd'hui qu'en 1768 : « À l'égard des preuves qui tendent singulièrement à la conviction de l'accusé, elles sont différentes, suivant les circonstances : tantôt elle se tirent de la déposition des témoins qui l'ont vu et entendu, c'est ce qu'on appelle la preuve testimoniale ; tantôt elles se tirent des pièces authentiques ou reconnues par l'accusé, et c'est ce qu'on appelle preuve instrumentale ; ou bien elles se tirent de la confession même de

cet accusé, et c'est ce qu'on appelle preuve vocale ; ou enfin, elles résultent des indices et présomptions qui s'élèvent contre lui, et c'est ce qu'on appelle preuve conjecturale »¹¹ c'est-à-dire par indices.

Cette classification quadripartite des preuves peut paraître vétuste mais elle a résisté au temps, elle a traversé les siècles, et rien n'est venu la remplacer. Elle peut sembler *a priori* partiellement inadaptée aux exigences et enjeux des enquêtes modernes, en raison des développements de la science et de la technique qui ont révolutionné les moyens de recherche de la vérité. Pourtant, elle garde tout son intérêt, surtout si on réinsère à la classification quadripartite le cinquième élément théorisé par Muyart de Vouglans, à savoir, le « corps du délit » (en l'adaptant au *xx^e* siècle, bien entendu). En effet, la preuve a profondément changé au cours de ces dernières décennies. La science a révolutionné la recherche de la vérité dans le procès pénal. La découverte par Francis Galton des empreintes digitales, utilisées au début du *xx^e* siècle par Edmond Locard, ou celle d'Alec Jeffreys qui a montré en 1985 comment les empreintes génétiques pouvaient servir la recherche de la vérité dans les enquêtes pénales, ont permis plus sûrement de résoudre des affaires qui n'auraient jamais connu d'aboutissement auparavant, ou bien qui se seraient peut-être conclues par des erreurs judiciaires. Nous sommes passés du règne de l'aveu¹², « Reine des preuves » de l'Ancien droit jusqu'aux années 1980, à celui de la preuve scientifique¹³ depuis les années 1990. La métamorphose principale de la preuve est là : dans la science. Mais la technique aussi a accompagné les évolutions de la preuve : la parole humaine peut être aujourd'hui recueillie désormais *via* des écoutes et des enregistrements, les déplacements peuvent être surveillés par des balises GPS ; et quant aux écrits, désormais informatisés et dématérialisés, ils peuvent être interceptés,

7. P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1768, p. 303 et s.

8. *Ibid.*, p. 306-307.

9. *Ibid.*, p. 308.

10. C. Ambroise-Castérot, « La mécanique (juridique) des fluides (corporels) », in *Procédure civile sans frontières : Mélanges en l'honneur de Natalie Fricero*, Dalloz/Lextenso, 2024, p. 1.

11. P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, *op. cit.*, p. 306-307.

12. C. Ambroise-Castérot, *Rép. droit pénal et procédure pénale* Dalloz, v° « Aveu ».

13. V. notamment J.-R. Demarchi, *La preuve scientifique et le procès pénal*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim. », t. 5, 2012, prix informatique et libertés de la CNIL ; C. Puigelier, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, préc., p. 473.

dupliqués, téléchargés, à l'insu de leur auteur... La façon de rechercher et d'obtenir la preuve a donc elle aussi subi certaines métamorphoses, qui entrent en conflit avec les droits fondamentaux des personnes, et tout particulièrement le droit à la vie privée. Un juste équilibre se doit donc d'être trouvé. À la liberté de preuve, affirmé à l'article 427 du code de procédure pénale, répond l'exigence de légalité, mais aussi celle de droit au respect de la vie privée, énoncé par l'article préliminaire, ainsi que le principe jurisprudentiel (et non législatif) de loyauté. Ce sont en effet ces deux principes – *vie privée et loyauté* – qui dominent la question de la recherche et de l'administration de la preuve en procédure pénale.

Ainsi, d'une part, quant aux modes de preuve, on peut se demander si les métamorphoses de la preuve ne conduiraient pas à une classification quintipartite, comme au temps de Muyart de Vouglans (I). D'autre part, quant à la recherche et à l'administration des preuves, se dessine désormais un quadriptyque de la preuve : les principes initiaux et séculaires de liberté et de légalité de la preuve, se combinent désormais tant avec les exigences de respect de la vie privée, qu'avec le principe de loyauté (II).

I. Les métamorphoses des modes de preuve : vers le retour à une classification quintipartite ?

Si l'on s'appuie sur la fameuse preuve par le « corps du délit »¹⁴, exposée par Muyart de Vouglans, et qu'on la restreint au sens propre (c'est-à-dire le corps humain, ses fluides et ses éléments), cette preuve pourrait aisément constituer une cinquième catégorie de preuves, élargissant, comme sous l'Ancien droit, la classification quadripartite à une classification quintipartite¹⁵.

À l'heure des preuves scientifiques¹⁶, de plus en plus présentes dans le procès pénal depuis les années 1980, le corps humain¹⁷ apparaît comme le meilleur terrain d'investigation. Ces preuves liées au corps – le « *corps du délit* » – peuvent être recueillies à l'extérieur de l'enveloppe corporelle car elles ont pu s'en détacher, ou bien elles ont laissé des traces, des empreintes, ou bien encore elles peuvent être prélevées (A). Et une preuve en particulier fait l'objet de toutes les attentions en ce qu'elle a révolutionné la résolution des affaires criminelles : c'est évidemment la preuve génétique (B).

A. Le « corps du délit » et les prélèvements corporels

L'indice, également appelé « preuve muette »¹⁸, ou « présomption de l'homme »¹⁹, est brièvement et incidemment évoqué à l'article 54 du code de procédure pénale, sans que ce texte, ni aucun autre, n'envisage les indices comme modes de preuve. La preuve conjecturale, pour reprendre l'expression de Muyart de Vouglans, est une catégorie fort large comprenant tout ce qui, sans fournir une preuve immédiate, rend possible le fait recherché. La surface du corps humain est un terrain qui permet de fournir des éléments pouvant servir la recherche de la vérité : les cheveux, les ongles, les poils, mais aussi les empreintes digitales ou palmaires... Bref, tout ce qui est à l'extérieur du corps humain et qui peut être prélevé sans douleur ni geste invasif.

C'est la loi du 18 mars 2003 qui a permis la réalisation de prélèvements externes sur le corps des personnes soupçonnées en phase d'enquête ou des personnes mise en examen. N'étant pas définis par la loi, le Conseil constitutionnel est venu en préciser le sens dans sa décision du 13 mars 2003, au considérant 55 : « Considérant, ainsi qu'il ressort de ses termes mêmes,

14. P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, op. cit., p. 306-307.

15. La partie VI des *Institutes au droit criminel* de Muyart de Vouglans (Paris, 1768), titrée « De la preuve en droit criminel », comporte effectivement cinq chapitres (p. 303 et s.), chacun consacré à un mode de preuve : de la preuve tirée du corps du délit (chapitre 1, p. 308 et s.), de la preuve testimoniale (chapitre 2, p. 311 et s.), de la preuve instrumentale ou littérale (chapitre 3, p. 326 et s.), de la preuve vocale ou de la confession de l'accusé (chapitre 4, p. 333 et s.) et de la preuve conjecturale ou par indices (chapitre 5, p. 345 et s.).

16. J.-R. Demarchi, *La preuve scientifique et le procès pénal*, op. cit.

17. C. Ambroise-Castérot, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *La Justice civile au vingt et unième siècle : Mélanges Pierre Julien*, Edilalx 2003, p. 9.

18. R. Garraud, *Instruction criminelle et procédure pénale*, Sirey 1906-1929, t. 1, n° 480.

19. R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1912-1929, t. 2, n° 493. On notera que le terme indice vient du latin *index*, c'est-à-dire « qui indique ». L'indice se rattache à la catégorie des présomptions.

éclairés par les débats parlementaires, que l'expression "prélèvement externe" fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés ; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain ; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé ; qu'enfin, le prélèvement étant effectué dans le cadre de l'enquête et en vue de la manifestation de la vérité, il n'impose à la "personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction" aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire »²⁰. Pour autant, on cherchera en vain des arrêts qui définissent ces prélèvements externes. Lorsque l'article 55-1 est mentionné dans un arrêt, il l'est en général uniquement dans son alinéa 2 (relatif aux relevés signalétiques, dont les empreintes digitales), mais il est rarement dans son alinéa 1^{er}. Et, lorsqu'il est fait mention de l'alinéa 1^{er}, il est alors question de prélèvement biologique destiné à la recherche d'une empreinte génétique pour comparaison avec le FNAEG... Or, l'article 706-56 traite déjà des prélèvements biologiques réalisés par les OPJ dans le cadre d'une enquête de police ou d'une instruction, aux fins de comparaison avec les indices ou les empreintes déjà présentes dans le FNAEG. L'article 55-1, alinéa 1^{er}, semble quelque peu manquer de définition précise et d'autonomie. Plus intéressant est son alinéa 2, relatif aux empreintes digitales et palmaires. Le fichier automatisé des empreintes digitales – FAED²¹ – a été créé par le décret n° 87-249 du 8 avril 1987. Depuis le décret n° 2024-374 du 23 avril 2024, la réglementation relative au FAED a été modifiée, et elle est désormais insérée aux articles

R. 40-38-1 et suivants du Code de procédure pénale. Ce fichier de police contient toutes les empreintes digitales et palmaires relevées et recueillies soit dans le cadre d'une enquête de police, de flagrante (art. 55-1) ou préliminaire (art. 77-1), soit dans le cadre d'une instruction préparatoire (art. 154-1), ou bien encore lors d'un contrôle d'identité (art. 78-3)²².

Si l'on ne peut que constater l'abondance de textes sur les prélèvements externes et/ou biologiques, en revanche, le sang et la prise de sang sont absents du code de procédure pénale (alors pourtant qu'ils sont bien antérieurs à la découverte de la génétique et pratiqués depuis longtemps, notamment en droit pénal routier)²³. Cette lacune est peu compréhensible. Et cette absence de texte a conduit la pratique à une certaine créativité : ainsi, des policiers ont pu décider, dans une banale affaire de bagarre entre deux médecins, d'utiliser l'article 60 du code de procédure pénale pour procéder à une prise de sang. La chambre criminelle a curieusement validé cette mesure, qui avait été réalisée, en plus, par la contrainte²⁴. En effet, dans un arrêt du 31 mars 2020, la Cour de cassation a considéré qu'étaient réguliers des prélèvements sanguins pour dosage de l'alcoolémie et dépistage de stupéfiants effectués sans le consentement de l'intéressé²⁵. Cette solution, pour le moins étonnante, a été justement critiquée en doctrine, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours sanctionné les États dont les procédures pénales avaient permis le recours à la contrainte, quel que soit le prélèvement effectué. Il en a été ainsi, par exemple, dans l'arrêt *R.S. c/ Hongrie* du 2 juillet 2019²⁶ : la Cour de Strasbourg a très logiquement considéré que forcer un chauffeur ivre à faire un test urinaire au moyen d'un cathéter est inhumain et dégradant. La solution a été la même dans l'arrêt *Dragan*

20. Cons. constit., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

21. Le FAED compte aujourd'hui près de 7 millions d'empreintes digitales. Elles peuvent être gardées entre 15 et 25 ans, selon les procédures.

22. Le refus de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou palmaires est érigé en délit (C. pr. pén., art. 55-1 et 78-5) ; v. C. Ambroise-Castérot, « Les infractions du code de procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Conte*, LexisNexis, 2023, p. 1.

23. C. Ambroise-Castérot, « La mécanique (juridique) des fluides (corporels) », préc., p. 1 et s.

24. Un mystère demeure toutefois dans cette décision : l'arrêt publié ne permet pas de connaître exactement les faits et notamment par quel moyen la contrainte a été réalisée.

25. Crim., 31 mars 2020, n° 19-85.756, *AJ Pénal* 2020, p. 349, étude J.-P. Vauthier ; *D.* 2020, p. 1996, obs. M. Lassalle ; *RSC* 2020, p. 673, obs. P.-J. Delage ; *D.* 2021, p. 762, obs. J.-C. Galloux ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 22, p. 24, note P. Collet.

26. CEDH, 2 juill. 2019, n° 65290/14, *R.S. c/ Hongrie*.

Petrovic c/ Serbie du 14 avril 2020²⁷ : selon la Cour européenne des droits de l'homme, la mesure de prélèvement d'un échantillon de salive non explicitement prévue par la loi nationale au moment des faits, et la permission donnée par le juge national d'user de la force dans cet objectif, en dépit de tout fondement textuel l'autorisant, portent atteinte au droit au respect à la vie privée. La jurisprudence de la chambre criminelle du 31 mars 2020 semble donc d'avance condamnée.

B. Le « corps du délit » et les empreintes génétiques

La preuve par empreintes génétiques – lorsque qu'elle existe dans une affaire, ce qui n'est pas toujours le cas – apparaît comme la preuve absolue, parfaite²⁸, celle qui tranquillise l'esprit du juge et garantit contre les très redoutées erreurs judiciaires.

C'est l'affaire Caroline Dickinson²⁹ qui avait souligné l'indigence de la procédure pénale française, qui ne connaissait à l'époque qu'une législation civile, d'ailleurs très récente à ce moment-là³⁰. Pour valider le recours à l'utilisation de l'ADN, la chambre d'accusation de Rennes s'était fondée sur l'article 16-11 du Code civil, et ce de manière contestable, puisque le juge ne peut pallier les lacunes du code de procédure pénale (relevant de l'article 34 de la Constitution) en

allant chercher les règles dont il estime avoir besoin dans d'autres Codes, d'essence principalement réglementaire (sauf si le code de procédure pénale lui-même renvoie vers une source extérieure)³¹. Peu de temps après l'affaire Caroline Dickinson, il y eut l'affaire du tueur en série Guy Georges qui poussa le législateur à intervenir pour combler le vide juridique constaté³². Le FNAEG³³ fut alors créé en 1998³⁴ pour identifier et répertorier principalement les auteurs d'infractions sexuelles et crimes graves. Depuis cette date, ce fichier a étendu son empire : vols, escroqueries, destructions et dégradations de biens, menaces, proxénétisme, etc., ont élargi le champ de l'article 706-55 listant les infractions permettant d'avoir recours à l'ADN. De plus, il ne s'agit plus d'opérer uniquement un fichage des seuls délinquants, notamment sexuels, mais de créer un instrument capable de regrouper un maximum d'informations permettant d'identifier à la fois des suspects ou condamnés, voire de simples témoins, des membres de la famille d'une personne disparue ou encore de faire une recherche en parentèle pour retrouver un proche parent d'une empreinte génétique non identifiée³⁵... Le prélèvement ne peut jamais être contraint³⁶; le refus de s'y prêter conduit toutefois à la commission d'une infraction pénale³⁷. Les avancées de la science permettent même aujourd'hui de réaliser, à partir de ces données ADN, un portrait-ro-

27. CEDH, 14 avr. 2020, n° 75229/10, *Dragan Petrovic c/ Serbie*, D. actu. 15 mai 2020, obs. M. Recotillet; D. actu. 27 avr. 2020, obs. J. Pouget.

28. N.-M. Le Douarin, « Science et justice : des empreintes digitales aux empreintes génétiques : à la recherche de la preuve indiscutable », in *Science, éthique et droit*, éd. Odile Jacob, 2007, p. 135 et s.; O. Pascal et A. Schlenk, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal* 2004, p. 24; Y. Desforges, « L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défis scientifiques », *AJ Pénal* 2014, p. 56; P. Reviron, « L'ADN : la preuve parfaite ? », *AJ Pénal* 2012, p. 590.

29. Ch. acc., Rennes, 14 août 1997, D. 1998, somm. p. 160, obs. Gaumont-Prat.

30. Loi n° 1994-653 du 29 juillet 1994.

31. Ce qui est rarement le cas. Toutefois, v. par ex. C. pr. pén., art. 10, al. 1 et al. 2 qui renvoient aux règles civiles et de procédure civile.

32. C'est la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles, qui créa le FNAEG, loi qui sera plusieurs fois modifiée, notamment par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 qui est venue modifier de manière conséquente le FNAEG, en vue d'élargir son champ : le domaine initial de celui-ci, restreint aux infractions sexuelles, est désormais noyé dans la nouvelle et longue liste d'infractions (de la simple infraction contre les biens jusqu'au crime contre l'humanité, en passant par la détention d'arme et le terrorisme). V. D. Saint-Didier, « Fichier national automatisé des empreintes génétiques : FNAEG », *Médecine et droit* 2002, n° 53, p. 1.

33. C. Ambroise-Castérot, « Le FNAEG, un outil de fichage au service des enquêtes », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 9, 2019, p. 23.

34. Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

35. C. pr. pén., art. 706-56-1-1.

36. Sauf exception de l'article 706-56, al. 5, concernant les individus déjà condamnés... disposition qui n'a apparemment jamais été mise en œuvre si l'on en croit l'étude de la jurisprudence publiée.

37. C. Ambroise-Castérot, « Les infractions du code de procédure pénale », préc.

bot génétique³⁸ : couleur naturelle des cheveux, couleur de peau, des yeux, taille de l'individu, et autres caractéristiques physiques, apparaissent alors et permettent tant de dessiner l'ébauche du profil de l'individu ayant laissé son ADN, que de modéliser informatiquement son visage à la palette graphique. Les découvertes liées à la génétique (de contact, de transfert...) ne cessent de se multiplier³⁹.

Pourtant, même si les empreintes génétiques sont effectivement révolutionnaires, même si elles ont permis de confondre de nombreux coupables, et de rouvrir puis clôturer plusieurs *cold cases*, on doit se garder de trop attendre d'elles. L'affaire Omar Raddad est, à cet égard, très révélatrice. Dans son arrêt, la Cour de révision, le 20 novembre 2002, rejetait ainsi la demande du condamné fondée notamment (c'est le *cinquième moyen*) sur la recherche d'ADN : « Attendu que, si la découverte d'empreintes génétiques masculines sur les deux portes servant de support aux inscriptions accusatrices, ainsi que sur le chevron, constitue un élément nouveau, il est impossible, de déterminer à quel moment, antérieur, concomitant ou postérieur au meurtre, ces traces ont été laissées; Attendu que de nombreuses personnes ont pu approcher les pièces à conviction avant le meurtre et, faute de précautions suffisantes, après celui-ci; que, dès lors, serait privée de pertinence toute recherche complémentaire sur les empreintes génétiques découvertes, comme sur celles qui pourraient l'être par de nouvelles investigations; D'où il suit que la demande en révision ne peut être admise »⁴⁰. L'empreinte génétique peut se heurter à des facteurs (humains, souvent) qui la rende inutilisable et/ou inefficace; elle n'est donc cer-

tainement pas la preuve parfaite espérée, comme le soulignait justement Dominique Comma-ret⁴¹... mais elle demeure quand même la « Reine des preuves » contemporaines et personne n'a encore rien trouvé de mieux. Elle doit toutefois être recueillie dans des conditions légales, et respectant les principes et droits fondamentaux.

II. Les métamorphoses de la recherche et l'administration des preuves : vers un quadriptyque des principes relatifs à la preuve ?

Le droit de la preuve a longtemps reposé, en procédure pénale, sur un diptyque : liberté⁴² et légalité. Autrement dit, si le principe est celui de la liberté de la preuve, il doit être contrebalancé et rééquilibré par la légalité de ses moyens de recherche et de son administration. Puis, ces dernières décennies, le diptyque est devenu triptyque « liberté, légalité, loyauté »⁴³. Et aujourd'hui, un quatrième principe guidant le droit de la preuve s'est ajouté au trio : le droit au respect de la vie privée. Et, contrairement à la loyauté, qui demeure un principe jurisprudentiel, la vie privée a eu les honneurs de la loi et a fait son entrée en 2019 au fronton du code de procédure pénale, dans l'article préliminaire. Ainsi, concernant la recherche et l'administration de la preuve, la métamorphose est double : elle concerne d'une part la loyauté (A) et d'autre part la vie privée (B).

A. Le principe de loyauté

De manière générale, la loyauté, venue historiquement de la chevalerie, repose sur l'honneur et peut se définir comme une « exigence de droiture morale qui implique d'absence de toute

38. Crim., 25 juin 2014, n° 13-87493, *Bull. crim.*, n° 166; *D. actu.* 16 juill. 2014, obs. Fouteix; *D.* 2014, p. 1453; C. Girault : « La tentation du portrait-robot génétique », *AJ Pénal* 2014, p. 487; J. Danet, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au "portrait-robot génétique" (mais approximatif) est validé », *RSC* 2014, p. 595; E. Vergès, « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », *RDLF* 2014, chron. p. 25; D. Beauvais et L. Pene, « Le portrait-robot génétique : aspects juridiques et scientifiques », *Dr. pénal* sept. 2018, dossier 5; F. Daoust, « Étude critique du portrait-robot génétique » *Dr. pénal* sept. 2018, Dossier 6; C. Girault, « Faut-il légiférer sur le portrait-robot génétique ? », *AJ Pénal* 2018 p. 63; C. Doutrepuich, « Vers la photo ADN », *Dr. pénal* sept. 2018, Dossier 7.

39. P. Veriron, « Transferts secondaires d'ADN : quand le réel dépasse la fiction », *AJ Pénal* 2024, p. 29.

40. Cour de révision et de réexamen, 20 nov. 2002, n° 01-85.386, Publié au Bulletin.

41. D. Comma-ret, « Les métamorphoses de la preuve », *RPDP* 2003, p. 735 et s., spéc. p. 737.

42. G. Danjaume, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, p. 154; E. Molina, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 263; H. Leclerc, « Les limites de la liberté de la preuve : aspects actuels en France », *RSC* 1992, p. 15.

43. J.-R. Demarchi, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *D.* 2007, p. 2012.

tricherie, duplicité ou trahison »⁴⁴. Le principe de loyauté⁴⁵ dans la recherche des preuves est regardé comme un principe essentiel dans notre procédure, tout particulièrement dans les contentieux civils où il est apprécié très strictement⁴⁶. En matière répressive, la recherche de la vérité, les enjeux de la préservation de la sécurité et de l'ordre public, l'emportent ; et ils conduisent à une appréciation différente de la loyauté puisqu'il ne s'agit pas pour le juge de trancher un conflit d'ordre privé, mais de rechercher la vérité dont le procès pénal a besoin, pour sanctionner l'atteinte à l'ordre social que l'infraction a provoquée. D'ailleurs, la loyauté n'est jamais définie positivement par la jurisprudence ; au contraire, ce sont uniquement les excès de la déloyauté qui sont posés comme bornes, c'est-à-dire comme interdits. En effet, la chambre criminelle détermine uniquement, *a contrario*, ce qu'est une procédure déloyale : « constitue une atteinte au principe de loyauté de la preuve, le stratagème employé par un agent de l'autorité publique qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie »⁴⁷.

De plus, la jurisprudence pénale effectue une différence fondamentale entre les autorités

publiques (autorités judiciaire et policière) et les simples particuliers amenés à produire une preuve qu'ils ont eux-mêmes recueillie. Concernant les autorités publiques, le respect du code de procédure pénale – *qui s'adresse à eux* – doit évidemment l'emporter. Comme le soulignait Jousse dès le XVIII^e siècle, « il faut que les moyens d'adresse que le juge emploie soient justes et légitimes ; et il doit toujours être sur ses gardes, pour ne pas devenir le ministre de la calomnie et de l'oppression. S'il doit user de beaucoup d'art pour découvrir la vérité, ce doit être aussi toujours sans aucune tromperie et sans alarmer le criminel par de fausses craintes ou sans le gagner par de fausses espérances »⁴⁸. Cette solution a été affirmée dans un célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 janvier 1888 où un juge d'instruction avait déjeuné avec un des inculpés puis décidé d'user de ses dons d'imitateurs pour tromper un suspect au téléphone : « qu'ainsi, le juge Vigneau a employé un procédé s'écartant des règles de loyauté que doivent observer toute information judiciaire, et constituant par cela même, un acte contraire aux devoirs et à la dignité du magistrat »⁴⁹. La règle est davantage tempérée concernant les policiers qui ont droit à quelques provocations (provocation à la preuve, mais pas à l'infraction⁵⁰), ainsi qu'à la possibilité d'user d'un minimum de ruses et stratagèmes sauf à ruiner toute possibilité d'investiguer et de

44. G. Lardeux, *Répertoire civ. Dalloz*, v° « Preuves : règles de preuve », n° 379 ; B. de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, préc., p. 97.

45. P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études hommage à Monsieur Louis Hugueney*, Sirey 1964, p. 172, n° 20 ; O. Decima, « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.* 2018, p. 103 ; E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.* 2014, p. 407 ; C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261 ; B. de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », préc., p. 97 ; Ph. Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, Études 8 ; P. de Comblès de Nayves, « À la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p. 115 ; Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 12.

46. Ce principe très strict en procédure civile a toutefois été atténué par la Cour de cassation. V. Soc., 25 nov. 2020, n° 17-19523, publié au Bulletin ; Soc., 8 mars 2023, deux arrêts, n° 21-17802 et n° 20-21848, publiés au Bulletin ; Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 et n° 21-11.330, publiés au Bulletin.

47. Ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18-86767, *AJ Pénal* 2020, p. 88, obs. Ambroise-Castérot ; *JCP G* 2020/5, 129, obs. Matsopoulou ; *Procédures* 2020/2, comm. 43, obs. Buisson ; Crim., 28 sept. 2022, n° 20-86054, publié au Bulletin, *JCP G*. 2022/47, 1330, p. 2156, obs. Ambroise-Castérot.

48. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Débuté Père, 1771, p. 270.

49. Ch. réunies, 31 janv. 1888, *S.* 1889, 1, 241.

50. P. Maistre du Chambon, « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, I, p. 3422 ; P. de Comblès de Nayves, « Provocation à la preuve ou à l'infraction ? », *AJ Pénal* 2014, p. 374 ; C. Ambroise-Castérot, « Provocation à la preuve et provocation à l'infraction », note sous Crim., 12 sept. 2018 (deux arrêts) n° 17-87498 et n° 17-87499, *Chronique de procédures*, *LPA* 29 mai 2019, n° 143d4, p. 8.

rechercher la vérité⁵¹. On le redit, seul le stratagème qui détourne les règles de procédure et qui a pour but ou objet de vicier la recherche de la preuve est interdit. Il existe donc des bons stratagèmes, et des mauvais.

En revanche, concernant les parties privées, le principe de loyauté s'efface devant les nécessités probatoires. Cette absence de soumission des personnes privées au principe de loyauté dans la recherche des preuves a été proclamée par la Cour de cassation dès le début des années 1990 (notamment dans l'affaire Turquin⁵²). La chambre criminelle affirme régulièrement qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire »⁵³. Pour la Cour de cassation, des enregistrements clandestins⁵⁴ peuvent être librement produits en justice en tant qu'« indices de preuve » ou « moyens de preuve »⁵⁵, expressions curieuses qui rappellent vaguement le système des preuves légales de l'ancien droit. Sont donc recevables, à ce titre, les enregistrements d'appels téléphoniques anonymes malveillants réalisés par la victime elle-même⁵⁶.

Cette jurisprudence ne pose pas de difficulté. Elle est conforme au droit européen, comme on a pu le constater dès l'affaire *Schenk c/ Suisse*⁵⁷, affaire qui concernait un enregistrement clandestin réalisé par un particulier, et remis ensuite à la police. Le paragraphe 46 de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 12 juillet 1988 est très clair : « Si la Convention

garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, du genre de celle dont il s'agit. Il lui incombe seulement de rechercher si le procès de M. Schenk a présenté dans l'ensemble un caractère équitable ». La Cour de Strasbourg présente, aux paragraphes 47 et 48, les exigences qui contrebalancent et, par conséquent, permettent l'utilisation d'une preuve obtenue déloyalement. Il est nécessaire d'une part que soit assuré le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire ; d'autre part, la preuve déloyale n'est recevable qu'à la condition qu'il existe d'autres éléments de preuves, l'enregistrement clandestin ne devant pas être le seul élément à charge. Les juges européens indiquent en effet qu'« il en ressort clairement que la juridiction pénale prit en considération un ensemble d'éléments de preuve afin de se former une opinion » (§ 48 de l'arrêt Schenk, *in fine*). Au paragraphe 49, la cour de Strasbourg termine sa démonstration en décidant que : « en conclusion, l'utilisation de l'enregistrement litigieux comme pièce à conviction n'a pas privé le requérant d'un procès équitable et n'a donc pas enfreint l'article 6 § 1 ».

Mais ce triptyque, « liberté, légalité, loyauté », est devenu depuis ces dernières années, et surtout depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, un quadriptyque, puisqu'un nouveau principe a été inséré à l'article préliminaire du code de procédure pénale : le droit au respect de la vie privée.

51. C. Ambroise-Castérot, « Absence de déloyauté de la méthode du "client mystère" où la réaffirmation du droit à la preuve », *RSC* 2024, n° 1, p. 101 ; *Crim.*, 27 juin 2023, n° 22-83.338, publié au Bulletin.

52. *Crim.*, 6 avr. 1993, n° 93-80184, inédit, *JCP* 1993, II, 22144, note Rassat.

53. *Crim.*, 9 mars 2010, n° 08-88501, inédit ; *Crim.*, 27 janvier 2010, n° 09-83395, *Bull. crim.* n° 16 ; *Procédures* 2010, comm. 156, obs. A.-S. Chavent-Leclerc ; *AJ Pénal* 2010, p. 280, note J. Lasserre-Capdeville. V. également précédemment : *Crim.*, 11 février 1992 et 23 juillet 1992, *D.* 1993, somm. p. 206, obs. J. Pradel ; *Crim.*, 6 avril 1994, *Bull.* n° 136 ; *Crim.*, 11 juin 2002, n° 01-85559, *Bull.* n° 131 ; *RSC* 2002, p. 879, obs. J.-F. Renucci ; *Crim.*, 3 sept. 2014, n° 11-83598, inédit ; *Crim.*, 23 nov. 2016, n° 15-83517, inédit ; *Crim.*, 1^{er} déc. 2020, n° 20-82078, Publié au Bulletin, *AJ Pénal* 2021, p. 102, obs. Ambroise-Castérot : « Les principes de loyauté et de légalité face aux preuves fournies par les journalistes ».

54. J.-C. Saint-Pau, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », *Dr. pén.* sept. 2008, étude 17.

55. *Crim.*, 23 juill. 1992, n° 92-82721, *Bull.* n° 274 ; *Crim.*, 11 févr. 1992, n° 91-86067, *Bull. crim.* n° 66 ; *Dr. pén.* 1992, comm. n° 299, obs. Maron ; *Crim.*, 30 mars 1999, n° 97-83464, *Bull.* n° 59 ; *Procédures* 1999, comm. 215, obs. Buisson ; *D.* 2000, p. 391, note Garé.

56. *Crim.*, 25 janv. 1994, n° 93-81041, inédit, *Dr. pén.* 1994, chron. 63, obs. Maron. V. également l'affaire Bettencourt : *Crim.*, 31 janv. 2012, n° 11-85464, *Bull. crim.* n° 27 ; *RPDP* 2012, p. 157, obs. C. Ambroise-Castérot ; *Procédures* 2012, comm. 86, obs. Chavent-Leclerc.

57. CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c/ Suisse* (A.140), *RSC* 1988, p. 840, obs. Pettiti et Teitgen.

B. Le principe du droit au respect de la vie privée

Le principe de liberté des preuves est exposé à l'article 427 du code de procédure pénale, relatif au tribunal correctionnel. Il signifie que toute preuve, quelle que soit sa nature, est recevable en justice. Mais la liberté ne s'applique qu'au mode de preuve (un document, une empreinte génétique, une image, etc.), et non à la recherche et à l'administration. En effet, pour qu'un procédé puisse être utilisé (un prélèvement, une écoute téléphonique, un enregistrement vidéo, etc.), il doit être prévu par la loi. Autrement dit, si la preuve est libre, en revanche, sa recherche et son administration sont encadrées par des textes légaux. On ne peut recueillir et produire au procès des preuves qu'à la condition qu'elles aient été obtenues dans des conditions régulières, et en respectant les exigences du code de procédure pénale... ce qui suppose que ces conditions de recueil de tel ou tel indice ou élément soient bien prévues par la loi, et qu'elles le soient dans le détail. Le juge doit donc être extrêmement vigilant quant aux preuves qui lui sont présentées par les autorités judiciaires (police, parquet, magistrat instructeur, etc.). Il doit examiner la manière dont ces preuves ont été recueillies. La question que doit toujours se poser le juge est la suivante : existe-t-il un support textuel autorisant expressément le recours à ce moyen de preuve ? Ainsi, lorsque des policiers procèdent à des écoutes, des enregistrements, des interceptions de données informatiques ou l'accès au contenu d'un téléphone portable, le juge doit vérifier qu'il existait bien un fondement textuel pour autoriser une telle pratique. Dans le cas contraire, la preuve a été obtenue illégalement et les droits fondamentaux de la personne poursuivie

risquent d'être atteints, et en premier lieu, son droit au respect de sa vie privée. Ainsi, la prise de photographies clandestines de lieux privés par des policiers ne respectant pas les exigences de l'article 706-96 est nulle⁵⁸, et l'arrêt d'appel refusant de constater l'irrégularité cassé au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. De même, la fixation d'images réalisées par des policiers, en enquête préliminaire, dans le parking d'une copropriété – *lieu privé* – est également irrégulière : l'autorisation donnée par le syndic de l'immeuble, avec l'accord des copropriétaires, ne saurait permettre de contourner les exigences légales⁵⁹. La vidéo surveillance ou la prise de photographies sont possibles concernant des lieux publics, mais pas dans des lieux privés⁶⁰.

La référence à la vie privée comme limite à la procédure pénale n'est pas nouvelle. Cela fait une trentaine d'années environ que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme est utilisé par la chambre criminelle pour évaluer la régularité d'une procédure. Mais l'ampleur du phénomène de pénétration du principe de supériorité du droit au respect de la vie privée sur toutes les branches du droit est phénoménale. Depuis plusieurs années, la chambre criminelle de la Cour de cassation multiplie les références à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'asseoir ses solutions (elle ne semble pas encore s'être pleinement emparée du nouvel alinéa 6 du § III de l'article préliminaire), tant sous la poussée de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que, surtout, sous l'influence contrainte de celle de la Cour de justice de l'Union européenne⁶¹, qui conçoit la vie privée comme un absolu ne souffrant que de peu d'exceptions⁶². À partir des articles 7 et 8 de

58. Crim., 21 mars 2007, n° 06-89444, *Bull. crim.* n° 89.

59. Crim., 27 mai 2009, n° 09-82115, *Bull. crim.* n° 108.

60. Crim., 20 juin 2023, n° 22-86793, inédit.

61. M. Massé et P. Simon, « La construction de la jurisprudence de la Cour de justice en matière pénale », *AJ Pénal* 2019, p. 296 ; J. Leblois-Happe, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ Pénal* 2019, p. 302 ; L. Idot, « À propos de la charte et du rapprochement des procédures pénales », *Europe* 2019/7, alerte 44.

62. CJUE, gr. ch., 21 déc. 2016, n° C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e.a.*, *AJDA* 2016, p. 2466, obs. M.-C. de Montecler ; *CCE* 2017/2, comm. 16, obs. A. Debet ; *JCP G* 2017, act. 59, obs. D. Berlin ; CJUE, gr. ch. 2 oct. 2018, n° C-207/16, *Ministerio fiscal*, *Europe* 2018/12, comm. 455, obs. V. Michel ; CJUE, 6 oct. 2020, n° C-623/17, *Privacy international*, n° C-511/18 *La Quadrature du net* et n° C-512/18 *French data network*. V. également CJUE, 3 mars 2021, n° C-746/18, *AJ Pénal* 2021, p. 267, obs. Lavric : « Accès aux données personnelles dans les procédures pénales : le parquet sur la touche ».

la Charte des droits fondamentaux⁶³, la CJUE a entrepris une relecture des droits nationaux relatifs aux moyens d'investigations policières. Or, les enquêtes pénales portent nécessairement atteinte à la vie privée, puisqu'elles sont invasives (perquisitions, localisation par GPS en temps réel, écoutes téléphoniques, captations de données informatiques, etc.). C'est à ce prix que la vérité peut être recherchée, les victimes protégées,

l'ordre public garanti. La chambre criminelle de la Cour de cassation se trouve depuis ces dernières années au cœur de cette métamorphose de la recherche et de l'administration de la preuve par le droit au respect de la vie privée et des données personnelles⁶⁴. Et cette révolution-là est encore en cours; la métamorphose de la preuve n'est pas encore finie... loin de là.

63. Le droit au respect de la vie privée est prévu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : l'article 7 protège largement la vie privée et familiale, tandis que l'article 8 assure spécifiquement la protection des données à caractère personnel.

64. Crim., 12 juil. 2022, quatre arrêts, n° 21-83710, n° 21-83820, n° 21-84096 et n° 20-86652, *D. actu.* 15 nov. 2022, obs. Pidoux, *RSC* 2022, p. 895, obs. Botton; Crim., 25 oct. 2022, n° 21-87397, publié au Bulletin, *AJ Pénal* 2023, p. 38, obs. Lebreton; Crim., 23 mai 2023, n° 22-84369, publié au Bulletin, *Procédures* n° 7, Juillet 2023, comm. 217, obs. Buisson; Crim., 27 févr. 2024, n° 23-81061, publié au Bulletin, *Gaz. Pal.* 23 avril 2024, n° 14, p. 2, obs. J.-B. Thierry, *D. actu.*, 6 mars 2024, obs. T. Scherer; *Dr. pén.*, 2024, comm. 78, note H. Christodoulou; *JCP G* 2024, act. 412, note S. Détraz; Crim., 28 mai 2024, n° 23-85.848, Publié au Bulletin, *D.* 2024, p. 1021. V. également A. Gogorza, « L'accès aux données de connexion : les affres du pluralisme normatif », *Dr. pénal*, n° 10, Octobre 2022, étude 20; T. Lebreton, « La géolocalisation pénale », *Gaz. Pal.* 10 oct. 2023, n° 32, p. 13; A.-S. Chavent-Leclère, « Le RGPD à l'épreuve de la procédure pénale », *Procédures* n° 30, Octobre 2024, entretien 28.

Dossier

La preuve en métamorphoses

Réflexions sur la place du faisceau d'indices dans le procès civil

Jean-Daniel Bretzner

Avocat à la Cour
Bredin Prat

La preuve est un sujet central à plus d'un titre. La preuve exerce un effet d'attraction pour une première raison qui est d'ordre purement technique et qui tient au fait qu'elle détermine à elle seule l'issue de beaucoup de débats judiciaires. L'administration de la preuve constitue par conséquent une préoccupation majeure pour les plaideurs, comme pour leurs conseils.

La preuve a une dimension supplémentaire, qui est cette fois d'ordre sociologique. Elle révèle en effet les aspirations d'une société, sa trajectoire et ses ambitions profondes. Ainsi, plus le droit de la preuve est enserré dans un corset strict – qui favorise moins l'émergence de la vérité – plus il reflète un goût pour le secret. À l'inverse, lorsque le droit positif fait chuter certaines barrières et offre de plus larges perspectives aux plaideurs, la preuve devient un outil puissant au service de la transparence. Tel est par exemple le cas lorsque l'assemblée plénière de la Cour de cassation consacre le droit, à certaines conditions précises, de faire usage d'un élément de preuve résultant d'un procédé susceptible d'être qualifié de « déloyal »¹, alors même qu'un tel procédé était jusque-là condamné par le droit positif. En statuant de la sorte, la Cour de cassation favorise

mécaniquement la transparence. La preuve a donc également une fonction de marqueur de l'évolution de la société.

Dans le vaste ensemble transversal que forme le droit de la preuve, une *summa divisio* classique est utilisée pour appréhender la matière : la preuve du fait juridique est soigneusement distinguée de celle de l'acte juridique. Dans l'étude de la première, l'idée maîtresse qui domine est que la preuve peut être administrée librement. Ce principe signifie en pratique que tout mode de preuve peut être utilisé pour administrer la preuve d'un fait juridique, en particulier l'indice, qui est massivement utilisé dans toutes les branches du droit privé. Le rayon d'action de l'indice va cependant bien au-delà, puisqu'il intervient également de façon souvent déterminante en amont de la saisine du juge du fond, lorsqu'un plaideur entend faire usage de l'article 145 du code de procédure civile (CPC), afin de saisir ultérieurement un juge du fond.

Présent à toutes les étapes, le faisceau d'indices constitue donc tout à la fois un outil de préparation de l'action au fond (I) et un outil susceptible de déterminer l'issue de cette même action au fond (II).

1. Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, D. 2024, p. 570, obs. A. Aynès. Dans cette espèce, le procédé dont le caractère loyal était discuté avait consisté pour une partie à procéder à l'enregistrement d'une conversation, à l'insu d'une autre partie.

I. La place du faisceau d'indices dans la préparation de l'action au fond

L'article 145 du CPC rayonne sans véritable concurrent dans le paysage probatoire.

À nos yeux, le seul texte qui offre aux plaideurs une alternative (au moins) aussi puissante que l'article 145 est le « 28 U.S.C. § 1782 », qui institue le droit de saisir un juge américain afin de solliciter, à certaines conditions, une mesure de « *discovery* » destinée à recueillir sur le territoire américain des éléments de preuve propres à permettre ensuite la saisine d'un juge étranger, qui peut par exemple être français². Si les juridictions françaises admettent sans réserve l'utilisation de pièces issues d'une procédure fondée sur ce texte³, l'usage de ce dernier demeure toutefois rare et réservé à une typologie particulière de dossiers⁴.

Qu'il soit utilisé devant le juge des référés ou devant le juge des requêtes, l'article 145 formule trois exigences de fond qui subordonnent son application.

La mesure doit tout d'abord être sollicitée « avant tout procès »⁵ et doit en outre présenter un caractère « légalement admissible »⁶. La partie qui invoque l'article 145 doit par ailleurs démontrer l'existence d'un « motif légitime », notion qui ne doit en aucun cas être confondue avec celle d'« intérêt légitime » (au sens de l'article 31 du CPC). En l'état du droit positif, le « motif légitime » de l'article 145 présente quatre facettes.

Le « motif légitime » exigé par l'article 145 implique d'abord que la mesure améliore la situation probatoire du demandeur, ce qui n'est pas le cas si ce dernier affirme (dans sa requête ou dans son assignation en référé) qu'il détient des éléments de preuve propres à lui permettre de saisir d'ores et déjà le juge du fond⁷. Le « motif légitime » signifie en outre que le deman-

deur doit démontrer l'existence d'un procès futur plausible, ce qui implique qu'il soit en mesure d'exposer de manière suffisamment précise et crédible le fondement qu'il entend utiliser devant le juge du fond⁸. Troisième composante de la notion : l'action en vue de laquelle la mesure est sollicitée ne doit pas être manifestement vouée à l'échec, ce qui est par exemple le cas lorsque la prescription est de toute évidence acquise ou, plus généralement, lorsqu'une fin de non-recevoir fait *prima facie* totalement échec à la thèse que le demandeur entend développer devant le juge du fond⁹.

La quatrième – et dernière – composante du « motif légitime » est celle qui nous intéresse particulièrement ici. Elle exige du demandeur qu'il démontre que les faits qu'il soupçonne et qui ont vocation à fonder ultérieurement sa thèse devant le juge du fond présentent un caractère « plausible ».

Approfondissons la question.

Le droit positif exige que le demandeur produise aux débats un ou plusieurs élément(s) concret(s) et propre(s) à légitimer de façon sérieuse le soupçon qui fonde sa demande. Un soupçon fondé sur une simple hypothèse non corroborée par des éléments de nature à rendre crédibles les faits litigieux ne peut en aucun cas suffire. *A fortiori*, une thèse présentée sous la forme d'un simple postulat gratuit ne peut caractériser le « motif légitime » exigé par le droit positif. L'exigence formulée par le droit positif est une sorte d'exigence « médiane » car il ne s'agit en aucun cas pour le demandeur de démontrer que les faits litigieux sont avérés et certains. Il s'agit seulement pour le demandeur de démontrer que les faits litigieux ont pu se produire.

Ces solutions sont consacrées de longue date et en toutes matières, que ce soit par la Cour de cassation ou par les juges du fond. La motivation

-
2. E. M. Mullins et L. W. Newman, « Obtaining Evidence for Use in International Tribunals under 28 U.S.C. § 1782 », *Juris*, 2020.
 3. TGI Paris, 29 sept. 2016, n° 15-00961 ; T. com. Nancy, 13 janv. 2014, n° 2012011430 ; CA Versailles, 20 mai 2010, n° 09-01617.
 4. En l'occurrence, les dossiers qui (i) permettent de revendiquer la compétence territoriale du juge américain et qui (ii) présentent en outre des enjeux propres à justifier, sur un plan financier, l'introduction d'une procédure préalable aux États-Unis.
 5. Sur le sens de ce membre de phrase, v. par exemple Civ. 2^e, 26 oct. 2023, n° 21-18.619, *D.* 2024, p. 578, obs. J.-D. Bretzner.
 6. Sur le sens de ce membre de phrase, v. par exemple Com., 28 juin 2023, n° 22-11.752, *D.* 2024, p. 579, obs. J.-D. Bretzner.
 7. CA Paris, 1^{er} févr. 2024, n° 23/09078. V. également en ce sens CA Paris, 4 avr. 2024, n° 23/14689 ; CA Paris, 8 févr. 2024, n° 23/15229 ; CA Paris, 19 janv. 2024, n° 23/12577 ; CA Paris, 26 oct. 2023, n° 23/01752 ; CA Paris, 5 oct. 2023, n° 23/02220.
 8. CA Paris, 7 nov. 2023, n° 23/03646. V. également en ce sens CA Paris, 20 févr. 2024, n° 23/10278 ; CA Paris, 18 janv. 2024, n° 23/08400 ; CA Paris, 14 nov. 2023, n° 22/13538 ; CA Paris, 25 juin 2021, n° 20/16958 ; CA Paris, 31 oct. 2018, n° 17/04981.
 9. CA Paris, 25 juin 2021, n° 20/16958. V. également en ce sens CA Paris, 2 juill. 2021, n° 20/16919 ; CA Paris, 1^{er} juill. 2021, n° 21/01431 ; CA Paris, 24 juin 2021, n° 21/00048 ; CA Paris, 18 juin 2021, n° 20/17039 ; Civ. 2^e, 20 janv. 2020, n° 18-24.757.

des arrêts de la cour d'appel de Paris, qui sont très nombreux sur le sujet, éclaire particulièrement la réflexion : « Le demandeur à la mesure d'instruction *in futurum*, s'il n'a pas à démontrer la réalité des faits qu'il allègue, doit justifier d'éléments rendant crédibles ses suppositions, ne relevant pas de la simple hypothèse »¹⁰. La solution ne suscite pas de divergence au sein des cours d'appel : « Il incombe [au requérant] de justifier d'éléments rendant crédibles les griefs allégués, sachant par ailleurs que l'existence du motif légitime s'apprécie à la lumière des éléments de preuve produits [...]. Ces simples soupçons non étayés sont ainsi insuffisants pour retenir comme probable la prétendue violation par la société G de son obligation [...]. Il résulte de ce qui précède que les appelantes échouent à caractériser l'existence d'un motif légitime à la mesure de saisie, au vu des griefs allégués dont la vraisemblance n'est pas établie »¹¹.

La Cour de cassation approuve la solution et fait observer quant à elle que : « ...ayant, après examen des pièces produites, relevé que la société S procédait par affirmations et n'établissait pas avoir étayé sa demande sur requête par la production d'éléments objectifs quelconques démontrant la probabilité des faits dont elle se plaignait, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, appréciant les conditions de recevabilité de la requête, a décidé qu'en l'absence de preuve du motif légitime justifiant le recours à une mesure d'instruction avant tout procès au jour où le juge y avait fait droit, les ordonnances devaient être rétractées »¹².

La démonstration requise au sujet de la plausibilité du ou des fait(s) peut emprunter plusieurs voies. Puisqu'il s'agit ici de démontrer l'existence d'un fait juridique, la preuve exigée peut notamment parfaitement résulter d'un faisceau d'indices, pour autant naturellement que, conformément à l'article 1382 du Code civil, les indices

invoqués présentent un caractère grave, précis et concordant, de telle sorte qu'ils rendent le fait litigieux plausible.

Deux affaires illustrent à quel point la méthode du faisceau d'indices est souvent déterminante en matière d'article 145.

La première concerne une espèce où l'article 145 avait été utilisé de façon non-contradictoire, par un requérant qui alléguait qu'il disposait d'indices propres à crédibiliser la thèse selon laquelle une opération de fusion était intervenue de façon illicite, en raison de la (prétendue) sous-valorisation de l'une des entités parties à l'opération. Séduit par le raisonnement et convaincu que le faisceau d'indices invoqué par le requérant rendait crédible la thèse de la sous-valorisation, le juge des requêtes avait accueilli favorablement la demande. L'ordonnance rendue par ce magistrat avait ensuite suscité un recours en rétractation. À l'appui de ce recours, le demandeur à la rétractation alléguait que, pris individuellement, les indices utilisés au soutien de la requête ne présentaient aucun caractère pertinent, de sorte que, pris dans leur ensemble, ils ne pouvaient constituer un quelconque faisceau.

En première instance, le juge de la rétractation se montra insensible à cette thèse et fit échec à la demande de rétractation. L'ordonnance fut déferée à la cour d'appel d'Aix, qui accueillit quant à elle la demande de rétractation et mit en lumière l'absence de « motif légitime » au sens de l'article 145. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation approuva le raisonnement de la cour d'appel : « Mais attendu qu'ayant relevé que, dans la requête, les demandeurs avaient exposé avoir démontré que la C[...], objet d'une fusion-absorption par la société R[...], avait été sous-valorisée, ce qui avait permis, d'une part, des opérations de cession d'actions à des conditions très avantageuses au profit des cadres de la première, alors même que ces derniers négo-

10. CA Paris, 17 juin 2021, n° 20/16134. V. également en ce sens CA Paris, 7 sept. 2023, n° 22/20365 ; CA Paris, 1^{er} juill. 2021, n° 21/01805 ; CA Paris, 24 juin 2021, n° 21/00050 ; CA Paris, 18 févr. 2021, n° 20/12985 ; CA Paris, 9 mai 2019, n° 18/24272 ; CA Paris, 1^{er} mars 2019, n° 18/15084 ; CA Paris, 22 nov. 2018, n° 18/06653 ; CA Paris, 27 sept. 2018, n° 17/20841 ; CA Paris, 7 févr. 2017, n° 16-13426 ; CA Paris, 7 mai 2015, n° 13/23273 ; CA Paris, 25 mars 2014, n° 13/13172.

11. CA Versailles, 12 nov. 2020, n° 19/07628. V. également CA Versailles, 10 juin 2021, n° 20/04921 ; CA Versailles, 14 janv. 2021, n° 19/08548 ; CA Versailles, 28 janv. 2021, n° 20/02470 ; CA Versailles, 15 avr. 2021, n° 20/03801 ; CA Aix-en-Provence, 17 juin 2021, n° 20/11391 ; CA Bourges, 30 avr. 2014, n° 13/00830 ; CA Lyon, 30 juin 2021, n° 20/05418.

12. Civ. 2^e, 12 juill. 2012, n° 11-18.399, *Bull. civ. II*, n° 132 ; *D.* 2012, p. 2826, obs. J.-D. Bretzner. V. également en ce sens Com., 17 mars 2021, nos 18-23.956 et 18-25.236 ; Civ. 2^e, 10 déc. 2020, n° 19-22.619 ; Civ. 2^e, 16 mars 2017, n° 16-13.950 ; Civ. 2^e, 21 mars 2019, n° 18-14.518 ; Com., 17 mars 2021, n° 18-23.956.

ciaient le prix de rachat de celle-ci avec la seconde et d'autre part, l'octroi par cette dernière d'avantages aux actionnaires et cadres de la même C[...] et retenu que cette prétendue sous-valorisation n'était nullement démontrée par les pièces de l'année ayant précédé l'effectivité de cette fusion-absorption, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, sans dénaturation et sans avoir à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, que la cour d'appel a décidé qu'en l'absence de preuve d'un motif légitime justifiant le recours à une mesure d'instruction avant tout procès, l'ordonnance devait être rétractée »¹³.

Une seconde affaire, relative cette fois à une mesure d'instruction *in futurum* sollicitée en référé, illustre si nécessaire le fait que les juges examinent avec soin les indices invoqués par le demandeur à l'instance, afin de caractériser le « motif légitime » de l'article 145.

Dans cette espèce, une personne atteinte d'un cancer sollicitait une expertise judiciaire destinée à faire la lumière sur l'origine de sa pathologie, qu'elle présentait comme étant due à sa (prétendue) exposition à un herbicide. À l'appui de son raisonnement, le demandeur invoquait plusieurs indices propres à démontrer, selon lui, la plausibilité de son exposition à l'herbicide litigieux. Le défendeur résista et fit observer que, du fait de leur imprécision, les indices invoqués par le demandeur ne présentaient pas les caractères propres à former un faisceau d'indices « graves, précis et concordants ». Le juge des référés accueillit cette objection et refusa d'ordonner l'expertise sollicitée par le demandeur, qui interjeta appel. Le débat se présenta dans les mêmes termes devant la cour d'appel de Bourges, qui confirma la pertinence du raisonnement du juge du premier degré, en faisant d'abord observer que : « ...le motif légitime exigé par l'article 145 susvisé suppose que M. J... démontre à tout le moins la vraisemblance des faits qu'il invoque au soutien de la mesure probatoire qu'il sollicite ».

La cour d'appel procéda ensuite à une analyse de la vraisemblance des faits allégués, à l'aune des pièces produites aux débats par le demandeur – en l'occurrence des indices et des attesta-

tions – et parvint à la conclusion que, du fait notamment du caractère insuffisamment précis des indices invoqués par le demandeur : « Il s'évince de ce qui précède qu'à bon droit et par une décision qui mérite entière confirmation, le premier juge a considéré que M. J... ne justifiait pas d'un motif légitime au soutien de sa demande d'expertise... »¹⁴.

La méthode fondée sur le faisceau d'indices est également particulièrement présente au stade du débat de fond.

II. La place du faisceau d'indices dans le cadre de l'action au fond

La méthode du faisceau d'indices désigne le procédé qui consiste pour le juge à présumer un fait à partir d'autres faits démontrés quant à eux de façon certaine. Un auteur synthétise la question en évoquant le fait que « le juge va donc, d'un fait connu, tirer des conséquences quant à un fait inconnu mais décisif pour la solution du procès »¹⁵. Le législateur utilise ici l'expression de « preuve par présomptions judiciaires », par opposition aux présomptions légales, qui sont instituées par la loi elle-même.

En la matière, le cheminement du magistrat est (en principe) balisé par l'article 1382 du Code civil, dont la formulation est issue de la réforme opérée en 2016 et qui édicte deux règles fondamentales.

La première consiste à circonscrire les cas dans lesquels le juge peut statuer à l'aune d'indices. Cette faculté lui est offerte « [...] dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen... ». Loin de réserver l'usage des indices à des situations marginales, cette règle fait en réalité de l'indice un outil omniprésent dans le procès civil, puisque ce dernier implique dans de très nombreux cas d'administrer la preuve d'un fait juridique, pour lequel la preuve est libre. L'indice conserve en outre un rôle important même lorsque l'objet de la preuve est constitué par un acte juridique. Tel est notamment le cas lorsque la preuve doit être administrée à l'encontre d'un commerçant, ce qui correspond à une hypothèse fréquente.

13. Civ. 2^e, 21 mars 2019, n° 18-14.518.

14. CA Bourges, 5 nov. 2020, n° 20/00308.

15. F. Ferrand, *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2013, v° « Preuve », n° 742.

La deuxième exigence qui résulte de l'article 1382 a trait aux caractères que doivent présenter les indices susceptibles d'entrer dans la composition du faisceau propre à asseoir la présomption. Le législateur utilise ici une formulation fondée sur une double négation et affirme que le juge « ...ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes... ». Cette formulation empreinte de rigueur suggère *prima facie* que le juge est invité à apprécier avec soin les trois conditions cumulatives édictées par le législateur, même si l'article 1382 semble par ailleurs apporter immédiatement un tempérament en affirmant que les présomptions « sont laissées à l'appréciation du juge ».

En pratique, que signifient ces trois adjectifs ? Sont-ils analysés individuellement ? Constituent-ils des trompe-l'œil, dont le juge peut aisément s'affranchir ? Le degré de « gravité » est-il analysé de manière rigoureuse, indépendamment du degré de « précision » ou doit-on considérer que ce qui est grave est *de facto* nécessairement précis et que l'exigence de gravité « absorbe » en quelque sorte celle de précision ? L'exigence de « concordance » – qui implique par principe d'identifier une pluralité d'indices et qui condamne logiquement l'utilisation d'un indice unique – est-elle bien respectée ?

La jurisprudence consacre rarement des développements explicites à l'analyse du caractère grave et précis d'un indice.

Les décisions énoncent la source des indices, l'éventuel support sur lequel ils figurent (correspondance, données comptables...) et décrivent leur nature. Elles ne vont cependant guère au-delà et s'abstiennent dans l'immense majorité des cas de qualifier un indice de « grave » ou de « précis »¹⁶. La plupart du temps, cette appréciation est posée de manière implicite et s'infère de la description de l'indice lui-même. Sans doute faut-il y voir la conséquence pratique du fait que la question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁷ ?

Si l'appréciation du caractère « concordant » paraît susciter plus d'attention de la part des magistrats, il n'en demeure pas moins que le

droit positif a souvent adopté à cet égard une approche particulièrement souple, qui fait fi de la rigueur de l'article 1382.

L'adjectif « concordantes » exige en principe un travail consistant à opérer une comparaison entre les informations résultant de plusieurs indices, de façon à mettre en évidence (ou non) une convergence entre ces informations. De là, peut naître (ou non) le faisceau sur lequel le juge est invité à prendre appui.

Les auteurs font cependant observer à juste titre que, sous l'empire du texte antérieur à la réforme de 2016, la Cour de cassation admettait fréquemment la possibilité pour le juge de forger sa conviction à l'aune d'un indice unique, dès lors que cet indice présentait aux yeux du juge une force suffisante¹⁸. En raisonnant de la sorte, la Cour de cassation faisait clairement abstraction de l'exigence légale. Ces mêmes auteurs affirment que la solution devrait perdurer sous l'empire du texte issu de la réforme de 2016¹⁹.

Plusieurs décisions récentes permettent toutefois d'affirmer qu'un retour à une forme d'orthodoxie est peut-être en train de s'opérer. Dans un arrêt daté du 11 octobre 2023, la chambre commerciale semble avoir manifesté son attachement à l'utilisation par le juge du fond d'une pluralité d'indices convergents. L'arrêt statue dans une espèce relative à l'application d'un régime fiscal de faveur en matière d'« ISF », régime dont le bénéfice était subordonné à la démonstration de ce que le contribuable exerce principalement une activité « industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ». Sur ce point, la thèse du demandeur au pourvoi consistait à faire grief à la cour d'appel d'avoir statué à l'aune d'un indice isolé (issu en l'occurrence de données résultant d'un bilan comptable) et à invoquer de ce fait une violation de la loi : « la mise en œuvre de la méthode du faisceau d'indices interdit de se référer aux seules données comptables figurant dans le bilan [...] ; qu'en s'abstenant ainsi de mettre en œuvre un faisceau d'indices supposant la prise en compte d'éléments à la fois qualitatifs et quantitatifs sur une échelle de temps suffisamment étendue [...] la

16. Pour une illustration en matière de parasitisme : CA Paris, Pôle 5, chambre 1, 20 sept. 2023, n° 21/19365.

17. Com., 5 janv. 2022, n° 19-23.701. V. également en ce sens Com., 26 janv. 2022, n° 20-14.000.

18. O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 1015.

19. *Ibid.*, p. 1016.

cour d'appel a violé l'article 787 B du code général des impôts »²⁰.

La Cour de cassation fait cependant échec à cette thèse et objecte au contribuable que : « ... la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur les seules données comptables au jour du fait générateur de l'impôt mais a mis en œuvre la méthode du faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité de la société et les conditions de son exercice... ».

Certes, l'arrêt statue dans une matière – le droit fiscal – qui cultive depuis toujours une forte singularité et qui présente une grande autonomie par rapport aux autres branches du droit. Par ailleurs, le pourvoi n'invoquait pas à proprement parler une violation de l'article 1382 (ni même le texte qui prévalait avant la réforme de 2016). Enfin, l'arrêt fait observer que, contrairement à la thèse développée par le demandeur au pourvoi, la méthode du faisceau d'indices avait bien été utilisée par la cour d'appel, de sorte que la critique était en réalité inopérante. Il serait donc audacieux d'affirmer que la Cour de cassation aurait nécessairement exercé sa censure, si l'arrêt d'appel avait véritablement raisonné à l'aune d'un indice unique.

Plusieurs arrêts postérieurs fournissent néanmoins un motif d'espoir plus important.

La question a de nouveau été examinée par la chambre commerciale, le 13 mars 2024, dans une espèce qui suscitait le même débat fiscal. L'arrêt d'appel frappé de pourvoi avait cette fois raisonné à l'aune d'un indice unique et avait statué en défaveur du contribuable, qui avait invité la cour d'appel à se fonder sur une pluralité d'indices propres à former un faisceau. Le pourvoi du contribuable critiquait cette approche et invoquait une violation de la loi. La chambre commerciale analyse le moyen en faisant tout d'abord observer qu'il appartient au juge du fond d'apprécier l'applicabilité du régime fiscal de faveur « en considération d'un faisceau d'indices »²¹. Au-delà de cet utile rappel, la chambre commerciale exerce cette fois sa censure et casse

l'arrêt d'appel au motif que la cour d'appel s'était déterminée :

« ...sans examiner, comme il lui incombait, l'ensemble des indices dont se prévalait le contribuable pour démontrer le caractère principalement commercial de la société... ».

Dans la mesure où l'arrêt constitue un arrêt de cassation, de surcroît publié au Bulletin (contrairement à l'arrêt du 11 octobre 2023), la solution présente une portée non négligeable. Certes, la solution est consacrée là encore en matière fiscale. Certes, l'article 1382 du Code civil n'était pas non plus en cause. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt du 13 mars 2024 pourrait préfigurer un retour à une application stricte de la règle de principe édictée par l'article 1382 et favoriser le recours, dans toutes les branches du droit, à la méthode du faisceau d'indices.

Cette évolution se dessine d'ailleurs à la lecture d'un arrêt plus récent encore²², qui émane lui aussi de la chambre commerciale et qui présente l'intérêt de statuer dans un domaine autre que celui du droit fiscal, en l'occurrence dans le domaine du droit des procédures collectives. L'enjeu du débat était d'apprécier l'existence d'une confusion de patrimoines entre plusieurs personnes, afin d'opérer le cas échéant une extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de l'une d'elles.

L'arrêt d'appel avait statué en défaveur de cette extension, après avoir analysé une pluralité d'indices et être parvenu à la conclusion que les indices invoqués devant la Cour « ...ne suffisent pas, pris isolément, à caractériser une confusion de patrimoines... »²³. La chambre commerciale censure cependant ce raisonnement au motif que « en se déterminant ainsi, sans rechercher si ces faits ne constituaient pas un ensemble d'indices concordants caractérisant l'existence de relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoine [...], la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »²⁴.

20. Com., 11 oct. 2023, n° 21-24.763.

21. Com., 13 mars 2024, n° 22-15.300. V. également en ce sens Com., 25 janv. 2023, n° 20-23.137.

22. Com., 23 mai 2024, n° 22-24.305.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

Même si l'arrêt ne prend pas appui sur l'article 1382 du Code civil, il exprime un net attachement à la méthode du faisceau d'indices prescrite par ce texte et à la nécessité de vérifier le degré de concordance susceptible d'exister entre les différents indices invoqués par un plaideur.

Nous formulons le vœu que, dans le sillage de ce dernier arrêt et des nombreuses décisions

rendues en particulier en matière de responsabilité du fait des produits défectueux²⁵, le droit positif rompe définitivement avec la logique consistant à admettre le recours à un indice unique, fût-ce dans des cas rares.

L'exigence de concordance consacrée par l'article 1382 du Code civil est en effet formulée par ce texte de manière claire et doit être appliquée dans toute sa rigueur.

25. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2024, n° 23-19.156, qui réaffirme clairement les trois caractéristiques que doivent présenter les indices. V. également Civ. 1^{re}, 21 oct. 2020, n° 19-18.689; Civ. 1^{re}, 14 mars 2024, n° 22-10.324.

Dossier

La preuve en métamorphoses

La preuve à l'ère de l'IA

Diane Galbois-Lehalle

Maître de conférences en droit privé
à l'Institut Catholique de Paris

Certains de nos lecteurs, après avoir fait l'objet d'un classement algorithmique pour être admis dans une université, ont peut-être suivi l'itinéraire calculé par leur GPS pour s'y rendre la première fois, tout en s'abreuvant de contenus sur les réseaux sociaux, dont certains ont possiblement été générés automatiquement. L'intelligence artificielle (IA) nous accompagne désormais dans toutes nos actions du quotidien.

Selon une définition couramment acceptée, l'intelligence artificielle se définit comme un ensemble de techniques permettant à des machines d'accomplir des tâches et de résoudre des problèmes normalement réservés aux humains et à certains animaux¹. Ces techniques sont (très) schématiquement de deux ordres : l'IA symbolique, d'une part, consiste à mimer le raisonnement logique humain en codant des règles logiques (on parle notamment de systèmes experts ou d'arbres de régression). Avec l'IA connexionniste, ou *machine learning* (apprentissage machine), d'autre part, la machine apprend à partir d'un très grand nombre de données d'entraînement. Cette dernière technique connaît un rebond phénoménal depuis les années 2000, qui ont permis, avec l'avènement

du *Big data*, de pouvoir accéder facilement à un grand nombre de données susceptibles de servir de corpus d'entraînement. L'IA connexionniste est aujourd'hui largement dominante, même si les risques de biais² et d'hallucinations³ qui lui sont inhérents incitent de plus en plus de concepteurs, si ce n'est à revenir purement à des systèmes d'IA symbolique, du moins à réaliser des systèmes hybrides, empruntant aux deux techniques⁴. Intelligence artificielle et *machine learning* sont donc fréquemment assimilés, quand bien même l'intelligence artificielle ne se réduit pas au *machine learning*. Par sa puissance de calcul, cette technologie permet de traiter quantité de données, et de déduire, à partir des données d'entrée (*input*), la manière de générer des résultats (*output*) pour des tâches spécifiques (par exemple, la reconnaissance d'images, la traduction automatique ou l'analyse prédictive).

L'intelligence artificielle, qui est désormais partout, ne s'arrête pas à la porte des prétoires. En pratique, des systèmes d'intelligence artificielle sont déployés pour servir la preuve et participer de la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte. La force de calcul de l'IA permet d'analyser un très grand nombre de données,

1. Y. Le Cun, Leçon inaugurale au Collège de France, 4 févr. 2016.

2. Explicites ou implicites dans les données d'entraînement.

3. L'IA peut générer des hallucinations parce qu'elle repose sur des modèles statistiques et non sur une compréhension réelle du monde. Elle ne « comprend » pas une question, pas plus qu'elle ne « comprend » qu'un résultat statistiquement probable peut être absurde et dépourvu de sens. Quand le système d'intelligence artificielle manque d'informations précises, il peut « inventer » des réponses statistiquement plausibles mais incorrectes pour combler les lacunes (par exemple, sur la manière de brosser les dents d'une poule ou le poids d'un œuf de vache).

4. Le souci écologique tend également à favoriser, pour des usages précis, la conception d'IA dites frugales, reposant sur un jeu de données plus restreint, mais bien choisi : v. dernièrement, l'avis du CESE, « Impacts de l'intelligence artificielle : risques et opportunités pour l'environnement », 24 sept. 2024.

que ce soit pour extraire et exploiter des données collectées dans les téléphones portables ou d'autres données numériques⁵, pour détecter du blanchiment d'argent⁶, ou encore pour analyser des fragments d'ADN de suspects⁷. L'IA excelle particulièrement dans l'analyse et la reconnaissance d'images et de vidéos, ce qui peut se révéler particulièrement utile dans un litige pour analyser des enregistrements de vidéosurveillance, des photographies ou des images. L'IA a par exemple été utilisée pour traquer des fraudes fiscales en analysant des images aériennes pour détecter des piscines non déclarées⁸. Les Jeux olympiques de Paris de l'été 2024 ont également mis en lumière le déploiement des caméras dites « augmentées » – autrement dit, des dispositifs vidéo auxquels sont ajoutés des traitements algorithmiques d'analyse automatisée d'images⁹ –, afin d'identifier non pas des personnes (reconnaissance biométrique) mais des situations prédéfinies (mouvements de foule, bagage abandonné, port d'armes, bagarre, etc.). Inversement, l'IA peut être utilisée à mauvais escient pour maquiller ou générer des modes de preuve artificiels. La massification des outils d'IA générative, qui permettent de produire du texte (le plus connu est ChatGPT), des images, des vidéos ou encore de la voix, rend ce risque plus prégnant. La gendarmerie, heureusement, est bien équipée pour détecter – grâce à l'IA ! – des faux. Pour le meilleur ou pour le pire, en tout cela, l'IA renouvelle les *modes* de preuve.

Peut-on aller plus loin et admettre une preuve algorithmique, autrement dit reconnaître que l'analyse d'une situation par calculs algorithmiques vaut preuve ? Des simulations ont été effectuées à l'École nationale de la magistrature

entre 2019 et 2022¹⁰. Il en ressort que la décision du juge est influencée lorsqu'une preuve algorithmique l'aide à résoudre un problème chiffré (estimation de dommages-intérêts, d'une procédure compensatoire, etc.), mais très peu significative lorsqu'il s'agit de décider de la culpabilité d'un prévenu dans un procès pénal. On peut s'en réjouir, car l'IA n'est pas intelligente ; elle ne dispose pas de facultés d'analyse comme les humains. Il s'agit simplement d'une technique qui repose sur des modèles statistiques et calcule des corrélations¹¹ ; or corrélation n'est pas causalité. En réalité, il ne s'agit pas tant d'une question de preuve que d'une question de *justice digitale*, que l'on peut considérer comme plus ou moins désincarnée¹².

La cohabitation de la preuve et de l'IA renvoie surtout à d'autres interrogations, qui portent sur les métamorphoses, non pas de la preuve (ou des preuves), mais du *droit de la preuve*. L'enjeu devient alors de considérer comment le droit s'adapte face à un système d'IA qui n'est pas conçu comme une preuve, mais figure tout simplement comme l'un des éléments factuels du litige. De même qu'elle bouleverse tous les pans du droit¹³, des libertés publiques à la responsabilité civile, en passant par le droit de la propriété intellectuelle et le droit administratif, l'intelligence artificielle complexifie les questions de preuve, et appelle à des adaptations des règles du droit de la preuve.

Les défis que soulève l'IA en droit de la preuve tiennent au fonctionnement de cette technique, en tout cas pour les systèmes d'IA qui reposent sur des techniques d'apprentissage automatique¹⁴. En effet, les mécanismes internes qui conduisent aux résultats générés par l'IA sont

5. M. Audibert, « L'extraction et l'exploitation des données contenues dans des supports numériques », *AJ Pénal* 2023, p. 116.

6. T. Cassuto, « Détection des fraudes et du blanchiment d'argent : l'apport de l'intelligence artificielle », *AJ Pénal* 2023, p. 119.

7. J. Lelieur, « L'intelligence artificielle, une nouvelle technologie probatoire en émergence », *AJ Pénal* 2023, p. 112.

8. « La détection par intelligence artificielle de piscines non déclarées va être généralisée en France », *Le Monde*, 29 août 2022.

9. Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 relative aux Jeux olympiques et paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions.

10. E. Vergès, « Le juge face à la boîte noire : l'intelligence artificielle au tribunal », *D.* 2022, p. 1920.

11. Certains auteurs utilisent une formule beaucoup moins mystique que celle d'« IA générative » : le « perroquet computationnel » (A. Alomberg, *Schizophrénie numérique*, éd. Allia, 2023).

12. A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018. Comp. E. Jeuland, « Intelligence artificielle et justice : une approche interhumaniste », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll. « Les intégrales », 2022, p. 227 et s.

