

Il aura suffi d'une décennie...

Christophe Jamin



■ Imaginé dans les bureaux parisiens de la conférence des bâtonniers sous le nom originaire d'acte sous signature juridique, l'acte contresigné par avocat a été porté par la commission Darrois avant d'être consacré par la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires. Vivement contesté à l'époque par les notaires qui y voyaient un concurrent de l'acte authentique notarié, ce nouvel instrument juridique aurait pu ne connaître aucun avenir. Durant les premières années, les avocats ne surent d'ailleurs pas s'en saisir.

Néanmoins, l'acte contresigné par avocat n'a pas disparu. Non du fait de la pratique, mais en raison du volontarisme des pouvoirs publics qui lui ont sans cesse donné un peu plus d'ampleur.

Cantonné à la loi du 31 décembre 1971 spécifique à la profession d'avocat, cet acte a changé de statut en 2016 : il est désormais intégré dans le Code civil, article 1374, sous-section relative à l'acte sous signature privée.

La même année, le législateur a créé le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats. Pour acquérir date certaine et force exécutoire, cet acte doit être certes déposé au rang des minutes d'un notaire, mais ce dernier se borne pour l'essentiel à un contrôle formel de l'acte.

Depuis une réforme intervenue une première fois en 2017 dans le sillage du rapport Delmas-Goyon, les avocats, que la juridiction ait été ou non saisie, peuvent établir un acte de procédure d'avocat qui peut le cas échéant servir de support à une convention de procédure participative aux usages procéduraux et probatoires multiples.

À deux reprises, l'acte contresigné par avocat est ainsi venu au soutien du large mouvement de déjudiciarisation qui caractérise aujourd'hui le fonctionnement de l'institution judiciaire – quand il ne permet pas aux avocats de contribuer à la mise en état de leurs dossiers.

Nouvelle pierre à l'édifice suggérée cette fois par le rapport Perben : le décret du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation qui reprend en particulier l'article 44 de la loi 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Désormais, lorsque l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation, ou une procédure participative prend la forme d'un acte qu'ils contresignent, le greffier compétent peut y apposer la formule exécutoire, le texte étant aussi applicable à la transaction.

Il s'agit là d'un pas supplémentaire fait dans le sens d'une revendication constante des avocats : la fameuse formule exécutoire ! Celle-ci leur est toujours refusée, car ils ne sont pas officiers publics. Néanmoins, il leur suffit désormais de recourir à un greffier selon des modalités très simples (un écrit en double exemplaire).

De rapports en lois et décrets, l'acte contresigné par avocat a ainsi acquis ses lettres de noblesse : reconnaissance symbolique (Code civil), extension de son champ d'application (divorce, procédure), renforcement de son régime (greffier). Une simple revendication corporatiste est ainsi devenue en un peu plus d'une décennie un instrument mis au service d'une mutation du fonctionnement même de l'institution judiciaire. Étonnant destin que celui d'un mécanisme qu'on disait inutile... ■

« De rapports en lois et décrets, l'acte contresigné par avocat a acquis ses lettres de noblesse. »

Sommaire

La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 12, 28 mars 2022

LA SEMAINE DU DROIT

ÉDITORIAL

P. 593

- 373 **Édito** - Il aura suffi d'une décennie..., par **Christophe Jamin**

DERNIÈRE MINUTE

P. 596

LES ACTEURS

P. 597

- 374 **Avocats** - L'avocat, son avatar et le métaverse, par **Florence Creux-Thomas**

APERÇUS RAPIDES

P. 598

- 375 **Mineurs** - Loi relative à la protection de l'enfant : une réforme mesurée mais utile (L. n° 2022-140, 7 févr. 2022), par **Yann Favier**
- 376 **Alsace et Moselle** - Compétences précisées de la Collectivité européenne d'Alsace (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022), par **Alex Tani**

CIVIL ET PROCÉDURE CIVILE

P. 604

- 377 **Assurance-vie** - Validité de la modification de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie par testament ignorée de l'assureur (Cass. 2^e civ., 10 mars 2022, n° 20-19.655, B) ► act. **Sophie Lambert**
- 378 **Responsabilité civile** - Préjudice de contamination : tout le préjudice, sans perte ni profit (Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2022, n° 20-12.020, B)
- 379 **Arrêts P de la Cour de cassation du 7 au 13 mars 2022**
- 380 **Mineurs** - Face à un âge peu vraisemblable, les tests osseux ne peuvent à eux seuls conduire à retenir la majorité de l'intéressé (Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2022, n° 20-17.343, B) ► note **Aline Cheynet de Beaupré**
- 381 **Procédures civiles d'exécution** - Liquidation de l'astreinte provisoire et contrôle de proportionnalité (Cass. 2^e civ., 20 janv. 2022, n° 20-15.261, B + R) ► note **Natalie Fricero**

AFFAIRES

P. 612

- 382 **Entreprises** - Bilan d'activité 2021 du Médiateur des entreprises (*Médiateur des entreprises, rapp.*, 15 mars 2022 ; *Médiateur des entreprises, communiqué*, 15 mars 2022)
- 383 **Journal officiel du 17 au 23 mars 2022**
- 384 **Arrêts P de la Cour de cassation du 7 au 13 mars 2022**
- 385 **Contrats et obligations** - L'accomplissement d'une condition suspensive n'est pas un acte d'exécution du contrat (Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-14.010, B) ► note **Mathias Latina**

SOCIAL

P. 617

- 386 **Contrat d'apprentissage** - Quelle indemnisation de l'apprenti en cas de rupture unilatérale du contrat d'apprentissage par l'employeur hors cas légaux ? (Cass. soc., 16 mars 2022, n° 19-20.658, B) ► act. **Gilles Dedessus-Le-Moustier**
- 387 **Journal officiel du 17 au 23 mars 2022**
- 388 **Arrêts P de la Cour de cassation du 7 au 13 mars 2022**

PUBLIC ET FISCAL

P. 619

- 389 **Actes administratifs** - Le droit de dérogation du préfet n'est pas contraire au principe d'égalité (CE, 21 mars 2022, n° 440871, Assoc. *Les amis de la Terre France*)
- 390 **Logement** - Niveau de qualité de logements à respecter pour bénéficier du maintien des taux de la réduction « Pinel » en faveur de l'investissement « Duflo » (D. n° 2022-384, 17 mars 2022)
- 391 **Logement** - Le rapport d'évaluation de la loi Élan (AN, *rapp.* n° 5121, 23 févr. 2022)
- 392 **Journal officiel du 17 au 23 mars 2022**

- 393 **Arrêts A du Conseil d'État et P de la Cour de cassation du 7 au 13 mars 2022**

- 394 **Sports** - Fédération française des sports de glace : la responsabilité de l'État engagée pour « démission forcée » (TA Paris, 6^e sect., 3^e ch., 14 janv. 2022, n° 2008096/6-3) ► note **Fleur Jourdan et Anne-Andréa Vilerio**

INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

P. 624

- 395 **Liberté de réunion** - Encadrement strict des restrictions à la liberté de manifestation en temps de pandémie (CEDH, 15 mars 2022, n° 21881/20, Cte genevoise d'action syndicale c/ Suisse) ► act. **Béatrice Pastre-Belda**
- 396 **Droit au respect du domicile** - Toute personne a droit à la protection du domicile (CEDH, 8 mars 2022, n° 53069/15, Sabani c/Belgique) ► act. **Frédéric Sudre**
- 397 **Presse** - À quelles conditions un journaliste peut-il divulguer une information privilégiée ? (CJUE, 15 mars 2022, aff. C-302/20, Autorité des marchés financiers) ► act. **Dominique Berlin**
- 398 **Principe de primauté** - La Cour rappelle ce que le principe de primauté impose au juge national (CJUE, 10 mars 2022, aff. C-177/20, « Grossmania » Mez»ogazdasági Termelő és Szolgáltató Kft.) ► act. **Dominique Berlin**
- 399 **Conseil de l'Europe** - Lignes directrices du Conseil de l'Europe pour un journalisme de qualité (Cons. Europe, Comité des ministres, recommandation CM/Rec (2022) 4, 17 mars 2022) ► act. **Joseph Jehl**
- 400 **Conseil de l'Europe** - Norvège, les défis d'un bon élève de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Cons. Europe, rapport du Comité d'experts de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 14 févr. 2022) ► act. **Joseph Jehl**

- 401 **Droit de propriété** - Suite du feuilleton relatif à l'application dans le temps du dispositif législatif « anti-Perruche » (CEDH, 3 févr. 2022, n° 66328/14, N. M. et a. c/ France) ► note Aurélie Schahmaneche

EN RÉGION

P. 632

Cour d'appel de Lyon - Atelier régional de jurisprudence, sous la direction de Xavier Pin

- 402 **Licenciement** - Refus de porter des vêtements d'entreprise : un peu de tenue ! (CA Lyon, ch. soc. A, 9 févr. 2022, n° 19/02319) ► act. Franck Bavoze

- 403 **Universités** - Lyon 3 relance la Semaine de l'Europe, par Hervé de Gaudemar (Faculté de droit de l'université Jean Moulin Lyon 3)



LA SEMAINE DE LA DOCTRINE

ÉTUDE

P. 633

- 404 **Lois et règlements** - Changer de culture normative. Regards croisés sur les réponses des candidats à l'élection présidentielle, par Didier Martin et Cédric Groulier

CHRONIQUE

P. 644

- 405 **Droit administratif** - Droit administratif, par Gweltaz Eveillard

LA VIE DES IDÉES

P. 651

- 406 **Justice** - États généraux de la Justice, Et si nous parlions modernisation et productivité ?, Mot de la semaine par Dominique Perben (vidéo)



LA SEMAINE DU PRATICIEN

INFORMATIONS PROFESSIONNELLES

P. 652

- 407 **Élections présidentielles** - « Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société » : les propositions du Club des juristes (Club des juristes, rapp., févr. 2022)

- 408 **Notaires** - Tracfin : le dispositif LCB-FT appliqué à la profession du notariat (Tracfin, actualités, 21 mars 2022)

- 409 **Conseil d'État** - L'expérimentation des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction est prolongée (D. n° 2022-387, 18 mars 2022)

LA SEMAINE JURIDIQUE

Juris-Classeur Périodique (JCP)
96^e année

Président Directeur Général, Directeur de la publication :

PHILIPPE CARILLON

Directrice éditoriale : CLÉMENTINE KLEITZ

Directeur scientifique : NICOLAS MOLFESSIS

Comité scientifique : D. BUREAU, L. CADIET, C. CARON, J.-F. CESARO, M. COLLET, E. DEZEZE, J. KLEIN, B. MATHIEU, H. MATSOPOULOU, F. PICOD, B. PLESSIX, P. SPINOSI, PH. STOFFEL-MUNCK, F. SUDRE, B. TEYSSIE, S. TORCK

Comité d'experts : C. CHAMPALAUNE, W. FEUGÈRE, J.-P. JEAN, D. MUSSON, B. STIRN, L. VALLÉE, E. VASSEUR

Rédactrice en chef : HÉLÈNE BÉRANGER

Rédactrice en chef adjointe : ÉLISE FILS

Éditeur : FLORENCE CREUX-THOMAS

Avec la collaboration de :

CH. BLONDEL-ANGEBAULT, M. GARNIER, M. JOSEPH PARMENTIER, É. MALLET, CL. SIRINELLI, rédacteurs-analystes JurisData, Cécile LAZARUS, N. BERNA, coordinatrice ARJ, JOSEPH JEHL, docteur en droit

Mise en page : EVOLUPRINT

Publicité :

CAROLINE SPIRE, responsable clientèle publicité
Caroline.Spire@lexisnexis.fr - 01 45 58 94 69

Correspondance :

LA SEMAINE JURIDIQUE (ÉDITION GÉNÉRALE)
sig@lexisnexis.fr

141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Relations clients :

Tél. : 01 71 72 47 70

relation.client@lexisnexis.fr

www.lexisnexis.fr

Abonnement annuel 2022 :

• France (métropole) : 995,48 euros TTC (975,00 euros HT)

• DOM-TOM et pays étrangers : 1 065,00 euros HT

Prix de vente au numéro :

• France (métropole) : 45,95 euros TTC (45 euros HT)

• DOM-TOM et pays étrangers : 45 euros HT

LEXISNEXIS SA

SA au capital de 1.584.800 euros - 552 029 431 RCS Paris

Principal associé : REED ELSEVIER FRANCE SA

Siège social : 141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Imprimeur : EVOLUPRINT - SGIT SAS

Parc Industriel Euronord, 10, rue du Parc, 31150 Bruguères

Dépôt légal : à parution

Commission paritaire : n° 1126 T 80376

Origine du papier : Allemagne

Taux de fibres recyclées : 6 %

Certification : 100 %

Impact sur l'eau : P_{TOT} = 0,01 kg / tonne



Sur la diffusion abonnés un encart intitulé « Reliures »

Photos : droits réservés.

Suivez votre revue sur Twitter : @JCP_G

@ LexisNexis SA 2022

Cette œuvre est protégée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment par celles de ses dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite.

LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie. Avertissement de l'éditeur : "Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cette revue sont formellement interdits".



DERNIÈRE MINUTE

La Russie exclue du Conseil de l'Europe et de la Convention EDH

Les agissements de la Russie à l'encontre de l'Ukraine depuis le 24 février ont conduit le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à décider, dans le cadre de la procédure lancée le 15 mars en vertu de l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe, que la Fédération de Russie n'était plus membre du Conseil de l'Europe à compter du 16 mars 2022, soit 26 ans après son adhésion (le 28 février 1996). Le Comité a estimé que la Fédération de Russie « a commis de graves violations du Statut du Conseil de l'Europe incompatibles avec la qualité d'État membre, ne respecte pas ses obligations envers l'Organisation et ne respecte pas les engagements entrepris ».

Le 22 mars 2022, la CEDH a adopté une résolution sur les conséquences de la cessation de l'adhésion de la Fédération de Russie au Conseil de l'Europe à la lumière de l'article 58 de la Convention EDH : la Russie cesse d'être l'une des parties contractantes à la Convention à compter du 16 septembre 2022. La Cour demeure compétente pour traiter les requêtes dirigées contre la Fédération de Russie concernant les actions et omissions susceptibles de constituer une violation de la Convention qui surviendraient jusqu'au 16 septembre 2022. La suspension de l'examen de toutes les requêtes dirigées contre la Fédération de Russie à la suite de la décision prise par le président de la cour le 16 mars est levée avec effet immédiat (Cons. Europe, communiqué, 16 mars 2022 ; Cour EDH, communiqué, 23 mars 2022).

Enquête de la CPI sur les crimes commis en Ukraine : la France met à disposition des magistrats

Le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) a ouvert, le 2 mars 2022, une enquête sur les crimes commis en Ukraine. Cette décision a été prise après que 41 États dont les 27 États membres de l'Union européenne, ont demandé d'accélérer l'ouverture de cette enquête par le Procureur de la Cour. Sur cette base, ce dernier a demandé aux États de lui apporter une assistance financière et humaine pour le bon déroulement de son enquête. La France rappelle sa ferme condamnation de « l'agression injustifiable, illégale et non provoquée de la Russie contre l'Ukraine. Les responsables des atrocités commises dans le cadre de cette agression doivent être poursuivis au nom de la lutte indispensable contre l'impunité ». En conséquence, la France mettra à disposition de la Cour des magistrats, des enquêteurs et des experts, afin de permettre au Procureur de mener son enquête dans les meilleures conditions. Elle apportera également à la Cour un soutien financier exceptionnel à hauteur de 500 000 € (Min. Justice, communiqué, 23 mars 2022).

Accueil des déplacés ukrainiens en France : un portail dédié aux entreprises

Dans le contexte de déplacement massif de populations ayant fui la guerre en Ukraine, en complément de la plateforme parrainage.

refugies.info lancée à destination des citoyens, un portail dédié aux entreprises est mis en place à l'adresse suivante : <https://www.lesentreprises-sengagent.gouv.fr/agir-pour/ukraine>. Il réunit les informations et liens utiles pour les entreprises et leurs collaborateurs, en vue d'actions de plusieurs types : dons matériels ; dons financiers, avec la possibilité de contribuer aux fonds de concours dédié mis en place par le ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères ; propositions de logements aux personnes déplacées. Un module dédié est également développé pour l'accueil des personnes déplacées au sein des entreprises. Ces dernières pouvant ainsi préciser leurs intentions d'embauche et les types de postes sur lesquelles elles s'engagent à accueillir, afin d'être accompagnées par les services de Pôle emploi (Min. Travail, communiqué, 17 mars 2022).

33^e édition du concours de plaidoiries du Mémorial de Caen

Hasna Louze, avocate au barreau de Strasbourg, est la lauréate du 33^e concours de plaidoiries du Mémorial de Caen, qui s'est tenu le 20 mars, sur le thème « Quand la différence mène à l'indifférence ». L'avocate de 31 ans remporte le prix du Mémorial et de la ville de Caen, d'une valeur de 5 000 €, pour son réquisitoire contre la maltraitance des adultes handicapés en France. Dans la catégorie des élèves-avocats, le jury du concours de plaidoiries a attribué le Grand prix, d'une valeur de 2 500 €, à Esther Dhieux pour sa plaidoirie dédiée à la violation des droits humains en lien avec la protection du nom (Mémorial de Caen, 19 et 20 mars 2022).

72%

LE CHIFFRE DE LA SEMAINE :

c'est le pourcentage de professionnels du droit qui estiment que la priorité du prochain quinquennat est une augmentation substantielle du budget de la Justice (« Sondage OpinionWay LexisNexis », Avocats, notaires et élection présidentielle 2022 : entre crise de confiance et fortes attentes, mars 2022 : <https://bit.ly/3D3wu4G>).

SUR LE FIL

→ **Recours de l'État aux consultants, « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques » : Sénat, rapport n° 578 (2021-2022), 16 mars 2022**

→ **Le Gouvernement dévoile les propositions du rapport « Simplifier et accélérer les implantations d'activités économiques en France »**

→ **Dans un rapport soumis à consultation jusqu'au 14 avril, le groupe des régulateurs télécoms européens (BEREC) a**

dévoilé ses premières ambitions communes pour limiter l'empreinte environnementale du numérique

→ **Dans son rapport annuel, la Banque de France revient sur les principaux chiffres et faits marquants de 2021, ainsi que les perspectives d'avenir**

Ils ont dit

« **Nous attendons de la France, de votre leadership, que vous puissiez faire en sorte que la Russie** cherche la paix pour mettre fin à cette guerre contre la liberté, l'égalité et la fraternité, contre tout ce qui a rendu l'Europe unie, libre et diverse », a déclaré le président ukrainien devant le

Parlement français (V. Zelensky, Parlement, 23 mars 2022).

« **Demain, cela fera un mois que l'Ukraine se bat héroïquement contre la Russie.**

On a besoin de plus d'aide pour que la liberté ne perde pas », a insisté le président ukrainien, appelant les entreprises françaises, en particulier Leroy-Merlin, Auchan et Renault, à « quitter le marché russe ». « Les principes valent plus que les profits » (V. Zelensky, Parlement, 23 mars 2022).

« **L'Ordre des avocats de Paris continue de réaffirmer son soutien plein et entier au peuple ukrainien.**

Il entend porter une attention toute particulière aux avocats et à la communauté juridique ukrainienne dans son ensemble » ; une collecte de fonds est organisée, afin de « mener des actions caritatives et humanitaires conformes aux principes et valeurs de la profession d'avocat et consacrées avant tout au soutien des avocats victimes du conflit et de leurs familles » (Barreau de Paris, communiqué, 18 mars 2022).

« **Dans les coulisses des grandes affaires judiciaires** se

déroule, à chaque instant, une lutte d'influence inlassable, technique autant que brutale, entre le politique et la justice » (J.-M. Décugis, P. Guéna, M. Leplongeon, « Ministère de l'Injustice », Grasset, 2022).

« **Je voulais témoigner de la solitude** que peut ressentir un

avocat lorsqu'il se sent impuissant face à l'injustice. Ce sentiment m'a d'ailleurs incitée parfois à raccrocher la robe », a affirmé Hasna Louze, avocate au barreau de Strasbourg, et lauréate du 33e concours de plaidoiries du Mémorial de Caen sur le thème « Quand la différence mène à l'indifférence », pour la défense des adultes en situation de handicap (Ouest France, 20 mars 2022).

374

L'avocat, son avatar et le métaverse

Premier cabinet français à être présent dans le métaverse, PacisLexis Family Law fondé par Héroïse Kawaishi en 2020, expérimente depuis février l'accès de certains clients à un bureau virtuel conçu par Antoine Bert. Une expérience client novatrice qui emprunte à la « gamification » et une opération séduction gagnante.

S'adresser à son avocat dans le métaverse c'est désormais possible. Le cabinet PacisLexis Family Law, spécialisé en droit de

la famille et en droit fiscal, en a fait le pari. Accessible via une plateforme après création d'un « avatar », les clients invités peuvent se déplacer dans le cabinet virtuel, à l'instar d'un jeu vidéo avec, comme dans la vraie vie, réception, standardiste, plantes vertes, bibliothèque, salles de réunion ou encore salle de musique. Les trois avocats du cabinet ont la possibilité de répondre en direct en visio, sans prise de rendez-vous et dans le respect de la confidentialité des échanges. « Comme pour toute innovation, certains clients sont réceptifs, d'autres moins. Mais les retours sont très positifs ». Inspiré de l'esthétique du jeu Pokemon, l'environnement se veut « rassurant », explique Antoine Bert, directeur stratégie du cabinet à l'initiative du projet. En se lançant dans cette aventure, Héroïse Kawaishi voulait « faire tomber les murs du cabinet ». Face au constat que sur Google, les expressions les plus souvent associées au mot « mon avocat ne » sont : « me répond plus », « m'envoie pas ses conclusions », « fait pas son travail », etc., Me Kawaishi ambitionne de changer cette image : « Il faut rendre l'avocat plus accessible, plus humain. Le métaverse est une évolution dont nous devons nous saisir ». Issu de la contraction de « meta » et « univers », le métaverse, développé dès 1992 par le romancier de science-fiction Neil Stephenson, est un « méta-univers » créé par des algorithmes permettant aux utilisateurs d'interagir dans un monde parallèle visuellement perceptible. « Dans 2 ans, les bureaux virtuels seront répandus, et nous serons munis de casques de réalité virtuelle », prédit Héroïse Kawaishi, convaincue que « Pour certains types de litiges sans enjeux, des audiences pourront se tenir dans le métaverse ». S'il peut sembler paradoxal d'humaniser la relation-client dans un monde virtuel,



les concepteurs défendent ce choix : « Souvent les innovations sont contre intuitives, analyse Antoine Bert. Un cabinet d'avocats

est par essence un lieu fermé, accessible uniquement sur rendez-vous. En pénétrant nos bureaux virtuels, les clients ont l'impression d'accéder à leur avocat, c'est une barrière mentale qui tombe ». La vie du cabinet s'en trouve également « augmentée » ou du moins transformée. « Le métaverse permet le travail à distance avec une meilleure ergonomie, on se salue comme à la machine à café, ça simplifie les rapports », estime Héroïse Kawaishi. Cet univers parallèle, sorte de « d'Internet incarné », lie à la fois « les interactions par ordinateur et la présence physique, en permettant une véritable sensation de réel », se félicite l'avocate. Une « combinaison idéale de Facebook, LinkedIn, Zoom, avec d'autres fonctionnalités », comme l'organisation de conférences. Dans le domaine juridique, Antoine Bert estime les potentialités importantes : « Le certificat d'authenticité obtenu avec les NFT, par exemple, peut servir à sécuriser les actes ».

Un autre point gagnant est l'aspect ludique du métaverse. Déjà utilisée par certains services comme les banques, la « gamification » permettrait « d'apaiser la relation-client ». En proposant cette expérience, PacisLexis Family Law se démarque, conscient aussi de détenir un atout marketing. « On vise une clientèle plus jeune, fière d'avoir un avocat dans le métaverse. Il y a un effet de surprise, on ne s'attend pas à créer un avatar pour discuter avec son avocat », analyse Héroïse Kawaishi. Un nouvel eldorado ? Le marché de la réalité virtuelle pèserait déjà plusieurs dizaines de milliards de dollars et une école dédiée au métaverse va ouvrir ses portes à Paris, une première mondiale.

FLORENCE CREUX-THOMAS

MINEURS

375

Loi relative à la protection de l'enfant : une réforme mesurée mais utile

POINTS-CLÉS → Très attendue par les professionnels de l'enfance et de la famille, la loi du 7 février 2022 n'est pas la grande réforme attendue → Elle procède toutefois par petites touches pour mettre l'enfant et sa famille au centre du dispositif, et améliorer les dispositifs d'accueil → Elle aborde enfin deux questions sensibles : les jeunes majeurs et les mineurs non accompagnés



Yann Favier, professeur à l'université Savoie Mont Blanc, directeur du D.U. EFIS (Enfance, Famille et Interventions Sociales)

La loi n° 2022-140 du 7 février 2022 n'est pas la grande réforme attendue. Toutefois, elle revient sur d'importantes carences de la protection de l'enfance en sécurisant le placement et en l'adaptant aux besoins de l'enfance face aux pénuries d'assistants familiaux. La situation des jeunes majeurs et des mineurs étrangers non accompagnés fait l'objet d'attentions bienvenues.

Présenté en urgence devant l'Assemblée nationale le 8 juillet 2021 par Adrien Taquet, ministre chargé de l'Enfance et des Familles, le projet de loi, qui a été fortement amendé lors de la discussion parlementaire, ne se présente pas comme une réforme d'ampleur mais plutôt comme une série d'ajustements techniques et d'améliorations ponctuelles au dispositif existant issu de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 « *réformant la protection de l'enfance* ». Comme l'intitulé de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022 le suggère, il s'agit cette fois moins de protection de l'enfance que de protection de l'enfant, ce changement sémantique visant à mettre l'accent (comme la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adop-

tion : V. not. A. Gouttenoire : JCP G 2022, act. 195, Édito) sur la personne de l'enfant. Pour cela, le texte s'appuie sur des rapports d'experts comme ce fut le cas de la stratégie globale de la commission dite « *des 1000 jours* », présidée par Boris Cyrulnik à propos de l'attention à la petite enfance mais aussi des avis des professionnels de l'enfance sur des difficultés souvent soulevées comme que l'hébergement hôtelier de certains enfants, le sort des mineurs non accompagnés ou encore le problème des sorties « *sèches* » des jeunes majeurs. La loi aborde également les garanties apportées à la protection de l'enfant dans le cadre de l'assistance éducative, du placement familial et de prévention contre les violences individuelles et institutionnelles. Précédé en 2020 par une *Stratégie de prévention et de protection de l'enfance* (SNPE) ayant pour objectif la remise à plat d'un système critiqué pour son manque de coordination entre les acteurs, ce texte s'attaque très modestement aux difficultés structurelles de la protection de l'enfance marquée notamment par de fortes disparités entre les départements et des insuffisances criantes de capacités d'accueil des mineurs, qui s'ajoutent à l'état préoccupant de la justice familiale et de l'enfance en danger. Ce texte qui n'affecte pas moins de 6 codes et renvoie à une quinzaine de règlements d'application s'articule autour de 6 grands titres : améliorer le quotidien des enfants protégés, protéger les enfants

contre les violences, améliorer les garanties procédurales en matière d'assistance éducative, améliorer l'exercice du métier d'assistant familial, mieux piloter la politique de prévention et de protection de l'enfance, et enfin, mieux protéger les mineurs non accompagnés. Ils peuvent être synthétisés autour de deux axes traditionnels en protection de l'enfance : des mesures de prévention plus efficaces (1) et des mesures de protection plus adaptées (2).

1. Des mesures de prévention plus efficaces

Pilotage et coordination. – Au titre du pilotage national des mesures de protection, l'article 36 de la loi du 7 février 2022 modifie tout d'abord la composition et l'organisation du Conseil national de la protection de l'enfance (CNPE) notamment en y ajoutant un collège des enfants et des jeunes protégés ou sortant des dispositifs de la protection de l'enfance. La loi crée ensuite un nouveau groupement d'intérêt public (GIP) réunissant le GIP Enfance en danger, l'Agence française de l'adoption (AFA) et les secrétariats généraux du Conseil national de la protection de l'enfance (CNPE) et du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP). L'Observatoire national de protection de l'enfance (ONPE) est pour sa part maintenu, avec des missions redéfinies pour être un « *Centre*

national de ressources et de promotion de la recherche et de l'évaluation » de la protection de l'enfance. Au plan départemental, l'article 37 crée un comité départemental, une nouvelle instance de coordination entre les services de l'État et du département sous la forme d'une expérimentation sur 5 ans qui réunira, au moins une fois par an, des acteurs locaux intervenant dans le champ de la protection de l'enfance.

Contrôle des professionnels et bénévoles en contact avec des mineurs. – À la suite des nombreux et récurrents scandales de pédophilie mais aussi pour répondre aux recommandations du Défenseur des droits en 2019, les contrôles sur les personnes exerçant « une fonction permanente ou occasionnelle » professionnelle ou bénévole dans des établissements, services ou lieux de vie et d'accueil régis par le Code de l'action sociale et des familles sont renforcés (L. n° 2022-140, 7 févr. 2022, art. 20. – CASF, art. L. 133-6). Une fois organisé par des dispositions réglementaires à venir, ce contrôle permettra de faire des vérifications des casiers judiciaires et du fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS).

Définition légale et signalement de la maltraitance. – L'article 23 de la loi du 7 février 2022 introduit dans le Code de l'action sociale et des familles (CASF, art. L. 119-1) et dans le Code de la santé publique (CSP, art. L. 1431-2) pour l'ensemble du champ social et médico-social : « La maltraitance au sens du présent code vise toute personne en situation de vulnérabilité lorsqu'un geste, une parole, une action ou un défaut d'action compromet ou porte atteinte à son développement, à ses droits, à ses besoins fondamentaux ou à sa santé et que cette atteinte intervient dans une relation de confiance, de dépendance, de soin ou d'accompagnement. Les situations de maltraitance peuvent être ponctuelles ou durables, intentionnelles ou non. Leur origine peut être individuelle, collective ou institutionnelle. Les violences et les négligences peuvent revêtir des formes multiples et associées au sein de ces situations ». L'article 24 généralise le référentiel d'évaluation des informations préoccupantes, produit par la Haute autorité de santé (HAS), et encadre mieux le processus de commu-

nication des informations préoccupantes (CASF, art. L. 226-3, L. 226-5) notamment en prévoyant un délai de 3 mois à compter de la transmission de l'information par les commissions de recueil des informations préoccupantes (CRIP) aux personnes ayant transmis les informations dans le respect de l'intérêt de l'enfant, du secret professionnel et dans des conditions qui seront déterminées par décret.

Protection des enfants victimes de prostitution. – La loi nouvelle élargit les missions de l'aide sociale à l'enfance en prévoyant « un soutien matériel, éducatif et psychologique au mineur qui se livre à la prostitution, même occasionnellement, réputé en danger » (CASF, L. 221-1, 5° ter A créé).

Renforcement de la protection maternelle et infantile (PMI) et de la planification familiale. – La loi nouvelle (L. n° 2022-140, 7 févr. 2022, art. 32) a des objectifs ambi-

tieux pour la PMI en encadrant plus étroitement le pilotage et l'exercice des missions départementales en imposant par exemple certaines normes minimales d'effectif (CASF, art. L. 2112-4). Elle met en place une expérimentation des maisons d'enfants et de la famille dans les départements volontaires visant « à améliorer la prise en charge des enfants et des jeunes et à assurer une meilleure coordination des professionnels de santé exerçant auprès d'eux » (L. n° 2022-140, 7 févr. 2022, art. 33). Les centres de planification familiale deviennent des « centres de santé sexuelle » pouvant être dirigés par des sages-femmes (L. n° 2022-140, 7 févr. 2022, art. 34 et 35).

2. Des mesures de protection plus adaptées

Des retouches à la procédure d'assistance éducative. – Au plan procédural, plusieurs innovations sont à noter. Tout d'abord, la loi prévoit qu'à sa demande, et si la particulière complexité d'une affaire le justifie, le juge des enfants peut désormais, à tout

moment de la procédure, ordonner son renvoi à la formation collégiale du tribunal judiciaire, qui statue alors comme juge des enfants en assistance éducative (COJ, art. L. 252-6). Ensuite, l'article 375-1 du Code civil pose désormais l'obligation pour le juge des enfants d'entendre séparément l'enfant capable de discernement lors de l'audience ou de l'audition, sous la forme d'un « entretien individuel » c'est-à-dire hors la présence des parents et des services sociaux et avec ou sans l'assistance de son avocat s'il lui en a été désigné un, ce que le texte ne précise pas. Les conditions de la désignation d'un avocat pour l'enfant doué de discernement sont d'ailleurs précisées par le même texte qui prévoit désormais que « lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge des enfants, d'office ou à la demande du président du conseil départemental, demande au bâtonnier la désignation d'un avocat » ce qui contraste avec la simple information prévue par l'article 1186 du Code de procédure ci-

« Les conditions de la désignation d'un avocat pour l'enfant doué de discernement sont (...) précisées. »

vile. L'enfant non doué de discernement se voit désigner un administrateur *ad hoc* dans les mêmes conditions.

Des retouches modestes aux mesures de protection judiciaires. – L'article 375-2 du Code civil prévoit désormais que le juge peut prononcer des mesures de milieu ouvert renforcées ou intensifiées d'une durée maximale d'un an renouvelable dont on ne sait toutefois comment elles seraient plus facilement exécutables qu'aujourd'hui compte tenu des délais parfois considérables pour les mettre en œuvre en pratique. En outre, la loi nouvelle ouvre la possibilité pour le juge des enfants de proposer aux parents une mesure de médiation familiale mais sous réserve d'obtenir l'accord des parents et « sauf si des violences sur l'autre parent ou sur l'enfant sont alléguées par l'un des parents ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent » (C. civ., art. 375-4-1). Le juge profite de la mise en œuvre d'une médiation pour informer utilement les parents des différentes mesures de protection de l'enfance pouvant bénéficier à leur enfant mineur. Enfin, la loi

modernise la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF) pour remplacer la référence à l'insuffisance de « l'accompagnement en économie sociale et familiale », par celle, plus neutre et générale de « prestations d'aide à domicile prévue à l'article L. 222-3 du code de l'action sociale et des familles » (C. civ., art. 375-9-1).

Des conditions de placement et d'accueil de l'enfant améliorées. – C'est un point sensible de la protection de l'enfance, que celui des conditions de placement et d'accueil des enfants, jugée souvent inadaptées et peu stables alors que les vocations d'assistants familiaux semblent se tarir. La loi s'y consacre en réformant d'abord les conditions de l'accueil des assistants familiaux (CASF, art. L. 421-17-2, L. 422-5, L. 423-8, L. 423-30, L. 423-30-1, L. 423-31 et L. 423-34 mod., L. 422-4 abrogé) pour affirmer la participation de l'assistant familial à l'élaboration et au suivi du projet pour l'enfant (CASF, art. L. 421-17-2) et rappeler les responsabilités de l'employeur tout en améliorant notablement les conditions de travail des assistants familiaux avec un renforcement des règles d'encadrement des salaires et une évolution de leur contrat de travail. La loi nouvelle renforce ensuite l'obligation d'information du juge des enfants par le président du conseil départemental en cas de changement de lieu d'accueil y compris en cas d'urgence dans un délai de 48 heures qui doit être spécialement motivé (CASF, art. L. 223-3). Elle interdit l'accueil des mineurs et jeunes majeurs dans les hôtels ou les lieux jeunesse et sports, hors périodes de vacances scolaires, de congés professionnels ou de loisirs d'ici à 2024 (CASF, art. L. 221-2-3, L. 226-3-1, L. 226-3-1, L. 312-1, L. 312-5, L. 313-3 et L. 321-1) pour mettre fin au scandale des accueils hôteliers des enfants en danger, faute de place disponible auprès des assistants familiaux. Innovation majeure de la loi, l'accueil par un membre de la famille ou un tiers digne de confiance est désormais la solution de principe pour toute décision (judiciaire) de placement en assistance éducative (C. civ., art. 375-3, 5°, art. 375-7. – CASF, art. L. 221-4).

L'accompagnement et suivi des enfants confiés. – Pour répondre à une préoccupation largement partagée par les profession-

nels de l'enfance sur les conditions d'un placement « non professionnel » (mais qui pourra être indemnisé), est rendu obligatoire, en cas l'accueil chez le tiers digne de confiance, la mise en place d'un suivi, qui sera, en l'absence d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert, un accompagnement par un référent éducatif. En outre, lorsque le juge des enfants ordonne un droit de visite en présence d'un tiers pour l'un ou l'autre parent de l'enfant, il pourra charger le service de l'aide sociale à l'enfance ou le service de milieu ouvert « d'accompagner l'exercice de ce droit de visite » (C. civ., art. 375-7). Le même article rappelle le principe de non-séparation des fratries, sauf si l'intérêt de l'enfant « commande une autre solution ».

Adaptation des conditions d'exercice de l'autorité parentale – On trouvera également à l'article 375-7 du Code civil la possibilité pour le juge des enfants quoiqu'à titre exceptionnel, d'autoriser la personne ou le service à qui l'enfant a été confié des actes déterminés relevant de l'autorité parentale, sans limitation de durée, « à exercer un ou plusieurs actes déterminés relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale ou lorsque ceux-ci sont poursuivis ou condamnés, même non définitivement, pour des crimes ou délits commis sur la personne de l'enfant, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure ». Cette disposition un peu alambiquée et imprécise quant à son domaine, est de nature à lever les freins dus à l'abstention plus ou moins volontaire des parents à exercer leurs droits parentaux au détriment de l'intérêt de l'enfant, par hypothèse, pour les actes non usuels de l'autorité parentale. Mais ne s'agit-il pas tout simplement d'une forme de délégation d'autorité parentale qui ne veut pas dire son nom ? Enfin, la loi nouvelle écarte désormais la dévolution de plein droit de l'autorité parentale si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale et que l'autre en a été privé par une décision judiciaire antérieure (C. civ., art. 373-1 et 373-3) ouvrant ainsi la possibilité pour le juge aux affaires familiales de confier l'enfant à un tiers qui pourra demander l'ouverture d'une tutelle.

Parrainage et mentorat (CASF, art. L. 221-2-6). – Parmi les innovations intéressantes de la loi on trouve la proposition systématique d'un parrainage quel que soit le fondement de la prise en charge de l'enfant par l'aide sociale à l'enfance mais avec l'accord des parents, si tel est l'intérêt de l'enfant et après évaluation de la situation, « dans le cadre d'une relation durable cordonnée par une association et construite sous la forme de temps partagés réguliers entre l'enfant et le parrain ou la marraine. (...) Les règles encadrant le parrainage d'enfant et définissant les principes fondamentaux du parrainage d'enfant en France ainsi que les modalités d'habilitation des associations de parrainage signataires d'une charte sont fixées par décret ». Il est pareillement proposé à l'enfant pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance de bénéficier d'un mentor. Le mentorat désigne une relation interpersonnelle d'accompagnement et de soutien basée sur l'apprentissage mutuel. Son objectif est de favoriser l'autonomie et le développement de l'enfant accompagné en établissant des objectifs qui évoluent et s'adaptent en fonction de ses besoins spécifiques. Le recours au mentorat doit être proposé à l'entrée au collège. Le parrainage et le mentorat sont mentionnés dans le projet pour l'enfant et ils donnent lieu à un financement spécifique.

Renforcement du suivi en santé des enfants protégés. – Alors que la santé des enfants est un thème de préoccupation majeure, la loi du 7 février 2022 renforce l'obligation de réaliser un bilan de santé pris en charge par l'assurance maladie lors de l'admission du mineur dans le dispositif de protection de l'enfance (CASF, art. L. 223-1-1. – C. civ., art. 375) notamment pour les enfants en situation de handicap. Ainsi, un rapport de situation individuelle adressé au juge des enfants comprend « notamment un bilan pédiatrique, psychique et social de l'enfant ».

Versement de l'allocation de rentrée scolaire (CSS, art. L. 543-3). – Le texte permet déjà le versement de cette allocation pour les enfants confiés au titre de la protection de l'enfance à la Caisse des dépôts et consignations afin que ceux-ci disposent d'un pécule à leur majorité. Cette disposition est adaptée

au cas où l'enfant est confié à « la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant confié », ce qui permettra le maintien de l'allocation aux parents en cas de placement à domicile ou son transfert de celle-ci au tiers digne de confiance.

Accompagnement des jeunes majeurs confiés à l'ASE. – Un des objectifs affirmés de la loi était de trouver des solutions pour les jeunes majeurs et de leur éviter les « sorties sèches » de la protection de l'enfance génératrices d'instabilité sociale et de précarité économique. C'est pourquoi désormais, seront pris en charge, au titre de l'aide sociale à l'enfance, les jeunes majeurs « qui ne bénéficient pas de ressources ou d'un soutien familial suffisants, lorsqu'ils ont été confiés à l'aide sociale à l'enfance avant leur majorité » (CASF, art. L. 112-3, L. 222-5 et L. 222-5-1). Là encore un soutien de l'État doit être organisé pour compenser cette charge. En outre, la loi facilite l'accès des mineurs et jeunes majeurs protégés aux aides au logement (CCH, art. L. 441-1, L. 441-1-5, L. 441-2-7, L. 441-2-8 et L. 442-5) et encourage le recours à la garantie jeunes par des personnes sortant du dispositif de protection de l'enfance (L. n° 2022-140, 7 févr. 2022, art. 10. – C. trav., art. L. 5131-6). Dans le même sens, la loi nouvelle facilite l'accès des mineurs et jeunes majeurs pro-

tégés au titre des aides au logement (CCH, art. L. 441-1, L. 441-1-5, L. 441-2-7, L. 441-2-8 et L. 442-5). Pour les accompagner au mieux, est mis en place le droit pour l'enfant de désigner une personne de confiance qui peut être « un parent ou toute autre personne de son choix ». Cette personne de confiance « accompagne le mineur dans ses démarches, notamment en vue de préparer son autonomie » (CASF, art. L. 223-1-3 créé). La loi or-

ritoire, la loi modifie la clé de répartition entre départements prenant en compte les spécificités socio-économiques des départements et leurs actions pour les faire accéder à des contrats jeunes majeurs (CASF, art. L. 221-2-2). De plus, la loi nouvelle interdit des réévaluations de la minorité et de l'isolement des mineurs non accompagnés d'un département à l'autre (CASF, art. L. 221-2) et tous les départements de-

« La loi nouvelle interdit des réévaluations de la minorité et de l'isolement des mineurs non accompagnés d'un département à l'autre. »

ganise également un entretien avec le jeune dans les 6 mois après leur sortie. Un entretien supplémentaire peut également être accordé au jeune à sa demande jusqu'à ses 21 ans (CASF, art. L. 222-5-1, L. 222-5-2-1, L. 223-1-1 et L. 223-1-3). Un accompagnement spécifique est également proposé aux mineurs ou jeunes majeurs désireux d'accéder à leurs origines (CASF, art. L. 223-7).

Une meilleure coordination et prise en charge des mineurs non accompagnés. – Enjeu d'un bras de fer entre départements qui ont la charge de principe des enfants en danger assumée diversement sur le ter-

vront recourir au fichier d'aide à l'évaluation de la minorité (CASF, art. L. 221-2-4). Enfin, est reconnu un « temps de répit » pour les personnes se déclarant mineures avant qu'il soit procédé aux « investigations nécessaires au regard notamment des déclarations de cette personne sur son identité, son âge, sa famille d'origine, sa nationalité et son état d'isolement » (CASF, art. L. 221-2-4) alors que la loi aménage parallèlement un nouveau régime d'obtention du titre de séjour prévu à l'article L. 423-22 du CESEDA, pour les mineurs non accompagnés confiés à des tiers dignes de confiance. ■

boutique.lexisnexis.fr

Toutes les nouvelles
parutions et presse spécialisée
pour les professionnels
du droit.



 LexisNexis®

Compétences précisées de la Collectivité européenne d'Alsace

POINTS-CLÉS → La loi n° 2022-269 du 28 février 2022 procède à une ratification-correction des trois ordonnances prises sur le fondement de l'article 13 de la loi n° 2019-816 du 2 août 2019 → Les compétences spécifiques de la Collectivité européenne d'Alsace s'en trouvent précisées → Tant la méthode que le contenu de la réforme méritent l'attention.



Alex Tani, maître de conférences à l'université de Corse (EMRJ, UR 7311)

Compétences de la Communauté européenne d'Alsace (CEA). –

L'actualité en Alsace est riche : d'abord, le réveil de la Commission du droit local d'Alsace-Moselle (*D. n° 2021-1580, 7 déc. 2021 : JCP G 2021, act. 1328, nos obs.*), ensuite, la consultation « indicative » ayant largement approuvé la sortie de la CEA de la région Grand-Est (à laquelle, il est vrai, l'intégration ne semblait pas naturelle même si la valeur de ce scrutin, à plus de 92 % en faveur du « oui », mérite d'être relativisée) et, à présent, la ratification de 3 ordonnances précisant les compétences de cette collectivité territoriale à statut particulier (*A. Fazi et N. Kada, Les collectivités territoriales à statut particulier en France : Peter Lang, 2022*).

Si le particularisme juridique qui tient au maintien d'un droit local dans les 3 départements de l'Est prend racine dans une longue tradition historique, c'est davantage aujourd'hui pour des considérations géographiques, sociales et économiques que ces spécificités territoriales conservent leur légitimité (*V. notre étude, L'avenir du droit local alsacien-mosellan : JCP G 2019, doct. 878*).

En raison de sa situation frontalière, l'Alsace est directement influencée par ce qui se joue sur l'autre rive du Rhin : quand ce n'est pas le prix de l'essence qui incite les automobilistes à franchir la frontière, ce sont les frais de péage.

Le problème est connu : l'instauration de taxes kilométriques sur les autoroutes allemandes a conduit à détourner une partie du trafic relatif au transport de marchandises sur les axes routiers alsaciens, entraînant leur saturation et encourageant le législateur, lors de la création d'une CEA (*L. n° 2019-816, 2 août 2019*), à la doter d'une compétence spécifique en la matière. Tant la méthode (1) que le contenu (2) de la réforme méritent l'attention.

1. Méthode

Réforme par voie d'ordonnance. – C'est une pièce qui s'est jouée en 3 actes, conformément à un scénario très classique et désormais courant dans l'élaboration de la loi par voie d'ordonnance : une loi d'habilitation (acte I), suivie de la publication d'ordonnances (acte II), le tout clôturé par une loi de ratification (acte III). On se souvient que la loi du 2 août 2019 avait autorisé le Gouvernement, conformément à l'article 38 de la Constitution et dans un délai de 18 mois, à prendre « *par ordonnances* » – au pluriel ! – les mesures relevant du domaine de la loi afin :

1. d'instaurer des contributions spécifiques pour maîtriser le trafic routier de marchandises sur les axes relevant de la CEA ;
2. de préciser et compléter les dispositions relatives au transfert des routes nationales non concédées et préciser les règles de police de la circulation applicables au réseau routier transféré ;
3. de préciser les conditions dans lesquelles la CEA ou l'Eurométropole de Strasbourg, selon le cas, continueraient d'assurer les engagements de l'État dans la mise en service de l'A355.

Loi de ratification unique. – S'il avait initialement été prévu qu'un « *projet de loi de ratification de chaque ordonnance* » (insistons) devait être déposé devant le Parlement dans les 3 mois, c'est finalement par une loi unique que la ratification des 3 ordonnances est opérée.

Cela étant, et comme c'est désormais souvent le cas, on s'aperçoit que la loi de « ratification » est aussi une loi de « correction », voire de « modification ».

Le texte commenté aurait pu tenir en 3 articles sobres, un pour ratifier chacune des 3 ordonnances ; telle fut d'ailleurs la manière dont il a initialement été conçu et présenté au Parlement (*V. projet de loi, n° TRAT2117044^t*). Mais le projet de loi fut progressivement enrichi et, à l'arrivée, cela donne un ensemble relativement long qui ne compte pas moins de 21 articles, souvent techniques et d'une lecture peu aisée.

Ceci montre peut-être toute la limite de ce procédé normatif pourtant devenu courant, au point que le Conseil constitutionnel s'autorise même à connaître des ordonnances qui n'ont pas été ratifiées, estimant « *qu'elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai d'habilitation [...] comme des dispositions législatives* » (*Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC : JurisData n° 2020-008081. – Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851 QPC : JurisData n° 2020-008081 ; JCP G 2020, act. 718, obs. P.-E. Lagrault ; JCP G 2020, act. 779, Libres propos A. Levade*).

Loi de modifications multiples. – Parfois dénoncée comme une forme de démission du Parlement (plus encore depuis que les élections législatives succèdent à l'élection

présidentielle), on sait cependant que la méthode a aussi ses avantages : louée pour son efficacité en ce qu'elle constitue une manière bien commode d'éviter l'encombrement du Parlement et les longs débats dont le résultat n'est jamais connu d'avance, comment nier que sans elle nombre de réformes d'ampleur n'auraient probablement pas vu le jour ? Que l'on songe à la réforme du droit des obligations portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ou à celle du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre dernier. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que, tout récemment, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, ambitieusement chargée de (r)établir la « *confiance dans l'institution judiciaire* », ait eu recours, elle aussi, à cette délégation : ainsi par exemple de l'adoption prochaine d'un Code pénitentiaire, comme de celle d'un Code de déontologie pour les officiers publics.

Cela étant, à l'instar de la réforme des obligations ou des sûretés, les lois de ratification sont souvent l'occasion d'opérer, comme ici, des corrections et des modifications ; ce qui prouve que le Parlement ne se désengage pas complètement.

2. Contenu

Taxe sur le transport routier de marchandises (TRM). – Afin de maîtriser le trafic routier de marchandises sur les axes relevant de la CEA, celle-ci a été autorisée à instaurer une contribution spécifique, parfois qualifiée « *d'écotaxe* ». Si elle est bien sûr à mettre en relation avec les politiques de lutte contre le changement climatique, cette taxe a aussi pour objectif de permettre un rééquilibrage des flux du transport routier de marchandises à la suite de l'instauration d'une taxe outre-rhin. L'ordonnance n° 2021-659 du 26 mai 2021 est ainsi ratifiée (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 1^{re}), même si cette ratification s'accompagne de plusieurs modifications (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 2 à 17).

Parmi les diverses mesures de correction ou de complément à propos des modalités de fixation, de recouvrement ou d'exonération de cette taxe, notons surtout la création d'un comité chargé de faciliter la concertation en matière de taxation des poids lourds dont seront membres, le président de la CEA, celui de l'Eurométropole de Strasbourg, ceux des conseils départementaux des départements

limitrophes, ainsi que le président de la région Grand Est. Les représentants de l'État et des services déconcentrés participeront aux travaux de ce comité « *à leur demande* », entendons s'ils y sont invités. Toute personne ou tout organisme qualifié pourra être entendu (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 16). À l'heure d'une inexorable augmentation des coûts des carburants entraînée par le conflit russo-ukrainien, gageons que c'est un sujet sur lequel tous les acteurs du transport routier de marchandises seront particulièrement attentifs.

Gestion et exploitation des axes autoroutiers. – De manière assez insolite (puisque les autoroutes non concédées sont traditionnellement gérées et exploitées par l'État), la loi de 2019 a transféré – à titre gratuit – la propriété de certaines voies routières à la CEA, tout en maintenant leur statut autoroutier (L. n° 2019-816, 2 août 2019, art. 6). Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2021, c'est elle qui assure désormais la gestion et l'exploitation des autoroutes non concédées, situées sur son territoire. Cependant, l'État ne pouvait totalement abandonner à une collectivité territoriale cette mission si singulière en raison de ses enjeux nationaux et européens, sans instaurer quelques garde-fous. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2021-615 du 19 mai 2021, ici ratifiée sans modification (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 18), a prévu que tout projet de modification substantielle des caractéristiques techniques de ces axes autoroutiers doit être soumis, pour avis, au représentant de l'État territorialement compétent, afin que celui-ci puisse s'assurer que « *ces modifications ne compromettent pas la capacité de l'autoroute à garantir la continuité des itinéraires routiers d'intérêt national et européen, la circulation des transports exceptionnels, des convois et des transports militaires et la desserte économique du territoire national, ainsi que le respect des règles de l'art* ». La confiance, que la décentralisation suppose nécessairement, n'exclut pas le contrôle de l'État !

Grand contournement de l'Ouest (GCO). – On se souvient que la loi du 2 août 2019 avait également admis au profit de l'Eurométropole de Strasbourg un transfert de certains axes routiers mais, à la différence de ceux transmis à la CEA, en choisissant ici de les déclasser de la catégorie des autoroutes ; notamment car

la création de l'A355 a pour but de favoriser un « grand contournement par l'Ouest » de la ville. Ce « pontage routier » (payant toutefois) doit permettre à certains véhicules en transit, et notamment aux poids lourds, d'éviter de traverser l'agglomération strasbourgeoise par l'A35 (demeurée gratuite), améliorant ainsi la qualité de l'air et, plus largement, les conditions de circulation sur cet axe (actuellement l'un des plus fréquentés du pays). Or ces objectifs avaient conduit l'État à prendre des engagements dans le cadre de la concession conclue pour la réalisation de l'A355 avec la société ARCOS (filiale du groupe VINCI). Ce faisant, il fallait que l'ordonnance n° 2021-616 du 19 mai 2021 précise dans quelles conditions l'Eurométropole de Strasbourg reprendrait ces engagements. C'est ce texte qui est ici ratifié (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 19), au prix cependant de quelques modifications relatives à la possibilité reconnue à l'Eurométropole de Strasbourg d'interdire aux véhicules de plus de 3,5 tonnes d'emprunter l'A35 (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 21). D'abord, il est prévu que si une telle interdiction n'est pas prise, l'Eurométropole de Strasbourg assume, à parts égales avec l'État, l'indemnité due à la société concessionnaire de l'A355. Ensuite, il est prévu de renforcer le contrôle en cas de non-respect de l'interdiction : non seulement, la loi nouvelle rehausse la sanction en consacrant une amende forfaitaire de 750 €, avec une possible immobilisation du véhicule, mais elle renforce aussi la contestation de l'infraction en permettant de la prouver par des dispositifs fixes ou mobiles qui, lorsqu'ils sont homologués, « *font foi jusqu'à preuve contraire* » (L. n° 2022-269, 28 févr. 2022, art. 20).

Du « nouveau droit local ». – En un sens, toutes ces mesures participent de la création d'un « nouveau droit local » : un droit national d'application territoriale, spécifique à l'Alsace (J.-M. Woehrling, *La Collectivité européenne d'Alsace : un nouveau droit local ?* : RDL 2019, p. 1), que le législateur essaie de ménager (V. par ex. L. n° 2021-1104, 22 août 2021, art. 137) même si un risque d'érosion est réel (JCP G 2022, act. 310, *Libres propos* J.-M. Woehrling). Au-delà, c'est la démonstration qu'une prise en compte des particularismes locaux est possible, sans rien enlever à la souveraineté et à l'unité d'une nation. ■



Actualités

ASSURANCE-VIE

377

Validité de la modification de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie par testament ignorée de l'assureur

Sophie Lambert, maître de conférences HDR à Aix-Marseille université, Grediauc, UR3786

Cass. 2^e civ., 10 mars 2022, n° 20-19.655, B

La validité de la désignation ou de la substitution du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ne suppose pas d'être portée à la connaissance de l'assureur, lorsqu'elle est réalisée par voie testamentaire.

Dans l'arrêt rapporté, au décès du souscripteur-assuré en 1990, son épouse désignée par avenant au contrat, reçut le capital. Puis le fils du souscripteur, se fondant sur une modification de la clause bénéficiaire à son profit contenue dans une lettre datée du 29 juillet 1987 et remise à l'assureur en octobre 1991, l'assigna en restitution de ce capital. Les juges du fond condamnèrent la bénéficiaire déchue à verser au fils, nouveau bénéficiaire, le capital reçu, ce que la première contesta au motif que la substitution de bénéficiaire est subordonnée non seulement à la volonté certaine et non équivoque du souscripteur mais également à sa connaissance par l'assureur avant le décès de ce dernier.

Si l'exigence d'une volonté certaine et non équivoque du souscripteur ne faisait pas de difficulté (jurisprudence constante : Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1980, n° 79-10.053 : JCP G 1980, II, 19438, note P. Gulphe. - Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, n° 95-15.319 : JurisData n° 1997-002310 ; RGDA 1997, p. 814, note L. Mayaux), la question se posait de savoir si la validité de la désignation ou de la substitution de bénéficiaire par voie testamentaire était subordonnée à sa connaissance par l'assureur avant le décès du souscripteur. Dans un arrêt de principe destiné à publication au Bulletin, la Cour de cassation exclut cette exigence.