13. A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, qui ne comporte pourtant pas de chapitre spécifique au droit de la preuve !

14. Les systèmes basés sur des algorithmes simples ou des modèles interprétables, tels que les arbres de décision ou les modèles linéaires, sont généralement compréhensibles. Ces approches permettent de retracer le raisonnement du modèle, car leurs mécanismes de décision sont transparents et explicites.

souvent incompréhensibles, y compris pour leurs concepteurs. L'expression d'effet « boîte noire » est souvent employée pour désigner la difficulté, voire l'impossibilité, de comprendre ou d'expliquer en détail le fonctionnement interne de nombreux systèmes d'IA. Au cours de la phase d'apprentissage, ces systèmes d'IA ajustent des millions, voire des milliards, de paramètres internes – souvent comparés aux synapses du cerveau – afin d'identifier et de modéliser des corrélations statistiques présentes dans les données. Or ces ajustements s'opèrent dans des structures complexes qui ne sont pas directement lisibles ou compréhensibles, même pour les experts en IA. Les réseaux de neurones artificiels impliquent des calculs répartis sur de nombreuses couches (réseaux de neurones profonds ou *deep learning*), avec des interactions non linéaires. Leur comportement est le produit d'une multitude d'ajustements combinés, ce qui rend difficile l'identification d'un lien clair entre une donnée d'entrée et une sortie spécifique. Bien qu'il soit possible de connaître les données d'entrée (*input*) et les résultats produits (*output*), le chemin exact suivi par le système pour parvenir à ces résultats reste opaque.

L'enjeu de l'opacité d'un réseau de neurones artificiels se conçoit bien au regard de l'adage bien connu en droit de la preuve, « *idem est non esse et non probari* »¹⁵. Imaginons un plaideur qui prétend avoir été victime du fonctionnement d'un système d'intelligence artificielle. Comment un emprunteur, par exemple, qui se prétend victime d'une erreur par le système d'IA utilisé par sa banque, pourra-t-il prouver que le taux d'emprunt plus élevé qui lui a été attribué est dû à une erreur – hallucination – ou un biais dans les données utilisées ? Comment la victime, propriétaire d'un système d'IA qui l'a blessée, qui se voit opposer sa propre faute par le concepteur, peut-elle prouver que le dommage a bien sa source dans la mauvaise programmation ou le mauvais entraînement du système d'IA, et non dans l'apprentissage que le système a poursuivi auprès d'elle après son achat ? En l'état, la preuve est

quasi-impossible à rapporter, faute de pouvoir expliquer le fonctionnement de l'algorithme qui a mené à tel résultat. La complexité des lignes de code, la multitude des données et, surtout, s'agissant des systèmes d'IA de type *machine learning*, la capacité d'apprentissage de ceux-ci pour extrapoler une réponse au-delà des données auxquelles ils ont été exposés, rendent bien difficile de prouver le rôle du système d'IA dans la réalisation du dommage. La victime d'un dommage causé par un système d'IA se retrouvera donc, en raison de cette situation, dans une impasse probatoire.

C'est dire si des adaptations du droit de la preuve sont nécessaires, afin de rendre explicable l'IA. C'est toutefois un objectif quasi inatteignable techniquement. Plusieurs mécanismes juridiques bien connus par ailleurs peuvent être mobilisés pour tenter de contourner les difficultés de preuve du demandeur. À défaut d'atteindre l'explicabilité, on peut du moins essayer de rendre le fonctionnement de l'algorithme plus transparent (I). Par faveur pour la victime, une autre voie peut être préférée : obliger l'autre partie à dévoiler les éléments de preuve pertinents (II). Enfin, ultime adaptation de la charge de la preuve, le recours à des présomptions de droit peut être envisagé (III).

I. Transparence

Genèse. Une première voie permettant de pallier l'opacité des systèmes d'IA consiste à obliger les concepteurs de systèmes d'IA à informer l'utilisateur des principaux choix et étapes de conception du système. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une adaptation du droit de la preuve, mais d'une mesure tendant à remédier à l'asymétrie d'information. Les tout premiers instruments de régulation de l'intelligence artificielle, notamment différents cadres éthiques adoptés au niveau international, visaient les principes de transparence des données et de transparence des algorithmes¹⁶. La transparence est rapidement devenue l'un des principes récurrents en matière d'IA.

15. Qui signifie, « ne pas pouvoir prouver son droit équivaut à ne pas avoir de droit ».

16. OCDE, Principes sur l'IA de l'OCDE, publiés en 2019 et révisés en 2024, principe 1.3 ; Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle constitué par la Commission européenne, Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance ; Unesco, Recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle, adoptée le 23 nov. 2021 ; plus récemment, Conseil de l'Europe, Convention-cadre sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, 17 mai 2024, art. 8. Pour une analyse d'ensemble des principes récurrents de ces divers instruments, v. A. Latil, « En attendant la Déclaration de droits fondamentaux du numérique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 593.

Fondements textuels. Les réglementations européennes consacrent toutes cette exigence de transparence. Une personne qui fait l'objet d'une décision individuelle automatisée, au sens de l'article 22 du RGPD, doit être informée, par le responsable de traitement de données personnelles, lors de l'obtention de celles-ci, non seulement de l'existence d'une prise de décision automatisée, mais aussi des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement¹⁷. Le règlement sur les services numériques impose aux hébergeurs et plateformes de rendre compte, dans leurs conditions générales, des principaux paramètres utilisés dans leurs algorithmes de recommandation¹⁸ ainsi que l'éventuel recours à des algorithmes de modération¹⁹.

Quant au fameux « AI Act », ou règlement sur l'IA²⁰, il met à la charge des « fournisseurs »²¹ de systèmes d'IA une obligation de fournir une documentation technique, détaillant notamment (parmi une très longue liste) la logique générale du système d'IA et des algorithmes, les principaux choix de conception et l'architecture du système²². Cette exigence de transparence a pour destinataire les « déployeurs », définis comme tout utilisateur hors activité personnelle à caractère non professionnel²³ – donc par exemple une entreprise qui met en place un algorithme aux fins de conseiller ses clients. La transparence est donc pensée pour permettre aux déployeurs d'interpréter les résultats d'un système et de les utiliser de manière appropriée. Elle se traduit par la fourniture d'une notice d'utilisation²⁴. Ces obligations de transparence ont cen-

sément pour but de « renforcer l'efficacité de[s] droits et recours existants »²⁵ et répondre aux préoccupations liées à l'opacité et à la complexité de certains systèmes d'IA²⁶. Pourtant, ces informations ne sont pas destinées à la personne ciblée par le système d'IA (dans notre exemple, le client du déployeur), qui pourrait être demanderesse à un procès. Ces obligations de transparence ne seront donc pas d'une grande utilité en matière probatoire. Au demeurant, le règlement sur l'IA n'est, plus largement, pas un texte qui a été pensé pour conférer des droits aux individus, mais un texte de *compliance* à destination des professionnels de l'IA.

Transparence des données. Il est toutefois une obligation de transparence dans le règlement sur l'IA qui est au service de la preuve. Son article 53 impose aux fournisseurs de modèles d'IA à usage général de mettre à disposition du public un résumé suffisamment détaillé du contenu utilisé pour entraîner le modèle. Cette obligation de transparence permet que des ayants droit puissent vérifier que leurs œuvres protégées n'ont pas servi à l'entraînement du modèle, et plus généralement qu'il n'y a pas eu un traitement illicite de données à caractère personnel.

Transparence ou explicabilité. Les termes de transparence et d'explicabilité sont parfois assimilés. Selon un rapport préliminaire d'experts indépendants qui a beaucoup influencé la rédaction du règlement sur l'IA, la transparence comprend l'explicabilité, qui suppose que les décisions prises par un système d'IA puissent être comprises et retracées par des êtres humains²⁷. Il

17. Règlement 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci après « RGPD »), art. 13.2, f) et 14.2, g).

18. Règlement 2022/2065 du 19 oct. 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), art. 27.

19. Règlement sur les services numériques, art. 14.

20. Règlement 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (règlement sur l'intelligence artificielle) (ci-après « RIA »).

21. RIA, art. 3.3 : celui qui développe ou fait développer et met sur le marché le système d'IA.

22. RIA, art. 11 et annexe IV.

23. RIA, art. 3.4.

24. RIA, art. 13.

25. RIA, cons. 9.

26. RIA, cons. 72.

27. Deux autres volets de la transparence ne concernent pas le droit de la preuve : la traçabilité, qui doit permettre d'identifier d'éventuelles erreurs et d'améliorer le système d'IA, et la communication, qui doit permettre d'informer que l'on est face à un système d'IA et non à une autre personne. C'est cette dernière acception que décline l'article 50 du RIA à propos de l'obligation de transparence sur le fait d'interagir avec un système d'IA ou qu'un système d'IA génère du contenu. C'est également le fondement sous-jacent à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration.

nous semble néanmoins que la transparence n'est pas toujours gage d'explicabilité. Même si les données d'entraînement utilisées pour former un système d'IA ou les principaux paramètres et choix de conception sont connus, ils ne permettent pas d'expliquer le fonctionnement du modèle ou ses décisions. En effet, le processus d'apprentissage automatique extrait des motifs complexes des données d'entraînement (*patterns*), mais ces motifs sont ensuite intégrés dans les paramètres du modèle sous une forme qui n'est pas directement interprétable. En outre, les systèmes d'IA sont conçus pour généraliser, c'est-à-dire appliquer ce qu'ils ont appris à des situations nouvelles, non rencontrées durant l'entraînement. Cette capacité peut entraîner des comportements inattendus, car la manière dont le système extrapole ses connaissances peut différer des attentes humaines. Une corrélation statistiquement plausible pourra s'avérer en réalité totalement absurde. Lorsque la fourniture d'informations ne suffit pas, c'est une autre technique de rééquilibrage de la charge de la preuve qui doit être envisagée.

II. Divulgaration d'éléments de preuve

Action en responsabilité. Une directive et une proposition de directive européenne en matière de responsabilité introduisent un mécanisme de *discovery* à l'anglo-saxonne. La nouvelle directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux du 23 octobre 2024²⁸, qui remplace la directive de 1985 et précise explicitement qu'elle couvre les logiciels et les systèmes d'intelligence artificielle, prévoit, notamment, des règles du divulgation des éléments de preuve. Ce mécanisme est même l'un des deux piliers de la proposition de directive de la Commission européenne sur la responsabilité en matière d'IA²⁹ (publiée le même jour que la proposition de réforme de la responsabilité du fait des produits défectueux). Cette proposition de directive tend, non pas à établir un nouveau régime de respon-

sabilité du fait de l'IA, mais à adapter les règles nationales de la responsabilité pour faute.

Discovery. L'article 9 de la nouvelle directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux permet au demandeur, lorsqu'il présente « des faits et des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité de sa demande en réparation », d'exiger du défendeur qu'il dévoile les éléments de preuve dont il dispose. Réciproquement, un défendeur qui présente des faits et des éléments de preuve suffisants pour démontrer qu'il a besoin de preuves aux fins de s'opposer à une demande en réparation peut exiger du demandeur la communication de ces éléments. Les juges saisis de la demande peuvent même imposer de présenter les preuves d'une manière facilement accessible et compréhensible. La sanction de cette obligation de divulguer des preuves est particulièrement persuasive : si le défendeur ne divulgue pas les éléments de preuve pertinents comme il y est tenu, son produit est présumé défectueux³⁰.

De même, l'article 3 de la proposition de directive relative à la responsabilité en matière d'IA permet aux demandeurs à une action en responsabilité pour faute (en droit national) ou aux demandeurs potentiels, qui n'ont pas encore engagé une action en responsabilité, d'obtenir des éléments de preuve du défendeur. Celui-ci, selon la proposition de directive, doit être fournisseur, déployeur de systèmes d'IA à haut risque au sens du règlement sur l'IA, ou personne assimilée, au sens du même règlement. Seuls les systèmes d'IA à haut risque sont concernés par cette disposition. Là encore, le demandeur doit présenter des « faits et des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité d'une action en réparation », et il doit en outre avoir mis en œuvre tous les moyens proportionnés pour collecter les éléments de preuve pertinents auprès du défendeur. Sans surprise, le fait, pour le défendeur, de ne pas se conformer à cette obligation de divulgation, fait présumer la faute

28. Directive 2024/2853 du 23 oct. 2024 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et abrogeant la directive 85/374/CEE du Conseil. L'article 20 de la directive précise qu'elle entrera en vigueur et abrogera l'ancienne le 9 décembre 2026, et s'appliquera aux produits mis sur le marché ou mis en service à compter du 9 décembre 2026.

29. Proposition de directive relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA) (COM/2022/496 final). La Commission européenne avait publié le même jour (le 27 septembre 2022) cette proposition de directive et celle concernant la responsabilité du fait des produits défectueux.

30. Directive 2024/2853, préc., art. 10.2, a).

– consistant en le non-respect, de sa part, d'un devoir de vigilance pertinent que les éléments de preuve demandés étaient destinés à prouver.

Limites. L'obligation de divulgation d'éléments de preuve, quoique très large, souffre quelques limites : seuls les éléments de preuve nécessaires et proportionnés doivent être dévoilés, eu égard aux intérêts légitimes de toutes les parties concernées, y compris des tiers, notamment pour ce qui est de la protection des informations confidentielles et des secrets d'affaires. Cette double limitation est formulée de manière extrêmement vague. Il faudra probablement attendre une question préjudicielle à la CJUE pour savoir comment les juges nationaux pourront apprécier ces limites.

Les obligations de divulgation de preuve ont pour objectif de rendre la charge probatoire du demandeur équivalente, que son dommage ait été causé par un système d'IA ou par un produit quelconque³¹. L'objectif ne semble toutefois pas parfaitement atteint car, en réalité, elles ne font que déplacer le problème de la récolte à l'interprétation des modes de preuve³². Il faut alors envisager une adaptation des règles de preuve plus énergique.

III. Présomptions

Plus drastiquement, le recours à des présomptions peut s'imposer pour contourner la difficulté de preuve liée à l'opacité des systèmes d'IA. Le droit en offre de multiples exemples, notamment en cas d'impossibilité scientifique d'établir une preuve³³. La nouvelle directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et la proposition de directive en matière de responsabilité du fait de l'IA posent deux types de présomptions.

Présomption de défaut ou de faute. La nouvelle directive relative à la responsabilité du fait

des produits défectueux et la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA prévoient, comme évoqué précédemment, respectivement une présomption de défaut du produit et une présomption de faute, en cas de non-divulgation des éléments de preuve demandés³⁴. En outre, la réforme de la responsabilité du fait des produits défectueux a instauré une présomption de défaut du produit lorsque celui-ci n'est pas conforme aux exigences obligatoires en matière de sécurité des produits ou lorsque le dommage a été causé par son dysfonctionnement manifeste lors d'une utilisation raisonnablement prévisible ou dans des circonstances ordinaires³⁵.

Présomptions de lien de causalité. Ces deux textes instaurent également des présomptions de lien de causalité. En matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la présomption de lien de causalité entre la défectuosité et le dommage allège la charge de la preuve du demandeur. Celui-ci n'a plus qu'à prouver, d'une part, que le produit est défectueux et, d'autre part, que le dommage causé est « d'une nature généralement compatible avec le défaut en question », ce qui est très large.

La présomption posée par la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA est beaucoup plus circonscrite. Ce texte n'ayant vocation à s'appliquer que dans le cadre d'une action fondée sur la faute, la première condition tient à ce que le demandeur rapporte la preuve d'une faute (à moins que celle-ci ne soit présumée en raison d'une non-divulgation des éléments de preuve requis), entendue comme le manquement à un devoir de vigilance visant *directement* à protéger contre le dommage survenu. Contrairement à la définition que Planiol donnait de la faute, tout manquement à une obligation préexistante ne sera pas pris en considération ici. Notamment, l'article 4.2 de la proposition de directive précise que seuls les man-

31. Proposition de directive relative à la responsabilité en matière d'IA, cons. 7 : « La présente directive vise à contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en harmonisant certaines règles nationales en matière de responsabilité pour faute extra-contractuelle, afin que les personnes qui demandent réparation de dommages causés par un système d'IA bénéficient d'un niveau de protection équivalent à celui garanti aux personnes qui demandent réparation pour des dommages causés sans l'intervention d'un système d'IA ».

32. M. Ziosi, J. Mökander, C. Novelli, F. Casolari, M. Taddeo, et F. Floridi, « The EU AI Liability Directive (AILD): Bridging Information Gaps », *European Journal of Law and Technology* juin 2023, disponible en ligne : <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/962>.

33. V. not. l'art. L. 3122-2 du code de la santé publique, à propos des contaminations transfusionnelles au VIH.

34. Directive 2024/2853, préc., art. 10.2, a) ; proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA, préc., art. 3.5.

35. Directive 2024/2853, préc., art. 10.2, b) et c).

queuments à certaines des obligations imposées aux fournisseurs de systèmes d'IA à haut risque par le règlement sur l'IA seront considérées comme des manquements à un devoir de vigilance visant *directement* à protéger contre le dommage survenu (gouvernance des données, transparence, exactitude, robustesse, cybersécurité, ou obligation de prendre des mesures correctives si le défendeur a la qualité de fournisseur ; surveillance du système ou exposition à des données non pertinentes si le défendeur est déployeur³⁶).

Ensuite, encore faut-il qu'il puisse être considéré comme raisonnablement probable, compte tenu des circonstances de l'espèce, que la faute a influencé le résultat du système d'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat.

Si ces conditions sont remplies, c'est alors le lien causal *entre la faute et le résultat du système d'IA* qui est présumé, et non pas le lien de causalité entre la faute et le dommage. Cela peut surprendre à première vue ; pourtant, cette solution est parfaitement logique puisqu'il s'agit bien de pallier l'obscurité du fonctionnement du système d'IA. Le demandeur reste tenu de rapporter la preuve du lien de causalité *entre le résultat du système d'IA et le dommage* qu'il invoque.

Face à l'opacité inhérente aux systèmes d'IA, le droit de la preuve doit s'adapter. À l'heure où sont rédigées ces lignes, aucune des règles évoquées (sauf celles issues du RGPD et du *Digital Services Act*) ne sont encore applicables. Les dispositions évoquées du règlement sur l'IA entreront en application le 2 août 2026, la nouvelle directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui est d'harmonisation maximale, remplacera celle de 1985 le 9 décembre 2026, date limite imposée aux États membres pour sa transposition, pour les produits mis sur le marché ou mis en service avant cette date. Quant à la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA, plusieurs voix autorisées doutent qu'elle aboutira. Le Parlement européen, qui avait emprunté une toute autre voie dans une résolution du 20 octobre 2020, en proposant un régime de responsabilité *sui generis* pour les systèmes d'IA à haut risque, a récemment publié une étude d'impact assez critique sur la proposition de directive de la Commission. Il faudra donc patienter avant de voir des illustrations de ces métamorphoses de la preuve imposées par l'opacité de l'intelligence artificielle.

36. Contrairement à la disposition relative à l'obligation de divulgation d'éléments de preuve présentée précédemment, la présomption n'est pas restreinte aux seuls systèmes d'IA à haut risque. Néanmoins, pour les systèmes d'IA qui ne sont pas à haut risque, la présomption n'est susceptible de jouer que s'il est excessivement difficile pour le demandeur de prouver le lien de causalité.

Dossier

La preuve en métamorphoses

La preuve dans les contentieux du déséquilibre significatif : un témoin de la protection de l'équilibre contractuel

Maxime Cormier

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

1. Le droit combattu par les faits : les contrats déséquilibrés. « Qui dit contractuel dit juste »¹. Il est à peine besoin de rappeler que la formule de Fouillée incarne l'idéologie individualiste et libérale sous-tendant la théorie de l'autonomie de la volonté², d'autant qu'elle a vécu. C'est un lieu commun, en effet, que de souligner la progression des contrats déséquilibrés³. Dès le début du ^{xx}e siècle, Saleilles remarquait l'apparition des contrats d'adhésion, ces contrats « dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée [...] »⁴. Quelques décennies plus tard, il était fait le constat du développement des contrats de dépendance, ces accords dans lesquels une partie use de son emprise sur l'autre afin d'imposer les termes de leur relation⁵. S'il y a lieu de distin-

guer les deux figures contractuelles⁶, entre lesquelles il n'est pas impossible d'insérer le contrat de travail, elles ont en commun d'offrir un démenti au postulat libéral auquel adhéraient les rédacteurs du Code civil de 1804. Dans les deux hypothèses, le défaut de pouvoir de négociation d'une partie, dicté par la situation de l'autre, obère l'équilibre du contrat.

2. Les faits rattrapés par le droit : l'appréhension légale des déséquilibres significatifs. Face au développement des contrats déséquilibrés, diverses postures peuvent être adoptées. La première est l'inertie : puisque l'autonomie de la volonté n'a jamais été reçue comme un dogme absolu⁷, l'atteinte au modèle théorique appelle moins une réaction épidermique qu'une réponse procédant d'un choix de politique juridique. Une autre posture, qui pro-

1. A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Hachette, 1885, p. 410.

2. Sur cette théorie, v. not. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, 4^e éd., LGDJ, 2013, nos 181 et s.

3. Sur la diversité que dissimule l'expression, v. V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary Houin.

4. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, n° 89, p. 229.

5. V. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, préf. J. Ghestin.

6. V. F. Chénéde, « Raymond Saleilles – Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC* 2012/3, p. 1017, spéc. n° 18.

7. Sur cette réception partielle, v. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, nos 28 et s.

cède donc d'un autre choix politique, est l'appréhension des contrats déséquilibrés. À ce titre, pour qui observe l'activité du législateur, il est possible de remarquer l'apparition d'une notion mobilisée par *plusieurs textes* pour procéder au rééquilibrage de certains contrats.

3. La notion en cause est celle du déséquilibre significatif⁸. Pour aller à sa rencontre, il est possible d'adopter une approche étymologique. Le déséquilibre significatif serait alors le défaut d'équivalence – *dis* marquant la négation et *æquilibrium* évoquant l'équilibre des balances – qui se laisserait percevoir – *significare* renvoyant à l'action d'informer. À ce stade de l'analyse, les termes de la notion qui tend à restaurer un certain équilibre contractuel semblent avoir été opportunément choisis. Dans le prolongement de cette première approche, la consultation du *Vocabulaire juridique* de l'Association Capitant s'impose. L'ouvrage retient un seul sens pour le terme étudié : « notion cadre qui permet, dans les contrats d'adhésion (C. civ., a. 1171) et les contrats de consommation (C. conso., a. L. 212-1), d'éradiquer une clause porteuse d'injustice manifeste, l'appréciation de ce déséquilibre ne portant ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Ex. clause attribuant un droit ou un pouvoir à un seul contractant. Rapp. C. com., a. [L. 442-1, I, 2°] »⁹. En faisant – à raison – du déséquilibre significatif une « notion cadre », cette définition ouvre le champ de l'analyse puisqu'elle renvoie à la technique

des standards utilisée de manière croissante en matière contractuelle¹⁰, notamment pour assurer un équilibre entre ce qui est attendu des contractants¹¹. Toutefois, pour éviter de s'égarer, il est sans doute plus sage de partir des articles visés dans la définition fournie, d'autant qu'une rapide consultation de *Légifrance* permet de constater que ces dispositions sont les seules codifiées à employer l'expression « déséquilibre significatif ».

4. Plusieurs textes mobilisent la notion de déséquilibre significatif. Il faut toutefois noter que le législateur ne les a pas élaborés en un trait de temps. Ce n'est qu'à l'occasion de la réforme du droit des contrats, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018, que la notion fut inscrite dans le Code civil. Auparavant, elle apparaissait seulement dans le Code de la consommation et le Code de commerce, le premier ayant montré l'exemple au second. Plus encore, les textes étudiés prévoient des modalités différentes pour le contrôle du déséquilibre significatif. La lecture des articles L. 212-1 du Code de la consommation¹², L. 442-1 du Code de commerce¹³ et 1171 du Code civil¹⁴ témoigne que le législateur n'entend pas lutter de la même manière contre les clauses abusives dans les contrats de consommation¹⁵ et les déséquilibres significatifs dans les relations commerciales¹⁶ ou dans les contrats d'adhésion au sens du Code civil¹⁷. La différence la plus notable est certainement que la situation de déséquilibre n'a

8. Pour une étude d'ensemble de la notion, v. not. S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, préf. N. Ferrier ; G. Chantepeie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2022. Adde D. Mazeaud, « Déséquilibre significatif », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 113.

9. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, v° « Déséquilibre significatif ».

10. V. N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 394 ; colloque, « L'office du juge et le contrat », *RDC* 2022/2, p. 159.

11. V. par ex. C. civ., art. 1195 et 1221.

12. C. conso., art. L. 212-1, al. 1^{er} : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. [...] ».

13. C. com., art. L. 442-1 : « I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. [...] ».

14. C. civ., art. 1171, al. 1^{er} : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non-négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. [...] ».

15. Sur l'ensemble, v. not. C.-M. Pégion-Zika, *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, LGDJ, 2018, préf. L. Leveneur.

16. Sur l'ensemble, v. not. H. Hadj-Aïssa, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux*, Bruylant, 2022, préf. X. Henry.

17. Sur l'ensemble, v. not. G. Chantepeie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 3^e éd., Dalloz, 2024, n°s 440 et s.

pas à être démontrée en matière consumériste, alors qu'elle doit l'être par ailleurs¹⁸.

5. Appréciation de l'efficacité des outils de contrôle de l'équilibre contractuel : analyse des aspects probatoires dans les contentieux du déséquilibre significatif.

Diverses réflexions peuvent être menées à partir des consécutions légales de la notion de déséquilibre significatif. Certains s'interrogent sur les conséquences qu'elles peuvent avoir sur la théorie générale du contrat¹⁹ ou sur l'avenir de la notion même de déséquilibre significatif²⁰. Plus prosaïquement, il est possible de poser la question de leur efficacité. À ce titre, adopter une approche axée sur les aspects probatoires des outils de protection de l'équilibre contractuel semble opportun au regard de l'importance de la preuve dans la réalisation des droits²¹. L'adage est connu : *Idem est non esse aut non probari*²². Si les règles probatoires dans les contentieux du déséquilibre significatif rendent pour le moins hypothétique la sanction des contrats déséquilibrés, cela porterait un coup non négligeable à l'appréhension légale de ces contrats. La réflexion est d'autant plus permise qu'il existe un risque que le déséquilibre contractuel se prolonge sur le terrain probatoire, la partie faible au moment de la conclusion du contrat pouvant l'être également à l'occasion du contentieux qui en découle. Le parti pris de la présente réflexion suppose ainsi de considérer des questions éminemment classiques du droit de la preuve pour les diverses conditions posées par les textes qui sanctionnent le déséquilibre significatif : que faut-il prouver ? qui doit prouver ? comment prouver ? Il s'agit également de mesurer l'influence que peuvent avoir les mouvements plus contemporains qui

traversent la matière, tels que l'avènement du droit à la preuve²³ et le rôle croissant du juge dans l'administration de la preuve, notamment à travers les mesures d'instruction *in futurum*²⁴.

6. Enjeux secondaires. Bien que l'interrogation relative à l'efficacité des textes sur le déséquilibre significatif dans une perspective probatoire soit valide *per se*, l'analyse menée permet de considérer d'autres questions sous-jacentes.

7. Tout d'abord, la comparaison des résultats obtenus pour chacun des textes viendra naturellement nourrir le débat récurrent sur les relations qu'ils entretiennent entre eux. Le Conseil constitutionnel, alors qu'il appréciait le mécanisme du Code de commerce, a opéré un net rapprochement avec son aîné du Code de la consommation²⁵. La consécration de l'article 1171 du Code civil lors de la réforme du droit des contrats était également l'occasion de poser la question des liens entre les textes mobilisant la notion de déséquilibre significatif²⁶. Plus récemment encore, la prise de position de la Cour de cassation au sujet de l'articulation de ces textes, en faveur d'une application exclusive des dispositions spéciales²⁷, a ravivé le débat.

8. Ensuite, la recherche menée pourrait permettre de s'interroger sur le lien entre les aspects probatoires d'un texte et la physionomie de son contentieux. C'est peu dire qu'il convient de parler *des contentieux* du déséquilibre significatif, tant les hypothèses de saisine du juge sont hétérogènes. Outre l'action individuelle que chaque texte ouvre à la partie identifiée comme la victime du déséquilibre significatif, il faut compter sur d'autres actions à l'initiative d'associations de consommateurs²⁸ et de la Direction générale de

18. V. *infra* n° 17.

19. V. Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016/hors-série, p. 5 ; « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in *Mélanges Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 421.

20. V. L. Fériel, « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », *JCP E* 2021, 1246.

21. V. déjà S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, *passim*.

22. Sur lequel, v. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, n° 161 (« C'est la même chose de ne pas être ou ne pas être prouvé »).

23. Sur lequel, v. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, 2022, n°s 273 et s.

24. Sur lesquelles, v. I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, 2004, préf. G. Wiederkehr.

25. Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, CCC 2011, comm. 62, note N. Mathey ; *D.* 2011, p. 392, M. Chagny ; *RLC* 2011, p. 41, note M. Béhar-Touchais ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. Fages.

26. Sur cette question, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 474 et s.

27. Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, *JCP E* 2022, 1125, note G. Chantepie ; CCC 2022, comm. 40, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2022, p. 124, obs. H. Barbier ; *D.* 2022, p. 725, obs. N. Ferrier ; *JCP E* 2022, 1234, note L. Molina.

28. C. consom., art. L. 621-8.

la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)²⁹ pour les contrats de consommation, du ministre de l'Économie et du ministère public pour les contrats soumis au mécanisme du Code de commerce³⁰. Le constat de l'hétérogénéité peut être complété en portant le regard sur celui qui tranche le litige, plutôt que sur celui qui agit. Il faut alors remarquer qu'une logique de spécialisation s'applique aux contentieux des pratiques restrictives de concurrence, car seules seize juridictions de premier degré et la cour d'appel de Paris peuvent statuer avec la Cour de cassation sur cette matière³¹. Les spécificités des contentieux, essentiellement pour l'application des textes du Code de la consommation et du Code de commerce, ne sauraient être sans influence sur les questions de preuve.

9. Le reflet évolutif de la protection de l'équilibre contractuel. S'il s'agit de considérer l'ensemble des aspects probatoires des textes relatifs au déséquilibre significatif, le point le plus saillant qui ressort de l'analyse est certainement le fait que ces aspects reflètent la volonté de promouvoir l'équilibre contractuel. Plus cette volonté est affirmée, plus les règles de preuve sont élaborées afin de favoriser un rééquilibrage du contrat. La preuve se situant à l'orée du fond, le constat du lien entre les dimensions substantielle et probatoire d'une question ne brille pas *a priori* par son originalité. Il reste qu'il faut mesurer précisément l'épaisseur de ce lien et s'assurer qu'il ne s'étirole pas au fil du temps et des évolutions normatives. Un tel travail s'impose d'autant plus pour les occurrences du déséquilibre significatif au regard des mouvements successifs d'opposition³² et d'acculturation³³ dont ont fait l'objet les mécanismes du Code de la consommation et du Code de commerce. Il s'agit alors d'observer les évolutions intervenues ou qui

devraient intervenir sur le terrain probatoire pour traduire l'évolution constatée au fond. Des enseignements pourraient d'ailleurs être tirés de la démarche afin d'appréhender le sort de l'article 1171 du Code civil dont des versions antérieures avaient inspiré la méfiance³⁴. La preuve dans les contentieux du déséquilibre significatif tient donc le rôle de témoin de la protection de l'équilibre contractuel, mais un témoin original puisque sa parole n'est pas figée. S'il faut restituer cette parole à ce jour et envisager ses métamorphoses, il convient d'adopter successivement une approche synchronique (I) et diachronique (II).

I. Approche synchronique

10. Trois textes, deux tendances. Les textes du Code de la consommation, du Code de commerce et du Code civil font reposer la sanction du déséquilibre significatif sur diverses conditions. Schématiquement, pour chaque texte, il s'agit de vérifier que l'hypothèse examinée relève du domaine d'application du contrôle judiciaire et de caractériser en l'espèce le déséquilibre significatif *stricto sensu*. Les modalités de cette vérification et de cette caractérisation sont variables, mais supposent toujours un certain effort probatoire. Or, à bien considérer les trois textes, deux tendances semblent aujourd'hui émerger et témoignent de la volonté plus ou moins ferme du droit français d'appréhender les déséquilibres contractuels. Alors qu'en matière consumériste divers outils sont mobilisés pour aider le demandeur dans la réalisation de cet effort probatoire³⁵, il en va autrement pour les deux autres matières. Aux facilités probatoires du droit de la consommation (A) répondent les défis probatoires du droit de la concurrence et du droit commun (B).

29. C. consom., art. L. 521-4.

30. C. com., art. L. 442-4.

31. C. com., art. L. 442-4, III et art. D. 442-3. Sur cette spécialisation, v. not. R. Amaro, « La "spécialisation" du juge. L'exemple à ne pas suivre du droit de la concurrence », in *Mélanges Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 25.

32. Pour les clauses abusives en matière de consommation, v. not. G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP* 1979, I, 2954. Pour le déséquilibre significatif en matière commerciale, v. not. M. Béhar-Touchais, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009/3, p. 1258.

33. V. not. Ph. Stoffel-Munck, « Le contenu du contrat : la révolution des clauses abusives », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson et S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil*, SLC, 2018, p. 149, spéc. p. 155 et s.

34. *Ibid.*, spéc. p. 166 et s.

35. Outre qu'il n'est pas nécessaire d'établir qu'il existe un déséquilibre entre les parties.

A. Les facilités probatoires du droit de la consommation

11. L'aide fournie par le juge : le relevé d'office. Parmi les règles qui viennent alléger la charge probatoire *lato sensu* de celui qui entend voir sanctionné un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, celle que prévoit l'article R. 632-1 du même Code est remarquable. L'unique disposition du chapitre consacré à l'office du juge en matière consumériste prévoit, en son second alinéa, que « [le juge] écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat »³⁶.

12. Le texte est remarquable, d'abord, car il facilite la preuve du déséquilibre significatif de manière radicale. Outre le fait qu'aucune des conditions d'application de la sanction de l'article L. 212-1 du Code de la consommation échappe au devoir de relever d'office, ce dernier transmet intégralement au juge la responsabilité de rechercher si une clause doit être écartée en raison de son caractère abusif. Autrement dit, la preuve du déséquilibre significatif est facilitée dans la mesure où la question du déséquilibre significatif relève du juge et échappe au justiciable, dans une certaine mesure du moins³⁷. C'est peu dire que l'article R. 632-1 précité contribue à l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation. En faisant l'obligation aux juges d'écarter ces clauses, dans le respect du principe du contradictoire, le texte permet de pallier l'inertie de celui qui n'aurait pas envisagé cet élément. Or, il n'est pas rare que l'argument tiré du caractère abusif d'une clause échappe au

consommateur qui agit en justice, en particulier s'il n'est pas assisté d'un conseil juridique³⁸. Le devoir qui pèse sur le juge, lequel sera donc censuré s'il omet de relever d'office le déséquilibre significatif³⁹, trouve son origine dans la jurisprudence européenne⁴⁰. La Cour de justice lui a même adjoint une obligation d'ordonner d'office les mesures d'instruction pour débusquer les clauses abusives⁴¹, ajout qui n'a pas encore été traduit dans l'ordre interne par le législateur français⁴². Le retard accusé par le Code de la consommation à ce sujet est regrettable car il obère l'efficacité du relevé d'office en matière de clause abusive et, par là même, limite l'aide à la preuve du déséquilibre significatif.

13. Le texte est remarquable, ensuite, car il illustre la valeur attachée à la protection de l'équilibre contractuel dans les contrats soumis au Code de la consommation. Cette valeur apparaît par contraste avec le premier alinéa de l'article R. 632-1 précité ainsi que les règles qui concernent l'office du juge de manière générale. En « droit commun » de la consommation⁴³, comme en droit commun⁴⁴, c'est une *faculté* et non pas un *devoir* de relever d'office la règle de droit applicable qui est reconnue. Marquer spécialement le relevé d'office en matière de clause abusive du sceau de l'obligatoire, c'est insister sur l'importance de la lutte contre le déséquilibre significatif et c'est systématiser l'allègement de la mission probatoire *a priori* attribuée au consommateur dans le contentieux.

14. L'aide fournie par le pouvoir règlementaire : les listes de clauses abusives. S'il s'agit de trouver une deuxième ressource afin de faci-

36. Sur ce relevé d'office, v. not. D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020, n°s 225-251 et s.

37. L'assertion ne doit pas être surinterprétée : le consommateur a toujours la possibilité d'arguer lui-même de l'existence d'une clause abusive et, signe qu'il reste maître de l'issue du litige, il peut décider qu'une clause ne sera pas réputée non écrite alors que le juge relève son caractère abusif (Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 14-24.698).

38. V. not. J.-D. Pelletier, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Dalloz, 2024, n° 112.

39. V. par ex. Civ. 1^{re}, 10 oct. 2018, n° 17-20.441, *RTD com.* 2019, p. 194, obs. D. Legeais.

40. CJCE, 4 juin 2009, n° C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, *RDC* 2009, p. 1467, note C. Aubert de Vincelles. Sur le sujet de l'interprétation de la directive par la Cour de justice afin de favoriser la protection des consommateurs, v. not. C.-M. Pégion-Zika, « Le rôle de la CJUE et l'interprétation de la directive », in M. Friant-Perrot (dir.), *Directive n° 93/15 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – 30 ans après, quelle protection pour les consommateurs ?*, Bruylant, 2025 (à paraître).

41. CJUE, 9 nov. 2010, n° C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing ZRT*, *D.* 2011, p. 983, obs. E. Poillot.

42. En ce sens, v. not. Commission des clauses abusives, *Rapport annuel 2021*, n° 35.

43. C. consom., art. R. 632-1, al. 1^{er} : « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application » (nous soulignons).

44. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *D.* 2008, p. 1102, note O. Deshayes; CCC 2008, comm. 92, note L. Leveneur; *JCP G* 2008, I, 138, obs. S. Amrani-Mekki.

ter la preuve du déséquilibre significatif, il faut se tourner vers le pouvoir réglementaire. L'intervention de ce dernier concerne la caractérisation du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, celle qui fait tomber la clause litigieuse dans l'illicite et le réputé non écrit. Bien qu'il estime que la question relève principalement du juge et des parties qui sont amenées à la débattre, le législateur a considéré opportun que le pouvoir réglementaire leur vienne en aide. Cette aide prend la forme de deux listes de clauses, une « noire »⁴⁵ et une « grise »⁴⁶, qui mobilisent la technique des présomptions. La chose est connue : si la clause litigieuse figure sur la liste noire, elle sera irréfragablement présumée abusive ; si la clause litigieuse figure sur la liste grise, elle sera simplement présumée abusive⁴⁷. Incontestablement, ces listes procurent une assistance déterminante pour la preuve du déséquilibre significatif *stricto sensu*. Certes, la Cour de justice de l'Union européenne a œuvré dans le sens d'une clarification de la notion de déséquilibre significatif en posant des critères de qualification⁴⁸ et la doctrine a identifié des indices du déséquilibre significatif⁴⁹, étant entendu que l'appréciation judiciaire doit être contextualisée aux termes de l'article L. 212-1, alinéa 2 du Code de la consommation. Il reste que le déséquilibre significatif, cette hypothèse de « superposition de standards »⁵⁰, ne s'appréhende pas aisément et que la tâche de celui qui supporte *a priori* la charge de sa preuve – le consommateur – n'est guère aisée. Il est donc opportun que le législateur français soit allé au-delà des attentes de la directive européenne en confiant au pouvoir réglementaire le soin de poser des présomptions de droit, irréfragables ou simples, de déséquilibre significatif. L'utilisation faite de la technique des présomptions afin d'alléger l'effort probatoire

d'une partie, que la charge de la preuve soit renversée ou que l'appréciation judiciaire des faits soit encadrée, est classique⁵¹. L'article 1354 du Code civil suggère cet effet allégeant des présomptions de droit puisqu'il évoque l'idée de « dispense » de preuve. Dans le même sens, Gény retenait que ces présomptions « opèrent », d'office et directement, une simplification de la preuve à fournir par la transformation des éléments à démontrer »⁵². La simplification pour ceux qui entendent lutter contre les clauses abusives est évidente puisqu'ils doivent se contenter d'établir que la clause litigieuse est visée dans l'une des listes et, s'il s'agit d'une clause figurant sur la liste grise, fournir des éléments pour empêcher l'autre partie de renverser la présomption posée. Finalement, l'aide désormais fournie par le pouvoir réglementaire facilite la preuve du déséquilibre significatif, assure l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives et témoigne de cette volonté de promouvoir l'équilibre contractuel.

15. L'aide fournie par la Commission des clauses abusives. Le champ consumériste connaît une diversité d'acteurs qui sont susceptibles de favoriser l'éradication des clauses abusives insérées les contrats. Il suffit de penser aux associations de consommateurs⁵³ et à la DGCCRF⁵⁴ qui peuvent exercer des actions en cessation pour que les contrats offerts aux consommateurs et non-professionnels ne soient pas les sièges de déséquilibres significatifs. Toutefois, dans une perspective probatoire, il n'est pas certain qu'ils viennent favoriser la preuve du déséquilibre significatif au regard des éléments qui conditionnent la sanction de la clause abusive⁵⁵. S'il s'agit de trouver un acteur qui fournit une aide effective pour la preuve du déséquilibre significatif, il faut plutôt se tourner vers la Commission

45. C. consom., art. R. 212-1.

46. C. consom., art. R. 212-2.

47. Sur cette catégorisation des clauses, v. G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », préc., n° 77 et s.

48. CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU*, D. 2017, p. 543, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; CCC 2017, chron. 3, obs. C. Aubert de Vincelles.

49. V. C.-M. Pégion-Zika, *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, op. cit., n° 393 et s.

50. Sur l'expression, v. C. Juillet, « Les standards juridiques en droit des sûretés », *RDA* n° 9, févr. 2014, p. 73, spéc. n° 8.

51. Sur l'ensemble, v. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 231 et s.

52. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 3^e partie, Sirey, 1921, p. 280.

53. C. consom., art. L. 621-7 et s.

54. C. consom., art. L. 524-1 et s.

55. Tout au plus, ces protagonistes disposent – à la différence des consommateurs – d'un point de vue plus large de la matière, ce qui leur permet d'apprécier plus systématiquement l'opportunité d'une action.

des clauses abusives⁵⁶. L'autorité administrative indépendante, dont l'existence a récemment été menacée⁵⁷, a pour mission de formuler des recommandations à la demande d'autres protagonistes – le pouvoir réglementaire⁵⁸, le juge⁵⁹, le ministère chargé de la consommation⁶⁰, les associations de consommateurs⁶¹, etc. – ou bien de son propre chef⁶². L'activité de la Commission simplifie-t-elle la preuve du déséquilibre significatif ? Il serait possible d'en douter car les recommandations ne sont pas contraignantes pour le juge⁶³, lequel ne semble pas recourir systématiquement à l'expertise de la Commission⁶⁴ et ne peut fonder sa décision sur cette seule expertise⁶⁵. Malgré tout, il arrive que le caractère abusif d'une clause soit relevé en se fondant pour partie sur l'analyse de cette dernière⁶⁶. Surtout, l'autorité de fait attachée aux recommandations de la Commission est régulièrement remarquée⁶⁷. Or cette autorité n'est pas anodine pour la question de la preuve du déséquilibre significatif : à l'occasion d'un différend relatif à une clause, qu'il soit cristallisé devant une juridiction ou non, celui qui entend la faire disparaître d'un contrat peut mobiliser les recommandations de la Commission. En définitive, la preuve du déséquilibre significatif dans les contrats de consommation est facilitée de diverses manières. Il n'y a rien d'anodin ici : cette aide systématique est le reflet d'une politique juridique qui vise à promouvoir l'équilibre contractuel de manière appuyée dans cette relation juridique. On comprend alors aisément que le contentieux se cristallise autour de la question de l'identification des contrats soumis au contrôle judiciaire⁶⁸. Pour

d'autres relations, la politique évoquée se fait plus discrète et la preuve du déséquilibre significatif constitue alors un défi.

B. Les défis probatoires du droit de la concurrence et du droit commun

16. Inapplication des outils du droit de la consommation. La première chose à relever, lorsqu'il s'agit d'observer la mise en œuvre des articles L. 442-1 du Code de commerce et 1171 du Code civil, c'est que les ressources du droit de la consommation ne peuvent être mobilisées pour faciliter la lutte contre les clauses créant un déséquilibre significatif. À l'évidence, il n'existe pas de devoir d'écarter d'office une clause abusive insérée dans un contrat soumis aux textes précités ; le juge a seulement la faculté de le faire. Pareillement, il n'est guère question de listes de clauses abusives qui seraient consacrées au sein du Code de commerce ou du Code civil. Assurément, pour celui qui entend obtenir la suppression d'une clause créant un déséquilibre significatif au sens des deux précédents codes, le travail probatoire s'annonce plus important qu'en matière consumériste. Il faut néanmoins remarquer un emprunt à cette matière lorsqu'il est question de droit de la concurrence. En effet, la loi NRE du 15 mai 2001 a créé la Commission d'examen des pratiques commerciales qui, à bien des égards, ressemble à la Commission des clauses abusives. Si l'autorité de la Commission d'examen des pratiques commerciales est moins remarquée que celle de son aînée⁶⁹, son rôle dans l'application de l'article L. 442-1 précité ne doit pas être négligé pour autant⁷⁰. Ses recom-

56. Sur cette commission, v. not. Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Sirey, 2023, n^{os} 360 et s.

57. N. Sauphanor-Brouillaud, « Il faut sauver la Commission des clauses abusives, menacée de disparaître ! », *D.* 2019, p. 488.

58. C. consom., art. L. 212-1, al. 4 et 5.

59. C. consom., art. R. 822-21.

60. C. consom., art. L. 822-5.

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*

63. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n^o 94-17.369, *RTD civ.* 1997, p. 424, obs. J. Mestre.

64. En ce sens, v. G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », préc., n^o 92. V. par ex. CA Lyon, 19 mars 2013, RG n^o 12/03053.

65. CA Bordeaux, 26 mars 2007, RG n^o 05/05154.

66. V. par ex. Civ. 1^{re}, 19 juin 2001, n^o 99-13.395, *RTD com.* 2002, p. 146 ; *JCP G* 2001, II, 10631, note G. Paisant ; CA Nîmes, 4 avr. 2013, RG n^o 11/02646.

67. V. not. L. Leveneur, « Les recommandations de la Commission des clauses abusives », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 495, spéc. p. 501 et s.

68. Sur les contours des contrats soumis à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, v. G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », préc., n^{os} 12 et s.

69. En ce sens, v. S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, op. cit., n^o 338 (et les références citées).

70. V. Cons. const., 13 janv. 2011, préc., spéc. n^o 4.

mandations peuvent donc être mobilisées afin de simplifier la caractérisation du déséquilibre significatif créé par une clause du contrat. Au-delà de cet emprunt recherché par le législateur et propre à la matière concurrentielle, il n'est pas exclu que certaines solutions du droit de la consommation influencent celles du droit de la concurrence ou du droit commun⁷¹. Celui qui est soumis au Code de commerce ou au Code civil pourrait donc espérer jouir indirectement de l'assistance probatoire dont bénéficie son homologue du Code de la consommation. Toutefois, il ne s'agit que d'un sentiment qui pourrait être contredit par la réalité de la pratique, la physionomie des contrats appréhendés par le droit commun et le droit de la concurrence pouvant être bien différente de celle des contrats de consommation.

17. Difficultés à rapporter la preuve de la soumission du cocontractant ou de l'absence de négociabilité. À la lecture des articles L. 442-1 du Code de commerce et 1171 du Code civil, notamment en ayant à l'esprit les enseignements consuméristes, il est tentant de concentrer l'attention sur la seule caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu*. Il s'agit d'une question déterminante pour la sanction de la clause, certes. Néanmoins, une fois qu'il a été indiqué que la charge de la preuve repose sur celui qui entend voir disparaître cette clause⁷² et souligné qu'il ne profite d'aucune présomption, la discussion semble se tarir sur le terrain probatoire pour s'engager sur le terrain substantiel⁷³. En vérité, cette discussion n'est en rien achevée

lorsqu'on souligne que la caractérisation évoquée est nécessairement précédée d'une autre démonstration : celle de la soumission ou de la tentative de soumission de l'autre partie, en matière concurrentielle⁷⁴; celle de l'absence de négociabilité pour qualifier le contrat litigieux de contrat d'adhésion ou pour s'assurer que la clause examinée ne pouvait être négociée, en matière civile⁷⁵. À juste titre, d'aucuns rapprochent la preuve suggérée par le Code de commerce de celle demandée par le Code civil⁷⁶. En effet, la démonstration de la soumission ou de la tentative de soumission est envisagée par les juges – du fond⁷⁷ et du droit⁷⁸ – comme la preuve de l'absence de négociation effective de la clause. Cette preuve de la non-négociabilité, qui pèse sur la victime *a priori* du déséquilibre significatif, est-elle aisée à rapporter ? La non-négociabilité étant un fait négatif, et la preuve d'un fait négatif étant généralement difficile⁷⁹, répondre par l'affirmative serait douteux⁸⁰. Cela est d'autant plus vrai que les indices que les parties peuvent présenter aux juges afin d'établir indirectement la non-négociabilité sont eux-mêmes difficiles à obtenir ou rarement de nature à emporter la conviction du juge de manière automatique⁸¹. Disposer d'éléments probatoires qui attesteraient du fait qu'une partie a imposé une clause à l'autre ou qu'elle a fourni un contrat déjà rédigé duquel elle n'a jamais eu l'intention de dévier n'a rien d'évident. La phase précontractuelle a quelque chose d'informel qui limite la possibilité de disposer de preuves tangibles.

71. V. not. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 9^e éd., Bruylant, 2024, n° 497-1.

72. V. par ex. CA Paris, 25 mai 2023, RG n° 21/16120 (pour le droit commun) et CA Paris, 10 févr. 2022, RG n° 19/00729 (pour le droit de la concurrence).

73. Sur les éléments qui participent de la caractérisation du déséquilibre significatif, v. not. G. Chantepeie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », préc., n°s 145 et s. (pour l'article L. 442-1 du Code de commerce) et n°s 209 et s. (pour l'article 1171 du Code civil).

74. Sur laquelle, v. not. H. Hadj-Aïssa, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux*, op. cit., n°s 154 et s.

75. Sur laquelle, notant la proximité entre les deux, v. S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, op. cit., n°s 636 et s. Adde N. Blanc, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018/hors-série, p. 20, spéc. n° 17 ; C. Grimaldi, « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC* 2019/2, p. 135.

76. G. Chantepeie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », préc., n° 194.

77. V. par ex. CA Paris, 16 mai 2018, RG n° 17/11187, CCC 2018, comm. 175, note N. Mathey ; *RTD com.* 2018, p. 638, obs. M. Chagny.

78. Sur laquelle, v. Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, CCC 2015, comm. 115, note N. Mathey ; *RTD com.* 2015, p. 486, obs. M. Chagny.

79. Sur la preuve des faits négatifs, v. J. Languier, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1. Adde J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, t. 2, 5^e éd., LGDJ, 2020, n° 29.

80. En ce sens, v. not. E. Guégan, note sous Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *JCP E* 2020, 1236.

81. Sur le recours au faisceau d'indices en matière concurrentielle, v. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 10^e éd., LexisNexis, 2023, n° 343. Pour une application récente, v. not. Com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314, CCC 2024, comm. 58, note N. Mathey ; *JCP E* 2024, comm. 1169, note M. Béhar-Touchais.

Incidentement donc, le Code de commerce et le Code civil font reposer la mise en œuvre des mécanismes de lutte contre les déséquilibres significatifs sur des preuves difficiles à rapporter.

18. Preuve de la soumission en matière concurrentielle : la position favorable du ministre de l'Économie.

En matière concurrentielle, toutes les parties qui entendent voir supprimer une clause créant un déséquilibre significatif ne sont pas égales. Il en est une qui bénéficie d'un avantage probatoire non négligeable lorsqu'il s'agit de prouver la soumission ou la tentative de soumission : le ministre de l'Économie appuyé par la DGCCRF. Les moyens d'enquête importants dont il dispose lui permettent de mener une analyse quantitative susceptible de produire des éléments de preuve particulièrement considérés par le juge. Concrètement, le ministre est en mesure de collecter les contrats conclus par un opérateur suspecté d'imposer des clauses créant un déséquilibre significatif auprès de ses cocontractants, lesquels peuvent par ailleurs témoigner au sujet du processus de conclusion de leurs contrats. Si une clause se trouve *ne varietur* dans tous les contrats d'un opérateur, n'est-ce pas qu'elle est absolument imposée par lui ? Si les contractants d'un opérateur attestent unanimement qu'ils n'ont jamais eu la possibilité de véritablement négocier une clause, n'est-ce pas qu'elle est absolument imposée par lui ? L'argument a convaincu les juges du fond⁸², avec l'assentiment de la Cour de cassation⁸³. Les facilités probatoires du ministre de l'Économie sont significatives. D'une part, elles illustrent le fait que la physionomie d'un contentieux n'est pas sans incidence sur ses aspects probatoires. D'autre part, non loin de là, elles ont abouti à une sorte de schisme dans le contentieux du déséquilibre significatif : alors que la grande distribution, particulièrement scrutée par le ministre, donne lieu à des actions sur le fondement de l'article L. 442-1 du Code de commerce, elles sont autrement moins fréquentes ou accueillies

en dehors de ce secteur⁸⁴. Dans une perspective probatoire, le ministre de l'Économie peut donc beaucoup pour démontrer l'existence d'un déséquilibre significatif. Toutefois, les juges du droit ont récemment démontré qu'il ne pouvait pas tout : les droits de la défense de l'opérateur poursuivi interdisent que les juges du fait ne se fondent uniquement, ou de manière déterminante, sur des déclarations anonymisées recueillies par les services du ministère au cours de leur enquête⁸⁵.

19. Preuve de la soumission ou de l'absence de négociabilité : les ressources offertes par le droit à la preuve.

En dehors du champ de la grande distribution et de l'intervention du ministre de l'Économie, rapporter la preuve de la soumission du contractant – avant celle du déséquilibre significatif – est-il chose impossible ? Les difficultés qui sont constatées en matière concurrentielle et imaginées en matière civile pourraient être surmontées en mobilisant la récente promotion du droit à la preuve⁸⁶. Ce dernier se conçoit classiquement de deux manières : il s'agit, pour la partie, du droit d'obtenir la preuve qu'elle n'a pas encore en sa possession et celui de produire l'élément probatoire qu'elle détient⁸⁷. Or, dans les contentieux du déséquilibre significatif qui relèvent du Code de commerce et du Code civil, ces deux versants peuvent être exploités afin de favoriser la preuve du caractère abusif d'une clause.

20. D'abord, une partie pourrait être inspirée par les pouvoirs d'enquête du ministre de l'Économie qui se repose en grande partie sur l'analyse de plusieurs contrats conclus par l'opérateur poursuivi ou susceptible de l'être. Assurément, cette partie ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour entreprendre seule cette approche quantitative. Néanmoins, ne pourrait-elle pas solliciter l'aide du juge du fond ou du provisoire qui peut prononcer des mesures d'instruction ? En particulier, il est envisageable de saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du Code

82. V. par ex. CA Paris, 22 oct. 2020, RG n° 18/02255, *D.* 2021, p. 718, obs. N. Ferrier.

83. V. par ex. Com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314, préc.

84. Sur les différentes dynamiques du contentieux du déséquilibre significatif, v. M. Béhar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015, doct. 603.

85. Com., 11 mai 2022, n° 19-22.242, *D.* 2022, p. 1795, note S. Chaudouet.

86. Sur ce droit à la preuve, v. en général C. Chainais, L. Mayer, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, 37^e éd., Dalloz, 2024, n°s 630 et s.

87. Sur le contenu dual du droit à la preuve, v. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, op. cit., n°s 275 et s.

de procédure civile pour qu'il ordonne à un opérateur de produire les contrats qu'il a conclus avec des contractants dans une situation similaire à celle du demandeur⁸⁸. Il serait alors possible de comparer ces contrats pour apprécier la négociabilité de la clause litigieuse. L'opérateur visé par la demande de production de pièces serait alors tenté de lui opposer une atteinte à ses intérêts et, en particulier, au secret des affaires. Or la Cour de cassation admet désormais que le droit à la preuve, envisagé comme le droit d'obtenir des éléments de preuve, puisse faire échec au secret des affaires⁸⁹. L'atteinte au secret des affaires est tolérée dans la mesure où elle est nécessaire à l'exercice au droit à la preuve et proportionnée⁹⁰. Au regard des difficultés probatoires que rencontre la partie pour établir sa soumission et la possibilité d'encadrer la communication des contrats conclus par l'autre partie avec des tiers, il semble possible qu'un juge estime que l'atteinte au secret des affaires soit à la fois nécessaire et proportionnée. Il ne s'agit toutefois pas d'un principe acquis et l'aide à la preuve décrite est plus circonscrite que systématisée.

21. Ensuite, une partie pourrait arguer de son droit de produire un élément probatoire qu'elle a en sa possession alors que celui-ci n'est pas *a priori* recevable. *Quid* de la preuve de la soumission ou de la tentative de soumission, de la non-négociabilité en général, obtenue déloyalement ? Dans les contentieux du déséquilibre significatif, la difficulté probatoire vient du fait que le comportement répréhensible a lieu dans un contexte qui laisse peu de place à la preuve écrite. Les pressions exercées sur un contractant lors des négociations ne sont jamais couchées

sur le papier. La tentation est grande, alors, de les constater autrement, par exemple par un enregistrement des discussions à l'insu du cocontractant. La déloyauté de cette preuve, obtenue grâce à un stratagème⁹¹, est incontestable⁹². Toutefois, elle ne fait plus échec à la recevabilité de la preuve depuis un arrêt d'assemblée plénière par lequel les juges du droit ont considéré que la preuve déloyale était recevable à la condition qu'elle soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve et strictement proportionnée au droit poursuivi⁹³. Une nouvelle fois, il n'est pas exclu que celui qui entend obtenir la suppression d'une clause créant un déséquilibre significatif mobilise cette récente conquête du droit à la preuve, d'autant que les juges du fond semblent en avoir pleinement saisi la portée⁹⁴.

22. La traduction d'une politique juridique hétérogène. Les développements sur l'action du ministre de l'Économie en matière concurrentielle ou ceux sur les ressources offertes par le droit à la preuve ne doivent pas tromper. La preuve des déséquilibres significatifs évoqués par les articles L. 442-1 du Code de commerce et 1171 du Code civil constitue un défi, notamment par comparaison avec la matière consumériste. D'une part, alors que cette matière se concentre sur la caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu* dès lors que le contrat entre dans le giron du Code de la consommation, le droit de la concurrence et le droit commun des contrats exigent la démonstration d'une certaine non-négociabilité en plus de celle du déséquilibre précité. Il y a un élément de plus à prouver et la preuve de cet élément est tout sauf aisée, sauf à ce que le ministre de l'Économie ne se décide à agir ou que la partie arrive à convain-

88. Rapp. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492 et n° 21-12.492, CCE 2023, comm. 45, note A. Danis-Fatôme ; *RTD civ.* 2023, p. 444, obs. J. Klein. Dans cette décision, une salariée souhaitait démontrer l'existence d'une inégalité salariale et a donc sollicité, pour établir la discrimination, la production de bulletins de personnes tiers au litige avec l'employeur. Autrement dit, c'est une démarche quantitative qui fut adoptée. Les juges du droit n'ont pas refusé que la salariée emploie cette démarche, malgré le fait que des tiers étaient impliqués ou l'atteinte à la protection des données personnelles.

89. V. par ex. Civ. 2^e, 10 juin 2021, n° 20-11.987, *Procédures* 2021, comm. 220, note Y. Strickler ; *D.* 2022, p. 431, obs. J.-D. Bretzner.

90. V. par ex. Com., 5 juin 2024, n° 23-10.954, CCE 2024, comm. 76, note G. Loiseau ; *JCP E* 2024, comm. 1290, note T. Favario.

91. V. par ex. Soc., 19 nov. 2014, n° 13-18.749, *D.* 2015, p. 829, obs. J. Porta ; *D.* 2016, p. 167, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès.

92. V. par ex. Com., 24 mai 2011, n° 10-18.267.

93. Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, *D.* 2024, p. 291, note G. Lardeux ; *D.* 2024, p. 570, obs. J.-D. Bretzner ; *RTD civ.* 2024, p. 186, obs. J. Klein.

94. V. par ex., pour d'autres contentieux, CA Poitiers, 11 juill. 2024, RG n° 22/00866 (recevabilité de la retranscription d'un enregistrement audio réalisé à l'insu d'une partie) ; CA Versailles, 24 avr. 2024, RG n° 22/01253 (irrecevabilité d'une vidéo prise à l'insu de la partie car un constat d'huissier avait été réalisé par ailleurs).

cre que son droit à la preuve est en jeu⁹⁵. D'autre part, alors que le Code de la consommation fait bénéficier le consommateur et le non-professionnel de présomptions de déséquilibres significatifs, ces facilités probatoires sont inexistantes pour les articles L. 442-1 et 1171 précités. Les divers décalages constatés ne sont pas anodins : ils traduisent le fait que, d'une matière à l'autre, la politique juridique au service de l'équilibre contractuel est variable. Toutefois, comme toute politique, celle relative au déséquilibre significatif est amenée à évoluer.

II. Approche diachronique

23. Évolutions passées et à venir des règles probatoires dans les contentieux du déséquilibre significatif. Les règles de preuve participant directement à l'efficacité des mécanismes élaborés par le législateur et appliqués par les juges, il est évident qu'elles sont amenées à évoluer au gré des aspirations de ces protagonistes et du système juridique dans son ensemble. Les aspects probatoires des contentieux du déséquilibre significatif devraient suivre cette règle et donc s'adapter à la tendance au renforcement de l'équilibre contractuel constaté en législation. Toutefois, il serait sans doute précipité de déceler dans cette tendance textuelle une source d'évolution systématique des règles relatives à la preuve du déséquilibre significatif. Pour le dire autrement, le droit de la concurrence et le droit commun n'ont pas vocation à s'aligner sur le droit de la consommation qu'il est tentant d'élever au rang de modèle de la protection de l'équilibre contractuel. Pour apprécier ces évolutions, il convient de privilégier une démarche segmentaire qui envisagerait les évolutions quant à la preuve de la non-négociabilité (A) et quant à la caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu* (B).

A. Quant à la preuve de la non-négociabilité

24. La disparition de toute preuve relative au processus de conclusion du contrat en droit de la consommation. La non-négociabilité, exigée par le Code de commerce et le Code civil, est-elle une non-question pour le droit de la consommation ? S'il faut répondre par l'affirmative aujourd'hui, cela n'a pas été systématiquement le cas. En effet, lors de l'élaboration de la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services – la loi dite « Scrivener » –, il avait été envisagé de limiter la lutte contre les clauses abusives aux « contrat[s] [...] conclu[s] entre un consommateur et un professionnel, sur un modèle habituellement proposé par ce dernier et *que le consommateur ne peut en fait modifier* [...] »⁹⁶. La formulation n'ayant pas été retenue en définitive, il n'était pas attendu du consommateur qu'il rapporte la preuve de la non-négociabilité de la clause. Malgré tout, jusqu'en 1995, les textes ne se sont pas strictement désintéressés du processus de conclusion du contrat : l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation exigeait du consommateur qu'il démontre que la clause litigieuse lui avait été imposée par un abus de puissance économique ; l'article 3 de la directive de 1993 permettait aux États membres de limiter la sanction des clauses abusives à celles qui n'avaient pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Cet intérêt a toutefois été sérieusement tempéré par la jurisprudence, qui avait fini par poser une présomption d'abus de puissance économique lorsque le contrat était un contrat d'adhésion⁹⁷, et par le législateur français, qui a décidé de ne pas conditionner la sanction du déséquilibre significatif à la démonstration de l'absence de négociation individuelle⁹⁸. La raison de cette évolution vers un délaissement des conditions de conclusion du

95. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le bilan annuel des décisions judiciaires faisant application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, préparé par le Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier. Les décisions, des juges du fond ou du droit, qui retiennent l'absence de soumission ou de tentative de soumission sont autrement plus nombreuses que celles qui les caractérisent.

96. *Journal officiel du Sénat*, séance du 13 oct. 1977, p. 2315 (nous soulignons).

97. Civ. 1^{re} civ., 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *JCP G* 1994, II, 22237, note G. Paisant.

98. C. consom., anc. art. L. 132-1, al. 4 : « [les dispositions relatives aux clauses abusives] sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, *contenant des stipulations négociées librement ou non* ou des références à des conditions générales préétablies » (nous soulignons).

contrat, essentiellement sa négociabilité, est simple : « pratiquement, [...] la solution contraire aurait affaibli l'effectivité et l'efficacité du dispositif, en contraignant le consommateur à prouver l'absence de négociation individuelle de telles clauses »⁹⁹.

25. Propositions en faveur d'un allègement de la preuve de l'absence de négociabilité en droit de la concurrence et en droit commun.

Le mouvement constaté au niveau du droit de la consommation pourrait-il servir d'inspiration pour les règles contenues dans le Code de commerce et le Code civil qui exigent aujourd'hui la preuve de la non-négociabilité ? Concernant le droit de la concurrence, malgré le silence des textes, certains juges se sont dangereusement approchés de la consécration d'une présomption de soumission ou de tentative de soumission tirée de la physiologie du marché dans lequel le contrat avait été conclu. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle déjà considéré qu'une « cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission »¹⁰⁰. Par ailleurs, l'auteur d'une thèse récente a proposé, aux termes de développements importants, que soit consacrée une présomption simple de soumission ou de tentative de soumission déduite de l'existence d'un déséquilibre significatif *stricto sensu*¹⁰¹. La même thèse, estimant que la lecture actuelle de l'article 1171 du Code civil menait à une « impasse probatoire »¹⁰², a notamment préconisé de reconnaître l'existence d'une présomption simple d'absence de négociabilité lorsque la clause litigieuse a créé un déséquilibre significatif *stricto sensu* et qu'elle a été prédéterminée uni-

latéralement par l'autre partie¹⁰³. L'objectif de ces diverses solutions, qu'elles soient prétoriennes ou doctrinales, est évident : alléger le fardeau probatoire qui pèse sur le demandeur *a priori* envisagé comme la victime du déséquilibre significatif et ainsi favoriser la sanction d'un tel déséquilibre.

26. Maintien de l'exigence de non-négociabilité en droit de la concurrence et en droit commun.

La dernière décision citée des juges du droit pourrait passer aujourd'hui pour un moment d'égarement. En matière concurrentielle, la Cour de cassation¹⁰⁴ et les juges du fond¹⁰⁵ ont renoué avec une certaine orthodoxie quant à la preuve de la non-négociabilité de la clause¹⁰⁶. Il ne fait pas de doute que cette preuve doit aujourd'hui être rapportée de manière autonome par le demandeur, y compris le ministre de l'Économie, qui ne peut simplement faire reposer son argumentaire sur la structure du marché en cause¹⁰⁷. Quant au droit commun, force est de relever que la proposition de consacrer une présomption n'a pas fait florès en doctrine, à défaut de pouvoir être consacrée en jurisprudence. Faut-il s'en émouvoir ? Faut-il regretter que les mêmes armes probatoires ne soient pas mises entre les mains des consommateurs et celles des parties aux contrats commerciaux ou d'adhésion au sens du Code civil ?

27. Une réponse affirmative devrait être retenue pour qui retient une approche homogène de l'appréhension des déséquilibres significatifs. Toutefois, il n'est pas certain que cette approche homogène s'impose d'elle-même. Certes, parmi les dispositions du Code de commerce relatives aux pratiques commerciales, celle qui porte sur

99. D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, op. cit., n° 223-45.

100. Com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, CCC 2016, comm. 253, note N. Mathey ; *LEDICO* janv. 2017, p. 2, note M. Béhar-Touchais.

101. V. S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, op. cit., n° 452.

102. *Ibid.*, n°s 767 et s.

103. *Ibid.*, n°s 776 et s.

104. Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *JCP G* 2020, 17, note N. Dissaux ; *JCP E* 2020, 1236, note E. Guégan ; CCC 2020, comm. 6, note N. Mathey. *Adde* Com., 4 déc. 2023, 21-23.288, CCC 2024, comm. 26, note N. Mathey ; Com., 6 déc. 2023, n° 21-23.288, CCC 2024, comm. 26, note N. Mathey.

105. V. par ex. CA Paris, 15 mars 2023, RG n° 20/15696.

106. Toutefois, il faut noter – et regretter – que la Cour de cassation exerce un contrôle léger sur la caractérisation de la soumission ou de la tentative de soumission par l'intermédiaire d'indices (sur ce contrôle léger, v. not. N. Mathey, note sous Com., 28 févr. 2024, préc.).

107. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n° 343, spéc. p. 213 et s. Il reste que la structure du marché demeure un indice de la soumission, comme en atteste la décision rendue au sujet de Google pour sa plateforme d'applications dans laquelle la juridiction relève que Google détient 65 % de parts de marché (T. com. Paris, 28 mars 2022, RG n° 2018/017655, *LEDICO* juin 2022, note M. Béhar-Touchais).

l'appréhension du déséquilibre significatif se distingue par sa stabilité¹⁰⁸. De même, il n'est pas anodin que la lutte contre les clauses abusives ait fait son entrée dans le Code civil ; c'est le témoignage d'une attention du droit matriciel pour l'équilibre contractuel¹⁰⁹. Malgré tout, que l'appréhension du déséquilibre significatif varie d'une matière à l'autre n'a rien de choquant car les enjeux diffèrent nécessairement.

28. Si le propos est resserré sur les présomptions proposées pour réduire l'effort probatoire des parties, il est possible de douter de leur opportunité¹¹⁰. Concernant la présomption qui reposerait sur la structure du marché, elle néglige le fait que dans certains secteurs de la grande distribution, les rapports de force ne sont pas ceux qui sont habituellement rencontrés et qu'un fournisseur peut être aussi puissant qu'un distributeur¹¹¹. Concernant les présomptions qui reposeraient pour tout ou partie sur la caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu*, la fusion relative des conditions de la sanction des clauses abusives semble problématique. En effet, de telles présomptions conduiraient à recentrer le débat sur la caractérisation précitée alors que le législateur en a fait une condition parmi d'autres. Les aspects probatoires d'un mécanisme ne sauraient en trahir la teneur. Or, pour prendre l'exemple du droit commun, les critiques adressées à une version antérieure de l'article 1171 du

Code civil reposant sur le seul déséquilibre significatif permettent de comprendre que la non-négociabilité est un élément déterminant du contrôle et qu'il doit donc être prouvé de manière autonome¹¹². La même remarque peut être faite en prenant en considération les reproches faits au 1^o de l'article L. 442-1, I du Code de commerce qui sanctionne l'obtention d'un avantage sans contrepartie¹¹³. Le texte, largement reformulé à l'occasion d'une ordonnance du 24 avril 2019¹¹⁴, est critiquable en ce qu'il consacre un contrôle de la lésion simple dans les contrats commerciaux, ce qui n'est pas satisfaisant au regard de l'exigence de soumission posée au 2^o du même article et, surtout, de l'esprit de la matière qui ne peut tolérer d'interventionnisme en dehors de la véritable démonstration d'un abus de l'opérateur dominant¹¹⁵. En somme, en droit commun et en droit de la concurrence, il semble aujourd'hui toujours contre-nature de contrôler le déséquilibre significatif qui ne procéderait pas d'une absence de négociabilité. Au-delà, de manière générale, il n'est pas certain que l'aide probatoire que fournirait une présomption de non-négociabilité soit méritée au regard des ressources existantes¹¹⁶. Les éléments qui précèdent le montrent, il est opportun de conserver en l'état l'exigence de non-négociabilité que connaissent les mécanismes du Code de commerce et du Code civil afin de préserver leur efficacité¹¹⁷. Le *statu quo* prescrit procède moins

108. V. G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », préc., n° 6. Les auteurs notent également une certaine acculturation des juges qui mobilisent régulièrement le texte du Code de commerce. À ce titre, le bilan annuel des décisions judiciaires faisant application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, préparé par le Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, témoigne de cette acculturation. Sur les quatre dernières années, le bilan fait état de 38 à 60 décisions rendues chaque année.