Cet arrêt s'inscrit dans un contexte jurisprudentiel où, après avoir longtemps admis qu'une simple lettre du souscripteur-assuré adressée à l'assureur pouvait valablement emporter modification du bénéficiaire dès lors que l'assureur en a eu connaissance (Cass. req., 1^{er} juill. 1941 : RGAT 1941, p. 593. - Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1958 : RGAT 1959,

p. 449. - Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1980, n° 79-10.053, préc. - Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, n° 95-15.319, préc.), la Cour de cassation a finalement retenu le caractère limitatif des modalités de désignation du bénéficiaire énoncées par l'article L. 132-8 du Code des assurances (Cass. 2^e civ., 13 juin 2019, n° 18-14.954 : JurisData n° 2019-009969 ; Resp. civ. et assur. 2019, comm. 256, obs. M. Gayet ; Dr. famille 2019, comm. 181, obs. A. Tani ; RGDA 2019, n° 116⁶, p. 32, note L. Mayaux). Dès lors, le bénéficiaire peut être désigné ou modifié uniquement « par voie d'avenant, en remplissant les formalités de l'article 1690 du Code civil ou par voie testamentaire » (C. assur., art. L. 132-8).

C'est précisément à la suite de cet arrêt de 2019 que la Cour de cassation est à nouveau saisie, du pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi (CA Paris, pôle 3, ch. 3, 1^{er} juill. 2020, n° 19/16363). Désormais, la lettre visant à modifier le bénéficiaire et adressée à l'assureur après le décès ne peut produire effet que si elle constitue un testament olographe. Par suite, les juges de la CA de renvoi ayant retenu cette qualification, restait à en préciser le régime. La Cour de cassation n'applique pas la solution retenue jusqu'ici pour la simple lettre adressée à l'assureur. La modification de la clause bénéficiaire réalisée par testament est valable même si l'assureur n'en a pas eu connaissance avant le décès du souscripteur.

Cette solution est tout à fait justifiée et opportune sur le fond.

En effet, l'information de l'assureur avant le décès de l'assuré ne saurait constituer une condition de validité de la substitution de bénéficiaire par voie testamentaire, contrairement à celle réalisée par avenant.

Cela se justifie tout d'abord puisque le défaut d'information de l'assureur ne saurait priver le bénéficiaire réel de tout recours contre le bénéficiaire déchue qui a reçu à tort le capital. Le premier pourra exercer une action contre le second sur le fondement quasi-contractuel de l'enrichissement injustifié (C. civ., art. 1303). Ensuite, l'assureur qui a réglé le bénéficiaire déchue alors qu'il ignorait la substitution de bénéficiaire se trouve protégé : s'il est de bonne foi, il se trouve libéré (C. assur., art. L. 132-25).

Dès lors, en pratique, l'on ne saurait que trop conseiller au notaire ou au dernier bénéficiaire désigné par voie testamentaire de faire opposition au paiement dès le décès, lorsqu'il a connaissance de cette désignation, afin d'éviter d'avoir à exercer un

recours contre le bénéficiaire déchue aux fins de restitution du capital. Cette opposition est d'autant plus utile que l'obligation de l'assureur de rechercher les bénéficiaires (C. assur., art. L. 132-8, dern. al.) ne s'étend pas à la recherche de la modification éventuelle du bénéficiaire par testament (Voir déjà, CA Paris, 26 févr. 2001 : JurisData n° 2001-144747).

RESPONSABILITÉ CIVILE

378

Préjudice de contamination : tout le préjudice, sans perte ni profit

Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2022, n° 20-12.020, B : JurisData n° 2022-003739

La Cour de cassation rappelle ici, dans le cadre d'une contamination au VIH le contenu du préjudice de contamination et le principe de la réparation intégrale du préjudice, sans perte ni profit pour la victime.

À la suite d'une transfusion sanguine reçue à sa naissance en 1983, un enfant est contaminé par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH). Le diagnostic est posé en 1986 et l'enfant déclare un sida en 1991.

En 1993, sa mère obtient, au titre du préjudice spécifique de contamination, une indemnisation du Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (dont les obligations sont aujourd'hui reprises par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM)).

En 2005, l'enfant développe une grave maladie virale, en lien avec sa contamination, et en conserve d'importantes séquelles cérébrales. Sa mère, désignée en qualité de tutrice, saisit alors l'ONIAM d'une demande d'indemnisation complémentaire.

Après expertise, l'ONIAM indemnise les préjudices économiques mais rejette la demande relative aux déficits fonctionnels temporaire et permanent subis par l'enfant : il estime en effet, suivi en cela par la cour d'appel, que les préjudices invoqués avaient été antérieurement indemnisés par le FITH. Cette décision est censurée à un double titre.

Le contenu du préjudice de contamination. - Ce préjudice de contamination est admis depuis longtemps par la Cour de cassation (Cass. 2^e civ., 2 avr. 1996, n° 94-15.676 : JurisData n° 1996-001353), qui en a déterminé son périmètre, tel que rappelé par la présente décision.

Il comprend l'ensemble des préjudices de caractère personnel tant physiques que psychiques résultant du seul fait de la contamination et inclut, outre les perturbations et craintes éprouvées, toujours latentes, concernant l'espérance de vie et la crainte des souffrances, les perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle et les préjudices esthétiques et d'agrément générés par les traitements et soins subis, ainsi que le seul risque de la survenue d'affections opportunistes consécutives à la contamination. En revanche, sont exclus les déficits fonctionnels – temporaire et permanent –, ainsi que les autres préjudices à caractère personnel liés à la survenue des affections liées à la maladie contractée.

Or la cour d'appel, pour rejeter les demandes de la tutrice, avait estimé que ces postes avaient déjà été indemnisés par le préjudice de contamination, qui, selon elle, incluait l'ensemble des « *affections opportunes consécutives à la déclaration de la maladie* ».

La décision est censurée au visa de l'article L. 3122-1 du Code de la santé publique et du principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime. Cette solution s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence bien établie (V. Cass. 2^e civ., 24 sept. 2009, n° 08-17.241 : *JurisData* n° 2009-049670). Il appartient simplement aux juges du fond de vérifier les éléments constitutifs distincts de chacun des préjudices.

La consolidation ne peut être une condition

de l'indemnisation. - La cour d'appel avait estimé que le déficit fonctionnel causé par l'infection du VIH ne pouvait être indemnisé qu'à la condition que la maladie soit susceptible de consolidation. Or la notion de consolidation est inapplicable ici dès lors que le risque de développement de la maladie demeure (V. *JCl. Civil Code*, Art. 1240 à 1245-1. - Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-15.853 : *JurisData* n° 2009-050442. - Pour un exemple en cas de guérison, V. Cass. 2^e civ., 4 juill. 2013, n° 12-23.915 : *JurisData* n° 2013-013887 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 364 ; Resp. civ. et assur. 2013, étude 11, L. Morlet-Haïdara. - Sur la motivation exigée en cas de guérison, V. Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2018, n° 17-28.272 : *JurisData* n° 2018-021381).

Publiés

379

ARRÊTS P DE LA COUR DE CASSATION DU 7 AU 13 MARS 2022

Accident de la circulation - Aggravation du dommage

L'aggravation du dommage initial causé par un accident peut découler de nouveaux préjudices résultant des soins qui ont été prodigués à la victime postérieurement à sa consolidation en vue d'améliorer son état séquelaire causé par cet accident

Cass. 2^e civ., 10 mars 2022, n° 20-16.331, B : *JurisData* n° 2022-003330 (Cassation partielle)

Arbitrage - Arbitrage international

V. JCP G 2022, act. 347

Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2022, n° 20-21.572, B : *JurisData* n° 2022-003241 (Cassation sans renvoi)

Assurance - Prescription

Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité engagée par l'assuré contre le débiteur des obligations d'information et de conseil qui lui sont dues sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins, se situe au jour où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance du refus de garantie

Cass. 2^e civ., 10 mars 2022, n° 20-16.237, B : *JurisData* n° 2022-003328 (Rejet)

Assurance-vie - Substitution de bénéficiaire

V. dans ce numéro JCP G 2022, act. 377, obs. S. Lambert

Cass. 2^e civ., 10 mars 2022, n° 20-19.655, B : *JurisData* n° 2022-003329 (Rejet)

Compétence administrative ou judiciaire - ACCA

L'exercice, par le conseil d'administration d'une association communale de chasse agréée (ACCA), de la faculté de saisir le préfet aux fins de suspension du droit de chasser d'un de ses membres, constitue une mesure préparatoire à la décision préfectorale de sanction susceptible d'être prise, dont elle n'est qu'un élément de la procédure d'édiction. En conséquence, la juridiction administrative est seule compétente pour connaître des actions, notamment indemnitaires, fondées sur les irrégularités imputées à une mesure préparatoire à l'édiction d'une décision administrative, laquelle peut seule faire grief

Cass. 2^e civ., 10 mars 2022, n° 19-23.496, B : *JurisData* n° 2022-003334 (Cassation sans renvoi)

Compétence administrative ou judiciaire - Permis de construire

La responsabilité qui peut incomber à l'État ou aux autres personnes morales de droit public, en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs, est soumise à un régime de droit public et relève, en conséquence, de la compétence de la juridiction administrative

Cass. 3^e civ., 9 mars 2022, n° 19-24.594, B : *JurisData* n° 2022-003477 (Cassation sans renvoi)

Copropriété - Assemblée générale

La mise en concurrence, pour les marchés de travaux et les contrats, autres que le contrat du syndic de copropriété, impose, lorsque plusieurs devis ont été notifiés au plus tard en même temps que l'ordre du jour, qu'ils soient soumis au vote de l'assemblée générale

Cass. 3^e civ., 9 mars 2022, n° 21-12.658, B : *JurisData* n° 2022-003472 (Cassation partielle sans renvoi)

Procédure civile - Action en justice

La qualité à agir d'une association pour la défense d'un intérêt collectif en vue d'obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du CPC s'apprécie, non au regard de la loi étrangère applicable à l'action au fond, mais selon la loi du *for* en ce qui concerne les conditions d'exercice de l'action et selon la loi du groupement en ce qui concerne les limites de l'objet social dans lesquelles celle-ci est exercée

Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2022, n° 20-22.444, B : *JurisData* n° 2022-003242 (Cassation)

Note Olivera Boskovic à paraître



Notes

MINEURS

380

Face à un âge peu vraisemblable, les tests osseux ne peuvent à eux seuls conduire à retenir la majorité de l'intéressé

Solution. – Les mineurs non accompagnés pris en charge par la protection de l'enfance peuvent échapper à l'expulsion du territoire. L'enjeu de la minorité est accru par des documents perdus ou peu vraisemblables. Modifié en 2016, l'article 388 du Code civil autorise le recours à des tests osseux pour déterminer l'âge d'une personne. Contestés dans leur fiabilité, ces tests peuvent ne pas être en convergence avec les autres indices présentés par l'intéressé au crédit de sa minorité.

La première chambre civile de la Cour de cassation affirme dans sa décision du 12 janvier 2022 que lorsque seuls les tests osseux concluent à la majorité de l'intéressé, le doute doit profiter à ce dernier et la minorité, établie par d'autres éléments ou indices, doit être retenue.

Impact. – Cette décision clarifie la lecture qui doit être faite de l'article 388 du Code civil, le juge ne pourra s'appuyer sur les seuls tests osseux de l'intéressé pour déduire la majorité, le dossier en soutien à la majorité devra impérativement comporter d'autres éléments, ce qui, en pratique, devrait profiter à un certain nombre de personnes.

Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2022, n° 20-17.343, B : JurisData n° 2022-000187

In dubio... pas les os.

Contexte. – L'invocation de leur minorité par les mineurs non accompagnés (MNA) est à l'origine d'un casse-tête juridique depuis de nombreuses années. Sur quels éléments de preuve s'appuyer pour établir la minorité ou la majorité d'une personne à l'état civil imprécis, perdu ou surprenant... ? La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant n'a pas suffi à calmer ni clarifier la situation. L'abondant contentieux porté devant les juges se heurte à la délicate question du recours aux tests osseux afin de déterminer l'âge de l'intéressé (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2020, n° 20-15.389, inédit. – Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2019, n° 19-17.726 : JurisData n° 2019-020829. – Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2020, n° 19-23.490, inédit).



ALINE CHEYNET DE BEAUPRÉ, professeur de droit privé à l'université d'Orléans – Cericid Saint-Etienne UMR 5137

Selon le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, « cet examen ne peut être ordonné que si la personne en cause n'a pas de documents d'identité valables et si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable. Il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du caractère subsidiaire de cet examen. [...] cet examen ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, dans une langue qu'il comprend » (Cons.

const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC : JurisData n° 2019-004007).

Modifié en 2016, déclaré conforme à la Constitution en 2019, l'article 388 du Code civil ouvre la possibilité du recours à des tests osseux pour tenter de vérifier une minorité surprenante d'un étranger isolé. L'enjeu est, il est vrai, crucial, voire vital.

Le nombre de « mineurs non accompagnés » sur le territoire français est estimé à 40 000. Les mêmes sources considèrent que 60 %

d'entre eux seraient en réalité majeurs (Dr. famille 2020, alerte 117) ; mais les chiffres sont évidemment susceptibles d'être discutés. Le ministère de la Justice fait état de 11 315 mineurs non accompagnés confiés par décisions judiciaires pour 2021 (V. également, le rapport annuel d'activité 2020 de la Mission mineurs non accompagnés (MMNA) de la Direction de la protection judiciaire et de la jeunesse).

La réglementation a été partiellement modifiée par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). On relèvera essentiellement deux articles. L'article L. 343-2 du CESEDA décide que « l'administrateur ad hoc assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien. Il assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée en France » ; l'article L. 631-4 du CESEDA précise que « l'étranger mineur

de dix-huit ans ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion ».

Le recours aux tests osseux. - Il intervient lorsque les papiers d'identité produits ne paraissent pas totalement fiables. Préciser l'âge de l'intéressé est crucial pour déterminer s'il pourra être pris en charge en qualité de mineur isolé étranger (MIE). Ce mécanisme est scientifiquement discuté. Il s'appuie sur l'Atlas de Greulich et Pyle élaboré dans les années 1930 à 1940. Une radiographie du poignet et de la main est réalisée et confrontée à des plaques d'images similaires. Est recherchée, autour de 16 ans, la subsistance d'un « cartilage de croissance » qui connaît une ossification jusqu'à sa disparition vers 18 ans.

Cependant, les statuts socio-économique et socio-nutritionnel seraient susceptibles d'avoir une influence sur la croissance des enfants et des études scientifiques font valoir que la méthode serait inefficace pour les 16-18 ans en raison d'une marge d'erreur d'un à 2 ans, c'est-à-dire précisément autour de la majorité.

L'article 388 du Code civil accueille le recours aux tests osseux. Certes... ces examens sont subordonnés à une décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé (C. civ., art. 388, al. 2) ; certes ils ne sont susceptibles d'intervenir qu'en l'absence de documents d'identité valables et face à un âge allégué non vraisemblable ; certes la marge d'erreur doit être précisée ; certes ils ne se suffisent pas à eux seuls... Mais ils sont prévus par le Code civil et utilisés par les autorités. Le

principe inscrit à l'alinéa 3 (*Le doute profite à l'intéressé*) apparaît parfois relégué en arrière-plan.

Ni pour ni contre, bien au contraire ? Les chiffres relatifs au nombre des mineurs isolés sont là, les tentations de minorité également. Le dilemme est cornélien. La Cour de cassation vient ici réorganiser un article pratiquant un « *en même temps* » difficile à gérer pour les magistrats et pour la République.

Le doute profite au mineur. - « *Si les documents d'état civil produits constituent un indice de minorité et si l'évaluation réalisée en octobre 2018 indique que la posture d'ensemble laisse plutôt penser à un adolescent de 16-17 ans, ces éléments sont contredits par les examens radiologiques osseux, qui, le 2 janvier 2019, ont conclu à une fourchette d'âge comprise entre 18 et 20 ans et à une incompatibilité avec l'âge allégué de 14 ans et 11 mois* ». La cour d'appel de Paris soulignait les forts aléas du dossier et les indices non convergents (CA Paris, pôle 3, ch. 6, 17 janv. 2020, n° 19/08325). Mais la Cour de cassation lui reproche de n'avoir pas fait prévaloir le doute en faveur de l'intéressé.

Faisceau d'indices identitaires. - Après avoir inventorié les indices et éléments d'ensemble qui se trouvaient entre les mains des magistrats, le bilan dégagé révélait que « *seuls les examens radiologiques osseux, [concluaient] à la majorité de l'intéressé* ». La Cour recentre la question sur la légitimité et la pertinence de la preuve. Il n'y a pas « *contradiction* » entre les tests et les autres indices ; il y a non-convergence.

Le mérite de cette décision réside essentiellement dans sa clarté. - La Cour s'inscrit dans la ligne de lecture retenue par le Conseil constitutionnel recentrant cette délicate question sur l'intérêt supérieur de l'enfant et la protection légale due au mineur. Le Conseil avait en effet souligné dans sa décision de 2019 (§ 6) « *l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures* ».

Présomption de minorité : les seuls tests osseux ne sauraient conduire à établir la majorité d'une personne, ou plutôt à écarter les indices de minorité.

Défenseure des droits. - « *Un mineur non accompagné ou mineur isolé étranger est un enfant de moins de 18 ans, de nationalité étrangère, arrivé sur le territoire français sans être accompagné par l'un ou l'autre des titulaires de l'autorité parentale ou par un représentant légal* ». Son dernier rapport du 3 février 2022, est consacré à la situation des « *mineurs non accompagnés au regard du droit* ». Il souligne notamment l'importance quantitative et humaine de la question puisque plus de 10 % des saisines, en 2020, en matière de droits de l'enfant concernaient des mineurs étrangers, dont la majeure partie étaient non accompagnés.

LA COUR – (...)

Mais sur le moyen, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

- 4. [J] [Z] fait grief à l'arrêt de donner mainlevée de la décision du 13 novembre 2018, de décharger en conséquence l'aide sociale à l'enfance de [Localité 6] et d'ordonner la clôture du dossier (...)

Réponse de la Cour

Vu l'article 388, alinéa 3, du code civil :

- 5. Il résulte de ce texte que les conclusions des examens radiologiques osseux réalisés aux fins de détermination de l'âge d'un individu, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur, le doute profitant à celui-ci.
- 6. Pour dire que [J] [Z] n'est pas mineur, l'arrêt retient que, si les documents d'état civil produits constituent un indice de minorité

et si l'évaluation réalisée en octobre 2018 indique que la posture d'ensemble laisse plutôt penser à un adolescent de 16-17 ans, ces éléments sont contredits par les examens radiologiques osseux, qui, le 2 janvier 2019, ont conclu à une fourchette d'âge comprise entre 18 et 20 ans et à une incompatibilité avec l'âge allégué de 14 ans et 11 mois.

- 7. En statuant ainsi, alors que seuls les examens radiologiques osseux, concluaient à la majorité de l'intéressé, ce qui aurait dû la conduire, au regard des autres éléments recueillis, à faire prévaloir le doute en faveur de l'intéressé, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Par ces motifs, (...):

- Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 janvier 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; (...) renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ; (...) M. Chauvin, prés., M^{me} Azar, cons.-réf.-rapp., M^{me} Caron-Dégliose, av. gén., M^{me} Auroy, cons. doyen ; SCP Zribi et Texier, av.

Sur la question de l'interdiction des examens osseux, sans surprise, la Défenseure des droits « recommande au garde des Sceaux, ministre de la Justice de modifier et clarifier la rédaction de l'article 388 du code civil en interdisant dans la loi, les examens d'âge osseux ». Elle recommande également, de façon pragmatique, de « poursuivre les efforts entrepris quant à la création de nouveaux postes de juges des enfants et de doter les chambres des mineurs des effectifs requis afin que chaque magistrat soit en mesure de traiter les saisines et suivre les dossiers qui lui sont confiés dans des délais raisonnables au vu notamment des situations de danger des enfants inhérentes à la procédure en assistance éducative ».

Protection de la dignité de la personne.

- Elle est gravée à l'alinéa 4 de l'article 388 du Code civil. Est en effet exclu le recours à d'autres tests qui risqueraient de conduire à des dérives : « En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires ».

Supprimer le recours aux tests osseux ne devra pas conduire à recourir à des pratiques potentiellement non respectueuses de la personne.

La question est très certainement humaine, mais aussi politique et économique. Les réponses simples ne sont pas toujours pos-

sibles. La question sera probablement soumise aux candidats à l'élection présidentielle ; mais les réponses ou élusions des uns et des autres paraissent déjà connues.

Textes : C. civ., art. 388, al. 3

Encyclopédies : Civil Code, Art. 388, Fasc. unique par Yvaine Buffelan-Lanore actualisé par Claire-Marie Pégion-Zika ; Procédure civile, Fasc. 1400-20, par Méline Douchy-Oudot et Laurent Sebag ; Civil Code, Synthèse 170, par Pascale Salvage-Gerest et Ingrid Maria

Autres publications LexisNexis : Fiche pratique n° 627 : Assister le mineur durant son jugement, par Philippe Bonfils



Première application

PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION

381

Liquidation de l'astreinte provisoire et contrôle de proportionnalité

Solution. – Le juge appelé à liquider l'astreinte provisoire, en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation, doit tenir compte des difficultés rencontrées par le débiteur pour l'exécuter et de sa volonté de se conformer à l'injonction ; il lui appartient également d'apprécier, de manière concrète, s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le montant auquel il liquide l'astreinte et l'enjeu du litige.

Impact. – Le juge qui liquide une astreinte provisoire peut en limiter le montant en prenant en compte, à la fois, le comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et les difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter, conformément aux dispositions prévues à l'article L. 131-4 du CPCE. Il doit aussi effectuer un contrôle de la proportionnalité du montant par rapport à l'enjeu du litige, fondé sur l'article 1^{er} du Protocole 1 à la Convention européenne des droits de l'homme.

Cass. 2^e civ., 20 janv. 2022, n° 20-15.261, B + R : JurisData n° 2022-000503

V. aussi Cass. 2^e civ., 20 janv. 2022, n° 19-23.721 : JurisData n° 2022-000501

Cass. 2^e civ., 20 janv. 2022, n° 19-22.435 : JurisData n° 2022-000502

Trois arrêts de la Cour de cassation statuent le même jour



NATALIE FRICERO, professeur des universités, membre du Conseil supérieur de la magistrature

(Cass. 2^e civ., 20 janv. 2022, n° 20-15.261, n° 19-23.721 et 19-22.435) sur les pouvoirs du juge qui procède à la liquidation d'une astreinte provisoire. Avec une motivation quasi-identique, les arrêts font une première application du droit au respect de la propriété des biens prévu à l'article 1^{er} du Protocole 1 pour imposer

au juge liquidateur l'obligation de contrôler concrètement la proportionnalité du montant de l'astreinte par rapport à l'enjeu du litige.

Dans l'arrêt n° 20-15.261, ci-après reproduit, l'astreinte provisoire était fixée à 1 000 € par agent et par jour de retard, pendant 2 mois à compter d'un délai de 2 mois de la signification du jugement. Plusieurs dizaines de salariés devaient être

reclassés par la SNCF en position de rémunération supérieure, pour un montant de 150 € par mois, et le juge avait liquidé l'astreinte à 1 020 000 € ! Dans le deuxième arrêt n° 19-23.721, l'astreinte provisoire de 1 000 € par jour de retard assortissait une condamnation à communiquer des documents et le montant de l'astreinte liquidé s'élevait à 516 000 € (le litige portait sur une somme de 500 € !). Dans le troisième arrêt n° 19-23.721, l'astreinte de 100 € par jour de retard n'avait pas été limitée dans le temps : l'action en liquidation n'était pas soumise au délai de prescription prévu à l'article L. 111-4 du Code des procédures civiles d'exécution applicable à l'exécution des titres exécutoires, mais au délai de prescription des actions personnelles et mobilières prévu à l'article 2224 du Code civil (Cass. 2^e civ., 21 mars 2019, n° 17-22.241 : *JurisData* n° 2019-004159, *prescription quinquennale de droit commun*. - Alors que

le jugement qui liquide l'astreinte relève de la prescription de L. 111-4 du CPC exéc., Cass. 2^e civ., 26 janv. 2017, n° 15-28.173 : *JurisData* n° 2017-000901). Elle avait été liquidée à 7 200 et 35 805 €, en raison de la démolition imparfaite d'un cellier dans une copropriété, en dépit de l'interruption de l'activité de toilette pour chiens exercée sur place.

Ces décisions créent une nouvelle obligation pour le juge de contrôler la proportionnalité du montant qu'il accorde, ce qui permet d'assurer un meilleur équilibre des droits antinomiques en présence.

1. Une nouvelle obligation pour le juge liquidateur de l'astreinte : le contrôle de proportionnalité

L'astreinte est une mesure comminatoire qui a pour objet de contraindre son débiteur à exécuter une décision juridiction-

nelle dans de brefs délais. Elle est versée au gagnant mais n'a pas pour fonction de réparer le préjudice subi en raison du retard dans l'exécution ou de l'inexécution des condamnations. Elle contribue à assurer l'effectivité du droit à l'exécution des décisions de justice consacré par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 19 mars 1997, n° 18357/91, *Hornsby c/ Grèce* : *JurisData* n° 1997-567021) et par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 10 nov. 2017, n° 2017-672 QPC : *JurisData* n° 2017-023267, « le droit d'obtenir l'exécution d'une décision de justice fait partie intégrante du droit à un recours juridictionnel »). Elle doit être liquidée par le juge compétent à des conditions qui varient selon qu'elle est provisoire ou définitive (CPC exéc., art. L. 131-4, le taux d'une astreinte définitive ne peut jamais être modifié). Les arrêts du 20 janvier 2022 intéressent la liquidation de l'astreinte provisoire : ils confirment les exi-

LA COUR (...)

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution, tel qu'interprété à la lumière de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- 6. Selon ce texte, l'astreinte provisoire est liquidée en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Elle est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.
- 7. Suivant une jurisprudence constante, le juge saisi d'une demande de liquidation ne peut se déterminer qu'au regard de ces seuls critères. Dès lors, il ne peut limiter le montant de l'astreinte liquidée au motif que le montant sollicité par le créancier de l'astreinte serait excessif (2^e Civ., 25 juin 2015, pourvoi n° 14-20.073) ou qu'il serait trop élevé au regard des circonstances de la cause (2^e Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 10-24.967) ou de la nature du litige (2^e Civ., 30 janvier 2014, pourvoi n° 13-10.255). L'arrêt d'une cour d'appel qui se référait au caractère « manifestement disproportionné » du montant a ainsi été cassé (2^e Civ., 26 septembre 2013, pourvoi n° 12-23.900), de même que celui ayant réduit le montant de l'astreinte liquidée en se fondant sur « l'application du principe de proportionnalité » (2^e Civ., 19 mars 2015, pourvoi n° 14-14.941). Dans aucune de ces affaires n'était invoquée l'application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de son protocole n° 1.
- 8. Cependant, selon ce dernier texte, invoqué par le moyen, « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour

assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

- 9. L'astreinte, en ce qu'elle impose, au stade de sa liquidation, une condamnation pécuniaire au débiteur de l'obligation, est de nature à porter atteinte à un intérêt substantiel de celui-ci. Elle entre ainsi dans le champ d'application de la protection des biens garantie par ce protocole.
- 10. Il en résulte que le juge qui statue sur la liquidation d'une astreinte provisoire doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte qu'elle porte au droit de propriété du débiteur au regard du but légitime qu'elle poursuit.
- 11. Dès lors, si l'astreinte ne constitue pas, en elle-même, une mesure contraire aux exigences du protocole en ce que, prévue par la loi, elle tend, dans l'objectif d'une bonne administration de la justice, à assurer l'exécution effective des décisions de justice dans un délai raisonnable, tout en imposant au juge appelé à liquider l'astreinte, en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation, de tenir compte des difficultés rencontrées par le débiteur pour l'exécuter et de sa volonté de se conformer à l'injonction, il n'en appartient pas moins au juge saisi d'apprécier encore, de manière concrète, s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le montant auquel il liquide l'astreinte et l'enjeu du litige.
- 12. Pour liquider l'astreinte provisoire à la somme de 1 020 000 euros, l'arrêt retient que la disproportion flagrante entre la somme réclamée au titre de l'astreinte et l'enjeu du litige ne peut être admise comme cause de minoration.
- 13. En se déterminant ainsi, sans examiner de façon concrète s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre le montant auquel elle liquidait l'astreinte et l'enjeu du litige, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Par ces motifs, (...) :

- Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 février 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ;
M. Pireyre, prés., M. Martin, cons.-rapp., M^{me} Leroy-Gissinger, cons. doyen, M. Besson, M^{mes} Bouvier, Chauve, cons., M. Talabardon, M^{me} Guého, MM. Ittah, Pradel, cons.-réf., M. Grignon Dumoulin, av. gén. ; SCP Célice, Texidor, Périer, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, av.

gences traditionnelles résultant des dispositions prévues à l'article L. 131-4 du CPC exéc. et ajoutent une nouvelle condition de rapport raisonnable de proportionnalité.

Selon l'article L. 131-4 du CPC exéc., le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Le juge procède à une appréciation souveraine *in concreto* de ces conditions et doit motiver sa décision (Cass. 2^e civ., 8 sept. 2011, n° 10-21.827 : *JurisData* n° 2011-018429). Jusqu'à la décision de 2022, seul le comportement de celui qui devait exécuter et les difficultés qu'il avait rencontrées pour exécuter pouvaient motiver une modulation du montant, à l'exclusion de toute autre considération : le § 7 de l'arrêt n° 20-15.261 énonce toutes les tentatives vouées à l'échec des juges liquidateurs d'introduire d'autres moyens de limitation des sommes dues, parmi lesquels le caractère manifestement disproportionné du montant (Cass. 2^e civ., 26 sept. 2013, n° 12-23.900 : *JurisData* n° 2013-021143. - Cass. 2^e civ., 19 mars 2015, n° 14-14.941 : *JurisData* n° 2015-006182). Les juges s'interdisaient d'apprécier la situation économique de celui qui devait exécuter : en réponse à la demande de la partie que la condamnation prononcée à son encontre soit ramenée à un euro symbolique, « la cour ne saurait se fonder sur le caractère disproportionné du montant de l'astreinte, calculé selon les modalités déterminées par le tribunal, au regard de sa situation économique » (CA Rennes, 2^e ch., 9 nov. 2018, n° 17/05927).

C'est le contrôle de conventionnalité, impliquant un contrôle de proportionnalité, qui a permis une relecture de l'article L. 131-4 du CPC exéc. ! En l'espèce, le demandeur au pourvoi se fondait, notamment, sur la violation de l'article 1^{er} du Protocole 1 à la Convention EDH pour reprocher à la cour d'appel d'avoir refusé de procéder à un quelconque contrôle de proportionnalité du montant de l'astreinte liquidée alors que « le montant fixé était manifestement excessif au regard de la gravité des manquements reprochés, des enjeux du litige et de la date de la liquidation ».

L'article 1^{er} du Protocole 1 fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour européenne des droits de l'homme : ainsi, la

notion de « biens » recouvre tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Une créance est considérée comme une « valeur patrimoniale » si le titulaire démontre que cette créance a une base suffisante en droit interne, résultant par exemple d'une jurisprudence bien établie des tribunaux, que l'on nomme alors une « espérance légitime » (CEDH, 5^e sect., 3 févr. 2022, n° 66328/14, aff. N. M et a. c/ France : *JurisData* n° 2022-002045 ; *Procédures* 2022, notre comm. à paraître). Comme l'indique le § 9 de l'arrêt n° 20-15.261, « l'astreinte, en ce qu'elle impose, au stade de sa liquidation, une condamnation pécuniaire au débiteur de l'obligation, est de nature à porter atteinte à un intérêt substantiel de celui-ci. Elle entre ainsi dans le champ d'application de la protection des biens garantie par ce protocole ». Il est certain que l'obligation pour le débiteur de s'acquitter sur son patrimoine d'une somme correspondant à une mesure coercitive constitue une ingérence dans ses biens et que le juge doit contrôler si cette atteinte à son droit au respect de ses biens prévue par le droit national est conforme au droit de la Convention EDH.

Le juge doit donc effectuer un contrôle de conformité de l'article L. 131-4 du CPC exéc. à l'article 1^{er} du Protocole conventionnalité et appliquer les trois critères définis par la Cour européenne. - Le premier critère du contrôle ne soulève en l'espèce aucune difficulté, puisque l'atteinte au droit aux biens résulte d'une loi claire et précise, issue de l'article L. 131-4 du CPC exéc. tel qu'interprété strictement par la Cour de cassation. Le second critère résulte du but légitime poursuivi par l'ingérence : il est indéniable que l'astreinte tend, dans l'objectif d'une bonne administration de la justice, à assurer l'exécution effective des décisions de justice dans un délai raisonnable, ce qui contribue à l'effectivité des titres exécutoires, à la confiance dans le système judiciaire, à la sécurité juridique et au développement économique ! Le troisième critère réside dans le caractère proportionné de l'atteinte par rapport au but poursuivi. Le juge doit mettre en balance le montant de l'astreinte liquidée, qui détermine le degré de l'atteinte au droit au respect des biens du débiteur, et le but légitime d'une bonne administration de la justice. Ce contrôle de proportionna-

lité doit être fait *in concreto*, comme c'est le cas dans l'appréciation des droits substantiels des personnes (V. *Revue ENM, Justice et actualités*, 24, déc. 2020, *Le contrôle de proportionnalité*. - Rapp. 2020, *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, site de la C. cass. : <https://www.courdecassation.fr/files/files/R%C3%A9forme/Rapport%20du%20groupe%20de%20travail%20sur%20le%20contr%C3%B4le%20de%20conventionnalit%C3%A9.pdf>). Cela revient à calculer le montant en appliquant les conditions traditionnelles prévues à l'article L. 131-4 du CPC exéc. (comportement du débiteur et difficultés d'exécution), puis à le mettre en balance avec l'enjeu du litige et, le cas échéant, à en réduire le montant pour atteindre une proportion raisonnable que le juge détermine souverainement. L'enjeu du litige correspond à une valeur matérielle ou morale que l'on peut perdre ou gagner à l'issue du procès. Lorsque l'objet du litige est chiffré ou déterminable, la comparaison est aisée (par ex. dans la 2^e espèce, n° 19-23.721, le litige portait sur 500 € et l'astreinte s'élevait à 516 000 €). Lorsque l'objet du litige est inchiffrable ou indéterminé, (par ex. condamnation à produire des documents sous astreinte dans le cadre d'une action en contestation de paternité, C. civ., art. 332, al. 2) le montant doit être mis en balance avec un enjeu extrapatrimonial, ce qui peut s'avérer complexe !

2. La limitation du montant de l'astreinte provisoire : la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence

Dans la mesure où l'astreinte doit conserver sa nature de mesure de pression sur le débiteur, afin que l'objectif de bonne administration de la justice soit réalisé, il est nécessaire que son montant ait un effet incitatif fort ! En conséquence, la proportionnalité ne saurait dépendre des facultés financières du débiteur, mais uniquement de l'enjeu du litige. C'est ce qui résulte du 3^e arrêt n° 19-22.435. En l'espèce, le débiteur reprochait aux juges de n'avoir pas pris en compte la faiblesse des ressources du débiteur, d'autant que l'astreinte n'avait pas été limitée dans le temps et que cela risquait d'aboutir au prononcé d'une condamnation quasi confiscatoire, d'une atteinte injustifiée au droit de propriété. Mais la Cour de cassation écarte la critique : « en l'état de ces constatations et énonciations, dont il résulte qu'elle a pris en

compte tant le comportement des débiteurs de l'obligation que les difficultés auxquelles ils s'étaient heurtés pour l'exécuter, et qu'elle s'est assurée que le montant de l'astreinte liquidée était raisonnablement proportionné à l'enjeu du litige, la cour d'appel, qui n'avait pas à prendre en considération les facultés financières des débiteurs, a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, liquidé l'astreinte au montant qu'elle a retenu ». L'appréciation de la proportionnalité ne peut donc porter que sur l'enjeu du litige. Cette solution permet de trouver un juste équilibre entre le droit du créancier à l'exécution du titre exécutoire, et celui du débiteur d'être raisonnablement sanctionné ! Il appartiendra au débiteur de rapporter au juge de la liquidation les éléments lui permettant d'effectuer *in concreto* cette mise en balance.

Les arrêts n° 20-15.261 et n° 19-23.721 n'ont pas écarté les autres moyens permettant au débiteur de faire diminuer le montant de l'astreinte (il n'est pas possible de l'augmenter, Cass. 2^e civ., 11 mai 2006, n° 05-17.402 : *JurisData* n° 2006-033712), à savoir, la prise en compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. La formulation du § 11 de l'arrêt reproduit le démontre : «... tout en imposant au juge appelé à liquider l'astreinte, en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obli-

gation, de tenir compte des difficultés rencontrées par le débiteur pour l'exécuter et de sa volonté de se conformer à l'injonction, il n'en appartient pas moins au juge saisi d'apprécier encore, de manière concrète, s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le montant auquel il liquide l'astreinte et l'enjeu du litige ». Conformément aux dispositions prévues à l'article L. 131-4 du CPCE, le juge prend en considération le comportement adopté personnellement par le débiteur à compter du prononcé du jugement fixant l'injonction (et non antérieurement, Cass. 2^e civ., 17 mars 2016, n° 15-13.122 : *JurisData* n° 2016-004681). Il en résulte que deux débiteurs condamnés sous astreinte à une même obligation de faire ne peuvent être tenus *in solidum* au paiement du montant de l'astreinte liquidée (Cass. 2^e civ., 25 mars 2021, n° 18-20.726, inédit).

Il appartient au débiteur de rapporter la preuve qu'il a exécuté partiellement son obligation de faire, de payer ou de donner (Cass. com., 2 oct. 2001, n° 00-10.337 : *JurisData* n° 2001-011312), alors que c'est au créancier de prouver le non-respect d'une obligation de ne pas faire (Cass. 2^e civ., 11 janv. 1995, n° 93-14.926 : *JurisData* n° 1995-000070). Le juge apprécie souverainement les éléments de preuve des difficultés rencontrées pour exécuter (Cass. 2^e civ., 10 févr. 2022, n° 19-18.578, inédit).

En outre, l'astreinte provisoire ou définitive peut être supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère (CPCE, art. L. 131-4. - Cass. 2^e civ., 17 juin 2021, n° 20-11.018 : *JurisData* n° 2021-010203). La valeur et la portée des éléments de fait et de preuve produits pour établir la cause étrangère relèvent de l'appréciation souveraine du juge (Cass. 2^e civ., 11 févr. 2021, n° 19-23.240 : *JurisData* n° 2021-001656).

Les dispositions prévues à l'article L. 131-4 du CPC exéc. permettaient déjà d'assurer un relatif équilibre des intérêts en présence. Le contrôle de proportionnalité fournira un moyen supplémentaire au juge pour y parvenir, ce qu'on ne peut qu'approuver.

Textes : CPC exéc., art. L. 131-4 ; Conv. EDH, Prot. n° 1, art. 1

Encyclopédies : Procédure civile, Fasc. 1500-85, par Yvon Desdevises et Nicolas Gerbay ; Voies d'exécution, Fasc. 221, par Yvon Desdevises et Nicolas Gerbay

Autres publications LexisNexis : Fiche pratique n° 223 : Obtenir et liquider une astreinte, par Coline Warin



Toute votre librairie en
Droit civil disponible
sur **boutique.lexisnexus.fr**

Pensez-y !



2186MD042-1 552 028 431 RCS PARIS ILLUSTRATION © PCH/VECTOIR / FREEMK



Actualités

ENTREPRISES

382

Bilan d'activité 2021 du Médiateur des entreprises

Médiateur des entreprises, rapp.,
15 mars 2022

Médiateur des entreprises, communiqué,
15 mars 2022

Le Médiateur des entreprises a présenté le 15 mars son bilan annuel, lors d'un point presse au ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance. Il est également revenu, lors de cette présentation, sur les 12 ans d'action de la Médiation des entreprises au service des acteurs économiques.

Avec plus de 5 200 sollicitations et demandes de médiations (contre 9 600 en 2020 et 2 342 en 2019), l'activité du Médiateur des entreprises est restée soutenue en 2021. Dans 7 médiations sur 10 un accord a pu être trouvé, démontrant le maintien de l'efficacité de cette approche dans le contexte d'une année charnière entre la sortie de crise et la relance de l'économie.

Sollicitations. - En 2021, le Médiateur des entreprises a traité 3 250 sollicitations (contre 6 075 en 2020). Un volume en baisse, mais toujours 3 fois plus élevé que celui de 2019. Près de la moitié de ces demandes a porté sur les mesures de soutien financier aux entreprises, confirmant le rôle du Médiateur des entreprises en matière d'information et d'orientation dans ce domaine. 30 % ont concerné des difficultés d'exécution contractuelle susceptibles de donner lieu à des médiations. Enfin, 25 % des demandes ont fait l'objet de réorientations vers d'autres structures de médiation, dont la Médiation du crédit.

Médiations. - Avec 2 025 demandes de médiations, contre 3 540 un an plus tôt, le niveau de saisines du Médiateur des entreprises est resté élevé en 2021. 98 % des demandes provenaient essentiellement des TPE/PME. Elles concernaient en particulier les entreprises de moins de 25 salariés, qui représentent 84 % de l'ensemble. Un niveau en hausse de 2 points par rapport à celui de 2020 et de 11 points par rapport à celui de 2019. La confirmation est ainsi apportée que les petites entreprises saisissent de plus en plus le Médiateur des entreprises.

Comme un an plus tôt, les services sont arrivés en tête des secteurs d'activité les plus saisis, suivis par le commerce et l'industrie. Avec 47 % des cas, les conditions de paie-

ment restent le premier motif de saisine du Médiateur des entreprises. Les différends liés aux paiements des loyers ont légèrement baissé en 2021 : 9,7 %, contre 11 % en 2020. Enfin, le volume des différends dans le cadre de la commande publique s'est établi à 296 cas, contre 411 en 2020 et 259 en 2019.

Lancement du « Parcours national des achats responsables ». - En mars 2021, le Médiateur des entreprises a remis à la secrétaire d'État chargée de l'Économie sociale, solidaire et responsable un rapport d'évaluation pour le développement du Label Relations fournisseurs et achats responsables. Dans le prolongement de ces travaux, un Parcours national des achats responsables a été lancé en octobre dernier en collaboration avec le Conseil National des Achats.

Soutien aux filières en forte croissance. - 3 nouvelles filières font désormais l'objet d'un accompagnement spécifique via les Médiations des filières : la cosmétique, le nucléaire et l'électronique ont rejoint la filière du bois, ferroviaire, agroalimentaire, liste complétée dernièrement par les filières aéronautique et automobile. Cet accompagnement facilite les relations entre acteurs d'une même filière grâce à l'identification des pratiques permettant d'améliorer ces relations. Il prévoit également la réalisation de sondages mesurant l'état des tensions entre les différents acteurs.

Publiés

383

JOURNAL OFFICIEL DU 17 AU 23 MARS 2022

Indices et taux

Avis relatif à l'indice des prix à la consommation

JO 17 mars

Indices et taux

Avis relatif aux index nationaux du bâtiment, des travaux publics et aux index divers de la construction (référence 100 en 2010) et à l'indice de réactualisation des actifs matériels dans la construction de décembre 2021

JO 17 mars

Propriété industrielle

D. n° 2022-196, 17 févr. 2022 relatif au transfert au directeur de l'Institut national de la propriété industrielle des décisions relatives aux autorisations et interdictions de divulgation et de libre exploitation des inventions (rectif.)

JO 19 mars

Publiés

384

ARRÊTS P DE LA COUR DE CASSATION DU 7 AU 13 MARS 2022

Banque - Obligation de mise en garde de la caution

Pour établir que le banquier dispensateur de crédit était tenu, à son égard, d'un devoir de mise en garde, la caution non avertie doit établir qu'à la date à laquelle son engagement a été souscrit, il existait un risque d'endettement né de l'octroi du prêt, lequel résultait de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur ; l'octroi du prêt sans disposer d'éléments comptables sur l'activité prévisionnelle de l'emprunteur ne dispense pas la caution d'établir l'inadaptation de ce prêt aux capacités financières de l'emprunteur

Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-16.277, B : JurisData n° 2022-003482 (Rejet)

Cautionnement - Caution solidaire

Doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner la caution au paiement des sommes dues par le locataire, retient que ce dernier se contente de prétendre ne pas être le scripteur de la mention manuscrite figurant dans le corps de l'acte sans pour autant en rapporter la preuve qui lui incombe ; en effet, en statuant ainsi, sans procéder à la vérification de l'écriture désavouée de l'acte dont elle a tenu compte, la cour d'appel a violé les 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, l'article 1373 du Code civil et les articles 287 et 288 du CPC

Cass. 3^e civ., 9 mars 2022, n° 21-10.619, B : JurisData n° 2022-003474 (Cassation)

Cautionnement - Subrogation

La caution, qui a payé la banque, est subrogée à tous ses droits de sorte que celle-ci n'a plus intérêt à solliciter de l'emprunteur la restitution du capital prêté par suite de la résolution du prêt affecté, en conséquence de celle du contrat de vente

Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2022, n° 19-19.392, B : JurisData n° 2022-003308 (Cassation partielle)

Cession de parts – Taux applicable

N'agit pas pour des besoins professionnels, au sens de l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier, le créancier personne physique qui, ayant cédé des parts lui appartenant dans le capital d'une société commerciale dont il est le gérant, agit en paiement du prix de cession

Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-11.845, B : JurisData n° 2022-003479 (Rejet)

Protection des consommateurs – Qualification

Au regard de la finalité professionnelle du contrat de formation, en partie financé par Pôle emploi, la personne bénéficiant de la formation ne peut être qualifiée de consommatrice

Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2022, n° 21-10.487, B : JurisData n° 2022-003333 (Rejet)

Protection des consommateurs – Compétence du tribunal de commerce

Après avoir énoncé que les contrats de vente et de crédit sont des actes de commerce lorsqu'ils ont pour finalité la revente totale de l'électricité produite par l'installation photovoltaïque et que les parties n'avaient pas entendu soumettre les contrats litigieux aux dispositions du Code de la consommation, la cour d'appel a décidé à bon droit que le tribunal de commerce était compétent pour connaître du litige

Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2022, n° 20-20.390, B : JurisData n° 2022-003269 (Rejet)

Société par actions simplifiée - Dirigeants sociaux

Les conditions de révocation des dirigeants d'une SAS étant, dans le silence de la loi, librement fixées par les statuts, en l'absence de dispositions des statuts conditionnant la révocation du dirigeant à l'existence de justes motifs, la révocation du directeur général de la SAS pouvait intervenir sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un juste motif

Note Julia Heinich à paraître

Cass. com., 9 mars 2022, n° 19-25.795, B : JurisData n° 2022-003481 (Rejet)



Portée
doctrinale

Note

CONTRATS ET OBLIGATIONS

385

L'accomplissement d'une condition suspensive n'est pas un acte d'exécution du contrat

Solution. – Dans cet arrêt, après avoir rappelé que la perpétuité de l'exception de nullité est mise en échec par le commencement d'exécution du contrat, la Cour de cassation a précisé que l'accomplissement d'une condition suspensive, à la réalisation de laquelle sont liées les obligations contractuelles, ne constitue pas un acte d'exécution de ces obligations. La solution est de bonne logique : la réalisation de la condition suspensive est un préalable à la production des effets du contrat. Ainsi, quand bien même le bénéficiaire de la condition aurait des actes matériels à accomplir afin que la condition suspensive se réalise, l'accomplissement de ces actes est distinct de l'exécution du contrat.

Impact. – La décision commentée permet aux praticiens de mieux cerner le périmètre de la perpétuité de l'exception de nullité. Si celle-ci cède en cas de commencement d'exécution du contrat, tel n'est pas le cas si une condition suspensive s'est accomplie. L'accomplissement d'une condition suspensive n'est, en effet, pas un acte d'exécution du contrat.

MATHIAS LATINA, professeur de droit privé
université Côte d'Azur CERDP

Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-14.010, B : JurisData n° 2022-000420

V. aussi JCP G 2022, doctr. 257, obs.
Y.-M. Serinet

Position du problème. – Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 janvier 2022, la Cour de cassation a eu à connaître d'une promesse de cession des parts sociales d'une SARL. Ladite promesse avait été conclue sous la condition suspensive que la SARL rembourse aux cédants le solde créditeur en faveur de ces derniers. Au cessionnaire, qui faisait valoir le caractère parfait de la cession, les cédants opposèrent, notamment, la nullité du contrat pour vil prix. La cour d'appel jugea qu'il n'était plus temps d'invoquer, même par voie d'exception, la nullité du contrat. Selon cette dernière, la perpétuité de l'exception de nullité ne valait que face à un acte n'ayant pas fait l'objet d'un commencement d'exécution. Or, en l'espèce, les juges du fond décidèrent que le remboursement des comptes courants par la société cédée, qui matérialisait l'accomplissement de la condition suspensive, valait exécution de la promesse de cession. Cette décision, rendue sous l'empire des anciens textes du Code civil, a été censurée par la Cour de

cassation dans l'arrêt commenté. Les hauts magistrats ont profité de l'occasion qui leur était donnée, d'une part, pour rappeler « *qu'après l'expiration du délai de prescription de l'action en annulation d'un acte, l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ou n'a pas reçu un commencement d'exécution* ». D'autre part, la Cour de cassation, dans un attendu ciselé, a précisé « *qu'une condition suspensive fait dépendre l'obligation souscrite d'un événement futur et incertain mais ne constitue pas l'objet de l'obligation, de sorte que la réalisation de la condition ne constitue pas l'exécution, même partielle, de cette obligation et ne peut, par suite, faire échec au caractère perpétuel d'une exception de nullité* ».

Ce faisant, les hauts magistrats ont, dans un premier temps, rappelé les conditions de la perpétuité de l'exception de nullité (1) et, dans un second temps, justement distingué

entre l'accomplissement d'une condition suspensive et l'exécution du contrat (2).

1. Les conditions de la perpétuité de l'exception de nullité

Le domaine de la perpétuité de l'exception de nullité. – L'action en nullité, qu'elle soit relative ou absolue, se prescrit par 5 ans à compter du jour où le contractant a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'agir (C. civ., art. 2224). Tant que la prescription n'est pas acquise, la nullité peut être sollicitée par voie d'action ou d'exception, dans les mêmes conditions. Autrement dit, tant que l'action en nullité n'est pas prescrite, la nullité peut être opposée par voie d'exception, quand bien même le contrat aurait été totalement ou partiellement exécuté. Le critère du commencement d'exécution, évoqué par l'arrêt commenté, n'est en effet pertinent qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité (Cass.

LA COUR – (...)

Et sur le moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche
Enoncé du moyen

• 7. M. [J] et les sociétés Blace finance, Agena, Anne de France, Du bois fleuri, Hôtel de [Localité 12], et [Localité 11] Hôtel font grief à l'arrêt de déclarer la société A7 Management recevable et fondée en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession au 3 septembre 2010, de confirmer le jugement sur ce point et en ce qu'il ordonne à M. [J] et à la société Blace Finance d'acter ce transfert de parts et de remettre à A7 Management sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai de 15 jours suivant la signification du jugement, les actes de cession portant sur ces parts, établis au nom de A7 Management, et de dire parfaite, à la date du 3 septembre 2010, la cession des parts de la société Sehb, objet de la promesse signée le 5 mai 2000 (...)

Réponse de la Cour

Vu les articles 1168 et 1304 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

- 8. Il résulte de ces textes qu'après l'expiration du délai de prescription de l'action en annulation d'un acte, l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ou n'a pas reçu un commencement d'exécution.
- 9. Pour déclarer irrecevable l'exception de nullité opposée par M. [J] et la société Blace finance, l'arrêt constate qu'il a été procédé au règlement des comptes courants et que ce règlement correspond à deux des conditions suspensives prévues dans la promesse. Il en déduit que les paiements intervenus pour solder les créances de comptes courants visées à l'acte s'analysent en un commencement d'exécution de la promesse, peu important que le débiteur de cette obligation soit la société Sehb, dès lors que ce règlement conditionnait le transfert des parts.
- 10. En statuant ainsi, alors qu'une condition suspensive fait dépendre l'obligation souscrite d'un événement futur et incertain mais ne constitue pas l'objet de l'obligation, de sorte que la réali-

sation de la condition ne constitue pas l'exécution, même partielle, de cette obligation et ne peut, par suite, faire échec au caractère perpétuel d'une exception de nullité, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

- 11. L'examen de la validité de la cession étant préalable à celui de son opposabilité, il s'ensuit que ne peuvent être maintenues les dispositions de l'arrêt qui, après avoir dit que la société A7 Management était recevable et fondée en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession de parts litigieuse au 3 septembre 2010, ont déclaré la cession inopposable à la société Sehb et aux personnes ayant souscrit aux augmentations de capital de cette dernière après cette date.
- 12. La cassation prononcée entraîne donc celle des dispositions de l'arrêt qui ont statué sur l'opposabilité de la cession et ses conséquences, ce qui rend sans objet l'examen du deuxième moyen du pourvoi principal.

Par ces motifs, (...):

- Casse et annule, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevable la saisine de la cour de renvoi à l'égard de la société Techniques et Management hôteliers, en ce qu'il dit la société A7 Management recevable et fondée en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession au 3 septembre 2010 et condamne la société A7 Management à payer à M. [J] et à la société Blace finance le prix de cession, en ce qu'il dit que la cession de parts n'est pas opposable à la société Sehb ainsi qu'aux personnes ayant souscrit aux augmentations de capital, et en ce qu'il dit que la société A7 Management est irrecevable à agir en annulation des augmentations de capital réalisées dans le cadre du plan de redressement et à exercer l'action sociale, l'arrêt rendu le 7 janvier 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; (...) renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ; (...)

M. Guérin, cons. doyen ff prés., M. Ponsot, cons.-rapp., M^{me} Graff-Daudret, cons. ; SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Foussard et Froger, av.

1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761 : *JurisData* n° 1998-004599 ; JCP G 1999, I, *doctr.* 171, *obs.* M. Fabre-Magnan ; DEF 30 mars 1999, n° 36953-11, p. 364, *obs.* J.-L. Aubert ; RTD civ. 1999, p. 621, *obs.* J. Mestre). C'est dire que la perpétuité de l'exception de nullité n'a d'intérêt qu'à compter de l'acquisition de la prescription de l'action, l'exception survivant à l'action. La perpétuité de l'exception de nullité a, en effet, pour but de faire échec à la mauvaise foi d'un contractant qui attendrait l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité avant de solliciter l'exécution du contrat.

La condition de l'absence d'exécution du contrat. – La Haute juridiction (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-17.761 : *JurisData* n° 1998-004599 ; Bull. civ. I, n° 338 ; JCP G 1999, I, 171, n° 2, *obs.* M. Fabre-Magnan ; Defrénois 1999, art. 36953, p. 364, *obs.* J.-L. Aubert ; RTD civ. 1999, p. 621, *obs.* J. Mestre) et, depuis la réforme du droit des obligations de 2016 (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016), le Code civil (C. civ., art. 1185), limite alors la perpétuité de l'exception de nullité aux contrats qui n'ont pas été exécutés ou qui n'ont pas reçu un commencement d'exécution. La justification de cette condition est mystérieuse. Dans un premier mouvement de l'esprit, elle pourrait être trouvée dans la notion de confirmation : en exécutant le contrat, les contractants auraient renoncé à leur droit de critiquer l'acte aussi bien par voie d'action que par voie d'exception (C. civ., art. 1182). Toutefois, cette explication est démentie par le droit positif. En effet, la nullité absolue, qui n'est pas susceptible d'être confirmée, devrait toujours pouvoir être soulevée par voie d'exception, indépendamment de l'exécution du contrat, au contraire de ce que décide la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 24 avr. 2013, n° 11-27.082 : *JurisData* n° 2013-007872 ; LEDC juin 2013, n° 83, p. 1, *obs.* O. Sabard ; RTD civ. 2013, p. 596, *obs.* H. Barbier. – V. aussi Cass. 3^e civ., 16 mars 2017, n° 16-13.063 : *JurisData* n° 2017-004631). En outre, encore faudrait-il vérifier que celui qui a exécuté le contrat l'a fait en connaissance du vice qui l'affectait, ce que la jurisprudence ne fait pas. Enfin, il faudrait distinguer selon que le contrat a été exécuté par celui qui oppose la nullité ou par celui qui tente de se prévaloir du contrat. Ce n'est en effet que dans la première hypothèse que l'on pourrait soutenir que l'exception de nullité n'a plus lieu

d'être, le contractant opposant la nullité y ayant renoncé en exécutant volontairement le contrat. Toutefois, ni la jurisprudence, ni la loi ne distinguent selon que le contrat a été exécuté par tel ou tel contractant.