109. V. D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016/2, p. 358.

110. V. E. Guégan, note sous Com., 20 nov. 2019, préc.

111. M. Béhar-Touchais, « Le choc des Titans : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 53.

112. Sur ces critiques, v. F. Bicheron, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 124.

113. Sur le sujet, v. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n° 337.

114. Ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

115. V. M. Béhar-Touchais, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E* 2020, 1363. À moins que, dans un secteur très particulier, la soumission ne soit pas élevée à un rang aussi important : v. par ex. M. Béhar-Touchais, note sous T. com. Paris, 28 mars 2022, préc., qui évoque le *Digital Markets Act* dont certaines dispositions visent à combattre les déséquilibres significatifs sans que l'exigence de soumission n'ait à être rapportée.

116. V. *supra* n°s 19 et s.

117. L'efficacité est ici entendue comme le fait pour une règle de produire des effets en accord avec les objectifs pour lesquels elle a été élaborée, ce qui est différent de l'effectivité qui renvoie simplement à l'application de la règle sans égard pour son adéquation avec les objectifs précités (sur cette distinction, v. P. Conte, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "sureffectivité"... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du xx^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 125). Le *statu quo* pour les aspects probatoires préserve l'efficacité des textes en assurant que leurs applications ne viendront pas trahir les idées qui ont présidé à leur élaboration.

du réflexe conservateur, prêté par Ripert au juriste¹¹⁸, que du choix réfléchi. En conséquence, rien n'exclut qu'une autre position, penchant vers une évolution du droit positif, puisse être préférée lorsqu'il est question de la caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu*.

B. Quant à la caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu*

29. Avènement et avantages des listes de clauses abusives en droit de la consommation.

Si les listes de clauses abusives figurant aux articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation sont des incontournables du paysage juridique, cela n'a pas toujours été le cas¹¹⁹. Dès 1978, le législateur avait confié au pouvoir réglementaire la responsabilité d'identifier des clauses présumées abusives au regard des règles du droit de la consommation. C'était sans compter, toutefois, sur le manque d'initiative dudit pouvoir. Les commentateurs, et la Commission des clauses abusives, n'ont pas manqué d'occasions de dénoncer cette inertie qui a semé les graines d'un « coup d'état »¹²⁰ jurisprudentiel¹²¹. Il a fallu attendre le décret du 18 mars 2009 portant application de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation pour que deux listes importantes soient édictées. Ces listes, comme cela a été remarqué¹²², constituent une aide très précieuse pour les consommateurs lorsqu'ils entendent prouver l'existence d'un déséquilibre significatif¹²³. Elles permettent de dépasser les interrogations qui portent sur les contours de cette notion, lesquelles sont démultipliées par le fait que chaque juge peut concevoir différemment le déséquilibre significatif. Quant aux professionnels, les catégorisations opérées par le pouvoir réglementaire sont moins envisagées comme des facteurs de rigidité que comme des outils de prévisibilité. Outre que les listes de clauses présumées abusives ont un fort potentiel

prophylactique, elles peuvent constituer des sources d'inspiration pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif lorsque la clause litigieuse ne figure pas sur l'une d'entre elles.

30. Proposition de consécration de listes de clauses créant un déséquilibre significatif en droit de la concurrence.

De la même manière que le droit de la concurrence s'est inspiré du droit de la consommation en instaurant une Commission d'examen des pratiques commerciales, il est envisageable qu'il s'inspire de la matière consumériste en consacrant des listes de clauses réputées abusives au sein du Code de commerce¹²⁴.

31. Le succès de la démarche repose essentiellement sur le fait que la matière est relativement familière avec l'idée d'une catégorisation des clauses¹²⁵. Il est possible de s'en convaincre, d'abord, en consultant l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce¹²⁶. Le texte envisageait au I, 2° la notion générale de déséquilibre significatif, fort similaire à celle envisagée aujourd'hui par l'article L. 442-1 du même Code, avant de viser particulièrement des clauses ou pratiques interdites. N'était-ce pas, dans une certaine mesure, édicter une liste noire de clauses que l'on présumait créer un déséquilibre significatif de manière irréfragable ? Certes, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019 ayant remanié le droit des pratiques restrictives de concurrence, cette identification préalable des déséquilibres significatifs n'est plus apparente. Toutefois, il est probable que les clauses spécifiquement incriminées par l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce soient désormais envisagées à travers la notion de déséquilibre significatif. La familiarité avec l'idée de catégorisation ressort, ensuite, de l'activité de la Commission d'examen des pratiques commerciales dont les recommandations permettent de faire *a priori* le départ entre les

118. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, n° 3.

119. Sur l'évolution de la question, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n°s 448 et s.

120. J. Carbonnier, *Droit civil – Les Biens, Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 996.

121. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *GAJC* n° 159; *D.* 1991, p. 449, note J. Ghestin; *JCP* 1991, II, 21763, note G. Paisant; *CCC* 1991, n° 160, note L. Leveneur.

122. V. *supra* n° 14.

123. V. *supra* n° 14.

124. Sur le recours à une liste de clauses et de pratiques présumées entraîner un déséquilibre significatif, v. en général H. Hadj-Aïssa, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux*, op. cit., n°s 789 et s.

125. V. G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », *préc.*, n° 94.

126. V. H. Hadj-Aïssa, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux*, op. cit., n° 789.

clauses créant un déséquilibre significatif et celles qui n'en créent pas¹²⁷. Au demeurant, cette Commission pourrait être particulièrement impliquée dans l'élaboration des listes de clauses avec l'aide essentielle de la doctrine sur laquelle elle sait déjà s'appuyer¹²⁸.

32. D'aucuns pourraient douter de la nécessité de consacrer des listes de clauses présumées abusives en matière concurrentielle dans la mesure où la notion de déséquilibre significatif est déjà appréhendée de manière stable et cohérente. L'assertion pourrait reposer, pour partie, sur le constat de l'homogénéité de l'appréciation de cette notion en raison de la spécialisation des juridictions saisies de la question des clauses créant un déséquilibre significatif. Certes, les interprètes de l'article L. 442-1 du Code de commerce sont moins nombreux que ceux des articles L. 212-1 du Code de la consommation et 1171 du Code civil. Toutefois, outre que les critiques adressées à la spécialisation précitée pourraient avoir raison d'elle dans le futur¹²⁹, elle ne permet pas de dissiper les doutes qui entourent la notion et qui nuisent à la prévisibilité du contentieux.

33. Il est difficile d'identifier un obstacle rédhibitoire à la consécration de listes de clauses réputées abusives au sens de l'article L. 442-1 du Code de commerce. Le recours à cette technique, utilisée par d'autres systèmes juridiques¹³⁰, participerait de l'efficacité du mécanisme en allégeant la charge probatoire de celui qui doit

caractériser le déséquilibre significatif *stricto sensu*. Assurément, l'élaboration de ces listes ne se fera pas en un trait de temps et sans effort au regard des questions à trancher. Qui doit avoir la charge de l'édiction de ces listes ? Faut-il consacrer une liste grise et une liste noire, ou bien seulement une liste grise ou une liste noire ? Quelles clauses ranger dans quelles listes ? Quelle articulation avec les autres outils qui appréhendent certains déséquilibres significatifs dans des domaines particuliers¹³¹ ? Au-delà, ce qui est déterminant, c'est que cette aide sur le terrain probatoire ne devrait pas engendrer une dénaturation du mécanisme du Code de commerce ; là est la différence majeure avec les propositions qui tendent à présumer la soumission ou la tentative de soumission du cocontractant.

34. Perspectives limitées du droit commun. Concernant la caractérisation du déséquilibre significatif *stricto sensu* de l'article 1171 du Code civil, il est généralement enseigné que certaines pistes suivies en matière consumériste ou concurrentielle peuvent être exploitées¹³². Est-il possible d'imaginer une prolongation de l'emprunt et de consacrer en droit commun une aide à la preuve similaire à ce qui est organisé ou ce qui devrait être organisé dans les droits spéciaux ? Sans doute la proposition achoppe-t-elle sur une difficulté qui ne risque pas d'être surmontée à court terme : l'inexpérience de l'article 1171 du Code civil. Même si l'édiction d'une liste de clauses présumées abusives est un acte normatif vertical, sa gestation est au contraire

127. V. par ex. la recommandation CEPC n° 24-1, en date du 2 décembre 2024, relative à un guide de bonnes pratiques en matière de clauses de révision automatique des prix et de clauses de renégociation dans les relations entre industriels et distributeurs. La première recommandation permet assez clairement de faire le départ entre une clause qui créerait *a priori* un déséquilibre significatif et celle qui n'en créerait pas (« Recommandation n° 1 : Les seuils de déclenchement et les délais de mise en œuvre doivent être identiques pour une révision à la hausse ou à la baisse ou, s'ils sont différents, avoir été pleinement négociés et justifiés pour éviter tout risque de grief de déséquilibre significatif. D'une manière plus générale, les clauses doivent prévoir une réciprocité dans les taux et dans les seuils de déclenchement »).

128. V. par ex. le bilan annuel des décisions judiciaires faisant application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, préparé par le Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, que la Commission diffuse déjà sur son internet. *Adde* l'étude du contentieux effectuée au-delà du droit de la concurrence par le Centre de recherche sur les clauses abusives (CER-CLAB) de l'Université de Lorraine.

129. Sur ces critiques, v. not. R. Amaro, « La "spécialisation" du juge. L'exemple à ne pas suivre du droit de la concurrence », *préc.* *Adde* P. Théry, « Quelques observations sur la compétence des juridictions spécialisées dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence », in *Mélanges en l'honneur du professeur C. Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p. 481.

130. V. V. Maillot, « Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales en Europe – Analyse de droit comparé », *Cah. dr. entr.* 2023, ét. 41, spéc. n° 7 (et les références citées).

131. V. par ex. les dispositions du Chapitre III du Livre IV du Code de commerce qui portent sur le secteur de l'approvisionnement agroalimentaire.

132. V. par ex. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Lathière, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 350.

horizontale et suggère un dialogue entre le juge, les parties prenantes et la doctrine. Or, la Cour de cassation a fortement réduit les chances qu'un tel dialogue ait lieu, ou qu'il se fasse entendre, quant à l'article 1171 du Code civil par sa décision excluant son application lorsque les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-1 du Code de commerce trouvent à

s'appliquer¹³³. Il ne s'agit toutefois pas d'une fatalité et il n'est pas exclu, au bénéfice des évolutions que connaîtront les mécanismes spéciaux, que le texte issu de la réforme du droit des contrats accède parfaitement à la vie judiciaire. Nul doute que les aspects probatoires du texte sauront alors se métamorphoser pour assurer son efficacité.

133. Com., 26 janv. 2022, préc.

Dossier

La preuve en métamorphoses

Enquête de l'employeur et preuve des faits fautifs

Gwennhaël François

Professeur de droit privé à l'Université Clermont Auvergne
Centre Michel de l'Hospital – UR 4232

1. Pour le profane, l'enquête renvoie essentiellement à la phase de la procédure pénale qui a pour objet la recherche de la preuve de l'infraction et la découverte de son auteur. Menée par la police judiciaire, elle a pour finalité la manifestation de la vérité¹. Pourtant, l'enquête n'est pas juste un objet du droit pénal. Le droit du travail connaît aussi différentes catégories d'enquêtes, envisagées comme des investigations visant à recueillir des éléments de preuve. Certains textes obligent l'employeur à mener une enquête à la suite de certains signalements ou d'une alerte. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'employeur est saisi par un élu de la délégation du personnel au comité social et économique en cas d'atteinte aux droits des personnes : l'employeur procède alors sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel au comité social et économique et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation². En dehors de ces cas prévus par un texte particulier du code du travail, il n'est pas rare que l'employeur soit conduit à enquêter lorsque sont portés à sa connaissance des faits susceptibles de constituer une faute disciplinaire, afin de recueillir des preuves

permettant d'engager une procédure contre le salarié qui en est l'auteur.

2. En effet, l'employeur ne dispose pas toujours d'éléments de preuve suffisants pour diligenter une procédure disciplinaire, alors même qu'il a connaissance de faits pouvant être poursuivis sur le terrain disciplinaire. Dans ce cas, l'employeur a tout intérêt à mener une enquête interne afin de rechercher les preuves de la faute disciplinaire et même, parfois, l'identité de son auteur. La plupart du temps, l'enquête, en matière disciplinaire, n'est donc pas obligatoire, bien qu'elle demeure vivement recommandée. Sans élément de preuve suffisamment pertinent, l'employeur qui a sanctionné un salarié s'expose à ce que la sanction soit annulée par le juge prud'homal et, s'il s'agit d'un licenciement pour faute, à ce que celui-ci soit jugé sans cause réelle et sérieuse. Certains comportements graves commis par des salariés à l'encontre d'autres salariés obligent néanmoins l'employeur à engager une enquête. Tel est le cas en matière de harcèlement moral ou sexuel, où l'ouverture d'une enquête interne « fait indiscutablement partie du comportement attendu de l'employeur »³, même si le législateur

1. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 16^e éd., LexisNexis, 2023, n° 707 : l'enquête judiciaire peut être définie comme une suite d'actes ayant pour objet la recherche des preuves et la manifestation de la vérité.
2. C. trav., art. L. 2312-59.
3. P. Lagesse et V. Armillei, « Les enquêtes internes en cas de harcèlement : un nouveau défi après la loi "Sapin 2" ? », *JCP S* 2019, 1167, spéc. n° 1.

ne l'impose pas expressément. L'obligation d'enquête, recommandée par les partenaires sociaux⁴, a été consacrée par la jurisprudence. La Cour de cassation considère ainsi que l'absence d'enquête est une « abstention fautive »⁵ en ce qu'elle constitue un manquement, par l'employeur, à son obligation de prévention des risques professionnels qui cause un préjudice à l'intéressé, même en l'absence de harcèlement moral⁶.

3. Qu'elle soit facultative ou obligatoire, l'enquête disciplinaire diligentée par l'employeur lui permet, à travers les investigations menées, de recueillir toutes sortes de preuves. Pour autant, toutes ces preuves sont-elles recevables dans le cadre du débat judiciaire, en particulier lorsque le salarié conteste devant la juridiction prud'homale la sanction prononcée par l'employeur ? Le comportement fautif du salarié, que l'employeur entend prouver, est un fait juridique au sens de l'article 1100-2 du Code civil. La preuve des faits juridiques est par principe libre, comme l'énonce l'article 1358 du Code civil, c'est-à-dire qu'elle peut être rapportée par tout moyen. Ainsi, dans le cadre de l'enquête disciplinaire menée par l'employeur, il y a lieu de considérer que celui-ci est tout à fait libre de mener les investigations qu'il souhaite pour prouver les faits fautifs (I), pour peu – rajoute la jurisprudence – que la preuve ne soit pas recueillie, au cours de l'enquête, par un procédé que le droit considère comme injustifié et excessif (II).

I. La liberté dans la réalisation de l'enquête

4. Le fait pour l'employeur de mener une enquête est un droit, ce que la jurisprudence a très clairement rappelé dans une affaire récente où il était reproché à deux dirigeants de s'être rendus coupables de détention arbitraire, ces derniers ayant

retenu un salarié suspecté de complicité de vol afin de mener une investigation sur ces faits. En l'espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle, alors que les deux dirigeants avaient simplement invité le salarié identifié sur une caméra de surveillance en action de vol à les suivre dans le bureau de la direction (en lui demandant d'y rester jusqu'à nouvel ordre), « que l'employeur, qui a connaissance de faits répréhensibles, susceptibles d'être disciplinairement sanctionnés, peut procéder à une enquête interne et recueillir les explications de ses salariés » – censurant ainsi la cour d'appel qui avait déclaré les dirigeants coupables de détention arbitraire⁷. L'enquête peut dès lors être présentée comme une manifestation du pouvoir de direction de l'employeur, autorisé à investiguer dans le but de recueillir des preuves⁸. Dans la mesure où la preuve en matière disciplinaire est libre, toutes sortes d'investigations peuvent être réalisées par l'employeur, en vue de prouver les faits fautifs qui sont portés à sa connaissance et pour lesquels il ne dispose pas d'éléments suffisants pour engager des poursuites disciplinaires.

5. L'employeur peut d'abord rechercher des preuves matérielles. Par exemple, il est autorisé à accéder aux dossiers et fichiers créés par le salarié grâce à l'outil informatique mis à disposition par l'entreprise pour l'exécution de son travail, hors sa présence, puisque ces dossiers et fichiers sont présumés avoir un caractère professionnel⁹. Ces documents peuvent ensuite, dans le cadre d'une procédure prud'homale, servir de preuve d'un manquement du salarié à ses obligations. L'employeur peut également chercher à prouver une faute à travers les déclarations des salariés ayant été témoins de certains faits ou à travers l'audition du salarié soupçonné d'avoir commis une faute disciplinaire. Il est classique que l'employeur procède à des auditions dans le cadre de l'enquête et qu'il produise en justice les

4. ANI 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, art. 4 : « les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard ».

5. Soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902, *JCP S* 2011, 1463, note C. Leborgne-Ingelaere ; *RDT* 2011, p. 576, note P. Adam.

6. Soc., 27 nov. 2019, n° 18-10.551, *JCP S* 2020, 1011, note V. Armillei. La chambre sociale de la Cour de cassation est toutefois venue préciser, récemment, que l'absence d'enquête interne ne constituait pas systématiquement un manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur lorsque ce dernier avait déjà pris toutes mesures suffisantes de nature à préserver la santé et la sécurité du salarié qui s'estimait victime de harcèlement : Soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975.

7. Crim., 28 févr. 2018, n° 17-81.929, *RDT* 2018, p. 382, note J.-B. Thierry ; *Dr. soc.* 2018, p. 484, note J. Mouly.

8. Elle peut même, exceptionnellement, devenir une obligation : *supra* n° 2.

9. Soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025 : la décision rappelle que cette consultation de l'ordinateur du salarié hors sa présence est possible sauf pour les dossiers et documents identifiés par le salarié comme personnels.

comptes-rendus de ces auditions. Sur ce terrain, la jurisprudence se montre favorable à l'employeur quant à la recevabilité de ce mode de preuve. Premièrement, il a été jugé que les garanties de procédure du droit disciplinaire ne trouvent pas à s'appliquer lorsque le salarié est auditionné dans le cadre d'une enquête interne préalable à l'engagement d'une éventuelle procédure disciplinaire¹⁰. Ainsi, le salarié ne peut exiger d'être assisté lors d'un tel entretien, ce qui paraît logique dans la mesure où au stade de l'enquête, la procédure disciplinaire, simplement éventuelle, n'est pas engagée. Deuxièmement, l'audition de plusieurs salariés peut être envisagée sans que le salarié soupçonné d'avoir commis une faute en soit informé et même sans qu'il soit entendu dans ce cadre¹¹. Là encore, la solution se justifie par le fait qu'au stade de l'enquête, la procédure disciplinaire n'est pas encore engagée, ce qui n'impose pas de respecter le principe du contradictoire : le salarié disposera bien de la possibilité de faire valoir ses arguments ultérieurement, si la procédure disciplinaire est engagée contre lui. Troisièmement, l'employeur demeure tout à fait libre de ne pas auditionner tous les témoins potentiels : la Cour de cassation a ainsi censuré une décision de cour d'appel pour avoir refusé d'examiner une enquête au motif que seule la moitié des salariés en contact avec le salarié présumé harceleur avaient été entendus¹². Même si la Cour de cassation admet très facile-

ment la recevabilité des rapports d'audition au nom du principe de la liberté de la preuve, il ne s'agit au fond que d'un mode de preuve imparfait dont le juge appréciera souverainement le caractère convaincant¹³. Il n'est donc pas certain que le juge s'estime convaincu par la preuve versée aux débats par l'employeur. Souvent, afin de conférer davantage de force probante aux témoignages recueillis lors de l'audition, l'employeur aura intérêt à ce que des garanties procédurales soient prévues, afin qu'il soit certain que les propos des salariés auditionnés ont été recueillis sans la moindre pression : tel sera le cas si les auditions sont menées par l'employeur en présence d'un représentant du personnel¹⁴. De même, le juge prud'homal sera sans doute davantage convaincu si un maximum de personnes a été entendue et/ou si, dans un souci d'impartialité, l'enquête est confiée par l'employeur à un tiers¹⁵. Une enquête circonscrite à un nombre réduit de personnes impliquées peut en effet laisser penser que l'enquête de l'employeur a été menée à charge contre le salarié finalement sanctionné – et non à décharge¹⁶.

6. Dans les faits, l'employeur aura intérêt à mener son enquête dans les meilleurs délais, une fois qu'il aura été informé d'une situation susceptible de caractériser une faute disciplinaire. Il y a en effet deux raisons, malgré la grande liberté dont il dispose, qui doivent le conduire à agir rapidement. La première raison est factuelle. Si

10. Soc., 22 mars 2016, n° 15-10.503.

11. Même si la Cour de cassation ne l'énonce pas aussi clairement, cette solution peut se déduire d'une importante décision à l'occasion de laquelle il a été jugé que l'enquête menée à l'insu du salarié par un prestataire extérieur à l'entreprise n'est pas soumise à l'article L. 1222-4 du code du travail qui impose que la collecte d'information personnelle soit portée à la connaissance du salarié : Soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *RDT* 2021, p. 454, note A.-L. Mazaud ; *Dr. soc.* 2021, p. 657, note J. Mouly.

12. Soc., 8 janv. 2020, n° 18-20.151. La jurisprudence prend ainsi le contrepied de l'ANI 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, les partenaires sociaux ayant en effet préconisé que « toutes les parties impliquées » soient entendues (art. 4). Pour des illustrations jurisprudentielles récentes où il a été jugé que la commission d'enquête n'était pas tenue d'entendre la victime potentielle lorsque cette dernière est en arrêt de travail, ni même les témoins du salarié mis en cause dès lors qu'ils avaient quitté les effectifs de l'entreprise au moment de l'enquête : V. Zeimet, A. Lamberton et A. Tongio, « Enquêtes internes : les enseignements jurisprudentiels de 2024 », *JCP S* 2025, 1028, spéc. n° 12.

13. Comp. à propos du témoignage : Ph. Malinvaud et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, 24^e éd., LexisNexis, 2024, n° 585.

14. Dans le cas où l'employeur est amené à enquêter sur des faits de harcèlement moral ou sexuel, il paraît opportun d'associer un membre de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) ou le référent en matière de lutte contre le harcèlement prévu à l'article L. 2314-1 du code du travail.

15. Certains avocats se spécialisent aujourd'hui dans ce domaine et proposent à l'entreprise des enquêtes, notamment en cas de suspicion de harcèlement. L'indépendance n'est pourtant pas totalement garantie dès lors que le tiers est rémunéré par l'entreprise.

16. Si l'employeur ne peut pas se voir opposer le principe selon lequel « nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », dans la mesure où celui-ci n'est pas applicable à la preuve d'un fait juridique (Ch. Albiges, *Introduction au droit*, 10^e éd., Bruylant, 2024, n° 471), il semble important pour l'employeur, en vue du débat judiciaire, de verser aux débats des procès-verbaux d'audition dont la force probante est importante. Pour cela, il aura intérêt à ce que les procès-verbaux d'audition relatent précisément les échanges ayant eu lieu avec le salarié et qu'ils soient signés par l'employeur, le salarié et, si les auditions ont été menées en présence d'un représentant élu du personnel, par ce dernier.

l'employeur tarde à mener ses investigations, les preuves risquent de disparaître. Outre le dépérissement éventuel des preuves matérielles, il n'est jamais recommandé d'auditionner les salariés témoins de faits fautifs longtemps après la commission des faits : plus le temps s'écoule et plus les éléments confiés par le salarié risquent d'être imprécis, ce qui altère la force probante de la preuve recueillie. La deuxième raison pour laquelle l'employeur est tenu d'enquêter rapidement est d'ordre juridique. Il résulte de l'article L. 1332-4 du code du travail qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance. Aussi, lorsque les faits portés à la connaissance de l'employeur sont assez précis, il sera possible de considérer que cela marque le point de départ du délai de prescription des faits fautifs de deux mois. Dans ce cas, si l'employeur ne dispose pas de preuves suffisantes, il peut vouloir, avant de sanctionner un salarié, investiguer et tenter d'en recueillir à travers une enquête : celle-ci devra alors être menée sans délai, sans quoi, à l'approche du terme du délai de deux mois, il risque de devoir engager une procédure disciplinaire sans savoir s'il disposera des éléments de preuve nécessaires pour se défendre en cas de contestation, par le salarié, de la sanction disciplinaire. Bien sûr, si les faits portés à la connaissance de l'employeur ne sont pas précis, il sera possible de considérer que le délai de prescription des faits fautifs ne commence réellement à courir qu'à la remise du compte-rendu de l'enquête¹⁷.

II. L'encadrement des investigations de l'employeur

7. Si l'employeur peut produire toutes sortes de preuves recueillies dans le cadre de l'enquête

réalisée en vue de prouver la faute imputée au salarié sanctionné, au nom du principe de liberté de la preuve, certaines investigations menées par l'employeur ne sont pas acceptées et la preuve recueillie dans ce cadre est irrecevable¹⁸. En premier lieu, l'enquête interne devra se concilier avec le nécessaire respect des droits et libertés des salariés, en particulier avec le respect dû à la vie personnelle du salarié. Pour autant, le droit à la preuve de l'employeur tend à autoriser, sous certaines conditions, la recevabilité de certaines preuves qui, par leur nature, concernent la vie personnelle du salarié¹⁹. S'agissant d'un salarié protégé, le Conseil d'État a par exemple jugé que lorsqu'un employeur diligente une enquête interne visant un salarié à propos de faits, venus à sa connaissance, mettant en cause ce salarié, les investigations menées dans ce cadre doivent être justifiées et proportionnées par rapport aux faits qui sont à l'origine de l'enquête et ne sauraient porter d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie privée²⁰. Ainsi, lorsqu'un élément de preuve recueilli par l'employeur concerne la vie personnelle du salarié, le juge appréciera si l'acte d'enquête était nécessaire, si les investigations se sont limitées aux faits que l'employeur entendait vérifier et si elles étaient en lien avec les fonctions exercées par le salarié. A dès lors été jugée injustifiée la consultation des comptes personnels d'un salarié d'un établissement bancaire par son employeur alors que les recherches menées avaient pour but de vérifier la réalité d'une faute du salarié à l'égard d'un client de la banque²¹. À l'inverse, il a été jugé qu'était recevable la production en justice par l'employeur d'une photographie extraite du compte privé Facebook de la salariée, auquel il n'était pas autorisé à accéder, alors même que cette production constituait une atteinte à la vie privée de la salariée : en l'espèce, la production de cet élément de preuve portant atteinte à la vie

17. Soc., 8 déc. 2021, n° 20-15.798.

18. Soc., 29 juin 2022, n° 21-11.437, *Dr. soc.* 2022, p. 837, note P. Adam : « En cas de licenciement d'un salarié à raison de la commission de faits de harcèlement sexuel ou moral, le rapport de l'enquête interne, à laquelle recourt l'employeur, informé de possibles faits de harcèlement sexuel ou moral dénoncés par des salariés et tenu envers eux d'une obligation de sécurité lui imposant de prendre toutes dispositions nécessaires en vue d'y mettre fin et de sanctionner leur auteur, peut être produit par l'employeur pour justifier la faute imputée au salarié licencié. Il appartient aux juges du fond, dès lors qu'il n'a pas été mené par l'employeur d'investigations illicites, d'en apprécier la valeur probante, au regard le cas échéant des autres éléments de preuve produits par les parties ».

19. P.-E. Berthier, « La preuve issue d'une enquête disciplinaire », *Lexbase Social* 11 mai 2023, n° 945.

20. CE, 2 mars 2020, n° 418640, *JCP S* 2020, 2051, note Y. Pagnerre.

21. CE, 2 mars 2020, n° 418640, *préc.*

privée de la salariée a été jugé indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, à savoir la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires, dès lors que la cour d'appel avait constaté, pour établir un grief de divulgation par la salariée d'une information confidentielle de l'entreprise auprès de professionnels susceptibles de travailler pour des sociétés concurrentes, que l'employeur s'était borné à produire la photographie de la future collection de la société publiée par l'intéressée sur son compte Facebook et le profil professionnel de certains de ses « amis » travaillant dans le même secteur d'activité et qu'il n'avait fait procéder à un constat d'huissier que pour contrecarrer la contestation de la salariée quant à l'identité du titulaire du compte²². Comme le souligne un auteur, si en principe certaines informations qui ont trait à la vie personnelle du salarié ne devraient pas être recueillies par l'employeur, le droit à la preuve de l'employeur, c'est-à-dire son droit d'accéder à des preuves et de les produire en justice, peut ainsi l'autoriser à verser dans le cadre du débat devant le juge prud'homal des preuves en lien avec la vie personnelle du salarié²³, sous réserve des conditions précitées²⁴.

8. En second lieu, l'enquête interne ne devrait pas conduire à recueillir des preuves, dans le cadre des investigations menées, *via* des procédés illicites ou déloyaux. Pourtant, là encore, le droit à la preuve conduit désormais à admettre, sous certaines conditions, la recevabilité de

preuves illicites ou déloyales collectées par l'employeur dans le cadre de l'enquête interne²⁵. Au départ, ces preuves ont été clairement jugées irrecevables. Très tôt, la chambre sociale de la Cour de cassation a en effet jugé, au seul visa de l'article 9 du code de procédure civile, « que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue une mode de preuve illicite »²⁶. Au visa de la même disposition, la Haute cour a sanctionné le stratagème consistant, pour l'employeur, à mandater des collaborateurs pour se rendre comme simples clients dans le restaurant tenu par l'épouse du salarié afin de constater que celui-ci y assure le service, en partie pendant ses heures de travail : les rapports établis dans ces conditions ne peuvent donc en conséquence être retenus comme moyen de preuve²⁷.

9. Désormais, la jurisprudence n'écarte plus systématiquement les preuves illicites et déloyales recueillies par l'employeur lors de l'enquête disciplinaire. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁸, la preuve illicite ou immorale peut être produite en justice à certaines conditions. C'est d'abord à propos de la preuve illicite que la jurisprudence a commencé à évoluer. Dans un arrêt particulièrement significatif, un employeur avait exploité des « fichiers de journalisation » et des « adresses IP », ce qui lui avait permis d'identifier une personne physique. En application des articles de la loi

22. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, *D.* 2020, p. 2383, note C. Golhen ; *JCP S* 2020, 3042, note G. Loiseau ; *RDT* 2020, p. 764, note C. Lhomond.

23. P.-E. Berthier, « La preuve issue d'une enquête disciplinaire », préc.

24. Conditions qui peuvent être résumées ainsi : premièrement, la production doit être indispensable à l'exercice par l'employeur de son droit à la preuve et, deuxièmement, l'atteinte portée à la vie privée du salarié est proportionnée au but que l'employeur poursuit.

25. Il n'est pas toujours évident de distinguer la preuve illicite et la preuve déloyale (la distinction présente d'ailleurs moins d'intérêts puisque la jurisprudence adopte désormais les mêmes solutions dans les deux cas). S'agissant par exemple d'un enregistrement, celui-ci sera considéré comme une preuve illicite si des formalités n'ont pas été respectées (comme par exemple l'information et la consultation du comité social et économique) ou si la finalité de l'enregistrement a été détournée. La preuve déloyale est celle qui est recueillie sous la contrainte, la menace ou à la suite d'artifices, de stratagèmes. En droit du travail, cela concerne essentiellement trois hypothèses : la preuve obtenue par l'utilisation d'un procédé clandestin ou dissimulé de surveillance, la preuve obtenue par l'utilisation d'un stratagème et la preuve obtenue par fraude ou moyen frauduleux (J.-Y. Frouin, « Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi », *RJS* mai 2023, p. 7, spéc. p. 8).

26. Soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120.

27. Soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093. On relèvera, à l'inverse, qu'un employeur peut mandater un « client mystère » si les salariés et les représentants du personnel en ont été informés et il peut en conséquence utiliser les résultats (fiche d'intervention établie par celui-ci) au soutien d'une procédure disciplinaire : Soc., 6 sept. 2023, n° 22-13.783, *D.* 2023, p. 1990, note J. Mouly ; *JCP S* 2023, 1276, note B. Bossu ; *BJT* oct. 2023, p. 21, note S. Riancho ; *Dr. soc.* 2023, p. 922, note Ch. Radé.

28. Sa jurisprudence est en effet citée dans la plupart des arrêts récents de la Cour de cassation.

n° 78-17 du 6 janvier 1978 (modifiée par une loi n° 2004-801 du 6 août 2004), dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 25 novembre 2020, que cette exploitation de fichiers de journalisation constituait un traitement de données à caractère personnel devant faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés²⁹. En l'espèce, l'employeur n'avait pas procédé à cette déclaration préalable, rendant ainsi la preuve illicite. Au regard des solutions antérieures précitées, un tel mode de preuve illicite aurait dû être écarté des débats. La Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et décide qu'il y a lieu de juger désormais que l'illicéité de ce mode de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le droit à la preuve de l'employeur pouvant justifier son admissibilité sous réserve que la production de ce moyen de preuve soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi³⁰. Le même raisonnement doit être retenu au sujet des preuves déloyales recueillies dans le cadre d'une enquête disciplinaire³¹. S'agissant d'enregistrements réalisés à l'aide d'un système de vidéosurveillance pour lequel aucune information individuelle et détaillée n'avait été donnée aux salariés³², la Cour de cassation a une fois encore admis que dans le cadre de l'enquête disciplinaire, l'employeur pouvait, au regard de son droit à la preuve, réaliser de tels enregistrements et les produire aux débats sous réserve que la production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte aux droits du salarié soit strictement proportionnée au but pour-

suivi³³. En l'espèce, après avoir constaté des anomalies dans les stocks, la société avait envisagé l'hypothèse de vols par des clients d'où le visionnage des enregistrements issus de la vidéo protection, ce qui avait permis d'écarter cette piste. De plus, la cour d'appel a relevé que les inventaires confirmant des écarts injustifiés, la responsable de la société avait décidé de suivre les produits lors de leur passage en caisse et de croiser les séquences vidéo sur lesquelles apparaissaient les ventes de la journée avec les relevés des journaux informatiques de vente, ce contrôle ayant été réalisé du 10 juin au 27 juin 2016 et qu'un recoupement des opérations enregistrées à la caisse de la salariée (vidéo/journal informatique) avait ainsi révélé au total dix-neuf anomalies graves en moins de deux semaines. La Cour de cassation en déduit qu'il résulte des constatations de la cour d'appel qu'elle a mis en balance de manière circonstanciée le droit de la salariée au respect de sa vie privée et le droit de son employeur au bon fonctionnement de l'entreprise, en tenant compte du but légitime qui était poursuivi par l'entreprise, à savoir le droit de veiller à la protection des biens. La décision conclut donc que les juges du fond ont pu déduire que la production des données personnelles issues du système de vidéosurveillance était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but poursuivi, de sorte que les pièces litigieuses étaient recevables³⁴.

* * *

10. Les évolutions du droit de la preuve – et en particulier la consécration du droit à la preuve – sont de nature à faciliter la tâche de

29. Soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, *D.* 2021, p. 117, note G. Loiseau; *JCP S* 2021, 1032, note B. Bossu; *RDT* 2021, p. 199, note S. Mraouahi; *BJT* janv. 2021, p. 20, note G. Duchange.

30. Comp. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.797 : à propos d'un système de badgeage couplé au logiciel du temps de travail sans déclaration à la Commission nationale informatique et libertés, la Cour de cassation estime que ce mode de preuve, bien qu'illicite, ne peut être écarté directement des débats et qu'il appartient au juge du fond de vérifier si la preuve litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur.

31. Cette évolution fait suite aux fameux arrêts d'assemblée plénière ayant admis, sous certaines conditions et pour la première fois, la recevabilité de preuves déloyales, tels que des enregistrements clandestins réalisés par un employeur : Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 et 21-11.330, *D.* 2024, p. 291, note G. Lardeux; *D.* 2024, p. 296, note Th. Pasquier; *JCP S* 2024, 1028, note S. Brissy. V. également sur les conséquences de ces deux arrêts : G. Loiseau, « L'exception de recevabilité de la preuve illicite ou déloyale », *RJS* mars 2024, p. 7.

32. Outre le fait que l'employeur s'était aussi affranchi de l'information/consultation des représentants du personnel.

33. Soc., 14 févr. 2024, n° 22-23.073, *JCP S* 2024, 1123, note S. Brissy.

34. Comp. pour un raisonnement similaire, à propos d'un employeur qui avait collecté des données stockées sur une clé USB se trouvant dans le bureau de la salariée, et alors même que celle-ci n'était pas connectée à l'ordinateur mis à la disposition de la salariée par l'employeur : Soc., 25 sept. 2024, n° 23-13.992.

l'employeur dans le cadre de l'enquête interne. D'abord, comme nous avons pu le relever, la liberté de la preuve conduit le juge prud'homal à admettre la recevabilité de toutes sortes de preuves matérielles recueillies dans le cadre de l'enquête. De même, tous les témoignages recueillis à l'occasion des auditions des salariés sont recevables, pour peu qu'ils n'aient pas été extorqués par la violence³⁵. La seule limite à la recevabilité de la preuve issue de l'enquête tenait à l'atteinte à la vie personnelle du salarié et au caractère illicite/déloyal de la preuve. Pour

autant, cette limite n'est plus absolue dès lors que l'employeur peut, au nom du droit à la preuve, verser aux débats une preuve illicite ou déloyale dès lors que celle-ci est indispensable à l'exercice de ce droit. Espérons donc que le juge n'appréciera pas de manière trop souple ce caractère indispensable de la preuve, sans quoi il est à craindre que les investigations conduisent le juge prud'homal à fonder de plus en plus souvent ses décisions sur des preuves obtenues par des moyens malhonnêtes, ce qui ne serait pas de nature à honorer la justice.

35. Comme nous l'avons souligné, la question de la force probante est une autre question : si les preuves recueillies dans le cadre d'une enquête « bâclée » et menée à charge contre le salarié sont par principe recevables, il n'est pas certain que le juge leur accorde une réelle force probante dans le cadre du débat contradictoire s'il s'avère que « la qualité de l'enquête » est médiocre (v. très clairement en ce sens : P.-E. Berthier, « La preuve issue d'une enquête disciplinaire », préc.).

Dossier

La preuve en métamorphoses

La question probatoire dans le contentieux administratif

Agathe Chirossel

Postdoctorante à l'Université Clermont Auvergne (LMV),
chercheuse associée au CMH UR4232

Condition de l'objectivité du jugement¹, la preuve est souvent associée à la recherche d'une vérité. Elle viserait à démontrer plus précisément une vérité de fait, afin de « rendre un état de choses incontestables autant que c'est possible »². Il s'agit là des éléments inhérents à la constitution d'une vérité *judiciaire*. Pour autant, il convient de préciser le type de preuve sur lequel se fonde la réflexion. En effet, la preuve judiciaire peut parfois s'opposer à la preuve scientifique, particulièrement du fait de son objet et de sa méthode. La preuve scientifique, essentiellement expérimentale, se fonde sur une méthode inductive, elle « s'efforce de découvrir une loi naturelle permettant de prévoir l'effet futur d'une future cause en observant ou expérimentant la régularité avec laquelle la même cause est suivie du même effet »³. À l'inverse, « la tâche de la preuve judiciaire est de reconstituer quelque évènement passé de telle sorte que le juge puisse lui appliquer les normes du droit positif »⁴. La preuve judiciaire est donc l'une des garanties essentielles de l'État de droit et, par certains aspects, résulte

directement des exigences issues des droits et libertés fondamentaux. Élément central de la motivation des décisions, elle permet au requérant de savoir sur quelle preuve s'est fondé le juge afin de trancher le litige⁵. *In fine*, la fonction de la preuve juridique est de faire approuver « socialement »⁶ une vérité.

Si la preuve judiciaire répond à une typologie commune à tout type de juridiction, le contentieux administratif présente certaines spécificités. Si elle est principalement codifiée dans les autres branches du droit (que nous pensions au code de procédure civile et au code de procédure pénale, qui en sont les illustrations les plus parlantes), en matière administrative, du fait de l'essence même de ce droit, le régime de la preuve est d'origine prétorienne. Le législateur s'en est toutefois saisi dès 1889⁷ par une loi qui encadre particulièrement les éléments relatifs à l'organisation du procès administratif. Son titre 2, consacré aux « différents moyens de vérification », introduit, sans les nommer ainsi, certaines mesures d'instruction, qui conditionnent progressive-

1. A. Plantey et F.-C. Bernard, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, p. 1 : « prouver une prétention, une accusation ou une négation, c'est la fonder sur un raisonnement qui construit une argumentation logique, et non sur des sentiments, des opinions ou des passions. [...] Plus les sociétés modernes suscitent de contentieux, plus les différents modes de preuve doivent y être organisés ».

2. B. Pacteau, *Rép. contentieux admin.* Dalloz, 2016, v° « Preuve », n° 1.

3. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2013, p. 30.

4. *Ibid.*

5. Cette exigence a notamment été affirmée par le juge administratif dans une décision du Conseil d'État du 8 juillet 1970, n° 75362, *Doré*.

6. D. Ammar, « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499.

7. Loi du 23 juill. 1889 sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture.

ment les modalités de la preuve dans le contentieux administratif : l'article 13 permet au juge d'ordonner avant faire droit une expertise, dans la limite de ses termes ; l'article 25 introduit la visite des lieux ; l'article 26 attribue la compétence d'ordonner une enquête et de mener des interrogatoires ; et, enfin, l'article 37 dissocie la vérification d'écritures de l'expertise entérinée par l'article 13. Le terme de preuve n'est néanmoins jamais consacré dans l'ensemble de ces articles⁸. La première pierre du législateur dans l'encadrement du contentieux administratif⁹ ignore totalement les enjeux de preuve, bien qu'elle prévoie les modalités pratiques de la construction de la motivation du juge.

Aujourd'hui, le code de justice administrative consacre, dans sa partie réglementaire, un titre relatif aux différents moyens d'investigation¹⁰. Le terme « preuve » n'est cependant employé qu'une seule fois, sur les modalités propres à sa prescription¹¹. De la sorte, les techniques d'intervention du juge sont encadrées, mais les modalités spécifiques à la preuve ne le sont pas. Le juge est très peu restreint dans sa recherche de preuve. La limitation de son pouvoir en la matière réside essentiellement dans l'interdiction des mesures dites frustratoires : les mesures entreprises doivent être véritablement utiles au cas d'espèce. En dehors de ce cadre, la preuve est entièrement libre¹². Le droit de la preuve est peu développé dans le droit administratif écrit¹³,

démontrant que la procédure administrative résulte surtout des usages instaurés devant les juridictions¹⁴ que son encadrement légal ne fait que consacrer.

Les règles du procès administratif sont rassemblées dans des dispositions d'ordre réglementaire : l'exécutif détient la compétence normative relative au régime de ses propres procès¹⁵. Par ailleurs, le régime de la preuve administrative présente certaines caractéristiques plus « moral[es] que légal[es] »¹⁶, notamment parce que la loi ne prévoit généralement pas par quels procédés la preuve doit être administrée¹⁷. Elle ne hiérarchise pas plus les différentes preuves entre elles. De ce fait, le juge détient une place prépondérante : la liberté des parties dans la production de la preuve implique nécessairement une liberté du juge pour déterminer si les éléments fournis sont probants. La liberté peut dès lors davantage concerner la production de données que la preuve elle-même, puisque c'est le juge qui décide ou non de les qualifier de « preuves »¹⁸.

Cette liberté est contrainte par certaines limites. Par exemple, le juge peut supprimer certains passages des mémoires produits par les parties s'ils présentent un caractère injurieux et diffamatoire au sens de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881¹⁹. La preuve n'est pas libre au détriment de toute norme légale préexistante. L'essentiel de son encadrement relève davantage

8. L'article 48 de la loi prévoit cependant bien l'obligation de motivation, qui aurait pu permettre d'introduire la notion de preuve.

9. Qui vise toutefois surtout à entériner des usages déjà bien établis.

10. La structure du code garde la structure de la loi de 1889 : les articles R. 621-1 et suivants sont relatifs à l'expertise, l'article R. 622-1 est relatif à la visite des lieux, les articles R. 623-1 et suivants sont relatifs à l'enquête et les articles R. 624-1 et suivants sont relatifs aux vérifications d'écritures. Ont été ajoutées les procédures orales d'instruction (art. R. 625-1 et s.) et les autres mesures d'instruction (art. R. 626-1 et s.).

11. CJA, art. R. 623-4, al. 1 : « lorsque l'enquête est prescrite, la preuve contraire peut être rapportée par témoins sans nouvelle décision ».

12. La liberté de preuve est ainsi continuellement réaffirmée par le juge administratif, qui évoque alors la « preuve par tout moyen ». V. notamment CE, 11 déc. 1970, n° 78698 : la requérante « est admise à apporter, par tous moyens, la preuve que [...] ». Loin d'être réduit dans sa portée, ce principe est continuellement réaffirmé, notamment par les juges du fond, et il s'exporte à tous les contentieux impliquant l'administration. V. notamment CAA Nantes, 27 sept. 2024, n° 24NT01186 : « sauf à ce que l'intéressé apporte, par tout moyen, la preuve contraire ». Le Conseil d'État a également affirmé l'étendue de cette liberté de la preuve en matière disciplinaire : CE, 16 juill. 2014, n° 355201, où il affirme que la faute peut être établie « par tout moyen ».

13. E. Verges, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis droit », 2022, p. 18.

14. P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, éditions A. Pedone, 1952, p. 2.

15. B. Pacteau, *Rép. contentieux admin.* Dalloz, 2016, v° « Preuve », n° 15.

16. P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit., p. 136.

17. *Ibid.* V. également A. Meynaud-Zeroual, *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2020, spéc. p. 543 et s. : « Le code de justice administrative ne dresse aucune énumération des moyens de preuve admissibles. Plus encore, quelques textes prévoient ponctuellement que les parties disposent de la faculté d'établir la preuve par tout moyen en cas de litige ».

18. C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 12^e éd., LGDJ, coll. « Manuels », 2024, p. 222.

19. CAA Nantes, 2 juill. 1992, n° 91NT00805 (bien qu'il s'agisse en l'espèce d'un raisonnement *a contrario*).

des garanties inhérentes à l'exercice de la justice que d'une construction prétorienne *ab nihilo*. Les exigences propres au procès équitable sont à la source de certains principes essentiels encadrant le droit de la preuve. Il peut en découler une forme adaptée de l'exigence de loyauté existante en matière civile ou pénale. Elle ne se manifeste cependant pas dans les mêmes termes, le Conseil d'État ayant déjà validé certaines preuves malgré leur origine illicite à peine dissimulée²⁰. En matière administrative, donc, l'exigence de loyauté redouble de subtilité : « plutôt que de consacrer un principe général de loyauté opposable en tant que tel, le juge administratif préfère encadrer la faculté des parties de prouver par tous moyens en dégageant, au cas par cas, ce qu'implique une exigence de loyauté dans la constitution de la preuve »²¹.

Classiquement, lorsqu'est affirmé que la preuve peut être obtenue par « tout moyen », celui-ci se doit rester dans les limites de la légalité²², même si « l'équation entre le respect de la légalité dans l'obtention de la preuve et la nécessité de prouver certaines allégations par tous moyens n'est pas toujours aussi aisée à résoudre »²³. En tout état de cause, les exigences du procès équitable et du droit à l'égalité des armes,

consacrées par le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'imposent au juge administratif. Elles impliquent que les parties doivent « avoir une chance raisonnable de pouvoir présenter leur cause et donc leurs preuves sans être placées dans une situation de désavantage par rapport à leur adversaire »²⁴. Ce principe a une résonance particulière en matière administrative du fait du déséquilibre existant entre le demandeur et l'administration. C'est pourquoi « le droit de la preuve, fût-il d'allure technique, a un vrai enjeu politique quant à la défense effective des droits »²⁵ : il permet d'instaurer le contradictoire dans le procès et assure la transparence de l'exercice du pouvoir judiciaire²⁶. Le juge administratif se porte dès lors garant de ces principes et fait de plus en plus siennes ces thématiques, comme l'illustre l'étude annuelle de 2024 du Conseil d'État portant sur la souveraineté²⁷ : les membres du Conseil d'État, dans la section du contentieux comme dans celle des études²⁸, s'emparent des thématiques propres au droit constitutionnel. Ils démontrent alors que le juge administratif peut, lui également, être un gardien de la Constitution. Plus largement, ils se veulent même acteurs directs de la Constitution et du droit constitutionnel²⁹.

20. C'est notamment le cas de le recours à des notes confidentielles, dont l'utilisation est bien issue d'un vol : CE, 8 nov. 1999, n° 201966, *Élection cantonale de Bruz*. Ici, le Conseil d'État vérifie uniquement le respect du contradictoire de toutes les pièces, ignorant donc le vol qui en est à l'origine. V. particulièrement A. Meynaud-Zeroual, *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, op. cit., p. 544 et s.

21. A. Meynaud-Zeroual, *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, op. cit., p. 560, conduisant l'auteur à conclure en ces termes : « le Conseil d'État encadre la faculté d'invoquer tout moyen par une limite temporelle – la cristallisation des éléments du litige – et une limite personnelle – l'intérêt à soulever un moyen – à l'aune d'une exigence implicite de loyauté au cours des débats » (p. 571).

22. Le Conseil d'État a ainsi pu affirmer que « l'administration ne peut se prévaloir, pour établir l'imposition, de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge » (CE, 15 avr. 2015, n° 373269). V. notamment E. Verges, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, op. cit., p. 373. V. plus spécifiquement les conclusions du rapporteur public Vincent Daumas, sous la décision CE, 16 juill. 2014, n° 355201, *M. Freddy G.*, p. 3 : « la liberté de la preuve devant le juge administratif n'est pas absolue et peut trouver une limite dans le respect du principe de légalité ».

23. A. Meynaud-Zeroual, *L'office des parties dans le procès administratif, contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, op. cit., p. 552. L'auteur poursuit en ces termes : « la recherche d'une manifestation de la vérité justifie en certaines hypothèses qu'une illégalité commise en vue d'obtenir un élément de preuve soit blanchie eu égard aux enjeux du litige ».

24. P. Chrestia, « Du nouveau à propos de la charge de la preuve », *AJDA* 2012, p. 1464.

25. B. Pacteau, « La preuve par trois dans le procès administratif », *D.* 2016, p. 2104.

26. Le pouvoir judiciaire est entendu ici comme référence au pouvoir de jugement, et non aux contentieux relevant du droit privé et, plus largement, du juge judiciaire.

27. Conseil d'État, *Étude annuelle 2024. La souveraineté*, La Documentation française, 15 juill. 2024.

28. Devenue section des études, de la prospective et de la coopération depuis la publication du décret n° 2024-167 du 1^{er} mars 2024.

29. Ainsi, la Présidente de la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État a-t-elle affirmé, en présentant cette étude, qu'« au-delà de ces propositions à Constitution et traités constants, l'étude envisage les conséquences que pourraient avoir des propositions qui sont dans le débat public (question de l'extension du champ du référendum ou de la généralisation du vote à la majorité qualifiée au niveau européen) et appelleraient des modifications de la Constitution ou des traités européens. Sur ces points, il ne s'agit évidemment pas de prendre parti mais, plus modestement, de contribuer à éclairer les termes du débat » : M. de Boisdeffre, « La souveraineté vue par le Conseil d'État », *AJDA* 2024, p. 1673.

Au-delà de ces exigences issues du droit européen et constitutionnel, la preuve en droit administratif répond à l'adage latin « *actori incumbit probatio* », selon lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur. Cette règle se justifie par deux facteurs : en premier lieu, il appartient à la partie requérante de démontrer ce sur quoi s'appuient ses allégations. En second lieu, elle découle du privilège du préalable détenu par l'administration qui induit une présomption de légalité de ses décisions³⁰. Néanmoins, l'administration peut parfois être la seule détentrice de certains éléments de preuve, notamment en termes de documents. Il lui reviendra alors de les communiquer³¹, son refus pouvant être sanctionné pour le juge administratif³². Tous ces éléments de preuve ont été entérinés dès 1954 par la célèbre décision *Barel*³³ du Conseil d'État, qui amorce des allègements notables de la charge de la preuve. En l'occurrence, malgré la règle selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur, si celui-ci a produit seulement des « circonstances de faits précis constituant des présomptions sérieuses », alors il revient au juge d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires

afin d'établir sa conviction. Le refus de l'administration de donner suite aux demandes du juge administratif implique que les moyens des requérants doivent être regardés comme établis, sanctionnant la défense passive de l'administration³⁴. Ainsi, le juge administratif se contente parfois de simples allégations, particulièrement en matière de conditions de détention indignes³⁵. Alors, l'administration est progressivement obligée de participer à la preuve³⁶, répondant aux arguments visant à considérer qu'imposer au requérant la pleine charge de la preuve dans le procès peut se révéler « profondément illogique autant que gravement inéquitable »³⁷.

Finalement, le juge administratif répartit concrètement cet effort probatoire entre l'administré et l'administration. La règle attribuant au seul demandeur la charge de la preuve accentuait l'inégalité de fait entre les parties, laquelle n'existe pas devant les tribunaux judiciaires, justifiant l'assouplissement par le juge administratif de cette règle. Ainsi, et de façon générale, « le juge administratif tend à dissocier l'initiative de l'instance et la charge de la preuve et à répartir lui-même cette dernière, en tenant compte de la

30. P. Chrestia, « Du nouveau à propos de la charge de la preuve », *AJDA* 2012, p. 1464.

31. V. notamment CE, 20 juin 2003, n° 232832, *Société Établissements Lebreton* : si la charge de la preuve incombe en principe aux requérants, « les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ».

32. Cette sanction est historique et de jurisprudence constante. V. notamment CE, 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil* : le refus de l'administration de produire le dossier du requérant visant à justifier sa mise à la retraite est injustifié. Il appartient au Conseil d'État « d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant ». Ou encore CE, 26 nov. 2012, n° 354108, *Mme Cordière* : il revient au juge, dans le cadre de son instruction, d'exiger « de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur ». Ces éléments n'ont, aujourd'hui encore, jamais été contredits : CAA Paris, 26 sept. 2024, n° 23PA02506 : « si, en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicable sauf loi contraire, il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits qu'elle invoque au soutien de ses prétentions, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ». Toutefois, certains secrets sont protégés par la loi et justifient un refus de transmission. V. notamment CE, 1^{er} oct. 2014, n° 349560, *Erden*.

33. CE, 28 mai 1954, n° 28238, *Barel*.

34. V. notamment la note d'André Mathiot sous cette décision : A. Mathiot, note ss. CE, 28 mai 1954, *Barel et autres*, *S.* 1954, III, p. 97 (in A. Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero et G. Vedel, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 581-599, spéc. p. 595) : « L'arrêt *Barel* est plus dur pour l'autorité administrative [que les décisions précédentes], relevant longuement les insuffisances des réponses faites par le secrétaire d'État aux allégations des requérants et aux demandes d'éclaircissement du juge, pour en déduire que le motif politique des exclusions est établi », prouvant un renversement effectif de la charge de la preuve. Il faut toutefois mentionner le contexte particulier de la décision, qui explique un tel revirement. En rappelant le contexte politique mouvementé d'alors, l'auteur ajoute ainsi que l'on peut faire confiance au Conseil d'État « pour n'accepter que ce qui est acceptable et c'est déjà beaucoup de penser qu'il n'est plus désormais de place, au moins devant le juge, pour les motifs qui n'osent pas dire leur nom ».

35. V. notamment CE, 21 mars 2022, n° 443986, où le juge administratif inverse la charge de la preuve dès lors que le requérant démontre un commencement de preuve. Cette règle n'est aujourd'hui jamais contredite : v. notamment CAA Nancy, 24 sept. 2024, n° 22NC02959, où le juge administratif rappelle qu'il suffit au requérant d'apporter un « commencement de preuve » du caractère indigne des conditions de détention, et « c'est alors à l'administration qu'il revient d'apporter des éléments permettant de réfuter les allégations du demandeur ».

36. B. Pacteau, *Rép. contentieux admin.* Dalloz, 2016, v° « Preuve », n° 100.

37. *Ibid.*, n° 43.

personnalité des parties en présence, et afin de corriger leur inégalité fondamentale »³⁸, l'objectif étant de ne pas mettre le justiciable « à la merci » de l'administration. Cet état de fait justifie l'établissement d'une distinction entre la « charge juridique » et la « charge effective » de la preuve³⁹, celle-ci se définissant comme la charge pesant sur la partie qui rencontre en fait les difficultés les plus grandes pour emporter l'intime conviction du juge, quels que soient l'ordre dans lequel elle intervient pour produire sa preuve et l'objet de cette dernière⁴⁰.

La volonté de rétablissement d'équilibre a conduit le juge administratif à multiplier l'usage de certains outils, particulièrement ceux de nature scientifique. Ceux-ci permettent de renouveler sa légitimité, donnant à la preuve certaines garanties de véracité dite objective. Toutefois, l'évolution des techniques et de la science a, de manière générale, pu conduire à une confusion entre preuve judiciaire et preuve scientifique. Le contentieux administratif contemporain présente dès lors certaines interrogations quant à l'éventuelle transformation de l'office du juge. La multiplication d'outils nouveaux implique-t-elle une dépossession d'une partie de son pouvoir sur l'établissement de la preuve ? Un tel constat pourrait conduire alors à envisager les prémices d'une justice prédictive, fondée sur des méthodes chiffrées et désincarnées de résolution des litiges. Cependant, cette crainte ne semble pas aujourd'hui être pertinente dans la matière administrative, notamment parce que « sont davantage en cause des questions de légalité que des appréciations factuelles »⁴¹. Bien que la question mérite d'être posée, la transformation du droit de la preuve administrative semble plutôt aujourd'hui présenter des enjeux majeurs dans la détermination de l'office du juge et dans la compréhension de l'étendue de ses missions. En effet, le renouvelle-

ment de nombreuses techniques probatoires (I) aurait pu laisser penser à une restriction de l'étendue de l'office du juge administratif. À l'inverse, ce dernier semble plutôt conforté, réaffirmant les spécificités de ses missions (II).

I. Des techniques probatoires renouvelées

L'accroissement des requêtes administratives a entraîné de fait certaines évolutions dans les procédures administratives. La preuve a particulièrement été touchée par ces transformations. Cristallisant les enjeux de transparence de l'office du juge administratif, la preuve semble lui échapper peu à peu. En effet, l'accroissement des techniques scientifiques atteint largement l'administration et, partant, d'autant plus les contentieux l'impliquant. Dès lors, le recours à l'expertise transforme les modes de détermination de la preuve afin de lui offrir certaines garanties scientifiques (A). Par ailleurs, la transformation s'opère également dans la définition même donnée à la preuve du fait de l'accroissement des fonds d'indemnisation, qui dépassent la causalité juridique classique (B).

A. L'accroissement de la rationalité technique par l'expertise, une mutation de la détermination de la preuve

L'expertise est la mesure d'instruction principale employée par le juge administratif, ce qui explique qu'elle soit également la plus réglementée⁴². L'opportunité de son recours ne peut être remise en cause. Sa domination par rapport aux autres mesures d'instruction, si elle offre des garanties d'objectivité, démontre également l'accroissement du rôle de la donnée scientifique dans le contentieux administratif. Même si le juge administratif n'est pas lié par les conclusions de l'expert⁴³, ce dernier a un poids décisif dans le

38. P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit., p. 90.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*, p. 55. L'auteur souligne néanmoins que la charge juridique et la charge effective peuvent être supportées l'une et l'autre par le demandeur, entraînant une confusion entre les deux notions et donc l'inutilité de leur distinction. Mais dans les faits, certains cas présentent une distinction entre ces deux notions.

41. F. Melleray, « La justice administrative doit-elle craindre la "justice prédictive" ? », *AJDA* 2017, p. 193.

42. CJA, art. R. 621-1 et s. V. également B. Pacteau, *Rép. contentieux admin.* Dalloz, 2016, v° « Preuve ».

43. V. notamment CE, 13 oct. 1978, n°s 01507 et 01619, *Société Drogey* : le tribunal administratif n'est « pas tenu d'indiquer les motifs pour lesquels il ne retenait pas les conclusions de l'expert », son jugement ne peut donc être irrégulier de ce seul fait. Il est à noter que l'on retrouve très peu de récurrences de cette règle dans la jurisprudence administrative : le juge est libre de ne pas suivre les conclusions de l'expert mais, dans la pratique, ne s'en émancipe que rarement.

procès; il devient d'ailleurs incontournable dès lors que le contentieux se fonde sur un point technique. D'aucuns en arrivent alors à qualifier le recours à l'expertise du « pouvoir de monopole d'une compétence »⁴⁴. L'expert permet en effet d'offrir une aide dans la détermination de certaines causes : les causalités biologiques ou physiques viennent compléter la causalité juridique⁴⁵.

L'expert est toutefois cantonné par les missions qui lui sont dévolues par le juge administratif et ne peut notamment s'étendre à une question de droit au-delà des seuls faits⁴⁶. Il ne pourra donc opérer aucune qualification⁴⁷ : par exemple, il ne pourra qualifier un évènement de « force majeure »⁴⁸. Cette expertise se définit comme « une mesure d'instruction par laquelle des techniciens indépendants des intérêts en cause et qualifiés pour connaître une affaire sont chargés de procéder à un examen technique et d'en exposer le résultat dans un rapport destiné au juge »⁴⁹. L'expert est également contraint par les données du litige, fournies directement par les parties : « la recherche de la vérité ne peut être menée que dans ce cadre, le juge n'étant pas autorisé à apporter de nouveaux éléments à l'instance »⁵⁰.

L'encadrement de l'expertise par le législateur⁵¹, mais aussi et surtout par le mandat établi par le juge, vise à limiter le pouvoir de l'expert. Toutefois, ces règles lui délèguent la direction des opérations d'expertise. L'expert jouit dès lors d'une totale indépendance dans l'exercice de sa mission. En outre, une fois que le juge a diligencé une expertise, il ne peut pas rendre sa décision

tant que l'expert n'a pas rendu son rapport, sauf si la survenance de faits nouveaux le justifie⁵². L'expert détient bel et bien un pouvoir relativement étendu dans l'établissement de la preuve⁵³.

Cet apparent transfert de l'établissement de la preuve au bénéfice d'un expert, mandaté par le juge, s'explique par plusieurs facteurs. En premier lieu, l'expert renouvelle la dimension de légitimité de la preuve. En effet, la détermination des responsabilités semble strictement liée au rôle de la science dans l'enquête. Le recours à l'expertise peut être considéré, de la bouche même de magistrats administratifs, comme routinier, tant l'expertise peut faire « figure d'exercice presque obligé dans certains contentieux essentiels dont nous avons à connaître, tels ceux de l'exécution des marchés publics ou de la responsabilité hospitalière »⁵⁴. Les connaissances scientifiques se diffusent progressivement dans l'ensemble des décisions administratives, la référence à la connaissance scientifique offrant une « triple légitimation [...] : légitimations de la décision, du juge administratif et de la personne publique »⁵⁵. L'essor de cette rationalité technique permet de faire face à l'accroissement des nouveaux contentieux, particulièrement en droit de l'environnement où la preuve connaît une mutation particulière, spécifiquement du fait de la notion de dangers invisibles. La preuve de l'étendue du dommage repose alors quasiment exclusivement sur les conclusions dressées par l'expert, alors qualifié d'« entrepreneur de causalité »⁵⁶.

44. J.-B. Duclercq, « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018, p. 131.

45. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 187.

46. Spécifiquement précisé dans la décision CE, 10 déc. 1975, n° 94162, *Société Générale de construction individuelle*, où un tribunal administratif a indûment confié aux experts la mission de se prononcer sur des questions relatives à la qualification juridique des faits. V. également CE, 3 nov. 1989, n° 49578 : « le tribunal administratif a indûment confié à l'expert la mission de se prononcer sur des questions relatives à la qualification juridique des faits », justifiant l'annulation du jugement.

47. C. Broyelle, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 222. V. notamment CE, 17 déc. 1956, *Dubreuil*.

48. G. Darcy, « La preuve et le juge administratif », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 110. V. *infra*.

49. A. Plantey et F.-C. Bernard, *La preuve devant le juge administratif*, op. cit., p. 159.

50. C. Broyelle, *Contentieux administratif*, op. cit., n° 282, p. 232.

51. Le code de justice administrative impose par exemple à l'expert de respecter le contradictoire dans les opérations qu'il conduit : CJA, art. R. 621-7, al. 1.

52. F. Dargent, *La consultation en droit public interne*, DICE Éditions, coll. « Confluence des droits », 2020, p. 209.

53. Toutefois, les règles de l'expertise s'expliquent également par le caractère particulièrement onéreux de l'expertise : en plus de l'interdiction faite au juge administratif de diligenter des mesures frustratoires, le coût de l'expertise justifie qu'on lui concède une place spécifique.

54. P. Gonod et P. Frydman, « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA* 2014, p. 1361.

55. A. Jacquemet-Gauché, « Le juge administratif face aux connaissances scientifiques », *AJDA* 2022, p. 443.

56. D. Garcia, « S'engager dans l'expertise, l'indemnisation des victimes des essais nucléaires (2010-2017) », *Gouvernement et action publique* 2024, vol. 13, p. 99-122.

En second lieu, le rôle croissant de l'expertise scientifique dans les décisions prises par l'administration implique de fait une augmentation de l'expertise dans le contentieux lui-même. La place de la science dans la décision administrative participe au renouvellement de la question probatoire dans le contentieux administratif puisqu'elle innervé désormais toute la vie administrative, au-delà de la seule approche contentieuse.

Toutefois, bien que le recours à l'expert porte intrinsèquement la question de la liberté de la décision administrative, contentieuse ou non, elle ne lie pas plus l'administration que le juge. L'administration prendra sa décision sur un fondement qui peut parfois différer de la vérité scientifique : l'intérêt général. Alors, la preuve adopte une dimension plus politique afin de justifier la vérité judiciaire ainsi constituée. Le choix du recours à la solidarité nationale transforme alors également les enjeux probatoires qui dépassent la seule sphère contentieuse.

B. Le dépassement de la causalité par les fonds d'indemnisation, une mutation de la définition de la preuve

L'utilisation de l'expertise par le juge administratif présente certaines limites. En effet, parfois la science ne peut établir avec certitude certaines causalités. Cette fois-ci, c'est l'intervention du pouvoir politique qui peut prendre le pas sur le mécanisme probatoire en lui-même. Celui-ci poursuit un objectif de conciliation entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. L'outil privilégié est le fonds d'indemnisation, qui vise à réparer un dommage au-delà de l'acquisition d'une certitude quant à sa cause. Les fonds d'indemnisation, d'origine législative et non prétorienne, sont un second élément de dépossession du juge administratif. Paradoxalement, c'est alors le dépassement

des difficultés scientifiques d'établissement de la preuve qui supplantent son office.

En matière d'essais nucléaires, la loi du 5 janvier 2010⁵⁷ a créé le Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN). L'objectif du comité est de mettre en place la procédure d'indemnisation au bénéfice de personnes atteintes de maladies cancéreuses, considérées comme imputables aux essais nucléaires. Le CIVEN avait été créé comme organisme consultatif. La loi du 18 décembre 2013 lui a délégué la compétence de l'attribution des indemnisations permises par la loi de 2010⁵⁸. Ainsi, les personnes reconnues comme victimes du fait d'essais nucléaires bénéficient d'un dispositif légal leur permettant d'obtenir une indemnisation, échappant à toute approche contentieuse qui serait appréhendée par le juge administratif. L'établissement de la preuve en est totalement bouleversé. La causalité est en effet établie à partir de la réunion de trois conditions cumulatives : la résidence de certaines zones du Sahara ou de la Polynésie française sur une période spécifique. Enfin, la liste des pathologies établies est limitative. Les demandes sont adressées directement au CIVEN, autorité administrative indépendante (AAI), à qui il revient logiquement de fixer le montant de l'indemnisation octroyée. En outre, les membres du CIVEN sont principalement des scientifiques : sur les neuf membres prévus légalement, cinq au moins sont médecins. L'autorité est néanmoins présidée par un conseiller d'État ou un magistrat de la Cour de cassation⁵⁹. La transparence de la procédure est notamment assurée par la publication de la méthodologie que suit le CIVEN⁶⁰.

Le juge administratif reste ensuite compétent, de manière classique, pour tout recours contre une décision du CIVEN⁶¹. Il précise souvent la

57. Loi n° 2010-2 du 5 janv. 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des essais nucléaires français.

58. Loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, art. 53, 3° : « les demandes d'indemnisation sont soumises au comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires, qui se prononce par une décision motivée dans un délai de huit mois avant le dépôt du dossier complet ». Les préjudices indemnisés sont dressés par une liste issue du décret n° 2014-1049 du 15 sept. 2014 relatif à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français.

59. Loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, art. 53, 3°.

60. Annexe à la délibération n° 2020-1 du 22 juin 2020 portant sur la méthodologie d'examen des demandes déposées devant le comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires.

61. V. notamment *Compte rendu de la Commission d'enquête relative à la politique française d'expérimentation nucléaire, à l'ensemble des conséquences de l'installation et des opérations du Centre d'expérimentation du Pacifique en Polynésie française, à la reconnaissance, à la prise en charge et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français, ainsi qu'à la reconnaissance des dommages environnementaux et à leur réparation*, n° 8, Assemblée nationale, session ordinaire du 28 mai 2024, p. 19.

lettre de la loi, notamment quant à l'interprétation à donner à la présomption de causalité. Aussi, le Conseil d'État a-t-il reconnu en 2015 que la présomption de causalité visant à indemniser le préjudice subi en raison de l'exposition aux rayonnements ionisants imputables aux essais nucléaires peut être « renversée lorsqu'il est établi que le risque attribuable aux essais nucléaires, apprécié tant au regard de la nature de la maladie que des conditions particulières d'exposition du demandeur est négligeable »⁶². Le Conseil d'État écarte plus directement toute responsabilité de l'État, comme, notamment en 2016, où il a plus clairement affirmé qu'il résulte des dispositions permettant de « confier au CIVEN la mission d'indemniser, selon une procédure amiable exclusive de toute recherche de responsabilité, les dommages subis par les victimes de ces essais, le législateur a institué un dispositif assurant l'indemnisation des victimes concernées au titre de la solidarité nationale »⁶³. En d'autres termes, le juge administratif justifie la dépossession de sa compétence par le fait que n'est pas mise en cause la responsabilité de l'État, mais simplement le versement d'indemnités assurées par la solidarité nationale. Cette précaution étonne notamment au regard du peu de cas ayant concrètement abouti à une indemnisation⁶⁴.

Toutefois, la compétence du juge administratif en cas de recours contre une décision d'un fonds de solidarité permet l'analyse de l'influence qu'exerce le Conseil d'État sur les politiques générales d'indemnisation que peuvent adopter ces différentes autorités administratives. Au-delà de la preuve en effet, les fonds d'indemnisation reposent sur l'idée selon laquelle la solidarité nationale doit pouvoir couvrir les risques qui pèsent sur les administrés. Dans ce cadre, la

question de la preuve ne peut pas se poser dans les mêmes conditions, et cette mutation de la preuve elle-même permet de démontrer que l'office du juge recèle également des considérations profondément politiques. En matière médicale par exemple, la décision *Douchet* du Conseil d'État de 2021⁶⁵ amorce une profonde évolution dans la caractérisation de la preuve que l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) doit rechercher pour permettre l'indemnisation. Dans ce contentieux spécifique à la vaccination obligatoire, le Conseil d'État affirme dans son troisième considérant que « pour écarter toute responsabilité de la puissance publique, il appartenait à la cour non pas de rechercher si le lien de causalité entre l'administration d'adjuvants alumniques et les différents symptômes attribués à la myofasciite à macrophages était ou non établi, mais de s'assurer, au vu du dernier état des connaissances scientifiques en débat devant elle, qu'il n'y avait aucune probabilité qu'un tel lien existe ». Ainsi, le rapporteur public, dans ses conclusions sous la décision, énonce qu'il convient de rechercher une « réponse équilibrée à la demande de justice de malades atteints de pathologies lourdes qui, sans elle, ne disposeraient d'aucune possibilité de faire jouer le mécanisme de solidarité nationale consubstantiel à la vaccination obligatoire alors que la science, dont est partie la controverse, n'a pas permis de lever les doutes sur l'origine vaccinale de leurs maux »⁶⁶. Cette décision a ensuite scrupuleusement été suivie par le juge administratif dans les recours qu'il a eus à connaître contre des décisions de l'ONIAM en matière de vaccination obligatoire⁶⁷.