Critique de la condition d'absence d'exécution du contrat. – La condition d'absence d'exécution est pourtant critiquable. On se souvient en effet que la perpétuité de l'exception a pour but de déjouer la manœuvre de celui qui attendrait l'acquisition de la prescription pour réclamer l'exécution du contrat, l'autre ne pouvant alors plus lui opposer la nullité. Grâce à la condition d'absence d'exécution du contrat, il suffira au contractant *turpis* de commencer à exécuter, puis de rester passif, pour neutraliser la perpétuité de l'exception. La solution est d'autant plus gênante que la Cour de cassation se refuse à distinguer entre les obligations exécutées. Peu importe en effet que l'obligation ayant commencé à être exécutée soit essentielle ou accessoire. Dans un arrêt du 13 mai 2014 (Cass. com., 13 mai 2014, n° 12-28.013 et 12-28.654 : *JurisData* n° 2014-010047), la Cour de cassation a, par exemple, décidé que l'emprunteur, qui n'avait effectué aucun remboursement, mais qui avait hypothéqué son immeuble, comme promis dans le prêt, avait commencé à exécuter le contrat. Les magistrats semblent uniquement distinguer entre les obligations contractuelles et les obligations légales, l'exécution des secondes n'étant pas susceptible de faire échec à la perpétuité de l'exception (Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447 : *JurisData* n° 2015-007651 ; JCP G 2015, 652, *note* M. Séjean ; LEDC juin 2015, n° 90, p. 5, *obs.* S. Pellet).

Toujours est-il, qu'en l'espèce, si la Cour de cassation a repris sa jurisprudence traditionnelle, aujourd'hui gravée dans le marbre de la loi, elle a distingué entre l'exécution du contrat et l'accomplissement d'une condition suspensive, ce qui éclaire opportunément la notion de condition.

2. La distinction entre accomplissement d'une condition suspensive et exécution du contrat

Objet de la condition suspensive. – La réalisation d'une condition suspensive est-elle un acte d'exécution du contrat ? Les juges du fond avaient cru devoir répondre à cette question par l'affirmative. Le pourvoi contestait leur décision au motif que « la

condition suspensive est étrangère à l'exécution du contrat dès lors qu'elle concerne sa formation ». Que l'accomplissement d'une condition suspensive ne soit pas un acte d'exécution est une chose. Affirmer qu'elle concerne la formation du contrat en est une autre. Or, précisément, une condition suspensive n'affecte pas la formation du contrat (M. Bleusez, *La perfection du contrat* : th. Paris 2, 2021). Un contrat conclu sous condition suspensive est un contrat parfait, du point de vue de sa formation. Si le contrat n'était pas encore formé, comment expliquerait-on que les parties ne puissent pas s'en délier ? De même, comment justifierait-on que le bénéficiaire de la condition suspensive, qui a fait défaillir celle-ci, puisse être sanctionné par le réputé accompli (C. civ., art. 1304-3) ? S'il en est ainsi, c'est parce que le contrat conclu sous condition suspensive est d'ores et déjà formé et donc soumis à la force obligatoire et à l'exigence de bonne foi, ces deux normes étant supra-contractuelles.

Situation hybride. – La situation, *pendente conditione*, c'est-à-dire avant que la condition ne se réalise ou ne défaille, est donc une situation hybride. Les parties, d'ores et déjà contractantes, ne sont pas encore créancière et débitrice l'une de l'autre, faute pour le contrat d'avoir produit ses effets. D'une part, parce qu'elles sont d'ores et déjà contractantes, les parties ne peuvent pas se soustraire unilatéralement à leur engagement et doivent œuvrer à la réalisation de la condition. D'autre part, parce qu'elles ne sont pas encore créancières et débitrices l'une de l'autre, elles ne peuvent pas réclamer l'exécution du contrat. Un contrat conclu sous condition suspensive est donc un contrat stérile, c'est-à-dire un contrat qui n'est pas encore en mesure de produire ses effets spécifiques. Si la condition suspensive se réalise, le contrat produira ses effets, sans rétroactivité depuis la réforme du droit des obligations de 2016 (C. civ., art. 1304-6). Au contraire, si elle défaille, le contrat sera frappé de caducité puisqu'il sera devenu certain qu'il ne produira jamais aucun effet.

Neutralisation des effets du contrat. – La Cour de cassation n'a, heureusement, pas repris à son compte l'affirmation du pourvoi. En effet, elle s'est contentée d'énoncer « qu'une condition suspensive fait dépendre l'obligation souscrite d'un événement futur

et incertain mais ne constitue pas l'objet de l'obligation ». Lier condition et obligation n'est, certes, pas nécessairement pertinent. Une condition suspensive bloque tous les effets du contrat et pas uniquement la création des obligations. Si l'on reprend la distinction de l'arrêt Les Maréchaux du 10 juillet 2007 (Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768 : *JurisData* n° 2007-040143), un contrat conclu sous condition suspensive n'engendre pas plus de « *droits et d'obligations* » que de « *prérogatives contractuelles* », *pendente conditione*. Aucun des effets spécifiques du contrat ne se produit, ce qui explique, en particulier, que les obligations contractuelles n'existent pas encore. On peut ainsi regretter que les hauts magistrats n'aient pas précisé que la condition suspensive faisait dépendre la naissance de l'obligation d'un événement futur et incertain. Une partie de la doctrine considère en effet que l'obligation conditionnelle est une obligation imparfaite, un « *germe d'obligation* » selon l'expression consacrée. Le Code civil, dans sa version issue de la réforme de 2016, semble d'ailleurs accréditer cette conception. L'article 1304-6 du Code civil, alinéa 3, n'énonce-t-il pas qu'« *en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* » ? Or, s'il faut réputer, par une fiction, que l'obligation n'a jamais existé, n'est-ce pas parce qu'elle existait déjà avant la défaillance de la condition ? Pourtant, ce germe d'obligation, dont personne n'a jamais su donner les contours, n'a pas d'intérêt. L'ensemble des effets du contrat, *pendente conditione*, peut fort bien être expliqué par l'existence d'un lien contractuel, doté de force obligatoire, force obligatoire que l'on ne peut plus confondre, depuis les travaux de Pascal Ancel, avec le contenu obligationnel du contrat (P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* : RTD civ. 1999, p. 771). En définitive, un contrat conclu sous condition suspensive est un contrat formé, doté de force obligatoire, mais dépourvu, notamment, de contenu obligationnel.

Réalisation de la condition : préalable à l'efficacité du contrat. – Si la condition suspensive n'affecte pas la formation du

contrat, son accomplissement ne constitue pourtant pas un acte d'exécution. En effet, l'accomplissement de la condition est la condition *sine qua non* de la production des effets du contrat, au premier rang desquels figure la production d'obligation. En somme, pour que le débiteur puisse exécuter le contrat, encore faut-il que son obligation existe, ce qui ne se produira que si la condition se réalise. C'est ce qu'affirme, à raison, la Cour de cassation lorsqu'elle énonce « *qu'une condition suspensive fait dépendre l'obligation souscrite d'un événement futur et incertain mais ne constitue pas l'objet de l'obligation de sorte que la réalisation de la condition ne constitue pas l'exécution, même partielle, de cette obligation* ». La confusion des juges du fond provient du fait que le bénéficiaire d'une condition suspensive doit, le plus souvent, accomplir des actes matériels afin que la condition s'accomplisse. Il n'y a, en effet, que les conditions casuelles, dont la réalisation dépend d'événement radicalement hors de la portée des contractants, tel s'il fait beau demain ou si le Premier ministre démissionne, qui dispensent le bénéficiaire de toute démarche positive. Or, la plupart des conditions sont mixtes, qui dépendent, pour partie, du bénéficiaire et, pour partie, de circonstances indépendantes de sa volonté. Par exemple, pour obtenir un prêt ou un permis de construire, encore faut-il le demander.

Fausseté de la condition potestative. – Chacun sait que la jurisprudence, mal aiguillée par la doctrine classique, a longtemps cru qu'il fallait mesurer le pouvoir du bénéficiaire de la condition sur la réalisation de l'événement, afin de sanctionner les conditions dites « *potestatives* » ou « *purement potestatives* » (V. M. Latina, *Essai sur la notion de condition* : LGDJ, 2009, spéc. 294 s.). Aujourd'hui, on ne trouve plus guère de trace de cette sanction en droit positif. Peu importe que le bénéficiaire de la condition maîtrise largement l'accomplissement. Après tout, une forte probabilité de réalisation d'un événement n'est pas une certitude. Dès lors, plutôt que de sanctionner, *a priori*, la condition sur la base d'un critère évanescant (la plus ou moins grande maîtrise du bénéficiaire sur l'événement), la

jurisprudence a préféré sanctionner, *a posteriori*, le bénéficiaire par le réputé accompli s'il s'avère qu'il a fait en sorte que la condition défaille, contrairement à la bonne foi (V. S. Gjidara, *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 vers l'article 1178 du Code Civil* : LPA 21 et 22 juin 2000, n° 123 et 124, p. 4 s. – C. civ., art. 1304-3). C'est dire que le maintien, à l'article 1304-2 du Code civil, de la nullité de « *l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* » est contestable, tant le contenu de cette condition « *potestative* », qui ne dit plus son nom, est creux. Même la condition « *si je mets mon chapeau* » n'est pas potestative, le juge devant vérifier, en cas de défaillance de celle-ci, si le bénéficiaire a bien tenté de le porter...

Accomplissement de la condition et cohérence. – Comme cela a été démontré (D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle* : PUAM, 2001, spéc. n° 301 s.), accomplir les actes nécessaires à l'accomplissement de la condition, c'est respecter un principe de cohérence : le bénéficiaire de la condition, engager dans un contrat d'ores et déjà formé, ne peut plus ne pas vouloir l'accomplissement de la condition. Il doit mettre le hasard en mesure de jouer. Quoi qu'il en soit, mettre en mesure le hasard de jouer ne revient pas à exécuter le contrat. Il s'agit d'une étape préalable à la production des effets du contrat, de sorte que la réalisation d'une condition suspensive, même si elle dépend de l'accomplissement d'actes matériels de la part de son bénéficiaire, ne revient pas à exécuter le contrat.

Textes : C. civ., art. 1168, 1304, *réd. ant.* à celle issue de Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016

Encyclopédie : Civil Code, Art. 1304 à 1304-7, Fasc. 30, par Jean-Jacques Taisne ; Civil Code, Art. 1347 à 1348-2, Fasc. 10, par Didier R. Martin et Lionel Andreu



Actualités

CONTRAT D'APPRENTISSAGE

386

Quelle indemnisation de l'apprenti en cas de rupture unilatérale du contrat d'apprentissage par l'employeur hors cas légaux ?

Gilles Dedessus-Le-Moustier, maître de conférences HDR, faculté de droit et de science politique de Rennes, IODE

Cass. soc., 16 mars 2022, n° 19-20.658, B : JurisData n° 2022-003714

La rupture par l'employeur d'un contrat d'apprentissage hors des cas prévus par l'article L. 6222-18 du Code du travail étant sans effet, l'apprenti est fondé à prétendre au paiement des salaires dus jusqu'au terme du contrat, lesquels ouvrent droit au paiement des congés payés afférents.

Le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type très particulier, tant dans ses conditions de formation que dans ses modes de rupture. Ainsi, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, l'article L. 6222-18 du Code du travail précise que le contrat d'apprentissage peut être rompu par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage. Passé ce délai, la rupture du contrat, pendant le cycle de formation, ne peut intervenir que sur accord écrit signé des deux parties. À défaut, la rupture du contrat conclu pour une durée limitée ou, pendant la période d'apprentissage, du contrat conclu pour une durée indéterminée, ne peut être prononcée que par le conseil de prud'hommes, statuant en la forme des référés, en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer. La rupture du contrat d'apprentissage peut se révéler délicate. Cela est d'autant plus vrai qu'elle peut s'effectuer, comme dans l'arrêt rapporté, dans

un contexte de liquidation judiciaire (*T. Métey, La place de l'AGS dans les procédures collectives : Rev. proc. coll. 2008, entretien 1*). Deux questions essentielles se posent alors. Quel est le montant des indemnités fixées ? Et sont-elles prises en charge par l'AGS ?

Il ressort de cet arrêt rendu, en formation plénière de chambre, deux enseignements principaux. D'une part, il souligne qu'en cas de rupture unilatérale par l'employeur du contrat d'apprentissage interve-

nue hors les cas prévus par l'article L. 6222-18 du Code du travail, l'apprenti peut prétendre au paiement des salaires dus jusqu'au terme du contrat, lesquels ouvrent droit au paiement des congés payés afférents. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel, excluant lesdits congés payés de la somme versée à l'apprenti au motif de son caractère indemnitaire, a violé l'article L. 6222-18 du Code du travail. D'autre part, il rappelle que,

sur le fondement des articles L. 625-1, alinéa 2 et L. 625-6 du Code de commerce et les articles L. 3253-8, 1° et L. 3253-15 du Code du travail, l'AGS doit garantir les sommes dues au salarié, sommes portées sur le relevé complémentaire établi à la suite de la décision de la juridiction prud'homale rendue après la clôture de la liquidation judiciaire. Ainsi, le raisonnement des juges d'appel conduisant à exclure de la garantie AGS les sommes dues à l'apprenti en raison de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire est logiquement censuré (*V. également : Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 18-18.943*).

« La rupture du contrat d'apprentissage peut se révéler délicate. »

en bref

L'Assurance maladie active ses dispositifs d'accès aux droits et aux soins auprès des Ukrainiens

À situation exceptionnelle, réponse exceptionnelle. Étant rappelé au préalable que les personnes résidant en Ukraine qui viennent se réfugier en France bénéficient d'un statut de « protection temporaire » à leur arrivée sur le territoire fran-

çais, l'Assurance maladie « déploie ses dispositifs d'accompagnement à l'accès aux droits pour permettre la prise en charge immédiate de leurs frais de santé ».

Compte tenu de l'urgence et de la précarité de la situation de ces

familles, le Gouvernement « a souhaité que les réfugiés ukrainiens puissent bénéficier, dès leur arrivée en France, de la protection universelle maladie et de la Complémentaire santé solidaire ». Par ailleurs, « les droits à la protec-

tion universelle maladie des ressortissants ukrainiens résidant en France et dont le titre de séjour a expiré seront automatiquement prolongés » (*Ameli, actualités, 17 mars 2022*).

Publiés

387

JOURNAL OFFICIEL DU 17 AU 23 MARS 2022

Accidents du travail et maladies professionnelles

JO 22 mars

A. 14 mars 2022 modifiant l'arrêté du 24 décembre 2021 relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles pour l'année 2022

Chômage-Emploi

JO 19 mars

D. n° 2022-386, 18 mars 2022 modifiant le décret n° 2021-1405 du 29 octobre 2021 instituant une aide financière exceptionnelle en faveur de certains demandeurs d'emploi

Conseil des prud'hommes

JO 20 mars

A. 14 mars 2022 portant attribution des sièges de conseillers prud'hommes pour le mandat prud'homal 2023-2025

Conseil des prud'hommes

JO 20 mars

A. 9 mars 2022 fixant le calendrier de dépôt des candidatures à la fonction de conseiller prud'homme pour le mandat prud'homal 2023-2025

Pôle Emploi

JO 20 mars

D. n° 2022-392, 18 mars 2022 relatif aux modalités d'habilitation et de désignation des agents de Pôle Emploi à accéder aux informations issues du fichier des contrats de capitalisation et d'assurance-vie (FICOVIE)

Santé au travail

JO 17 mars

D. n° 2022-372, 16 mars 2022 relatif à la surveillance post-exposition, aux visites de préreprise et de reprise des travailleurs ainsi qu'à la convention de rééducation professionnelle en entreprise

Santé au travail

JO 20 mars

D. n° 2022-395, 18 mars 2022 relatif au document unique d'évaluation des risques professionnels et aux modalités de prise en charge des formations en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail par les opérateurs de compétences

Sécurité sociale

JO 18 mars

D. n° 2022-383, 17 mars 2022 relatif au recours administratif préalable obligatoire applicable aux régimes spéciaux de la sécurité sociale

Publiés

388

ARRÊTS P DE LA COUR DE CASSATION DU 7 AU 13 MARS 2022

Institutions représentatives du personnel - Consultations récurrentes

Cass. soc., 9 mars 2022, n° 20-19.974, B : JurisData n° 2022-003228 (Cassation sans renvoi)

Nonobstant les dispositions de l'article L. 2316-20 du Code du travail suivant lesquelles le comité social et économique d'établissement a les mêmes attributions que le comité social et économique central dans la limite des pouvoirs confiés au chef de cet établissement, dès lors qu'un accord d'entreprise réserve les consultations récurrentes au seul comité social et économique central, un comité social et économique d'établissement ne peut procéder à la désignation d'un expert à cet égard

Licenciement pour faute grave - Procédure

Cass. soc., 9 mars 2022, n° 20-20.872, B : JurisData n° 2022-003229 (Rejet)

L'écoulement du délai de 4 semaines pour engager la procédure de licenciement après la connaissance des faits, ne peut avoir pour effet de retirer à la faute son caractère de gravité dès lors que la salariée, dont le contrat de travail était suspendu depuis plusieurs mois, était absente de l'entreprise

Licenciement - Motif

Cass. soc., 9 mars 2022, n° 20-17.005, B : JurisData n° 2022-003227 (Cassation partielle)

C'est le motif de la rupture mentionné dans la lettre de licenciement qui détermine le caractère disciplinaire ou non du licenciement, peu important la proposition faite par l'employeur d'une rétrogradation disciplinaire, impliquant une modification du contrat de travail refusée par le salarié. Est par suite cassé l'arrêt qui, pour juger sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour insuffisance professionnelle, faisant suite à une proposition de rétrogradation disciplinaire que le salarié a refusée, retient que l'employeur n'a pas souhaité demeurer sur le terrain disciplinaire

Protection sociale – Maintien de la prévoyance complémentaire

Cass. 2° civ., 10 mars 2022, n° 20-20.898, B : JurisData n° 2022-003293 (Rejet)

L'institution de prévoyance ayant résilié le contrat dans le délai de 3 mois de la liquidation judiciaire de l'employeur, à compter de la prise d'effet de cette résiliation prévue par la loi, les garanties ouvertes ont pris fin pour n'être plus en vigueur dans l'entreprise ; le liquidateur ayant librement choisi d'assurer le maintien de la couverture dont bénéficiaient les salariés de la société licenciés, le paiement volontaire des cotisations dues au-delà de la date de résiliation ne peut être assimilé à un paiement indu



Actualités

ACTES ADMINISTRATIFS

389

Le droit de dérogation du préfet n'est pas contraire au principe d'égalité

CE, 21 mars 2022, n° 440871, Assoc. Les amis de la Terre France : Lebon

Lucienne Erstein, conseiller d'État honoraire

Le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 qui autorise le préfet à déroger localement, par des décisions non réglementaires, à des « normes arrêtées par l'Administration », frise la perfection au regard du principe d'égalité devant la loi (V. G. Eckert, *Le droit de dérogation reconnu au Préfet* : JCP A 2021, 2002). Ses justifications sont louables : un motif d'intérêt général et des circonstances locales incitant à la dérogation. Un champ strictement limité des objectifs poursuivis - allègement des démarches administratives, réduction des délais de procédure ou meilleur accès aux aides publiques -, comme des matières dans lesquelles il peut être dérogé. L'ensemble entouré de garde-fous efficaces. Ainsi, la dérogation ne peut méconnaître les normes juridiques supérieures, ni porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens. La norme elle-même à laquelle il peut être dérogé doit néanmoins être respectée dans ses objectifs, qui ne doivent pas en être affectés d'une

manière disproportionnée. Et, bien entendu, ce pouvoir d'exception ne doit pas permettre au préfet de traiter différemment des situations locales analogues. Si l'on y ajoute le contrôle du juge administratif sur le respect de l'étendue des prérogatives ainsi conférées et les modalités de leur mise en œuvre, les critiques ne pouvaient être que balayées tant au regard du principe d'égalité que, notamment, du principe de clarté et d'intelligibilité de la norme ou du principe de sécurité juridique.

Finalement, la présente décision reprend la réponse apportée aux critiques formulées à l'encontre du décret expérimental du 29 décembre 2017 (D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017), qui fut le prélude du texte aujourd'hui attaqué. Le juge administratif avait notamment apprécié la précision des conditions de mise en œuvre de l'expérimentation, comme de la désignation des matières concernées et des objectifs recherchés (CE, 17 juin 2019, n° 421871, Assoc. Les amis de la Terre France : JurisData n° 2019-010368 ; Lebon, p. 208 ; JCP A 2019, act. 420, obs. C. Friedrich ; JCP A 2019, 2348, note J.-S. Boda).

LOGEMENT

390

Niveau de qualité de logements à respecter pour bénéficier du maintien des taux de la réduction « Pinel » en faveur de l'investissement « Duflot »

D. n° 2022-384, 17 mars 2022 : JO 18 mars 2022

Le décret n° 2022-384 du 17 mars 2022 a pour objet de définir, pour la France métropolitaine, les critères du niveau de qualité en matière de performance énergétique et environnementale prévu au II de l'article 168 de la loi de finances pour 2021, au regard de la RE 2020 et de la nouvelle méthode de détermination du diagnostic de performance énergétique (DPE), qui permettent de bénéficier du maintien des taux de la réduction d'impôt Pinel pour les logements acquis ou construits par les contribuables en 2023 et 2024.

Pour les logements que le contribuable acquiert en 2023 et 2024 dans le cadre d'une opération de construction, ou qu'il fait construire et qui font l'objet d'un dépôt de demande de permis de construire ces mêmes années (CGI, art. 199 novovicies, l,

B, 1°), le décret définit des niveaux de performance énergétique et environnementale minimale à respecter, fondés sur les exigences de la RE 2020 qui entreront en vigueur en 2025.

Pour ces mêmes logements que le contribuable acquiert en 2024, ou, pour ceux qu'il fait construire et qui font l'objet d'un dépôt de demande de permis de construire en 2024, il est ajouté un critère de performance énergétique et environnementale complémentaire : le respect d'une classe A du DPE au sens de l'article L. 173-1-1 du CCH.

Par dérogation, pour les logements acquis en 2023 et 2024 dans le cadre d'une opération de construction dont la demande de permis de construire a été déposée avant le 1er janvier 2022, date d'entrée en vigueur de la réglementation environnementale des nouvelles constructions de bâtiments (RE 2020), des dispositions spécifiques sont toutefois prévues : elles supposent le respect des critères fondés sur le référentiel E+C- utilisé pour préfigurer la RE 2020 et d'une classe A du DPE au sens de l'article L. 173-1-1 du CCH. Pour les logements acquis par les contribuables en 2023 et 2024 dans le cadre d'une opération autre qu'une opération de construction, et pour laquelle par conséquent ni la RE 2020 ni le référentiel E+C-

ne sont applicables au bâtiment, le respect d'une classe A ou B du DPE au sens de l'article L. 173-1-1 du CCH est exigé.

Le décret prévoit enfin les critères de qualité d'usage et de confort à respecter en France métropolitaine pour l'application du II de l'article 168 de la loi de finances pour 2021.

LOGEMENT

391

Le rapport d'évaluation de la loi Élan

AN, rapp. n° 5121, 23 févr. 2022

La loi dite « Élan » (L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018) a eu pour objectif de dynamiser le secteur de la construction et de la création de logements. En application de l'article 145-7 du règlement de l'Assemblée nationale, la commission des affaires économiques a décidé de créer une commission d'évaluation de ce texte. Il en résulte un important rapport d'information.

Ce rapport rappelle que 9 ordonnances ont été prises en application de cette loi. Deux sont restées lettres mortes : l'une habilitait le Gouvernement à adopter la partie législative d'un code relatif à la copropriété des immeubles bâtis et l'autre à définir un ré-

gime d'agrément des prestataires assistant les propriétaires et les locataires.

La loi Élan et l'urbanisme. – Sur le plan des réussites au moins partielles, le rapport relève la modernisation des schémas de cohérence territoriale (SCoT). À l'inverse, le rapport se montre plus réservé sur les dispositions relatives à la loi littorale. Il relève que la majorité des acteurs auditionnés considère comme insuffisant le système mis en place et qu'ils appellent de leurs vœux l'adoption d'un texte spécifique sur l'urbanisme littoral. Certaines mesures dites de simplification font l'objet d'un bilan en demi-teinte. L'objectif de la loi Élan a été de construire davantage « sans aggraver l'étalement urbain et l'artificialisation des sols », tout en ne portant pas atteinte à la qualité de la construction. Le rapport relève que cela conduit à l'adoption de nouvelles normes qui alourdissent les règles d'urbanisme. Mais à l'inverse, il relève que la loi Élan a permis une certaine simplification et accélération des

procédures d'urbanisme.

Parmi les créations de la loi Élan, figure l'opération de revitalisation de territoire (ORT) dont l'objectif est de permettre la mise en œuvre d'un projet de territoire. Il s'agirait de l'une des avancées les plus réussies. Le rapport relève que 278 conventions ont été signées relevant « un succès particulièrement prononcé dans les villes éligibles aux programmes Action Cœur de villes et petites villes de demain ». La recherche d'un urbanisme de meilleure qualité passait également par des dispositions relatives aux implantations de grandes surfaces. Les règles applicables en la matière ont été renforcées par la loi dite « Climat et résilience ».

La loi Élan et le logement. – Un autre objectif de la loi Élan était de permettre une augmentation du nombre des logements. Le succès n'a pas été pour le moment au rendez-vous. Parmi les mesures qui n'ont pas connu le succès escompté, on peut citer le bail mobilité dont l'objectif était de donner une certaine flexibilité au bailleur et d'ainsi fa-

ciliter l'accès au logement des étudiants et des personnes en mobilité professionnelle. Là encore, le rapport indique qu'il est nécessaire d'attendre avant de pouvoir véritablement apprécier ce nouveau système. Il en va de même du regroupement des bailleurs sociaux.

L'un des dispositifs les plus médiatiques de la loi Élan a été de prévoir un dispositif d'encadrement des loyers. Ce mécanisme a été prolongé par loi dite « 3DS ». Là encore, il serait trop tôt pour en mesurer l'impact réel, surtout compte tenu de son extension progressive dans certaines villes.

Parmi les succès figure la garantie Visale. Son objectif est de permettre à des personnes de moins de 30 ans et à des salariés à faible revenu de bénéficier d'une caution de la part de l'organisme Action Logement. Plus de 600 000 contrats ont été conclus depuis son lancement. La seule limite avancée à l'encontre de ce système tient à ce qu'il est insuffisamment connu.

Publiés

392

JOURNAL OFFICIEL DU 17 AU 23 MARS 2022

Conseil d'État

JO 19 mars

D. n° 2022-387, 18 mars 2022 prolongeant l'expérimentation au Conseil d'État des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction (V. dans ce numéro JCP G 2022, prat. 409)

Lanceurs d'alerte

JO 22 mars

L. org. n° 2022-400, 21 mars 2022 visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte (Aperçu rapide E. Supiot et C. Noiville à paraître)

Lanceurs d'alerte

JO 22 mars

L. n° 2022-401, 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (Aperçu rapide E. Supiot et C. Noiville à paraître)

Logement

JO 18 mars

D. n° 2022-384, 17 mars 2022 relatif au niveau de qualité des logements résultant de l'application en France métropolitaine de l'article 168 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021 (V. dans ce numéro JCP G 2022, act. 390)

Livret citoyen

JO 20 mars

A. 4 févr. 2022 portant approbation du livret du citoyen mentionné à l'article 37 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française

Publiés

393

ARRÊTS A DU CONSEIL D'ÉTAT ET P DE LA COUR DE CASSATION DU 7 AU 13 MARS 2022

Collectivités territoriales – Régime des biens

CE, 11 mars 2022, n° 454076

Une statue de la Vierge, réalisée en 2014 à l'initiative de personnes privées qui ont assuré son financement, a été installée sur une parcelle appartenant à une commune. Alors même que des processions partant de l'église communale convergent traditionnellement lors des cérémonies de la Pentecôte vers une ancienne croix romaine qui y est implantée, cette parcelle ne saurait être regardée comme constituant par elle-même un édifice servant au culte au sens de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905. À supposer que l'emplacement puisse être qualifié de « dépendance immobilière nécessaire » de l'église, il pourrait seulement en résulter, à condition qu'il y ait un lien fonctionnel entre cette dépendance et l'église, une soumission de cet emplacement au même régime juridique que l'église elle-même pour l'application des articles 12 et 13 de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, c'est-à-dire pour sa propriété et son affectation culturelle

Impôts et contributions - Compétence

Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-11.951, B : JurisData n° 2022-003534 (Cassation)

Les contestations relatives au recouvrement qui portent sur l'obligation au paiement, sur le montant de la dette compte tenu des paiements effectués et sur l'exigibilité de la somme réclamée relèvent, en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires ou de taxes assimilées, de la compétence du juge administratif



Note

SPORTS

394

Fédération française des sports de glace : la responsabilité de l'État engagée pour « démission forcée »

Solution. – Pour la première fois, la juridiction administrative reconnaît la responsabilité de l'État pour avoir contraint à la démission le président de la Fédération française des Sports de glace (FFSG). Dans un contexte de scandales sexuels, la juridiction a considéré qu'en effectuant publiquement un lien entre la démission dudit président et la menace de retrait de l'agrément pour la fédération, la ministre avait dépassé son office.

Impact. – La décision apporte un éclairage nouveau sur les relations contractuelles entre les fédérations sportives agréées, délégataires du service public, et l'État. Dans cette décision, le juge prend en compte la résonance médiatique et le contexte de cette affaire et considère que les propos de la ministre, auraient porté atteinte à l'image et la réputation de l'ex-inamovible-président de la FFSG.



FLEUR JOURDAN, associée fondatrice, Fleurus Avocats

ANNE-ANDRÉA VILERIO, avocate collaboratrice, Fleurus Avocats

TA Paris, 6^e sect., 3^e ch., 14 janv. 2022, n° 2008096/6-3 : JurisData n° 2022-000991

Au début de l'année 2020, la championne de patinage artistique, S. A., a révélé dans son livre (S. A., *E. Anizon, Un si long silence* : Plon, coll. Plon récit, 2020) les viols, attouchements et le harcèlement sexuel qu'elle a subis à partir de ses 15 ans de la part de son entraîneur. Bien que les faits soient prescrits, une enquête a été ouverte par le parquet de Paris en février 2020.

À la suite de cette publication, plusieurs autres témoignages de patineuses de haut niveau sont intervenus dans la presse. Celles-ci affirmaient avoir été victimes de violences sexuelles, dont les auteurs seraient également des entraîneurs de patinage exerçant pour la FFSG ou au sein

de clubs qui lui sont affiliés. C'est ainsi que la responsabilité du bureau exécutif et de la présidence de la FFSG, assurée pendant près de 19 ans par D. G., a été directement pointée du doigt. Dans ce contexte, la ministre des Sports, R. M., a demandé à l'inspection générale de l'éducation, du sport, et de la recherche (IGESR), le 6 février 2020, de diligenter une mission d'enquête afin d'examiner les conditions dans lesquelles la FFSG avait pu avoir connaissance de ces faits et les avait alors gérés.

Toutefois, dès le 3 février 2020 et avant même la remise du rapport le 28 juillet suivant, la ministre avait exigé la démission du président de la FFSG, afin que celui-ci assume « la responsabilité » de la FFSG, concernée à tous les égards par l'ensemble de ces affaires. D. G. avait alors présenté sa démission, devenue effective le 8 février 2020. Par courrier adressé quelques jours après à la ministre des Sports, l'ancien président réclamait une indemnisation à hauteur de 302 550 € en raison du préjudice subi à la suite de ce départ qu'il considérait comme « forcé ».

Saisi de ce différend, le 14 janvier 2022, le juge administratif a rendu une décision reconnaissant l'existence d'un préjudice moral causé à l'ex-Président, et a condamné l'État à l'indemniser à la somme de 5 000 €.

1. L'absence de sanction disciplinaire

Il convient de rappeler que le système français dispose d'une politique nationale du sport, passant par la délivrance d'une délégation de service public. Il s'agit d'un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, dite loi MURCEF).

Le Code du sport distingue les fédérations agréées, lesquelles participent à l'exécution d'une mission d'intérêt général (C. sport, art. L. 131-8 à L. 131-13), et les fédérations délégataires (C. sport, art. L. 131-14 à L. 131-21), qui bénéficient en plus d'une délégation de pouvoirs du ministre chargé des Sports. Surtout, le fonctionnement des fédérations est assis sur un double principe fixé par le Code du sport : celui du contrôle par l'État des fédérations, prévu à l'article L. 111-1 du Code du sport ; ainsi que celui de l'indépendance des fédérations, constituées sous forme d'association de loi 1901 de droit privé (C. sport, art. L. 131-1).

Dans son recours, l'ancien président soutenait qu'en exigeant sa démission, la ministre avait méconnu ce principe d'indépendance et n'avait pas respecté son droit à un procès équ-

table et invoquait la méconnaissance de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, si l'article 6, § 1 a déjà trouvé application dans le domaine du sport (*CEDH, 18 mai 2021, n° 48909/14, Sedat Do an c/ Turquie*), la juridiction a considéré que ce droit n'était pas invocable en l'espèce, compte tenu de l'absence de procédure disciplinaire engagée à l'encontre de l'ex-président.

Et pour cause, malgré le pouvoir de « *contrôle* » du ministère sur la fédération, celui-ci ne dispose pas de la prérogative de révoquer le président d'une fédération au cours de son mandat. En effet, une telle révocation est strictement encadrée par les statuts de la FFSG, qui prévoit à l'article 23.4 de son règlement que seule « *l'Assemblée Générale peut mettre fin aux mandats du Conseil Fédéral et du Président de la Fédération avant leur terme normal par un vote* ».

Or, dans cette affaire, la décision de D. G. est strictement individuelle. Elle est intervenue en dehors de toute procédure et fait écho à sa propre déclaration sur France 5, quelques jours avant sa démission : « *si je suis celui qui doit démissionner parce que c'est le seul moyen de débloquer [la situation], je le ferai* ».

Par ailleurs, comme le précise la décision commentée, la démission de D. G. était précédée de quelques jours de celle de 4 membres du bu-

reau exécutif de la FFSG, qui avaient eux aussi pris la décision de démissionner en dehors de toute procédure disciplinaire.

C'est parce qu'elle ne disposait pas de ce pouvoir de sanction disciplinaire que la ministre a soulevé la menace du retrait d'agrément.

2. La menace du retrait de l'agrément

Néanmoins et comme le souligne la juridiction, la ministre des Sports exerce un « *contrôle* » sur les fédérations qui sont délégataires du service public, ainsi que le prévoit le Code du sport.

Il convient de préciser que les termes de l'article L. 111-1 du Code du sport ont été récemment modifiés par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. Avant cette modification, c'était la notion de « *tutelle* » qui caractérisait le pouvoir de l'État sur les fédérations.

Cependant, lorsque le régime de tutelle prévalait, l'État s'accommodait d'une tutelle administrative plus formelle que réelle, engageant des moyens budgétaires, humains et des procédures sans effet vraiment structurant sur le mouvement sportif.

La notion de « *contrôle* » a permis d'entériner une nécessité que la Cour des comptes identifiait déjà en 2013 dans un rapport public

thématique « *Sport pour tous et sport de haut niveau : pour une réorientation de l'action de l'État* » (<https://www.ccomptes.fr/fr/publications/sport-pour-tous-et-sport-de-haut-niveau-pour-une-reorientation-de-laction-de-letat>), tenant à l'inévitable rénovation de la relation entre l'État et les fédérations sportives nationales.

Ainsi, le choix du législateur n'est pas anodin en ce qu'il présente une volonté de redéfinition et de clarification du rôle de l'État en responsabilisant les fédérations. L'idée sous-jacente du législateur était de substituer un contrôle d'engagements contractuels à une tutelle classique, afin d'évoluer vers une relation plus encadrée entre les deux acteurs.

Comme le rappelle le tribunal dans la décision commentée, le ministère chargé des Sports peut user des pouvoirs qui lui sont conférés par le législateur en matière d'attribution des prérogatives fédérales. Ce recours peut se matérialiser par la déchéance de l'agrément ou de la délégation aux structures fédérales. Selon la juridiction, le fait pour la ministre d'initier une procédure de retrait d'agrément, ne caractérise pas un dépassement de ses prérogatives du cadre contractuel prévu. L'article R. 131-9 du Code du sport, prévoit les hypothèses dans lesquelles un agrément peut être retiré à une fédération.

Le TRIBUNAL – (...):

Considérant ce qui suit :

• 1. M. X a été élu président de la fédération des sports de glace (FFSG) entre 1998 et 2003 puis, de nouveau, à partir de 2008. A la suite d'accusations de viols et d'agressions sexuelles portées, en janvier 2020, par Mme A à l'encontre de son ancien entraîneur, M. B, pour des faits qui se seraient produits entre 1990 et 1992, la ministre chargée des sports a annoncé que M. X serait prochainement entendu pour évoquer ces faits et, plus largement, les mesures mises en œuvre pour prévenir et détecter de tels comportements au sein de la fédération. L'intéressé a été convoqué au ministère le 3 février 2020. Le 8 février 2020, M. X a annoncé sa démission de la présidence de la fédération française des sports de glace à l'issue d'un conseil fédéral extraordinaire. Par un courrier du 25 mai 2020, M. X a formé un recours indemnitaire préalable auprès de la ministre chargée des sports. Par un courrier du 29 mai 2020, la ministre chargée des sports a expressément rejeté sa demande d'indemnisation. Par la présente requête, M. X demande à ce que l'État soit condamné à lui verser la somme de 152 550 euros au titre du préjudice matériel et la somme de 150 000 euros au titre du préjudice moral. (...)

• 6. D'une part, la circonstance que le conseil fédéral de la fédération soit seul compétent pour se prononcer sur la révocation de son président ne faisait pas obstacle à ce que la ministre, dans l'exercice de son pouvoir de tutelle, porte sa propre appréciation sur les faits dont elle avait connaissance et, si elle le jugeait approprié, appelle à la démission de M. X. et lance une procédure de retrait de l'agrément en vertu des dispositions précitées de l'article R. 131-10 du code du sport ou de

retrait de la délégation sur le fondement de l'article R. 131-31 du code du sport. Ainsi, M. G. n'est pas fondé à soutenir que la ministre, qui ne disposait pas de pouvoirs de poursuite à son encontre, aurait méconnu le principe d'impartialité.

• 7. D'autre part, en revanche, en précisant publiquement, en des termes non équivoques, que le retrait de l'agrément ou de la délégation de la fédération était lié au départ de M. X. de son poste de président, la ministre a exercé une pression qui doit être regardée, en l'espèce, comme ayant conduit, de façon décisive, à sa démission. En l'espèce, eu égard aux conséquences majeures qu'emporte le retrait d'un agrément ou d'une délégation pour une fédération sur le plan financier ainsi que pour l'organisation des compétitions, le conseil fédéral de la fédération a été privé de la possibilité de se prononcer librement sur le maintien ou la révocation de l'intéressé, alors qu'il lui appartenait seul de se prononcer sur ce point. Il s'ensuit que M. G. est fondé à soutenir que la responsabilité de l'État peut être engagée pour ce motif.

Décide :

• Article 1^{er} : L'Etat versera à M. X la somme de 5 000 euros au titre du préjudice moral. Cette somme portera intérêt au taux légal à compter du 25 mai 2020. Les intérêts de cette somme échus à la date du 25 mai 2021 puis à chaque échéance annuelle éventuelle à compter de cette date seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts. (...)

M. Pény, rapp., M. Abrahimi, rapp. publ. ; M^{re} Brengarth et de M^{re} Bourdon, av.

À titre d'exemple, l'État a déjà engagé une procédure de retrait d'agrément des structures fédérales des disciplines dites des nouvelles boxes pieds poings. Depuis leur émergence en France, à la fin du XXe siècle, le ministère tentait de rassembler ces nouvelles disciplines. Ainsi, les pouvoirs publics français ont décidé d'intervenir directement en favorisant le rassemblement des disciplines au sein d'une seule structure fédérale dans le but de rationaliser leur gestion. Dans cette affaire, étaient en jeu des motifs tenant au respect de règles de sécurité.

Concernant l'affaire de la FFSG, c'est d'abord l'atteinte à l'ordre public ou à la moralité publique, qui aurait justifié la perte de l'agrément, s'il apparaissait établi que des actes criminels ou au moins délictueux avaient pu, sur une longue période se dérouler dans un silence général complice et l'indifférence de la direction.

Un tel retrait entraîne notamment la cessation des aides financières de l'État, et la suspension de la mise à disposition des conseillers techniques sportifs pour la FFSG. Surtout, un retrait d'agrément entraîne le retrait de la délégation, et des conséquences dramatiques telles que la fin du monopole de l'organisation des compétitions, de la délivrance des titres, et de la gestion du sport de haut niveau de la FFSG. À ce titre, pour rappel, le mouvement sportif bénéficie d'un appui technique spécifique à travers l'intervention de fonctionnaires ou d'agents publics rémunérés par l'État, dont le nombre est en moyenne, en année pleine, supérieur à 1 600 agents. La valorisation financière de cette intervention, charges comprises, soit environ 65 000 €/agent, peut être estimée à près de 104 M €. En outre, il convient de préciser que si la menace de la perte de l'agrément est très pénalisante pour la fédération concernée, celle-ci ne l'est guère moins pour le ministère chargé des Sports, qui se trouve privé d'interlocuteur dans un domaine du haut niveau considéré comme sensible, du fait de ses enjeux internationaux.

Une telle menace était donc lourde de conséquences et c'est parce que la ministre l'a liée à la démission du président que le tribunal a considéré qu'elle avait fait peser sur ce dernier une pression fautive.

3. L'engagement de la responsabilité de l'État

Dans ce contexte présentant une grande résonance médiatique, la ministre des Sports a pris le parti de se positionner officiellement, en condamnant fermement les faits incrimi-

nés, ainsi que la gestion de la fédération par ses dirigeants.

À la suite d'une rencontre avec D. G., la ministre lui a demandé à de présenter sa démission, estimant qu'un « *dysfonctionnement général* » existait au sein de la FFSG en précisant que son président ne pouvait « *se dédouaner de sa responsabilité morale et personnelle* ».

De telles positions ne sont pas sans rappeler la prise de position de la ministre de la Culture, sur la situation du président de Radio France qui avait affirmé qu'un « *dirigeant d'entreprise publique condamné pour favoritisme, ce n'est pas une situation acceptable* » et qu'il « *appartient à l'intéressé d'en tirer les conséquences, ainsi qu'au Conseil supérieur de l'audiovisuel, légalement compétent* ». Le Conseil d'État avait alors jugé qu'il ne résultait « *pas du seul fait que la procédure qui a débouché sur le retrait du mandat de M. G. a été engagée le lendemain de ces déclarations, que le conseil supérieur se serait cru tenu d'y donner suite et aurait ainsi méconnu son devoir d'indépendance* » (CE, 14 déc. 2018, n° 419443, M. G. : *JurisData* n° 2018-022823 ; *Dr. adm.* 2019, *comm.* 20, *comm.* G. Eveillard). Il est donc possible pour un ministre d'inviter un dirigeant d'entreprise publique ou de fédération à démissionner.

La pression médiatique et l'émotion de la communauté éducative et étudiante ont pu également fonder par le passé l'adoption de mesures conservatoires telles que la suspension par le ministre d'un professeur d'université (CE, réf., 20 nov. 2002, n° 251102, M. C. D. : *JurisData* n° 2002-064816).

Jusque-là, les déclarations de la ministre ne semblaient pas dépasser les bornes du contrat établi avec la fédération.

En revanche, le lien effectué par la ministre entre la démission de D. G. et la menace d'une procédure de retrait de l'agrément de la fédération, constitue, pour la juridiction, un dépassement de ses prérogatives. Selon le juge, cette déclaration aurait déclenché une « *pression publique* » sur le président alors encore en mandat. Le tribunal administratif de Paris considère que ce positionnement aurait poussé D. G. « *de façon décisive à sa démission* ». Ce faisant la ministre aurait empêché le conseil fédéral de la fédération qui « *aurait été privé de la possibilité de se prononcer librement sur le maintien de la révocation de l'intéressé* ».

Ainsi, la ministre aurait commis une forme d'ingérence, en poussant le président à une « *démission forcée* », alors qu'elle ne disposait pas de prérogatives de révocation. Pour la juridiction, la ministre aurait dépassé les limites du « *contrôle* » prévu par le Code du sport et aurait ainsi commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État.

Ce raisonnement fait écho à l'indépendance des fédérations sportives, qui disposent d'instances spécifiques, chargées de les arbitrer. Celles-ci se sont dotées d'une réelle justice sportive qui leur donne notamment la possibilité de juger leurs membres en première instance, en particulier sur le plan disciplinaire dès lors que leurs comportements seraient répréhensibles. Pourtant, alors que de nombreuses fédérations sportives s'étaient déjà dotées d'organes disciplinaires, le Conseil d'État soulignait, dans une étude datée de 1991, « *l'arbitraire* » et « *l'approximation juridique* » de leurs décisions (Conseil d'État, *section du rapport et des Etudes, Sports : pouvoir et discipline, l'exercice et le contrôle des pouvoirs disciplinaires des fédérations sportives* : *Doc. fr.*, 1991).

De fait, de nombreux dysfonctionnements ont bien été relevés par le rapport de l'IGESR du 28 juillet 2020, mettant en cause 21 entraîneurs de patinage artistique dans des affaires de violences physiques ou sexuelles (IGESR, *Rapport sur la situation de la FFSG au regard des faits de violences dans les sports de glace* : <https://www.lequipe.fr/Patinage-artistique/Actualites/Ffsg-le-rapport-de-l-inspection-generale-ne-demande-pas-de-retrait-de-delegation>). Il convient de préciser que ce rapport évoque la concentration des pouvoirs dans les mains de quelques personnes à la FFSG n'ayant pu « *que favoriser une forme d'omerta sur les soupçons qui pesaient à l'égard d'entraîneurs et a pu conduire à l'absence de procédures disciplinaires, ou même de simples enquêtes, sur des faits de violence pourtant dénoncés par des victimes* ».

Selon le rapport, les « *différents contrôles dont elle a fait l'objet au cours des trois dernières décennies, y compris les plus récents, mettent en évidence un fonctionnement manquant de transparence, des conflits internes marqués dans une fédération multidisciplinaire et des difficultés réelles de fonctionnement de la direction technique nationale* ».

Ces conclusions accablantes peuvent-elles fonder de manière rétrospective la pression fautive de la ministre ?

Textes : C. sport, art. L. 131-1, L. 131-2 et L. 131-4, L. 131-9, R. 131-10, R. 131-31
Encyclopédie : Administratif, Fasc. 269 par Jean-Christophe Lapouble ; Administratif, Fasc. 268, par Jean-Christophe Lapouble
Autres publications LexisNexis : Fiche pratique n° 2832 : Agir en responsabilité contre l'Etat, par Caroline Gaffodio, actualisé par Laurent Liguori



Actualités

LIBERTÉ DE RÉUNION

395

Encadrement strict des restrictions à la liberté de manifestation en temps de pandémie

Béatrice Pastre-Belda, maître de conférences HDR, université de Montpellier, IDEDH

CEDH, 15 mars 2022, n° 21881/20, Cté genevoise d'action syndicale c/ Suisse : JurisData n° 2022-003985

L'association requérante se plaint d'une violation de l'article 11 de la Convention en raison de l'interdiction générale d'organiser des réunions publiques, édictée par le Gouvernement pour lutter contre le coronavirus. Admettant, au profit de l'association, la qualité de « victime potentielle » (§ 42) et rejetant - de manière très critiquable selon l'opinion commune dissidente jointe à l'arrêt - l'exception de non-épuisement de voies de recours internes formulée par le Gouvernement, la Cour s'engage résolument dans l'examen au fond de la conventionnalité de cette ingérence. L'occasion est ainsi donnée à la Cour de rappeler les principes inhérents à un État de droit et l'importance de la liberté de réunion pacifique dans une société démocratique (§ 91), y compris (ou surtout ?) en temps de crise sanitaire. La Cour précise d'ailleurs que, n'ayant pas déclenché la clause de dérogation prévue par l'article 15 de la Convention, la Suisse ne pouvait espérer bénéficier d'un contrôle européen a minima (§ 90). Ainsi, et bien que prenant en compte la « menace pour la santé publique » et, notamment, l'obligation positive imposée aux États de protéger la vie et la santé des individus (§ 84. - V. par ex. CEDH, gde ch., 8 avr. 2021, n° 47621/13, Vavříčka et a. c/ Rép. tchèque, § 282, sur l'obligation vaccinale infantile : JurisData n° 2021-004904 ; JCP G 2021, act. 444, obs. F. Sudre), la Cour insiste sur le caractère général de l'interdiction et, en conséquence, sur le contrôle « particulièrement sérieux » qui doit être opéré par le juge interne (§ 86). Alors qu'une « justification solide » - la lutte efficace contre la pandémie mondiale - ne fait aucun doute, la Cour sanctionne cependant l'absence de contrôle juridictionnel tant de la nécessité de la restriction (§ 87) que de sa proportionnalité (§ 86). Cette absence est d'autant plus préjudiciable que l'interdiction fut maintenue pendant « un laps de temps considérable » (§ 86) et que des sanctions pénales étaient prévues pour les contrevenants, dont une peine privative de liberté de 3 ans (§ 89). Or, « une manifestation pacifique ne doit pas, en principe, faire l'objet d'une menace de sanction pénale » (CEDH, gde ch., 15 oct. 2015, n° 37553/05, Kudrevičius et a. c/ Lituanie, § 156 : JurisData n° 2015-022785 ; JCP G 2016, doctr. 65, n° 25, obs. F. Sudre). Enfin, ce contrôle juridictionnel « indépendant et effectif » s'imposait de surcroît eu égard à l'absence de débat parlementaire (§ 88). Alors même que la qualité de ce dernier constitue désormais un élément d'appréciation de la « nécessité d'une ingérence dans une société démocratique » (CEDH, gde ch., 22 avr. 2013, n° 48876/08, Animal Defenders International c/ Royaume Uni, § 114), la Cour admet, certes, in concreto, que ce débat démocratique ait pu être écarté compte tenu de « l'urgence d'apporter une réponse appropriée à la menace inédite » (§ 88). Aucune dérogation n'est en revanche admise par la Cour à l'exercice « impérieux » d'un contrôle juridictionnel a posteriori (§ 88), de sorte que son absence outrepassa la marge d'appréciation accordée à la Suisse (§ 84) et constitue une violation de l'article 11.

«Ce contrôle juridictionnel "indépendant et effectif" s'imposait de surcroît eu égard à l'absence de débat parlementaire.»

DROIT AU RESPECT DU DOMICILE

396

Toute personne a droit à la protection du domicile

Frédéric Sudre, professeur émérite, université de Montpellier

CEDH, 8 mars 2022, n° 53069/15, Sabani c/ Belgique : JurisData n° 2022-003984

Du rappel « qu'en vertu des articles 1 et 8 de la Convention, le droit à la protection du domicile bénéficie à toute personne relevant de la « juridiction » des États parties à la Convention », la Cour tire l'affirmation essentielle qu'« une personne ne pourrait être privée de la jouissance de ce droit au motif qu'elle serait en situation irrégulière sur le territoire d'un État partie » (§ 31). M^{me} Sabani est une ressortissante serbe déboutée de sa demande d'asile et sous le coup d'un ordre de quitter le territoire. La police belge, à la demande de l'office des étrangers, s'est rendue à son domicile afin de la contrôler et a procédé à son arrestation. Considérant que la police, malgré ses démentis, a pénétré à l'intérieur du domicile pour effectuer cette arrestation, la Cour estime établie l'ingérence dans le droit au respect du domicile de la requérante. Pour être compatible avec l'article 8 de la Convention, l'ingérence doit, en premier lieu, être « prévue par la loi », ce qui implique, comme le souligne la Cour, « un cadre légal strict offrant des garanties suffisantes et adéquates contre l'arbitraire » (§ 49). La Cour n'a nul besoin de vérifier l'existence de ces garanties, énoncées par sa jurisprudence - à savoir une autorisation judiciaire préalable suffisamment précise de la mesure d'investigation et un contrôle judiciaire effectif a posteriori de la mesure contestée -, dès lors que le « cadre légal » fait défaut. « Rappelant que les ingérences domiciliaires opérées sans autorisation judiciaire préalable appellent la plus grande vigilance » (§ 51), la Cour relève qu'aucune disposition du droit belge n'habilite des agents de police à pénétrer au domicile d'un étranger. Ne reposant sur aucune base légale claire et précise, l'ingérence litigieuse n'était donc pas « prévue par la loi » au sens de l'article 8 et emporte violation de cette disposition. De surcroît, la Cour juge, de manière lapidaire, que l'usage de menottes lors de l'arrestation de M^{me} Sabani à son domicile (et en présence de sa fille) n'était aucunement nécessaire et constitue également une violation de l'article 8.

PRESSE

397

A quelles conditions un journaliste peut-il divulguer une information privilégiée ?

Dominique Berlin, professeur émérite, université Panthéon-Assas

CJUE, 15 mars 2022, aff. C-302/20, Autorité des marchés financiers : JurisData n° 2022-023641

Un journaliste avait publié sur le site du Daily Mail deux articles relayant des rumeurs de dépôt d'OPA sur les titres Hermès (par LVMH) et Maurel & Prom. Les prix indiqués dépassaient largement leurs cours sur Euronext et cette publication a considérablement fait augmenter ceux-ci. Le journaliste a été condamné par l'Autorité des marchés financiers française (AMF) à 40 000 euros d'amende parce qu'il aurait fait part de la publication prochaine de ses articles à des résidents britanniques qui en auraient profité et leur aurait ainsi communiqué des « informations privilégiées » au sens de l'article 1, § 1, la directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003, sur les opérations d'initiés, ce dont semblait douter la cour d'appel de Paris.

Pour la Cour une information portant sur la publication prochaine d'un article de presse relayant une rumeur de marché concernant un émetteur d'instruments financiers est bien susceptible de constituer une information « à caractère précis » et, donc, de relever de la notion d'« information privilégiée », lorsqu'elle fait notamment mention du prix auquel seraient achetés les titres, du nom du journaliste ayant signé l'article ainsi que de l'organe de presse en assurant la publication. Bien que la communication d'informations privilégiées à des fins journalistiques puisse être justifiée, en vertu du droit de l'Union, au titre de la liberté de la presse et de la liberté d'expression garanties par la Charte européenne des droits fondamentaux, la divulgation d'une information privilégiée par un journaliste n'est licite que lorsqu'elle est considérée comme nécessaire à l'exercice de sa profession et conforme au principe de proportionnalité. À cette fin, le juge doit se poser les questions suivantes : est-ce qu'il était nécessaire pour le journaliste qui cherche à vérifier la véracité d'une rumeur, de divulguer à un tiers, outre la teneur de celle-ci, le fait qu'un article relayant cette rumeur serait publié prochainement ? Est-ce qu'une éventuelle restriction à la liberté de la presse que l'interdiction d'une telle divulgation engendrerait serait excessive, au regard de son effet potentiellement dissuasif pour l'activité journalistique et des règles et des codes auxquels les journalistes sont soumis ?

PRINCIPE DE PRIMAUTÉ

398

La Cour rappelle ce que le principe de primauté impose au juge national

Dominique Berlin, professeur émérite, université Panthéon-Assas

CJUE, 10 mars 2022, aff. C-177/20, « Grossmania » Mezőgazdasági Termelő és Szolgáltató Kft. : JurisData n° 2022-004096

La Cour avait jugé (CJUE, 6 mars 2018, aff. jtes C 52/16 et C 113/16) que l'article 63 TFUE s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle les droits d'usufruit antérieurement constitués sur des terres agricoles, et dont les titulaires n'ont pas la qualité de proche parent du propriétaire de ces terres, s'éteignent de plein droit et sont, en conséquence, radiés des registres fonciers. La solution avait été confirmée par la constatation d'un manquement (CJUE, 21 mai 2019, aff. C 235/17) « Grossmania » a en conséquence introduit, le 10 mai 2019, auprès de l'administration hongroise une demande visant à la réinscription de ses droits d'usufruit. L'administration a repoussé cette demande au nom de l'effet relatif de l'arrêt de 2018, et du fait que l'arrêt en manquement ne faisait autorité qu'en matière d'indemnisation, mais non en matière de réinscription de droits d'usufruit radiés sur la base d'une réglementation toujours en vigueur. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle, en vertu de l'article 260, § 1, TFUE, si elle constate qu'un État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État membre est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, lequel est revêtu de l'autorité de la chose jugée pour les points de fait et de droit qui ont été effectivement ou nécessairement tranchés par la décision juridictionnelle en cause.

« La juridiction de renvoi doit (...) assurer le plein effet du droit de l'Union en laissant au besoin inappliquée (...) toute réglementation nationale (...) contraire. »

Constatant que les autorités hongroises participant à l'exercice du pouvoir législatif n'avaient pas pris les mesures qu'implique l'exécution de l'arrêt en manquement, la Cour juge que la juridiction de renvoi est, quant à elle, tenue de prendre toutes les mesures pour faciliter la réalisation du plein effet du droit de l'Union, conformément aux enseignements contenus dans l'arrêt en manquement. La juridiction de renvoi doit ainsi, notamment, assurer le plein effet du droit de l'Union en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute réglementation nationale, même postérieure, qui est contraire à une disposition de ce droit qui est d'effet direct, sans qu'il ait à demander ou à at-

tendre l'élimination préalable de celle-ci par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

En l'espèce, s'il devait être confirmé que le droit hongrois ne permet pas de contester auprès d'une juridiction, à l'occasion d'un recours dirigé contre le rejet d'une demande de réinscription de droits d'usufruit, la mesure de radiation de ces droits devenue entre-temps définitive, cette impossibilité ne saurait raisonnablement être justifiée par l'exigence de sécurité juridique et devrait donc être écartée par cette juridiction comme étant contraire au principe d'effectivité et au principe de coopération loyale (TUE, art. 4, § 3), et le juge devrait au besoin enjoindre à l'autorité compétente de procéder à la réinscription des droits d'usufruit dont « Grossmania » était titulaire.