La question est aujourd'hui posée de savoir si le juge administratif pourrait revenir sur cette

62. CE, 7 déc. 2015, n° 378325.

63. CE, 17 oct. 2016, n° 400375.

64. Hervé Arbousset relevait ainsi en 2017 que sur 1108 dossiers déposés depuis 2010, seulement 30 offres d'indemnisation ont été présentées : H. Arbousset, « Essais nucléaires et indemnisation des victimes : encore et toujours », *Journal des Accidents et des catastrophes*, Centre européen de recherche sur le risque, le droit des accidents collectifs et des catastrophes, 28 avr. 2017.

65. CE, 29 sept. 2021, n° 435323, *Douchet*.

66. C. Barrois de Sarigny, « Précisions sur les conditions d'indemnisation de l'aléa vaccinal », concl. ss. CE, 29 sept. 2021, n° 453323 et 437875, *RDSS* 2021, p. 1047.

67. V. par exemple CAA Nantes, 3 juin 2022, n° 21NT00333, qui affirme dans son considérant 7 qu'en « l'état des connaissances scientifiques telles que rappelées ci-dessus, aucune probabilité d'un lien de causalité entre l'injection du vaccin contre le virus de l'hépatite B et la survenue d'une sclérose en plaques ne peut être retenue ». Plus récemment, certaines cours renvoient plus directement à ce revirement jurisprudentiel : CAA Paris, 25 juin 2024, n° 23PA02548, qui affirme scrupuleusement que « selon la jurisprudence du Conseil d'État du 29 septembre 2021, *Douchet*, le juge doit n'écarter l'imputation que s'il n'existe aucune probabilité qu'un lien de causalité existe entre la vaccination et la maladie » (nous soulignons).

interprétation très stricte en faveur de la victime. En effet, l'exclusion de toute probabilité scientifique est impossible. Exiger de telles certitudes pourrait constituer une brèche jurisprudentielle en faveur sinon des discours complotistes ou anti-vaccination obligatoire, au moins d'une méfiance de la population. Ces jurisprudences peuvent en effet être apparentées à un désaveu de la politique publique de vaccination obligatoire, de l'aveu même de rapporteurs publics. C'est ce qu'affirme d'ailleurs, et de manière très claire, l'analyse du rapporteur public Florian Roussel dans un contentieux relatif à une vaccination obligatoire. Il estime que des critiques peuvent être portées quant au choix jurisprudentiel du Conseil d'État « parce que l'indemnisation "au bénéfice du doute" brouillerait dans l'opinion l'intérêt thérapeutique de la vaccination. De la probabilité non nulle de survenue d'effets indésirables exceptionnels à la mise en cause des vaccinations obligatoires, il y a certes un pas gigantesque, mais certains militants "anti-vax" le franchissent allègrement... Si l'objectif poursuivi par [la] jurisprudence était de faciliter l'acceptabilité des vaccinations obligatoires, il n'est pas du tout sûr qu'il ait été atteint »⁶⁸. S'il souligne que les décisions du Conseil « appelleront nécessairement la critique », car « il ne peut être exclu que certains militants "anti-vax" ne cherchent à instrumentaliser [la] jurisprudence réitérée »⁶⁹, le rapporteur public conclut toutefois à une nécessité d'indemnisation puisque « ce risque de désinformation ne doit pas [...] conduire à sacrifier les intérêts des requérants »⁷⁰, position qui sera suivie par le Conseil d'État⁷¹.

Dès lors, le renouvellement de l'interprétation de la preuve donnée par le juge administratif

démontre bien la place des considérations d'ordre politique et de l'acceptabilité sociale des décisions. En d'autres termes, les mutations de la question probatoire se sont autant imposées au juge administratif qu'elles ne sont la conséquence de l'exercice qu'il fait de son office.

Si la sélection ici faite de ces deux fonds d'indemnisation n'est pas exhaustive, ceux-ci sont représentatifs du fonctionnement des fonds dans leur ensemble. L'attribution d'une indemnisation vise davantage à la protection de l'administré que la condamnation de l'administration. La multiplication de ces fonds de solidarité⁷² est le résultat d'un accroissement du recours au système de présomptions légales. Celui-ci déplace la preuve, mais déplace surtout la symbolique liée à l'attribution d'une indemnisation pécuniaire, au-delà de son aspect de sanction et de réparation. Elle se sépare progressivement de l'approche contentieuse visant à sanctionner l'action de l'administration pour répondre à une logique plus politique de protection du citoyen.

La conception ainsi donnée par le droit administratif de la preuve en subit de profondes mutations. La décision, politique, visant à mettre en place un fonds de solidarité, permet d'exclure la responsabilité de l'État et empêche un traitement uniquement contentieux du préjudice subi. L'établissement de la preuve ne sert donc alors plus à démontrer une éventuelle défaillance de l'administration, mais plutôt la nécessité de l'octroi d'une réparation. Les recours alors adressés au juge administratif à l'encontre des décisions de ces autorités tendent à centrer la preuve sur le préjudice, conséquence de l'action administrative, et non sur le fait générateur, sa cause. Il s'agit là d'une réorientation de la conception même des recours adressés à l'administration.

68. F. Roussel, concl. ss. CE, 7 nov. 2024, n°s 466288, 472625 et 472707.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. CE, 7 nov. 2011, n°s 466288 et 472625. V. notamment J.-M. Pastor, « Imputabilité d'une pathologie à un vaccin : les critères évoluent », *AIDA* 2024, p. 2092.

72. V. particulièrement l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) mis en place par la loi dite Kouchner n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (lire notamment J.-M. Pontier, « Diversité et unité des fonds d'indemnisation en matière de santé », *RDSS* 2020, p. 318), le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) mis en place par la loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) mis en place par la loi n° 2000-1257 du 23 déc. 2000 de financement de la Sécurité sociale pour 2001, qui ne sont que des exemples non exhaustifs de l'étendue des champs aujourd'hui couverts par les fonds d'indemnisation ne visant pas uniquement à la réparation de dommages corporels. V. notamment la commission pour la restitution des biens et l'indemnisation des victimes de spoliations antisémites (CIVS), créée par le décret n° 99-778 du 10 sept. 1999.

Loin de prouver un effacement du juge administratif, les contentieux de recours contre les décisions de ces fonds d'indemnisation démontrent qu'il détient un rôle essentiel du fait de l'orientation politique des décisions d'indemnisation des différents fonds de solidarité. La mutation ainsi opérée de la question probatoire permet de comprendre l'évolution de l'office du juge et de souligner sa dimension profondément politique. En outre, son monopole de compétence en matière de qualification fait du juge le seul interprète de la loi et, dès lors, le seul à pouvoir déterminer les règles établissant le caractère probant de certains faits.

II. Un juge administratif conforté

Dans son évolution, le contentieux administratif recourt de manière croissante à certains mécanismes échappant à la seule compétence du juge administratif. Ce constat a pu entraîner certains magistrats administratifs à poser la question suivante : « peut-on imaginer que l'expertise ne permette jamais de se passer du juge ? »⁷³ Malgré le rôle devenu central de l'expert, « le recours à l'expertise n'est jamais une démission du juge. Celui-ci est investi d'une responsabilité qui n'incombe qu'à lui : exercer sa compétence en donnant une solution au litige, quels que soient les résultats de l'expertise qu'il a pu ordonner, et même, du reste, si l'état de la recherche scientifique n'est d'aucun secours pour élucider les circonstances de l'affaire »⁷⁴. Au-delà des seuls cas dans lesquels la science ne fournirait pas les réponses souhaitées, le rôle du juge reste le cœur du contentieux administratif grâce à son opération de qualification juridique. Il possède en la matière un monopole qui fait de lui la seule autorité à pouvoir considérer certains éléments de

faits comme étant probants (A). Par ailleurs, les présomptions sont, en matière administrative, d'origine essentiellement prétorienne. Alors motivé par une dimension plus politique, le juge administratif peut lui-même faire évoluer profondément le rôle de la preuve (B).

A. L'opération de qualification du fait en preuve

La compréhension donnée aux faits est déterminante dans l'opération de qualification. La première étape est d'établir quels seront les faits qui pourront être considérés comme étant probatoires, justifiant que l'expertise soit devenue centrale. Malgré l'accroissement du rôle de l'expertise, elle reste initiée par le juge administratif. Celui-ci cantonne précisément l'action de l'expert. Cet encadrement strict permet d'assurer la permanence du rôle du juge, même lorsqu'il délègue certaines de ses missions. Ce constat est d'autant plus facile à dresser que le procès est soumis à un système inquisitoire et non accusatoire⁷⁵. Par ailleurs, nous l'avons vu, l'expertise ne peut porter sur des questions de droit, mais uniquement sur des questions de fait. Dès lors, la compétence de qualification juridique ne pourra jamais être déléguée par le juge. L'interprétation des faits en droit est le cœur du métier du juge administratif.

Dans cette opération de qualification, essentielle pour définir la preuve dans un contentieux, le juge adopte une méthodologie qui lui est particulière : le standard. Le code de justice administrative consacrant la liberté de la preuve, le juge en est le seul maître. Les allégations des parties ne sont qu'un point de départ, mais elles ne lient pas le juge. Celui-ci utilise certains standards⁷⁶ afin de différencier faits et preuves. C'est particulièrement le cas de l'expression « ne démontre

73. P. Gonod et P. Frydman, « Le juge administratif et l'expertise », préc., p. 1361.

74. *Ibid.*

75. Les contentieux administratifs donnent souvent l'expression du caractère inquisitoire de sa procédure à travers différentes formules. C'est particulièrement le cas des affirmations suivantes : le juge administratif est « maître de l'instruction », CE, 16 févr. 1966, n° 64729, ce qui est régulièrement réaffirmé. V. notamment CE, 27 sept. 2024, n° 488978, cons. 7 : « conformément au principe selon lequel, devant les juridictions administratives, le juge dirige l'instruction ».

76. Compris selon la définition offerte par Stéphane Rials : S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », 1980, spéc. n° 93, p. 120 : « le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité [...]. Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n'a d'ailleurs pas nécessairement l'exclusivité : il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ; il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ; il permet une régularisation permanente du système juridique ».

pas », qui suit souvent les termes « affirme »⁷⁷, « soutient »⁷⁸ ou encore « fait valoir »⁷⁹. Alors, en mettant en confrontation des affirmations ou autres allégations à la démonstration, le juge administratif refuse aux requérants la qualification de preuve aux moyens qu'ils invoquent. Avant de qualifier juridiquement, le juge détermine l'aspect probant ou non de certains faits afin de déterminer le régime applicable. L'expression « ne démontre pas » permet donc de rejeter certaines allégations du fait de leur manque de substance probante.

La détermination des faits emportant preuve démontre que la relation entre le juge et l'expert relève véritablement d'un « partenariat »⁸⁰, l'homme de science n'ayant pas pour ambition de remplacer l'homme de loi dans son office. D'abord, le succès de l'expertise est de la responsabilité du juge, qui établit l'essentiel de la mission de l'expert⁸¹. Ensuite, la détermination de l'aspect probatoire de certains éléments résulte de la coopération entre le juge et l'expert. Enfin, le juge, seul, détermine les qualifications juridiques applicables.

In fine, la preuve « naît de l'interprétation du fait, que ce soit par les parties ou par le juge »⁸². Les mesures d'encadrement de la preuve permettent de limiter l'interprétation personnelle du juge à une portion congrue. Le fait n'est preuve qu'à la suite d'une interprétation prétorienne, dont les hypothèses sont cantonnées par diverses

règles de droit applicables. Alors, la personnalité du juge peut même transparaître. Il y a près de deux siècles, Bentham critiquait justement les « fausses règles de procédures », qui viseraient à « mettre en contradiction la décision du juge et la loi ; qui entraîne[nt] le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme, à juger comme homme de loi tout autrement qu'il ne le ferait comme homme privé. Dans ces cas, c'est l'art qui est condamné par les artistes ; c'est eux qui s'accusent eux-mêmes, parce qu'en devenant juges ils ne cessent pas d'être hommes. La manière d'agir peut être contrainte, la manière de penser ne peut pas l'être : la conduite est du métier, le sentiment est de la nature »⁸³. La réflexion de Bentham était spécifique au système de droit privé britannique ; toutefois, elle peut présenter un intérêt certain dans l'analyse de l'office du juge administratif français, particulièrement secondé par celui des parties⁸⁴. La preuve acquiert une véritable « dimension fonctionnelle. L'ensemble des données propres à chaque litige et les caractères mêmes de la preuve recherchée devraient seuls expliquer comment le juge parvient à l'intime conviction, comment il forge sa vérité démocratique avec autorité de chose jugée »⁸⁵.

L'encadrement de l'action du juge permet d'offrir certaines garanties à la justice administrative. L'obligation de motivation de sa décision, puis sa publication, visant à rendre publique sa

77. CE, 18 janv. 2022, n° 459584, cons. 7 : « si M. A. affirme résider continûment sur le territoire de Mayotte depuis 1998, les documents produits au soutien de la demande de première instance et de la requête d'appel ne démontrent ni l'ancienneté ni la continuité de son séjour » (nous soulignons).

78. Il semblerait que ce soit l'expression la plus usitée par le juge administratif. V. notamment CE, 12 juill. 1969, n° 74390 : « si le sieur X. soutient [...], il ne démontre pas ». L'expression perdure aujourd'hui au Palais Royal. V. notamment : CE, 23 déc. 2022, n° 469556, cons. 5 : « M. B. soutient que la mesure [...] ». Cependant, [...] les justificatifs produits par M. B. ne suffisent pas à démontrer [...] » ; ou encore CE, 19 août 2022, n° 441001, cons. n° 17 : « le requérant soutient que [...], mais ne démontre pas » ; CE, 7 févr. 2022, n° 452029, cons. 4 : « contrairement à ce que soutient [...], ne démontre pas ».

79. CE, 30 sept. 2022, n° 455719, cons. 7 : « si la société requérante fait valoir que l'arrêté [...], elle ne démontre pas l'existence d'une atteinte grave et immédiate », ou encore CE, 11 mars 2022, n° 461754, cons. 6 : « l'association fait valoir [...] elle ne démontre pas ».

80. P. Gonod et P. Frydman, « Le juge administratif et l'expertise », préc., p. 1361.

81. Celui-ci est néanmoins secondé dans cet office par les parties : l'article R. 621-1 du CJA précise que les parties peuvent elles-mêmes demander à ce qu'il soit procédé à une expertise sur certains points déterminés. De la même manière, l'expert lui-même peut demander à être secondé selon les termes du second alinéa de l'article R. 621-2 du CJA, bien que cette demande soit soumise à l'autorisation du juge administratif.

82. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 219.

83. J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires* (trad. É. Dumont), t. I, Bossage Frères, 1823, p. 5. L'auteur poursuit en ces termes : « Si le juge, d'après les règles de la procédure, absout l'accusé qu'il croit coupable dans les termes de la loi ; s'il fait perdre à un citoyen un droit que, dans sa persuasion, la loi voulait lui conserver ; en un mot, si l'affaire prend une issue contraire à celle qu'elle aurait d'après l'intégrité du juge libre, on peut être sûr que les règles sont mauvaises ».

84. A. Meynaud-Zeroual, *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, op. cit., spéc. p. 99-172.

85. G. Darcy, « La preuve et le juge administratif », préc., p. 119.

méthodologie de détermination de la preuve, participe de sa transparence. Ainsi, les mutations méthodologiques doivent également conduire à l'établissement de règles claires et opposables, ce que le juge administratif a particulièrement fait dans sa construction de systèmes de présomptions de preuve.

B. La fabrique de présomptions de preuve

La mutation la plus profonde de la preuve est opérée par le mécanisme juridique de la présomption. Lorsque le juge l'utilise, il déduit la preuve de certains faits qui ne sont pas, en eux-mêmes, probants. Partant, la présomption se fonde sur ce qui peut être vrai⁸⁶ : sur des suppositions. Ici, la vérité judiciaire s'éloigne ostensiblement de la vérité scientifique, parfois du fait des lacunes de cette dernière à offrir certaines explications à une suite d'événements.

La présomption ne vise pas à nier la place de la preuve dans le procès judiciaire. Au contraire, « le mécanisme de la présomption se confond dans son économie générale, avec celui de toute preuve quelle qu'elle soit »⁸⁷. Simplement, la méthodologie de la détermination de la preuve diffère. La présomption déplace alors l'enjeu de preuve par un procédé de raisonnement spécifique, sans impliquer *stricto sensu* une dispense de preuve. La présomption « déplace l'objet de la preuve incombant [au demandeur] ; au lieu d'avoir à prouver tel fait, le demandeur en établit tel autre, de constatation plus facile. Mais l'un et l'autre faits n'en sont pas moins nécessaires à la solution du litige et au succès des prétentions du requérant, et c'est pourquoi le juge induit de l'existence du second celle du premier. La preuve imposée au demandeur est, dans ces conditions, très facile à apporter »⁸⁸. La charge « effective »⁸⁹ de la preuve est alors transférée au défendeur.

La distinction entre preuve judiciaire et preuve scientifique se justifie également par les fonctions de chacune des preuves. La preuve judiciaire a une « fonction sociale, qui est de participer à la restauration des liens de droit créés légalement »⁹⁰. Cette différence d'objets implique nécessairement une distinction de méthode : le juge ne recherche pas les faits, mais un événement déterminant. À l'inverse, les scientifiques ont le libre choix de leur objet de recherche alors que le juge ne l'a pas, il poursuit un objectif d'action plus que de connaissance⁹¹. Cette fonction sociale répond également à une approche politique du contentieux, en s'inscrivant notamment dans des courants plus ou moins favorables aux victimes, ou d'autres courants plus ou moins sévères à l'égard de l'action de l'administration.

La présomption est un outil que les techniques de jugement du juge administratif rendent accessible. Ce dernier se fonde généralement sur la théorie de la causalité adéquate, selon laquelle il est procédé à un tri dans la série causale afin de ne retenir que celles des causes qui, normalement et naturellement, devaient entraîner le dommage⁹². Dans un système de causalité adéquate, l'intime conviction a une place centrale : sitôt que le juge est « convaincu par l'opportunité de retenir telle ou telle cause, elle convient pour preuve (elle est adéquate) et la formation de jugement n'a pas besoin d'aller jusqu'au bout de la vérité. Il faut, dès lors, analyser la causalité juridique non dans une relation à la vérité, mais plutôt [...] dans une relation qui se situerait entre imputation et action : imputer une action à quelqu'un en dehors de l'idée de responsabilité ou de culpabilité »⁹³. Le droit privilégie ici l'action du juge plutôt que la justesse, d'ordre plus scientifique, de l'analyse causale qui se distingue alors de la stricte causalité scientifique. Transparaît en

86. Le terme présomption vient d'ailleurs lui-même du terme latin *praesumptio*, qui renvoie à l'anticipation ou au préjugé.

87. S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op. cit., p. 157. L'article 1353 du Code civil de 1804 affirmait ainsi « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat ».

88. P. Pactet *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit., p. 110.

89. *Ibid.*, p. 55.

90. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 110.

91. *Ibid.*

92. Il en résulte que le juge administratif peut également retenir des coefficients de responsabilité. Ainsi, le Conseil d'État affirme-t-il qu'une personne publique ne doit être condamnée « qu'à concurrence de sa part de responsabilité dans la production du dommage » : CE, 11 mai 1951, *Dame Pierret*.

93. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 187.

conséquence l'artificialité de la causalité juridique, qui « place l'acte de juger dans une relation particulièrement ambiguë avec la vérité, alternant entre l'intention de se rapprocher au plus près de ce qui s'est réellement passé et la volonté d'équilibre dans une situation où la vérité pourrait être inéquitable »⁹⁴. Partant, la preuve juridique, par opposition à la preuve scientifique, a « une "vie sociale", une "biographie", qu'il convient de restituer dans toute son épaisseur »⁹⁵. La sécurité juridique, notamment, peut justifier que le juge crée sa propre vérité, constituant le caractère social majeur de la preuve juridique, fondement de sa définition même.

Cette évolution de la consistance de la preuve interroge l'éventuelle mutation de la faute dans les contentieux administratifs. Les systèmes de responsabilité sans faute impliquent-ils une dispense de preuve ? En l'occurrence subsiste une certaine ambiguïté : au-delà de ne pas être prise en compte, la faute n'est pas même questionnée. L'acte de juger prend alors un tournant davantage éthique : « il ne s'agit pas de porter d'appréciation sur le comportement de l'administration, mais il convient d'indemniser tout de même la victime »⁹⁶, en mettant en place une véritable « politique jurisprudentielle d'équité »⁹⁷. En l'occurrence, le juge vient rétablir une équité en prenant en compte une situation de fait éventuellement préjudiciable, en prenant en compte les difficultés, pour le requérant, de démontrer la faute. Outre une approche favorable pour la victime de l'administration dont le préjudice se trouve plus facilement indemnisé, cette transformation de la preuve permet aussi et surtout

d'éloigner la responsabilité de l'administration, grâce à une protection de la « susceptibilité »⁹⁸ de l'administration.

Alors, ces différents systèmes de présomption de causalité sont un véritable « aveu de difficulté face à la preuve objective, mais le raisonnement fondé sur la normalité prend le relais »⁹⁹. Le rôle du juge dans la définition donnée par le droit public à la preuve est dès lors majeur, tant direct qu'indirect. Outre les définitions directes qu'il peut donner au cours des contentieux qu'il a à traiter, les définitions indirectes sont parfois capées par le législateur qui entérine ces systèmes de présomption de causalité. Les exemples propres au domaine médical sont en ce sens particulièrement représentatifs. Dans sa décision *Bianchi* de 1993¹⁰⁰, le juge administratif instaure un régime de responsabilité sans faute pour les victimes d'aléas thérapeutiques, ensuite entériné par le législateur dans une loi de 2002¹⁰¹. Ainsi, l'appréhension prétorienne de la faute en la matière est validée par le pouvoir législatif, et la présomption devient d'ordre légal. Cette même loi dissocie d'ailleurs totalement responsabilité et indemnisation en matière d'infection nosocomiale, afin d'assurer et de faciliter l'indemnisation des victimes de ces pathologies¹⁰², ou encore instaure un régime d'indemnisation propre aux contaminations liées aux transfusions sanguines.¹⁰³

Plus que son objectivité en termes de rigueur scientifique de raisonnement, l'établissement de la preuve doit surtout garantir son opposabilité, son acceptabilité sociale et sa dimension démocratique. De manière contre-intuitive, le tournant

94. *Ibid.*

95. V.-A. Chappe, R. Juston Morival et O. Leclerc, « Faire preuve : pour une analyse pragmatique de l'activité probatoire », *Droit et société* 2022, n° 110, p. 7-20.

96. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 500.

97. C. Guettier, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA* 2005, p. 1500.

98. M. Deguegue, « La réparation de la contamination d'un chirurgien par le VIH », *AJDA* 2003, p. 396.

99. C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 504.

100. CE, 9 avr. 1993, n° 69336, *Bianchi*.

101. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé, art. 98, qui crée l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, dont le I est alors formulé en ces termes : « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

102. CSP, art. L. 1142-1, I, al. 2 : « les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

103. En matière de contamination à l'hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine, « l'imputabilité de la contamination à la transfusion est présumée » (A. Jacquemet-Gauché, « Le juge administratif face aux connaissances scientifiques », *AJDA* 2022, p. 443).

techniciste du droit a entraîné un accroissement de son aspect éthique. La révolution principale amenée par l'expertise et la place de la science dans le contentieux n'est finalement pas la rationalisation du jugement, ni l'apparition éventuelle d'une objectivisation de la vérité judiciaire, mais bien plutôt l'essor et la prise en compte de la

place du doute. Le juge ne peut se cacher derrière ce doute afin de ne pas trancher certains litiges. Son intégration lui impose de prononcer des jugements dits en « équité », suggérant la part morale avec laquelle peuvent se teinter certains contentieux administratifs.

Dossier

La preuve en métamorphoses

La preuve dans le contentieux climatique

Christian Huglo et Corinne Lepage

Avocats à la Cour

Docteurs en droit

Ce sujet, en effet crucial, est abordé dans toutes les décisions de justice dans lesquelles soit des particuliers, soit des organisations non-gouvernementales (ONG) mettent en cause la responsabilité des personnes publiques ou privées devant leur juridiction nationale, selon le cas, soit de droit commun soit de droit administratif ou constitutionnel.

Ce contentieux qui s'est développé face à la carence du droit international à obtenir un résultat effectif a atteint les juridictions internationales : celle de la Cour internationale de justice (CIJ) qui est saisie en interprétation sur décision de l'assemblée générale des Nations Unies à l'initiative des Îles Tuvalu, le tribunal du droit de la mer et plus proche de nous la Cour européenne des droits de l'Homme qui a rendu trois importantes décisions le 9 avril 2024 dont le développement sur la notion de droit humain peut se faire à travers le lien entre le climat et le droit à un environnement sain¹.

La question de la preuve qui permet d'obtenir du juge une décision favorable sur un sujet qui intéresse d'ailleurs toutes les Nations de la terre (même celles qui ont décidé de n'avoir aucune initiative sur ce sujet et qui en bénéficient) a ceci

de particulier qu'elle ne repose pas sur des expertises *ad hoc*.

Les importants arrêts rendus par le Conseil d'État dans l'affaire de Grande Synthèse² ou les jugements du tribunal administratif de Paris sur ce même sujet³ ont ceci de caractéristique qu'ils utilisent toujours des éléments préconstitués par les autorités scientifiques soit des rapports d'institutions telle que le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) soit les travaux des chercheurs qui font autorité et non pas des preuves *ad hoc* préconstituées ou ordonnées par le juge saisi du contentieux⁴.

Cette technique a ses limites lorsqu'il s'agit de litiges (dépassant la querelle de l'intérêt pour agir) dans lesquels est mise en cause la responsabilité civile des entreprises vis-à-vis des particuliers ou des ONG.

Le sujet serait encore plus délicat si l'on recherchait à porter le contentieux sur le plan pénal, sauf exception relative à la saisine de la Cour de justice de la République, ce qui n'est pas encore le cas.

On constate finalement que les règles du jeu ont été définies dès la première vague du con-

1. Sur ce dernier point, voir le numéro spécial de novembre 2024 de la revue *Énergie Environnement Infrastructure (EEI)*, et les arrêts afférents de la Cour européenne des droits de l'Homme : CEDH, gde ch., 9 avr. 2024, n° 7189/21, *Carême c/ France*; CEDH, gde ch., 9 avr. 2024, n° 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c/ Suisse*; CEDH, gde ch., 9 avr. 2024, n° 39371/20, *aff. Duarte Agostinho et al. c/ Portugal et al.*, *EEI* 20245, étude 16, obs. C. Lepage.

2. CE, 6^e et 5^e ch., 19 nov. 2020, n° 427301, *Commune de Grande-Synthe*.

3. TA de Paris, 4^e sec. – 1^{re} ch., 14 oct. 2021, n°s 1904967, 1904968, 1904972 et 1904976/4-1, *L'affaire du siècle*.

4. V. le rapport sur le contentieux climatique mondial, examen de la situation en 2023, *UN environnement programme*, 2023.

tentieux dans les affaires comme *Urgenda* en Hollande⁵, qui en Europe ont lancé le mouvement.

Ceci reste vrai lorsque les Cours suprêmes saisies travaillent sur les données fournies par les experts internationaux qui ont autorité parce qu'ils pratiquent avec les scientifiques la méthode du contradictoire.

La plupart des litiges de contentieux climatique se fondent sur des rapports d'experts officiels (I), notamment ceux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat. Tel est le cas de l'affaire *Urgenda* précitée. Ces rapports servent de support à l'expression du lien de causalité (II). La question de la preuve est évidemment essentielle dans un domaine de précaution (III) et joue un rôle très important dans les contentieux dirigés contre les États. Ce point est encore plus crucial dans le cas où le contentieux climatique cherche à cibler des responsabilités industrielles déterminées et à procurer au requérant des compensations.

I. L'adaptation des règles traditionnelles du contentieux

C'est à la victime, qui est dans la majorité des cas demanderesse, d'apporter la preuve des effets néfastes des émissions de gaz à effet de serre. La plupart des demandeurs s'appuient soit sur les travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (A) soit sur l'étude du rapport Heede (B).

A. L'impact des émissions de gaz à effet de serre démontré par les travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat

L'expertise climatique désigne ici l'expertise entreprise pour lutter contre le changement climatique, périodiquement réalisée par le biais des rapports publiés par le GIEC, qui a été créé en 1988 conjointement par le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) et l'Organisation météorologique mondiale (dont le premier rapport publié remonte à l'année 1990).

La crédibilité des travaux produits par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat repose sur la compétence scien-

tifique des membres qui le composent. La communauté scientifique concernée a été constituée en prenant pour base l'analyse du concept de changement climatique : elle est composée d'une communauté de scientifiques élargie de toutes nations qui comprend aussi bien des géographes, géologues, écologues, sociologues, juristes ou encore économistes.

En réalité, la science du climat repose sur des calculs relatifs aux mécanismes climatiques fournis par les ordinateurs sur la base de deux types de modèles : d'une part sur les premiers modèles élaborés par Normann Philipps en 1955 à l'Université de Princeton qui sont les ancêtres des modèles climatiques actuels, d'autre part les modèles opérationnels de prévision que les scientifiques utilisent de nos jours dans leurs simulations des mouvements de l'atmosphère. L'observation par satellite et les ordinateurs sont deux technologies qui ont permis un progrès des sciences du climat qui reposent sur des modèles. Des travaux scientifiques plus anciens ont abordé l'origine anthropique des émissions de gaz à effet de serre notamment, et dès 1896, le scientifique suédois Svante Arrhenius avait déjà suggéré que l'augmentation de la concentration de gaz carbonique produite par le brûlage des pétroles entraînait un réchauffement climatique. En France, l'idée d'un effet de CO₂ sur la qualité de l'atmosphère date de 1827 ; elle avait été développée par Jean-Baptiste Fourier.

Par ailleurs, les premiers indicateurs dont se servent les négociateurs qui déploient leurs activités dans le cadre de la Convention des Nations-Unies pour le climat (CCNUC) sont en fait majoritairement issus des éléments des sciences du climat délivrés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, dont la communauté scientifique a, depuis longtemps, joué le rôle de lanceurs d'alerte du risque d'un réchauffement dû aux émissions de gaz à effet de serre.

Les groupes de travail du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat sont au nombre de trois : d'abord le groupe travaillant sur les bases physiques des changements climatiques (groupe I), puis celui de l'impact, adaptation et vulnérabilité (groupe II) et enfin le dernier (groupe III) qui se préoccupe des élé-

5. Cour suprême des Pays-Bas, 20 déc. 2019, n° 19.00135, *Urgenda*.

ments de solutions en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre. L'appellation du groupe II a suscité des critiques notamment des pays du Sud, ce qui a amené le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat à prendre en compte ces remarques et une modification a été opérée dans l'intitulé et les composants de ce groupe.

La prise en compte de l'incertitude scientifique est au centre de la problématique de la preuve dans le contentieux climatique, comme l'avaient souligné les recommandations du troisième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat qui a dégagé une méthode de prise en compte de l'incertitude.

Plusieurs rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ont ainsi pu relever les impacts des effets néfastes du changement climatique liés à une origine anthropique; cette hypothèse a été prise en compte à travers les deuxième, troisième et cinquième rapports.

L'accroissement manifeste de la température a été mis en évidence dès la publication du premier rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, dans cette phase, les climatologues se sont basés sur la règle du « *business as usual* ». La conclusion sur l'origine anthropique des émissions de gaz à effet de serre a été affirmée dans le second rapport par le biais d'une courte phrase ainsi rédigée, comme « une influence humaine discernable au-delà de la variabilité naturelle ». Cette formulation a suscité beaucoup de débats. Le troisième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a présenté le résultat des projections des émissions de gaz à effet de serre de la période préindustrielle jusqu'au début du ^{xxi}^e siècle sur la base de scénarios d'évolutions. Ce troisième rapport est généralement celui retenu comme preuve scientifique dans le contentieux climatique pour fonder les témoignages des demandeurs présentés au juge américain ou européen. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat distingue quatre classes de scénarios par ordre croissant, A1, A2, A3, A4, qui constituent finale-

ment une configuration d'hypothèses qui prennent en compte plusieurs variables. Ces scénarios ne prennent pas en compte les objectifs d'émissions fixés par le Protocole de Kyoto.

Dans son cinquième rapport publié en 2014, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a donné de plus amples précisions sur les risques liés au réchauffement climatique dans l'hypothèse où l'humanité n'arriverait pas à inverser la tendance actuelle. Il a recommandé de rester en dessous de la trajectoire des 2 °C, et est à l'origine de la conférence de Paris qui a abouti le 15 décembre 2015, dûment ratifiée par les États participants.

B. L'imputabilité des émissions de gaz à effet de serre basée sur le rapport Heede

La réponse au questionnement sur la contribution de certaines entreprises aux effets négatifs du changement climatique a fait l'objet des travaux du chercheur américain Heede dont le rapport final a été rendu public en 2013⁶ et remis à jour en 2024. Ce document a permis de caractériser la manière dont quatre-vingt-dix entreprises devaient être tenues comptables de la *climate crisis* (crise climatique) du siècle.

Selon ce rapport, la principale cause des changements climatiques est l'accumulation historique des émissions de gaz à effet de serre (GES). L'étude a pris comme objectif de quantifier et de retracer la part globale des émissions de dioxyde de carbone et de méthane accumulées depuis la révolution industrielle. Le rapport a constaté que si la rapide élévation du dioxyde de carbone est, entre autres, le résultat de l'altération humaine du cycle du carbone depuis plusieurs millénaires à travers l'usage de la terre et la déforestation, l'extraction et la combustion de gisements géologiques de combustibles fossiles depuis l'invention de la machine à vapeur au ^{xviii}^e siècle joue un rôle fondamental.

L'étude s'est centrée principalement sur l'analyse des combustibles carbone issus de l'industrie et de la fabrication du ciment, en détaillant la contribution annuelle et cumulative de chacun des quatre-vingt-dix plus grands producteurs de 1854 jusqu'en 2010. Les inventaires nationaux de gaz à effet de serre ont permis, quant à eux,

6. R. Heede, *Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report*, Snowmass, Climate Mitigation Services, 2013. Sur ce sujet, v. également C. Huglo, « L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique », *EEE* 2018/8-9, dossier 32.

d'arriver à une estimation des émissions concernant les six gaz de Kyoto issus de la consommation de carburant, du processus des émissions, du méthane, et des changements d'utilisation des terres. Ce rapport a cherché à retracer les émissions de la plus grande part des producteurs de combustibles et de ciments du monde. Le travail de compilation accompli est unique, car il vise à convertir la production de tous les combustibles fossiles en teneur en carbone et les émissions de dioxyde de carbone qui en résultent lors de la combustion des carburants commercialisés ; il a permis également de faire le suivi des émissions des principales entités productrices.

Dans l'affaire *Lliuya c/ RWE AG*⁷, jugé par le tribunal d'Essen, le requérant, un habitant d'Amérique latine, avait fondé son argumentation sur le rapport Heede de 2013. L'entreprise RWE (le plus grand producteur allemand d'électricité) avait en effet été citée comme ayant contribué à 0,47 % des émissions de gaz à effet de serre (étant ainsi le plus grand émetteur d'Europe). En défense, la société RWE a soutenu que Lliuya n'avait aucune base légale pour intenter son action et qu'il n'y avait pas de lien de causalité prouvé entre le risque d'inondation dans son village et les émissions de gaz à effet de serre.

En fait, le quatrième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat avait détaillé comment les glaciers d'Amérique latine étaient menacés du fait de l'augmentation de la température de 1,6 °C avant la fin de ce siècle. Sans aucun doute, le village du requérant situé non loin de ce glacier risquait de subir les effets de la fonte du glacier. Pour le tribunal allemand, ces circonstances ne pouvaient permettre de caractériser un lien de causalité suffisant entre, d'une part, les risques d'effondrement du lac glaciaire sur le village habité par le requérant, et d'autre part, la très faible part de la responsabilité de l'entreprise dans l'émission de toute la masse mondiale de gaz à effet de serre entraînant le réchauffement climatique. Par jugement rendu en décembre 2016, le tribunal s'est prononcé donc en faveur

de l'entreprise RWE. Le raisonnement suivi par le juge repose sur la notion de causalité légale. Bien que la recherche de Heede ait permis aux demandeurs de fournir des preuves solides établissant un lien scientifique entre les émissions d'une société et le changement climatique, son admissibilité reste toujours l'obstacle. Lliuya avait déclaré son intention d'interjeter appel de la décision devant la Cour de Hamm.

En effet, le 30 novembre 2017, la cour d'appel allemande de Hamm a reconnu la recevabilité de la plainte déposée par cet agriculteur péruvien contre l'entreprise RWE⁸. Ce litige va passer à la phase de preuve pour déterminer, comme l'évoque le demandeur, si le village du fermier est menacé par une inondation et comment les émissions de gaz à effet de serre issus de l'activité de cette entreprise ont pu contribuer au risque climatique dans cette région du monde.

Comme déjà indiqué, un second litige climatique s'est également référé au rapport Heede ; il est cité dans la pétition à l'initiative de Greenpeace Asie du Sud⁹.

Selon les données de l'arrêt du 2 avril 2007 de la Cour suprême des États-Unis¹⁰, la situation de la preuve ne peut être la même selon que l'on veut prévenir un risque ou obtenir la réparation d'un dommage. Aussi, pour nous, le contentieux climatique devrait donc se développer plus aisément dans le domaine de la prévention plutôt que dans celle d'une recherche d'une certaine forme de réparation civile.

II. La recherche d'un nouveau type de lien de causalité dans le contentieux climatique

Si la preuve d'un lien de causalité classique est difficile à établir entre la concentration des émissions de gaz à effet de serre et les dommages qui peuvent en résulter, le fondement des jugements rendus dans le cadre du contentieux climatique repose néanmoins sur une jurisprudence établie qui permet, semble-t-il, d'asseoir un lien de causalité climatique (B) au regard des émissions de

7. Cour régionale d'Essen, 15 déc. 2016, *Peruvian mountain guide Saul Luciano Lliuya c/ RWE*.

8. Oberlandsgericht Hamm, 30 nov. 2017, *Lliuya c/ RWE AG*.

9. Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, « Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change », *Petition to Commission on Human Rights of the Philippines*, 22 sept. 2015.

10. Cour Suprême des États-Unis, 2 avr. 2007, *Massachusetts c/ US Environmental Protection Agency*.

gaz à effet de serre et les diverses activités, et qui à son tour va être articulé autour de théories indispensables à la recherche du lien causal (A) dans cette matière.

A. Les outils théoriques de la recherche de lien de causalité dans le contentieux climatique

La question du « lien de causalité » a toujours été au centre des discussions en la matière. Le problème de la preuve à laquelle ont été confrontés les demandeurs dans ce contentieux provient des incertitudes et de la pertinence de la science climatique. Le changement climatique en tant que problème « global » a favorisé le développement d'institutions scientifiques et juridiques qui ont traité le problème au niveau global sans grande attention sur la manière dont le réchauffement climatique pourrait se manifester au niveau local. Il est un fait que les études scientifiques majeures sur le changement climatique et ses impacts sont orientées vers la caractérisation d'impacts mondiaux voire au mieux régionaux et il est encore très difficile de prévoir les impacts locaux spécifiques en se servant des données actuelles.

Il existe différentes méthodes pour faire des projections sur le climat. La première consiste à imbriquer un modèle climatique régional dans un modèle climatique mondial; la deuxième vise à rapprocher les émissions de gaz à effet de serre des relations statistiques pour capter les liens empiriques entre les éléments climatiques à grande échelle et locaux, puis d'appliquer ces liens à la sortie des modèles globaux ou régionaux. Parfois même, des générateurs météorologiques stochastiques sont utilisés pour estimer l'influence du climat sur la météo à un endroit déterminé.

Mais aujourd'hui, l'exigence d'une démonstration plus recherchée de preuves scientifiques requises dans un contentieux pour démontrer qu'il existe un lien entre une activité donnée et des impacts spécifiques et localisés s'impose. Les défenseurs qui cherchent naturellement à nier le fait que leurs émissions de gaz à effet de serre pourraient être liées au réchauffement climatique ou à des impacts spécifiques du changement climatique, ont facilement exploité jusqu'à présent, à leur avantage, les données sur les incertitudes scientifiques relatives aux preuves disponibles concernant les impacts localisés du réchauffement climatique.

La Cour suprême des États-Unis a considéré qu'en vertu de l'article 202 (a) (1) du *Clean Air Act*, l'Agence de protection environnementale aurait pu refuser de réglementer les émissions de gaz à effet de serre si elle avait cherché à fournir des explications raisonnables sur les raisons pour lesquelles elle ne peut ou ne veut pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer si les GES y contribuent. L'Agence de protection environnementale ne pouvait pas invoquer la dispense de son obligation légale d'agir en raison de certaines incertitudes résiduelles relatives au réchauffement climatique.

En réalité, deux types de causalité peuvent parfaitement coexister, l'une est la causalité générale et l'autre la causalité individuelle; elles fonctionnent de pair. La causalité générale vise « les liens réels entre le facteur causant un dommage et ce dommage en général ». La causalité individuelle traite « des facteurs et de dommages précis » dont les parties ont saisi le juge; d'évidence, cette dernière causalité présente plus de difficultés aux experts dans l'établissement du lien de causalité entre le fait du réchauffement invoqué avec les dommages allégués. Dans le contentieux climatique, les dommages causés individuellement sont difficiles à démontrer, car le phénomène de changement climatique a des origines diverses dont l'activité de l'homme est l'une des causes. C'est la raison pour laquelle certains juges ont souvent fait usage d'une approche dite flexible dans la recherche et l'interprétation du lien de causalité en retenant, par exemple, des expertises qui ont apporté une preuve basée sur « les possibilités de survenance du risque » ou encore « d'un lien substantiel entre la cause et le dommage ».

La théorie dite des dommages causés au public est très souvent utilisée aux États-Unis. Elle repose sur les expertises scientifiques fondées sur les statistiques et les probabilités fournies par la communauté scientifique qui a tranché « qu'il est plus probable qu'improbable que les émissions de gaz à effet de serre provenant des activités humaines produisent un excès de carbone associé aux impacts sur le réchauffement climatique ».

Les incertitudes envisagées par les tribunaux aux États-Unis sont de deux sortes : scientifique et économique. Les incertitudes économiques, elles, concernent à la fois les coûts du réchauffement climatique et ceux des solutions proposées pour y faire face.

B. La reconnaissance jurisprudentielle du lien entre les émissions de gaz à effet de serre et les effets du réchauffement climatique.

Bien qu'aucun tribunal n'ait pour le moment proclamé qu'il existe une responsabilité directe et absolue, de cause à effet, entre les émissions de gaz à effet de serre et leur origine dans l'activité humaine, on peut constater une réelle prise en compte par le juge national du consensus scientifique établi sur le lien entre les émissions de gaz à effet de serre et leur source anthropique.

Selon le troisième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat de 2001, le réchauffement était souligné comme sans précédent car il a été prouvé que la hausse de température mondiale était causée par les émissions de dioxyde de carbone (CO₂) du fait l'activité humaine.

Dans l'affaire *Urgenda c/ Pays-Bas*, les demandeurs se sont basés sur les deux récents rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat en indiquant qu'il est très probable que les activités humaines, notamment la combustion des énergies fossiles (pétrole, gaz, charbon) et la déforestation, sont les principales causes du réchauffement climatique observé depuis le milieu du XIX^e siècle, et précisant également que dans son quatrième rapport de 2007 le GIEC a déclaré qu'une élévation de la température de plus de 2 °C par rapport au niveau préindustriel provoquerait un changement climatique dangereux et irréversible qui menacerait l'environnement et l'Homme, a abouti à la formulation de l'objectif de 2 °C mentionnée ci-dessus ; cet aspect des choses a été réitéré dans le cinquième rapport de 2013.

Le récent rapport sur le contentieux climatique publié en 2023 par la section environnement des Nations unies a conclu que le juge néerlandais dans l'affaire *Urgenda*, approuvé par la Cour Suprême le 19 décembre 2019, avait très clairement démontré le lien de causalité et en conséquence valablement ordonné à l'État néerlandais de limiter les émissions de gaz à effet de serre à 25 % d'ici 2020 par rapport au niveau de 1990, constatant en outre que l'actuel gouvernement s'était bien engagé à réduire les émissions. Il a été démontré que le contentieux aux Pays-Bas était réellement la première décision judiciaire à avoir reconnu que les résultats scientifiques du Groupe d'experts intergouvernemental

sur l'évolution du climat sont bien de ce fait une base appropriée pour qu'un tribunal puisse déterminer les obligations de l'État relatives à la réduction des émissions de gaz à effet de serre afin d'éviter de dépasser la limite des 2 °C dans l'augmentation de température globale. La Cour du district de La Haye avait, entre autres, rappelé concernant le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat que le GIEC lui-même ne mène pas de recherche ni ne conserve de données sur le climat, mais étudie et évalue les dernières informations scientifiques, techniques et socio-économiques produites dans le monde entier et publie des rapports à ce sujet.

Il apparaît en conséquence que les juges nationaux ont bien fait confiance, progressivement, aux données scientifiques élaborées par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat et cela, compte tenu de la rigueur qui s'attache à ses travaux. Cela n'a pas empêché les juges de se prononcer sur l'application du principe de précaution.

III. La recherche de la preuve dans les domaines de la précaution

L'inscription du principe de précaution dans le droit positif peut se définir comme la « prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique ». Ce principe est souvent invoqué dans le cadre du contentieux climatique.

Aujourd'hui, de nombreux textes normatifs tant de niveau international qu'europpéen ont consacré le principe de précaution (A). Dès l'apparition du principe de précaution au début des années 1990 la nécessité de prendre des mesures d'urgence s'est faite plus grande notamment du fait d'un risque climatique (B).

A. La consécration normative du principe de précaution dans la Convention-cadre des Nations-Unies et autres traités internationaux

En droit international public, en 1987, le principe de précaution avait fait son apparition dans le Protocole de Montréal sous la forme d'une prise en compte à travers des « mesures de précaution ».

Rappelons cependant que dans le cadre des négociations sur le changement climatique, le recours au principe de précaution est inscrit à l'article 3, paragraphe 3, de la Convention-cadre

des Nations unies sur les changements climatiques (1992), qui dispose qu'« [i]l incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes ». Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, « l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible. Pour atteindre ce but, il convient que ces politiques et mesures tiennent compte de la diversité des contextes socio-économiques, soient globales, s'étendent à toutes les sources et à tous les puits et réservoirs de gaz à effet de serre qu'il conviendra, et comprennent des mesures d'adaptation et s'appliquent à tous les secteurs économiques. Les initiatives visant à faire face aux changements climatiques pourront faire l'objet d'une action concertée des Parties intéressées ». Le principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 fait également sien l'esprit du principe de précaution en énonçant que « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

En droit européen, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne rappelle que la politique de l'Union « est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur ».

En France, la Charte de l'environnement adoptée par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 a élevé le principe de précaution au rang de valeur constitutionnelle : l'article 5 de la Charte dispose en effet que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions,

à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Sans doute, il suffit de comparer ces différentes sources normatives pour constater que le contenu du principe de précaution est défini de façon assez variable ; mais quoi qu'il en soit, ce principe trouve parfaitement sa place à travers la notion de « risque climatique » développée dans les travaux d'expertise du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat.

B. L'acceptabilité du risque climatique dans les travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat

L'intégration du principe de précaution dans le champ de l'expertise climatique varie en fonction des diverses hypothèses de risque formulées par les experts.

Concernant son premier rapport publié en 1992, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat avait rappelé que les parties au traité craignaient que tout changement concernant la variabilité du climat, qui résulterait de l'évolution de ce dernier, n'aggrave les risques inhérents à ces régions du monde où l'on sait que cette variabilité a d'importantes répercussions socioéconomiques. L'existence de réelles incertitudes à ce sujet, a également été soulignée, ce qui a conduit à imaginer de prendre des mesures adéquates et proportionnées pour assurer la gestion de ces risques.

En 1995, affirmant l'importance de l'influence de l'Homme sur le climat, le second rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat avait conduit à la nécessité de prendre des mesures de précaution par le fait que « la teneur de l'atmosphère en CO₂ ne pourrait se stabiliser [...] que si les émissions de CO₂ d'origine humaine revenaient au niveau de 1990 d'ici 40, 140 ou 240 ans et si elles diminuaient nettement au-dessus de ce niveau par la suite ». Les incertitudes des années 1990 concernaient la durée du cycle de carbone et les estimations des émissions de CO₂, et celles-ci n'étaient pas considérées comme un frein à la prise de décisions par les pays, mais elles devaient être intégrées dans les données. Avec les avancées de la science, la part d'incertitude dans le domaine climatique a été progressivement réduite du fait

que les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ne cessent de s'actualiser et de se préciser.

La difficulté de la preuve est encore plus manifeste quand le contentieux se dirige contre les grandes entreprises comme l'illustre le contentieux contre la société Shell aux Pays-Bas, condamnée en première instance pour n'avoir pas pris les dispositions adaptées pour diminuer drastiquement ses émissions de GES. Celle-ci a obtenu en appel un arrêt du 12 novembre 2024¹¹ qui relève, tout en reconnaissant le principe, qu'il n'existe pas suffisamment d'accord sur le sujet

sur une réduction spécifique à laquelle une entreprise telle que Shell aurait dû se conformer.

Dans les contentieux visant les personnes privées aux États-Unis et qui se sont multipliés en Californie (et dont les résultats sont attendus), le juge pouvait être tenté de suivre l'argumentation des défendeurs selon laquelle le débat devrait rester au niveau politique. Le débat reste juridique : la question de la preuve du lien de causalité et surtout l'évaluation matérielle du dommage réellement causé restera en profonde et délicate discussion, sauf si des mesures correctives parviennent à être imposées¹².

11. CA de La Haye, 12 nov. 2024, n° C/09/571932 / HA ZA 19-379, *Shell*.

12. V. rapport des Nations-Unies précité, p. 50 et s.

Dossier

La preuve en métamorphoses

Le conflit de lois en matière de preuve : mutations inachevées

François Mailhé

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

1. Il pourrait paraître ambitieux d'évoquer la loi applicable à la preuve dans le cadre d'un dossier sur « la preuve en métamorphoses ». Non que les évolutions de la preuve évoquées dans le reste de ce dossier n'aient pas affecté les litiges internationaux, ils les ressentent tout autant. En outre, certaines difficultés de preuves nouvelles leur sont spécifiques, ce qui en rend l'étude d'autant plus nécessaire. Simplement, l'idée de cette brève présentation des métamorphoses de la preuve, sous l'angle du conflit de lois, suppose de pouvoir brièvement établir ce qu'était le droit de la preuve, avant ces métamorphoses, ce qui n'a rien d'une évidence.

2. Il faut pour clarifier la chose commencer par en préciser le champ. On s'en tiendra en effet d'abord à la preuve devant les juridictions françaises. Les juridictions internationales ou arbitrales soulèvent des difficultés spécifiques qu'il n'apparaît pas utile d'ajouter à celles que nous devons aborder¹. Par ailleurs, bien que l'on parle souvent

de preuve à son sujet², il faut écarter la recherche du droit étranger, qui n'est pas du fait mais du droit du point de vue de l'ordre juridique français. Si, malgré une décision de principe³, la plume des juridictions françaises n'est pas toujours assurée, la recherche du contenu d'une loi étrangère n'est pas une question de preuve : on ne saurait par exemple avoir recours, pour la vérifier, à une expertise⁴. Si celle-ci exige donc des recherches, comme pour les faits, l'objet, la charge, les modes et l'administration d'une telle « preuve » relève de bien d'autres analyses⁵. Enfin, bien qu'il lui soit évidemment associé, il faut écarter la question de la recherche de la preuve à l'étranger, qui évoque d'autres difficultés que celle de la détermination du droit à appliquer. C'est en particulier le cas du monopole attribué à l'État étranger dans la recherche des preuves sur son territoire, et de la coopération de ses autorités à une procédure ouverte en France. Des textes sont développés sur ces questions, et l'on y renverra⁶.

1. Pour les juridictions arbitrales, v. F. Ferrari et F.-J. Rosenfeld, *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration : Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022 ; pour les juridictions internationales, v. H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, *La preuve devant les juridictions internationales*, Pedone, 2007.

2. C'est d'ailleurs même le cas du projet de code de droit international privé, dont l'article 14 évoque la « preuve » du droit étranger.

3. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, n° 91-14.415, *Coucke*, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 78, note B. Ancel.

4. Il s'agirait en effet d'une « consultation juridique » interdite par l'article 238 du code de procédure civile.

5. G. Cerqueira et N. Nord (dir.), *Le droit étranger – Études de droit international privé comparé*, Soc. Légis. Comp., 2025.

6. Il s'agit du Règlement « obtention des preuves » (Règ. (UE) 2020/1783 du 25 novembre 2020 du Parlement européen et du Conseil, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (obtention des preuves) (refonte)) et de la convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970.

3. Restons-en à la question, pourtant encore ô combien vaste, de la loi applicable à la preuve du fait devant le juge français. Vaste, la question l'est au point qu'elle reste un continent inégalement exploré. Ainsi la question du conflit de lois a fait l'objet de plusieurs études de référence⁷, mais d'une jurisprudence peu ferme, les juridictions s'appuyant régulièrement sur le seul droit français, sans y voir à faute. *Attorney-client privilege*, *cross examination*, *discovery*, les influences étrangères, et singulièrement anglo-saxonnes, parfois par le biais de l'arbitrage, ne manquent pourtant pas d'interroger régulièrement les cours françaises voire le législateur⁸.

4. Historiquement, admettre le conflit de lois, c'est aussi admettre l'applicabilité d'un droit étranger. Tout, toutefois, ne peut être soumis à un droit étranger et il paraît encore aujourd'hui assez naturel de penser que, si une personne peut emporter son statut personnel depuis l'étranger, si les droits réels sur des immeubles situés à l'étranger doivent suivre la loi locale, la procédure suivie par le juge devrait, elle, être celle de la loi qui l'a fait juge. C'est ainsi que la doctrine italienne distinguait deux grandes catégories de règles, les *ordinatoria litis*, qui organisent le procès, et les *decisoria litis*, qui gouvernent la solution du procès⁹. Les premières devaient nécessairement être soumises au droit du juge saisi, tandis que les autres pouvaient être traitées par un droit potentiellement étranger.

5. La difficulté que présentent les règles de preuve est que, plus encore que d'autres éléments de la procédure comme l'action en justice¹⁰, elles présentent une « nature hybride »¹¹. Si la preuve a toujours pour objet final son introduction en justice, et donc dans la procédure, elle est souvent utilisée par le droit au fond pour

faciliter ou au contraire rendre plus difficile la démonstration d'un droit ou d'une défense au fond. Elle relève, ainsi, à la fois, de la procédure (les *ordinatoria litis*) et du fond (*decisoria litis*). À cette nature double correspond une double règle de conflit possible. À rattacher la preuve à la procédure, la loi du for s'impose assez vite en jurisprudence : le juge applique la procédure de la loi qui l'a fait juge. À la rattacher, à l'inverse, au fond, la preuve suit la loi de la question en cause, qui change en fonction de cette dernière : loi de la mère pour la filiation, loi du lieu de l'événement pour la responsabilité, etc. Les solutions applicables aux conflits de lois ajoutent leur propre difficulté. En effet, les actes juridiques, domaine privilégié des preuves préconstituées, sont en droit positif souvent régis par deux lois différentes, celle applicable au fond et celle applicable à la forme, forme elle-même souvent déterminée pour des questions de preuve.

6. Ainsi, le droit positif du conflit de lois en matière de preuve utilise trois catégories de règles, qui reprennent les catégories habituelles du droit de la preuve. L'objet et la charge de la preuve, fortement liés à la substance des droits, relèvent de la loi applicable à la question de droit au fond, la règle de conflit variant donc en fonction de celle-ci¹². À l'inverse, les questions de pure administration de la preuve, qui impliquent fortement le juge et le procès, devraient être régies par la loi du for. Enfin, « solution éclectique »¹³, les questions relevant de l'admissibilité des modes de preuve et de leur force probante sont plus complexes. En matière d'actes juridiques écrits, pour lesquels la Cour de cassation s'est il y a longtemps prononcée¹⁴, la loi du for s'applique sous réserve que les parties se prévalent de la loi du lieu de rédaction de l'acte. En matière de faits juridiques, les solutions sont

7. A. Huet, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965 ; E. Fongaro, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, LGDJ, 2004 ; T.-H. Groud, *La preuve en droit international privé français*, PUAM, 2000.

8. Il s'agit notamment des investigations conduites devant des juridictions étrangères, dont l'exemple classique des procédures nord-américaines, ayant conduit aux lois de blocage.

9. La distinction provient de la glose *Quod si bononiensis*, de Bartole. V. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2017, spéc. p. 81 et s. (jurisprudence) et 65 (commentaire de Bartole).

10. M.-L. Niboyet, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Economica, 1986.

11. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, 37^e éd., Dalloz, 2024, n° 609.

12. Civ., 25 mai, 1948, *Lautour*, D. 1948, p. 357, note P. Lerebours-Pigeonnière ; JCP G 1948, II, 4542, note M. Vasseur ; S. 1949, 1, 21, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Batiffol ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 19.

13. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 2022, n° 543.

14. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1959, *Isaac*, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 368, note Y. Loussouarn ; JDI 1959, p. 1144, note J.-B. Salielli.

moins claires, mais la loi du for tend à prendre en compte la loi applicable au fond¹⁵.

7. L'imprécision du droit positif depuis des décennies n'avait pas amené à beaucoup de clarifications en jurisprudence. Elle devait toutefois provoquer l'intérêt de la commission chargée de réfléchir à un projet de code de droit international privé qui lui a donné plusieurs articles offrant un système simplifié de résolution des conflits de lois en la matière. On est toutefois loin de toute perspective d'adoption du projet, et la pratique semble au contraire réclamer la prise en compte d'une multiplication de règles, de lois applicables et même de méthodes variées. Autrement dit, loin d'un système unique de solutions légales (I), le droit international privé de la preuve prend le chemin d'un faisceau de solutions jurisprudentielles (II).

I. Un système de solutions légales

8. La première métamorphose pourrait donc venir du projet de code de droit international privé, qui a proposé un système de règles de conflit de lois articulé autour du principe de l'application de la loi compétente au fond (A). Rien n'indique toutefois que la métamorphose transformerait la chenille en papillon (B).

A. Un système en gestation

9. Cela fait longtemps que la doctrine a critiqué une jurisprudence trop facilement « lex foriste » de la preuve pour mettre en valeur la nécessaire prise en compte de la loi de l'institution en cause. On doit à André Huet, tout d'abord, d'avoir insisté sur les liens qu'entretiennent les règles de preuve et la substance des droits en cause, et plus spécialement, selon la fonction de la règle de preuve, soit les règles applicables aux droits au fond (charge et objet de la preuve, certaines questions d'admissibilité), soit de celles relative à la forme des actes en cause (admissibilité en

général, détermination et force probante des modes de preuve)¹⁶. Seule la question de l'administration de la preuve devait être régie, globalement, par la *lex fori*. Cette présentation est restée dans l'ensemble celle retenue par la doctrine française¹⁷. Mais des travaux plus récents ont cherché une meilleure cohérence dans les liens systémiques entretenus par les règles de preuve entre elles, repoussant encore le champ de la *lex fori*¹⁸, certains allant jusqu'à proposer d'étendre la loi de la substance à l'administration judiciaire de la preuve¹⁹.

10. C'est cette perspective novatrice et stimulante qu'a adopté le projet de code de droit international privé. Le livre II (« règles spéciales »), Titre V (« La preuve des faits et des actes »), premier chapitre porte en effet trois articles sur les « Charge, admission, force probante et administration de la Preuve » qui font une très large place à la loi de la substance.

11. Selon ces articles, le droit applicable à la preuve serait, par principe, la « loi qui régit le droit litigieux », c'est-à-dire le droit applicable au fond, et ce, pour toutes les questions relatives à la preuve. Le projet détaille ainsi que le principe serait la règle en matière de charge de la preuve (art. 155 du projet), en matière d'admissibilité et de recevabilité des éléments de preuve (art. 156, al. 1^{er}). La force probante, si elle suivrait le même principe (article 156, al. 1^{er}), pourrait être alternativement soumise à la loi du lieu de l'acte pour les actes préconstitués, sous réserve d'autres dispositions spéciales (art. 156, al. 2), reprenant en partie la jurisprudence déjà évoquée²⁰. Enfin, la loi qui régit le droit litigieux gouvernerait aussi les modes de preuve admis, sous réserve des « principes essentiels du droit procédural français » (art. 157, al. 1^{er}), de conséquences « manifestement excessives » (art. 157, al. 3) et de l'appréciation de la pertinence et de la faisabilité de la mesure par le juge lorsqu'elle implique son concours (art. 157, al. 2).

15. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 15^e éd., PUF, 2021, n^{os} 193 et s.

16. A. Huet, *Les conflits de lois en matière de preuve*, op. cit.

17. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, op. cit., n^{os} 541 et s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., n^{os} 193 et s. ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, n^{os} 522 et s. ; T. Vignal, *Rép. dr. int.*, 2013, v^o « Preuve ».

18. V. les thèses de T.-H. Groud et E. Fongaro, précitées.

19. M.-L. Niboyet, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 363.

20. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1959, *Isaac*, préc.

12. Ces solutions sont séduisantes à plus d'un titre. Le seul fait de disposer de règles succinctes et déterminées en une matière où la jurisprudence n'est pas des plus claires serait, ici comme dans d'autres domaines, un progrès en soi²¹. En outre, l'idée de ramener tout le droit de la preuve sous la bannière d'une seule loi applicable est, à l'évidence, un gage de simplicité utile en matière de conflit de lois, dont la tendance moderne est malheureusement au découpage en de multiples règles de conflit aux catégories toujours plus étroites. Par ailleurs, argument majeur de la doctrine favorable à cette idée, le droit de la preuve entretient une unité que méconnaît le droit international privé lorsqu'il répartit les questions de preuve d'un même fait entre plusieurs lois, celles du problème de fond et celle du for, si ce n'est celle du lieu de constitution de l'acte. Enfin, s'il faut unifier, le choix de la loi applicable à la substance s'impose assez facilement dans le choix d'une solution unitaire tant les règles de preuve spéciales relatives à des matières particulières abondent en droit positif, certains considérant même que la question de la charge de la preuve, par exemple ne pose que des difficultés relatives à des règles spéciales²².

13. On ne compte plus les dispositions, en effet, qui alignent la règle de preuve sur la solution substantielle recherchée. Les preuves et présomptions des articles 310-3 et suivants du Code civil instaurent un régime de la preuve spécifique influant sur le droit la filiation, des

préjudices sont présumés en matière d'atteinte au droit de la concurrence²³ ou au droit à l'image²⁴, le témoignage change de valeur pour le dépôt nécessaire²⁵ et requiert deux témoins pour un apport d'immeuble à un groupement forestier²⁶, sans compter les certificats (médicaux, de nationalité, etc.)²⁷ qui ont un effet sur la recevabilité de l'action ou la charge de la preuve. La tendance se retrouve d'ailleurs en droit européen. Ainsi, le Règlement sur les services numériques (dit en anglais *Digital Service Act*) impose aux hébergeurs de contenu numérique l'instauration d'un mécanisme de signalement de contenu illicite dont la mise en œuvre est réputée suffisante, selon le texte, pour enclencher l'obligation pour cet hébergeur d'agir promptement pour retirer ce contenu²⁸.

14. Il n'est donc pas surprenant que l'on énonce depuis longtemps que l'objet et la charge de la preuve relèvent de la loi applicable au fond²⁹, ce qu'une disposition européenne a repris en matière de contrat, sous réserve de laisser le choix, alternativement, pour la loi du lieu de l'acte³⁰. D'autres règles sont allées plus loin, intégrant au champ de la loi applicable au fond la question des modes de preuve³¹. Toutefois, la règle de droit commun en la matière reste la *lex fori*, alternativement la loi du lieu de l'acte, pour les modes de preuve³² et, si la jurisprudence est rare, il ne fait aucun doute à l'heure actuelle que la loi applicable à l'administration de la preuve est bien celle du for³³. Peut-être s'agit-il

21. V. approuvant ce point, H. Gaudemet-Tallon, « Quelques réflexions sur le projet de Code français de droit international privé du 31 mars 2022 », *JDI* 2022, doct. 6.

22. P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, op. cit., n° 523.

23. Com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272.

24. Civ. 2^e, 5 nov. 1996, n° 94-14.798.

25. C. civ., art. 1950.

26. C. for., art. L. 331-7.

27. V. entre autres C. civ., art. 30 et 431.

28. Règ. (UE) 2022/2065 du 19 oct. 2022 du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE, art. 16.

29. Civ., 25 mars, 1948, *Lautour*, préc.

30. Règ. (CE) 593/2008 du 17 juin 2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 18, § 2.

31. Règ. (CE) 864/2007 du 11 juill. 2007 du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), art. 22, § 2.

32. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1959, *Isaac*, préc.

33. À tel point que la jurisprudence l'affirmant expressément est ancienne : Civ., 30 oct. 1940, *S.* 1940, tables, v° « Algérie », n° 3 ; CA Paris, 4 mai 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 313, note M. Simon-Depitre. Sur un exemple d'articulation loi du fond, loi du for, v. Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 16-10754. V. cependant, et contestable par ailleurs, Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-20.495, *JCP G* 2017, act. 105, note E. Jeuland ; *Lexbase Avocats*, nov. 2016, note G. Deharo.

du « dogme de la *lex fori* », d'une « commodité irrésistible » pour le for³⁴. Toujours est-il qu'il n'est pas certain que la proposition du projet de Code puisse facilement prospérer.

B. Une chimère en préparation ?

15. Aussi séduisante que soit l'idée d'un principe de substantialisme pour la loi applicable à la preuve, il faut remarquer qu'elle va sans doute trop loin, et peut-être trop vite.

16. Elle va sans doute trop loin, d'abord, parce que le droit de la preuve reste encore lié à ses deux aspects, de fond comme de procédure. On en prendra deux exemples, aux deux extrêmes du spectre habituellement présenté.

17. Commençons par une mesure d'instruction, l'expertise judiciaire. À l'évidence, le régime de l'expertise biologique est en droit français lié au droit de la filiation. L'article 16-11 du Code civil en limite ainsi l'accès, en matière civile, à l'exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge pour une action en filiation ou une action à fins de subsides. Toutefois, il s'agit avant tout d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge laquelle, si elle a la preuve pour objet, est avant tout un pouvoir du juge.

18. Non que l'on ne puisse imaginer mettre dans l'escarcelle de la loi applicable au fond des éléments qui n'y sont pas directement liés. Il est intellectuellement possible d'envisager que l'audition d'expert avant procès, de l'article 186 du code de procédure civile néerlandais, soit accessible aux parties devant le juge français pour peu que le contrat en cause ait été soumis au droit des Pays-Bas. Des frictions pourraient cependant naître quant au rôle du juge, par exemple avec l'article 147 du code de procédure civile, qui demande au juge de faire le choix de la mesure la plus simple et la moins onéreuse. Les articles 186 et suivants du code néerlandais, comme 145 et suivants du code français, prennent comme destinataire le juge lui-même, et encadrent précisément son rôle.

19. Cet exemple très simple en lui-même ne vise qu'à montrer qu'en matière de preuve judiciaire, et singulièrement d'administration de la preuve, les liens avec l'office du juge sont forts et c'est ce qui rendrait le passage au principe de la loi du fond si difficile.

20. Longtemps, cet argument a été assimilé à celui de la souveraineté étatique. En considérant en effet que le pouvoir de juger est un des pouvoirs acquis à l'État, qui le délègue à ses juges, on en a déduit que les questions de procédure se devaient d'être gouvernées par le droit de l'État ayant institué le juge. La thèse a été battue en brèche, en considérant que la souveraineté n'y était pas pour grand-chose³⁵. Du point de vue de sa source, le pouvoir juridictionnel n'a en effet rien d'intrinsèquement étatique et souverain. On ne saurait, sinon, admettre les juridictions privées que sont les tribunaux arbitraux. Sans doute, la source du pouvoir juridictionnel des tribunaux étatiques se trouve dans le pouvoir juridictionnel de l'État lui-même, mais nul ne prétend plus que ce dernier couvre l'ensemble des règles de procédure, *a fortiori* de preuve, appliquées par ce juge. Il se résume aux règles qui énoncent le type de norme (certaines décisions) que peuvent prendre ces juges, pas l'ensemble des règles qui en encadrent le jeu³⁶.

21. Pour autant, le constat quant à l'argument ne disqualifie pas la solution qu'il défend. Si les règles de procédure doivent, de manière générale, suivre la loi du for, c'est parce qu'elles traduisent un équilibre choisi par l'État du for entre les intérêts particuliers des parties qui, en effet, peuvent être étrangères ou s'attendre à l'application de règles étrangères, et les intérêts publics tels qu'ils sont considérés dans l'État du for. La justice est, aussi, un service public. Or ils sont, en France, malheureusement très importants aujourd'hui : outre une certaine idée de l'égalité devant la justice, la durée et les coûts du procès figurent en première place dans le choix de nombreuses solutions de procédure³⁷.

34. M.-L. Niboyet, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », *préc.*, spéc. p. 369.

35. M.-L. Niboyet, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », *préc.*

36. V. sur tous ces points, F. Mailhé, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Economica, 2017, spéc. p. 32 et s. et p. 142 et s.

37. Énoncer, comme on a pu le faire au soutien de la solution substantielle, que « la seule différence entre les règles de procédure et celles qui gouvernent la substance, c'est que les prescriptions procédurales sont *a priori* indifférentes aux intérêts privés », de sorte qu'il n'y aurait aucun empêchement théorique à l'application d'une norme étrangère de procédure, c'est précisément omettre ces intérêts publics. M.-L. Niboyet, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », *préc.*, p. 368.

22. Le droit de la preuve est lui-même loin d'y être insensible. Lui aussi appelle régulièrement la prise en compte des règles du for et l'on prendra un second exemple, assez contre-intuitif, pour l'évoquer : l'objet de la preuve. Il ne fait aujourd'hui plus aucun doute que ce qui doit être prouvé dépend des conditions posées par la règle applicable au fond³⁸. Dire cela, toutefois, ce n'est pas seulement renvoyer à la loi applicable au fond pour poser les conditions de cette preuve, c'est dire qu'en droit français, il n'y aurait tout simplement pas d'autonomie de l'objet de la preuve par rapport aux conditions de fait posées par les règles de fond. Or des questions spécifiques à la preuve des faits viennent parfois se superposer aux conditions de fond qui touchent de plus près à ce qui relève de la loi du for. D'abord, on l'évoquait plus haut, la preuve est limitée au fait, à l'exclusion du droit étranger dont la détermination suit ses propres règles. Cette distinction dans « ce qu'il faut prouver » ne dépend donc pas du droit applicable au fond, mais d'un choix de qualification et de la création de règles matérielles internationales spécifiques, c'est-à-dire du droit du for³⁹. Il s'agit d'un choix dans la conception de ce qu'est le droit, un choix qui, bien qu'abstrait, démontre une conception qu'il serait curieux de faire varier selon le droit applicable. De même, on énonce habituellement au titre de « l'objet de la preuve » que la preuve doit en droit français porter sur un fait contesté, le fait constant n'ayant pas besoin de l'être⁴⁰. Cette règle n'intéresse par hypothèse pas les parties puisqu'elle porte sur ce qu'elles ne contestent pas⁴¹. Elle a en réalité pour effet essentiel de permettre au juge de se prononcer

sur la base des faits adventices. Il s'agit donc d'office du juge, qui mérite d'être posé par le droit du for⁴². Enfin, l'objet de la preuve soulève encore la question de la pertinence de la preuve à produire. Or, elle n'est en droit français traitée qu'en matière de mesure d'instruction ou de production forcée de preuve⁴³, de sorte que ce problème que l'on pourrait soumettre à la loi du fond sera renvoyé à la loi régissant ces deux types de mesure d'administration de la preuve, c'est-à-dire la loi du for.