Ce n'est que dans l'hypothèse où une telle réinscription s'avérerait effectivement impossible qu'il serait nécessaire, pour effacer les conséquences illicites de la violation du droit de l'Union, d'accorder aux anciens titulaires des droits supprimés le droit à une compensation, financière ou autre, dont la valeur serait apte à réparer sur le plan financier la perte économique résultant de la suppression de ces droits.

CONSEIL DE L'EUROPE

399

Lignes directrices du Conseil de l'Europe pour un journalisme de qualité

Joseph Jehl, docteur en droit, secrétaire général de l'Institut euro-africain de droit économique (INEADEC)

Cons. Europe, Comité des ministres, recommandation CM/Rec (2022) 4, 17 mars 2022 : www.coe.int

La recommandation du Comité des ministres aux États membres « sur la promotion d'un environnement favorable à un journalisme de qualité à l'ère du numérique », certes préparée de longue date, prend cependant un relief particulier le lendemain du jour où le Comité des Ministres décide « la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, au titre de l'Article 8 du Statut » (résolution CM/Res (2022) 2, 16 mars 2022).

La recommandation du 17 mars est riche. Le décor est posé d'emblée : le journalisme de qualité « demeure plus nécessaire que jamais à la santé des démocraties ». Sont concernés tous les médias. L'univers est celui du « virage numérique », du rôle majeur des plates-formes en ligne (nouvelles habitudes de consommation de l'information), mais aussi du « sectarisme politique » ainsi que des « fausses informations ».

Le rétablissement de la confiance passe par « un plus grand professionnalisme, un journalisme de meilleure qualité et des efforts accrus en matière de vérification des faits, ainsi qu'un engagement vis-à-vis du public, une transparence et une responsabilisation plus conséquente des organisations de médias et des intermédiaires d'internet ».

Le numérique appelle « des normes juridiques et éthiques strictes, notamment en ce qui concerne l'utilisation du contenu généré par les utilisateurs ou des données à caractère personnel des utilisateurs, la traçabilité, le droit d'auteur et le respect de la vie privée ».

Par ailleurs, « la tendance à une concentration et à une convergence accrues dans le secteur des médias d'information et sur les marchés nationaux menace la diversité des sources ». Le journalisme local « est sur le point de disparaître ».

La recommandation suit trois axes. Dans la recherche de la « viabilité financière », on relèvera plus particulièrement le rôle du soutien ciblé, la place faite aux médias de service public, mais aussi aux « locaux et associatifs ». On citera aussi la nécessité d'« équilibrer les relations entre les plates-formes en ligne et les organisations de médias », la recherche de « conditions du marché équitables et transparentes », la « transparence de la publicité ».

Au chapitre « éthique et qualité », le maître mot est le rétablissement de la confiance. Sur la vérification des faits pour atteindre « un journalisme de qualité », est souhaité « un code commun de bonnes pratiques en matière de transparence ».

On retiendra les développements sur la « responsabilité algorithmique ». Il s'agit de « procurer aux utilisateurs les outils dont ils ont besoin pour comprendre les critères fondamentaux et le fonctionnement des algorithmes qui interviennent dans la distribution et la hiérarchisation (ou l'absence de hiérarchisation) des contenus médiatiques ». Le rétablissement de la confiance passe également par « des relations saines avec les publics (locaux et hyperlocaux) grâce à des pratiques de collaboration telles que les salles de rédaction en ligne hyperlocales ». Est également soulignée la « valeur sociale du journalisme d'investigation » ; de même l'indispensable « lutte contre la désinformation et la propagande ».

Enfin, au dernier chapitre, l'éducation aux médias et à l'information se révèle essentielle et de nombreuses pistes d'action sont décrites.

« L'éducation aux médias et à l'information se révèle essentielle et de nombreuses pistes d'action sont décrites. »

CONSEIL DE L'EUROPE

400

Norvège, les défis d'un bon élève de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires

Joseph Jehl, docteur en droit, secrétaire général de l'Institut euro-africain de droit économique (INEADEC)

Cons. Europe, rapport du Comité d'experts de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 14 févr. 2022 : www.coe.int

Alire le rapport d'évaluation du Comité d'experts de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, au sein du Conseil de l'Europe, on retient que les bons élèves peuvent encore progresser, et ainsi permettre d'enrichir les expériences.

Ouverte à la signature le 5 novembre 1992, la Charte (STE n° 148) est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998. La Norvège avait été le premier pays à ratifier la Charte (dès 1993). L'article 7 de la Charte liste 9 « objectifs et principes », ainsi que les engagements pris par les États pour atteindre ces objectifs. Les articles 8 à 14 détaillent les « mesures en faveur de l'emploi des langues régionales ou minoritaires dans la vie publique ». Les domaines couvrent un large spectre de l'action publique : enseignement, justice, autorités administratives et services publics, médias, activités et équipements culturels, vie économique et sociale, enfin les échanges transfrontaliers.

Le Comité d'experts de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, dans son rapport d'évaluation sur la Norvège, salue l'implication du pays sur le sujet (un des pays de l'OCDE consacrant le plus d'argent public au financement des écoles). Mais le Comité de suivi suggère des améliorations afin de « renforcer les moyens de redynamiser et de développer les langues minoritaires les plus menacées : le kvèné, le sâme de Lule et le sâme du sud, le romanes et le romani ». Il s'agit, selon les cas, soit de disponibilité de matériel ou d'outils numériques, soit de la nécessité de recruter des enseignants, plus simplement même de faire « l'inventaire de la demande d'enseignement » de certaines langues.

Au total, la Charte des langues ne lie que 25 pays sur les 47 – et désormais 46 – membres du Conseil de l'Europe. Les positions des États sont très diverses. La Suisse, pays au multilinguisme serein, est liée par la Charte, contrairement à la Belgique, pays au multilinguisme tendu, qui n'a pas adhéré. Quant à la France, elle a adhéré en 1999 mais sa frilosité sur la question des langues l'a empêchée de ratifier. La Fédération de Russie avait adhéré, mais pas ratifié. L'Ukraine avait adhéré puis ratifié en 2005.



Note

DROIT DE PROPRIÉTÉ

401

Suite du feuilleton relatif à l'application dans le temps du dispositif législatif « anti-Perruche »

Solution. - S'inscrivant dans un contexte marqué par des divergences d'interprétation entre juges internes quant à la portée de la déclaration d'inconstitutionnalité des règles de droit transitoire relatives à l'entrée en vigueur du dispositif législatif « anti-Perruche », l'arrêt N. M. et a. conduit à une seconde condamnation française sur le terrain de l'article de l'article 1 du protocole 1 du fait de l'application rétroactive de ce dispositif à la demande des époux M. d'être indemnisés de la prise en charge du handicap de leur enfant, né avant son entrée en vigueur (i.e. le 7 mars 2002).

Impact. - Aussi classique (car mobilisant des principes bien établis) qu'innovant (puisque'il s'agit d'un litige où l'action réparation est engagée après cette date et que l'ingérence est de manière inédite jugée non prévue par la loi), cet arrêt illustre toute l'effectivité (ce qui ne veut pas dire efficacité) du dialogue des jurisprudences.

CEDH, 3 févr. 2022, n° 66328/14, N. M. et a. c/ France : JurisData n° 2022-002045

Et de deux ! – Plus de 16 ans après les arrêts Maurice et Draon (CEDH, 6 oct. 2005, n° 11810/03 et 1513/03 : JCP G 2006, I, 109, obs. F. Sudre), l'affaire N. M et a. conduit à une nouvelle condamnation de la France, sur le terrain de l'article 1 du protocole 1 à la Convention (ci-après 1^{er}), du fait de l'application rétroactive des dispositions de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (dites « anti-Perruche ») – reprises par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 et codifiées à l'article L. 114-5 du CASF – à la demande des parents d'un enfant, né avant son entrée en vigueur, d'être indemnisés des frais liés à la prise en charge de son handicap.

Intérêt. – Si l'intervention de cette nouvelle sanction est en soi un événement, l'intérêt de l'arrêt N. M et a. ne s'y résume pas.

Primo, le litige concerne une demande d'indemnisation formulée, non pas avant (arrêts Maurice et Draon), mais après



AURÉLIA SCHAHMANECHE, professeure à l'université Lumière Lyon 2, unité de recherche en droit « Transversales » (ex DCT)

l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 (soit le 7 mars). Notons en effet que c'est en 2006, après confirmation des erreurs de diagnostic prénatal par un rapport d'expertise, que les époux M. ont saisi le TA d'Amiens d'une action en réparation contre le centre hospitalier ayant suivi la grossesse. Or, c'est précisément dans cette configuration que se cristallise le dernier point d'intrigue du feuilleton relatif à l'application dans le temps du dispositif législatif « anti-Perruche » et que se concentrent les dernières difficultés – liées à une interprétation différente de la portée d'une décision QPC de 2010 par les juges suprêmes (V. ci-après) – rencontrées en droit interne.

Deuxio, si la Cour européenne estime en 2005 et en 2022 l'article 1^{er} violé, ce n'est pas pour le même motif puisque l'ingérence n'est pas considérée cette fois comme non légitime (arrêts Maurice et Draon) mais comme non prévue par la loi.

Tertio, il n'est pas sûr que le raisonnement justifiant cette seconde sanction – auquel s'ajoute la confirmation du fait que celle-

ci la dispense d'examiner le grief tiré des articles 14 et 1^{er} combinés – permette de qualifier l'arrêt N. M et a. d'épilogue satisfaisant.

Analyse. – Manifestation éclatante de toute la richesse et de toute la complexité des enchevêtrements normatifs, juridictionnels ou encore jurisprudentiels auxquels peut donner lieu un contentieux, cet arrêt invite en tout état de cause à la réflexion. Aussi l'analyse des conclusions auxquelles il parvient (2), préalablement remises en contexte afin de prendre la mesure du cadre général et des enjeux juridiques les entourant (1), sera-t-elle accompagnée d'une appréciation de leur portée (3).

1. Dans les épisodes précédents...

Le cadre de départ. – Confrontés dans les années 1990 à une multiplication d'actions visant à obtenir réparation du préjudice subi du fait de la naissance d'un enfant handicapé, les juges administratif et judiciaire – qui refusaient jusqu'alors, sauf échec d'une IVG (not. CE, 27 sept. 1989, n° 76105 : JurisData n° 1989-644481), une telle indemnisation (CE, ass., 2 juill. 1982, n° 23141. - Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991, n° 89-

18.617 : *JurisData* n° 1991-001793) – ont choisi de faire évoluer leur position. Bien que revenant de concert sur le principe en vertu duquel la naissance ne peut constituer *per se* un préjudice réparable (CE, 14 févr. 1997, n° 133238, *Quarez* : *JurisData* n° 1997-050024 ; JCP G 1997, II, 22828, note J. Moreau. – Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, n° 94-13.145 : *JurisData* n° 1996-001179), ils vont partiellement diverger selon que la demande émane des parents ou de l'enfant. Alors que l'indemnisation des premiers pour le préjudice subi lié à la prise en charge du dernier va être acceptée de part et d'autre (n° 133238, *Quarez*, préc. – n° 94-13.145, préc.), celle du préjudice subi par l'enfant ne sera reconnue que dans l'ordre judiciaire (Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701, *Perruche*. – Cass. ass. plén., 13 juill. 2001, n° 97-17.359 et a. : *JurisData* n° 2001-010621 – *Contra* n° 133238, *Quarez*, préc.).

Le tournant. – La réaction du législateur à ce premier épisode n'a pas tardé. Pous-

sé par le Gouvernement, l'article 1 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (dite loi Kouchner) énonce que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » (dispositif anti-Perruche) et que le préjudice dont les parents peuvent demander une indemnisation – pour autant qu'une faute caractérisée (et non plus une faute simple) du professionnel ou de l'établissement de santé soit établie – « ne saurait inclure les charges particulières résultant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap » (dispositif anti-Quarez). Et ce ne sont pas les seules pierres d'achoppement de la démarche neutralisante du législateur. Encore faut-il relever les règles de droit transitoire, codifiées à l'article L. 114-5 du CASF, imposant une application de la loi « aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

Les rebondissements. – Si le Conseil d'État estima que l'application rétroactive desdites règles devait être comprise comme débu-

tant le 7 mars 2002 sans violer l'article 1P1 (CE, ass., 6 déc. 2002, n° 250167, *épx Draon* : *JurisData* n° 2002-064596), c'était sans compter la Cour européenne pour qui les requérants, engagés dans une demande d'indemnisation avant cette date, étaient titulaires d'une « créance en réparation » dont ils pouvaient « légitimement espérer voir déterminer le montant » compte tenu de la jurisprudence existante (n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon*, préc.).

D'abord strictement réceptionnée (la Cour de cassation et le Conseil d'État écartant l'application de la loi Kouchner aux instances en cours (V. not. Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006, n° 02-12.260 et a. : *JurisData* n° 2006-031736. – CE, 24 févr. 2006, n° 250704 : *JurisData* n° 2006-069733), cette condamnation alimenta ensuite le refus de certains juges d'en faire application aux dommages antérieurs au 7 mars 2002, peu importe la date d'introduction de l'action en réparation (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2008, n° 07-12.159 : *JurisData* n° 2008-044756. – CAA Lyon, 7 avr. 2009, n° 05LY00016).

LA COUR EDH - (...)

Sur les exceptions préliminaires tirées du non-épuisement des voies de recours internes

[...]

• 36. [...] [I]l ressort des pièces produites que les juridictions nationales, faute d'avoir été saisies, même en substance, par les requérants des griefs tirés des articles 6 § 1 et 8 § 1 de la Convention, n'ont pu se prononcer sur ces dispositions, ni sur des moyens d'effet équivalents ou similaires fondés sur le droit interne. Dès lors, il y a lieu d'accueillir les exceptions soulevées par le Gouvernement et tirées du non-épuisement des voies de recours internes.

• 37. Il s'ensuit que les griefs tirés des articles 6 § 1 et 8 § 1 doivent être rejetés comme irrecevables en application de l'article 35 §§ 1 et 4 in fine de la Convention.

I Sur la violation alléguée de l'article 1 du protocole no 1

• 38. Les deux premiers requérants contestent l'application par le Conseil d'État, dans son arrêt du 31 mars 2014, des 1^{er} et 3^e alinéa de l'article L. 114-5 du CASF. Ils soutiennent que l'application de ces dispositions qui a conduit à exclure par principe l'indemnisation des frais liés à la prise en charge du handicap de leur fils a porté atteinte à leur droit au respect de leurs biens en violation de l'article 1 du Protocole n° 1 [...].

A. - Sur la recevabilité

[...]

• 41. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence (voir en particulier sur ce point les arrêts précités *Maurice c. France* [GC], n° 11810/03, CEDH 2005-IX et *Draon c. France* [GC], n° 1513/03, 6 octobre 2005), un requérant ne peut alléguer une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 que dans la mesure où les décisions litigieuses se rapportent à ses « biens » au sens de cette disposition. [...]

• 42. [...] La Cour estime que lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme possédant une « valeur patrimoniale » que s'il a une base suffisante en droit

interne, par exemple quand il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], no 44912/98, §§ 35 et 48 à 52).

[...]

• 44. Les affaires précitées *Maurice et Draon* illustrent, dans des hypothèses proches de celle en litige, la portée de la notion « d'espérance légitime ». Dans ces deux affaires, les parents d'enfants nés avec un handicap non décelé au cours de la grossesse avaient introduit une action en responsabilité devant les tribunaux internes avant l'entrée en vigueur de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002. Se fondant sur l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A.* et autres précitée, la Cour a jugé qu'en tant qu'il avait été fait application aux instances en cours des règles fixées par l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, il avait été porté une atteinte injustifiée aux droits de créance détenus par ceux qui avaient engagé ces instances sur les auteurs des fautes ayant rendu possible la survenance des dommages, et que, dès lors, avaient été méconnus les droits que les requérants tiraient de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention.

• 45. Pour ce faire, la Cour a vérifié, en se plaçant avant l'intervention de la loi litigieuse, si les conditions d'engagement de la responsabilité pour faute étaient réunies et a considéré que les requérants disposaient d'une créance s'analysant en une « valeur patrimoniale ». Examinant ensuite la manière dont cette créance aurait été traitée en droit interne sans l'intervention de la loi litigieuse, la Cour a estimé que, compte tenu de l'arrêt *Quarez* et de la jurisprudence constante établie depuis par les juridictions administratives en la matière, les requérants pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice, y compris les charges particulières découlant du handicap de leur enfant tout au long de sa vie.

• 46. La Cour en a déduit que l'application rétroactive de la loi du 4 mars 2002 avait fait perdre aux parents « une valeur patrimoniale préexistante et faisant partie de leurs biens, à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les

Déjà troublé, le scénario du feuilleton échoua à s'éclaircir. La raison : une censure des règles de droit transitoire figurant dans la loi de 2005 non assortie de directives quant à la date à laquelle celle-ci prend effet (*Cons. const.*, 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Viviane L.* : *JurisData* n° 2010-030572 ; *JCP G* 2011, p. 1149, note C. Byk). Résultat : une appréciation différente suivant qu'il s'agit du Conseil d'État, dont la position sera celle de l'application de ces règles aux naissances antérieures au 7 mars 2002 pour autant que la procédure d'indemnisation ait été engagée par les parents après cette date (*V. not. CE, ass.*, 13 mai 2011, n° 329290, *Vivianne A. et a.* : *JurisData* n° 2011-008423, mais aussi, dans le cadre de l'affaire portée par les époux M. et leur enfant devant la Cour européenne, *CE, ass.*, 31 mars 2014, n° 345812, *CH de Senlis* : *JurisData* n° 2014-006557), ou de la Cour de cassation qui va les écarter indépendamment de la date d'introduction de la procédure (*Cass. 1^{re} civ.*, 14 nov. 2013, n° 12-21.576 : *JurisData* n° 2013-025523. - *Cass. 1^{re} civ.*, 15 déc. 2011, n° 10-27.473 :

JurisData n° 2011-028173. - *Cass, ass. plén.*, 8 juill. 2008, n° 07-12.159 : *JurisData* n° 2008-044756).

L'affaire N. M et a. – On l'aura compris. C'est dans un contexte juridique et jurisprudentiel complexe que s'inscrit le nouvel épisode N. M et a. contre France. Un épisode dont la question dramatique s'avère plus étroite qu'attendue dès lors que seul le grief tiré de la violation de l'article 1^{er} est examiné au fond.

2. Le nouvel épisode strasbourgeois

La qualité du droit interne comme pierre angulaire du contrôle. – Si une telle prise en compte n'a en soi rien de surprenant, à la fois parce qu'est en jeu l'applicabilité de l'article 1^{er} dans son volet « créance » (*CEDH*, 20 nov. 1995, n° 17849/91, *Pressos Compania Naviera et a. c/ Belgique*) et que toute atteinte aux droits qu'elle protège doit classiquement « satisfaire l'exigence de légalité » (n° 66328/14, *N.M. et a., préc.*, § 59

- *CEDH, gde ch.*, 25 oct. 2012, n° 71243/01, *Vistiņš et Perepjolkins c/ Lettonie*), il est plus étonnant que celle-ci amène la Cour pour un même grief à louer d'un côté sa stabilité et à dénoncer de l'autre ses dissonances.

Une constance du droit interne permettant d'établir l'existence d'un « bien » au sens de l'article 1^{er}. – La jurisprudence européenne est parfaitement établie. Étendue à celle d'« intérêt substantiel » (*CEDH*, 27 nov. 2007, n° 21861/03, *Hamer c/ Belgique*), la notion autonome de « bien » (*CEDH*, 23 févr. 1995, n° 15375/89, *Gasus Dosier c/ Pays-Bas*) s'applique aux créances, y compris virtuelles (n° 17849/91, *Pressos Compania Naviera et a., préc.*). L'arrêt N. M et a. en fournit un nouvel exemple à propos d'une créance en réparation d'un dommage. Fidèle à ses acquis (*V. not. CEDH, gde ch.*, 28 sept. 2004, n° 44912/98, *Kopecky c/ Slovaquie*), la Cour rappelle en effet que si « l'espérance légitime » de voir concrétiser sa créance n'est pas en elle-même constitutive d'un intérêt patrimonial, cet intérêt

plus hautes juridictions nationales » (§ 82 de l'arrêt Draon et § 90 de l'arrêt Maurice).

• 47. S'agissant du cas de l'espèce, pour caractériser l'existence d'un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention, il convient de tenir compte du droit interne en vigueur lors de l'ingérence dont se plaignent les requérants : il s'agissait du régime prétoire de responsabilité pour faute présenté ci-dessus. La Cour relève que ni le centre hospitalier, ni le Gouvernement ne contestent que l'erreur de diagnostic commise lors des échographies prénatales ait été constitutive d'une faute ayant causé un dommage. Le seul point en litige est la date du fait générateur de la créance. Le Gouvernement, reprenant la solution retenue par le Conseil d'État dans sa décision du 31 mars 2014, soutient que, faute d'avoir engagé une instance avant le 7 mars 2002, les requérants n'étaient pas titulaires à cette date d'un droit de créance indemnitaire, lui-même constitutif d'un « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention.

• 48. La Cour ne saurait souscrire à cette thèse. Elle relève que les juridictions nationales ont établi sans ambiguïté, dans le cadre des décisions rendues, et à tous les stades de ces procédures, l'existence d'une faute ainsi que d'un lien de causalité directe entre la faute commise et le préjudice subi [...]. Pour effectuer ce constat, les juridictions se sont fondées d'abord sur la jurisprudence Quarez précitée, puis sur les dispositions de la loi du 4 mars 2002, qui n'ont d'ailleurs pas modifié les conditions d'établissement du lien de causalité entre la faute, même caractérisée, et le préjudice des parents de l'enfant né handicapé.

• 49. [...]. La Cour estime que, compte tenu des principes de droit commun français et de la jurisprudence constante en matière de responsabilité selon lesquels la créance en réparation prend naissance dès la survenance du dommage qui en constitue le fait générateur [...], les requérants pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice correspondant aux frais de prise en charge de leur enfant handicapé dès la survenance du dommage, à savoir la naissance de cet enfant. S'agissant de la date du fait généra-

teur de la créance en réparation, qui est la question centrale relative à l'existence de l'espérance légitime contestée par le Gouvernement, cette affaire, comme les affaires Maurice et Draon, se distingue donc de l'affaire Pellegrin c. France citée par le Gouvernement, relative au droit successoral et dans laquelle il existait une controverse sur l'interprétation et l'application du droit interne.

• 50. Il s'ensuit que, de l'avis de la Cour, les requérants détenaient une créance qu'ils pouvaient légitimement espérer voir se concrétiser, conformément au droit commun de la responsabilité pour faute, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement à l'intervention de la loi litigieuse. Ils étaient donc titulaires d'un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, lequel s'applique dès lors en l'espèce.

• 51. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé ni irrecevable pour un autre motif visé à l'article 35 de la Convention, la Cour le déclare recevable.

B. - Sur le fond

[...]

Appréciation de la Cour

a) Sur l'existence d'une ingérence dans le droit au respect d'un « bien »

[...]

• 57. En l'espèce, la Cour relève qu'il n'est pas contesté que l'application au litige porté par les requérants des dispositions de l'article L. 114-5 du CASF qui ont exclu par principe l'indemnisation des frais liés à la prise en charge du handicap de leur fils constitue une ingérence s'analysant en une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole no 1. Il lui faut donc rechercher si l'ingérence dénoncée se justifie sous l'angle de cette disposition.

suite p. 630

peut être considéré « comme possédant une « valeur patrimoniale » [...] s'il a une base suffisante en droit interne, par exemple [s']il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux » (n° 66328/14, N.M. et a., préc., § 42). Et tel était le cas en l'espèce.

À l'instar des arrêts Maurice et Draon, la Cour observe qu'au moment de l'adoption de la loi du 4 mars 2002, les époux M. détenaient, au vu de la jurisprudence constante du Conseil d'État (V. l'arrêt n° 133238, Quarez), du fait que cette loi n'a « pas modifié les conditions d'établissement du lien de causalité entre la faute, même caractérisée, et le préjudice des parents de l'enfant né handicapé » (n° 66328/14, N.M. et a., préc., § 48) mais aussi de la convergence des jurisprudences administrative (CE, 29 mars 2000, n° 195662 : JurisData n° 2000-060198. - CE, 27 oct. 2000, n° 222672) et judiciaire (Cass. 2^e civ., 21 mars 1983, n° 82-10.770. - Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2009, n° 08-20.570 : JurisData n° 2009-050652) quant à la date à laquelle elle aurait été constituée en droit interne sans son application (i.e. à la date où se produit le fait générateur du dommage),

une créance – « correspondant au droit à l'indemnisation des frais liés à la prise en charge d'un enfant né handicapé après une erreur de diagnostic prénatal » et « s'analysant en une « valeur patrimoniale » – dont ils pouvaient légitimement espérer qu'elle se concrétise s'agissant d'une naissance antérieure au 7 mars 2002 (n° 66328/14, N.M. et a., préc., §§ 49-50). Aussi le Conseil d'État, choisissant d'appliquer les règles nouvelles à leur demande, commet-il une ingérence constitutive d'une privation de propriété (n° 66328/14, N.M. et a., préc., § 57).

Une divergence de jurisprudences justifiant de conclure à l'existence d'une base légale insuffisante. – En effet, aussi nécessaire soit-elle, « l'existence d'une base légale en droit interne ne suffit pas, en tant que telle, à satisfaire au principe de légalité ». Encore faut-il que « cette base légale présente une certaine qualité » : celle d'être « compatible avec la prééminence du droit et d'offrir des garanties contre l'arbitraire » (n° 66328/14, N.M. et a., préc., § 59. - CEDH, 13 déc. 2001, n° 45701/99, Église métropolitaine de

Bessarabie c/ Moldova). Autrement dit, que les normes juridiques fondant la privation de propriété soient « suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application » (n° 66328/14, N.M. et a., préc., § 59. - CEDH, gde ch., 5 janv. 2000, n° 33202/96, Beyeler c/ Italie). Qu'en est-il alors de la présente affaire où il y a divergence d'interprétation entre juges suprêmes quant à la portée de l'inconstitutionnalité des règles de droit transitoire litigieuses ? Le Conseil d'État interprétant – dans une logique processuelle inspirée de celle du juge constitutionnel – le dispositif de la décision QPC de 2010 à la lumière de ce qu'il estime être les motifs qui en constituent le support nécessaire afin d'en déduire que le dispositif « anti-Perruche » s'applique à l'égard des naissances antérieures à son entrée en vigueur pour lesquelles aucune instance n'a été engagée à cette date (CE, ass., 13 mai 2011, n° 329290, préc. - CE, ass., 31 mars 2014, n° 345812, préc.). Là où la Cour de cassation – se réclamant de la Convention et confirmant sa position passée (Cass. ass. plén., 8 juill. 2008, n° 07-12.159, préc.)

suite de la p. 629

b) Sur la justification de l'ingérence

• 58. Les parties divergent sur la question de savoir si l'ingérence litigieuse a été « prévue par la loi », ainsi que l'exige l'article 1 du Protocole no 1.

• 59. La Cour relève d'abord que toute atteinte aux droits protégés par l'article 1 du Protocole n° 1 doit en effet satisfaire l'exigence de légalité (Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie [GC], n° 71243/01, § 95, 25 octobre 2012, c. Lettonie [GC], et Béláné Nagy c. Hongrie [GC], n° 53080/13, § 112). Toutefois, l'existence d'une base légale en droit interne ne suffit pas, en tant que telle, à satisfaire au principe de légalité. Il faut, en plus, que cette base légale présente une certaine qualité, celle d'être compatible avec la prééminence du droit et d'offrir des garanties contre l'arbitraire. Les normes juridiques sur lesquelles se fonde une privation de propriété doivent ainsi être suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application (Lekič c. Slovénie [GC], n° 36480/07, § 95, 11 décembre 2018 ; [...]). Des divergences dans la jurisprudence peuvent créer une insécurité juridique qui est incompatible avec les exigences de l'état de droit (Molla Sali c. Grèce [GC], n° 20452/14, § 153, 19 décembre 2018).