23. On voit donc que même la catégorie qui fait le moins de discussion en doctrine sur ses liens avec la substance démontre en réalité nombre de liens avec la procédure et pourrait régulièrement tomber dans le champ du droit du for. La proposition du projet va donc trop loin. Elle va trop vite, aussi, au regard des capacités des services judiciaires français.

24. Faire passer l'ensemble du droit de la preuve, même avec les tempéraments précités, dans le champ du droit applicable au fond imposerait en réalité aux juridictions françaises de s'adapter à chaque litige, bien plus qu'elles ne le font aujourd'hui, sur des questions qui sont, *a minima*, à la frontière du fond et de la procédure. C'est, bien sûr, le propre du droit international privé que d'envisager cela. Il faut toutefois bien peser la différence qu'il y aurait, en pratique, à contraindre le juge non seulement à traiter le fond du contentieux sur le fondement d'un droit étranger, mais encore de réorganiser sa procédure sur ce même fondement. Cela aurait un coût. À l'heure où le ministère de la Justice calcule soigneusement jusqu'au transfert de com-

38. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, préf. P. Roubier, rééd. Dalloz, 2002, n°s 115 et s.

39. V. déjà la recherche d'A. Huet dans un contexte de droit positif différent, *Les conflits de lois en matière de preuve*, op. cit., p. 132 et s. On notera que le choix inverse a été fait ailleurs : v. par exemple l'article 281 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* espagnole qui assimile le droit étranger à du fait et lui fait subir les mêmes règles de preuve.

40. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, 2022, n°s 162 et s.

41. Sauf à considérer qu'il s'agit de les responsabiliser en leur faisant assumer leurs omissions : le droit suisse semble d'ailleurs, lui, imposer réciproquement au juge de ne tenir compte que de ce qui a été discuté, v. C. civ., art. 8 (« Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit »). Quoiqu'il en soit, cela ressemble bien plus à un choix de procédure que de fond.

42. En ce sens, A. Huet et M. Barba, *J.-Cl. Proc. civ.*, fasc. 2000-30, 2023, v° « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP). – Domaine de la *lex fori* : instance », n° 36, citant notamment H. Motulsky selon lequel la loi du for s'applique « aux qualités processuelles des facteurs à prouver ». V. toutefois, Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 16-14.384, qui confirme un arrêt ayant appliqué la règle inverse de l'article 8 du Code civil suisse au titre du droit applicable au fond.

43. Certains droits étrangers en ont fait une règle de recevabilité de la preuve, mais la question devrait alors être traitée par la règle de conflit correspondante, et non par celle relative à l'objet. On consultera notamment les articles 402 des *Federal Rules of Evidence*, 283 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* et 2857 du Code civil québécois.

pétence des recours en annulation de sentence arbitrale à la cour d'appel de Paris⁴⁴, on comprend l'intérêt qu'il y a à assurer qu'un service public soit rendu de manière efficace en garantissant un fonctionnement plus standardisé.

25. Sans doute, l'adaptation au litige international serait amoindrie. Mais est-elle-même souhaitée par les plaideurs ? Rien n'indique que la majorité des plaideurs seraient surpris d'apprendre, en dehors précisément des preuves pré-constituées pour lesquelles la loi d'origine s'applique, que le droit du for gouverne en bonne partie les preuves à apporter à leur procès.

26. En définitive, cette proposition s'inscrit dans le courant de pensée libéral et mondialiste qui, en réduisant les barrières juridiques étatiques, souhaite permettre aux citoyens et justiciables de circuler, de voyager plus facilement sans réduire leur sécurité juridique⁴⁵. La volonté de faciliter la circulation est louable et sa discussion, qui opposerait le local au global, l'identité à l'humanité, relève de l'idéologie. On peut tout autant considérer, toutefois, qu'insister sur cette proposition en 2025, en temps de retour sur soi généralisé et de difficultés budgétaires de la justice, se ferait sans doute à contre-courant.

27. D'ailleurs, hors du champ de cette proposition de simplification législative, la jurisprudence, elle, montre que le droit de la preuve multiplie plutôt les solutions.

II. Un faisceau de solutions jurisprudentielles

28. On se doit en effet d'observer que, pour la loi applicable à la preuve comme pour nombre d'autres questions, ce n'est pas l'unification mais bien plutôt la variété des règles et même des méthodes qui s'impose. En particulier, le déve-

loppement de solutions subjectives, protectrices d'intérêts privés, tendent à multiplier les sources de conflit de lois en matière de preuve (A). Par ailleurs, alors que la solution du conflit de lois continue de manquer de fermeté, la pratique semble trouver des solutions plus originales à certaines difficultés matérielles (B).

A. Multiplication des conflits

29. On voudrait en effet, au risque d'ajouter à la confusion, relever que la présentation habituelle ne suffit pas à décrire la réalité actuelle des difficultés de preuve, dans la mesure où certaines questions appellent sans doute l'applicabilité d'une autre loi que celle du for, du fond, ou même d'un éventuel lieu de création d'un écrit.

30. Le problème essentiel tient, encore, à l'admissibilité des preuves et, plus spécialement, leur licéité. Si la condition de licéité de la preuve est, en droit français, posée à l'article 9 du code de procédure civile, c'est en perspective des nombreuses règles françaises qui excluent la communication de certains éléments. La technique est évidemment tout aussi connue à l'étranger. En revanche, on ne s'étonnera pas que certaines de leurs règles de confidentialité ne soient pas connues en France, ou réciproquement. Or, en particulier du fait que la preuve pourra émaner d'un tiers, le droit applicable au fond, déterminé par les parties au litige, sera aussi fréquemment bien différent du droit posant la règle d'illicéité. On peut imaginer de nombreux exemples : une interdiction de témoigner contre son ascendant hors contentieux familial, le secret-défense accordé par un État étranger⁴⁶, une confidentialité des correspondances d'un juriste d'entreprise⁴⁷...

31. Soumettre de telles difficultés à la loi applicable au fond n'aurait pas de sens. La règle de conflit de lois n'est pas faite pour déterminer le

44. V. le rapport à l'Assemblée nationale de M. Alexandre Holroyd sur la loi du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France qui évoque un calcul du ministère selon lequel « la cour d'appel de Paris "pourra absorber sans difficulté le volume d'affaire des autres cours" : elle évalue la charge de travail par affaire à 416 minutes pour les magistrats du siège et 285 minutes pour les fonctionnaires de greffe, soit 0,1 équivalent temps plein travaillé (ETPT) dans chaque cas ». Ces chiffres sont à rapprocher du nombre d'affaires en cause : 83. Sauf erreur de calcul, et sachant que la chambre dédiée comporte 3 magistrats et un greffier seulement, le ministère envisage donc que chaque magistrat traite une affaire en 60 minutes et que le greffier y passe lui 12 minutes...

45. Comp. C. Nourissat, M.-L. Niboyet et D. Foussard, « Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 477, qui parlent d'une perspective « privatiste ».

46. CA Paris, pôle 1, ch. 1, 21 mars 2017, *Rev. arb.* 2018, p. 594, note P. de Vareilles-Sommières, qui les qualifie de « disposition de police » étrangère, à l'évidence.

47. CA Paris, pôle 5, ch. 16, 14 févr. 2023, n° 22/16659, *JCP E* 2024, 1309, n° 5, obs. F. Mailhé.

droit applicable à tout un contentieux, mais seulement à une question de droit et, comme on l'a vu, l'extension du jeu d'une règle de conflit substantielle aux difficultés de preuve ne se justifie que par le lien fort qu'entretiennent le fond et la preuve. Or, les exemples précités pourraient être soulevés à l'occasion de presque n'importe quel contentieux : le témoignage du fils contre le père dans une affaire commerciale, la correspondance du juriste d'entreprise au sujet d'un accident survenu chez une filiale, le secret défense, pour avérer l'activité d'une société sur un territoire en guerre. Dès lors, l'extension du droit applicable au fond à l'argument de la confidentialité de l'information ne se justifierait pas.

32. Pour une raison identique, et bien que la jurisprudence française paraisse préférer procéder ainsi⁴⁸, l'extension du droit du for n'est pas non plus souhaitable. Ces règles de confidentialité peuvent, bien sûr, viser à interdire certaines communications lors d'une procédure judiciaire. Mais ces règles sont des protections ou des prohibitions qui ont vocation à être pérennes, pas à changer à chaque nouveau tribunal saisi. Si elles sont destinées, parfois, à être utilisées lors d'une procédure, elles ne sont pas fonction d'une procédure, mais bien d'une activité ou d'un statut.

33. Secret bancaire, interdiction de témoignage familial, confidentialité des correspondances professionnelles, tous ces secrets, imposés ou protégés, devraient ainsi être pris en compte sur le fondement de la loi de l'activité qui les justifie : effet du mariage ou de la filiation, fonctionnement de la société, établissement de l'avocat⁴⁹. La difficulté viendrait de ces confidentialités qui pourraient être attachées par la loi à des activités elles-mêmes moins règlementées comme la correspondance intime d'une personne ou le secret de la confession. Peut-être qu'ici la solution

pourrait venir du droit de la propriété intellectuelle, en cherchant le couvert de la loi pour laquelle la protection est réclamée⁵⁰.

34. Dans la mesure où la question sera souvent soulevée, en pratique, à l'occasion de mesures d'instruction, l'articulation de cette loi avec le droit du for se posera souvent. À titre de piste de résolution, on pourrait imaginer d'utiliser la technique de la prise en considération : faire jouer une règle générale d'inadmissibilité de la preuve connue du droit applicable en considérant que l'une de ses conditions, l'illicéité par exemple, est remplie au regard de ce droit applicable au secret⁵¹. Ainsi, le caractère étranger d'un secret d'affaires n'interdirait évidemment pas, par exemple, de bénéficier du mécanisme prévu par le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 qui permet au juge de prendre connaissance d'une information couverte par le secret des affaires sans le dévoiler aux autres parties⁵².

35. On peut alors se demander si le conflit a besoin d'être résolu de manière tranchée par une règle de conflit. Comme cela a déjà été proposé en matière d'admissibilité des modes de preuve⁵³, on pourrait envisager de tenir compte de plusieurs lois selon une articulation, libérale ou restrictive, qui dépendrait de la perception par le droit français lui-même du secret en question. En définitive, on en arrive à s'interroger : entre pratique bricoleuse et théorie idéaliste, la solution ne se trouverait-elle pas hors du conflit de lois ?

B. Au-delà du conflit ?

36. Il faut en effet d'abord observer que, en ce qui concerne de nombreuses mutations observées dans ce dossier, le droit de la preuve s'est notamment fondamentalisé, en introduisant notamment le droit à la preuve. Or, ce droit général, transversal, ne peut que transcender tant les catégories du droit de la preuve que du

48. Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-20495, préc. ; CA Paris, pôle 5, ch. 16, 14 févr. 2023, préc.

49. J.-Ch. Jais, C. Cavicchioli et A. de Mazières, « La confidentialité des correspondances internationales des avocats et juristes en entreprise – la question du droit applicable », *JDI* 2020, var. 8 ; A. d'Ornano, « Sur les règles professionnelles des avocats à l'épreuve des frontières », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 382.

50. Solution discutée en matière de secret des affaires, ce dernier provenant d'un texte international de droit de propriété intellectuelle (accord ADPIC) mais transposé en droit français dans le code de commerce. V. E. Treppoz, « Secret d'affaires. De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux », *Prop. Ind.* 2018, dossier 7.

51. P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé, op. cit.*, n° 144.

52. C. com., art. R. 153-2 et s.

53. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, n° 193 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, op. cit.*, n° 543.

droit international privé de la preuve. Après un travail de fond de la doctrine française⁵⁴ et une évolution progressive de la jurisprudence⁵⁵, c'est en effet aujourd'hui l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui le fonde, liant ainsi la preuve au droit à un tribunal impartial et indépendant⁵⁶. En outre, il est fréquemment utilisé à titre de contrepoint à d'autres droits subjectifs, comme le droit à la vie privée ou le secret des affaires⁵⁷.

37. Droit fondamental, usé à titre de sauvegarde lorsque le droit positif parvient à des résultats contraires, le droit à la preuve possède la valeur et le mode opératoire de l'ordre public international⁵⁸. Si ce dernier n'est, en matière de preuve, qu'assez peu utilisé⁵⁹, le développement du droit à la preuve pourrait lui donner un regain important. La chose, toutefois, est conditionnée à l'application d'un droit étranger. Or, outre que le droit français est régulièrement utilisé sans égard pour le conflit de lois, comme on l'a vu, certaines décisions récentes montrent une autre technique de résolution de la question.

38. Il faut en effet noter, ensuite, que la cour d'appel de Paris a parfois utilisé l'argument d'une proximité du droit français avec le droit étranger argué d'applicabilité pour justifier de certaines solutions⁶⁰. La technique, appelée technique de l'équivalence, n'est pas des plus satisfaisantes⁶¹. L'équivalence n'est, bien sûr, pas une mauvaise solution par elle-même, mais elle exige de la part de l'interprète une analyse plus fine encore que l'application d'un droit étranger. Le juge ne saurait donc l'employer avec facilité et les exemples proposés par la jurisprudence convainquent aisément du fait que ce n'est pas pour les juges français une méthode pertinente.

39. Une dernière piste, enfin, est en cours d'exploration. Il s'agit de la volonté de plusieurs juridictions de proposer une interprétation plus ouverte du droit judiciaire français lui-même afin de se rapprocher de certaines solutions connues à l'étranger, notamment celles des droits américain ou anglais. Ainsi le protocole de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris propose-t-il notamment des règles de production forcée de documents, d'audition de témoins, plus souples que l'interprétation habituelle des règles du code de procédure civile⁶². Peut-être le code de procédure civile est-il d'une interprétation moins stricte qu'on a l'usage d'en faire. Sa relative rigidité serait le produit de cette nécessaire standardisation des procédures déjà évoquée plus haut. L'adaptation des contentieux, souhaitée par la doctrine internationaliste comme par une partie de l'État au moins comme le montre la loi du 13 juin 2024 consacrant la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, pourrait alors se faire sur la base de nouvelles règles matérielles de procédure civile internationale, spécialement adaptées à ces litiges, à l'instar de ce que l'on a déjà fait pour le droit de l'arbitrage. Créer des règles françaises propres aux litiges internationaux serait d'ailleurs dans l'air du temps, celui du développement d'une relative, mais véritable, concurrence internationale entre des juridictions spécialisées. Il ne faudrait pas oublier que les preuves sont souvent d'abord envisagées sous l'égide d'un droit étranger qui a un trait à l'application ou du moins, à sa prise en compte. Mais après tout, le droit de la preuve, comme celui de la procédure, ne s'est-il pas d'abord développé par la pratique ?

54. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 274.

55. V. déjà Com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, sur le fondement du principe de l'égalité des armes.

56. CEDH, 13 mai 2008, n° 65097/01, *NN et TA c/ Belgique*; Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-14177.

57. G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1.

58. V. R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé : Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020.

59. V. au sujet d'un jugement algérien s'étant prononcé sur la seule base d'un « témoignage », anonyme, d'un évènement vieux de plus de cent ans, Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-24013, *JCP G* 2017, 1124, note F. Mailhé.

60. V. à titre d'exemple, là encore, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 février 2023, préc.

61. H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 303.

62. G. Hannotin et R. Reece, « Regard critique sur les protocoles relatifs à la procédure devant les chambres internationales du tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris », *RDAl/ILBJ* 2018, p. 363 et le dossier tiré de la conférence à la cour d'appel de Paris, « L'attractivité de la place de Paris, Les chambres commerciales internationales : fonctionnement et trajectoire », *RLDA* 2019, n° 152, particulièrement les interventions relatives à « La procédure : pratiques et outils ».

Dossier

La preuve en métamorphoses

L'évolution de la preuve en droit anglais des *torts*

Caroline Kahn

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre

1. Contrairement au droit français de la responsabilité civile délictuelle, qui repose sur un principe général de responsabilité, le droit anglais est fondé sur la création de délits civils spéciaux, appelés *torts*¹. Il existe à l'heure actuelle plus de 70 *torts* différents², lesquels ont vocation à protéger des intérêts de natures très variées³. En effet, « en principe, il existe autant de *torts* que de droits élémentaires dont les individus disposent les uns à l'égard des autres »⁴. L'efficacité de la protection de ces droits dépend évidemment de la capacité des demandeurs à en rapporter la preuve. La fameuse expression anglaise « *remedies precede rights* » – qui pourrait se traduire de façon littérale « là où il y a un remède, il y a le droit », mais qui sert plutôt à exprimer l'idée selon laquelle « la procédure détermine les droits » – peut être transposée à la question pro-

batoire : sans preuve des conditions posées par chaque *tort*, le droit protégé par le *tort* invoqué est dépourvu d'efficacité. Le format de la présente étude rend l'analyse détaillée des conditions de preuve attachées à chacun des *torts* impossible, tant ceux-ci sont nombreux. Nous proposons toutefois de dégager les grands traits relatifs aux évolutions de la preuve concernant certains *torts* en droit anglais.

2. Plus précisément, deux tendances seront analysées. En principe, l'absence de preuve des conditions d'un *tort* doit paralyser l'action du demandeur (I). Une évolution vers une plus grande flexibilité en la matière peut toutefois être relevée : il existe des situations exceptionnelles dans lesquelles l'indemnisation par un *tort* est admise *en dépit* de difficultés probatoires subies par le demandeur (II).

1. A. Burrows, *English Private Law*, Oxford University Press, 2013, p. 929 et s., n° 17.05 et s.; R. David, C. Jauffret-Spinosi et M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Dalloz, 2016, p. 254, n° 266. La création des *torts* puise son origine historique dans la procédure formulaire des *writs* (brefs) à laquelle devaient satisfaire les plaideurs au Royaume-Uni à partir du x^e siècle : les justiciables devaient répondre aux strictes conditions d'un *writ* pour obtenir gain de cause, mais ces *writs* n'existaient qu'en nombre limité. Si le mauvais *writ* était plaidé, l'action était vouée à l'échec. La rigidité tenant à la sélection du bon *writ* a disparu, mais la division entre des délits spéciaux perdue à travers l'existence des *torts*. Précisons que pour éviter le risque de dénaturation du sens des différents concepts provenant du droit des *torts*, les concepts étudiés ne feront pas l'objet d'une traduction en français.

2. A. Burrows, *English Private Law*, op. cit., p. 929, n° 17.06.

3. Voici quelques exemples reflétant la diversité des intérêts protégés par les différents *torts* : le *tort of battery* permet la réparation du dommage corporel causé par un contact intentionnel avec une personne ; le *tort of trespass to land* sanctionne l'entrée sans autorisation sur la propriété d'autrui ; le *tort of private nuisance* condamne l'atteinte à la jouissance de la propriété ; le *tort of inducing breach of contract* protège des pertes économiques résultant de l'incitation faite par un tiers à un contrat, vis-à-vis de l'un des cocontractants, à ce que celui-ci n'exécute pas ses obligations contractuelles. Pour une présentation très claire des différents *torts*, v. le manuel : N. McBride et R. Bagshaw, *Tort law*, 6^e éd., Pearson, 2018.

4. N. McBride et R. Bagshaw, *Tort law*, op. cit., p. 5 (la traduction est de nous) : « *In principle, there are as many different torts as there are different basic rights that tort law gives us against other people.* »

I. La paralysie de l'action fondée sur le droit des torts pour défaut de preuve

3. L'absence de preuve de certains éléments factuels peut entraver l'efficacité d'une action fondée sur un *tort*, à deux égards. Soit l'absence de preuve est susceptible d'entraver la reconnaissance d'un intérêt digne de protection par un *tort* (A), soit il peut être considéré que la réparation ne devrait pas avoir lieu, parce que le demandeur n'aurait pas satisfait le standard de preuve de l'une ou plusieurs conditions d'un *tort* (B).

A. L'exclusion de la réparation par l'absence de reconnaissance d'un intérêt méritant la protection d'un tort

4. Chaque *tort* est créé pour répondre à un impératif de protection relatif à un intérêt déterminé. Autrement dit, seules certaines catégories d'intérêts ont vocation à être préservées par des *torts*. Ceci signifie que *tous les intérêts ne bénéficient pas forcément d'une protection*.

5. Il semblerait que certaines catégories d'intérêts soient exclues de la sphère de protection offerte par les *torts*, parce qu'il serait considéré comme trop difficile d'en rapporter la preuve. Les exemples de la réparation des troubles psychiatriques et des préjudices moraux peuvent servir à illustrer cette tendance.

Soulignons à titre préalable que ces deux exemples concernent la mise en œuvre du *tort of negligence*. Ce *tort* ouvre un régime de responsabilité fondé sur les conditions suivantes : un *duty of care* (un devoir de prudence et de diligence) doit être dû par le défendeur au demandeur ; le défendeur doit avoir commis un *breach of duty of care* (une rupture du devoir de pru-

dence et de diligence) ; lequel doit être en lien de *causalité* avec un *dommage*⁵. Il s'agit du *tort* qui se rapproche le plus du principe général de la responsabilité civile tel qu'on le conçoit en droit français⁶. Parce qu'il fait l'objet d'un contentieux volumineux, et de l'intérêt doctrinal le plus soutenu, nous nous focaliserons principalement sur les conditions de preuve du *tort of negligence*.

En principe, seuls les dommages prévisibles peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur le fondement de ce *tort*⁷ : la prévisibilité est à la fois un critère de reconnaissance du *duty of care*, du *breach of duty of care* et de la causalité⁸. Concernant les dommages corporels, la prévisibilité du dommage n'est pas difficile à prouver, dès lors qu'il existe un rapport causal entre le *breach of duty of care* et le dommage. La tâche est parfois plus difficile concernant d'autres types d'atteinte.

6. C'est le cas par exemple en matière de troubles psychiatriques : parce que la prévisibilité de ce type d'atteinte est parfois difficile à démontrer, alors le *tort of negligence* en conçoit la réparation de façon extrêmement restrictive. La difficulté à prouver le rapport causal entre un comportement donné et un trouble psychiatrique motive parfois les juges anglais à entraver la protection offerte par le *tort of negligence*, au moyen d'un refus de reconnaître l'existence d'un *duty of care*. Les conditions du *tort of negligence* sont ainsi interconnectées : l'absence de *duty of care* (et donc, l'absence de protection offerte par le *tort*) est parfois implicitement motivée par la prise en compte de difficultés de preuve des autres conditions du *tort* : si la causalité est difficile à appréhender, et le dommage complexe à évaluer, alors cela implique que l'intérêt à la réparation du demandeur n'est pas suffisam-

5. Sur la définition du *tort of negligence*, v. plus précisément J. Fleming, C. Sappideen et P. Vines, *Fleming's The Law of Torts*, 10^e éd., The Law Book Company Limited, 2011, p. 121, n° 6.10.

6. N. McBride et R. Bagshaw, *Tort law*, op. cit., p. 5 : « *there is one tort, negligence, that encompasses the violation of a large number of different rights that we have against other people that they take care not to harm us in some way, or take care to help us in some way.* »

7. V. en ce sens les arrêts : *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 ; *Anns v. Merton LBC* [1978] AC 728 ; *Caparo v. Dickman* [1990] 2 AC 605. Dans l'arrêt *Donoghue*, le fameux « *neighbour principle* » (c'est-à-dire, le principe selon lequel un *duty of care* est dû par chacun à son « prochain » de ne pas lui causer de dommage) est exprimé ainsi : « *You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour.* »

8. La prévisibilité est l'un des critères d'appréciation de l'existence d'une *duty of care* (v. les arrêts cités dans la note précédente). Il s'agit aussi d'un critère d'évaluation du *breach of duty of care* puisqu'un comportement peut être considéré comme négligent dès lors qu'il était prévisible que le dommage survienne (v. plus précisément, *infra*, n° 14). Enfin, seuls les dommages prévisibles peuvent en principe être considérés comme avoir été causés par le *breach of duty of care* (v. l'arrêt *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd. (the Wagon Mound)* [1961] 1 All ER 404).

ment fort pour qu'un *duty of care* soit reconnu. Cela revient à considérer que certains troubles psychiatriques ne sont pas estimés comme des intérêts dignes de protection par le droit des torts.

Voici un exemple de décision qui illustre cette tendance : l'arrêt *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire*⁹ concernait l'accident du stade de football de Hillsborough de 1989. Avant un match de football, 97 personnes avaient été tuées et des centaines d'autres blessées, à cause d'un mouvement de foule imputable au manque de vigilance des forces de police quant à l'agencement des barrières de sécurité du stade. De nombreuses personnes avaient initié des actions fondées sur le *tort of negligence*, pour obtenir la réparation des troubles post-traumatiques dont elles avaient souffert après avoir assisté à la scène. Certaines de ces personnes avaient vu leurs proches (parents, enfants, époux ou épouses, frères et sœurs) se faire écraser dans le mouvement de foule. Les témoins de la scène étaient eux-mêmes situés dans le stade ou avaient visionné les images de la catastrophe en direct à la télévision. D'autres personnes avaient dû identifier les corps de leurs proches dans la morgue qui avait été installée dans le stade quelques heures après. La Chambre des Lords accepta de reconnaître qu'un *duty of care* n'était dû qu'à certaines catégories de ces demandeurs. Deux critères avaient été retenus pour écarter des demandes. Le premier critère était relatif au lien d'affection entre la victime directe du mouvement de foule et le demandeur atteint de stress post-traumatique : seules les relations

entre parents et enfants, les relations maritales ou de fiançailles pouvaient en principe ouvrir un droit à la réparation. Un « proche lien d'amour et d'affection »¹⁰ entre ces catégories de personne était *préssumé*, de façon à ce que la prévisibilité du dommage – conditionnant le succès de l'action fondée sur le *tort of negligence* – le soit aussi. Concernant les autres types de relations, telles que les relations entre frères, par exemple, il était considéré qu'il n'existait pas suffisamment de preuves d'un lien d'amour ou d'affection suffisamment fort pour justifier la présomption de proximité, et permettre la présomption de prévisibilité¹¹, parce que l'amour fraternel était considéré comme pouvant varier trop fortement d'une famille à une autre¹². Le deuxième critère était relatif à la situation spatio-temporelle du demandeur par rapport à la victime : seules les personnes présentes dans le stade au moment même de l'accident pouvaient obtenir gain de cause¹³. L'une des raisons¹⁴ ayant motivé ce deuxième critère tient également à une considération de preuve : il serait plus difficile de prouver la causalité entre l'accident et les troubles psychiatriques subis par les demandeurs qui n'auraient pas été témoins de la scène de leurs propres yeux ; et il serait à l'inverse plus facile de prouver la réalité même du dommage concernant les demandeurs ayant directement assisté à la scène. Autrement dit, parce que certains éléments de preuve sont considérés comme difficiles à rapporter (la réalité d'un lien d'affection entre la victime de l'accident et la victime du trouble psychiatrique, la causalité entre l'accident et le dommage psychiatrique et la réalité du

9. *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire* [1992] 1 AC 310. V. aussi sur la circonscription de la réparation du dommage psychiatrique : *McLoughlin v. O'Brian* [1983] 1 AC 410.

10. « *A close tie of love and affection* ».

11. À propos d'un frère ayant vu ses deux autres frères mourir dans la catastrophe du stade de Hillsborough, Lord Ackner affirma : « [...] *there was no evidence to establish the necessary proximity which would make his claim reasonably foreseeable* » (p. 406).

12. « *The quality of brotherly love is well known to differ widely – from Cain and Abel to David and Jonathan.* » (Lord Ackner, p. 406). Les frères ne bénéficiaient pas de la présomption de prévisibilité offerte aux parents, enfants, époux et fiancés, mais pouvaient toutefois tenter d'apporter des éléments de preuve suffisants pour démontrer un lien d'affection suffisamment fort pour justifier la reconnaissance d'un *duty of care*. En l'occurrence, dans l'arrêt *Alcock*, une telle preuve n'avait pas été rapportée.

13. À l'exclusion des personnes ayant témoigné de la scène en regardant la télévision, et des personnes ayant identifié des corps dans la morgue quelques heures après l'accident.

14. D'autres raisons ont motivé la circonscription des actions pour dommage psychiatrique à des catégories de personnes très limitées. La principale d'entre elles repose sur le « *floodgates argument* ». Cette expression (qui signifie littéralement « l'argument des vannes ») renvoie à l'inquiétude souvent exprimée dans les décisions anglaises que la responsabilité soit prononcée à l'encontre des défendeurs à l'égard d'une catégorie indéterminée de personnes, de sorte que le volume de procès soit à risque d'augmenter de façon trop importante. Ainsi, dans le cas du dommage psychiatrique, les juges anglais s'opposent à ce que n'importe quelle personne (un passant, sans lien familial ou amical avec la victime directe, par exemple) puisse obtenir une indemnisation pour le trouble mental suscité par le témoignage d'une scène choquante. Sur le *floodgates argument*, v. J.-M. Williams et O. Segal, *Psychiatric injury, policy and the House of Lords*, *Journal of Personal Injury Litigation*, 1999, p. 102.

dommage psychiatrique lui-même), la réparation par le *tort of negligence* est entravée, faute de reconnaissance d'un *duty of care*. Remarquons que la décision *Alcock* était relative à l'indemnisation du dommage psychiatrique, c'est-à-dire de la survenance d'une maladie mentale telle qu'un trouble de stress post-traumatique. Le simple préjudice moral (« *pure distress* »¹⁵), n'est au contraire *jamais* indemnisé : la quasi-impossibilité de sonder la réalité et l'étendue du mal subi constitue un obstacle probatoire tel pour le droit anglais que la réparation n'est pas admise par le *tort of negligence*¹⁶.

7. En définitive, les difficultés que pourraient encourir les plaideurs à rapporter la preuve de certains dommages (ou la volonté des juridictions de considérer ces dommages comme improuvables, car trop personnels) peuvent être à la source d'un refus d'ouvrir la protection par le *tort of negligence*, par l'absence de reconnaissance d'un *duty of care*.

B. L'exclusion de la réparation par l'absence de satisfaction des standards de preuve des conditions d'un tort

8. Il arrive également qu'un certain type de dommage soit considéré comme un intérêt méritant la protection de l'un des *torts*, mais que l'action du demandeur échoue, faute de satisfaction des conditions tenant au standard et à l'objet de la preuve.

9. Le *standard* de preuve en droit des *torts* est déterminé par la *balance of probabilities* (balance

des probabilités) : pour que les conditions de la responsabilité soient considérées comme satisfaites, le demandeur doit prouver qu'elles existent de façon plus probable qu'improbable¹⁷. Autrement dit, le demandeur doit prouver qu'il existe une probabilité supérieure ou égale à 50 % que la condition avancée est remplie¹⁸. Le système accusatoire anglais permet aux parties de solliciter, pendant le déroulement du procès, des experts destinés à appuyer ou à discréditer l'hypothèse d'une preuve satisfaite selon le standard de la *balance of probabilities*¹⁹.

10. Prenons l'exemple de la condition de la causalité dans le *tort of negligence* : le demandeur doit prouver qu'il est plus probable qu'improbable que le dommage dont il a souffert ait été causé par le *breach of duty of care* du défendeur. Plus précisément, en matière causale, l'objet de la preuve est la démonstration du « *but for test* »²⁰ : pour prouver la causalité, on se demande si en l'absence (« *but for* ») du *breach of duty*, le dommage se serait tout de même produit, selon une probabilité supérieure ou égale à 50 %.

11. Il n'est pas rare que la preuve de la causalité soit entravée par l'absence de satisfaction de la *balance of probabilities* : c'est le cas dans le domaine de la responsabilité médicale. Dans l'arrêt *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*²¹, il était question d'un enfant qui s'était fracturé la hanche en chutant d'un arbre, et qui avait été immédiatement transporté à l'hôpital. L'équipe médicale l'ayant pris en charge

15. N. McBride et R. Bagshaw, *Tort law*, op. cit., p. 139.

16. V. par exemple l'arrêt précité *Alcock* : « *Mere mental suffering, although reasonably foreseeable, if unaccompanied by physical injury, is not a basis for a claim for damages.* » (Lord Ackner, p. 401). V. aussi notamment *Hinz v. Berry* [1970] 2 QB 40 : « *in English law, no damages are awarded for grief or sorrow caused by a person's death. No damages are to be given for the worry about the children, or for the financial strain or stress, or the difficulties of adjusting to a new life. Damages are, however, recoverable for nervous shock, or, to put it in medical terms, for any recognisable psychiatric illness caused by the breach of duty by the defendant.* » (Lord Denning MR, p. 42).

17. M. Redmayne, « Standards of Proof in Civil Litigation », *Modern Law Review*, 1999, vol. 62, p. 167 : « *It is well known that the standard of proof in a civil case is proof on the balance of probabilities, and that this means that the party bearing the burden of proof must prove that her case is more probable than not.* » En matière pénale, le standard de preuve est plus exigeant. Il repose sur une démonstration « au-delà de tout doute » (« *beyond reasonable doubt* »). Une quasi-certitude est exigée pour que la condamnation ait lieu.

18. A. Kean et P. McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 10^e éd., Oxford University Press, 2014, p. 109.

19. T. Hodgkinson et M. James, *Expert Evidence, Law and Practice*, 4^e éd., Sweet & Maxwell, 2015, p. 3 et s. ; L. Phipson et H. Malek, *Phipson on Evidence*, 19^e éd., Sweet & Maxwell, 2018, p. 1179, n° 33-10 ; F. Terré et H. Motulsky (dir.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t. xxxii, 1969, p. 18.

20. Qui correspond à la recherche d'une condition *sine qua non* : est-ce qu'en l'absence d'un fait déterminé, le dommage se serait tout de même produit ? En cas de réponse négative, la causalité est considérée comme prouvée, selon la théorie de l'équivalence des conditions. Sur le *but for test*, v. J. Fleming, C. Sappideen et P. Vines, *Fleming's The Law of Torts*, op. cit., p. 228, n° 9.20 ; N. McBride et R. Bagshaw, *Tort law*, op. cit., p. 260.

21. *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] AC 750.

avait commis un *breach of duty of care*, en se trompant initialement de diagnostic, ce qui retarda le traitement de cinq jours. L'enfant souffrit d'une nécrose avasculaire de la hanche : une maladie provoquée par un déficit de sang, entraînant de graves problèmes d'articulation. Il était impossible de rapporter la preuve de la causalité entre le *breach of duty of care* des médecins et la maladie de l'enfant sur les fondements du *but for test* et de la *balance of probabilities* : on ne pouvait pas savoir s'il était plus probable qu'improbable que l'enfant n'aurait pas souffert de sa maladie si sa prise en charge médicale avait été immédiate, parce qu'il était possible qu'au moment de sa chute, le nombre de vaisseaux sanguins présents dans sa hanche ait été déjà trop faible pour qu'un traitement quel qu'il soit améliore sa situation. En effet, il existait seulement une probabilité de 25 % que le nombre de vaisseaux sanguins de la hanche de l'enfant soit suffisant au moment de sa chute pour qu'un traitement immédiat eût été efficace : le standard des 50 % exigé par la *balance of probabilities* pour prouver la causalité était donc loin d'être atteint. La Chambre des Lords s'opposa à la solution du juge de première instance et de la cour d'appel d'indemniser la perte d'une chance de 25 % d'éviter le dommage. Parce que la preuve de la causalité du dommage n'avait pas été rapportée par référence à la *balance of probabilities*, la demande en réparation devait donc échouer²².

12. Le succès de l'action fondée sur le *tort of negligence* dépend aussi du contenu de l'*objet* de la preuve. Voyons ce qu'il en est concernant le *breach of duty of care* – le manquement à un devoir de prudence, c'est-à-dire l'équivalent conceptuel d'une faute civile²³. Plusieurs *tests* ont été créés pour prouver l'adoption d'un comportement négligent. Les *tests* sont des formules, destinées à déterminer ce *qui doit être prouvé* par référence à la *balance of probabilities* pour que l'action aboutisse : autrement dit, il s'agit de l'*objet* de la preuve.

13. Le premier de ces *tests* est le critère objectif du « *man on the Clapham Omnibus* »²⁴, c'est-à-dire de la personne raisonnable. En principe, une personne ne sera estimée comme négligente que s'il est démontré (selon le standard précédemment exposé de la *balance of probabilities*) qu'une personne raisonnable placée dans la même situation n'aurait pas adopté le même comportement²⁵.

14. Un autre *test* repose sur la mise en balance du coût de la précaution qui aurait été nécessaire pour éviter le dommage, de la prévisibilité du dommage et de la gravité du dommage²⁶. Dans l'arrêt *Paris v. Stepney Borough Council*²⁷, un employeur n'avait pas fourni de lunettes de sécurité à un mécanicien borgne. Ce dernier est devenu totalement aveugle, après qu'un morceau de métal ait blessé l'œil duquel il pouvait encore voir. Il était très clair que le coût de la

22. Le refus d'indemniser la perte de chance médicale fut réitéré sur le fondement de l'absence de preuve de la causalité dans l'arrêt *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2 : la négligence d'un médecin avait causé le retard de diagnostic du cancer d'un patient, et avait diminué ses chances de guérison de 42 % à 25 %. Puisqu'il était impossible de démontrer qu'il y avait 50 % de probabilités que le retard de diagnostic avait empêché la guérison, la preuve de la causalité échoua. La Chambre des Lords refusa d'indemniser la perte de chance de guérison de 17 %.

23. Même si ces deux faits générateurs de responsabilité ne sauraient être tenus pour équivalents. En principe, en droit français, la faute sanctionne *tout comportement* contraire au standard de prudence d'une personne raisonnable qui serait à l'origine d'un dommage. En droit anglais, le *breach of duty of care* se veut *relatif* quant aux personnes et aux intérêts protégés : seules certaines catégories de dommages peuvent faire l'objet d'une protection par un *duty of care*, ce qui signifie que tous les comportements imprudents ne constituent pas des *breaches of duty of care*.

24. V. l'utilisation de cette expression dans l'arrêt *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582, spéc. p. 586 (McNair J.). L'expression renvoie à « Monsieur tout le monde », soit le standard moyen d'une personne normale et raisonnable, comparable au bon père de famille connu du droit français.

25. *Nettlehip v. Weston* [1971] 2 Q 691 : il était question, dans cet arrêt, du standard de comportement applicable à une conductrice inexpérimentée. Devait-elle être tenue au standard d'un conducteur débutant, ou à celui d'un conducteur expérimenté ? La *Court of Appeal* trancha en faveur du standard du conducteur expérimenté. En effet, il fut souligné que le *breach of duty of care* devait être apprécié de la même façon pour tous les conducteurs, et qu'il n'était pas possible de prendre en compte le niveau de conduite propre à chaque individu.

26. Les arrêts anglais rendus en la matière s'inspirent de la formule créée par le juge américain Learned Hand dans l'arrêt *United States v. Carroll Towing Co* 159 F.2d 169 (1947).

27. *Paris v. Stepney Borough Council* [1951] AC 367.

précaution nécessaire à éviter le dommage (procurer des lunettes de protection) était inférieur au degré de prévisibilité (il était prévisible qu'un mécanicien se blesse à l'œil par le maniement de ses outils) et au degré de gravité du dommage (une cécité totale). Dans l'arrêt *Bolton v. Stone*²⁸, une personne se situant en dehors d'un terrain de cricket a été atteinte et blessée par une balle. Le coût de la précaution qu'il aurait fallu déployer pour éviter un tel dommage correspondait soit à la construction de barrières plus élevées que celles qui existaient déjà autour du terrain de cricket, soit à la cessation de l'activité du club de cricket. Il a été estimé que ce coût était trop élevé par rapport à la prévisibilité du dommage : le risque qu'une personne reçoive une balle de cricket alors qu'elle se situait en dehors du terrain était d'une probabilité faible. Ainsi, aucun *breach of duty of care* n'avait été commis par le club de cricket.

Est-il plus difficile pour un demandeur de rapporter la preuve du *breach of duty of care* sur le fondement d'une telle mise en balance que sur le fondement du simple standard de la personne raisonnable ? Rien n'est moins sûr, puisque le comportement attendu de la part d'une personne raisonnable est susceptible de faire intervenir la même grille de critères que ceux qui ont été pris en compte dans les deux arrêts envisa-

gés. En effet, il aurait été raisonnable pour l'employeur de fournir des lunettes de protection au mécanicien, précisément car toute personne raisonnable aurait eu en tête la prévisibilité et la gravité du risque de perte de vision encouru, et qu'une telle mesure n'aurait pas eu un coût matériel important. De même, une personne raisonnable n'aurait pas envisagé la construction de barrières de sécurité d'une hauteur démesurément importante par rapport au faible risque qu'une balle de cricket atteigne un passant situé en dehors du terrain.

15. Il faut également souligner que pour certaines catégories de défendeurs, l'objet de la preuve du *breach of duty of care* est altéré : c'est le cas concernant la responsabilité des professionnels. Un *breach of duty of care* ne peut pas être reconnu à l'encontre d'un professionnel ayant agi en conformité avec une pratique acceptée par d'autres professionnels de son corps²⁹, sauf si cette pratique apparaît comme étant illogique³⁰.

16. En somme, la preuve des conditions des *torts* – et plus spécifiquement du *tort of negligence* – repose sur l'adéquation entre la situation d'une espèce donnée à un standard quantitatif (*balance of probabilities*) et à la définition donnée à l'objet de la preuve (pour la causalité :

28. *Bolton v. Stone* [1951] AC 850.

29. *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582 : l'arrêt avait été rendu à propos d'un médecin qui n'avait pas prescrit de relaxants musculaires et n'avait pas immobilisé son patient pendant un traitement par électrochocs. Le patient avait souffert de fractures pendant le traitement. Une partie de la communauté médicale estimait que les relaxants musculaires limitaient le risque de fractures pendant le traitement, une autre s'abstenait d'en prescrire, à cause d'un faible risque de décès. Un débat caractérisait également la question de l'immobilisation du patient pendant ce type de soins : certains médecins étaient d'avis qu'une immobilisation limitait le risque de fracture, d'autres pensaient plutôt au contraire qu'une immobilisation en augmentait le risque. En l'espèce, le médecin s'était conformé à une pratique médicale admise par des membres de la communauté médicale, et n'avait donc pas commis de *breach of duty of care* : « [A doctor] is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art ». L'arrêt ultérieur *Darnley (Appellant) v. Croydon Health Services NHS Trust (Respondent)* [2018] UKSC 50 indique que le « *Bolam test* » s'applique également aux non professionnels de santé : la secrétaire médicale d'un hôpital avait commis un *breach of duty of care* envers un patient atteint d'une blessure à la tête en lui indiquant que sa prise en charge prendrait entre quatre et cinq heures (incitant le patient à rentrer chez lui plutôt qu'à attendre des soins, ce qui provoqua un retard dans sa prise en charge qui fut à l'origine d'une hémiparésie sévère), alors que n'importe quelle secrétaire médicale raisonnable et placée dans la même situation aurait indiqué une durée d'attente de seulement trente minutes. Ainsi, le « *Bolam test* » ne diffère pas grandement du test objectif de la personne raisonnable. Simplement, ce critère objectif est légèrement particularisé : le standard de comportement avec lequel est comparé le comportement du défendeur n'est pas celui de n'importe quelle personne raisonnable, mais d'un professionnel raisonnable exerçant le même métier : « *The standard required is that of an averagely competent and well-informed person performing the function of a receptionist at a department providing emergency medical care.* »

30. *Bolitho v. City & Hackney HA* [1998] AC 232 : dans cet arrêt, il était question de l'absence d'intubation d'un enfant atteint de troubles respiratoires. La décision de ne pas l'intuber avait satisfait le « *Bolam test* » : le médecin avait agi en conformité avec l'opinion d'une partie de la communauté médicale. Encore fallait-il, selon la Chambre des Lords, que cette pratique ne soit pas illogique ou irrationnelle (« *But if, in a rare case, it can be demonstrated that the professional opinion is not capable of withstanding logical analysis, the judge is entitled to hold that the body of opinion is not reasonable or responsible.* ») En l'espèce, la pratique qui consistait à s'abstenir d'intuber dans la situation du patient n'avait pas été estimée comme illogique ou irrationnelle.

le *but for test*; pour le *breach of duty* : critère de la personne raisonnable, mise en balance entre coût de précaution, prévisibilité et gravité du dommage, conformité logique et rationnelle à la pratique d'une profession). Dans les cas où une telle preuve serait trop difficile à rapporter, il est arrivé que la jurisprudence anglaise adopte une attitude plus flexible vis-à-vis des demandeurs, afin que leur réparation ne soit pas entravée.

II. La permission de la réparation par le droit des torts en dépit du défaut de preuve

17. Face à l'impossibilité pour certaines victimes éventuelles³¹ d'établir la preuve de leurs droits, il est arrivé que le droit anglais fasse preuve de souplesse. Il arrive parfois que le comportement incriminé soit considéré comme suffisamment grave pour que la démonstration d'un dommage soit présumée. Par exemple, dans certains cas, le *tort of defamation* (diffamation) ouvre un droit à réparation autonome de la preuve d'un dommage effectivement causé³².

18. Une évolution vers plus de flexibilité quant à la preuve des conditions du *tort of negligence* peut également être constatée. Ce mouvement se manifeste d'une part, à l'égard de la charge de la preuve des conditions du *tort of negligence*; et d'autre part, en ce qui concerne l'objet de la preuve des conditions substantielles du *tort of negligence* en tant que telles. Ainsi, nous nous intéresserons à la création d'une présomption portant à la fois sur le *breach of duty of care* et la causalité (A), et à l'admission exceptionnelle facilitée de la preuve causale (B).

A. La permission de la réparation par la présomption d'un breach of duty of care et de la causalité

19. La preuve d'un *breach of duty of care* pèse en principe sur le demandeur³³. Dans l'hypothèse où il ressortirait manifestement des faits que le défendeur aurait adopté un comportement négligent, la charge de la preuve du *breach of duty of care* et de la causalité est toutefois inversée. Il appartient alors au défendeur de prouver qu'il n'a pas adopté de comportement négligent³⁴. Il s'agit de la mise en œuvre de l'adage *res ipsa loquitur* (« la chose parle d'elle-même ») : si les explications du dommage ne sont pas connues, mais qu'il semble évident que le dommage ne peut être qu'imputable à un comportement fautif, alors le *breach of duty of care* et la causalité sont présumés.

20. Par exemple, une personne blessée par un baril de farine lui étant tombé sur la tête alors qu'elle passait devant un magasin a pu bénéficier de la présomption de *breach of duty of care* du propriétaire du magasin (dans la mesure où une telle chute d'objet résulte bien souvent d'une imprudence humaine)³⁵. Dans le même ordre d'idée, le *breach of duty of care* d'un employeur a été présumé lorsque six sacs remplis de sucre sont tombés sur l'un de ses salariés³⁶. Le *breach of duty of care* d'un médecin a également été présumé lorsque son patient est décédé après qu'un écouvillon n'ait pas été retiré de l'intérieur de son abdomen lors d'une intervention chirurgicale pour un ulcère perforé³⁷.

21. L'inversion de la charge de la preuve du *breach of duty of care* et de la causalité grâce à l'application de l'adage *res ipsa loquitur* n'est

31. Dans la situation où un demandeur ne parvient pas à prouver l'une des conditions nécessaires à son action, il ne peut s'agir que d'une victime *éventuelle* : il n'est pas sûr par exemple que le retard du traitement ait causé la maladie de l'enfant dans l'arrêt *Hotsen* précité, par exemple. L'enfant ne serait donc que la victime éventuelle du *breach of duty of care* des médecins.

32. Pour plus de précisions sur la question, v. J. Goudkamp et D. Nolan, *Winfield and Jolowicz on Tort*, Thomson Reuters, 20^e éd., 2020, p. 352, n° 13-029.

33. J. Fleming, C. Sappideen et P. Vines, *Fleming's The Law of Torts*, op. cit., p. 355 et s., n° 13.10. V. aussi A. Kean et P. McKeown, *The Modern Law of Evidence*, op. cit., p. 101 : « The general rule, in civil cases, is that he who asserts must prove [...] For example, in an action for negligence, the claimant bears the legal burden of proving duty of care, breach of such duty, and loss suffered in consequence. »

34. N. McBride et R. Bagshaw, *Tort law*, op. cit., p. 252.

35. *Byrne v. Boodle* (1863) 159 ER 299.

36. *Scott v. London and St Katherine Docks Company* (1865) 3 H & C 595.

37. *Mahon v. Osborne* [1939] 2 KB 14. La même solution a été retenue pour établir la responsabilité d'un hôpital lorsqu'après un traitement postérieur à une opération de la main du patient, celle-ci devint totalement paralysée : *Cassidy v. Ministry of Health* [1951] 2 KB 343.

toutefois pas le fruit d'une évolution récente : les cas que nous venons d'évoquer concernent des arrêts rendus dès le milieu du ^{xix}^e siècle, et ne s'appliquent qu'aux situations dans lesquelles il est flagrant qu'un comportement constitutif d'un *breach of duty of care* a été à l'origine d'un dommage. Lorsque les faits d'une espèce donnée ne sont pas indiscutables quant au *breach of duty of care*, la charge de la preuve reste sur les épaules du demandeur³⁸. Le droit anglais ne conçoit donc les présomptions de responsabilité que de façon circonscrite.

22. La facilitation du fardeau probatoire ne résulte donc pas tant d'inversions de la charge de la preuve par la création de présomptions, que d'une modification substantielle du contenu de l'objet de la preuve attaché à certaines conditions de la responsabilité : voyons ce qu'il en est en ce qui concerne la causalité.

B. La permission de la réparation par l'admission facilitée de la causalité

23. Certes, les arrêts étudiés précédemment sur la perte de chance médicale semblaient démontrer une rigidité quant à l'exigence de preuve de la causalité. Cependant, dans certains domaines³⁹, il est arrivé que la jurisprudence fasse preuve d'une plus grande souplesse. Plusieurs décisions doivent être étudiées pour démontrer l'évolution du droit anglais vers plus de flexibilité quant à la preuve de la causalité dans le contexte du *tort of negligence*.

24. Le point de départ de cette évolution est l'arrêt *Bonnington Castings v. Wardlaw*⁴⁰ : après avoir été exposé sur son lieu de travail à de la poussière de silice, un ouvrier avait développé une pneumoconiose. Sa maladie était attribuable à deux causes *cumulatives* : d'une part, le manque de mesures de protection mises en place par

son employeur contre l'exposition à la poussière ; d'autre part, la poussière à laquelle le salarié était exposé de façon inévitable. En principe, il ne pouvait être prouvé que le *breach of duty of care* de l'employeur, qui n'avait pas pris les mesures de protection adéquates, était causal : le standard de la *balance of probabilities* ne pouvait être considéré comme atteint, puisque la maladie avait été causée par le cumul entre l'exposition créée fautivement et l'exposition créée « innocemment ». Autrement dit, il ne pouvait pas être établi avec une probabilité supérieure ou égale à 50 % qu'en présence de mesures de protection appropriées, le demandeur ne serait pas tombé malade, puisque sa maladie était pour partie imputable à une exposition irréductible à la poussière de silice. L'échec du *but for test* – faute de satisfaction de la *balance of probabilities* – n'empêcha pas la Chambre des Lords de considérer que, puisque le fait générateur de responsabilité avait *contribué matériellement au dommage*, il pouvait en être considéré comme la cause. Ainsi, le *but for test* fut exceptionnellement supplanté par le *material contribution to injury test*. L'objet de la preuve de la causalité a alors muté : s'il est plus probable qu'improbable qu'un *breach of duty of care* ait contribué à la survenance du dommage, alors la causalité est considérée comme prouvée. Il est important de noter ici que la solution ne revient pas à une présomption de causalité, qui passerait par une inversion de la charge de la preuve au profit du demandeur : il s'agit plutôt d'une transformation du critère du *but for test* – objet de la preuve de la causalité –, aux fins d'alléger le fardeau probatoire pesant sur le demandeur. Plutôt que d'exiger la preuve du *but for test* par la *balance of probabilities* (est-il plus probable qu'improbable qu'en l'absence de comportement négligent de l'employeur, la maladie du salarié ne serait pas

38. Par exemple, dans l'arrêt *Ratcliffe v. Plymouth & Torbay Health Authority; Exeter & North Devon Health Authority* [1998] PIQR 170, la *Court of Appeal* refusa d'appliquer l'adage *res ipsa loquitur* au cas d'un patient ayant souffert d'un déficit neurologique du côté droit de son corps postérieurement à une triple athrodèse (une opération chirurgicale destinée à soigner une déformation du pied), parce qu'une expertise médicale était nécessaire pour évaluer le comportement du médecin défendeur, et pour identifier la cause du dommage.

39. La différence entre les arrêts que nous nous apprêtons à étudier, dans lesquels les juges anglais font preuve de flexibilité quant à la démonstration de la causalité, et les arrêts étudiés précédemment sur le refus d'indemniser la perte de chance médicale à défaut de preuve de la causalité selon le standard de la *balance of probabilities*, tient peut-être à une volonté de ne pas faire peser la responsabilité sur des médecins. V. sur la question l'arrêt précité *Gregg v. Scott*, n° 90 (Lord Hoffmann).

40. *Bonnington Castings v. Wardlaw* [1956] AC 13. Cet arrêt ne concernait pas l'application du *tort of negligence*, mais celle d'un « *statutory duty* » (c'est-à-dire, une obligation légale). En l'occurrence, il était question de mesures obligatoires de protection des travailleurs contre l'exposition à la poussière de silice.

survenue ?), est exigée la preuve du *material contribution to injury test* par la *balance of probabilities* (est-il plus probable qu'improbable que le comportement négligent de l'employeur ait contribué à la maladie du salarié ?).

25. La Chambre des Lords poussa cette évolution un peu plus loin dans un arrêt *McGhee v. National Coal Board*⁴¹ : un salarié avait développé une dermatite suscitée par de la poussière de charbon présente sur son lieu de travail. Son employeur avait manqué à son *duty of care* en n'installant pas de douches pour que les salariés puissent rincer la poussière avant de rentrer chez eux. La causalité entre le *breach of duty of care* de l'employeur et la dermatite était impossible à démontrer sur le fondement du *but for test* et selon le standard de la *balance of probabilities* : on ne pouvait pas déterminer s'il était plus probable qu'improbable que l'absence de douche ait causé le dommage. Peut-être que la présence de douche aurait évité la dermatite du demandeur, mais il ne s'agissait que d'une hypothèse. Contrairement au cas précédent de *Bonnington*, il était également impossible de savoir si l'absence négligente de douche avait contribué ou non au dommage : peut-être que la présence de douches n'aurait fait aucune différence. Tout ce qu'il était possible d'affirmer de façon certaine était que l'employeur avait contribué à l'augmentation du risque de dermatite. Ceci suffit à la Chambre des Lords pour considérer que la causalité était prouvée selon un *material increase of risk test* : l'augmentation matérielle du risque par le défendeur, prouvée selon le standard de la *balance of probabilities*, permettait de retenir la causalité⁴².

26. Le fondement de l'augmentation matérielle du risque, démontré selon la *balance of probabilities*, fut également retenu dans les arrêts relatifs au contentieux de l'amiante pour considérer la causalité comme prouvée. Dans l'arrêt *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*⁴³, des ouvriers

avaient travaillé pour plusieurs employeurs successifs, avant de développer des mésothéliomes (de graves cancers du poumon, qui s'avèrent être systématiquement fatals). Tous les employeurs avaient commis un *breach of duty of care* en exposant négligemment leurs salariés à de la poussière d'amiante. Le problème était qu'il était impossible pour les salariés de prouver la causalité entre chacune des expositions effectuées par chaque employeur et leurs mésothéliomes selon le *but for test* et la *balance of probabilities*. En effet, en l'état actuel des connaissances scientifiques sur le mésothéliome, il est admis que cette maladie peut tout aussi bien être causée par une exposition unique que par un cumul d'expositions. Ainsi, la pluralité d'employeurs fautifs entravait la démonstration de la causalité : pour chacun d'entre eux, il était impossible de répondre à la question « est-il plus probable qu'improbable » ou « y a-t-il une probabilité supérieure ou égale à 50 % que le *breach of duty of care* ait causé le mésothéliome ? ». Il était tout aussi envisageable que chacun des employeurs ait été seul à l'origine du mésothéliome, que le cumul des expositions imputable à chacun ait été nécessaire pour causer la maladie. Autrement dit : la preuve de la causalité était impossible à rapporter pour les demandeurs, alors qu'il était certain que leur dommage était attribuable au *breach of duty* d'au moins l'un de leurs employeurs. La Chambre des Lords décida d'appliquer le *material increase of risk test* dégagé précédemment dans l'arrêt *McGhee* : puisqu'il était évident que chaque employeur avait augmenté le risque de mésothéliome subi par leurs salariés en les exposant à de la poussière d'amiante, la causalité entre chaque exposition et les mésothéliomes subis par les demandeurs était considérée comme acquise⁴⁴. Là encore, cette solution fut atteinte grâce à une mutation de l'objet de la preuve : plutôt que d'exiger une preuve du *but for test*, sur le fondement du standard de la *balance of probabilities*, fut exigée une preuve

41. *McGhee v. National Coal Board* [1972] 1 WLR 1.

42. La solution du *material increase of risk test* fut toutefois limitée aux hypothèses dans lesquelles le risque créé ne portait que sur l'exposition à un agent unique (dans l'arrêt *McGhee*, il s'agissait de la poussière de charbon) : dans l'arrêt ultérieur *Wilsher v. Essex Health Authority* [1988] AC 1074, dans lequel cinq agents différents avaient exposé le demandeur à un risque de dommage, la preuve de la causalité entre l'un de ces agents et le dommage ne fut pas admise.

43. *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32.

44. Après l'arrêt *Fairchild*, les demandeurs devaient diviser leurs actions contre chacun des employeurs fautifs pour obtenir la réparation intégrale de leurs mésothéliomes (*Barker v. Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572), puis le législateur intervint pour prévoir la solidarité des employeurs (Compensation Act 2006, s 3).

du *material increase of risk*, sur le fondement du standard de la *balance of probabilities*.

27. En conclusion, on peut dire que le droit anglais des *torts* est influencé par des impératifs d'ordre probatoire à deux égards : soit la protection par le tort est totalement rejetée, à cause de la difficulté à prouver un intérêt à réparation ; soit la protection par le *tort* est ouverte, mais le demandeur doit démontrer l'objet de la preuve par référence à la *balance of probabilities*. Cette démonstration est exigée en principe de façon

stricte par les juges anglais. Une évolution marque toutefois les contentieux dans lesquels la preuve de la causalité est trop difficile à rapporter par les demandeurs dont les dommages pourraient avoir été causés par leurs employeurs. En pareille hypothèse, une mutation de l'objet de la preuve est privilégiée : le *but for test* est supplanté par le *material contribution to injury test* et le *material increase of risk test*, pour alléger le fardeau probatoire pesant sur les épaules des demandeurs.

Dossier

La preuve en métamorphoses

La preuve en contentieux pénal international

Olivier Schaub

Maître de conférences à l'Université de Reims
Champagne-Ardenne
Chercheur associé au CRDH (Université
Paris-Panthéon-Assas)

1. La preuve *en contentieux* ce n'est pas le contentieux de la preuve. Aussi le contentieux que soulève la preuve devant les juridictions pénales internationales, si nourri et varié soit-il, ne saurait tout à fait intéresser ces lignes contribuant à un dossier dédié à *La preuve en métamorphoses*. Il s'agit plutôt de traiter de la preuve *dans* le contentieux que connaissent les juridictions pénales internationales, soit de la preuve du procès international pénal.

2. L'interrogation sur les métamorphoses de cette preuve pourrait alors conduire à mener des réflexions sur les transformations qu'elle a pu connaître dans le temps. Quelle forme la preuve dans le procès international pénal prend-t-elle aujourd'hui ? Surtout, a-t-elle adopté de nouvelles formes par rapport à celles des premiers procès ? S'il est vrai que ces questions présentent un intérêt certain pour le sujet, il faut toutefois bien reconnaître qu'elles appellent, tout bien pesé, des réponses assez vite entendues.

On peut ainsi en dire que la preuve prend classiquement deux formes devant les juridic-

tions pénales internationales : la preuve documentaire et la preuve testimoniale¹. La place de la preuve testimoniale est alors particulièrement importante, car les jugements se reposent essentiellement dessus pour établir ou non la responsabilité pénale des personnes accusées devant lesdites juridictions. La preuve documentaire, qui repose quant à elle surtout sur de la documentation d'organisations internationales ou non gouvernementales, sur des rapports d'autorités nationales ou encore sur de la documentation de presse (articles ou communiqués), trouve aussi sa place. Elle est toutefois très souvent cantonnée aux premiers temps de la procédure pour les besoins d'ouverture d'enquête – voire, dans des temps de procédure ultérieurs, pour soutenir la caractérisation de l'élément contextuel d'infractions pour lesquelles les juridictions pénales internationales sont compétentes.

Outre ces deux types de preuves, les preuves dites numériques ont également fait leur apparition. Enregistrements, photos ou vidéos ont ainsi pu servir à établir la responsabilité pénale de certains accusés au stade de la reconnaissance

1. Il est aussi question de preuve scientifique, soit celle qui consiste en une expertise. Néanmoins, sa présentation fait très souvent l'objet d'une déposition par l'auteur de l'expertise, si bien que cette preuve scientifique peut être entendue comme étant une preuve testimoniale. Autrement, lorsqu'elle se fait présenter sous forme écrite (il s'agit alors essentiellement de rapports), on peut encore l'intégrer dans la catégorie des preuves documentaires.

de culpabilité². De même, la preuve issue des nouvelles technologies (usage des réseaux sociaux, images satellite, cyber-enquêtes...) joue désormais un rôle important³. En effet, non seulement supplante-t-elle parfois la preuve documentaire dans la satisfaction aux degrés de conviction requis aux premiers stades de la procédure et la caractérisation d'éléments contextuels d'infractions, mais elle est aussi devenue un redoutable outil de corroboration lorsqu'il est question de faire la démonstration de faits constitutifs d'éléments plus précis des infractions pour lesquelles les juridictions pénales internationales sont compétentes, notamment en ce qui concerne les éléments matériel et moral des infractions sous-jacentes⁴.

Ces questions semblent alors si balisées qu'il n'est peut-être pas lieu, dans le cadre de cette étude, de s'y appesantir plus longuement.

3. L'évolution de la preuve au cours de la procédure. Au vrai, peut-être qu'on peut surtout voir dans *Les métamorphoses* de la preuve en contentieux pénal international l'occasion de parler de ce que cette preuve *devient* au cours de la procédure internationale pénale⁵. Or, cette

évolution de la preuve au cours de la procédure semble déterminée par les exigences probatoires que le droit international pénal pose pour franchir les différents paliers procéduraux orientés vers l'établissement de la responsabilité d'une personne. Aussi ces métamorphoses interrogent-elles la satisfaction aux degrés d'exigence probatoire imposés au juge et aux parties, degrés que la jurisprudence a appelés les *normes d'administration de la preuve*.

4. Les normes d'administration de la preuve comme paliers procéduraux. Les normes d'administration de la preuve sont des règles d'appréciation de la preuve correspondant à des niveaux de croyance devant emporter la conviction d'un juge⁶, afin que celui-ci prenne une décision ou un acte judiciaire. Elles suivent en général une progression graduelle, si bien que, d'une norme à l'autre, le degré de conviction sera croissant et tendra toujours plus vers l'établissement de la responsabilité pénale d'une personne, jusqu'à ce que sa culpabilité soit définitivement reconnue. Dans la procédure appliquée devant la CPI, la jurisprudence dénombre quatre normes d'administration de la preuve, qui constituent autant de

-
2. Les exemples sont ici nombreux, mais il est sans doute symptomatique de noter que la toute première déclaration de culpabilité ayant été jugée par la Cour pénale internationale reposait beaucoup sur des extraits vidéo présentés en audience, v. en ce sens CPI, *Situation en RDC*, aff. T. Lubanga Dyilo, Ch. prem. inst. I, 14 mars 2012, n° ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, où les occurrences de réactions de témoins attestant de faits soutenant la reconnaissance de culpabilité de l'accusé sont si nombreuses qu'il serait sans doute inutile de prétendre en faire le recensement exhaustif.
 3. V. not. en ce sens J. Fernandez, *Droit international pénal*, 3^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2024, p. 137, n° 98 ; K. MacClean, « Interactive Digital Platforms, Human Rights Fact Production, and the International Criminal Court », *Journal of Human Rights Practice* 2023, vol. 15, n° 1, p. 84 ; P. Sottas, « Enquêteur en ligne : la justice internationale face aux défis des preuves numériques en sources ouvertes », *Éclairages du GRIP*, 8 sept. 2022 ; L. Freeman, « Prosecuting atrocity crimes with open source evidence : lessons from the International criminal court », in D. Murray, S. Dubberley et A. Koenig (dir.), *Digital witness : using open source information for human rights investigation, documentation, and accountability*, Oxford University Press, 2020, p. 48.
 4. L'exemple le plus éloquent, et parmi les plus récents, est sans doute celui de l'affaire *Al Hassan*, v. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 26 juin 2024, n° ICC-01/12-01/18-2594-Red, *Trial judgment*, § 48 (spéc. nbp n° 91), 252 (spéc. nbp n° 526), 413 (spéc. nbp n° 983-986), 453 (spéc. nbp n° 1177), 734 (spéc. nbp n° 2198), 1071 (spéc. nbp n° 3667), où des publications sur le réseau social Facebook ont servi de fondement à la reconnaissance de culpabilité de l'accusé, en corroborant différents témoignages.
 5. Le concept de procédure internationale pénale peut s'entendre des « modalités de composition, de forme et de preuve suivies devant l'ensemble des juridictions véritablement internationales (par leur nature) et criminelles (par leur objet) » (A.-T. Lemasson, *Rép. intern. Dalloz*, 2023, v° « Justice internationale pénale : procédure », n° 4). Aussi désigne-t-il traditionnellement les procédures de juridictions pénales internationales créées *ex nihilo*, dont le critère principal est celui de l'absence de rattachement avec une législation nationale. Plusieurs juridictions peuvent à cet égard être concernées. Il faut toutefois bien « se rendre à l'évidence » : du fait de la permanence de la CPI (opposée au caractère temporaire des autres juridictions), il convient de concentrer « le propos » de la procédure internationale pénale « sur la procédure applicable devant la Cour pénale internationale » (A.-T. Lemasson, « Justice internationale pénale : procédure », préc., n° 23). C'est donc la procédure de la juridiction permanente qui sera ici considérée comme représentative de la procédure internationale pénale, et il n'en sera qu'exclusivement question dans l'analyse qui va suivre. – On renverra à cet égard à notre thèse, v. O. Schaub, *L'effectivité des droits de la défense devant les juridictions pénales internationales : contribution à l'étude de la procédure internationale pénale*, Pedone, 2024, p. 27 et s., n°s 7 et s.
 6. Ou parfois du Procureur lui-même, dans le cas d'une ouverture d'enquête à la suite d'une saisine par des États ou par le Conseil de sécurité des Nations Unies, v. nbp *infra*.

paliers permettant d'avancer dans le cours de la procédure⁷. Le franchissement de chacun de ces paliers débouche alors sur la délivrance d'une décision ou d'un acte, permettant de faire entrer la procédure dans une nouvelle phase.

Mais, à ces quatre normes d'administration de la preuve reconnues par la jurisprudence il faut sans doute discuter de l'existence d'une norme supplémentaire, provenant de la pratique procédurale récurrente des juridictions pénales internationales que l'on appelle la requête en insuffisance des moyens de preuve à charge (dite aussi « *no case to answer motion* » en anglais, traduite parfois pas la doctrine en requête aux fins de non-lieu⁸). Dans le cas où un juge serait saisi d'une telle requête, on peut constater qu'il est amené à se prononcer sur une autre norme d'administration de la preuve que celles recensées jusque-là par la jurisprudence, laquelle permet alors d'interroger, là aussi, l'évolution de la preuve qu'il conviendrait d'apporter pour y satisfaire.

5. Aussi faut-il sans doute distinguer l'évolution de la preuve dans la satisfaction aux normes d'administration de la preuve automatiquement rencontrées dans le cours de la procédure (I), avant de dire un mot de la preuve relative à la

norme conditionnée à la requête en insuffisance des moyens de preuve à charge (II).

I. L'évolution de la preuve selon les normes d'administration de la preuve nécessairement rencontrées

6. Les quatre normes d'administration de la preuve. Il résulte clairement de la jurisprudence que quatre normes d'administration de la preuve progressives peuvent se dégager du cours normal de la procédure⁹. On distingue ainsi la « base raisonnable pour croire » requise pour ouvrir une enquête (Statut de Rome, art. 53)¹⁰, les « motifs raisonnables de croire » pour délivrer un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître (Statut de Rome, art. 58), les « motifs substantiels de croire » pour confirmer les charges et renvoyer en procès (Statut de Rome, art. 61) et la « preuve au-delà de tout doute raisonnable » pour reconnaître la culpabilité de l'accusé (Statut de Rome, art. 66).

La satisfaction à la « base raisonnable pour croire » permet alors, après examen préliminaire de renseignements, d'ouvrir une enquête sur une situation¹¹ dont les investigations générales

7. V. en ce sens CPI, *Situation au Darfour* (Soudan), aff. O. H. A. Al Bashir, Ch. app., 3 févr. 2010, n° ICC-02/05-01/09-73-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, § 30; mais surtout CPI, *Situation au Kenya*, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n° ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, § 26 et s., spéc. § 27-28.

8. J. Fernandez, *Droit international pénal*, op. cit., p. 141, n° 99.

9. V. encore en ce sens CPI, *Situation au Darfour* (Soudan), aff. O. H. A. Al Bashir, Ch. app., 3 févr. 2010, n° ICC-02/05-01/09-73-tFRA, préc., § 30; mais surtout CPI, *Situation au Kenya*, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n° ICC-01/09-19-Corr-tFRA, préc., § 26 et s., spéc. § 28.

10. On ne distinguera pas ici la base raisonnable pour croire de la base raisonnable pour poursuivre qui figurent toutes deux à l'article 53 du Statut de Rome. Comme beaucoup d'auteurs, on considérera qu'il s'agit ici de la même norme d'administration de la preuve, que l'on pourrait d'ailleurs très bien regrouper sous le vocable générique prévu par l'article 15 du Statut, à savoir la « base raisonnable pour ouvrir une enquête », v. en ce sens J. Fernandez, *Droit international pénal*, op. cit., p. 134 et s., n° 96 et s.

11. Il faut sans doute noter ici que l'autorité habilitée à ouvrir l'enquête diffère fondamentalement selon que la saisine de la Cour provienne d'un État partie et du Conseil de sécurité des Nations Unies ou de l'auto-saisine du Procureur, que l'on appelle aussi la saisine *proprio motu*. En cas de saisine par un État ou le Conseil de sécurité des Nations Unies, il résulte de la jurisprudence que le Procureur détermine lui-même s'il existe une « base raisonnable pour croire » en la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour. Cela lui permet alors d'ouvrir lui-même l'enquête (Statut de Rome, art. 53, § 1^{er}) et, dans ce cas de figure, l'action publique sera mise en mouvement par le Procureur lui-même, si bien que l'on peut envisager ce cas de figure comme une véritable manifestation du principe d'opportunité des poursuites, car le Procureur est seul à l'initiative et à l'exercice de l'action publique. Lorsque le Procureur s'auto-saisit d'une situation, le Statut de Rome l'oblige cette fois à demander formellement l'autorisation d'ouvrir une enquête à la chambre préliminaire (Statut de Rome, art. 15). La mise en mouvement de l'action publique se fera alors sur décision d'ouverture d'enquête délivrée par la chambre préliminaire, et on peut dès lors parler là d'une « opportunité contrôlée » des poursuites, car s'il est vrai que l'initiative revient au Procureur, la mise en mouvement est conditionnée à ce qu'il convainque une autorité judiciaire d'une « base raisonnable pour ouvrir une enquête », v. CPI, *Situation en Afghanistan*, Ch. app., 5 mars 2020, n° ICC-02/17-138, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, § 28 et s. On ajoutera peut-être à cet égard que, dans ce cas de figure, le contrôle effectué par la chambre préliminaire est pour le moins « minimal », v. en ce sens J. Fernandez, *Droit international pénal*, op. cit., p. 135, n° 96, avec nbp n° 117.

portent sur des « paramètres temporels, territoriaux et éventuellement personnels »¹². La satisfaction aux « motifs raisonnables de croire » permet quant à elle la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître, lesquels marquent l'engagement de poursuites, dont les investigations sont orientées sur des « incidents spécifiques au cours desquels un ou plusieurs crimes de la compétence de la Cour semblent avoir été commis par un ou plusieurs suspects identifiés »¹³. La troisième norme d'administration de la preuve est un peu la norme pivot de la procédure internationale pénale, car elle permet de vérifier le sérieux du dossier du Procureur, et de renvoyer ou non un mis en cause en jugement¹⁴. Pour ce faire, une chambre préliminaire doit être convaincue de « motifs raisonnables de croire » que le mis en cause a commis les faits qui lui sont reprochés¹⁵. Enfin, l'ultime norme d'administration de la preuve est celle de la « culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ». Il s'agit de celle qui doit emporter la conviction d'un juge de première instance voire, le cas échéant, de la chambre d'appel. Sa satisfaction emporte la reconnaissance définitive de culpabilité de l'accusé, lequel peut alors se faire condamner à une peine, dont la détermination se fera par la suite, par une même chambre de première instance.

7. Projection sur l'affaire *Al Hassan*. On comprend alors bien que ces quatre normes posent un degré de conviction progressivement exigeant

et, dans l'opération matérielle que requiert la preuve¹⁶, elles demandent des preuves toujours plus nombreuses et toujours plus précises. Pour s'en convaincre, peut-être que l'on peut cheminer avec l'une des dernières affaires qui a été jugée par la CPI en 2024 : l'affaire *Al Hassan*¹⁷.

Entre avril 2012 et janvier 2013, l'accusé de cette affaire occupait les fonctions de chef de la police islamique d'une région du Nord du Mali (celle de Tombouctou), zone alors contrôlée par les groupes armés *Ansar Dine* et *Al Qaïda au Maghreb Islamique (AQMI)*. Après avoir été reconnu coupable de crimes contre l'humanité (torture, persécution et autres actes inhumains) et de crimes de guerre (torture, atteintes à la dignité de la personne, mutilation, traitements cruels et prononcé de condamnations sans jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables)¹⁸, l'accusé a été définitivement condamné à une peine de 10 ans d'emprisonnement¹⁹. Il faut alors noter qu'il comparaisait aussi pour des crimes de guerre de destruction de biens protégés, ainsi que pour des faits de nature sexuelle constitutifs de viol, d'esclavage sexuel (à la fois en tant que crimes de guerre et crimes contre l'humanité) et d'actes inhumains prenant la forme de mariages forcés (en tant, cette fois, que crimes contre l'humanité). Ces derniers faits ont alors eu beau être établis par la chambre de première instance X, ils n'ont cependant pas pu

12. CPI, *Situation en RDC*, Ch. prélim. 1, 17 janv. 2006, n° ICC-01/04-101, *Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6 (Version publique expurgée)*, § 65.

13. *Ibid.*

14. *Statut de Rome*, art. 61, § 7, a).

15. *Statut de Rome*, art. 61, § 7.

16. La doctrine a ainsi pu différencier l'opération matérielle de l'opération intellectuelle de la preuve. L'opération matérielle renvoie à l'établissement d'un fait par un moyen de preuve (documentation, témoignage) quand l'opération intellectuelle se présente plus comme un *raisonnement*, soit la démonstration juridique destinée à convaincre le juge, v. en ce sens L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2020, p. 790-791, n° 432 ; M. Mekki, « Preuve et Vérité en France », in *La preuve : actes des Journées Pays-Bas Belgique organisées aux universités d'Amsterdam et de Liège, par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Bruxelles/Saint-Germain-en-Laye, Bruylant/LB2V, 2015, p. 813-814 – L'opération matérielle a donc ceci de particulier qu'elle se met souvent au service de l'opération intellectuelle car, outre des arguments, la démonstration est souvent soutenue par des éléments de preuve, si bien que, comme le retient un auteur, « la preuve se réalise grâce à des preuves », v. R. Legais, *Les règles de preuve en droit civil : « permanences et transformations »*, LGDJ, 1955, p. 144.

17. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 26 juin 2024, n° ICC-01/12-01/18-2594-Red, préc. ; CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 20 nov. 2024, n° ICC-01/12-01/18-2662, *Sentencing Judgment*.

18. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 26 juin 2024, n° ICC-01/12-01/18-2594-Red, préc.

19. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 20 nov. 2024, n° ICC-01/12-01/18-2662, *Sentencing Judgment*, notons que le Statut de Rome ne parle pas de peines de réclusion, mais uniquement d'emprisonnement. Ajoutons que, les parties ayant renoncé à relever appel de ces décisions, elles sont toutes deux devenues définitives, v. not. en ce sens CPI, Communiqué de presse, 19 déc. 2024 : « Affaire *Al Hassan* : abandon des appels par la défense et l'accusation ».

être imputés à l'accusé, raison pour laquelle il en a été acquitté²⁰.

8. Cheminement procédural d'une pièce en particulier de l'affaire *Al Hassan* : la plainte du 6 mars 2015. Toujours est-il que l'ensemble de ces faits et de ces charges figurait aussi bien à la décision de confirmation des charges qu'au mandat d'arrêt. Or, parmi les éléments de preuve de l'affaire *Al Hassan*, une pièce a traversé le long de la procédure : il s'agit d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par plusieurs victimes en mars 2015 auprès d'un juge d'instruction d'un tribunal de première instance de Bamako. Cette plainte visait alors notamment l'accusé (ainsi que quatorze membres des groupes armés qui contrôlaient la zone) pour des faits constitutifs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité²¹. Il ne faut pas alors manquer de noter qu'elle eût pour effet de mettre l'action publique nationale en mouvement, si bien que, en application du principe de complémentarité²², elle aurait pu rendre l'affaire irrecevable devant la CPI. La chambre préliminaire I jugea cependant que les mesures prises par la juridiction d'instruction à la suite de cette plainte n'étaient ni « concrètes » ni « progressives »²³, de sorte que cette saisine n'était pas de nature à rendre l'affaire irrecevable devant la CPI²⁴. Mais le contenu de cette plainte était si intéressant pour l'affaire

qu'elle fut admise comme élément de preuve, et utilisée à tous les stades de la procédure.

Elle a ainsi servi à la démonstration de chacune des normes d'administration de la preuve à compter de la délivrance du mandat d'arrêt (comprise)²⁵. Cependant, l'utilisation qui lui était réservée, et le poids probatoire qu'il fallait en conséquence lui accorder, a sensiblement différé d'une norme à l'autre. C'est pourquoi il convient de se projeter plus avant sur cette évolution, en guise d'illustration de l'évolution de la preuve au cours de la procédure. On verra donc l'emploi que le juge a pu réserver à cette plainte aux stades de la délivrance du mandat d'arrêt, de la délivrance de la décision de confirmation des charges et de la délivrance du jugement. Avant toutefois de nous projeter plus avant sur ces stades procéduraux, peut-être pouvons-nous dire un mot de celui relatif à l'ouverture d'enquête car, force est de constater que, si cette plainte avait été déposée à l'époque, elle aurait très bien pu servir à l'ouverture de l'enquête de la *Situation au Mali*.

9. L'usage qui aurait pu être fait de la plainte de mars 2015 au stade de l'ouverture d'enquête dans la *Situation au Mali*. Pour ouvrir une enquête, et satisfaire à la norme de la base raisonnable pour croire, il faut en effet bien noter que de simples renseignements suffisent, car il

20. V. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 26 juin 2024, n° ICC-01/12-01/18-2594-Red, préc.

21. V. en ce sens *Avocats Sans Frontières Canada*, « Les enjeux de la lutte contre l'impunité au Mali », janv. 2017, p. 15.

22. Tel qu'il résulte de l'article 17 du Statut de Rome, et spécifiquement du paragraphe 1^{er}, alinéa b) pour ce qui concerne le manque de volonté et l'incapacité de l'État à mener à bien des poursuites déjà engagées.

23. Il s'agit-là du critère d'*inactivity test* (v. en ce sens J. Fernandez, *Droit international pénal*, op. cit., p. 132, n° 95) appliqué de jurisprudence constante par la chambre d'appel de la CPI lorsqu'elle se prononce sur la recevabilité d'une affaire, au regard des mesures d'enquête que les autorités nationales normalement compétentes auraient entreprises, v. CPI, *Situation en Libye*, aff. *S.A.I. Khadafi*, Ch. app., 21 mai 2014, n° ICC-01/11-01/11-547-Red, *Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi"*, § 54, 55, 73; CPI, *Situation au Kenya*, aff. *W.S. Ruto et J.A. Sang*, Ch. app., 30 août 2011, n° ICC-01/09-01/11-307-tFRA, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011*, § 41; CPI, *Situation au Kenya*, aff. *U. M. Kenyatta*, Ch. app., 30 août 2011, n° ICC-01/09-01/11-274-tFRA, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011*, § 40.

24. V. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prélim. I, 22 mai 2018, n° ICC-01/12-01/18-35-Red2, *Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, § 29-32, outre l'inertie ainsi pointée de la juridiction d'instruction, la Chambre fait aussi valoir que les faits figurant à la plainte ne correspondent pas exactement au même comportement pour lequel l'accusé était visé dans la requête aux fins de délivrance du mandat d'arrêt (§ 29). La plainte ne visait en effet l'accusé que pour des actes de torture, d'arrestation et de détention arbitraire, alors que, outre ces actes, il était aussi reproché à l'accusé des actes de persécution (Statut de Rome, art. 8, § 1, h)) et d'autres actes inhumains (Statut de Rome, art. 8, § 1, k)) en tant que crimes contre l'humanité, ainsi que condamnations prononcées sans jugement préalable (Statut de Rome, art. 8, § 2, c, iv)) et des attaques dirigées contre des biens religieux ou historiques (Statut de Rome, art. 8, § 2, e, iv)) en tant que crimes de guerre.

25. Notons alors qu'à compter de ce stade, cette pièce fut référencée sous le libellé suivant : « MLI-OTP-0024-2814 ».

s'agit uniquement d'établir l'existence d'un crime relevant de la compétence de la Cour. La base raisonnable pour croire invite donc d'abord à ce que l'autorité habilitée à ouvrir l'enquête examine *prima facie* si les champs de compétence de la juridiction sont satisfaits, aux points de vue de la compétence temporelle, de la compétence territoriale, et de la compétence matérielle de la CPI. L'ouverture d'une enquête est dès lors conditionnée à la démonstration, par des renseignements, de ce qu'un crime relevant de la compétence de la Cour²⁶ a été commis (ou est en voie d'être commis) après le 1^{er} juillet 2002²⁷, sur le territoire d'un État partie au Statut de Rome²⁸, ou par l'un de ses ressortissants. Mais outre l'examen *prima facie* de ces champs classiques de compétence, la jurisprudence a exigé que la démonstration de la base raisonnable pour croire donne également à voir l'existence d'affaires potentielles²⁹. Il s'agit alors moins d'apporter la preuve de la participation d'une personne à la

commission d'un des crimes dont l'existence doit être constatée, mais plutôt de démontrer que l'ouverture d'une enquête *pourra* déboucher sur l'ouverture d'une affaire (et donc sur la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître)³⁰. Les renseignements qui fondent ces démonstrations n'ont alors à être ni « complets » ni « déterminants », pas plus qu'ils ne doivent pointer vers une seule conclusion³¹. Aussi peuvent-ils tout à fait provenir de sources publiques, tels, par exemple, des rapports d'organisations internationales ou d'ONG, ou encore des rapports d'autorités publiques nationales et même d'articles de presse.

Or, pour ce qui concerne la *Situation au Mali*, s'il est vrai que la plainte avec constitution de partie civile de l'affaire *Al Hassan* n'était pas encore déposée au moment où le Bureau du Procureur ouvrait son enquête en 2013³², il reste que nombre des éléments qui l'ont convaincu de la base raisonnable pour croire ont été des docu-

-
26. Soit le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression, v. *Statut de Rome*, art. 5, ainsi que le décalque de chacune des incriminations aux art. 6 et s.
27. Ou ultérieurement dans des cas spécifiques comme celui où un État aurait adhéré postérieurement à l'entrée en vigueur du Statut de Rome : l'examen *ratione temporis* se fera alors par référence à la date d'entrée en vigueur du Statut pour cet État. De même, lorsque la situation est renvoyée par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou qu'elle provient d'une déclaration d'acceptation de compétence au titre de l'article 12, § 3 du Statut de Rome : l'examen se fera par référence à la date précisée dans le renvoi ou la déclaration d'acceptation de compétence. Étant précisé toutefois qu'en application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, ces dates ne pourront être antérieures au 1^{er} juillet 2002, date d'entrée en vigueur du Statut (v. en ce sens l'art. 11 du Statut).
28. Ou sur le territoire d'un État non partie au Statut de Rome ayant toutefois fait une déclaration de reconnaissance de compétence au titre de l'article 12, § 3. De même, l'examen de la compétence *ratione loci* peut s'étendre au territoire de l'État concerné par le renvoi de la Situation par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, au titre de l'article 13 du Statut.
29. V. en ce sens CPI, *Situation au Kenya*, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n° ICC-01/09-19-Corr-tFRA, préc., § 49 et s. ; V. aussi, pour confirmation récente CPI, *Situation au Burundi*, Ch. prélim. III, 9 nov. 2017, n° ICC-01/17-9-Red-tFRA, *Version publique expurgée de la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp)*, § 143-144.
30. La jurisprudence a insisté sur le fait que, à ce stade, la chambre préliminaire ne devait pas s'intéresser à l'ouverture d'une affaire à proprement parler, mais seulement à celles d'affaires potentielles. Ainsi, sans devenir une véritable *imputation* – comme le requiert pourtant formellement une affaire –, il résulte de la jurisprudence que les affaires potentielles doivent porter d'une part sur des crimes commis au sein de la situation pouvant faire l'objet de poursuites et, d'autre part, sur des *groupes de personnes* qui sont susceptibles d'être poursuivies par le Bureau du Procureur. La jurisprudence a toutefois précisé que le Procureur n'était pas lié par la détermination initiale de ces affaires potentielles, si bien que, une fois ouverte, l'enquête pourrait très bien le conduire à poursuivre d'autres personnes, pour d'autres crimes que ceux compris dans cette évaluation initiale de la base raisonnable pour ouvrir une enquête. Outre donc les critères généraux de compétence, le Procureur doit ici convaincre de ce que certaines personnes pourraient être impliquées dans la commission de crimes relevant de la compétence de la Cour, mais en aucun cas il ne s'agit d'une désignation individuelle constitutive d'imputation, pas plus qu'il ne s'agit d'une désignation définitive, v. CPI, *Situation au Kenya*, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n° ICC-01/09-19-Corr-tFRA, préc., § 29, 32 et 50 ; CPI, *Situation au Burundi*, Ch. prélim. III, 9 nov. 2017, n° ICC-01/17-9-Red-tFRA, préc., § 143.
31. CPI, *Situation aux Philippines*, Ch. prélim. I, 15 sept. 2021, n° ICC-01/21-12-tFRA, *Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête en vertu de l'article 15-3 du Statut de Rome présentée par le Procureur*, § 12 ; CPI, *Situation au Burundi*, Ch. prélim. III, 9 nov. 2017, n° ICC-01/17-9-Red-tFRA, préc., § 30 ; CPI, *Situation en Géorgie*, Ch. prélim. I, 27 janv. 2016, n° ICC-01/15-12, *Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation*, § 25 ; CPI, Situation sur les navires battant pavillon comorien, grec et cambodgien, Ch. prélim. I, 16 juill. 2015, n° ICC-01/13-34, *Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation*, § 13 ; CPI, *Situation au Kenya*, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n° ICC-01/09-19-Corr-tFRA, préc., § 27 et 34.
32. V. CPI, *Situation au Mali*, Bureau du Procureur, 16 janv. 2013, *Rapport établi au titre de l'article 53-1*.

ments provenant de sources publiques. Ainsi les articles de presse, les renseignements transmis par les autorités maliennes et les rapports d'ONG ne manquent-ils pas parmi les notes de bas de page soutenant l'établissement de la base raisonnable pour croire en la commission de crimes de guerre³³, comme de crimes contre l'humanité³⁴. On peut par ailleurs ajouter que, dans sa requête en délivrance du mandat d'arrêt, le Bureau du Procureur relève que la plainte de mars 2015 était mentionnée dans un rapport de l'ONG *Avocats sans frontières*³⁵. Aussi peut-on en déduire que son existence aurait très bien pu servir de renseignement au stade préliminaire de la procédure d'ouverture d'enquête, par le truchement de ce rapport³⁶.

10. L'usage de la plainte de mars 2015 au stade de la délivrance du mandat d'arrêt de l'affaire *Al Hassan*. Pour délivrer un mandat d'arrêt, la satisfaction aux motifs raisonnables de croire requiert des preuves un peu plus « vivantes », car il s'agit non seulement de démontrer plus précisément la commission de crimes relevant de la compétence de la Cour –

aussi bien dans leur éventuel élément contextuel que dans leurs éléments matériel et moral –, mais cette fois il est aussi question de démontrer *l'imputation* de ces crimes à une personne en particulier. Aussi, outre des documents de sources publiques, des preuves testimoniales peuvent ici être jointes³⁷ – même s'il s'agit très souvent de témoignages enregistrés ou écrits, voire de résumés de ces témoignages³⁸. Un auteur a même suggéré qu'en l'absence de témoignages versés sous forme de déclaration écrite, il n'était pas possible de satisfaire au degré de précision requis à la norme des motifs raisonnables de croire³⁹.

Ainsi, pour ce qui concerne la plainte avec constitution de partie civile de mars 2015, on constate que le Bureau du Procureur s'est servi des déclarations qui y figuraient pour y apporter la démonstration de certains faits imputables à la personne visée dans l'affaire *Al Hassan*. Ces déclarations ont alors servi à convaincre la chambre préliminaire I des motifs raisonnables de croire que des membres des milices auxquels le mis en cause répondait avaient commis des actes

33. *Ibid.*, p. 14-27, n°s 14 et s.

34. *Ibid.*, p. 28-29, n°s 127 et s.

35. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Bureau du Procureur, 31 mars 2018, n° ICC-01/12-01/18-1-Red, *Version publique expurgée de la « Requête urgente du Bureau du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt et de demande d'arrestation provisoire à l'encontre de M. Al Hassan Ag ABDOUL AZIZ Ag Mohamed Ag Mahmoud »*, 20 mars 2018, n° ICC-01/12-54-Secret-Exp, § 290, nbp n° 689.

36. On ajoutera que les raisons pour lesquelles le Procureur ne peut se fier ici qu'à des renseignements tiennent, d'une part, au but limité de l'examen préliminaire et, d'autre part, à sa faculté tout aussi limitée de mener des investigations. Le but de l'examen préliminaire est en effet d'éviter à la Cour d'ouvrir « des enquêtes injustifiées, abusives ou répondant à des motivations politiques, et qui pourraient nuire à sa crédibilité » (v. CPI, *Situation au Kenya*, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n° ICC-01/09-19-Corr-tFRA, préc., § 32). Et c'est en raison de ce but limité que le Bureau du Procureur est à ce stade dépourvu de véritables pouvoirs d'investigation. Le Procureur n'a en effet pas encore accès aux pouvoirs d'enquête dont il dispose au titre de l'article 54 du Statut de Rome (*ibid.*, § 27). Tout au plus peut-il solliciter des renseignements supplémentaires ou recevoir des dépositions orales au siège de la Cour.

37. Après une revue d'espèces (requêtes en délivrance de mandat d'arrêt et mandats d'arrêt compris), on peut relever une véritable répartition des types de preuve. Ainsi les preuves de sources publiques sont-elles très souvent affectées à la démonstration des éléments contextuels des infractions quand les « preuves plus concrètes, telles que les témoignages écrits ou enregistrés » servent davantage à démontrer leurs éléments matériels et moraux, tout comme il servent à démontrer leur imputation à une personne, v. en ce sens J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 371, n° 504. – Pour s'en convaincre, il suffit de se projeter sur les requête et mandat d'arrêt délivrés dans l'affaire *Al Hassan* pour voir que cette répartition est tout à fait respectée.

38. Le Statut de Rome prévoit d'ailleurs expressément que, à ce stade, c'est un « résumé des éléments de preuve » qui doit être présenté au juge, v. Statut de Rome, art. 58, § 2, d).

39. V. J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., p. 371, n° 504. L'auteur s'étonne ainsi que, dans l'affaire *Gbagbo*, la chambre préliminaire III ait pu être convaincue de l'existence de motifs raisonnables de croire en la commission de faits de nature sexuelle constitutifs de « viols et autres formes de violences sexuelles constituant un crime contre l'humanité », alors même que « ce chef d'accusation n'[était] étayé d'aucune déclaration ou résumé de déclaration de témoin, ni d'aucune déclaration sous serment » V. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. *L. Gbagbo*, ch. prélim. III, 30 nov. 2011, n° ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, *Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58*, § 59.

de torture⁴⁰, de viol⁴¹, d'esclavage sexuel⁴² constitutifs de crimes contre l'humanité, ainsi que des actes de torture constitutifs de crimes de guerre. Or, parmi ces actes démontrés à ce stade de la procédure, il résulte du mandat d'arrêt que la plainte de mars 2015 a suffi à *elle seule* à convaincre le juge préliminaire de ce que certains viols avaient été commis⁴³, de même qu'elle a suffi à démontrer la commission de certains faits constitutifs d'esclavage sexuel⁴⁴.

Cette plainte semble donc avoir été un élément de preuve non seulement essentiel à ce stade de la procédure mais surtout un élément solide pour satisfaire à la norme d'administration de la preuve requise. Si solide, du moins, qu'elle suffit *elle seule* à emporter la conviction de motifs raisonnables de croire en la commission de certains faits de nature sexuelle constitutifs de crimes contre l'humanité. Il en va cependant tout à fait différemment de l'usage que la chambre préliminaire a pu en faire lorsqu'il était question de prouver les motifs substantiels de croire.

11. L'usage de la plainte de mars 2015 au stade de la confirmation des charges de l'affaire *Al Hassan*. Pour délivrer la décision de

confirmation des charges, les motifs substantiels de croire doivent être satisfaits par des « preuves suffisantes », comme le relève le Statut de Rome (art. 61, § 7). L'idée est que cette norme dépouille le dossier du Procureur des incohérences qui étaient encore tolérables au stade de la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître, de sorte que les éléments qui le composent puissent être présentés comme tels au procès⁴⁵. La jurisprudence exige alors que l'inventaire transmis illustre un dossier à charge complet. Ainsi, dans l'affaire *Gbagbo*, la chambre préliminaire I retenait bien que, même si l'article 61, § 5 du Statut prescrit que seuls des « éléments de preuve suffisants » doivent étayer les charges présentées à l'audience de confirmation, il n'en est pas moins exigé du Procureur qu'il présente « les moyens à charge les plus solides possibles sur la base d'une enquête pratiquement terminée »⁴⁶. On tolère toutefois que des témoins ne soient pas appelés à déposer de vive voix, si bien que des résumés de témoignage, des témoignages indirects, voire des témoignages anonymes sont là encore souvent présentés à ce stade de la procédure⁴⁷.

40. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, ch. prélim. I, 22 mai 2018, n° ICC-01/12-01/18-35-Red2, préc., § 71-72, spéc. nbp n°s 102, 103 et 105.

41. *Ibid.*, § 78, spéc. nbp n°s 114, 115 et 116.

42. *Ibid.*, § 82, spéc. nbp n°s 121 à 126.

43. Ainsi la chambre semble-t-elle avoir été convaincue que, sur la base de cette seule pièce, après avoir été arrêtées dans la ville de Tombouctou, plusieurs femmes alors enfermées dans une cellule étaient très souvent conduites dans une pièce annexe depuis laquelle elles étaient violées, entre avril 2012 et janvier 2013 (CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prélim. I, 22 mai 2018, n° ICC-01/12-01/18-35-Red2, préc., § 78, nbp n° 115). Sur la même période, la plainte a suffi à établir qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, toujours à Tombouctou, d'autres femmes étaient emmenées dans une maison à proximité de leur lieu d'arrestation, depuis laquelle elles étaient violées par plusieurs hommes (*ibid.*, § 78, nbp n° 116).

44. Ainsi cette plainte a-t-elle servi à établir que, dans le cadre de mariages forcés avec des membres de la milice à laquelle l'accusé appartenait, les familles de femmes qui avaient réussi à s'enfuir du domicile de leur mari (où elles étaient « séquestrées, battues et violées non seulement par le "mari" mais également par d'autres membres » de la milice) étaient harcelées par lesdits membres, de sorte qu'elles soient retrouvées et qu'elles retournent audit domicile (*ibid.*, § 82, nbp n° 125). D'ailleurs, selon la Chambre, il résulte uniquement de cette pièce que « [d]ans un cas au moins, le contentieux fut soumis au tribunal islamique qui intervint en faveur du membre » (*ibid.*, § 82, nbp n° 126).

45. V. CPI, *Situation en RDC*, aff. *C. Mbarushimana*, Ch. app., 30 mai 2012, n° ICC-01/04-01/10-514-tFRA, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la chambre préliminaire I le 16 décembre 2011*, § 46.

46. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. *L. Gbagbo*, Ch. prélim. I, 3 juin 2013, n° ICC-02/11-01/11-432-tFRA, préc., § 25. – Pour une critique de cette décision au regard notamment de la jurisprudence de la chambre d'appel autorisant la continuation des enquêtes après la décision de confirmation des charges, v. J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., n° 517.

47. Il s'avère toutefois que, le critère étant celui du démêlement des incohérences et contradictions qui étaient encore tolérables auparavant, parfois des dépositions de témoins *viva voce* sont particulièrement nécessaires pour satisfaire à ce critère. V. ainsi J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., n° 519, où l'auteur relève que « dans l'affaire *Abu Garda* », qui s'est soldée par une non-confirmation des charges (v. CPI, *Situation au Darfour (Soudan)*, aff. *B. I. Abu Garda*, Ch. prélim. I, 8 févr. 2010, n° ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *Décision relative à la confirmation des charges*), « l'Accusation aurait peut-être dû auditionner un témoin concernant la présence de l'inculpé à une réunion entre plusieurs hauts commandants ayant pour objet l'attaque de la base militaire de Haskanita afin de parer aux nombreuses incohérences relevées par la chambre préliminaire dans sa décision ».

Il reste que, pour ce qui concerne l'affaire *Al Hassan*, la plainte avec constitution de partie civile de mars 2015 a servi là aussi à soutenir nombre de démonstrations relatives aux motifs substantiels de croire en la commission d'infractions commises par l'accusé. Ainsi peut-on constater qu'elle a servi à établir la commission de faits constitutifs de torture sur une femme⁴⁸, ainsi que sur un homme⁴⁹. De même, cette pièce a servi à établir que la milice à laquelle l'accusé appartenait a « instauré dans la ville de Tombouctou ainsi que dans la région du même nom, une pratique répandue de mariages forcés avec la population locale »⁵⁰. Elle a aussi servi à démontrer que certains actes de persécution avaient été commis dans la commune, sur la même période⁵¹. Enfin la plainte a servi à démontrer l'imputation des faits à l'accusé, puisque la chambre s'est appuyée dessus pour constater qu'il exerçait certaines fonctions et pouvoirs au sein de la police islamique entre avril 2012 et janvier 2013⁵², dont il était parfois présenté comme étant l'un des commissaires⁵³.

La plainte de mars 2015 semble donc, là aussi, avoir beaucoup contribué à convaincre le juge de la satisfaction à la norme d'administration de la preuve requise. Mais la différence avec l'usage qui en a été fait au stade antérieur de la procédure tient certainement au poids qui a été donné à cette pièce dans cette conviction. Il s'avère en effet que, pour chacun des faits dont elle assure la démonstration, cette plainte n'est qu'une preuve parmi d'autres permettant d'établir leur commission. Ainsi, là où elle pouvait être *l'élément unique* sur lequel la chambre préliminaire I se fondait pour établir la commission de certains faits au stade de la délivrance du mandat d'arrêt, au stade de la décision de confirmation des charges elle ne devient *qu'un élément de corroboration* d'autres preuves. Chaque fois que cette

plainte est employée comme élément de preuve pour soutenir un fait retenu à la décision, elle ne fait en effet que corroborer d'autres éléments de preuve principaux qui, pour la plupart, sont des déclarations de témoins. D'ailleurs il convient de noter que jamais cette pièce n'est employée pour n'apporter *qu'une seule corroboration* à élément de preuve principal. En effet, lorsque cette pièce est employée, le fait qu'elle tend à démontrer est prouvé au moyen non seulement d'une déclaration dont elle assure la corroboration, mais aussi au moyen d'une troisième preuve, ce qui en fait dès lors un élément, *a minima*, de *double corroboration*.

C'est dire le déclassement en termes de force probante que cette pièce subit entre la norme des « motifs raisonnables » et la norme des « motifs substantiels » de croire. Le poids qu'on lui accorde dans l'opération de conviction du juge à ce stade de la procédure est bien moindre par rapport à celui qu'elle connaissait antérieurement. Et on ne peut pas dire que ce poids ait été alourdi au stade suivant de la procédure, lorsqu'il est question de la preuve de « la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ». Au contraire, on constate qu'il s'allège encore davantage.

12. L'usage de la plainte de mars 2015 au stade du jugement de l'affaire *Al Hassan*. En principe, au moment du renvoi en jugement, le dossier présenté en phase préliminaire doit être suffisamment complet pour ne pas nécessiter beaucoup plus d'investigations⁵⁴, et permettre aux parties d'avoir une vue définitive sur ce qu'elles devront combattre au moment du procès⁵⁵. Pour autant, dès les premières affaires de la CPI, la jurisprudence a consacré un principe de continuation de l'enquête, permettant aux parties de poursuivre leurs investigations jusqu'à ce que la reconnaissance de culpabilité soit définitivement établie⁵⁶, ce qui permet d'avoir des

48. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prélim. I, 13 nov. 2019, n° ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, préc., § 287, nbp n° 798.

49. *Ibid.*, § 288, nbp n° 800.

50. *Ibid.*, § 566, nbp n° 1506.

51. *Ibid.*, § 675 (nbp nos 1842 et 1843) et § 699 (nbp n° 1908).

52. *Ibid.*, § 727, nbp n° 1985.

53. *Ibid.*, § 837, nbp n° 2209.

54. CPI, *Situation en RDC*, aff. *C. Mbarushimana*, Ch. app., 30 mai 2012, n° ICC-01/04-01/10-514-tFRA, préc., § 44.

55. V. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. *L. Gbagbo*, Ch. prélim. I, 3 juin 2013, n° ICC-02/11-01/11-432-tFRA, préc., § 25.

56. V. CPI, *Situation en RDC*, aff. *T. Lubanga Dyilo*, Ch. app., 13 oct. 2006, n° ICC-01/04-01/06-568, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la chambre préliminaire I intitulée « Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restriction à l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve »*.

preuves nouvelles tout au long de la procédure. Les preuves ainsi apportées doivent alors mener vers l'unique conclusion raisonnable de l'établissement de la responsabilité pénale de l'accusé, de sorte qu'elles emportent la conviction de sa « culpabilité au-delà de tout doute raisonnable » (Statut de Rome, art. 66). Aussi, dans l'occurrence où la chambre de première instance tirerait de ces preuves *une* des conclusions possibles menant à la culpabilité de l'accusé, l'acquiescement devra s'imposer⁵⁷. Seule la conclusion raisonnable allant dans le sens de la culpabilité permet en effet de retenir l'accusé dans les liens de cette culpabilité⁵⁸. Le procès est alors le moment de la pratique la plus vivante des débats, où les témoins de l'accusation puis de la défense sont appelés tour à tour à déposer, à l'issue de quoi les parties les interrogent (pour celle qui appelle le témoin à déposer) et les contre-interrogent (pour la partie adverse).

Le procès de l'affaire *Al Hassan* n'a certainement pas fait exception à cette pratique vivante des débats : plus d'une centaine de preuves testimoniales ont été présentées au cours du procès, dont les trois quarts au moyen de dépositions *viva voce*⁵⁹. Or, dans le jugement de reconnaissance de culpabilité, on constate que la plainte avec constitution de partie civile de mars 2015 a souvent été employée à titre de corroboration de témoignages – parmi d'ailleurs tout un tas d'autres preuves, au sein desquelles elle semble désormais littéralement « noyée » dans de kilométriques notes de bas de page⁶⁰. Parfois cette pièce, avec les preuves qu'elle corrobore, ne parvient pas à emporter la conviction du juge de première instance au-delà de tout doute raisonnable de la commission de certains faits⁶¹. Autre part dans le jugement, on constate qu'elle a servi à corroborer les dires d'une des femmes ayant été mariée de force à un membre de la milice à laquelle l'accusé

appartenait⁶², mais la chambre de première instance X précise bien que la preuve principale pour démontrer ce fait au-delà de tout doute raisonnable a été le témoignage apporté par cette femme⁶³. Ici encore, la plainte ne sert dès lors qu'à corroborer cette déclaration, et il s'agit d'un élément de corroboration parmi bien d'autres.

13. L'évolution de la plainte du 6 mars 2015.

Aussi faut-il noter que la plainte avec constitution de partie civile du 6 mars 2015 que nous avons prise pour illustration connaît une sensible évolution dans le cours de la procédure *Al Hassan*. Aux premiers stades, elle constitue l'une des preuves tout à fait indispensables à la satisfaction des normes d'administration de la preuve requises. Ainsi peut-on retenir que, si cette preuve avait été disponible au moment de l'examen préliminaire de la situation, elle aurait très bien pu servir au stade de l'ouverture de l'enquête, pour lequel elle aurait certainement été déterminante dans la satisfaction à la base raisonnable pour croire. Au stade de la délivrance du mandat d'arrêt, on observe qu'elle constitue une des preuves essentielles du dossier de la procédure, puisque le juge préliminaire a pu se fonder *uniquement* sur elle pour se convaincre des motifs raisonnables de croire en la commission de certains faits.

Mais, passé ce stade, la force probante de cette plainte ne connaît que déclassement en déclassement. Ainsi, au stade de la confirmation des charges, le juge préliminaire ne s'en sert plus que pour corroborer certaines déclarations écrites de témoins et, au mieux, elle était élément de *double corroboration*. Puis, lorsqu'il fut question de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable, cette plainte n'était qu'un élément de corroboration parmi tout un tas d'autres, servant alors surtout à étayer des preuves testimoniales, parfois issues de dépositions *viva voce*.

57. CPI, *Situation en RCA*, aff. J.-P. Bemba Gombo, Ch. app., 8 juin 2018, n° ICC-01/05-01/08-3636-Red-tFRA, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la chambre de première instance III*, § 42 ; CPI, *Situation en RCA*, aff. J.-P. Bemba Gombo et autres, Ch. app., 8 mars 2018, n° ICC-01/05-01/13-2275-Red-tFRA, *Arrêt relatif aux appels interjetés par Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido contre la décision de la chambre de première instance VII intitulée « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut »*, § 868.

58. *Ibid.*

59. CPI, *Situation au Mali*, aff. *Al Hassan*, Ch. prem. inst. X, 26 juin 2024, n° ICC-01/12-01/18-2594-Red, préc., § 33.

60. *Ibid.*, § 862 (nbp n° 2815), § 872 (nbp n° 2859), § 889 (nbp n° 2937), § 956 (nbp n° 3203), § 958 (nbp n° 3213), § 961 (nbp n° 3225), § 966 (nbp n° 3247), § 970 (nbp n° 3267), § 971 (nbp n° 3272), § 977 (nbp n° 3292).

61. *Ibid.*, § 872 (nbp n° 2859), § 889 (nbp n° 2937).

62. *Ibid.*, § 956 et s. (spéc. nbp n° 3203).

63. *Ibid.*, § 956.

14. Aussi, à travers cet exemple, on peut conclure que le degré d'exigence probatoire tient une double incidence sur les éléments de preuve à présenter. Au point de vue quantitatif tout d'abord, on constate que plus le degré d'exigence probatoire est élevé, plus il requiert un nombre de preuves important, qui sera nécessaire à la démonstration de la moindre allégation factuelle. Au point de vue qualitatif cette fois, en termes de types de preuves, on constate que la preuve testimoniale est très souvent considérée comme essentielle à la démonstration d'un fait, et les autres preuves – même celles qui contiennent des déclarations –, servent surtout à assurer leur corroboration. Cette corroboration semble alors tout à fait infinie car, lorsqu'on se projette par exemple sur le jugement de l'affaire *Al Hassan*, on constate que les preuves qui constituent l'opération de corroboration sont particulièrement nombreuses – en atteste la longueur des infinies notes de bas de page qui jonchent le jugement.

15. Mais outre ces normes d'administration de la preuve là, il faut sans doute être amené à en reconnaître une supplémentaire, qui résulte d'une requête en insuffisance des moyens à charge. La définition de ses contours offrira alors un regard intéressant sur la preuve qui permet d'y satisfaire.

II. La preuve devant satisfaire la norme conditionnée à la requête en insuffisance des moyens à charge

16. **La pratique de la requête en insuffisance des moyens à charge.** Nous le disions, le temps du procès international pénal est celui de la pratique vivante des débats, où la preuve testimoniale est le plus souvent privilégiée. Les parties interrogent alors tour à tour les personnes qui déposent *viva voce*, selon un ordre prédéfini par la chambre de première instance dans une décision fixant les modalités de la procédure. Jusqu'à maintenant, la plupart des procès tenus devant la Cour ont suivi trois phases : celle, tout d'abord, de la présentation de la preuve de l'accusation ; celle, ensuite, de la présentation des vues et pré-occupations des victimes participantes ; et celle, enfin, de la présentation de la preuve de la défense⁶⁴.

Il faut alors noter que, après la présentation de la preuve du Procureur, la jurisprudence a souvent autorisé la défense à mettre la démonstration de l'accusation à l'épreuve, avant même d'avoir à faire sa propre présentation⁶⁵. La défense dépose ainsi une requête en insuffisance des moyens à charge⁶⁶ dans laquelle elle entend bien démontrer au juge que la preuve présentée par l'accusation ne satisfait pas à la norme d'ad-

64. La chambre d'appel considère alors que cette déclinaison en trois phases suit ce qu'elle appelle une « structure contradictoire » de la procédure de première instance, v. CPI, *Situation en RDC*, aff. B. Ntaganda, Ch. app., 5 sept. 2017, n° ICC-01/04-02/06-2026-tFRA, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la Décision relative à la demande d'autorisation de la Défense de déposer une requête en insuffisance des moyens à charge*, § 50-51.

65. S'il est vrai que cela n'est pas prévu par les textes, la chambre d'appel a affirmé que cela était une pratique « acceptable » devant la CPI. Cependant, la requête en insuffisance des moyens à charge n'est pas de droit, si bien qu'il est tout à fait loisible au juge de première instance de refuser à la défense de la présenter, v. en ce sens CPI, *Situation en RDC*, aff. B. Ntaganda, Ch. app., 5 sept. 2017, n° ICC-01/04-02/06-2026-tFRA, préc. § 1^{er}, 2 et 45 ; pour refus de présentation d'une requête en insuffisance des moyens à charge v. CPI, *Situation en RDC*, aff. B. Ntaganda, Ch. prem. inst. VI, 1^{er} juin 2017, n° ICC-01/04-02/06-1931-tFRA, *Décision relative à la demande d'autorisation de la Défense de déposer une requête en insuffisance des moyens à charge*. – On notera que, en général, les chambres de première instance prévoient la possibilité de présenter une requête en insuffisance des moyens à charge en amont du procès, dès la décision relative à la conduite des débats, v. par exemple CPI, *Situation en RDC*, aff. B. Ntaganda, Ch. prem. inst. VI, 2 juin 2015, n° ICC-01/04-02/06-619, *Decision on the conduct of proceedings*, § 17. – Ajoutons enfin qu'une partie de la doctrine est favorable à ce que cette possibilité de présenter une requête en insuffisance des moyens soit tranchée par l'Assemblée des États parties au Statut de Rome, de sorte qu'une règle du Règlement de procédure et de preuve de la CPI en fixe soit le régime soit l'interdiction, v. en ce sens J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., n° 554.

66. Cette requête a semble-t-il été déposée dans deux affaires : l'affaire *Ruto et Sang* et l'affaire *Gbagbo et Blé Goudé*. Dans ces deux affaires, elles ont abouti à l'acquittement de l'accusé. – À noter que, dans deux autres affaires, les juges de première instance refusèrent d'autoriser la défense à déposer une requête en insuffisance de moyens à charge en raison des circonstances de l'espèce. Il en fut ainsi de l'affaire *Ntaganda* (CPI, *Situation en RDC*, aff. B. Ntaganda, Ch. prem. inst. VI, 1^{er} juin 2017, n° ICC-01/04-02/06-1931-tFRA, préc.) et de l'affaire *Ongwen* (v. CPI, *Situation en Ouganda*, aff. D. Ongwen, Ch. prem. inst. IX, n° ICC-02/04-01/15-1309, *Decision on Defence Request for Leave to File a No Case to Answer Motion*). Rappelons alors que ces refus ont été faits dans le respect du pouvoir discrétionnaire que le juge de première instance tient en la matière (v. en ce sens CPI, *Situation en RDC*, aff. B. Ntaganda, Ch. app., 5 sept. 2017, n° ICC-01/04-02/06-2026-tFRA, préc.).

ministration de la preuve de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable, si bien qu'il n'y aurait pas lieu, pour elle, de présenter ses preuves à décharge dans le dernier temps du procès. Plusieurs auteurs ont alors relevé les vertus que cette pratique pouvait présenter pour la célérité de la procédure, ainsi que pour l'économie des moyens judiciaires, puisque son intérêt est de pouvoir arrêter la procédure à mi-chemin du procès⁶⁷.

17. Quelle norme d'administration de la preuve à mi-chemin du procès ? On pourrait alors s'interroger sur la norme d'administration de la preuve à laquelle la défense doit satisfaire pour faire cette démonstration. Au fond, la défense ne demande-t-elle pas à la chambre de première instance de se prononcer *prématurément* sur la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable ?

18. Nouvelle norme : la culpabilité potentielle de l'accusé. La chambre d'appel de la CPI n'est pas tout à fait de cet avis. Dans un arrêt du 31 mars 2021 rendu dans l'affaire *Gbagbo et Blé Goudé*, si elle a en effet considéré que la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable devait demeurer la *norme de référence* au moment où le juge de première instance se prononce sur l'insuffisance des moyens à charge, elle n'en a pas moins précisé que la norme applicable devait correspondre à une sorte de *poten-*

tialité de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable⁶⁸. Mais on peut alors se demander si, pour le juge de première instance, s'exprimer sur la culpabilité potentielle de l'accusé avant même d'avoir rendu son jugement n'est pas de nature à mettre son impartialité en cause dans le cas où la procédure se poursuivrait, car cela l'amènerait à exprimer un *préjugement* sur l'affaire. Là encore, la chambre d'appel considère que ça n'est pas le cas⁶⁹. Or, cette solution semble tout à fait contestable au regard du principe d'impartialité.

19. L'impartialité en cause : erreur sur le critère. La chambre n'élude toutefois pas ce principe. Elle ne manque pas en effet de poser la question du préjugement que cette norme d'administration de la preuve soulèverait. Seulement, elle n'interroge ce préjugement qu'au regard de la présentation de la preuve de la défense. La chambre considère en effet que se prononcer à ce stade sur la potentielle culpabilité de l'accusé, ce n'est pas préjuger de ce qu'elle puisse être convaincue de la thèse de la défense par la suite et, dès lors, cela lui laisse la possibilité d'acquitter l'accusé malgré un éventuel rejet de la requête⁷⁰. Selon elle, l'impartialité du juge est sauvée lorsqu'il se prononce sur la potentielle culpabilité de l'accusé, car il ne tient pas d'appréciation *finale* sur l'affaire. L'idée est alors que le juge ne donne qu'une appréciation partielle et provisoire sur

67. V. en ce sens, par ex., P.-L. Robinson, « *Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings at the ICTY* », *JICJ* 2005, vol. 3, n° 5, p. 1037, spéc. p. 1049 ; A. Niv, « *The Schizophrenia of the 'No Case to Answer' Test in International Criminal Tribunals* », *JICJ* 2016 vol. 4, n° 5, p. 1121, spéc. p. 1135.

68. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. L. Gbagbo et C. Blé Goudé, Ch. app., 31 mars 2021, n° ICC-02/11-01/15-1400-tFRA, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue par la chambre de première instance I concernant les requêtes en insuffisance des moyens à charge*, § 309. Il faut ici noter que la chambre retient cette norme d'administration de la preuve à partir de règles appliquées devant des juridictions internationales comme nationales. Précisons alors que, se fondant sur ces règles, la chambre d'appel reconnaît tout d'abord que « la norme à appliquer pour évaluer les preuves au stade de l'examen d'une requête en insuffisance des moyens à charge est celle de la preuve au-delà de tout doute raisonnable » (§ 305). Mais la lecture des paragraphes qui suivent laisse entendre qu'il ne s'agit ici que de la norme de référence – ce qui répond déjà à des suggestions soulevées en doctrine, selon lesquelles la norme devrait être celle des « motifs substantiels de croire », v. J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., n°s 553-554. Il ne peut en effet s'agir ici que de la norme de référence car, se fondant à la fois sur l'article 130-3 du RPP des Chambres spécialisées du Kosovo, ainsi que sur la jurisprudence *Jelisic* du TPIY, la chambre d'appel retient que le critère ne peut être celui de la pleine culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Elle retient sans ambages que la formule qui prévaut dans l'appréciation de la preuve à ce mi-chemin du procès est de savoir si le juge « pourrait déclarer coupable » (§ 309). Cette application au conditionnel de l'ultime norme d'administration de la preuve de la procédure conduit alors à retenir qu'il s'agit d'une potentielle culpabilité. La chambre d'appel ne manque d'ailleurs pas de noter que, lorsqu'un juge de première instance se prononce sur l'insuffisance des moyens à charge, il résulte de l'arrêt *Jelisic* qu'elle ne détermine pas si les moyens à charge satisfont une culpabilité au-delà de tout doute raisonnable mais s'ils *pourraient* satisfaire une telle norme (§ 305). C'est donc bien la potentialité de culpabilité au-delà de tout doute raisonnable qui prévaut. Ajoutons enfin que, parmi les règles nationales auxquelles la chambre d'appel se réfère, figure un arrêt de la Cour suprême d'Australie (*The Queen v. Bilick and Starke*, 21 févr. 1984), lequel va tout à fait dans le même sens (§ 305-308).

69. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. L. Gbagbo et C. Blé Goudé, Ch. app., 31 mars 2021, n° ICC-02/11-01/15-1400-tFRA, *préc.*, § 310-311.

70. *Ibid.*, § 310.

l'affaire, fondée uniquement sur la preuve présentée à charge, avant que la preuve de décharge ne soit apportée – cette dernière pouvant très bien lui faire changer d'appréciation.

Or, c'est ici sans doute se tromper de critère. Ce n'est pas le critère de l'appréciation *finale sur l'affaire* qui doit prévaloir dans l'examen de la partialité d'un juge. Ce qui prévaut c'est plutôt l'appréciation qu'il se fait de *la culpabilité de l'accusé*. Ce critère est d'ailleurs celui qui empêche les juges de cumuler des fonctions juridictionnelles dans une même procédure en droit interne⁷¹. Mais c'est aussi celui qui empêche un juge ayant exprimé un parti pris contre l'accusé de connaître du jugement de sa culpabilité par la suite⁷². S'exprimer sur la culpabilité, même potentielle, d'un accusé, c'est déjà exprimer un *préjugement* qui devrait empêcher le même juge de se prononcer par la suite sur la pleine culpabilité d'un individu⁷³. C'est d'ailleurs un préjugement qui peut très bien se *transformer en jugement* lorsqu'il est fait droit à la requête en insuffisance des moyens à charge. Lorsque cette requête est accueillie, on constate en effet que cela suffit au juge de première instance pour acquitter l'accusé. À l'inverse, lorsqu'elle serait

rejetée, ce rejet ne suffirait pas à reconnaître la culpabilité de l'accusé⁷⁴. Si on comprend bien qu'en cette occurrence le juge se laisse l'opportunité d'être convaincu que la défense puisse, par la présentation de sa preuve, lui faire introduire le doute qu'il faut pour ne pas parvenir à la seule conclusion raisonnable de la culpabilité de l'accusé⁷⁵, il n'en demeure pas moins que son avis sur cette culpabilité aura déjà été exprimé par ce rejet. Le rejet de la requête est en effet la marque de ce que le juge est convaincu que la preuve de l'accusation telle que présentée en l'état suffise à pouvoir emporter la culpabilité de l'accusé. S'il est vrai que le doute peut encore être instillé par la présentation de la preuve de la défense à venir, il n'en reste pas moins que cet avis sur la culpabilité polluera nécessairement l'appréciation que le juge se fera de cette preuve apportée par la suite par la défense, à tout le moins dans les apparences.

20. Le rejet contestable de la théorie des apparences. Or c'est sans doute là que l'approche de l'impartialité faite par la chambre d'appel interroge le plus dans cet arrêt⁷⁶, car elle écarte la théorie des apparences. La chambre

71. En procédure pénale française, par exemple, ce critère est primordial dans les interdictions de cumul de fonctions juridictionnelles, aussi bien entre fonctions de jugement (Crim., 9 déc. 2009, n° 09-82.450) qu'entre fonctions de poursuite et de jugement (Crim., 5 déc. 2001, n° 01-81.407), de juge des libertés et de jugement (CPP, art. 137-1, al. 3; v. aussi Crim., 8 déc. 2009, n° 09-85.623), de juge d'instruction et de jugement (CPP, art. 49, al. 2). On ajoutera que, le cumul pour lequel la Cour de cassation a fait une application sans ambages de ce critère de l'appréciation sur la culpabilité du mis en cause faisant obstacle à l'impartialité d'un juge, c'est sans doute dans l'interdiction de cumul entre magistrats de la chambre de l'instruction et d'une formation de jugement. Ainsi les magistrats de la chambre de l'instruction ne peuvent participer aux jugements en matières correctionnelle ou criminelle lorsqu'ils ont prononcé le renvoi en jugement de l'accusé (Crim., 27 juin 1996, n° 96-80.079) ou qu'ils ont examiné la valeur probante de déclarations à charge qui servaient de fondement aux poursuites (Crim., 15 sept. 2004, n° 03-86.110). En revanche, ce cumul est autorisé dès lors que le magistrat de la chambre de l'instruction n'a eu à se prononcer que sur une demande de mise en liberté (Crim., 19 févr. 1998; Crim., 28 mars 2012, n° 11-85.225).

72. En droit européen des droits de l'homme, v. not. CEDH, 25 mars 1983, n° 8660/79, *Minelli c/ Suisse*; 25 août 1993, n° 13126/87, *Sekanina c/ Autriche*; 23 avr. 1996, n° 16839/90, *Remli c/ France*. – En procédure pénale française v. l'article 328, al. 2 du code de procédure pénale faisant interdiction au président de la cour d'assises de « manifester son opinion sur la culpabilité » de l'accusé. Pour illustrations jurisprudentielles, v. aussi, par exemple, Crim., 26 avr. 2017, n° 16-86.840; 21 août 1990, n° 90-84.352.

73. V. en ce sens R. Koering-Joulin, « Le juge impartial », *Justices*, 1998, n° 10, p. 4, où, prenant appui sur deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 14 juin 1956, *Bull. crim.*, n° 476; 20 août 1997, *Bull. crim.*, n° 288), l'auteur retient que « le magistrat qui, au mépris de la présomption d'innocence, aura laissé entendre que l'accusé est coupable » « s'exposera [...] à voir cassé l'arrêt de condamnation qu'il aura rendu sous sa présidence ».

74. Le conditionnel est ici employé car, jusqu'à maintenant, aucune requête en insuffisance des moyens à charge n'a été rejetée. Soit elles ont été acceptées par le juge de première instance, soit ce dernier a tout bonnement empêché la défense de la présenter, v. *infra*.

75. V. *supra*.

76. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. L. Gbagbo et C. Blé Goudé, Ch. app., 31 mars 2021, n° ICC-02/11-01/15-1400-tFRA, préc., § 310 : « On pourrait bien sûr craindre que l'évaluation des éléments de preuve au moyen de la norme de la preuve au-delà de tout doute raisonnable à un stade où la Défense n'a pas achevé la présentation de sa cause puisse amener le juge à préjuger de la thèse de la Défense, dans le cas où il déboute celle-ci de sa requête en insuffisance des moyens à charge. Cependant, à y regarder de plus près, cette crainte tient plus aux apparences qu'à la réalité ». – Ce rejet de la théorie des apparences est d'autant plus surprenant que, par le passé, la chambre d'appel a déjà eu l'occasion d'y marquer son attachement en matière d'appréciation de l'impartialité, V. par ex. CPI, *Situation en Libye*, aff. S.-I.-I. Khadafi et A. Al-Senussi, Ch. app., 12 juin 2012, n° ICC-01/11-01/11-175, *Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor*, § 20.

revendique en effet une appréciation concrète de l'impartialité du juge lorsqu'il est question de requête en insuffisance des moyens à charge⁷⁷. C'est oublier que l'évaluation de l'impartialité repose essentiellement sur la théorie des apparences⁷⁸, si bien d'ailleurs que certains auteurs ont pu écrire qu'en la matière on s'intéressait moins à « la partialité effective » d'un juge qu'au seul « risque de partialité » présenté par la situation litigieuse dans laquelle il se trouve⁷⁹. Aussi « le juge ne doit pas seulement être impartial ; il doit également apparaître comme tel »⁸⁰. Faute en effet de pouvoir sonder les esprits, ce sont surtout les apparences qui comptent en la matière, à un point tel qu'on y voit souvent une application parfaite de l'adage « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁸¹.

Or, les apparences conduisent nécessairement à considérer que l'avis émis sur la *culpabilité potentielle* d'un accusé empêche les mêmes

juges de s'exprimer par la suite sur la *pleine culpabilité* d'un accusé. En effet, que les mêmes juges, dans la même procédure, donnent leur avis sur la culpabilité même potentielle d'un accusé, cela semble tout à fait méconnaître le principe d'impartialité⁸² car, pour un observateur objectif, l'appréciation qu'ils se feront par la suite de l'accusé ne pourra demeurer intacte, ou du reste elle ne pourra être dépourvue de préjugement⁸³.

21. Impartialité préservée jusqu'à maintenant en l'absence de rejet de requête. Cette norme d'administration de la preuve à mi-chemin dans le procès semble donc poser un véritable problème d'impartialité, auquel la chambre d'appel ne répond pas de façon satisfaisante. Cela n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si⁸⁴, jusqu'à maintenant, lorsque des requêtes en insuffisance des moyens à charge ont été autorisées à être présentées, le juge de première instance y fit droit et prononça aussitôt l'acquitte-

77. Il faut noter que l'appréciation concrète de l'impartialité n'est toutefois pas toujours à écarter. La jurisprudence de la Cour EDH, comme de la Cour de cassation française d'ailleurs, s'en remettent parfois à une appréciation concrète. Cependant, on remarque que cette appréciation concrète prévaut particulièrement en matière d'impartialité fonctionnelle (v. L. Milano, *JCI. Europe Traité*, fasc. 6526, 2023, v° « Convention européenne des droits de l'Homme – Droits garantis – Droit à un procès équitable », n° 120 ; L.-A. Sicilianos et M.-A. Kostopoulou, *Rép. Eur. Dalloz*, v° « La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », n° 65, citant notamment CEDH, 25 juill. 2013, n°s 11082/06 et 13772/05, *Khodorkovskiy et Lebedev c/ Russie*, § 544) – encore que certains cumuls ne laissent pas de doute, comme ceux des fonctions de poursuite et de jugement (arrêt *Piersack c/ Belgique*, préc., § 30) ou d'enquête et de jugement (CEDH, 25 juill. 2000, n°s 24954/94, 24971/94 et 24972/94, *Tierce et autres c/ Saint-Marin*, § 83), ce qui redonne prise à une théorie des apparences, précisément en raison de l'appréciation qui est faite sur la culpabilité, v. encore L. Milano, *JCI. Europe Traité*, fasc. 6526, préc., n° 124. En matière toutefois d'impartialité personnelle, les apparences semblent plutôt reines, v. CEDH 2 juin 2016, n° 45959/09, *Mitrov c/ l'ex-République yougoslave de Macédoine* ; CEDH, 17 déc. 2015, n° 1176/10, *Kristiansen c/ Norvège* ; CEDH, 9 mai 2000, n° 34129/96, *Sander c/ Royaume-Uni*. – Pour de la jurisprudence interne, v. par exemple Crim., 26 avr. 2017, n° 16-86.840.

78. V. not. en ce sens R. Koering-Joulin, « *Le juge impartial* », préc., p. 1-17, spéc. p. 2-3 ; mais aussi L.-A. Sicilianos et M.-A. Kostopoulou, préc., n° 64 ; L. Milano, *JCI. Europe Traité*, fasc. 6526, préc., n°s 107 et 117.

79. F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, p. 213-214, n°s 314-316.

80. *Ibid.*

81. V. encore F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 213, n°s 314-316. On notera cependant que c'est tout à fait le sens de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, v. not. CEDH, 26 oct. 1984, n° 9186/80, *De Cubber c/ Belgique*, § 26, ou encore CEDH, 9 janv. 2013, n° 21722/11, *Oleksandr Volkov c/ Ukraine*, § 106.

82. C'est d'ailleurs ce que retient en substance la jurisprudence de la Cour EDH. Ainsi, si le cumul de fonctions juridictionnelles identiques n'est pas, en principe, prohibé, la Cour EDH n'en retient pas moins que cela ne vaut que si la formation de jugement n'est « aucunement liée » par sa première décision » et qu'elle reprenne « à son point de départ l'ensemble de l'affaire, toutes les questions soulevées par celle-ci restant ouvertes » (CEDH, 10 juin 1996, n° 17602/91, *Thomann c/ Suisse*, § 35, tel que cité par L. Milano, *JCI. Europe Traité*, fasc. 6526, préc., n° 127).

83. D'ailleurs, selon la formulation adoptée par la chambre qui choisirait de rejeter la requête, il est aussi un risque d'atteinte à la présomption d'innocence, car la décision pourrait laisser entendre que les juges « portent une appréciation sur la probable participation de l'intéressé aux faits reprochés », v. en ce sens F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 137, n° 235. De toute manière, comme le retiennent ces mêmes auteurs, « en matière pénale, la violation du principe d'impartialité se double d'une violation de la présomption d'innocence, chaque fois qu'elle consiste en l'expression prématurée d'une conviction favorable à la culpabilité », v. *ibid.*, p. 209, n° 309, mais aussi p. 135, n° 234.

84. À vrai dire cela est même assumé par certaines chambres. Ainsi la Chambre de première instance VI saisie de l'affaire *Ntaganda* retenait-elle que, dans l'affaire *Ruto et Sang*, lorsque le juge de première instance autorisa la défense à présenter la requête en insuffisance des moyens à charge, « on savait déjà, lorsque les parties ont présenté leurs arguments [...], que la présentation des moyens de l'Accusation avait essuyé de sérieux revers en raison des circonstances particulières de l'espèce » (CPI, *Situation en RDC*, aff. B. *Ntaganda*, Ch. prem. inst. VI, 1^{er} juin 2017, n° ICC-01/04-02/06-1931-tFRA, préc., § 28).

ment (ce fut le cas dans les affaires *Ruto et Sang*⁸⁵ et *Gbagbo et Blé Goudé*⁸⁶). À l'inverse, lorsque la chambre de première instance jugea que la preuve à charge présentée dans le premier temps du procès par l'accusation avait été satisfaisante, jusqu'à maintenant elle n'autorisa tout bonnement pas la défense à présenter sa requête en insuffisance des moyens (ce fut le cas dans les affaires *Ntaganda*⁸⁷ et *Ongwen*⁸⁸).

Sans doute faut-il en déduire que le juge ne cherche pas à exprimer son avis sur la culpabilité de l'accusé lorsqu'il sait que la procédure se poursuivra de toute manière – et dès lors, il ne cherche pas à compromettre son impartialité par cette décision. Mais si cette conclusion était avérée, on pourrait tout aussi bien retenir que *le refus* opposé à la défense lorsqu'elle demande l'autorisation de présenter sa requête *vaut rejet* de la requête, car le juge a conscience qu'elle n'aboutirait pas. Aussi, lorsque le juge refuse à la défense de présenter sa requête, il exprimerait tout autant un avis sur la culpabilité de l'accusé – avis faisant alors tout autant obstacle à ce que la même chambre de première instance puisse se prononcer par la suite sur la culpabilité du même individu.

Il y a donc tout à fait lieu de s'interroger sur la conformité de la requête en insuffisance des moyens à charge avec le principe fondamental d'impartialité.

22. Cohérence avec le système procédural international pénal. Mais au-delà, on pourrait aussi s'interroger sur sa pertinence avec le système procédural voulu pour la CPI. Il s'avère en effet qu'il existe déjà une procédure contradic-

toire dédiée à l'évaluation de la solidité du dossier à charge : c'est la procédure de confirmation des charges⁸⁹. Cette procédure a en effet été pensée pour déterminer si le dossier du Procureur était suffisamment solide pour renvoyer l'accusé en jugement⁹⁰. Outre donc la question de l'impartialité, celle de la cohérence avec la procédure applicable pourrait être posée⁹¹. Mais à cette dernière question, on pourrait répondre que le dossier de l'accusation n'est certainement pas le même lorsqu'il est présenté au stade de la confirmation des charges et au stade du procès. Rappelons qu'au stade de la confirmation des charges, s'il est vrai que le dossier doit être le plus complet possible, il reste que seules des « preuves suffisantes » y sont produites, lesquelles sont souvent présentées sous forme de déclarations écrites parfois anonymes, voire de résumés de déclarations⁹². À l'inverse, la preuve qui a été présentée par le Procureur à mi-chemin du procès l'a été le plus souvent par dépositions *viva voce*. De plus, les preuves présentées au moment du procès peuvent dans certaines circonstances être nouvelles par rapport à celles dont le Procureur disposait au stade de la confirmation des charges. Le principe selon lequel les enquêtes peuvent être poursuivies après le renvoi de l'accusé en jugement⁹³ permet en effet de présenter d'autres éléments de preuve, qui n'étaient pas encore en possession du Procureur au stade de la mise en accusation. Aussi, compte tenu de la différence des types de preuve, ainsi que du principe de continuation des enquêtes, il semblerait qu'une deuxième évaluation de la solidité du dossier puisse se justifier à mi-chemin du procès, sans remettre la cohérence de la pro-

85. CPI, *Situation au Kenya*, aff. *W.S. Ruto et J.A. Sang*, Ch. prem. inst. V(a), 5 avr. 2016, n° ICC-01/09-01/11-2027-Red, *Décision on Defence Applications for Judgments of Acquittal*.

86. CPI, *Situation en Côte d'Ivoire*, aff. *L. Gbagbo et C. Blé Goudé*, Ch. app., 31 mars 2021, n° ICC-02/11-01/15-1400-tFRA, préc.

87. V. CPI, *Situation en RDC*, aff. *B. Ntaganda*, Ch. prem. inst. VI, 1^{er} juin 2017, n° ICC-01/04-02/06-1931-tFRA, préc.; CPI, *Situation en RDC*, aff. *B. Ntaganda*, Ch. app., 5 sept. 2017, n° ICC-01/04-02/06-2026-tFRA, préc.

88. CPI, *Situation en Ouganda*, aff. *D. Ongwen*, Ch. prem. inst. IX, 18 juill. 2018, n° ICC-02/04-01/15-1309, préc.

89. V. dans le même sens CPI, *Situation en RDC*, aff. *B. Ntaganda*, Bureau du Procureur, 10 juill. 2017, n° ICC-01/04-02/06-1982, *Response to Bosco Ntaganda's appeal against the decision denying leave to file a "no case to answer motion"*, § 13-15. – À noter toutefois que la chambre d'appel a montré son désaccord vis-à-vis de cette affirmation car elle considère que « la procédure de confirmation des charges ne vise pas à remplacer une procédure pour insuffisance des moyens à charge, ni aucune autre procédure d'ailleurs », v. CPI, *Situation en RDC*, aff. *B. Ntaganda*, Ch. app., 5 sept. 2017, n° ICC-01/04-02/06-2026-tFRA, préc., § 53.

90. Et cela n'est sans doute pas un hasard si, dans le respect du principe d'impartialité (sous son volet fonctionnel), c'est à un autre juge que celui de jugement qu'il est demandé de s'exprimer sur cette solidité du dossier.

91. V. en ce sens J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., n° 553, où l'auteur note qu'il s'agit d'une question « pertinente en soi ».

92. V. *supra*.

93. V. *supra*.

cédure en question, à condition toutefois que, compte tenu de l'évolution de la preuve entre la procédure de mise en accusation et celle de jugement, le juge applique une norme d'administration de la preuve différente⁹⁴.

23. La cohérence au profit de l'équité ? Aussi la question de la norme d'administration de la preuve applicable interroge-t-elle à la fois la cohérence du système procédural choisi par la Cour et, surtout, sa compatibilité avec le principe d'impartialité.

Au point de vue de la cohérence de la procédure, la norme de la potentielle culpabilité, qui prend la norme de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable pour référence, semble être celle qui correspond le mieux à la marche progressive voulue pour cette procédure. L'infériorité (en termes d'exigence probatoire) que cette norme tient par rapport à la norme ultime se justifie en effet par le fait que la défense n'a pas encore présenté sa preuve. Dès lors, en cas de rejet de la requête, le juge se réserve encore la possibilité de se faire instiller le doute nécessaire à l'acquiescement, par la preuve que la défense apportera. De plus, la supériorité de la norme de la potentielle culpabilité par rapport à la norme précédente des motifs substantiels de croire se justifie en raison du principe de continuation des enquêtes, mais surtout de l'évolution que la preuve présentée connaît entre la procédure de mise en accusation et la procédure de jugement : les preuves n'étant pas les mêmes, l'évaluation qui est faite du dossier de l'accusation doit être différente elle aussi, et répondre à un degré d'exigence plus élevé.

Néanmoins, le choix de cette norme cohérente interroge sa compatibilité avec le principe

d'impartialité. Dès lors que la norme de la potentielle culpabilité conduit le juge de première instance à s'exprimer sur la culpabilité de l'accusé, dans le cas où la procédure se poursuivrait, le principe d'impartialité devrait l'empêcher de se prononcer par la suite sur sa pleine culpabilité. De ce point de vue-là, peut-être que la norme des motifs substantiels de croire pourrait alors se justifier, car elle préserverait le juge de cette partialité apparente. Peut-être faudrait-il alors sacrifier la cohérence de la procédure sur l'autel de l'équité procédurale...

24. Ou l'abandon de la requête en insuffisance des moyens à charge au profit d'une auto-saisine de l'insuffisance des moyens à charge. ...Ou alors... pour s'éviter un tel sacrifice, peut-être conviendrait-il d'abandonner tout bonnement la pratique procédurale, non prévue par les textes de la CPI, de la requête en insuffisance des moyens à charge. Il pourrait être plutôt imaginé une possibilité pour le juge de se saisir lui-même de l'insuffisance des moyens présentés à charge lorsque, après la présentation de la preuve du Procureur, il n'est pas convaincu de ce qu'elle puisse emporter la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, auquel cas l'acquiescement devrait alors être aussitôt prononcé. Cela permettrait de conserver les vertus économiques de cette pratique, tout en préservant la cohérence de la procédure, sans alors mettre l'impartialité du juge en péril, puisqu'il ne s'exprimerait pas prématurément sur la culpabilité de l'accusé par le truchement d'un éventuel rejet, ou d'un refus, de requête en insuffisance des moyens à charge.

94. V. *contra* J. Hall, *L'appréciation de la preuve devant la Cour pénale internationale*, op. cit., n°s 551-554, où l'auteur note que, compte tenu de la répétition dans l'évaluation de la solidité du dossier que la requête en insuffisance des moyens à charge impose, il serait préférable d'y faire appliquer la norme d'administration de la preuve prévue pour la procédure de confirmation des charges (soit les motifs substantiels de croire), « puisque leur objet est similaire ». S'il est vrai que cette solution préserverait peut-être le principe d'impartialité en ce que le juge n'émettrait pas de préjugement sur la culpabilité, il reste néanmoins que cela mettrait cette fois la cohérence du système procédural en péril, car on demanderait à deux juges différents de se prononcer deux fois sur la solidité d'un dossier à deux stades différents de la procédure, pour évaluer des preuves sensiblement différentes.

Perspectives

Droit romain

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

Il n'y a pas un droit romain, mais plusieurs

Dario Mantovani

p. 158

Le droit romain a-t-il un avenir ? Quelques réflexions sur l'importance de la discipline

Pascal Pichonnaz

p. 163

Le droit romain a-t-il encore une place dans les facultés de droit ?

Elena Giannozzi

p. 167

Les textes, la littérature, les abstractions juridiques. Le Moyen Âge et l'identité stratifiée du droit romain

Emanuele Conte

p. 171

Contrats romains et normes éthiques. Regard diachronique sur la bonne foi et le dol

Emmanuelle Chevreau

p. 180

Perspectives

Droit romain

Il n'y a pas un droit romain, mais plusieurs

Dario Mantovani

Professeur du Collège de France, chaire Droit, culture et société de la Rome antique

Il n'y a pas un droit romain, mais plusieurs. Telle sera la ligne directrice de ces brèves réflexions. Pour illustrer cette affirmation et en explorer les conséquences, un rappel succinct de quelques éléments de contexte s'impose.

Dès le Moyen Âge, et ce durant plusieurs siècles, le droit romain a occupé une place centrale dans l'enseignement universitaire : d'abord à Bologne, en Italie, puis dans les universités de toute l'Europe, enfin dans de nombreux pays du monde. L'université elle-même, en tant qu'institution, s'est construite autour de la lecture des textes romains. D'ailleurs, son nom latin, *universitas*, est un terme technique emprunté au droit, réemployé au Moyen Âge pour désigner l'association des étudiants réunis autour d'un maître. Cette présence du droit de la Rome antique dans les universités médiévales et modernes a eu trois conséquences majeures : la permanence de sa forme de pensée ; l'orientation pratique de l'étude du droit romain, comme une science appliquée ; la tendance à réduire le droit romain au seul *Corpus Iuris Civilis* de Justinien.

La permanence de la forme

La première conséquence de la longue familiarité médiévale et moderne avec les sources romaines est que la façon même de penser le droit, telle qu'elle s'est développée du moins en Europe continentale (mais pas uniquement), est profondément influencée par la manière dont le droit était conçu à Rome. Certes, ce n'est pas parce

que la forme de pensée est restée la même que les contenus n'ont pas évolué : néanmoins, en Europe, la manière d'organiser le réel et de structurer les notions juridiques demeure largement tributaire de la manière dont les opérations du droit étaient menées à Rome. L'inertie tenace de la forme de pensée s'explique aisément : le droit est une création humaine, en premier lieu un discours qui organise le monde par des mots, et à ce titre, il se façonne, s'enseigne et se transmet, devenant une tradition. On peut dire de la pensée juridique ce que l'on dit de la littérature : même si elle se renouvelle continuellement, la littérature est fortement redevable à la tradition, chaque nouvelle œuvre, roman ou poème, naissant sur le fond des œuvres qui l'ont précédée.

Un exemple permettra d'illustrer cette continuité dans le domaine juridique. Lisons l'article 578 du *Code civil*, toujours en vigueur : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. » Cet article est, à quelques mots près, la traduction d'un texte du juriste romain Paul, datant du III^e siècle après J.-C., et intégré dans le *Digeste* de Justinien (D. 7.1.1, repris aussi dans les *Institutes*, 2.4.11) : *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (« L'usufruit est le droit d'utiliser et de jouir des choses dont un autre a la propriété, à condition d'en conserver la substance »). Il ne s'agit pas seulement d'un emprunt de vocabulaire : cette définition romaine charrie une conception

juridique qui a traversé les siècles et s'est inscrite dans le *Code* napoléonien. Elle incorpore notamment l'idée que le droit de propriété est un faisceau de facultés pouvant être réparties entre l'usufruitier et le nu-propriétaire et, d'ailleurs, que la plupart des conflits susceptibles de surgir entre l'un et l'autre puissent être résolus en posant comme principe fondamental la conservation de la chose dans son identité originelle.

Une science appliquée

Ainsi, la transmission ininterrompue du droit romain dans les universités, depuis le Moyen Âge, a largement façonné et contribué à perpétuer la manière de penser le droit. Il s'agit d'un événement loin d'être anecdotique : rares sont les productions intellectuelles de l'Antiquité ayant exercé une influence aussi déterminante sur la Modernité.

Mais d'autres conséquences découlent de cette réappropriation de longue durée du droit romain. L'une concerne la manière dont il est lu et interprété.

Parce qu'il fut enseigné au sein des universités médiévales et modernes pour former des juges, des avocats et des fonctionnaires, son étude s'est toujours inscrite dans une perspective pratique. Aujourd'hui, on distingue, dans les sciences dures, la recherche fondamentale et la recherche appliquée. Or, depuis le bas Moyen Âge, l'étude du droit romain a surtout été une discipline de science appliquée. L'intérêt porté aux textes juridiques romains visait à en extraire des solutions aux problèmes contemporains, souvent bien différents de ceux auxquels les Romains étaient confrontés à leur époque, dans des conditions socio-économiques complètement différentes. Des exemples innombrables pourraient illustrer ce genre de réemploi. Ainsi, au ^{xiv}^e siècle, le droit romain fut mobilisé pour trancher la question de la transmission du trône de France par lignée féminine : ce débat trouve écho dans *Le Songe du Vergier* (1376-1378) attribué à Évrart de Trémaugon, texte truffé de références au droit successoral romain pour résoudre une question dynastique du Moyen Âge tardif.

Beaucoup plus tard, au ^{xix}^e siècle, le droit romain servit en revanche de matrice pour l'élaboration des formes juridiques – tel le contrat – inspirées par le primat de la volonté individuelle et conformes aux besoins des sociétés où s'affai-

blissaient les solidarités familiales et collectives au profit des échanges marchands. Ce réaménagement a été effectué notamment par la doctrine allemande dite du « pandectisme », du nom grec *Pandectes* donné par Justinien au recueil des écrits des juristes antiques. Le droit romain fut, en somme, un réservoir conceptuel dans lequel les juristes ont puisé au fil des siècles pour reconstruire le droit selon les exigences du moment, bien plus qu'un objet d'étude historique visant à comprendre la société antique qui l'avait engendré.

Le droit romain comprend plus que le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien

Une autre conséquence de ce réemploi pragmatique du droit romain est qu'il a été essentiellement assimilé au *Corpus Iuris Civilis*.

Celui-ci se compose, comme chacun le sait, de trois volumes, compilés à la demande de l'empereur Justinien, entre 528 et 534 : le *Code*, qui rassemble les règles édictées par les empereurs depuis Hadrien, au ⁱⁱ^e siècle après J.-C., jusqu'à Justinien lui-même ; le *Digeste* ou *Pandectes*, anthologie raisonnée des écrits des juristes du ⁱ^e siècle avant J.-C. au ⁱⁱⁱ^e siècle après J.-C. ; les *Institutes*, manuel d'enseignement, basé principalement sur les *Institutes* de Gaius, du ⁱⁱ^e siècle après J.-C. À ces trois volumes s'ajoutèrent, du vivant de Justinien et de ses successeurs immédiats, des lois dites *Novelles*, destinées à régler des cas inédits ou à introduire des réformes. Cet ensemble (*Code*, *Digeste*, *Institutes* et *Novelles*) constitue le corpus textuel étudié dans les universités à partir du Moyen Âge : un véritable corps de droit romain, appelé collectivement *Corpus Iuris Civilis*, l'adjectif « civil » servant à le distinguer du droit canon.

Or, cette assimilation du droit romain au *Corpus Iuris Civilis* de Justinien introduit une distorsion de perspective. Le droit romain est, en réalité, le système juridique de Rome tout entier, depuis sa fondation comme village-cité au ^{viii}^e siècle avant J.-C. jusqu'à sa transformation en cité impériale. Or, le *Corpus Iuris Civilis*, bien qu'il soit de loin le document le plus abondant dont nous disposons sur ce système juridique, ne nous permet d'en voir qu'une partie, limitée chronologiquement, et principalement sous l'angle du droit privé (moins du droit public). De surcroît, ces textes nous parviennent filtrés par les choi-

de Justinien : par exemple, selon ses propres calculs, il n'a conservé des écrits des juristes qu'environ 5 % (soit une perte, pour nous, de 95 %). Cela a conduit à l'effacement de certains aspects fondamentaux du droit des siècles antérieurs à Justinien : par exemple, la procédure dite formulaire ; la plupart des divergences d'opinion entre juristes ; les noms et le contenu de nombreuses *leges publicae*, c'est-à-dire les lois votées par le peuple (la découverte d'un manuscrit presque complet des *Institutes* de Gaius en 1816 nous livre au moins une idée de l'ampleur des suppressions opérées par Justinien, sans pouvoir, bien sûr, les compenser).

Pour dépasser cette vision réductrice, concentrée sur le *Corpus* de Justinien (et sur son exploitation pratique, en vue des besoins du présent, plutôt que comme document antique), il convient d'élargir l'étude à d'autres sources. Cette démarche a été amorcée dès le *xvi*^e siècle sous l'impulsion surtout des juristes français sensibles à l'humanisme italien, notamment Jacques Cujas, dont la statue accueille les étudiants dans le bâtiment historique de la Faculté de droit, place du Panthéon. Leur mérite est d'avoir attiré l'attention sur de nouvelles sources, parfois inédites, dont les manuscrits ont été recherchés : le principal exemple en est peut-être le *Code Théodosien* (438), recueil de constitutions précédant et anticipant largement le *Code* de Justinien ; Cujas est allé jusqu'à exploiter pour la première fois des papyrus, bien avant l'âge d'or de la découverte de ce genre de documents autant précieux que fragiles, au *xix*^e siècle, qui fut en quelque sorte une conséquence de l'expédition du général Bonaparte en Égypte.

Pour les juristes de la Renaissance, il ne s'agissait pourtant pas seulement de publier des sources jusqu'alors inédites, mais aussi de changer d'approche : considérer le droit romain non plus comme un droit applicable, en vigueur, mais comme un droit historique, expression d'une civilisation révolue. Tel fut, finalement, le changement de perspective qui, en germe au moins depuis le *xiv*^e siècle, a mûri au cours du *xvi*^e.

Les vestiges du passé qui nous acheminent vers aujourd'hui

Ces éléments de contexte permettent, nous l'espérons, de mieux comprendre la diversité des attitudes adoptées aujourd'hui face au droit

romain. Celui-ci est perçu tantôt comme un système intemporel, doté d'une valeur intrinsèque, tantôt comme une expérience historique à contextualiser (dont la compréhension ne peut être séparée de l'étude de divers autres aspects de la civilisation antique, comme la littérature, la politique, la religion ou l'économie). Ces visions divergentes influencent son rôle dans l'enseignement des Facultés de droit.

Dans certains pays, où la première vision l'emporte, le droit romain est enseigné de manière approfondie, presque comme un droit en vigueur (c'est le cas en Italie, par exemple). Dans d'autres pays, son rôle est plus réduit : parfois il n'est plus enseigné ou n'est pas obligatoire dans le cursus (comme en France, où son importance a été progressivement réduite à partir du décret du 24 juillet 1889, jusqu'au décret du 27 mars 1954, établissant en première année un cours d'histoire des institutions en lieu du cours de droit romain, déplacé en troisième année). Dans les pays où il a été décidé de supprimer ou de réduire l'enseignement du droit romain, il n'est plus compris comme un « dépôt » privilégié de notre manière de penser le droit.

Ces différentes options, on l'aura compris, mettent l'accent sur l'un des deux aspects sous lesquels le droit romain a été appréhendé depuis le Moyen Âge. D'une part, on le traite comme un système, notamment tel que nous pouvons le reconstruire à partir du *Corpus Iuris Civilis* ; d'autre part, on le traite comme un objet historique, lié à une civilisation spécifique, dont l'effondrement implique disparition de toute raison impériale de s'intéresser à son droit (pas plus que de s'intéresser au droit de n'importe quelle autre civilisation du passé).

Ces deux positions posent problème. La première, celle d'enseigner le droit romain comme s'il s'agissait d'un droit en vigueur, tend à l'aplatir en le faisant entrer dans des concepts issus du droit romain lui-même, mais ensuite transformés par la dogmatique moderne (notamment par le « pandectisme » évoqué plus haut) avant d'y être reprojetés. Des notions comme le contrat ou la personnalité juridique en sont des exemples parlants. Cette approche affaiblit la singularité du droit romain et donc son rôle comme foyer d'intelligibilité pour analyser l'évolution du droit contemporain. Écarter le droit romain de l'enseignement, sous prétexte qu'il appartient à une expérience révolue, présente aussi un inconvé-

nient : cela néglige le fait historique avéré de l'influence majeure qu'il a exercée sur la pensée juridique, notamment en Europe, y compris en France, comme l'historiographie des dernières décennies l'a de mieux en mieux mis en évidence.

Une variante de cette approche consiste à assimiler l'étude du droit romain à la comparaison juridique. Il y a en cela une part de vérité, mais aussi une différence profonde, une fois encore épistémologique. En effet, le droit romain persiste, d'une certaine manière, au sein des systèmes juridiques modernes de tradition civiliste avec lesquels on voudrait le comparer ; il en constitue une composante, un substrat durable. Ainsi, plus qu'une comparaison, cette approche consiste en l'étude de l'*histoire des effets* ou de la *réception* (« *Wirkungsgeschichte* ») du droit romain, c'est-à-dire l'analyse de son influence et de ses transformations au sein des systèmes juridiques modernes.

Accorder au droit romain une place privilégiée dans les Facultés de droit, par rapport aux systèmes juridiques d'autres civilisations du passé, ne relève donc pas d'un choix idéologique, mais d'un constat historique. Se priver de sa connaissance, c'est perdre un outil essentiel pour comprendre le long et profond mouvement qui a forgé notre pensée juridique et s'empêcher de reconnaître les traces de la présence latente du droit romain en son sein. Les juristes d'hier l'ont lu, interprété et utilisé, chacun à sa manière, de l'auteur du *Songe du Vergier* à Jacques Cujas et jusqu'aux rédacteurs du *Code Napoléon*, eux qui ont puisé, par exemple, la définition de l'usufruit de l'article 578 dans un passage du juriste romain Paul.

À chacun sa manière d'enseigner ? Ou existe-t-il une façon d'enseigner le droit romain plus fidèle à ses sources ?

Quelle est alors la meilleure manière de l'enseigner ? Une approche idéale consisterait à étudier l'ensemble du droit romain, dans ses diverses branches et à toutes les époques de sa longue histoire. Mais une telle ambition est irréaliste, d'autant plus que pour beaucoup d'époques, on manque de sources suffisantes pour une telle reconstitution.

Il ne faut en effet pas négliger que ce que nous pouvons dire du passé dépend des sources

dont nous disposons : non seulement de leur quantité, mais aussi de leur orientation, de la manière dont leurs auteurs se positionnaient par rapport aux phénomènes qu'ils décrivent, et de la façon dont, par conséquent, elles nous donnent accès à ces phénomènes. C'est pourquoi, bien qu'il soit évident que chaque enseignant ait et doive avoir ses préférences personnelles, il existe des méthodes d'enseignement plus ou moins adéquates, d'un point de vue épistémologique, par rapport aux sources disponibles. C'est un point crucial, qui n'est pas toujours pris en compte. En somme, la liberté qu'a un enseignant de s'adresser à ses étudiants est en quelque sorte limitée par la manière dont le passé s'adresse à lui.

De ce point de vue, une piste féconde consiste à privilégier l'étude du raisonnement juridique romain, afin de former l'esprit des juristes contemporains.

Quel est l'intérêt de cette démarche ?

D'abord, elle permet de se familiariser avec un ensemble de sources – notamment les écrits des juristes – sur lesquelles, comme nous venons de le voir, s'est construite la culture juridique européenne au fil des siècles. De cette façon, nous lirons les mêmes textes que ceux annotés par Guillaume Budé, en 1508, lorsqu'il travaillait sur les *Pandectes*, ou consultés par les rédacteurs du *Code Napoléon*.

Mais, au-delà de cet aspect fondamental, cette approche permettrait d'accéder à l'expérience juridique romaine de l'intérieur. Dans les écrits des juristes romains, le droit n'est pas figé dans des descriptions statiques de règles à appliquer. Au contraire, les juristes romains mettent eux-mêmes en relation faits et droit : ils partent d'un cas concret – un événement, une situation, dont ils proposent une description stylisée – qui pose un problème juridique, et, par un raisonnement argumenté, aboutissent à une solution. Cette méthode nous offre la possibilité de revivre ce cheminement intellectuel, de suivre pas à pas leur réflexion, et d'y participer.

Ainsi, l'enseignement du droit romain « par voie interne » permettrait à l'étudiant de mesurer par lui-même ce qui nous relie à ce droit ancien et ce qui nous en éloigne, permettant de trouver la juste distance entre un usage non critique du droit romain et son oubli pur et simple. Pour les chercheurs également, cela fournirait une clé pour accéder plus aisément au sous-texte

romain des sources médiévales et modernes, dont elles se sont nourries. Ajoutons que, à l'heure où l'intelligence artificielle générative tend à prendre en charge un nombre toujours plus grand de tâches autrefois réservées au raisonnement humain, il devient essentiel que ce dernier soit renforcé pour lui permettre de maîtriser les nouveaux outils et de conserver son autonomie. Dans cette perspective, les Facultés de droit doivent mettre l'accent sur la formation au raisonnement et, aux côtés d'autres disciplines, un enseignement du droit romain axé sur le raisonnement des juristes pourrait également jouer un rôle en ce sens.

Cette démarche ouvrirait enfin la voie à une étude contextuelle du droit romain : non seulement comme un outil pour comprendre le droit moderne en formation, mais aussi comme un élément constitutif d'une civilisation du passé, en replaçant les raisonnements des juristes dans le cadre d'une culture plus vaste.

On découvre alors des liens inattendus : Ovide, par exemple, a lu le juriste Alfenus Varus, dont il a emprunté la métaphore du navire comparé à un être humain ; inversement, Nerva, un juriste, s'est inspiré du poète Lucrèce pour dire que le présent porte les traces du passé – des vestiges – qui permettent de remonter le temps. Dans le cas de Nerva, ces vestiges lui servent à analyser l'acquisition de la propriété par occupation.

Ce type d'approche par voie interne et par cercles concentriques révèle à quel point les dis-

cours des juristes sont imbriqués dans la culture et la société de leur époque. À partir de là, les chemins à explorer sont infinis, tout comme les perspectives qu'ils ouvrent : leur langage, leurs métaphores, la façon dont leur pensée circulait et était comprise et mise en pratique, la matérialité même de leurs livres... Bref, tout ce qui transforme une pensée en histoire : autant d'aspects que j'essaie de transmettre dans mes cours au Collège de France. Il reste tant à explorer : cette approche sera également le terrain pour des futures recherches, menées par des plus jeunes, qui iront, je l'espère, plus loin.

Pour conclure, et revenir à Nerva et ses vestiges : des traces du droit romain subsistent dans notre façon de penser le droit, sous des formes variées. Les rechercher et les transmettre dans l'enseignement n'est pas seulement stimulant : c'est un moyen précieux de mieux comprendre la complexité du droit contemporain, où passé et présent coexistent simultanément. C'est un peu comme contempler un tableau : après la première impression, on distingue des détails qui donnent profondeur et sens à l'ensemble. Ou comme observer un phénomène naturel : on ne se contente pas de constater qu'une bille tombant dans l'eau provoque des ondes et même un son, on cherche à en comprendre les raisons. Ainsi, celui qui se familiarise avec le droit romain percevra, dans le droit d'aujourd'hui, des aspects qui lui auraient autrement échappé et en comprendra mieux la structure profonde.

Perspectives

Droit romain

Le droit romain a-t-il un avenir ? Quelques réflexions sur l'importance de la discipline

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg (Suisse),
Président du European Law Institute (ELI)

Présenter une discipline en évoquant l'incertitude de son avenir peut paraître pessimiste. C'est toutefois une question récurrente avec l'enseignement du droit romain. L'interpellation des collègues tient plus à la représentation qu'ils ou elles peuvent avoir de la discipline qu'à la réalité de celle-ci, tant dans son enseignement que dans la recherche. En effet, le droit romain et les besoins d'apports historico-dogmatiques changent avec la société et les systèmes juridiques dans lesquels le droit romain se développe. Les collègues d'aujourd'hui ont ainsi souvent une représentation du droit romain telle qu'ils ou elles l'ont vécu dans leurs propres études universitaires, souvent dernier point de contact avec la discipline.

Ce constat nous amène à présenter rapidement les grandes lignes de la relation entre droit romain et droit moderne (I), pour évoquer plus brièvement ensuite les enjeux de la discipline dans notre monde en mutation (II).

I. La relation entre droit romain et droit positif

La question de la relation entre droit romain et droit positif est essentiellement une préoccupation de notre temps, puisqu'avant l'entrée en vigueur des codifications, en France et en Allemagne notamment, des éléments de droit romain étaient consubstantiels au droit positif. En France, l'expression « pays de droit écrit » (par opposition au pays de coutume)¹ désignait à partir du ^{xvi}^e siècle les territoires méridionaux qui appliquaient un droit fondé sur l'interprétation du droit romain². En Allemagne, avant l'entrée en vigueur du Code civil allemand en 1900, la distinction entre droit romain et droit positif ou droit contemporain n'était pas aussi évidente, même s'il n'y avait pas d'identification totale entre les deux³.

D'ailleurs, l'expression même de « droit romain » n'était pas systématiquement présente

1. A. Castaldo et Y. Mausen, *Introduction historique au droit*, 5^e éd., Dalloz, 2019, n^{os} 1147 et s.

2. Voir pour tous les autres, le discours introductif de J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Confluences, 2004 (1801), ég. disponible sur http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html.

3. R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, 2001, en part. p. 1 et s. (« Lecture One – The End of an Era: Transformation of Scholarship in Roman Law ») et p. 53 et s. (« Lecture Two – The Transition from Civil Law to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era? »).

sous cette forme dans les divers pays européens. On se référait plutôt au *Corpus iuris civilis*, expression apparue vers 1580⁴, pour désigner l'ensemble constitué par les Institutes et le Digeste de Justinien de 533 ap. J.-C., le Code de Justinien de 534 ap. J.-C., ainsi que les Novelles, ces constitutions impériales publiées entre 535 et 562 ap. J.-C. Au Moyen Âge et aux temps modernes, ces sources constituaient un élément du droit commun, le *ius commune*⁵. De même en Allemagne, les auteurs du xix^e siècle ont usé de l'expression « droit des Pandectes » (*Pandekten-recht*)⁶ pour désigner l'interprétation contemporaine du droit des Romains (le *Corpus Iuris Civilis*). Le grand juriste allemand, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), a certainement contribué à instaurer l'expression « droit romain » au travers de son œuvre monumentale intitulée *Système du droit romain contemporain* (*System des heutigen römischen Rechts*), parue en 1840⁷.

Jean Domat (1625-1696) s'étonnait dans la préface de son ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de la difficulté à connaître le droit positif (« les lois civiles »), alors qu'il repose sur les « Livres du Droit Romain ». Dans l'édition de 1723 de cet ouvrage, il écrit : « Il paraît bien étrange que les Loix Civiles, dont l'usage est si nécessaire, soient si peu connues, & que n'étant presque toutes que des règles de l'équité, dont la connaissance nous est naturelle, l'étude qui devrait en être également facile & agréable, soit si difficile et si épineuse. Cependant il faut reconnaître que de la manière dont ces Loix sont recueillies dans les Livres du Droit Romain, qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien

apprendre. Et c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les savoir, plusieurs les ignorent, et que personne n'y devient habile que par une longue et pénible Étude [...] »⁸.

Cette relation étroite entre droit romain et droit applicable n'a pas empêché les auteurs du xix^e siècle, en particulier les Pandectistes allemands, de se demander quel devait être le rôle des juristes de leur époque⁹, preuve qu'ils ne considéraient pas le droit romain hors du droit positif, mais bien au service de celui-ci, pour le modeler et le mieux comprendre¹⁰.

Pour ces juristes, l'analyse dogmatique était ainsi centrale et primordiale, pour soutenir la codification dans l'optique de Thibault ou pour fixer le *Zeitgeist* et ainsi déterminer les contours des institutions contemporaines avant de les codifier, comme le suggérait Savigny.

Avec la fin de la grande vague des codifications nationales et l'entrée en vigueur du Code civil allemand en 1900, les spécialistes du droit romain se sentirent libres de s'émanciper de manière importante du droit positif¹¹. L'attrait pour de nouveaux manuscrits découverts durant le xix^e siècle, mais aussi le souci d'une approche historique, les entraînaient bien souvent vers une quête (essentiellement historique) de la version originale des textes de droit romain. Cette « chasse aux interpolations » justiniennes, ces modifications opérées au vi^e siècle par les compilateurs du Digeste, transforma profondément la recherche en droit romain jusque dans la seconde partie du xx^e siècle¹². Elle entraîna également une rupture entre spécialistes de droit romain et spécialistes de droit positif. Les soucis plus histo-

4. Cf. H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4^e éd., C.F. Müller, 2004, n° 350.

5. Sur cette notion et cette expression, cf. P. Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé*, 2^e éd., Schulthess, 2020, n° 309 – pour une critique du terme *ius commune*, P.L. Nève, « (Europäisches) Ius Commune und (nationales) Gemeines Recht: Verwechselung von Begriffen? », in *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, Mél. K. Kroeschell, C.H. Beck, 1997, p. 871.

6. B. Windscheid (1817-1892), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Buddeus, 1862 (7^e éd., Rütten und Loening, 1891); mais déjà K.A. von Vangerow (1808-1870), *Lehrbuch der Pandekten*, Elwert, 1843-1848 (7^e éd., Elwert, 1863-1869).

7. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin, 1840-1851.

8. Pour faciliter la lecture, nous avons transcrit le texte de Domat en usage moderne, cf. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. *Le droit public et legum delectus*, Nouvelle édition I, David, 1723, préface.

9. F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, 1814; A.F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Mohr und Zimmer, 1814.

10. P. Pichonnaz, « Approcher le droit romain comme fondements des droits modernes : une nécessité et un défi », in I. Piro (dir.), *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. 5, Libellula Edizioni, 2016, p. 577.

11. R. Zimmermann, *Roman Law*, op. cit., p. 22 et s.

12. À cet égard, la contribution de Max Kaser fut essentielle pour mettre un terme à la dérive interpolationniste, M. Kaser, « Zur Glaubwürdigkeit der Römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationkritik) », in B. Paradisi (dir.), *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto I*, Olschki, 1971, p. 291 et s.; ég. M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* [österreichische Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse, t. 277/5], Hermann Böhlau Nachf., 1972.

riques de la *Textstufenkritik* étaient tournés essentiellement vers le passé, alors que les spécialistes de droit positif s'éloignaient de plus en plus d'une perception du droit comme phénomène historique et culturel, laissant la place à une analyse essentiellement technique et dogmatique¹³.

Bien que l'approche en droit romain ait changé dès les années 1960, pour se diriger vers une analyse plus dogmatique, cela ne changea pas la division de ces deux mondes. L'approche dogmatique du droit romain se cantonnait au droit romain, et bien souvent aux seuls textes de droit classique. Romanistes et spécialistes de droit positif tendaient à s'ignorer. D'ailleurs, le concours d'agrégation souligne cette dichotomie fondamentale, puisque les spécialistes de droit romain doivent passer l'agrégation d'histoire du droit et non celle de droit privé, voire de droit public.

Pourtant, le droit est un phénomène culturel qui s'inscrit dans une société donnée, par définition en constante transformation. Déterminer les aspects saillants de cette évolution permet de déconstruire les problèmes modernes, d'en comprendre les origines, pour mieux percevoir les pistes nouvelles. C'est fort de cette perspective que dans les années 1990, le droit romain a évolué vers une analyse dogmatique et diachronique, cherchant à apporter aux juristes contemporains de nouvelles clés de lecture de phénomènes modernes. Être romaniste aujourd'hui, c'est travailler les fondements romains de phénomènes contemporains pour en examiner les transformations au fil des siècles, des philosophies et des courants de pensées.

Par cette approche, dont l'un des principaux instigateurs fut le professeur allemand Reinhard Zimmermann, directeur émérite du Max-Planck-Institut de droit comparé à Hambourg, nombreux sont les Romanistes qui cherchent à réconcilier droit romain et droit positif, en passant aussi par le droit comparé. Le droit romain se comprend alors comme un outil, parmi d'autres, permettant d'analyser le droit positif et ses difficultés, pour proposer de nouvelles pistes et confirmer des analyses dans une perspective historico-dogmatique.

Après avoir été le droit positif, puis une source d'inspiration fondamentale pour tout le droit en Europe durant le Moyen Âge et au-delà, et s'être replié ensuite sur un aspect essentiellement historique, le droit romain contemporain n'est ni purement historique, ni purement dogmatique, il est le résultat d'une analyse historico-dogmatique qui suppose à la fois une excellente connaissance des sources romaines et du droit savant du Moyen Âge et de la période moderne, mais aussi une compréhension approfondie du droit contemporain, dans une perspective comparative. Cela suppose de relever certains défis dans le futur.

II. Les enjeux de la discipline dans notre monde en mutation

Il nous semble que cette approche historico-dogmatique (ou diachronique) porte toujours des fruits généreux pour les chercheurs en droit positif. Combien de doctorant-e-s de notre propre université ne nous ont-ils ou elles pas abordés pour obtenir des suggestions de lectures afin de répondre à leur soif d'identifier historiquement certaines difficultés auxquelles ils ou elles étaient confronté-e-s ? Le recours à des sources secondaires leur a ainsi permis de présenter des solutions plus informées et souvent meilleures pour le droit moderne. Cela présuppose toutefois une littérature secondaire suffisante, offrant de telles approches diachroniques, avec si possible une compréhension de la culture juridique d'un ou de plusieurs systèmes juridiques donnés. En effet, les questionnements des juristes suisses ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux des juristes français ou allemands ; les approches historico-comparatives doivent ainsi être suffisamment larges pour esquisser les diverses évolutions nationales.

Pour réussir à créer ces ponts entre les époques, les conceptions et les cultures, les juristes de droit romain doivent nécessairement être à l'aise tant dans la dogmatique moderne que dans la compréhension des sources historiques. L'approche est alors exigeante. Or, dans de nombreux pays, des parcours permettant de développer toutes ces compétences en parallèle font défaut. Par exem-

13. Sur ces considérations, cf. plus en détail, P. Pichonnaz, « Approcher le droit romain comme fondements des droits modernes : une nécessité et un défi », préc., p. 10 et s.

ple, comment devenir un tel chercheur multi-facettes, lorsque les deux disciplines fondamentales (le droit romain et par exemple le droit privé) figurent dans des concours d'agrégation distincts ? Il nous semble qu'en France, mais aussi dans d'autres pays, on devrait s'engager à établir un parcours favorisant une réflexion historico-comparative ou diachronique, déjà dans les études juridiques de base, mais aussi et surtout en maîtrise (master) et en doctorat. C'est toutefois un défi de taille. Certains enseignant-e-s l'ont cependant bien compris, incitant leurs étudiant-e-s à de telles approches diachroniques.

Pour conclure, nous pouvons nous demander si une approche historico-comparative n'est pas trop exigeante à l'heure de ChatGPT et d'autres *generative AI* (GenAI).

Les juristes d'aujourd'hui et de demain seront des juristes « augmentés » ; toutefois, pour gar-

der leur raison d'être et leur indépendance d'esprit, ces juristes devront entretenir leur esprit critique. La production de résultat par des *large language models* (LLM) repose sur des textes existants, produits dans une culture et un moment donné. Afin de permettre l'évolution du système et son adaptation à la transformation des cultures, une capacité d'analyse reposant sur des acquis historico-comparatifs sera sans nul doute un atout indéniable. Confirmer, corriger ou modifier les résultats produits par les GenAI supposera de développer une compréhension dogmatique consciente de la dimension historique du droit. Partant, le droit romain et son approche historico-dogmatique permettra de soutenir l'analyse critique, trait essentiel attendu des juristes d'aujourd'hui et encore plus des juristes augmentés de demain.

Perspectives

Droit romain

Le droit romain a-t-il encore une place dans les facultés de droit ?

Elena Giannozzi

Professeur à l'Université de Lille

L'histoire juridique de l'Europe occidentale est marquée par la redécouverte des compilations de Justinien dès la fin du ^x^e siècle. Les juristes médiévaux ont été alors confrontés à un ouvrage qui est l'expression de la volonté normative de ce grand empereur, animé par l'ambitieux projet de restaurer l'ancienne grandeur impériale, en se servant des *iura et arma*, du droit et des armes, les piliers mêmes sur lesquels l'Empire romain avait été fondé. Le droit romain est alors redécouvert sous la forme qui lui est donnée par Justinien et ses commissaires, qui ont attribué un ordre et un esprit nouveaux aux textes juridiques romains. En ce qui concerne plus particulièrement le Digeste, les compilateurs se sont servis de milliers de passages de jurisconsultes, qui ont été extraits de leur contexte d'origine pour être ensuite recomposés, comme les articles d'un code, au sein d'un recueil, inspiré par une rationalité qui lui était propre¹.

L'œuvre des commissaires qui ont confectionné le Digeste a rendu la personnalité et le style des juristes romains indistincts et difficiles à cerner. Un grand romaniste comme Fritz Schulz pouvait alors écrire, dans son célèbre manuel *History of Roman Legal Science*, que « si nous ne pouvons découvrir, parmi les juristes classiques, des personnalités ayant une originalité scientifique prononcée, cela est dû au fait qu'elles n'ont jamais existé »². Dans ce passage de Schulz, on entend clairement l'écho de l'enseignement de Savigny, qui avait soutenu la fongibilité des jurisconsultes romains³. Si la position de Savigny a exercé une énorme emprise sur plusieurs générations de romanistes, elle puisait ses racines dans le passé, puisque peu d'attention était traditionnellement accordée à l'étude individuelle des jurisconsultes romains⁴. En revanche, on attribuait beaucoup plus d'importance à l'analyse des différentes institutions juridiques, qui

-
1. M. Brutti, « Dal Digesto ai giuristi », in D. Mantovani et A. Padoa-Schioppa (éd.), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, IUSS Press, 2014, p. 597 et s.
 2. F. Schulz, *History of Roman legal science*, Clarendon Press, 1967, p. 125. Cf. M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi : una transizione incompiuta », in A. Schiavone (dir.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scrittori iuris Romani*, G. Giappichelli Editore, 2017, p. 35.
 3. F.C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. par A. Dufour, PUF, 2006, p. 64. V.M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 25.
 4. M. Brutti, « Dal Digesto ai giuristi », préc., p. 615 ; *Id.*, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 21-22.

était effectuée en adoptant une approche systématique⁵. Une telle méthode herméneutique a trouvé son aboutissement dans la pensée de Savigny⁶, pour lequel « les concepts et les principes de leur science ne sont pas à leurs yeux le produit de leur libre volonté, ce sont des êtres réels dont l'existence et la généalogie leur sont devenues familières à la faveur d'une longue intimité »⁷. Ainsi, le raisonnement juridique acquiert un tel degré de certitude que, pour Savigny, il aurait été assimilable au raisonnement mathématique. Les juristes romains auraient ainsi calculé avec leurs concepts⁸. Une telle conception désincarnée de la jurisprudence romaine rend possible la construction d'un système juridique, considéré comme parfaitement rationnel, qui est bâti, sans aucun égard pour la personnalité de ces juristes, en se servant des textes doctrinaux. Une telle approche ne pouvait que se justifier par la pétition de principe de la fongibilité des jurisconsultes romains⁹.

L'enseignement de Savigny exercera une influence décisive sur la science juridique allemande et italienne, notamment à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle¹⁰. La Pandectistique portera à ses extrêmes conséquences l'approche systématique dont Savigny avait été le chantre¹¹. C'est la méthode de la *Begriffspyramide* (« pyramide de concepts »), qui caractérise les tenants de cette école¹², qui s'attachent ainsi à reconstituer les institutions juridiques et à identifier les liens qui les unissent.

Si la fin du XIX^e siècle se caractérise par la prédominance de la démarche systématique, il est également marqué par une nouvelle tendance qui s'affirme dans les études romanistes, à savoir la recherche des interpolations. Par interpolation, on entend les modifications, notamment celles effectuées par les commissaires de Justinien, qui ont altéré les sources juridiques romaines. Si à

partir du XIX^e siècle, le courant humaniste s'était déjà intéressé aux interpolations pour rétablir dans sa forme originelle le texte des compilations, par la suite, de telles études philologiques avaient en effet été abandonnées. Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle que l'attention des romanistes s'est concentrée à nouveau sur la recherche des interpolations¹³. Une telle recherche philologique pourrait, de prime abord, sembler contredire les tendances antihistoricistes et abstraites de la Pandectistique. En réalité, une telle impression serait erronée puisque la recherche interpolationniste n'était rien d'autre que le fruit mûr de la Pandectistique¹⁴. En effet, par la recherche des interpolations, on peut supprimer les contradictions, réelles ou apparentes, qui sont présentes dans les compilations. Aucune antinomie n'aurait dès lors pu déformer le système juridique d'époque classique, se caractérisant donc par une perfection atemporelle¹⁵.

À ce propos, il n'est pas inutile de rappeler que l'identification des interpolations était souvent caractérisée par une certaine fragilité philologique, puisqu'elle était fréquemment guidée par des pétitions de principe, notamment par la conviction apriorique de l'incompatibilité de certaines expressions ou de certaines solutions juridiques avec le droit de l'époque classique.

Ces tendances méthodologiques, tout en étant longtemps dominantes, n'ont jamais fait l'unanimité au sein de la doctrine. Ainsi, dès la fin du XIX^e siècle, une partie des savants n'a pas adhéré à la notion de fongibilité de la jurisprudence romaine. Toutefois, une telle position, d'abord minoritaire, s'est affirmée de manière graduelle au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, en conduisant alors à rejeter de manière de plus en plus ferme le postulat de la fongibilité des juristes romains, ainsi que la démarche systématique et abstraite jadis domi-

5. Cf. M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi » préc., p. 18-22.

6. M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 23 et s.

7. F.C. von Savigny, *De la vocation...*, op. cit., p. 64. V.M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 24.

8. M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 24.

9. F.C. von Savigny, *De la vocation*, op. cit., p. 64. Voir M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 25.

10. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, 1987, p. 259 et s.

11. *Ibid.*, p. 246 et s.; M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 26 et s.

12. A. Lovato, « Storicità del diritto e ius controversum nella riflessione di Orestano e Raggi », in A. Schiavone (dir.), *Giuristi romani e storiografia moderna*, op. cit., p. 89.

13. Sur l'histoire des interpolations, v. F.J. Andrés Santos, « Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane », *Revista de estudios histórico-jurídicos* 2011, vol. 33, p. 65 et s.

14. R. Orestano, *Introduzione...*, op. cit., p. 540 et s.

15. Cf. M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 27.

nante¹⁶. Parallèlement – et sans surprise – on a assisté également à une graduelle désaffection pour la méthode interpolationniste, dont on a de plus en plus censuré les excès. Un changement global de perspective s'opère alors. Le droit romain est de moins en moins conçu comme un système juridique clos, qui serait l'expression d'une rationalité atemporelle et parfaite. S'affirme au contraire l'idée que le droit classique est un droit casuistique, créé principalement par des juristes dans un dialogue continu les uns avec les autres, de génération en génération.

Ce processus de réflexion et de réécriture de l'image que nous avons du droit romain se poursuit encore aujourd'hui. On peut alors citer, à titre d'exemple, le projet ERC (2015-2020) *Scriptores iuris romani*, dont le *principal investigator* était Aldo Schiavone. L'objectif du projet a été de remettre en discussion l'image traditionnelle du droit romain véhiculée par les compilations de Justinien, en essayant de reconstituer les œuvres des jurisconsultes qui ont été fragmentées par les compilateurs¹⁷. En commentant la méthode choisie, Schiavone a souligné que ce projet « demande l'acquisition d'une donnée préliminaire très importante : la séparation, de la manière la plus radicale possible, de l'événement historique, constitué par le droit romain, de l'histoire de sa tradition et de sa fortune, à partir de l'époque de Justinien jusqu'au ^{xx}e siècle »¹⁸. Seul l'abandon de l'image traditionnelle du droit romain permet alors à l'interprète de saisir le droit romain comme phénomène historique et de broser le portrait des jurisconsultes qui ont été ses vrais protagonistes. Un tel choix méthodologique impose de renoncer à la superstructure dogmatique qui encadre le droit romain

depuis l'époque byzantine et de reconnaître que, si les droits contemporains puisent leurs racines dans le droit romain, cela n'implique pas que le droit romain incarne des réalités éternelles, situées au-delà de l'histoire¹⁹.

Une telle position dogmatique, marquée par la valorisation du caractère historique du droit romain, pose clairement le problème des rapports entre droit romain et droits contemporains, mais elle cache, en filigrane, une autre question : celle de la place du droit romain au sein des facultés de droit. Peut-on imaginer, dans les facultés de droit, un enseignement du droit romain rejetant tout dogmatisme ?

Une telle question, pourtant, est loin d'être nouvelle. Déjà en 1881, Vittorio Scialoja, qui était alors un très jeune professeur destiné à une brillante carrière académique²⁰, adresse une lettre publique à Filippo Serafini²¹, éminent professeur et directeur de la revue *Archivio giuridico*, dans laquelle il affirmait que « le droit romain pur » était désormais un « droit mort »²². Dans cette lettre, Scialoja critiquait la méthode traditionnelle de l'enseignement du droit romain qui était finalisée à l'analyse du droit contemporain.²³

Poser le problème de la méthode de l'enseignement du droit romain revient à s'interroger sur son rôle dans la formation du juriste, un problème qui est perçu de manière encore plus claire au cours des décennies suivantes. Cela est notamment le cas de la monographie *Europa und das römische Recht*, de Paul Koschaker, romaniste et spécialiste des droits de l'Orient ancien²⁴. Cet ouvrage, publié pour la première fois en 1947, avait été précédé, en 1938, par une communication intitulée *Die Krise des römischen*

16. M. Brutti, « Storie di dogmi, storie di giuristi », préc., p. 38 et s.

17. A. Schiavone, « Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani », in *id.* (dir.), *Giuristi romani e storiografia moderna*, op. cit., p. 2.

18. *Ibid.*, p. 2.

19. *Ibid.*, p. 8.

20. Sur la figure très importante de Vittorio Scialoja, voir la notice d'E. Stolfi, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Istituto della enciclopedia italiana, 2012, p. 397 et s.

21. Sur Filippo Serafini, voir la notice d'E. Stolfi, in I. Birocchi et al. (dir.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, t. II, op. cit., p. 1850-1851.

22. V. Scialoja, *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane*, *Archivio giuridico* 1881, vol. 26, p. 489.

23. Sur la lettre de Scialoja à Serafini, voir R. Orestano, *Introduzione...*, op. cit., p. 506 et s.; F. Amarelli, « L'insegnamento scientifico del diritto nella letteratura di Vittorio Scialoja e Filippo Serafini », *Index* 1990, vol. 18, p. 59 et s.

24. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Beck, 1966. Sur la figure de P. Koschaker, voir la monographie de T. Beggio, *Paul Koschaker (1879-1951) : Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Universitätsverlag Winter, 2018.

*Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*²⁵. Dans le dernier chapitre d'*Europa und das römische Recht*, qui est aussi nommé *Die Krise des römischen Rechts*²⁶, Koschaker relève que, pour la première fois, depuis sa redécouverte, le droit romain est appréhendé comme un phénomène exclusivement historique. L'historicisation de l'étude du droit romain constitue pour l'éminent savant une césure, qui a des conséquences néfastes. Il observe alors que « le droit romain est devenu étranger dans les facultés de droit » puisque « non seulement la pratique juridique ne lui prête plus aucune attention mais, de surcroît, il est étranger et antipathique à nos jeunes juristes »²⁷. Le maintien d'un lien avec la dogmatique juridique contemporaine lui apparaît alors comme étant nécessaire pour ne pas couper entièrement les romanistes des facultés de droit.²⁸

Plusieurs décennies après la publication *Europa und das römische Recht*, il est évident que la crise évoquée par Koschaker non seulement n'a pas été résolue, mais elle s'est aggravée.

De ce point de vue, il est éclairant de citer la position du célèbre historien Arnaldo Momigliano. Lors du premier Colloque International de la Société Italienne d'Histoire du droit de 1963, il avait ouvert sa communication exprimant un souhait qui est resté célèbre. Un souhait, qui aux yeux des romanistes, est apparu comme une sorte de malédiction, qu'ils essayent depuis d'exorciser²⁹ : « j'imagine, je veux imaginer, que nous sommes ici pour célébrer un événement historique d'une certaine importance, à savoir la

fin de l'histoire du droit comme branche autonome de la recherche historique »³⁰.

Or, il est évident que la romanistique a perdu la place qu'elle occupait jadis au sein de la culture juridique européenne et qu'elle a subi une marginalisation, qui ne concerne, par ailleurs, pas le seul droit romain, mais l'ensemble de la culture classique³¹. Un tel constat, toutefois, ne doit pas nous amener à considérer que les études romanistiques n'ont plus aucun avenir devant elles dans les facultés de droit et qu'elles sont destinées à perdre leur individualité. La réflexion de Koschaker, plusieurs décennies après la publication d'*Europa und das römische Recht*, offre des éléments de réflexion importants³². Le maintien d'études dogmatiques, à côté de ceux ayant un caractère plus nettement historique, semble crucial pour permettre au droit romain de demeurer au sein des facultés de droit et de conserver, en dépit du souhait de Momigliano, son identité comme branche autonome de la recherche historique. En empruntant les remarques lucides de Yan Thomas, il ne faut pas renoncer à écrire une histoire des dogmes³³, ayant dans le droit romain son point de départ. Une telle œuvre n'est pas opposée à une étude historique du droit, mais, au contraire, elle lui est complémentaire puisque c'est en étudiant les dogmes juridiques qu'on comprend véritablement que le droit romain n'est pas un droit éternel, transcendant le temps et l'espace. Par ce biais on montre ainsi que les notions juridiques, loin d'être immuables et perpétuelles, ont connu des évolutions et des changements au cours des siècles.

25. P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, Beck, 1938.

26. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, op. cit., p. 337 et s.

27. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, op. cit., p. 342.

28. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, op. cit., p. 343.

29. Voir les remarques d'A. Schiavone, « Un'identità perduta : la parabola del diritto romano in Italia », in *Id.* (dir.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, 1990, p. 276-277.

30. A. Momigliano, « Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi », in *Atti del primo congresso della Società italiana di storia del diritto* (Roma, 1963), L. S. Olschki, 1966, p. 21 [= *Id.*, *Rivista storica italiana*, 1964, vol. 76, p. 285 = *Id.*, *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, 1966, p. 285].

31. Voir les pénétrantes observations de L. Capogrossi Colognesi, *Un futuro senza storia ?*, Index 2011, vol. 39, p. 55-56.

32. La position de Koschaker n'est par ailleurs pas dépourvue d'ambiguïtés, notamment liées à l'évocation de la nécessaire « actualisation » du droit romain, ce qui a suscité des réactions critiques. V. T. Beggio, *Paul Koschaker...*, op. cit., p. 181 et s.

33. Y. Thomas, « Mommsen et l'« Isolierung » du droit », in Th. Mommsen, *Le droit public romain*, t. I, Paris, 1982, p. 9, n° 36 (réimpr. de l'édition de 1892, trad. par P.F. Girard).

Perspectives

Droit romain

Les textes, la littérature, les abstractions juridiques Le Moyen Âge et l'identité stratifiée du droit romain

Emanuele Conte

Professeur titulaire d'histoire du droit à l'Université Roma Tre (Italie) et directeur d'études à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (Paris)

Le *Corpus iuris civilis* au Moyen Âge. Éclipse et réapparition

Un ensemble de raisons politiques, économiques et religieuses ont déterminé, à la fin du ^x^e siècle, un fait historique destiné à conditionner l'idée d'abord européenne, puis mondiale, du droit.

Un fait historique : c'est-à-dire un événement qui s'est produit dans un certain contexte spatio-temporel, déterminé par des conditions particulières et favorisé par des opportunités fortuites. Un fait qui, comme toutes les choses qui se produisent, aurait pu ne pas se produire.

Ce fait est la réévaluation soudaine du *Corpus Iuris Civilis*, promulgué par l'empereur d'Orient Justinien entre 529 et 534, puis mis à jour jusqu'à sa mort en 565 avec les *Novellae*, et introduit en 554 dans une seule province de l'Empire d'Occident, l'Italie, reconquise au prix d'une guerre sanglante.

L'Italie n'est restée sous le contrôle de l'Empire que pendant 15 ans, car en 569, des groupes armés de barbares commandés par des ducs lombards sont entrés dans la péninsule et ont éliminé rapidement les structures de gouvernement byzantines. La guerre de Justinien contre le gouvernement goth d'Italie avait en effet épuisé

la péninsule, qui fut ainsi soustraite au contrôle de l'Empire byzantin.

Pendant les 15 ans de domination byzantine, les conditions économiques, politiques et culturelles de la péninsule n'ont donc pas favorisé la circulation de la nouvelle compilation de l'Empereur, ni son adoption dans la pratique. On sait d'ailleurs que seules quelques copies de la compilation ont été produites : elles sont transcrites sur papyrus, un matériau très fragile et périssable, et il n'en reste que de petits fragments qui ne nous permettent pas de nous faire une idée des livres produits au ^{vi}^e siècle. Mais ensuite, à partir du siècle suivant, Justinien semble avoir été exclu des textes de l'Antiquité romaine dont les manuscrits méritaient d'être « rénovés », c'est-à-dire transcrits sur du parchemin neuf dans les *scriptoria* qui ont vu le jour dans les monastères bénédictins.

Cette exclusion allait durer longtemps. Malgré la référence explicite à la renaissance de l'Empire romain en Occident, le ^{ix}^e siècle carolingien ne s'est pas intéressé de nouveau aux textes du droit impérial par excellence : le recueil de droit romain de Justinien. Les *scriptoria* monastiques carolingiens ont transcrit de nombreuses œuvres de la littérature latine sur de nouveaux manus-

crits, mais n'ont pas jugé nécessaire de reproduire sur parchemin les textes des Digeste, du *Codex* et des Institutions. Ils ont produit quelques manuscrits de l'*Epitome Iuliani*, c'est-à-dire un résumé des *Novellae* contenant de nombreuses règles régissant les corps ecclésiastiques, mais n'ont pas repris le texte original de Justinien, préférant une version abrégée.

Il faut donc attendre la seconde moitié du *xi*^e siècle pour assister à un regain d'intérêt pour l'ancienne compilation de Justinien. À cette époque, la récupération des textes de Justinien nécessitait désormais des recherches actives, car les bibliothèques monastiques ne contenaient pas de manuscrits carolingiens faciles à utiliser et à reproduire. Il fallait rechercher des manuscrits plus anciens qui, dans bien des cas, n'étaient pas complets. Le *Codex* réapparut au *xi*^e siècle dans des versions réduites, progressivement complétées par l'ajout des constitutions manquantes. Le Digeste a d'abord été transcrit à partir de manuscrits mutilés, puis complété par de nouvelles découvertes qui ont permis de reconstituer le texte en trois volumes d'extension différente. Les *Novellae* ont été recomposées en recourant à une traduction latine qui ne les contenait pas toutes et les classait en « collections » (*collectiones*) selon un critère étranger à l'original grec¹.

Les traces mêmes de ces efforts de reconstruction confirment que l'objectif des intellectuels qui ont réalisé la *renovatio* était de reconstituer la face originale de la compilation « selon la forme dans laquelle [les textes] ont été compilés par Justinien », comme le dit la célèbre chronique de Burcard d'Ursperg, l'une des plus anciennes descriptions de ce processus de rénovation des livres juridiques. La *renovatio* était donc une édition médiévale qui cherchait à restaurer la forme ancienne de la compilation. Elle marquait une rupture avec les pratiques des florilèges antérieurs, qui sélectionnaient les textes utiles et supprimaient les parties inutiles. Au contraire, la compilation méritait d'être recomposée dans son

intégralité, car elle avait été promulguée dans cette forme par le législateur impérial.

C'est pourquoi on peut dire que la réapparition du *Corpus iuris civilis* au *xi*^e siècle est un fait historique qui marque une nouveauté : l'opération de recherche et de reconstruction des textes de Justinien a été entreprise dans un contexte politique et culturel qui exigeait la récupération de ces textes que la *renovatio* carolingienne avait ignorés. Une contingence historique particulière, au *xi*^e siècle, a réuni les conditions pour qu'un certain nombre d'intellectuels entreprennent la tâche complexe et difficile de la reconstruction, que certains historiens du droit ont qualifiée de « philologique », au risque d'un anachronisme évident².

Il est impossible d'aborder ici le problème de la définition des éléments qui ont provoqué cette contingence historique, aboutissant à un événement historique d'une telle portée. Au début du *xx*^e siècle, un grand juriste philologue comme Hermann Kantorowicz s'est contenté de le définir comme « *ein weltgeschichtliche Zufall* », un événement heureux qui a fait qu'un manuscrit du Digeste est tombé entre les mains d'un homme brillant qui était Irnerio, le fondateur mythique de l'école de Bologne³. Aujourd'hui, cependant, cette explication ne peut satisfaire : on sait très peu de choses sur Irnerius ; l'opération de reconstruction des textes a duré même au-delà de sa vie ; et surtout, elle a réussi parce que la société européenne était prête à accueillir une innovation radicale dans la manière de résoudre les conflits. Comprendre ce changement social qui a permis une innovation aussi importante est évidemment un problème historique majeur. On peut peut-être se limiter à dire que tous les changements culturels, politiques et sociaux que l'on a appelés la « réforme grégorienne » ont constitué le contexte historique nécessaire à ce changement de mentalité⁴.

En ce qui concerne le droit, l'élément fondamental de cette « révolution » médiévale (Ber-

1. Le texte de Burchardus se trouve dans l'édition de Holder-Egger et von Simson in MGH, *Scriptores rerum germanicarum in usu scholarum*, 1916, p. 15-16, citée par de nombreux auteurs. En dernier lieu, avec de nombreuses références, Ch. Donahue, « Irnerius : the State of the Question », *Bull. of Med. Canon Law* 2023/40, p. 1, spéc. p. : 10.

2. V. L. Loschiavo, « Irnerius and the Imperial Legislator, between Justinian and Henry V », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2020/88, p. 367.

3. H. Kantorowicz, *Die Epochen der Rechtswissenschaft*, 1914, reproduit in *Id.*, *Rechtshistorische Schriften*, hg. Coing et Immel, 1970, p. 1, spéc. : p. 3.

4. La catégorie historique « réforme grégorienne » a été récemment remise en question. Voir les articles de Dominique Barthélemy, Michel Lauwers, Patrick Henriet et Florian Mazel recueillis dans *Le Moyen Âge* 2023/129, p. 11 et s.

man) est l'adoption d'un processus calqué sur le modèle romain, qui prévoit des fonctions précises pour les trois parties concernées : le demandeur, qui doit proposer sa demande dans les formes rituelles de l'*actio*, l'action en justice ; le défendeur, qui a le droit de proposer des exceptions à la demande du plaignant ; le juge, qui doit être un tiers entre les deux parties, et qui doit évaluer les demandes, les exceptions et les preuves apportées dans le procès.

Un tel modèle a profondément renouvelé la logique de la justice du haut Moyen Âge, qui ignorait le statut de tiers du juge et fondait la décision sur le lien d'autorité existant entre le juge et les parties.

En présentant leurs arguments devant les tribunaux, les parties devaient être en mesure de mobiliser la force normative des textes législatifs, en configurant leurs positions par le recours à des principes abstraits. En d'autres termes, elles devaient qualifier leurs positions en transférant la réalité concrète en termes abstraits, indispensables pour déclencher les conséquences prévues par les règles juridiques.

Une connaissance détaillée des textes juridiques était donc indispensable pour construire un ensemble de principes abstraits, mais fondés sur des normes juridiques considérées comme en vigueur et obligatoires. L'élaboration de ces principes était l'objectif d'un travail intellectuel qui s'effectuait par la confrontation des milliers de textes rassemblés dans le *Corpus* de Justinien, dont la force normative était mobilisée avec les outils de la dialectique scolastique, afin d'en tirer des *regulae*, c'est-à-dire des propositions générales et abstraites nécessaires pour qualifier la réalité en termes juridiques.

Regulae iuris. Philologie scolastique et dialectique

L'approche du texte par les juristes médiévaux se comprend mieux si nous portons notre attention

sur un problème philologique qui n'est qu'un détail érudit en apparence. Permettons-nous donc une brève digression.

Le Digeste se termine par un titre de *regulis iuris*, composé de pas moins de 211 fragments, pour la plupart très courts, énonçant des règles générales. Il s'agit d'un titre qui a suscité beaucoup d'attention au ^{xiii}e siècle, précisément parce que – comme Bulgarus l'observe dès 1135 environ – la structure du processus romain exigeait l'adoption de principes juridiques tirés de la compilation de Justinien, et le dernier titre du Digeste rassemblait plusieurs dizaines d'exemples de règles d'application générale. Par exemple : « *Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem* » (D. 50.17.6 : « On ne veut pas être héritier quand on a voulu transférer l'hérédité à un autre ») ; ou encore : « *Secundum naturam est, commodum cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda* » (D. 50.17.10 : « Il est naturel que quelqu'un qui supporte les charges d'une chose en retire les profits »).

Le titre s'ouvre sur un fragment du juriste Julius Paulus (entre 150 et 230 ap. J.-C.) censé clarifier ce qu'est une *regula iuris* en se référant à un passage de Sabinus qui la définissait comme « *quasi causae coniectio* ». Une expression difficile, que l'on peut traduire en français par « une explication succincte du principe qui sert à décider la cause »⁵.

Le terme latin *coniectio* apparaît dans la célèbre *Florentina*, le principal manuscrit du Digeste, qui date du ^{vi}e siècle. Theodor Mommsen, dans son édition désormais standard (Berlin 1868, vol. 2), suit sans hésitation cette lecture, également justifiée par le contexte grammatical de l'expression. *Coniectio* signifie, selon Peter Stein, « un bref rassemblement des faits pertinents »⁶.

Mais ce n'est pas le texte qui émerge au début du ^{xii}e siècle. La version *Vulgate* du Digeste, celle qui constituait la base de l'enseignement du droit au Moyen Âge et que les juristes avaient en

5. Je reproduis ici la traduction classique éditée par Hulot, Bethelot, Tissot et Béranger, Metz, 1803, désormais en ligne sur le site histoire.droit.fr.

6. P. Stein, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinbourg Univ. Press, 1966, p. 69 propose une explication claire qu'il mérite de reporter ici : « ... but after all what is a regula ? It is no different from a definitio. It is a brief statement of the subject-matter, that is, the existing law. (It is significant that *sumatur* and *fiat* are both in the subjunctive, which suggests that the writer is not stating a fact but putting a point of view.) A regula is a convenient means whereby a summary statement of the law can be passed on to the others (traditur), but it has no more validity in itself than a *causae coniectio*. This was a technical term of procedure which described part of the second stage in a *legis actio* when the parties appeared before the iudex. Before presenting their case to him in detail, says Gaius (4.15), they stated it to him in summary outline (per indicem). This was called cau- »

tête jusqu'à l'époque de l'humanisme, comportait en effet une variante minime, mais déterminante.

Au lieu du terme *coniectio*, la *Vulgate* lit *coniunctio*. Dans le texte que les juristes du haut Moyen Âge avaient sous les yeux, la *regula iuris* n'était pas un résumé de l'affaire en discussion, mais un concept abstrait résultant de la conjonction des causes. Cela modifiait substantiellement la logique du droit romain, justifiant par l'autorité du texte ce travail de comparaison entre les textes qui était l'élément fondamental de la procédure dialectique scolastique. Et lorsqu'il pensait à la « conjonction des causes », le dialecticien médiéval ne pensait pas à la *cause* au sens d'*affaire* (comme dans le texte original), mais à la *cause* au sens aristotélicien de *causa finalis*, qui était la fin, l'objectif de tout texte normatif, promulgué par le législateur pour poursuivre l'équité. Dans les textes qui composent le *corpus* juridique de Justinien, l'érudit médiéval doit savoir trouver cette cause pour pouvoir la « joindre » aux causes des autres textes contenus dans la même compilation. Ici donc, la détermination de la *regula iuris* devenait le résultat de la comparaison de différents textes qui visaient la même *cause*, c'est-à-dire la même justice. Bulgaro, certainement le juriste le plus influent de la première moitié du XII^e siècle, parvient ainsi à une nouvelle définition de la *regula* : « *Regula est brevis narratio rerum et quasi cause coniunctio, idest coniungit res eadem causam habentes* » : « la règle est un bref récit des faits et une sorte de connexion des causes, c'est-à-dire qu'elle relie des choses ayant une même cause ».

Reprenant cette définition vers la fin du XII^e siècle, un juriste-théologien du nord de l'Europe, Bertrand de Metz⁷, précise ce qu'il faut entendre par *cause* : « *causam si placeat appellamus rationem que habetur de rebus* » : si l'on veut, on appelle « cause » la raison que l'on a pour les choses.

C'est ainsi que l'expression « *ratio legis* » est apparue pour désigner la raison de justice d'une norme juridique, un usage qui perdure encore aujourd'hui. Les juristes d'aujourd'hui utilisent

encore ce mot latin pour exprimer le sens de justice qui anime une norme juridique. Cette expression a été formulée par des juristes du Moyen Âge qui travaillaient sur un texte du Digeste, corrompu par une erreur dans la tradition manuscrite et interprété par la dialectique scolastique médiévale.

Le *Corpus Juris* comme un échiquier

Une fois établi que la scolastique juridique du XII^e siècle visait d'abord à établir des règles tirées de la conjonction des *rationes* des normes, nous devons examiner un deuxième aspect fondamental de la méthode médiévale.

La définition des règles n'est possible que si les causes sont réunies au sein d'un nombre fini de normes. Il est essentiel de distinguer les textes à valeur normative de ceux qui contiennent une *veritas* générique, mais qui n'ont pas la force d'une norme juridique.

Cette distinction est rendue possible par l'opération de Justinien qui a promulgué son immense compilation en donnant force de loi à chaque texte publié.

La reconstruction du *Corpus iuris* ne résulte pas d'une opération philologique induite par l'enthousiasme pour l'Antiquité, ni de la conviction que toutes les règles de Justinien sont immédiatement utiles dans la vie pratique. Elle sert plutôt à délimiter le champ du jeu dialectique. Le processus de comparaison dialectique qui construit les *regulae* ne se produit qu'entre les textes inclus dans le *Corpus* et promulgués en tant que lois par l'empereur Justinien. Certains textes inclus sont, en apparence, complètement inutiles pour l'Occident médiéval (par exemple, les règles régissant le collège des collecteurs de coquillages pour la production de la pourpre : C. 11.8). Les savants des XI^e et XII^e siècles ont également récupéré ce type de normes, car ce qui est mobilisé pour la construction des règles abstraites n'est pas le sens immédiat du texte, mais sa cause, c'est-à-dire la justice que le législateur veut atteindre en promulguant la norme juridique.

sae coniectio, because it was a short gathering up of the relevant facts ("quasi causae suae in breve coactio"). If the causae coniectio was unsatisfactory even in one point, it was entirely useless, because the court, instead of being able to reach a decision of the case at once, had then to proceed to the next stage of the action at which the matter was submitted in extenso ».

7. S. Kuttner, « Bertram de Metz », *Traditio* 1957/13, p. 501 ; S. Caprioli, « Bertrandi quaedam de regulis iuris. D. 50, 17, 1 – D. 50, 17, 35 », *Annali di storia del diritto* 1964/7, p. 225.

Le *Corpus iuris* médiéval est donc un ensemble de textes très large, mais bien défini : il est en principe fermé à toute expansion arbitraire. Les juristes médiévaux ont donc élaboré une quantité de *regulae*, c'est-à-dire de concepts abstraits construits au moyen de la comparaison incessante des textes qui composaient le *Corpus* de Justinien.

Une mosaïque du XII^e siècle sur le sol de l'église de San Savino à Plaisance établit un parallèle

avocat entre le procès rationnel, dans lequel le juge, expression du pouvoir politique, juge en appliquant la loi, et le jeu d'échecs, régi par des règles précises connues des deux joueurs. Tel est le sens du nouveau mode de régulation des conflits humains, qui se substitue au jugement ordalique, représenté dans la mosaïque en parallèle avec le jeu de dés, dans lequel il n'y a pas d'affrontement basé sur des règles⁸.



Plaisance, Italie. Église de San Savino. Mosaïque. XII^e siècle

Le droit romain médiéval comme base de l'unité du droit européen.

Franz Wieacker et Ernst R. Curtius

Ce que nous appelons aujourd'hui « droit romain » est donc avant tout le résultat de ce remaniement scolastique des textes que Justinien avait sélectionnés parmi les normes et les œuvres de la littérature juridique ancienne.

C'est ce droit romain médiéval qui a joué un rôle essentiel dans la création de la mentalité juridique européenne. Il a en effet servi de référence à la construction des systèmes juridiques

qui, entre la fin du Moyen Âge et l'époque moderne, ont pris les connotations de systèmes juridiques ancrés dans les souverainetés nationales qui se sont constituées à différentes époques en Europe. En se nationalisant, le droit européen a migré du latin, langue commune, vers les langues vernaculaires nationales : entre la fin du Moyen Âge et l'époque moderne, les lois souveraines, les ouvrages de doctrine et les décisions judiciaires ont commencé à être formulés en anglais, en castillan, en français, en allemand, en italien et dans les autres langues européennes. Pourtant, à l'instar de la langue et de la

8. E. Conte et L. Mayali, « Introduction », in E. Conte et L. Mayali (dir.), *A Cultural History of Law in the Middle Ages*, Bloomsbury, 2019, p. 1.

littérature latines, l'expérience médiévale est restée un point de référence constant pour la culture juridique européenne. Un passé unificateur vers lequel l'historiographie juridique européenne s'est tournée avec plus d'intensité au lendemain de la tragédie de la Seconde Guerre mondiale, qui a conclu la grande crise des nationalismes qui a occupé la première partie du ^{xx}^e siècle.

Prenons seulement un exemple. En publiant la première édition de sa *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* sept ans après la fin de la guerre, en 1952, Franz Wieacker a proposé une nouvelle image de l'histoire du droit privé à l'Europe d'après-guerre afin de proposer un passé commun qui équilibrerait en quelque sorte les histoires nationales.

Il est naturel que l'histoire du droit et les historiens du droit aient joué un rôle particulièrement important dans ce processus de reconstruction d'une identité européenne partagée. Mais ils n'étaient pas seuls. En 1948, Ernst Robert Curtius publia son gros volume sur la littérature européenne et le Moyen Âge latin, que Wieacker mentionne dans son livre, et qui avait suscité l'intérêt des historiens du droit allemands qui tentaient de proposer une vision non plus nationaliste mais européenne de l'histoire du droit.

Ainsi, la lecture de Curtius, qui suit l'émergence des littératures européennes en langues vernaculaires, mais reconnaît et exalte également la fonction unificatrice de la littérature latine médiévale, joue un rôle inspirant pour des juristes comme Wieacker, qui ont traversé la dictature nazie et la guerre. De même que, pour Curtius, les littératures européennes en langues vernaculaires devaient toutes être comprises dans leur relation avec la matrice latine, pour Wieacker, le pluralisme des systèmes juridiques qui caractérisait l'Europe au Moyen Âge devait être interprété à la lumière de la fonction unificatrice du droit romain.

Curtius et Wieacker s'étaient tous deux posé le problème de la continuité, c'est-à-dire de définir – aussi précisément que possible – ce que les

spécialistes de l'histoire des phénomènes culturels entendent lorsqu'ils parlent de « tradition » ou de « présence de l'Antiquité » dans l'histoire médiévale et moderne de l'Europe. Dans son introduction, Curtius avait mentionné le parcours commun de Virgile et Dante dans l'*Inferno* et le *Purgatorio* de la *Commedia*, comme pour représenter la fonction jouée par l'ancien modèle latin dans la formation de la plus grande œuvre littéraire vernaculaire du Moyen Âge⁹.

Pour des professeurs allemands de droit romain comme Koschaker et Genzmer, ou comme Wieacker et Coing, la question de la continuité du droit romain à travers les siècles était encore plus fondamentale que pour un philologue et historien de la littérature comme Curtius. Cela s'explique notamment par le fait que, des siècles après l'extinction des organes institutionnels qui les avaient produites, les normes juridiques constituant le droit romain sont considérées comme une référence par les juristes. D'ailleurs, les professeurs universitaires de droit romain, à l'époque de Wieacker comme aujourd'hui, doivent leur existence précisément à l'idée que ces textes promulgués par Justinien ont transmis pendant quinze siècles un complexe de logiques capable de servir de référence permanente à tous les systèmes juridiques qui se sont succédés et qui sont entrés en contact avec eux.

Pour remplir cette fonction de référence permanente, il est nécessaire de considérer le droit romain comme un système de concepts, et non comme un simple ensemble de normes juridiques. Ces concepts étant fondés sur des normes édictées, les juristes les qualifient d'« institutions », car ce sont des actes de volonté du législateur qui les ont institués. La doctrine allemande utilise le terme *Rechtsinstitut*, qui a un sens plus précis que celui d'« institution juridique », que l'on utilise en français. La propriété, les droits réels, les obligations, les contrats, les actes de disposition par volonté, la responsabilité civile, les garanties procédurales sont autant d'« instituts », c'est-à-dire des ensembles discursifs fondés sur l'autorité et la force de la loi.

9. E. R. Curtius, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, A. Francke Ag. Verlag, 1^{re} éd., 1948; dans l'introduction de la traduction anglaise de 1953, il est fait référence à Dante et Virgile : E. R. Curtius, *European Literature and the Latin Middle Ages*, trad. W. L. Trask, Princeton University Press, 1953, p. xxiii : « Virgile et Dante ont longtemps occupé une place dans le cercle le plus intime de mon admiration. Quels étaient les chemins qui menaient de l'un à l'autre ? Cette question me préoccupait de plus en plus. La réponse ne pouvait que se trouver dans la continuité latine du Moyen Âge. Et celle-ci était à son tour une partie de la tradition européenne, qui a Homère à son début et à sa fin, comme nous le voyons aujourd'hui, Goethe ».

Mais ce n'est pas la loi qui les décrit comme nous les comprenons. Les institutions juridiques sont des abstractions créées par l'activité des juristes. C'est pourquoi, lorsque Wieacker parle de la réception du droit romain en Allemagne, il précise qu'il ne s'agit pas du tout de la vigueur des normes romaines après tant de siècles, mais plutôt du processus qu'il appelle *Verwissenschaftlichung* en allemand, c'est-à-dire la construction rationnelle basée sur le travail scientifique des juristes. Pour Wieacker, la réception du droit romain en Allemagne s'identifie au fait que, par référence au *Corpus iuris* de Justinien, le droit prend une structure scientifique et que le travail des spécialistes de la science juridique, les juristes, devient indispensable.

Littérature juridique médiévale et droit romain

Cette même conviction, exprimée si clairement par Wieacker, était largement partagée par sa génération d'historiens du droit. Le droit romain n'aurait pas pu jouer son rôle unificateur vis-à-vis des droits européens modernes s'il n'avait pas été méticuleusement passé au filtre de la dialectique médiévale, capable d'identifier la *causa finalis* (la *ratio*) de chaque norme individuelle pour la relier à d'autres normes contenues dans le *corpus juris*, afin de construire discursivement des abstractions juridiques fondées sur la force de la loi, même s'il ne s'agit pas de textes promulgués par le législateur.

Pour comprendre historiquement le problème de la survie du droit romain dans les cultures juridiques modernes, il est donc nécessaire de considérer les œuvres produites par les juristes qui ont commencé cette tâche fondamentale au Moyen Âge.

La constitution d'un *corpus* de textes que l'on peut appeler « littérature juridique médiévale » est également un fait historique, survenu au ^{xii}e siècle, immédiatement après la redécouverte/reconstruction du *Corpus iurisi civilis* de Justinien. Il s'agit d'une littérature identifiable parce qu'elle se caractérise par des éléments distinctifs très précis, qui concernent : 1) la relation avec les sources normatives universelles représentées par

le *Corpus* de Justinien et le *Decretum* de Gratien, complété par les recueils de *decretales*, accueillies dans les compilations officielles de l'Église ; 2) l'utilisation de la méthode dialectique qui construit des catégories générales (les juristes modernes diraient « instituts juridiques ») qui peuvent être appliquées aux différents cas qui se présentent dans la pratique.

On peut tenter d'approcher historiquement ce corpus littéraire des œuvres juridiques produites au cours du premier siècle d'existence d'une littérature techniquement juridique, que l'on peut situer entre 1130 et 1230 environ. Au cours de cette période, des œuvres dotées des caractéristiques que nous avons décrites comme distinctives de la littérature juridique ont été produites dans différentes régions d'Europe. Dans deux articles précédents¹⁰, j'ai proposé d'identifier au moins quatre grandes régions dans lesquelles des ouvrages juridiques ont été rédigés :

1) La région de l'Italie du Nord, fortement influencée par Bologne, mais où existent aussi différents centres d'études ayant leurs propres caractéristiques. À Bologne, sont rédigés les grands *apparatus* de gloses sur le droit civil, tandis que d'autres centres produisent des ouvrages qui privilégient la méthode dialectique par rapport à la méthode exégétique. Ces œuvres définissent des principes juridiques en mobilisant les textes par des citations ; ou bien elles recueillent des controverses scolastiques ou pratiques. Outre le droit romain et le droit canonique enseignés à Bologne, le droit lombard et le droit féodal sont également présents dans la production littéraire, mais l'interprétation des normes non romaines se fait toujours à l'aide de citations de droit romain.

2) Le sud de la France, où des *summae* et des traités de procédure sont rédigés dès les années Trente du ^{xii}e siècle.

3) La région anglo-normande, très prolifique en ouvrages canoniques, qui témoignent toutefois d'une bonne connaissance du droit romain. Dans cette région également, des ouvrages très anciens sont consacrés au procès.

4) L'aire pariso-rhénane, encore liée au ^{xii}e siècle à la tradition quelque peu désuète du ^{xi}e siècle

10. E. Conte, « La France dans une Europe Juridique ? La relation à l'Italie au 12^e siècle », *Riv. di St. del Diritto Italiano* 2021/94, p. 17 ; « Des bibliothèques en un seul livre et les origines de la littérature juridique au ^{xii}e siècle » in *Les bibliothèques des juristes*, colloque à Montréal de 2022, sous presse.

cle, mais ouverte aux nouveaux développements du droit canonique et du droit civil. Des ouvrages inclassables comme les *Quaestiones de iuris subtilitatibus* ont probablement été rédigés à Paris.

Dans ces aires culturelles, on trouve des juristes engagés dans la rédaction d'œuvres, et de nombreux autres juristes qui ne sont pas des auteurs, mais des lecteurs, voire des annotateurs des œuvres d'autrui. Certains auteurs (surtout ceux de l'aire italienne) jouissent d'une notoriété européenne : les noms d'Irnerio, Bulgaro et Martino, Piacentino, Giovanni Bassiano et Pillio sont partout bien connus, et leurs œuvres leur sont donc explicitement attribuées. D'autres auteurs sont connus et considérés dans des domaines restreints, mais ne sont pas universellement connus, et leurs noms sont donc souvent omis. En fait, la littérature juridique qui circule anonymement est souvent celle écrite par des auteurs qui n'ont pas une grande notoriété. McSweeney¹¹ propose un parallèle assez efficace avec la musique rock : les auteurs qui sont connus dans toute l'Europe sont comparables à des stars du rock, tandis que d'autres qui écrivent des textes destinés à une circulation locale peuvent être comparés à des musiciens qui sont connus et appréciés dans des cercles nationaux ou locaux, mais pas au niveau international. Enfin, si l'on considère la musique rock comme un phénomène social, il faut également tenir compte des interprètes qui se produisent dans de petites salles mais ne publient pas leurs performances, et du grand nombre d'auditeurs sur lesquels retombe la production de musique rock à tous les niveaux.

La recherche en histoire du droit savant médiéval s'est d'abord concentrée sur les vedettes du rock, puis, au cours des dernières décennies, elle s'est intéressée aux auteurs d'œuvres à diffusion locale. Elle a beaucoup travaillé à l'attribution d'œuvres anonymes et méconnues : un grand nombre d'essais ont été écrits pour suggérer des auteurs possibles, surtout lorsqu'il s'agit de personnalités actives dans des zones géographiques limitées.

On s'est occupé moins préoccupé d'identifier les lecteurs de toute cette littérature. On pourrait dire que les historiens du droit ont considéré les œuvres juridiques de la fin du Moyen Âge

comme une littérature d'auteur, comme le proposait Savigny, et qu'ils les ont étudiées comme le faisaient les historiens de la littérature d'autrefois, qui s'intéressaient au monde des auteurs et non à celui des lecteurs. Mais le droit est un phénomène complexe, dans lequel les œuvres en circulation diffusent des arguments et des concepts qui sont ensuite appliqués dans la pratique des tribunaux et dans la rédaction des actes juridiques. Ainsi, si l'objet de l'histoire du droit est le droit dans l'histoire, il est évident que les lecteurs des œuvres de littérature juridique sont un maillon très important de la chaîne qui relie les normes aux abstractions créées par les interprètes, et les abstractions juridiques au caractère concret des relations économiques et sociales.

Les acteurs de ce processus sont des sujets de statut laïc ou ecclésiastique, qui parlent des langues vernaculaires très différentes, mais qui sont unis par la même fonction professionnelle et partagent une familiarité avec la littérature juridique qui circule de la manière que j'ai brièvement décrite. Par conséquent, le professionnalisme des juristes européens opère à différents niveaux. Les professionnels du droit exercent leur profession dans des contextes sociaux différents et appliquent des règles locales différentes, qui peuvent être en latin ou en langue vernaculaire ; mais tous sont des lecteurs d'ouvrages latins qui font partie de la littérature juridique. Ils connaissent tous le nom et l'œuvre des plus grands juristes (les *rock stars*), ils connaissent les ouvrages qui circulent dans leur région et ils savent identifier les citations des normes romaines (en référence au *Corpus iuris civilis*) que l'on trouve dans tous les textes qui font partie du genre de la littérature juridique. En d'autres termes, ils constituent ce que Brian Stock a appelé une « communauté textuelle », car leur culture est fondée sur le partage d'un certain nombre de textes bien connus de tous. Par conséquent, dans leurs activités de juges, d'avocats, de conseillers de juges ou de législateurs locaux, ils adoptent les abstractions juridiques élaborées dans les textes de la littérature juridique, en les adaptant à des cas concrets selon des critères également partagés.

* * *

11. T. McSweeney, *Priests of the Law. Roman Law and The Making of the Common Law's First Professionals*, Oxford University Press, 2019, p. 6.

Cette histoire médiévale de reconstruction, de réinterprétation scolastique et de construction conceptuelle représente un élément fondamental de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit romain. La littérature juridique médiévale esquisse un paradigme qui devient vite indispensable pour qualifier en termes juridiques les sujets, les biens, les relations d'obligation, la fonction performative des manifestations de volonté, les formes de responsabilité et les pou-

voirs. Les juristes sont les membres de la communauté textuelle des auteurs et des lecteurs de ce corpus littéraire. C'est cette imbrication complexe d'acteurs, de textes et de contextes qui constitue, dans l'histoire, ce que nous appelons le droit romain.

Ignorer l'histoire médiévale du droit romain, c'est donc ignorer le rôle du droit romain dans l'histoire européenne¹².

12. Un guide d'accès aux sources du droit médiéval, dans lequel une place adéquate est accordée au droit romain et à la littérature juridique médiévale, sera bientôt disponible en version imprimée et en format numérique en libre accès : E. Conte et L. Genton (dir.), *Lire le droit du Moyen Âge. Comprendre et utiliser les sources juridiques du XII^e au XVI^e siècle*, Palumbo, 2025, <https://fontes.palumboeditore.it>.

Perspectives

Droit romain

Contrats du romain et normes éthiques Regard diachronique sur la bonne foi et le dol

Emmanuelle Chevreau

Professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas,
directrice de l'Institut d'histoire du droit Jean Gaudemet
(UMR CNRS 7184)

La réforme du droit des contrats de 2016 a marqué un retour en force de la bonne foi, depuis la phase précontractuelle jusqu'à l'exécution¹. Dans le même esprit, la définition du dol a fait son entrée dans le Code civil (article 1137) et la réticence dolosive y est mentionnée explicitement pour la première fois, de même que l'obligation précontractuelle d'information (article 1112-1). Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'article 1137 du Code a fait l'objet de deux versions successives. Le projet initial contenait cette version :

« Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

Cette première formulation semblait traduire une consécration de la doctrine solidariste qui accorde une place centrale à la bonne foi dans le contrat, dans la mesure où le dol et en creux la réticence dolosive, en sont l'exacte antithèse.

Le rapport remis ensuite au Président de la République contenait l'ajout d'un deuxième alinéa à l'article 1137 :

« Néanmoins ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ».

On peut y déceler une prise en considération de l'approche libérale de la question dont l'illustration la plus éclatante réside dans le célèbre arrêt *Baldus*. L'objectif affirmé de la réforme était de trouver un équilibre « entre justice contractuelle et autonomie de la volonté ».

À première vue, l'ordonnance de 2016 semble avoir évité de trancher le conflit, dans le cadre de l'article 1137, entre l'exigence renforcée de la bonne foi, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Autrement dit, elle pourrait apparaître comme une opération neutre.

Cependant, la réalité est plus nuancée. C'est là que le recours au droit romain peut s'avérer particulièrement éclairant et donner de la substance et du relief au dilemme apparemment

1. V. entre autres O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016.

insoluble entre deux sensibilités contradictoires : d'un côté, la bonne foi et la justice contractuelle ; de l'autre, l'utilité privée et la logique libérale.

En effet, c'est à Rome que la bonne foi et le dol ont été introduits dans le droit romain par l'intermédiaire de l'édit du préteur, créant ainsi deux notions clés du droit contractuel promues à un grand avenir.

Dans le contexte de l'expansion de l'Empire colonial romain à partir du III^e siècle av. J.-C., le développement des échanges commerciaux et la complexité croissante des transactions juridiques poussèrent les juristes et les préteurs romains à introduire dans le droit romain des « standards » éthiques visant à instiller un « code » de bonne conduite contractuelle. L'archétype de cette éthique était la bonne foi, ancrée dans l'ancienne *Fides*, et introduite dans l'édit du préteur à travers les *iudicia bonae fidei*. Les actions de bonne foi sanctionnaient en effet certains actes juridiques et contrats, dont la liste nous a été transmise par le célèbre juriste républicain Quintus Mucius Scaevola :

« Quintus Scaevola, le grand pontife, affirmait que les actions dotées de la clause *ex fide bona* (sur la base de la bonne foi) étaient d'une importance capitale. Il estimait que la référence à la bonne foi devait être comprise largement et s'appliquait aux garanties, aux contrats de société, de fiducie, aux mandats, aux ventes et aux locations, qui constituaient le fondement de la vie sociale. Dans ces matières, il était essentiel que le juge établisse ce que chacun devait à l'autre »².

Mucius Scaevola énumérait la liste des quatre contrats consensuels (achat-vente, mandat,

société, louage) dans lesquelles l'exigence de la *bona fides* s'étendait de la formation à l'exécution des obligations. Ces contrats étaient sanctionnés par une action de bonne foi dont la particularité était de conférer au juge un large pouvoir d'appréciation du comportement des parties par rapport à la bonne foi.

Symétriquement le préteur romain sanctionna les manquements les plus graves à la bonne foi. Aux alentours de 70 av. J.-C., le préteur Aquilius Gallus a introduit l'édit sur le mauvais dol par l'intermédiaire duquel la victime du dol pouvait obtenir réparation du préjudice³. L'édit prévoyait la concession de l'*actio de dolo malo* quand la victime du dol était demandeur et l'*exceptio doli* (l'exception de dol) lorsqu'elle était défendeur. L'action de mauvais dol était une action pénale privée qui était assortie d'une sanction supplémentaire, l'infamie consistant en la dégradation temporaire ou définitive de certains droits. Par exemple, l'infâme ne pouvait plus être témoin dans les procès et les actes juridiques.

Le juriste Ulpien exprimait ainsi la finalité de l'édit :

« Dans cet édit, le préteur apporte une protection contre ces personnes inconstantes et fourbes qui ont causé, par leur ruse, un préjudice à autrui au moyen de leurs astuces afin que leur malignité ne soit pas source de profits et que la naïveté des autres ne leur porte pas préjudice »⁴.

Le dol fut ainsi érigé et conçu comme étant l'antithèse de la bonne foi. Le juriste Paul l'exprimait sans ambages : « car la bonne foi est contraire à la fraude et au dol »⁵.

-
- Cicéron, *De officiis* 3.70 : « Nam quanti verba illa : UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE. Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi", magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret ».
 - Sur le dol en droit romain, v. entre autres : E. Chevreau, « Quelques réflexions diachroniques sur la définition du dol contractuel en droit romain », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Éd. Panthéon-Assas, 2019, p. 109 ; P. Lambrini, *Studi sull'azione di dolo*, Jovene, 2013 ; U. Elsener, *Les racines romanistiques de l'interdiction de l'abus de droit*, Helbing & Lichtenhahn/Bruyant, 2004 ; G. McCormack, « "Dolus" in Republican Law », *BIDR* 1985/27, p. 1 ; *Id.*, « "Dolus" in the Law of the Early Classical Period (Labeo-Celsus) », *SDHI* 1986/52, p. 236 ; *Id.*, « Roman Jurisprudence and Interpretation : on "'dolus'" as Ground of the Classical "actio de dolo" », in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Scritti F. Gallo*, vol. 1, Jovene, 1997, p. 539 ; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I-II*, Giuffrè, 1973.
 - Ulpianus 11 ad ed. D. 4.3.1pr. : « Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt caliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa ».
 - Paulus 32 ad ed. D. 17.2.3.3 : « [...] quia fides bona contraria est fraudi et dolo ».

L'expression principielle de cette antinomie méritait cependant certains tempéraments et compromis, notamment dans le contexte d'agencement de la « première économie monde » pour reprendre les propos de Fernand Braudel. Le droit devait certes individualiser un certain nombre de règles déontologiques pour encadrer le comportement des contractants. Il pouvait en effet se révéler nécessaire de protéger les plus faibles contre les astuces des professionnels. D'un autre côté, les règles éthiques régissant les rapports contractuels ne devaient pas constituer un obstacle au bon fonctionnement du commerce et des affaires.

Le dol constitue un très bon exemple de la tension entre la réglementation des comportements humains dans les transactions juridiques et le libre exercice des relations commerciales.

En la matière, le dol du droit romain est propice à poursuivre une réflexion qui transcende les époques et les traditions juridiques. À la lumière du *dolus malus* du droit romain, nous appréhenderons de manière diachronique et comparatiste l'articulation entre le dol, la réticence dolosive et l'obligation d'information.

I. La création du concept juridique de *dolus malus*

À l'origine, le terme latin *dolus* était une *vox media* (un terme neutre) qui désignait tout à la fois des manœuvres visant à tromper autrui en vue d'en tirer un gain indu que des actes d'intelligence permettant de surmonter un danger (protéger sa personne ou ses biens des ennemis ou voleurs) sans recourir à la violence. C'est la raison pour laquelle le préteur Aquilius Gallus, auteur de l'édit, ajouta l'adjectif *malus* au substantif *dolus* pour marquer la coloration négative du comportement visé. Il fournit également la première définition du mauvais dol qui est transmise par son contemporain et ami Cicéron :

« Je lui demandais ce qu'était le mauvais dol, il répondait "lorsque l'on avait feint une chose et fait une autre" » (*cum ex eo quaereretur,*

quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum)⁶.

La définition était construite autour de la simulation et s'inspirait ainsi du célèbre *topos* de la philosophie stoïcienne en insistant sur le contraste entre l'apparence et la réalité. Cependant, fonder la définition sur l'idée de simulation présentait l'inconvénient de couvrir tout à la fois le comportement dolosif visant à nuire à autrui et l'acte d'intelligence ou de courage destiné à triompher d'un danger. C'est la raison pour laquelle, le juriste Labéon proposa quelques décennies plus tard une définition corrective :

« Certes Servius définit le mauvais dol comme toute manœuvre visant à tromper autrui quand on a simulé une chose et qu'on en a fait une autre. En revanche, Labéon pense que l'on peut agir pour tromper quelqu'un sans dissimulation. Et que l'on peut faire une chose et en simuler une autre sans mauvais dol comme le font ceux qui recourent à la dissimulation pour protéger leurs biens ou ceux d'autrui. C'est pourquoi il donne une autre définition du mauvais dol : toute ruse, tromperie, manœuvre destinée à piéger, induire en erreur et tromper autrui. La définition de Labéon est exacte »⁷.

Au début du passage, Ulpien rapporte la définition de Servius, contemporain d'Aquilius Gallus, puis mentionne la critique de Labéon. Ce dernier commence par souligner les faiblesses d'une définition fondée uniquement sur l'idée de dissimulation. Il souligne qu'il peut exister une intention de tromper quelqu'un même sans dissimulation. Cela signifie que la simulation/dissimulation n'est pas en soi un critère distinctif du *dolus malus*.

Il fait ensuite référence aux discussions traditionnelles autour de la double signification du *dolus*. La définition d'Aquilius et de Servius – basée sur le contraste entre l'apparence et la réalité – introduit une ambiguïté et ne définit pas clairement la qualification juridique du *dolus malus* dans l'édit. C'est pourquoi il propose une

6. Cicéron, *De officiis* 3.60.

7. Ulpianus 11 ad ed. D. 4.3.1.2 : « *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est* ».

autre définition : « toute ruse, tromperie, manœuvre destinée à piéger, induire en erreur et tromper autrui ». Labéon donne ainsi une consistance concrète au terme général de « dissimulation ». Il fait référence à trois types d'attitudes (ruse, tromperie, manœuvre) tout en spécifiant le but poursuivi par l'auteur du dol : piéger, induire en erreur, tromper autrui. L'attention est donc portée sur l'intention et l'objectif recherché par la personne qui agit de manière dolosive. L'un des autres mérites de la définition est d'introduire dans le droit romain la distinction entre *dolus malus* et *dolus bonus*. L'acte dolosif devant être distingué des astuces habituelles utilisées par les commerçants pour vanter leur marchandise.

Labéon a posé de manière définitive les éléments distinctifs du dol. Preuve en est la longévité de sa définition dans la tradition juridique de l'Europe continentale. Dans son *Traité des obligations*, Pothier définissait ainsi le dol :

« On appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre [...] *Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* L. I, § 2, ff. De Dol »⁸.

Très vite cependant, les magistrats et juges furent confrontés à une nouvelle situation qui s'apparentait au dol sans toutefois entrer directement dans le cadre de l'édit de *dolo malo*. Il s'agissait du silence de l'acheteur ou du vendeur. La définition du mauvais dol avait été conçue sur le fondement de la commission d'un acte positif. Or si l'un des contractants, ayant connaissance d'une information que l'autre contractant avait intérêt à connaître, gardait le silence, pouvait-on

qualifier ce silence de dol dans la mesure où il s'agit non d'un acte positif, mais d'une abstention ?

Un fragment du juriste Paul traduit avec beaucoup de justesse la nature ambiguë du silence :

« Celui qui se tait n'avoue pas quoiqu'il en soit, mais il est aussi vrai qu'il ne nie pas non plus »⁹.

Il s'agit d'une *regulae iuris* (règle de droit) qui met en exergue la nature neutre du silence et le fait qu'il est très difficile de déterminer l'intention réelle de la personne qui garde le silence.

Une présentation lumineuse du silence du vendeur est fournie par Cicéron¹⁰ dans la mesure où il en identifie les archétypes et aborde la matière en imaginant une controverse entre deux philosophes stoïciens afin de souligner deux logiques irréductibles : le primat de la bonne foi *versus* l'*utilitas privata* des contractants.

Le premier cas est celui du marchand de blé d'Alexandrie qui naviguait vers Rhodes, où sévissaient pénurie et famine¹¹. Il arriva le premier sur place, mais il avait croisé en chemin d'autres bateaux chargés de blé qui voguaient vers Rhodes. Cicéron part du principe que le négociant en blé est un *vir bonus* (un homme de bien) et pose la question suivante : peut-il garder le silence et vendre son blé au meilleur prix ou doit-il informer les Rhodiens que d'autres bateaux vont arriver ? Notons que le *vir bonus* constitue en droit romain la personnification de la bonne foi¹² ; en d'autres termes, il est la mesure de la *bona fides* notamment dans le cadre du contrat consensuel d'achat-vente sanctionné par une action de bonne foi.

8. R.J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, 1, 3, p. 28-32, Paris, 1768. Sur le dol dans l'ancien droit français, L. Pfister : « Un exemple de réticence dolosive dans l'ancien droit français : la dissimulation par le vendeur des charges grevant l'immeuble », in *Écrits sans esprit de système. Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 817.

9. Paul 56 ad ed. D. 50.17.142 : « Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare ».

10. V. entre autres : S. Vallar, « Silence et contrats en droit romain », *RDC* 2014, p. 288 ; L. Solidoro Maruotti, « La reticenza del venditore in CIC., DE OFF. 3.12-17 », in *Studi per Giovanni Nicosia* VII, Giuffrè, 2007, p. 471 ; *Id.*, « La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica », in *Studi in onore di Remo Martini* III, Giuffrè, 2009, p. 609.

11. Cicéron, *De officiis* 3.50-52.

12. V. entre autres : E. Giannozzi, *Le vir bonus en droit romain*, PU Liège, 2021 ; R. Fiori, « Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone », in A. Lovato (dir.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, La Matrice, 2013, p. 19 ; *Id.*, *Bonus vir. Politica, filosofia e retorica nel De Officiis di Cicerone*, Jovene, 2011 ; G. Falcone, « L'attribuzione della qualifica "vir bonus" nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'appendice su "optimus", "probus", "fortis", in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica* » in A. Lovato (dir.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, op. cit., p. 39 ; M.S. Goretti, « Il problema del silenzio nell'esemplificazione Ciceroniana del "De Officiis" : ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale », in *Studi A. Biscardi* III, Istituto editoriale Cisalpino- La Goliardica, 1982, p. 75.

L'interrogation posée par Cicéron revient à demander comment l'homme de bien ou l'homme raisonnable se comporterait s'il était placé dans de telles circonstances. L'avocat complexifie encore le dilemme en ajoutant que ce *vir bonus* n'a pas conscience qu'il est mal de garder le silence alors que les Rhodiens ont tout intérêt à connaître cette information car cela aura une incidence sur le cours et le prix du blé. Avec beaucoup d'acuité, il imagine la difficulté posée au magistrat ou au juge pour délibérer quand ils doivent évaluer la nature du silence d'un contractant qui n'a pas révélé une information importante pour l'autre partie. L'intentionnalité de l'omission est très délicate à saisir.

Il va ensuite imaginer une controverse fictive entre deux philosophes stoïciens : Diogène de Babylone (ambassadeur à Rome en 156 av. J.-C.) et son élève Antipater de Tarse. Il s'agit d'amplifier l'insoluble dilemme posé au marchand de blé, aux magistrats et juges.

Pour Diogène, le vendeur n'est tenu de déclarer les défauts de sa marchandise que dans la mesure où le *ius civile* l'exige. Il fait ici référence à l'édit des édiles curules qui imposait aux vendeurs sur les marchés une obligation d'information sur les éventuels défauts de la chose ainsi qu'une stipulation de garantie contre l'éviction et les vices cachés. Pour le reste, il peut garder le silence et tenter de vendre son blé au meilleur prix, à condition de ne pas se rendre coupable de fausses déclarations. En d'autres termes, les seules obligations imposées au vendeur sont celles prévues par le *ius civile*. Diogène établit ainsi la distinction suivante : « Une chose est de dissimuler, une autre, bien différente, est de ne pas révéler » (*Aliud est celare, aliud tacere*)¹³. Selon lui, l'intérêt privé doit primer.

Notons que nous pouvons trouver ici les prémices de la controverse actuelle entre la doctrine solidariste et les auteurs qui nourrissent une approche plus libérale sur la réticence dolosive et la portée de l'obligation d'informer.

Le deuxième cas posé par Cicéron est aussi très riche en enseignements. Il s'agit du vendeur

de la maison affectées de vices¹⁴. La villa en vente présente plusieurs défauts, comme des malfaçons dans la construction, des termites et la présence de serpents dans toutes les chambres. Au moment de la conclusion du contrat, le vendeur n'informe pas l'acheteur de l'existence des défauts. Cicéron pose ainsi le problème :

« Lorsqu'un *bonus vir* vend sa maison en raison de certains défauts qu'il connaît mais que tout le monde ignore – qu'elle est insalubre alors qu'elle passe pour saine, que personne ne sait qu'il y a des serpents dans chaque pièce, qu'elle est mal construite et risque de s'effondrer, mais que, hormis le propriétaire, nul ne le sait –, je pose la question : si le vendeur n'a rien dit de tout cela aux acheteurs et s'il a vendu sa maison pour un prix bien supérieur à ce qu'il estimait, a-t-il agi de manière malhonnête ou indigne ? » (*De Officiis* 3.54).

Il laisse ensuite les deux philosophes réagir. Sans surprise, Antipater le moraliste est d'avis que cacher les défauts d'un bien à vendre est encore plus grave que de refuser d'indiquer le chemin à un homme égaré ; ce qui, à Athènes, était puni d'exécration publique. En gardant le silence, le vendeur ne fait pas que s'abstenir, il « induit volontairement en erreur quelqu'un » (*scientem in errorem alterum inducere*)¹⁵. Le silence du vendeur est qualifié de coupable. L'argumentation de Diogène est beaucoup plus intéressante car il va ajouter un élément nouveau au débat. Il affirme que l'acheteur aurait dû poser des questions au vendeur sur la maison, mais ne l'a pas fait et il n'a pas non plus cherché à négocier le prix. Il insiste également sur le fait que le vendeur ne fait rien pour vanter les qualités de sa maison, il se contente de garder le silence. Il considère que les deux contractants avaient un accès égal à l'information. L'acheteur a manqué de diligence et de curiosité, il en doit en assumer les conséquences car « *Ubi enim iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quae potest esse?* » (là où il y a jugement de l'acheteur, quelle tromperie du vendeur peut-il y avoir ?)¹⁶.

13. Cicéron, *De officiis* 3.52.

14. Cicéron, *De officiis* 3.54-57.

15. Cicéron, *De officiis* 3.54.

16. Cicéron, *De officiis* 3.55 : « Est-ce que par hasard il t'a contraint d'acheter, celui qui ne t'a pas même encouragé ? Lui a mis en vente ce qui ne lui plaisait pas ; toi, tu as acheté ce qui te plaisait. Si donc ceux qui mettent en vente "Une maison de campagne en bon état et bien construite", ne sont pas considérés comme coupables de tromperie, même si cette maison n'est ni en bon

Les deux cas imaginés par Cicéron sont exemplaires. Il met en évidence la difficulté rencontrée par les juristes, magistrats et juges à discerner l'intention dolosive qui peut se cacher derrière le silence du vendeur. Dans le cas du vendeur de blé, la nature dolosive de son silence est difficile à établir car étant un *vir bonus*, il n'a pas nécessairement conscience que son silence pourrait causer un préjudice aux Rhodiens. Concernant le vendeur de la maison, sa réticence est avérée : il sait parfaitement que sa maison souffre de défauts et il choisit délibérément de se taire. À première vue, son silence semble dolosif. Cependant, Cicéron complexifie la question en intégrant un autre élément : le comportement de l'acheteur. Ce dernier a acheté de manière précipitée, sans poser de questions sur la maison ni négocier le prix. Il a donc fait preuve de négligence et doit être tenu responsable de son manque de prudence. Cicéron invite ainsi les juristes et juges à ne pas seulement se concentrer sur l'attitude du vendeur, mais à prendre en compte celle de l'acheteur. C'est une question d'équilibre essentiel entre respect de la bonne foi et sécurité des transactions.

Dans les deux paragraphes qui suivent, Cicéron exprime son avis¹⁷. Il prétend vouloir trancher ces questions complexes, mais, en réalité, il se limite à livrer une approche purement morale, fondée sur le *forum* de la conscience, qui privilégie la bonne foi au détriment de toutes autres considérations mercantiles. Le problème est résolu sur le plan de la morale, mais aucunement sur celui du droit. Cicéron termine sur le constat suivant : « Mais le droit civil ne peut pas appréhender tous les silences dolosifs » (*Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendere non possunt*)¹⁸. Son objectif est de montrer que deux approches concurrentes coexistent inéluctablement face au problème du silence du vendeur : privilégier la bonne foi à tout prix, au risque de sacrifier l'utilité privée ou favoriser cette dernière, parfois au détriment de la victime d'un silence dolosif. Le dilemme se présentera tou-

jours aux juristes et juges lorsqu'ils seront amenés à statuer sur la rétention d'une information par le vendeur ou même par l'acheteur. Leur *arbitrium* dépendra de leur conception personnelle de l'équilibre entre morale et utilité.

II. La longévité de la grille d'analyse cicéronienne

Cicéron a transmis une grille de lecture exemplaire qui trouve encore une résonance actuelle. À cet égard, nous avons choisi d'évoquer une décision très célèbre du droit américain des contrats ainsi que deux décisions judiciaires françaises qui se situent avant et après la réforme du droit des contrats de 2016.

L'épisode du vendeur de blé alexandrin et celui de la maison affectée de vices ont trouvé écho dans un célèbre arrêt de la Cour suprême américaine du 15 mars 1817 : *Laidlaw v. Organ*¹⁹. En l'espèce, un vendeur (nommé Girault, qui travaillait pour la société Laidlaw en tant que commissionnaire) a vendu cent onze barils de tabac à un prix convenu à un acheteur nommé Organ. Les négociations contractuelles ont débuté le 17 février 1815 et le contrat de vente a été conclu le 18 février au matin, entre 8 et 9 heures, à La Nouvelle-Orléans. Rappelons que la transaction s'est déroulée pendant la guerre de 1812 entre les États-Unis et la Grande-Bretagne. La puissante *Royal Navy* bloquait les ports américains, entravant ainsi le commerce. La ville de La Nouvelle-Orléans avait beaucoup souffert du blocus britannique. En conséquence, le prix du tabac était au plus bas à cette époque et une grande quantité restait invendue sur les quais. C'est dans ce contexte économique que la vente entre Girault et Organ a été négociée. Lors de la négociation, le 17 février, les deux parties ignoraient que la guerre avait pris fin car un traité de paix avait été signé à Gand entre le roi d'Angleterre et les commissaires des États-Unis le 24 décembre 1814, soit environ deux mois avant

état ni construite rationnellement, encore moins considérera-t-on comme coupables ceux qui n'ont pas vanté leur demeure. Là où il y a jugement de l'acheteur, quelle tromperie du vendeur peut-il y avoir ? Mais s'il est vrai que toute parole dite n'est pas à garantir, estimes-tu que ce que qui a été dit doit être garanti ? Quoi de plus sot en vérité de la part du vendeur de raconter les défauts de l'objet qu'il veut vendre ? Et quoi d'aussi saugrenu que si, sur l'ordre du propriétaire, le crieur faisait sa proclamation en ces termes : "Je vends une maison insalubre" ? »

17. Cicéron, *De officiis* 3.56-57.

18. Cicéron, *De officiis* 3.67.

19. 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817).

le contrat de vente. Toutefois, dans la nuit du 18 février, l'acheteur, Organ, apprit la nouvelle grâce à deux proches, eux-mêmes informés par un marin britannique. Il savait également que l'information serait divulguée dans le journal local le matin même, à 8 heures. Sachant cela, Organ appela alors Girault peu après l'aube et lui fit part de sa volonté de conclure le contrat au prix convenu la veille. Lorsque Girault lui demanda s'il y avait eu des nouvelles susceptibles de modifier le prix de vente, Organ resta silencieux et Girault n'insista pas. Ignorant toujours cette information cruciale, ce dernier conclut le contrat de vente. Le tabac fut ensuite livré à Organ qui en prit possession. La nouvelle fut rendue publique peu de temps après par la publication du journal local. Elle entraîna une augmentation de la valeur du tabac de 30 à 50 %. La perte financière pour Girault et la société Laidlaw était considérable. Deux jours plus tard, le 20 février, Laidlaw reprit de force le tabac à Organ. Ce dernier saisit alors la Cour de district de Louisiane pour *breach of contract* et demandait l'exécution du contrat, en l'occurrence la restitution du blé acheté. La société Laidlaw alléguait la réticence dolosive pour détention d'une information essentielle. Elle prétendait que le contrat était affecté d'un vice du consentement et était privé de validité. La Cour de district de Louisiane statua en faveur d'Organ, estimant que l'accord entre les parties constituait un contrat valide et devait être exécuté. La Cour estima que le silence ne constituait pas un dol susceptible de causer un préjudice au vendeur. Le défendeur fit appel de la décision et l'affaire finit devant la Cour suprême des États-Unis en 1817. Cette dernière devait se prononcer sur le fait de

savoir si l'acquéreur avait l'obligation d'informer l'acheteur d'un fait extérieur qui aurait pu substantiellement influencer sur la transaction.

La décision de la Cour a été publiée avec la plaidoirie des avocats. La défense invoqua à l'appui de son argumentation un très long passage du *Traité de la vente* de Pothier dans laquelle le juriste faisait référence au corpus cicéronien du vendeur de blé alexandrin et à celui de la maison défectueuse²⁰. Il n'est guère surprenant de retrouver des références au droit romain, étant donné que la Louisiane avait été vendue par Napoléon aux États-Unis peu de temps auparavant et que le système juridique mixte, qui la caractérise encore, s'agençait graduellement.

L'avocat s'appuyait sur Cicéron pour souligner que la bonne foi exige que le cocontractant communique toutes les informations en sa possession, surtout si celles-ci sont essentielles pour l'autre partie. La référence à Cicéron témoigne de la pérennité de sa grille de lecture en matière de réticence dolosive.

L'opinion de la Cour, exprimée par le Chief Justice, considéra cependant que l'acheteur n'était pas tenu d'informer le vendeur des circonstances extérieures susceptibles d'affecter le prix, dans la mesure où les deux parties avaient en théorie un accès égal à l'information. Cette décision n'est pas sans rappeler la position de Diogène, à propos de la vente de la maison affectée d'un vice, qui déclarait que là où il y avait jugement de l'une des parties, il ne pouvait pas y avoir un silence dolosif de la part de l'autre. En d'autres termes, Girault avait théoriquement la faculté d'accéder lui aussi à l'information. De plus, il avait fait preuve d'un certain manque de diligence. Il avait demandé à Organ si un change-

20. 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817) : « The first question is, whether the sale, under the circumstances of the case, was a valid sale; whether fraud, which vitiates every contract, must be proved by the communication of positive misinformation, or by withholding information when asked. Suppression of material circumstances within the knowledge of the vendee, and not accessible to the vendor, is equivalent to fraud, and vitiates the contract. Pothier in discussing this subject, adopts the distinction of the forum of conscience, and the forum of law; but he admits that *fides est servanda*. The parties treated on an unequal footing, as the one party had received intelligence of the peace of Ghent, at the time of the contract, and the other had not [...] ARTICLE III. 241. Cicero, in the third book of his Offices, has treated this question in the case of a corn-merchant, who being arrived at Rhodes, in a time of scarcity, before a great number of other vessels loaded with corn, exposes his own for sale: Cicero proposes the question whether this merchant is obliged to inform the buyers that there are a great number of other vessels on their voyage, and near the port? He states, upon this question, the sentiments of two stoic philosophers, Diogenes and Antipater; Diogenes thought that the merchant might law fully withhold the knowledge which he had of the vessels on the point of arriving, and sell his corn at the current price: Antipater, his disciple, whose decision Cicero appears to adopt, thought, on the contrary, that this dissimulation was contrary to good faith. The reason on which he grounds this opinion is that the concord which ought to exist among men, the affection which we ought to bear to each other, cannot permit us to prefer our private interest to the interest of our neighbour, from whence it follows that, though we may conceal some things from prudence, we cannot conceal, for the sake of profit, facts which those with whom we contract have an interest in knowing ».

ment dans le prix du tabac expliquait son revirement dans la négociation ; ce dernier n'avait pas répondu et le vendeur n'avait pas insisté. Cette décision de la Cour suprême est considérée comme fondatrice du droit des contrats, c'était la première décision de la Cour en la matière²¹.

À titre conclusif, nous souhaiterions soumettre la grille de lecture cicéronienne au droit français. De 1804 à 2016, le dol était régi dans le Code civil par l'article 1116 :

« dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

La doctrine et la jurisprudence françaises ont montré des approches divergentes dans le traitement du silence et de la réticence dolosive. En effet, certains auteurs ont défendu (et défendent encore) une conception libérale, favorisant la liberté contractuelle et le marché. D'autres, au contraire, ont soutenu (et soutiennent encore) que la bonne foi doit prévaloir en toutes circonstances en droit des contrats ; c'est l'approche dite solidariste. Une célèbre affaire de la Cour suprême a conduit à une exacerbation de cette controverse doctrinale à l'occasion de l'arrêt *Baldus* rendu en 2000²².

En 1986, une femme a vendu 50 photographies de Baldus (un photographe du ^{xix}^e siècle) à un photographe professionnel, à l'occasion d'une vente aux enchères publiques. La femme ignorait la renommée de Baldus, tandis que l'acheteur en était pleinement conscient et savait que le prix de vente était inférieur à la valeur réelle des photographies correspondantes. En 1989, elle lui vendit 85 autres photographies pour le même prix. Plus tard, elle découvrit que Baldus était un photographe renommé. S'estimant trompée, elle engagea des poursuites pénales pour fraude et fut déboutée. Elle intenta alors une action civile pour obtenir l'annulation du deuxième contrat de vente, conclu de gré à gré, sur le fondement

du dol. Déboutée en première instance, elle fit appel. La cour d'appel condamna l'intimé à restituer la valeur réelle des 85 photographies. Ce dernier forma un pourvoi en cassation. La Cour devait répondre à la question suivante : le silence de l'acheteur sur la valeur réelle de l'objet était-il constitutif d'un dol ?

La Cour répondit par la négative, considérant que l'acheteur n'était pas tenu d'informer le vendeur de la véritable valeur des photographies. La Cour cassa donc l'arrêt d'appel.

La décision a suscité beaucoup d'émotion au sein de la doctrine solidariste. La décision a pu être perçue comme ultra-libérale, la partie la plus faible (le vendeur qui n'a aucune connaissance du marché de l'art) n'étant pas protégée.

Au-delà du débat doctrinal, la Cour a fait un choix politique, selon l'expression de C. Jamin²³, dans le but de responsabiliser celui qui s'engage. Elle a posé une limite à l'obligation d'information : le devoir de se renseigner qui pèse sur tout contractant. La *ratio decidendi* ne surprend pas quand on l'inscrit dans une perspective historique. Elle fait directement écho à la position de Diogène dans le cas de la vente de la maison affectée d'un vice.

Il est maintenant intéressant d'aborder le dol et la réticence dolosive dans la réforme de 2016. Celle-ci a marqué un net retour de la bonne foi de la phase précontractuelle à l'exécution du contrat. L'article 1112-1 du Code civil a introduit l'obligation précontractuelle d'information et l'article 1137 a fourni une définition du dol couvrant tant le dol en tant qu'acte positif (le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges) que la réticence dolosive (constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie). La coloration solidariste de l'article est tout de suite nuancée par une consécration, dans l'alinéa 2, de la jurisprudence *Baldus* :

« Néanmoins ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocon-

21. V. par exemple : J. Kaye, « Disclosure, information, the law of contracts, and the mistaken use of *Laidlaw v. Organ* », *Mississippi Law Journal* 2010/70.3, p. 577. L'auteur passe notamment en revue toute la jurisprudence et la doctrine afférant à la célèbre décision de la Cour suprême.

22. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381.

23. Note sous Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, préc.

tractant son estimation de la valeur de la prestation ».

Au premier regard, deux sensibilités opposées (solidariste et libérale) semblent coexister dans un même article. Une décision récente illustre parfaitement cette tension. Il s'agit du feuilleton judiciaire suscité par la vente du masque Fang de l'ethnie gabonaise éponyme, une pièce d'art africain du ^{xix}^e siècle très rare dont il n'existe qu'une dizaine d'exemplaires dans le monde.

En 2021, un couple de personnes âgées entreprit de vider les dépendances de leur résidence secondaire et fit appel à un brocanteur local. Parmi les objets vendus figurait le masque Fang qui, après estimation du brocanteur auprès de deux commissaires-priseurs parisiens, fut vendu pour la somme de 150 €. Le brocanteur mit ensuite le bien en vente à l'occasion d'une vente d'art africain. Des expertises poussées furent effectuées et il s'avéra que le masque était un objet historique rare. Le bien fut estimé à 300 000/400 000 € et la vente aux enchères atteignit 4 200 000 €. Immédiatement après la vente, le brocanteur proposa de verser la somme de 300 000 € aux anciens propriétaires, mais aucun accord ne fut trouvé. Le couple s'estimant trompé par le brocanteur saisit le juge d'exécution du tribunal d'Alès, en mai 2022, pour solliciter l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire des sommes détenues par le brocanteur et le juge l'a autorisée. Dans le même temps, les époux assignèrent le brocanteur devant le tribunal judiciaire d'Alès et demandèrent la nullité du contrat de vente sur le fondement de l'erreur et du dol. De son côté, le brocanteur obtint du juge d'exécution la levée de la saisie conservatoire et les époux interjetèrent appel. La cour d'appel de

Nîmes statua en faveur des requérants, considérant le caractère fondé de la créance en son fondement et valida la première saisie conservatoire effectuée en faveur du couple²⁴.

Le 19 décembre 2023, le TJ d'Alès statua l'affaire sur le fond. Il refusa d'annuler la vente en écartant successivement la nullité sur les fondements de l'erreur sur les qualités essentielles, du dol et du manquement à l'obligation précontractuelle d'information. La motivation est particulièrement révélatrice :

« Ils n'ont fait preuve d'aucune diligence pour apprécier la juste valeur artistique et historique du bien [...] Leur négligence et leur légèreté caractérisent le caractère inexcusable de leur erreur ».

Cette décision s'inscrit dans la continuité des arrêts *Poussin* et *Baldus* et, en remontant plus loin dans l'histoire, du raisonnement de Cicéron sur la vente de la maison affectée d'un vice.

Arrivé à ce stade, nous pouvons constater que la grille de lecture cicéronienne est toujours des plus pertinentes. Elle démontre combien l'esprit juridique romain peut encore éclairer des questions juridiques actuelles. Au ⁱ^{er} siècle av. J.-C., Cicéron avait parfaitement compris que le droit ne pouvait pas résoudre de manière définitive et satisfaisante la nature du silence du contractant et la portée de l'obligation d'information. Face au silence d'un contractant, les juristes, magistrats et juges devaient choisir entre l'une des deux alternatives suivantes : privilégier la bonne foi ou bien la liberté contractuelle et le commerce. En 2016, la conception duale de l'article 1137 du Code civil, peut encore en constituer une illustration.

24. CA Nîmes, 28 juin 2023, n° 22/03553.

Rétrospective

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise en partenariat avec le Laboratoire de droit civil et, le cas échéant, un autre centre de recherche de l'Université Paris Panthéon-Assas, et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage¹

Charles Jarrosson

Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas

La relecture des écrits de Henri Motulsky sur l'arbitrage montre, plus de cinquante ans après sa disparition, combien son œuvre en la matière reste enrichissante et actuelle et combien elle est nécessaire pour posséder une véritable culture de la matière. Deux raisons expliquent cette actualité : sa science de l'arbitrage, par laquelle il a montré sa profonde connaissance de la matière, et son extraordinaire prescience qui lui a fait discerner son évolution future.

1. Rechercher, près de cinquante ans après sa disparition, quelle est l'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage, équivaut à en faire une sorte de bilan. Le travail a déjà été à moitié accompli, sous la forme d'un rapport d'étape

dressé par Philippe Fouchard à qui le même sujet avait été confié en 1991, vingt ans après son décès, lors de la *Journée d'hommages à H. Motulsky* organisée par et à la Cour de cassation². Cependant, nous ne sommes plus aujourd'hui seulement vingt ans et une réforme du droit de l'arbitrage après sa disparition, mais plus de cinquante ans, deux réformes et une potentielle future réforme³. Ainsi, la tâche consiste à juger de l'effet du temps sur un regard : celui que Motulsky portait sur l'arbitrage. C'est en effet à un jeu de regards, à un jeu de miroirs, que nous sommes conviés : d'abord le regard que Motulsky portait hier sur l'arbitrage, ensuite le regard que nous portons à notre tour sur son regard.

-
1. La présente conférence, organisée par le Centre de Recherche sur la Justice, reprend, sous réserve de quelques mises à jour ponctuelles introduites dans un souci d'actualisation, la contribution initialement publiée à la revue *Procédures* n° 3, mars 2012, dossier 13, dans le cadre des actes du colloque organisé le 20 janv. 2012 par le Centre de Recherche en droit privé (CRDP, EA 967) de la Faculté de droit de l'université de Caen Basse-Normandie à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky, sous l'intitulé *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*.
 2. V. Ph. Fouchard, « Henri Motulsky et l'arbitrage », *Rev. arb.* 1992, p. 523, repris in Ph. Fouchard, *Écrits*, CFA éd., 2007, p. 137.
 3. Didier Migaud, alors garde des Sceaux, ministre de la Justice, a lancé le 12 novembre un groupe de travail chargé « d'évaluer les besoins d'évolution et les modalités de révision envisageables du droit français de l'arbitrage ».

2. La première rencontre tangible de Motulsky avec l'arbitrage est son commentaire, dans les colonnes de la *Semaine juridique*⁴, de l'arrêt *Caulliez* de la Cour de cassation, rendu le 22 février 1949 et par lequel la Haute juridiction posait la règle selon laquelle l'arbitre est compétent pour apprécier sa propre compétence. Il faudra attendre cinq ans pour qu'un autre écrit en la matière lui succède, ouvrant alors une décennie faste, car Motulsky écrira la quasi-totalité de son œuvre sur l'arbitrage entre 1954 et 1964 ; il semble qu'ensuite son temps ait été davantage absorbé par la préparation de ce qui allait devenir le « nouveau » Code de procédure civile. En tout cas, cette note sous l'arrêt *Caulliez* marque le point de départ d'une période de vingt-deux ans pendant laquelle il ne cessera plus de s'intéresser à l'arbitrage, laissant inachevé un *Traité de l'arbitrage* dont il avait commencé la rédaction et qui devait formaliser et systématiser sa pensée en la matière. Ses *Écrits* sur l'arbitrage, qui ont été réunis en un volume publié en 1974 à l'initiative de Philippe Fouchard et Berthold Goldman et réédité en 2010⁵, reprendra les deux chapitres achevés⁶. Parallèlement à ses publications, il fait partie, dès le début des années 1950 et aux côtés de Henri Batiffol et du conseiller Georges Holleaux, d'un groupe informel qui travaille sur l'arbitrage et le droit international privé⁷.

3. Qu'est-ce qui a conduit Motulsky vers l'arbitrage ? Sa thèse ne l'aborde en aucune manière. Son intérêt pour cette matière, la fascination intellectuelle qu'elle lui inspire, viennent probablement du fait que l'arbitrage se situe à un point où se rejoignent la procédure, le droit international privé et la théorie générale du droit : trois domaines qui, entre tous, retenaient son attention⁸ et qui devaient inéluctablement, telles

les lignes de fuite d'un tableau, diriger son regard vers lui.

Motulsky écrit sur l'arbitrage à une époque (les années 1950-1960) où cette matière bénéficie d'une grande effervescence intellectuelle⁹ et à laquelle il contribue. C'est l'époque où des esprits fins, cultivés et curieux, principalement originaires de quelques pays européens (France, Suisse, Pays-Bas, Italie, Belgique et Royaume-Uni), se lancent dans l'aventure de ce qui va devenir la Convention de New York de 1958, puis également celle de Genève de 1961 et créent le Congrès international de l'arbitrage international dont le premier se tient à Paris en 1960.

4. Il s'agit à ce moment-là de défricher la matière, ce qui signifie repérer et formuler les questions à résoudre, isoler les solutions envisageables, proposer celle qui apparaît la meilleure et anticiper les effets futurs de son application. L'autonomie de la clause compromissoire, l'arbitrabilité des litiges touchant à l'ordre public, l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre, la simplification des voies de recours sont autant de questions fondamentales qui retiennent l'attention et sont amplement débattues.

Motulsky s'attache donc à ce mode de règlement des différends : il pénètre profondément la matière et l'observe, l'analyse, la sonde sous tous ses aspects, théoriques, pratiques, historiques, philosophiques. Il pratique assez peu l'arbitrage, même s'il est parfois arbitre et un peu plus souvent conseil d'une partie dans une procédure arbitrale. La formation juridique très particulière qui est la sienne, héritage de son histoire personnelle, influence son regard sur le droit et donc également sur l'arbitrage.

5. Ce qui frappe le lecteur attentif des *Écrits* de Motulsky sur l'arbitrage – et ce qui a été

4. Com., 22 févr. 1949, *Caulliez*, JCP 1949, II, 4899, reproduit in *Écrits*, t. II, *Études et notes sur l'arbitrage*, 1^{re} éd., Dalloz, 1974, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard et 2^e éd., Dalloz, 2010, préf. Cl. Reymond, (ci-après cité *Écrits*, t. II), p. 222. On notera au passage que M^e de Ségogne, l'avocat aux conseils chez qui travaillait alors Motulsky, intervenait dans le sens du rejet du pourvoi.

5. *Écrits*, t. II, *op. cit.*, note 2.

6. Il s'agit du chapitre 2, « La nature de l'arbitrage » (*Écrits*, t. II, p. 5), et du chapitre 3, « Le domaine de l'arbitrage » (*Écrits*, t. II, p. 53).

7. V. J. Foyer, « Éloge de Henri Motulsky », in P. Bellet et P. Draï (dir.), *Journée Henri Motulsky du 20 décembre 1991*, organisée à la Cour de cassation.

8. Dans leur préface au tome III des *Écrits*, tome consacré au droit international privé, H. Batiffol et Ph. Francescakis pointent le regard novateur de Motulsky sur le droit international privé en insistant sur l'originalité de son apport due à la prise en compte de la procédure.

9. V. également en ce sens, Cl. Reymond, préface à la deuxième édition des *Écrits*, t. II, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. I.

relevé par Claude Reymond, préfacier de la deuxième édition – c'est sa science de la matière, c'est l'acuité du regard qu'il porte sur elle, qui se traduit par une vision très juste de l'arbitrage et se prolonge par une prescience étonnante de son évolution probable. C'est là ce qui résume le mieux la pensée de Motulsky sur l'arbitrage et explique l'actualité qu'elle conserve et que l'on peut en définitive résumer en deux mots : *science* et *prescience*, deux mots dont il convient d'explorer tour à tour les perspectives qu'ils offrent, en s'autorisant une part de subjectivité dans les choix opérés.

1. Science

6. Motulsky a possédé au plus haut point la science de l'arbitrage, entendue comme la connaissance profonde de la matière qu'il constitue. Toutes ses facettes l'ont retenu : ses liens avec le droit des contrats comme avec le droit processuel, le droit interne comme le droit international, les aspects pratiques comme les questions fondamentales, et même l'histoire : un chapitre historique devait ouvrir le *Traité de l'arbitrage* qu'il projetait de publier. Certains fragments de ce *Traité* nous sont parvenus, et notamment le chapitre sur la nature juridique, mais le corpus des écrits de Motulsky est très largement constitué par des commentaires de décisions. Sa science de l'arbitrage apparaît à chaque page et l'on doit se limiter à quelques exemples que l'on espère particulièrement probants.

7. Henri Motulsky est un des premiers à avoir compris que la richesse de l'arbitrage vient en grande partie de sa position particulière, à la confluence entre le contractuel et le processuel. Il a tout de suite repéré l'aspect essentiel que revêt en conséquence le *caractère composite de l'arbitrage*, conventionnel et juridictionnel¹⁰.

Le versant *juridictionnel* ne fait aucun doute pour lui, mais il en éprouve la solidité et démontre

que l'on ne doit pas confondre caractère juridictionnel et caractère *public*. Il combat, par ailleurs de manière convaincante la thèse purement conventionnelle de l'arbitrage et montre que d'une source conventionnelle peut sourdre une *fonction* juridictionnelle, laquelle existe dès lors que deux éléments sont réunis : « une *prétention*, qui est la revendication d'un résultat économique ou social correspondant au bénéfice d'une règle de droit ; et la *constatation* de la coïncidence, ou de l'absence de coïncidence, entre le fondement de fait de cette revendication et les éléments dégagés par l'analyse d'une règle de droit »¹¹.

Cet aspect est déterminant : il marque la frontière entre ceux qui admettent véritablement l'arbitrage et ceux qui en ont une conception archaïque, où l'arbitrage est, en raison de sa fonction juridictionnelle, organiquement assimilé à une instance étatique et comme absorbé par l'ordre judiciaire. La démonstration de Motulsky dépoussière la question, élimine les faux problèmes et contribue à imposer une conception qui sera nettement celle du droit français en 1980-1981 et l'est restée : l'arbitre est un juge, dont la mission procède de la volonté des parties, la stipulation de l'amicable composition n'entamant en rien la nature juridictionnelle de la fonction de l'arbitre¹². Il indique clairement pour réfuter l'idée de fonction publique temporaire que d'aucuns voulaient voir comme étant celle de l'arbitre – qu'elle est erronée et que « l'arbitre n'entrera jamais dans l'orbite de la fonction publique »¹³.

On permettra toutefois de signaler un point de désaccord personnel¹⁴ : Motulsky définit l'arbitrage comme « une justice d'origine normalement conventionnelle »¹⁵, l'adverbe « normalement » montre qu'il y inclut l'arbitrage forcé¹⁶, alors même qu'on vient de voir qu'il considère que l'arbitre ne peut exercer une fonction publique. Or, les cas d'arbitrage forcé constituent de simples emprunts de régime réalisés par le légis-

10. *Écrits*, t. II, p. 10.

11. *Écrits*, t. II, p. 47.

12. *Écrits*, t. II, p. 7.

13. *Écrits*, t. II, p. 15, note 54.

14. Désaccord partagé avec Ph. Fouchard, « Henri Motulsky et l'arbitrage », préc., spéc. n° 10.

15. *Écrits*, t. II, p. 6.

16. *Écrits*, t. II, p. 10, note 31 et p. 18 et s.

lateur et appliqués à des juridictions d'exception¹⁷.

8. Le double volet conventionnel et juridictionnel de l'arbitrage correspond, dans l'esprit de l'auteur, non pas à de simples règles positives, mais à la traduction d'exigences supérieures¹⁸. Plus largement, il ancre la *légitimité de l'arbitrage* dans sa dimension historique. L'histoire a en effet sa part dans l'importance qu'il faut reconnaître à l'arbitrage et qu'il présente comme répondant à un besoin en ces termes : « l'ancienneté de cette institution et son développement montrent que l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin par la conscience collective. On est tenté de parler de droit naturel¹⁹ [renvoi à Pigeau, t. I, p. 17]; mais il suffit, sans verser dans un positivisme légaliste de relever que [...] la justice privée est fonction des règles du droit positif qui l'autorisent et en délimitent les contours »²⁰.

Mais si Motulsky s'arrête ici au bord de la tentation du droit naturel, il semble qu'il y succombe ailleurs lorsqu'il écrit : « l'ordre public proprement international ne devrait traduire que les postulats de toute Justice humaine, ceux qu'au mépris de toutes les controverses, je n'éprouve aucune hésitation à grouper sous le vocable, à tort décrié mais enraciné dans le cœur des hommes, de Droit naturel »²¹.

Ce disant, il exprime une vision du droit de l'arbitrage qui est cohérente avec celle qu'il avait des fins du droit²². B. Oppetit avait tenté de résumer la position de H. Motulsky en disant qu'il

« entremêle dans sa pensée des éléments de droit naturel relevant de diverses conceptions et s'efforce de les intégrer dans un positivisme modéré²³.

9. Avec ses commentaires des arrêts *Caulliez* et *Courtieu*, la question de la *compétence-compétence* de l'arbitre retient prioritairement son attention, mais on remarquera que Motulsky n'envisage la règle que dans son aspect positif, sans doute parce qu'il n'a pas estimé qu'il devait trouver un prolongement logique dans un effet négatif²⁴. La question de l'effet positif est aujourd'hui entendue avec l'article 1465 du Code de procédure civile : « le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel » ; elle l'était déjà avec l'article 1466 résultant du décret de 1980. La question est si déterminante que Motulsky ne mâche pas ses mots pour critiquer l'arrêt *Courtieu* de la Cour de cassation du 6 octobre 1953²⁵, arrêt qui avait pu laisser penser que la solution de l'arrêt *Caulliez* était devenue caduque. Il s'exprime ainsi : « L'arbitrage présentant cette particularité de constituer un domaine complexe [...] et de nature à provoquer des réactions passionnelles, il n'est pas étonnant qu'il ait fait éclore un de ces faux problèmes contre lesquels bute le raisonnement : nous visons le mythe tenace de l'inaptitude des arbitres à statuer sur la réalité ou la validité de leur investiture »²⁶ ; et il démontre ensuite comment la question est préalable et non préjudicielle.

17. Sur ce débat, v. Ch. Jarrosson, « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, vol. 9, *La fonction de juger*, p. 107, spéc. p. 115 ; *adde La notion d'arbitrage*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1987, préf. B. Oppetit, spéc. nos 14 à 26, nos 117 et s., nos 188 et s.

18. V. H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges P. Roubier*, 1974, t. II, p. 175, article repris in *Écrits*, t. I, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, préf. J. Foyer et G. Cornu, p. 60-84.

19. Renvoi à Pigeau, t. I, p. 17.

20. Chapitre 2, « La nature de l'arbitrage », inédit, du traité projeté, *Écrits*, t. II, p. 14.

21. V. « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », in *Écrits*, t. II, p. 380, spéc. p. 407 (initialement publié in *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, nos 1-2, p. 141).

22. Cohérence que l'on retrouvera chez B. Oppetit : v. *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, *passim*, comme chez Ph. Fouchard : v. Ph. Fouchard, *Écrits*, CFA éd., 2007, *op. cit.*, *passim*, spéc. p. 517 : « Droit et morale dans les relations économiques internationales ».

23. V. B. Oppetit, conférence prononcée à la *Journée précitée*, organisée à la Cour de cassation en 1991, et publiée in *APD*, t. 38, Sirey, 1993, p. 251 et reprise in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 255, spéc. p. 260. *Adde* Th. Le Bars, « Henri Motulsky était-il kelsénien ? », *Procédures* 2012, dossier 11.

24. V. sa note précitée sous l'arrêt *Caulliez*, spéc., p. 230, dans laquelle il envisage déjà les inconvénients de l'effet positif et les remèdes qui pourraient y être apportés ; *adde* « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », in *Écrits*, t. II, p. 208, spéc. p. 218, n° 13. V. pour cette même constatation et pour la démonstration du bien-fondé de cette conception, M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, th. dactyl. Nice, 2011, J.-B. Racine (dir.), spéc. nos 43 et s.

25. *JCP* 1954, II, 1194 ; *D.* 1954, p. 25.

26. V. « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », in *Écrits*, t. II, p. 208 et s., spéc. p. 209, reprenant la chronique publiée in *JCP* 1957, I, 1383.

L'occasion est ici donnée, comme par parenthèse, par cette forte formule, de glisser quelques mots sur la forme chez Motulsky. Son style est toujours clair et concis, sans envolées lyriques. On note quelquefois un trait d'humour, comme lorsqu'il cite les « développements parfois déconcertants de Garsonnet et Cézard-Bru »²⁷..., mais il réserve le plus souvent sa plume pour des démonstrations rigoureuses, sévères pour les thèses pourfendues, mais sans méchanceté aucune à l'encontre de ceux qui les soutiennent ou qui ne partagent pas ses vues.

10. Pour en revenir au fond, Motulsky assimilait les *notions d'investiture et de compétence* de l'arbitre. Il approuve la cour de Paris lorsqu'elle juge (sans doute parce qu'elle a été influencée par ses écrits antérieurs) qu'est « inopérante la discrimination rationnellement injustifiable entre, d'une part, la compétence proprement dite et l'investiture d'autre part, notions qui se confondent »²⁸. Motulsky tient à cette confusion des deux notions en matière d'arbitrage, car elle permet à l'arbitre de pouvoir connaître de toutes les formes de contestation de la convention d'arbitrage : existence, validité et limites, sans avoir à distinguer entre existence et validité d'une part, et limites d'autre part²⁹.

11. *L'arbitrabilité des litiges* touchant à l'ordre public est désormais une question relativement simple. Elle était particulièrement embrouillée à l'époque, notamment en raison de la référence faite par les textes de l'ancien Code de procédure civile, à la notion de cause communicable au ministère public. La règle introduite par la loi de 1972 dans l'article 2060 du Code civil n'arrangera rien. C'est la jurisprudence qui, à compter du début des années 1980 construira, pierre par pierre le nouveau système et dont la pierre de touche est l'idée que Motulsky met en exergue, même s'il ne l'invente pas³⁰, et selon laquelle ce qui doit être sanctionné n'est pas l'arbitrage d'une question touchant à l'ordre

public, mais la violation effective de l'ordre public par la sentence.

12. La *capacité à compromettre des personnes morales de droit public* était – déjà ! – une question délicate en raison de la divergence de vue entre jurisprudences judiciaire et administrative. H. Motulsky déconstruit, méthodiquement, les motifs du Conseil d'État dans l'arrêt *Société nationale de vente des surplus* (13 décembre 1957), mais quoique sa démonstration soit parfaitement convaincante, il n'aura pas gain de cause et force est de constater que, plus de soixante-cinq ans plus tard, la situation n'a pas évolué comme on aurait pu le souhaiter. Sans doute l'éminent auteur peut-il ici être pris en défaut pour s'être limité à une analyse juridique, là où la question était et demeure principalement une question de pouvoir.

13. Le plan du volume des *Écrits* consacré à l'arbitrage a certes été conçu par Ph. Fouchard et B. Goldman qui ont retenu pour *summa divisio* la distinction entre arbitrage interne et international, mais cette décision correspond effectivement à la pensée de Motulsky en la matière, car à l'époque où il réfléchit et écrit, l'arbitrage international prend son véritable essor, fait naître des difficultés spécifiques, exprime plus nettement ses besoins et est l'objet d'une attention plus soutenue de la part de nombre d'auteurs que ne l'est l'arbitrage interne.

14. Dans ses *notes*, H. Motulsky montre qu'il ne perd jamais de vue les incidences pratiques des solutions discutées ; on pourrait même lui appliquer sa propre expression, forgée à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Paris qu'il salue pour avoir su transposer « la formule abstraite dans le domaine des réalités »³¹. Il n'y a là nul paradoxe de la part de celui qui a consacré sa thèse à la *réalisation* du droit et a donc toujours eu le souci du résultat concret auquel conduit la pensée juridique. Appliquée à l'arbitrage, cette tendance explique qu'il ait abordé cette forme de justice

27. *Écrits*, t. II, p. 9.

28. V. son commentaire de Paris, 22 janv. 1957, Buck, *Écrits*, t. II, p. 371.

29. Pour un résumé très complet du débat doctrinal en la matière et notamment de la position de Motulsky, même si l'auteur s'en éloigne, v. M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, op. cit., n°s 358 et s. et les références.

30. V. note sous Paris, 15 juin 1956, Soc. *Totaliment*, in *Écrits*, p. 73 ; adde le chapitre 3 du *Traité* en cours d'écriture. V. déjà, Com., 29 nov. 1950, *Tissot*, S. 1951, p. 120, note J. Robert ; D. 1951, p. 170 ; *RTD civ.* 1951, p. 106, obs. P. Hébraud. Ce dernier auteur a joué un rôle important, relevé par Motulsky, dans la clarification de cette question.

31. V. son commentaire précité sous l'arrêt Soc. *Totaliment*, in *Écrits*, t. II, p. 76.

sous l'angle de son efficacité, par-delà les obstacles qui se dressent pour entraver son fonctionnement tel que voulu par les parties.

On va voir que cet intérêt pour le devenir concret des solutions va, par l'effet du temps et sous les yeux de ses lecteurs, révéler une rare prescience de la matière.

II. Prescience

15. Motulsky voit loin, raisonne juste et débusque les fausses analyses : il écrit sans détour à propos de la compétence arbitrale : « Il y a des controverses possibles, et d'autres qui ne devraient pas exister, parce que l'une des thèses en présence est a priori insoutenable »³². Qu'on ne se méprenne pas : il ne s'agit pas pour lui de considérer que sa pensée a davantage de valeur que celle des autres. En effet, il justifie immédiatement son propos par des mots qu'il faudrait graver dans le marbre, tant ils sont la marque d'une grande hauteur de vue : « des limites sont assignées à la liberté de l'interprète, laquelle ne saurait se muer en arbitraire. Ces limites sont de deux ordres ». La première tient d'une part à la « logique interne du droit », « ensemble de normes organisées en un système » et d'autre part « par-delà les textes et les raisonnements, [à] l'idée de Justice [qui] domine le concept de Droit : toutes les solutions se mesurent à un étalon supérieur, puisqu'elles s'inscrivent nécessairement dans une vision du monde et impliquent un choix dans une échelle de valeurs : tout praticien, qu'il le sache ou non (mais il vaut mieux assurément qu'il le sache...), fait de la Philosophie du Droit »³³.

À la lecture de ces lignes on ne s'étonnera pas que Bruno Oppetit ait magistralement synthétisé

en une expression la personnalité de Motulsky en le présentant comme « *un praticien de l'idéal* »³⁴.

16. La prescience de Motulsky s'observe à chaque instant. Il a tout de suite repéré les « belles questions » et a pressenti – lorsqu'il ne les a pas soufflées – les solutions qu'il convenait de leur apporter. Si le droit positif ne lui a pas toujours donné raison tout de suite, par exemple à propos de la clause compromissoire dans les actes mixtes³⁵, on se rend compte aujourd'hui qu'il lui a rarement donné tort. Il est de ces auteurs dont les juges reconnaissent³⁶ ou laissent voir³⁷ qu'ils se sont inspirés.

Certes, quelques pans du travail de Motulsky n'ont pas dépassé leur temps et n'ont plus qu'un intérêt historique. Ainsi, ses critiques du système des voies de recours qui existait à l'époque de l'ancien Code de procédure civile ; mais son souhait, partagé par d'autres auteurs, de voir les voies de recours en matière d'arbitrage centralisées auprès de la cour d'appel a participé au mûrissement de ce qui devait donner, dix ans après sa mort, le système retenu par le rédacteur des décrets de 1980-1981 et qui sera confirmé par celui du décret de 2011³⁸.

17. Sa vision des rapports entre justice arbitrale et étatique marque encore l'avance de sa pensée sur le droit positif : il ne prône ni méfiance ni concurrence, mais confiance, collaboration et contrôle³⁹, en marquant bien la différence qu'il convient d'opérer en la matière entre arbitrage interne et international, et les limites qui doivent être envisagées.

18. H. Motulsky a en effet rapidement entrevu le potentiel de *développement de l'arbitrage international*, matière qui, écrivait-il de manière prophétique « est en train de devenir autre chose que l'arbitrage interne projeté sur le plan inter-

32. V. « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », *Écrits*, t. II, p. 208.

33. *Écrits*, t. II, p. 208-209.

34. B. Oppetit, conférence précitée et *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 255 et s., spéc. p. 260.

35. Motulsky avait montré que la nullité de la clause compromissoire dans un acte mixte devait être relative (note sous Paris, 22 janv. 1957, *Écrits*, t. II, p. 371) ; la Cour de cassation avait maintenu le caractère absolu (Com., 2 déc. 1964, *Rev. arb.* 1965, p. 17 ; *JCP* 1965, II, 14401, note P.L.), lequel a été abandonné par la cour d'appel de Paris (Paris, 12 nov. 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 374, note Ch. Jarrosson), puis par la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article 2061 du Code civil.

36. V. D. Hascher, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2005, p. 391, spéc. n° 13.

37. La Cour de cassation, dans un arrêt *Gerstlé* du 22 novembre 1966 (*Écrits*, t. II, p. 433) a repris textuellement dans ses motifs une phrase entière tirée de la note qu'il avait consacrée à l'arrêt d'appel dans la même affaire (Paris, 30 mai 1963, *Écrits*, t. II, p. 474).

38. Ch. Jarrosson et J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5, spéc. n° 60.

39. V. par ex. *Écrits*, t. II, p. 25, p. 177, p. 192, p. 408 et s., p. 420 et s.

national »⁴⁰. C'est donc bien en ce domaine que sa prescience se vérifie le plus aisément. La clause compromissoire est présentée, en matière internationale, comme « un contrat dans un contrat »⁴¹. On sait que si l'image est parlante, la formule peut être contestée⁴². Elle a néanmoins eu le mérite de faire comprendre le sens de l'autonomie (il utilise d'ailleurs plutôt le terme « d'indépendance » qui a été repris par le décret du 13 janvier 2011 dans l'article 1447 du Code de procédure civile) et les virtualités qu'elle contenait.

19. L'arbitrage international l'intéresse, non seulement en lui-même, mais en ce qu'il est l'instrument par excellence qui permet, du point de vue de la *méthode*, d'imaginer les rapports internationaux autrement que dans les termes classiques. Commentant l'arrêt *Gosset*, il ne prononce pas les termes de « règle matérielle », mais en précise l'idée ; il s'exprime ainsi : « un esprit "internationaliste" au meilleur sens du terme semble se trouver à la base de l'arrêt. [...] On peut penser que la jurisprudence a entendu faire un pas vers la reconnaissance d'un ordre juridique proprement international. Que celui-ci soit en marche et que l'arbitrage commercial international constitue le moyen le plus puissant (parce que le plus organique) de le promouvoir, c'est ce qui ne semble plus douteux [...]. Or, en technique jurisprudentielle, deux procédés sont utilisés pour accentuer l'internationalisation : l'effacement de l'ordre public au sens international, et la création, pour les relations internationales, de règles différenciées par rapport aux normes internes [...]. Entre les deux méthodes, notre arrêt choisit la plus internationaliste : il ne se contente pas de relever que la loi italienne [...], applicable à la procédure arbitrale, admet l'indépendance de la clause compromissoire et que cette solution n'a rien de contraire à l'ordre public international français, mais il fait appel à une règle française valable en matière d'arbi-

trage international, donc une norme différenciée par rapport au droit interne »⁴³.

On trouve en outre, dans son commentaire sous l'arrêt *Gosset*, une interrogation sur l'indépendance de la clause d'arbitrage par rapport à la loi applicable⁴⁴ au contrat, question qui apparaîtra au grand jour quelques années plus tard avec l'arrêt *Hecht*⁴⁵ rendu six mois après sa disparition.

20. Dans la même veine internationaliste, il décrit en ces termes l'internationalisation du droit de l'arbitrage : « Nous vivons une expérience passionnante et pleine de promesses, puisqu'elle aboutira à l'éclosion d'un droit international nouveau, propre à servir l'objectif final du Droit tout entier, qui est l'harmonisation des intérêts par la prévention et la solution juridictionnelle des conflits. Ce droit international nouveau supplantera un jour les législations nationales pour tout ce qui concerne le commerce international, qui sera ainsi libéré des contraintes et des appréhensions inhérentes au cloisonnement des ordres juridiques. Seul l'arbitrage est, au stade actuel de l'évolution, en mesure de remplir cette fonction d'élargissement et de libération. [...] Le but ne sera atteint que le jour où, d'une part la sentence internationale aura reçu droit de cité dans l'arsenal juridique de tous les États et où, d'autre part, ceux-ci seront d'accord pour se prêter mutuellement main-forte en vue d'assurer l'exécution des sentences sans dresser d'autres barrières que celles que postule le concept de l'ordre public au sens international. Encore suis-je d'avis, pour ma part, que la réalisation ne pourra être jugée parfaite qu'une fois que cette notion d'ordre public aura pris elle-même la seule acception compatible avec une harmonisation internationale digne de ce nom »⁴⁶.

Ces lignes ont été écrites en 1963, soit quatre ans après l'entrée en vigueur de la Convention de New York, alors qu'elle n'avait été ratifiée

40. *Écrits*, t. II, p. 408.

41. *Écrits*, t. II, p. 335.

42. V. not. P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359.

43. Note sous Civ., 7 mai 1963, *Gosset*, in *Écrits*, t. II, p. 348-349 (initialement publiée in *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615).

44. *Ibid.*, spéc. p. 351.

45. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1972, *Hecht*, *JDI* 1972, p. 843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 82, note P. Level.

46. V. « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Écrits*, t. II, p. 380, spéc. p. 407 (initialement publié in *Annales de la Faculté de droit de Liège* 1964, n^{os} 1-2, p. 141).

que par vingt États⁴⁷ ; elle est aujourd'hui en vigueur dans 156 d'entre eux...

21. Lorsqu'il milite pour que certaines solutions soient retenues, qui sont favorables à l'arbitrage, Motulsky ne verse pas pour autant dans une béate « arbitrophilie », mais dresse lucidement le bilan des risques induits et des avantages attendus. Ainsi, dans son premier écrit, le commentaire déjà cité de l'arrêt *Caulliez* de 1949, il sent bien les risques inhérents au pouvoir des arbitres de se déclarer à tort compétents et aux conséquences dommageables que cela pourrait avoir, mais il approuve la Cour de cassation en ces termes prophétiques : « ce risque, il semble que la Cour suprême l'ait délibérément accepté ; à juste titre, car elle se trouvait devant un dilemme : ou accroître la vitalité de la clause compromissoire d'une manière susceptible d'entraîner exceptionnellement des conséquences regrettables, ou permettre à tout plaideur de mauvaise foi de faillir à la parole donnée et de paralyser l'arbitrage. Elle n'a point hésité ; et il y a lieu de l'approuver, en faisant remarquer que des remèdes seraient malgré tout souhaitables ».

De même, il envisage l'utilisation frauduleuse de l'arbitrage⁴⁸, preuve qu'il n'est pas dupe des risques de dérapage.

Conclusion

22. Pour répondre à la question de savoir quelle est l'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage, il suffit de résumer la pensée de Motulsky, et pour ce faire il convient de lui rendre la parole, car il avait lui-même synthétisé sa pensée en écrivant : « nous n'entendons pas [...] faire une "apologie systématique" de l'arbitrage ; nous avons dit et répétons que cette institution, profondément enracinée dans la "conscience juridique" des peuples, a besoin d'être pratiquée à bon escient, comme elle a besoin d'être dirigée et contrôlée »⁴⁹.

Quelques décennies plus tard, nous sommes nombreux à partager exactement cette conception de l'arbitrage. Quelle meilleure preuve veut-on de l'actualité de la pensée de Motulsky en matière d'arbitrage ?

47. La Convention de New York du 10 juin 1958 est entrée en vigueur le 7 juin 1959.

48. V. « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », *Écrits*, t. II, p. 189, spéc. p. 203, n° 15.

49. Note sous CE, Ass., 13 déc. 1957, *Société nationale de vente des surplus*, in *Écrits*, t. II, p. 103, spéc. p. 105.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la revue.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
rda@u-paris2.fr*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, ADD Associés – Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr



ADD

ASSOCIÉS

Étude Généalogique

**Parce qu'hériter
est un droit**

SIÈGE SOCIAL – PARIS

4, avenue du Coq - 75009 PARIS

Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91

E-mail : paris@add-associes.com

www.add-associes.com



Tout savoir
sur le groupe ADD,
nos bureaux
et nos services




Généalogistes
de France