• 60. En l'espèce, la Cour constate, en premier lieu, que, selon les termes de la décision n° 2010-2 QPC du Conseil constitutionnel, le 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, soit l'ensemble du dispositif transitoire ayant prévu l'application rétroactive de l'article L. 114-5 du CASF, est abrogé. Ainsi que cela ressort du commentaire rédigé par les services du secrétariat général du Conseil constitutionnel [...], la suppression de cette disposition de droit transitoire laisse immédiatement place à l'application des règles de droit commun relatives à l'application de la loi dans le temps.

• 61. Il s'ensuit que, compte tenu de l'abrogation de la totalité du dispositif transitoire et en l'absence d'autre disposition législative le prévoyant expressément, l'article L. 114-5 du CASF ne saurait être appliqué à des faits nés antérieurement à l'entrée en vigueur

de la loi du 4 mars 2002, quelle que soit la date d'introduction de l'instance, en vertu des règles de droit commun relatives à l'application des lois dans le temps [...].

• 62. La Cour relève, en second lieu, la divergence entre l'interprétation retenue, de manière prétorienne, par le Conseil d'État de la volonté du législateur et de la portée de l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel (Ass. 13 mai 2011 précitée) et celle retenue par la Cour de cassation (Cass. Civ., 15 décembre 2011 précitée). Dans ces conditions, elle n'est pas en mesure de considérer que la légalité de l'ingérence résultant de l'application, par la décision du Conseil d'État du 31 mars 2014, de l'article L. 114-5 du CASF, pouvait trouver un fondement dans une jurisprudence constante et stabilisée des juridictions internes. La Cour en déduit que l'atteinte rétroactive portée aux biens des requérants ne saurait être regardée comme ayant été « prévue par la loi » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

• 63. Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention en ce qui concerne les deux premiers requérants.

[...]

II Sur la violation alléguée de l'article 14 de la convention combiné avec l'article 1 du protocole n° 1

[...]

• 65. Compte tenu de son constat de violation concernant le droit des deux premiers requérants au respect de leurs biens (paragraphe 63 ci-dessus), la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner le grief des requérants tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

III Sur l'application de l'article 41 de la convention

[...]

• 71. La Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, la question de l'application de l'article 41 en ce qui concerne les dommages matériel et moral ne se trouve pas en état. Il y a donc lieu de la réserver en tenant compte de l'éventualité d'un accord entre l'État défendeur et les intéressés (article 62 du règlement).

– l'écarte comme contraire à l'article 1^{er} et juge que faute pour la décision QPC de préciser une quelconque limitation du champ de l'abrogation, dans son dispositif ou dans les motifs clairs et précis qui lui sont indissociables, celui-ci ne peut s'appliquer « *au dommage survenu antérieurement, peu importe la date de l'introduction de la demande en justice* » (Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2011, n° 10-27.473, *préc.*).

Sans grande surprise, la Cour estime que « *la légalité de l'ingérence résultant de l'application, par la décision du Conseil d'Etat du 31 mars 2014, de l'article L. 114-5 du CASF, [ne] pouvait trouver un fondement dans une jurisprudence constante et stabilisée des juridictions internes* » (n° 66328/14, *N.M et a., préc.*, § 62). Il faut dire que l'arrêt *N. M et a.* ne fait pas état d'une évolution des juges français ou d'un autre moyen permettant de solutionner les discordances. Or, quand on sait que toute divergence jurisprudentielle n'est pas en soi contraire à la Convention (*la Cour faisant preuve de réalisme en admettant qu'elles sont inhérentes à tout système et peuvent durer un certain temps, conformément au processus d'unification de la jurisprudence* : V. CEDH, 13 nov. 2012, n° 45312/11, *Frimu c/ Roumanie*, § 51, où elle considère « *acceptable une période de deux ans, voire plus, de pratique judiciaire oscillante, précédant l'intervention d'un mécanisme qui la rend cohérente* »), l'on peut penser que le maintien de ce *statu quo* sur le temps long a influé le constat selon lequel l'atteinte rétroactive portée aux biens des requérants n'est pas prévue par la loi (n° 66328/14, *N.M. et a., préc.*, § 62). Avec l'arrêt *N. M et a.*, la Cour pointe donc des divergences jurisprudentielles à l'origine d'une « *insécurité juridique [...] incompatibles avec les exigences de l'état de droit* » (n° 66328/14, *N.M. et a., préc.*, § 59. - CEDH, *gde ch.*, 20 oct. 2011, n° 13279/05, *Nedjet Sahin et a. c/ Turquie* : *JurisData* n° 2011-033452). À la fois parce que pouvant conduire à des résultats imprévisibles ou arbitraires mais aussi parce que pouvant priver les individus d'une protection efficace de leurs droits (CEDH, 30 mai 2000, n° 31524/96, *Belvedere Alberghiera Srl c/ Italie*). Reste à savoir si la Cour n'aurait pas pu faire preuve d'une plus grande audace dans ce qu'elle reproche à l'État défendeur.

3. La portée des conclusions retenues par la Cour EDH

Le caractère élusif de la motivation strasbourgeoise. – L'arrêt *N. M et a.* n'échappe pas à la critique. L'on peut en effet se demander si en affirmant, après avoir pris appui sur le commentaire officiel de la décision QPC de 2010 (n° 66328/14, *N.M et a., préc.*, § 60), « *qu'en raison de l'abrogation du dispositif transitoire et en de l'absence d'autre disposition législative le prévoyant expressément, l'article L. 114-5 du CASF ne saurait être appliqué à des nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, quelle que soit la date d'introduction de l'instance, en vertu des règles de droit commun relatives à l'application des lois dans le temps* » (n° 66328/14, *N.M et a., préc.*, § 62), le juge européen signifie que la position de la Cour de cassation est *in fine* la bonne au regard de la Convention ? Au-delà, faut-il comprendre que la solution des arrêts *Maurice et Draon* de 2005 – tenant à ce que les requérants ont supporté une « *charge spéciale et exorbitante* » qui, rompant « *le juste équilibre* » devant exister entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde de l'intérêt individuel, a violé l'article 1^{er} – avait également vocation à s'appliquer dans le cas d'une demande d'instance introduite après (cas des époux *M.*) et non pas avant (arrêts *Maurice et Draon*) le 7 mars 2002 dès lors que le dommage lui est antérieur ? En d'autres mots, peut-on déduire de l'arrêt *N. M et a.* que la date d'engagement de l'action en justice est une considération indifférente pour établir la violation de l'article 1^{er} ?

La mesure du second positionnement strasbourgeois. – Notons d'abord que la Cour refuse à nouveau (*V. les arrêts Maurice et Draon*) d'examiner le grief tiré d'une violation des articles 14 et 1^{er} combinés parce qu'elle vient de conclure à la violation du droit au respect des biens. Or, quand on sait qu'en plus d'impacter la prévisibilité du droit interne, les divergences observées conduisent à mettre en œuvre un régime de responsabilité foncièrement différent pour des actions engagées après le 7 mars 2002, suivant que la prise en charge de la grossesse se fait dans un hôpital public ou une clinique privée, la persistance de ce choix peut interroger. Est-ce à dire par

ailleurs que si le grief tiré de la violation de l'article 6, § 1 n'avait pas été jugé irrecevable au motif que les juges internes, non saisis de ce dernier, même en substance, n'ont pu se prononcer sur ce dernier ou des moyens d'effet équivalent ou similaire fondés sur le droit interne (n° 66328/14, *N.M et a., préc.*, § 36), la Cour aurait confirmé – de façon également contestable si l'on considère les effets de la loi Kouchner et sa jurisprudence sur les lois de validations (CEDH, *gde ch.*, 28 oct. 1999, n° 24846/94 et *a.*, *Zielinski et Pradal et a.* ; GACEDH n° 29) – qu'il n'est pas non plus nécessaire de l'aborder (*V. les arrêts Maurice et Draon*) ?

L'on peut regretter ensuite que l'arrêt *N. M et a.* ne remette pas plus clairement en cause l'insuffisance de la motivation du Conseil constitutionnel. À la fois parce que cette insuffisance est directement à l'origine des divergences conduisant à la violation de l'article 1^{er} mais aussi parce qu'une attitude plus incisive sur ce plan aurait pu relancer les discussions sur les limites – ne serait-ce qu'en termes de bonne administration de la justice et d'autorité du juge – de ce qui est une externalisation officielle des motifs des décisions constitutionnelles qui, n'étant pas délibérés, ne peuvent engager le Conseil ni même lui être opposés.

À suivre... – Il reste maintenant à observer la réception de cette nouvelle sanction en droit interne. Dans l'immédiat, le dialogue est en tout cas souhaité puisque la Cour – réservant la question de l'application de l'article 41 de la Convention en ce qui concerne les dommages matériel et moral, car ne se trouvant pas en état (n° 66328/14, *N.M. et a., préc.*, § 71) – appelle explicitement, comme elle l'avait déjà fait dans les arrêts *Maurice et Draon* (*V. respectivement leur § 133 et § 122*), l'État défendeur à conclure un règlement amiable avec les requérants (*Règlement, art. 62*).

Texte : Conv. EDH, 4 nov. 1950, Prot. n° 1, art. 1^{er} ; L. n° 2002-303, 4 mars 2002, art. 1^{er} ; L. n° 2005-102, 11 févr. 2005, art. 2 ; C. civ., art. 2 ; CASF, art. L. 114-5
Encyclopédies : Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 440-20, par Stéphanie Porchy-Simon ; Civil Code, art. 1240 à 1245-17, Fasc. 440-20, par Stéphanie Porchy-Simon



Cour d'appel de Lyon

ATELIER RÉGIONAL DE JURISPRUDENCE

LICENCIEMENT

402

Refus de porter des vêtements d'entreprise : un peu de tenue !

Franck BAVOZET, analyste JurisData

CA Lyon, ch. soc. A, 9 févr. 2022,
n° 19/02319 : JurisData n° 2022-002026

Un chauffeur-livreur a été licencié pour faute en raison de son refus de porter la tenue de travail fournie par l'entreprise. Suite à son rachat par un groupe international, l'employeur a en effet souhaité renouveler son image en imposant à cette catégorie de salariés le port d'une tenue supportant les nouveaux critères distinctifs de l'entreprise : couleurs, logo, dénomination.

Validé par le juge prud'homal, le licenciement du salarié a été confirmé par la cour d'appel de Lyon dans son arrêt du 9 février 2022, aux motifs que « [son] refus réitéré de porter aux heures du travail la tenue (...) fournie par l'employeur (...) constituait un acte d'insubordination qui [justifiait] la rupture du contrat de travail ».

Répondant aux arguments du salarié, dont l'un assez déconcertant, censés justifier son refus, la cour d'appel revient sur quelques-unes des conditions qui autorisent l'employeur à limiter la liberté vestimentaire des salariés.

Tout d'abord, nulle obligation d'une clause spécifique dans le contrat de travail, une clause du règlement intérieur imposant, comme en l'espèce, le port d'un vêtement exclusivement dans le cadre de l'activité professionnelle suffit (C. trav., art. L. 1321-3). Ensuite, indépendamment des motifs de sécurité souvent invoqués, des restrictions

peuvent être imposées aux salariés en raison de l'exercice de certaines fonctions, notamment lorsque le port d'un insigne distinctif est justifié au regard de l'intérêt de la clientèle. Or, l'employeur a justement relevé que le salarié était, en tant que chauffeur-livreur, en contact fréquent avec celle-ci.

Enfin, la restriction apportée à cette liberté individuelle doit être proportionnée au but recherché (Cass. soc., 12 nov. 2008, n° 07-42.220 : JurisData n° 2008-046041). Là encore, l'employeur a légitimement considéré qu'il était indispensable pour l'entreprise, ayant récemment intégré un groupe international reconnu aux multiples filiales implantées en Europe, d'uniformiser les tenues de travail de ses salariés en France. Ainsi, devant un tel équilibre, on ne peut que regretter la tentative du salarié de justifier son attitude en arguant d'une véritable souffrance au travail (au reste non-établie) due au port de cette tenue, notamment en raison de la dénomination de l'entreprise, en l'occurrence un sigle composé de trois initiales (nous laissons au lecteur le soin de le reconstituer à partir du nom complet : « Deutscher Paket Dienst »). D'autant qu'on imagine que cette entreprise d'envergure internationale a dû bien réfléchir à sa dénomination avant de s'implanter sur le marché français. Qu'on se souvienne de la marque d'optique japonaise Hyperc., dont l'implantation en France n'a pas eu le succès escompté !

Atelier régional de jurisprudence

Sous la direction de Xavier Pin, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Jean moulin, Lyon III.

Composition : Franck Bavoze et Jean-Christophe Bonneau.

L'ARJ remercie M. Régis Vanhasbrouck, premier président de la cour d'appel de Lyon et l'ensemble des magistrats et greffiers qui alimentent la base JuriCa, ainsi que tous les analystes extérieurs qui apportent leur concours à rédaction des abstracts et résumés.



LA CONFÉRENCE DES DOYENS

403

Lyon 3 relance la Semaine de l'Europe

Hervé de Gaudemar, doyen

Conforté par le succès rencontré lors de sa première édition en 2019, la faculté de droit de l'université Jean Moulin Lyon 3 a organisé une nouvelle « Semaine de l'Europe » du 21 au 25 mars 2022. La programmation de cette semaine a été élaborée par notre Centre d'études européennes en partenariat avec le Parlement européen et la Maison des européens de Lyon. Mêlant projections-cinématographiques, documentaires, tables rondes, workshops participatifs, quizz et jeux interactifs, l'Europe s'est donnée à débattre de multiples façons.

Deux films (*Great Freedom*, *La voix d'Aïda*) en lice pour le prix Lux, prix cinématographique décerné par le Parlement européen, ont permis au public, étudiant et non étudiant, de mieux saisir l'incidence de l'héritage historique que portent les européens sur les valeurs de l'Union européenne tandis que le documentaire *Bruxelles*, ton univers impitoyable nous a éclairé, à la manière d'un thriller politique, sur l'élaboration de deux accords historiques portant sur le climat et le fonds de relance de 750 milliards d'euros. Cette immersion inédite dans les coulisses du pouvoir européen a été plus qu'instructive.

S'est aussi ajoutée une table ronde sur les plateformes numériques, en présence de représentants majeurs des GAFAM, ou encore, actualité oblige, une conférence sur le conflit en Ukraine avec la participation du journaliste et député européen Bernard Guetta et de plusieurs universitaires spécialistes de droit international public et relations internationales. Cette semaine particulière s'est close par la tenue de workshops pour « imaginer et construire l'Europe sociale de demain ». Rendez-vous est par ailleurs pris pour la prochaine édition de la Semaine de l'Europe, en 2023, toujours dans la semaine du 21 mars !

Dans le prolongement de la Semaine de l'Europe, on peut encore signaler l'organisation d'une seconde conférence sur le conflit en Ukraine, ce 4 avril.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Simplifier le droit et en améliorer la qualité sont deux ambitions affichées par les pouvoirs publics depuis plusieurs décennies, en réponse à la dénonciation constante d'une inflation normative source de complexité. On aurait pu s'attendre à ce que ces thèmes figurent en bonne place dans les programmes des candidates et candidats à l'élection présidentielle. Les réponses que sept d'entre eux ont bien voulu apporter au questionnaire qui leur a été envoyé montrent toutefois que cette place reste secondaire. Si ces candidats reconnaissent volontiers qu'il s'agit là d'une priorité politique, les pistes d'amélioration annoncées traduisent un investissement relatif et inégal des équipes de campagne sur la question. Celle-ci est rarement appréhendée avec la technicité requise, le sujet suscitant davantage des postures politiques que des analyses fines des facteurs de la situation actuelle et des initiatives à mettre en œuvre.

404

Changer de culture normative

Regards croisés sur les réponses des candidats à l'élection présidentielle



Étude rédigée par
DIDIER MARTIN
CÉDRIC GROULIER



Didier Martin est avocat associé au cabinet Bredin Prat, membre du Club des juristes
Cédric Groulier est maître de conférences en droit public à Sciences Po Toulouse, membre du LaSSP et de l'Observatoire de légistique

1 - Le colloque « *Changer de culture normative. Améliorer la qualité du droit par la généralisation des bonnes pratiques* » a rassemblé en novembre 2020 les meilleurs spécialistes parmi ceux qui élaborent, appliquent ou interprètent la loi. Les « *46 propositions pour améliorer la qualité du droit* » qui en étaient issues ont été publiées et envoyées aux plus hauts responsables politiques et institutionnels en juillet 2021 (*V. Pour Aller plus loin*). Il est aujourd'hui naturel de donner une place à la question de la qualité et de la simplification du droit dans le débat public, à l'approche des élections présidentielles.

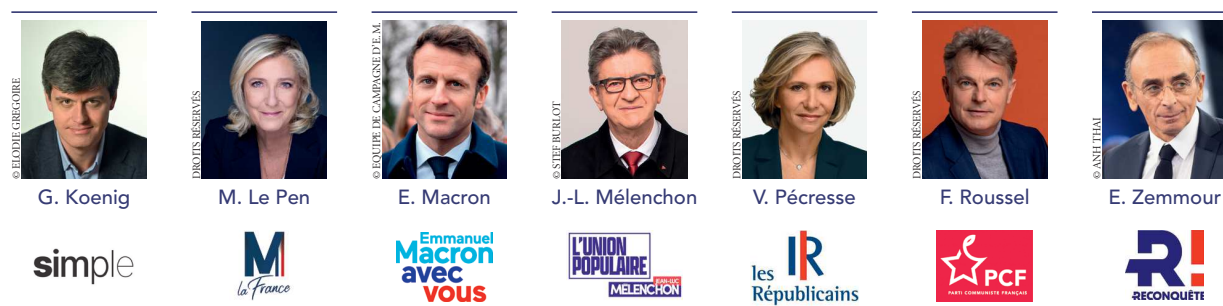
C'est pourquoi le Conseil national d'évaluation des normes, le Centre de recherche Marchés, Institutions, Libertés de l'Université Paris-Est Créteil et LexisNexis, avec le concours de l'Observatoire de légistique et du Club des juristes, ont soumis un questionnaire aux candidats à l'élection présidentielle sur la qualité du droit et sa simplification afin de recueillir leurs projets et propositions sur ce thème.

Sept candidats, couvrant le champ le plus large des courants d'idées, ont bien voulu apporter leurs réponses. Si l'un d'entre eux, Gaspard Koenig, n'a pas obtenu le nombre de parrainages nécessaires pour se présenter à l'élection présidentielle, ses réponses sont tout de même reproduites ici, en raison de leur contribution au débat sur la simplification du droit.

Ces réponses sont ici présentées sous forme synthétique et font l'objet des regards croisés de Didier Martin et Cédric Groulier.

1. Les réponses des candidats au questionnaire sur la simplification normative et la qualité du droit

2 - Les réponses apportées par les candidats sont présentées ci-dessous sous forme de tableaux synthétiques. Elles sont accessibles dans leur version intégrale sur le site d'informations en libre accès **Tendance droit** : <https://bit.ly/3NfPRfu>



QUESTION 1

Si vous êtes élu, comptez-vous ériger la politique de qualité du droit en politique publique prioritaire ?

Candidat	→	Réponse
G. Koenig	→	C'est la priorité absolue du programme proposé
M. Le Pen	→	Veiller à ce que le droit soit aussi intelligible que possible, notamment : - en permettant aux juges constitutionnel et administratif de censurer les textes qui ne le sont pas, - et en n'intégrant dans les projets de lois soumis au Parlement ou au référendum que les dispositions utiles , à l'exclusion de celles relevant de la communication
E. Macron	→	- La qualité du droit est une priorité de l'action publique à tous les niveaux - Une politique active doit être menée, fondée sur une forme de révolution culturelle engageant tous les acteurs, impliquant un développement de la culture juridique des citoyens, la définition d'objectifs clairs et réalistes et une adaptation de l'organisation et des procédures pour la production de normes
J.-L. Mélenchon	→	- La qualité du droit est un enjeu d'égalité dont la majorité se saisira afin de rendre le droit plus simple et accessible à toutes et tous en facilitant le recours aux experts du droit, avocats notamment - L' intervention de l'État sera requise en matière de production normative dans le but de rétablir la justice sociale, protéger les plus fragiles et affronter les défis climatiques
V. Pécresse	→	- La qualité du droit doit être un objectif public majeur sur le long terme pour libérer les énergies et assurer l'efficacité des politiques publiques - Un ministre chargé de la réforme des services publics et de la simplification placé directement auprès du Premier ministre et un « comité de la hache » (rassemblant société civile et élus) seront institués pour l'atteindre
F. Roussel	→	Faire de la qualité du droit un principe structurant du prochain quinquennat, notamment de l'activité législative à venir
E. Zemmour	→	Rattacher la politique prioritaire de qualité du droit directement à la Présidence de la République par la création d'un Haut-Commissariat à la simplification , notamment normative

QUESTION 2

Quelles sont les mesures proposées dans votre programme pour endiguer la dégradation de la qualité du droit ? En particulier, celles pour lutter contre l'inflation et l'instabilité normative ?

Candidat	→	Réponse
G. Koenig	→	Mise en œuvre du « projet Portalis », qui vise à diviser par cent le nombre de normes en remontant aux grands principes du droit et en éliminant le reste
M. Le Pen	→	- Réduire la place du droit international et du droit européen en réaffirmant le principe de la suprématie de la Constitution (par voie de référendum) - Inscrire dans la Constitution le droit fondamental à la sécurité juridique, qui implique l'élaboration d'un droit national de qualité et prévisible - Instaurer une nouvelle procédure de saisine du Conseil constitutionnel par les citoyens, après épuisement des voies de recours interne, pour faire constater la violation de leurs droits constitutionnels
E. Macron	→	- Mettre en place des actions éducatives dès le collège - Créer un service de « juristes citoyens », bénévole mais obligatoire, pour les étudiants dans le cadre de leur scolarité - Développer, dans les formations juridiques, l'apprentissage de la légistique - Instaurer un programme d'actions sur cinq ans des directions juridiques des ministères pour la simplification du stock des normes - Établir un contrôle de la qualité des textes (en flux) par le Haut fonctionnaire à la simplification normative de chaque ministère et les sections administratives du Conseil d'État - Porter une attention plus soutenue à la distinction entre les domaines législatif et réglementaire - Obliger les ministères à justifier explicitement toute modification d'un texte rédigé ou modifié depuis moins de cinq ans
J.-L. Mélenchon	→	- L'instauration de la Sixième République permettra que le droit fasse l'objet d'un débat politique spécifique, notamment sur la manière de produire et écrire les normes, débat dont il appartiendra aux représentants du peuple de s'emparer - Renforcer l'éducation juridique et la représentativité des institutions, administrations et juridictions sera également un chantier urgent
V. Pécresse	→	- Diviser par deux le poids des normes en priorisant les codes les plus volumineux - Lutter vigoureusement contre la surtransposition des directives européennes (qu'il s'agisse du stock ou du flux) et cesser de légiférer sur des matières où une directive est en préparation - Mettre en place une « règle d'or » fiscale qui imposerait la stabilité des impôts et des nombreux détails et règles de procédure qui entourent leur calcul
F. Roussel	→	- Renforcer le rôle du Parlement en lui redonnant la maîtrise de son ordre du jour et en le rendant plus représentatif - Impliquer davantage et directement les citoyens dans l'élaboration de la loi - Définir un programme clair et cohérent, structuré par un agenda, notamment pour stopper la production législative commandée par l'actualité médiatique - S'inspirer, au niveau de l'État, des travaux du CNEN visant à maîtriser les flux de textes réglementaires et évaluer les normes
E. Zemmour	→	- Donner mission au Haut-Commissaire à la simplification de s'appuyer sur les corps constitués pour élaborer et mettre en œuvre les nouvelles normes ainsi que pour identifier et supprimer les textes anciens ne correspondant plus au droit positif - Associer non seulement des juristes, bureaux en charge de la codification, professeurs de droit, juges et avocats, mais aussi la société civile à la simplification de l'État

QUESTION 3

Que feriez-vous pour lutter contre l'inflation des ordonnances de l'article 38 de la Constitution ?

Candidat	→	Réponse
G. Koenig	→	Le nombre de grands principes recodifiés et réécrits étant sacralisés , l'inflation législative sera rendue impossible, par voie de lois comme d'ordonnances
M. Le Pen	→	- Les ordonnances restent sans doute et malgré tout un mal nécessaire, en particulier pour simplifier réellement le droit - Il faut réfléchir, soit à davantage associer les commissions parlementaires à leur élaboration, soit à autoriser la législation en commission pour les textes qui le permettent - La publication des avis du Conseil d'État sur les projets d'ordonnance peut être envisagée. - Les ordonnances prises en période de crise, dans la mesure où le Parlement peut se réunir normalement, ne devraient pas demeurer en vigueur au-delà de 15 jours sans une ratification parlementaire expresse
E. Macron	→	- L'usage des ordonnances est justifié pour certaines réformes de nature technique ou complexe au regard de l'agenda des assemblées - Dans ce cadre, il faut néanmoins rendre plus efficace le processus parlementaire (travail en commission plus poussé et meilleure organisation du droit d'amendement), associer les parlementaires à la rédaction des ordonnances et renforcer le débat parlementaire au moment de leur ratification
J.-L. Mélenchon	→	Le recours aux ordonnances sera limité et le contrôle parlementaire rétabli
V. Péresse	→	- La pratique des ordonnances garde son utilité, notamment dans des domaines techniques, mais il faut que le pouvoir législatif s'exerce à nouveau ; - dans ce cadre, l'inflation normative doit être stoppée pour donner la priorité à la bonne exécution des lois existantes. - Le Parlement comme le Gouvernement doivent passer plus de temps dans la mise en œuvre et l'exécution
F. Roussel	→	- Revenir au régime parlementaire classique, avec un Gouvernement responsable devant le seul Parlement, pour que le Gouvernement n'ait plus intérêt à utiliser les ordonnances de l'article 38. - Il faut engager une discussion avec les parlementaires et la population française afin de savoir s'il est nécessaire de conserver cette disposition constitutionnelle
E. Zemmour	→	Sur le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution comme sur d'autres sujets relatifs à notre « ingénierie législative », il faut renouer avec l'esprit de la Constitution de 1958 et retrouver les voies d'un équilibre sain entre les pouvoirs exécutif et législatif

QUESTION 4

Que proposez-vous pour améliorer la qualité des études et fiches d'impact et, plus largement, l'évaluation *ex ante* et *ex post* des normes ?

Candidat	→	Réponse
G. Koenig	→	- Le Parlement doit retrouver son rôle premier : le contrôle de l'action du Gouvernement - L'évaluation doit être l'essentiel de sa mission
M. Le Pen	→	- Pour assurer une meilleure compréhension des enjeux et des conséquences techniques : - prendre l'engagement que les études et fiches d'impact seront d'une bien meilleure qualité quand elles porteront sur des mesures politiques fortes - en finir avec les projets d'essence technocratique ou inspirés par les lobbies
E. Macron	→	- Pour doter le Parlement d'outils d'évaluation, France Stratégie doit lui être rattachée afin d'évaluer l'impact des projets de réforme, contrôler la qualité des études d'impact et évaluer ex post les politiques publiques - Les études d'impact doivent insister sur la faisabilité des mesures proposées (sous l'angle de l'impact financier, des effets attendus et de l'absence de charge supplémentaire injustifiée liée à leur application)
J.-L. Mélenchon	→	- Restaurer les moyens de l'action publique ainsi que de la recherche publique, notamment en droit, histoire du droit et sociologie du droit (sciences qui constituent un outil indépendant du pouvoir politique, capable de suggestions d'intérêt général et de comparaisons internationales) - Lancer un vaste chantier d'évaluation des normes expérimentales afin de prévenir un risque de différenciation sociale

Candidat	→	Réponse
V. Péresse	→	- Intégrer aux études d'impact une évaluation sérieuse et systématique du poids des normes (du point de vue de leur complexité et de leur coût) - Le Gouvernement doit présenter au Parlement une fois par an le résultat de son action de dé-bureaucratization - Hisser l'État au niveau des meilleurs standards en matière d'analyse quantitative et doter les services d'audit et d'évaluation d'équipes robustes de data scientist - Faire parfois appel à des personnalités extérieures et à des cabinets de conseil
F. Roussel	→	- Rendre l'outil des études d'impact systématique (pour toutes les lois), plus efficace et contraignant - Développer des moyens complémentaires pour s'assurer de la qualité de la loi, tels qu'une grande conférence citoyenne sur les lois
E. Zemmour	→	- Mieux définir ce que recouvre l'évaluation - Développer des outils numériques puissants, à l'image de LexImpact, dans la perspective de mesurer l'impact concret et multifacettes des modifications législatives sur la vie des Français et des entreprises

QUESTION 5

Enfin, quelles mesures prendriez-vous pour favoriser l'émergence d'une culture de la qualité du droit chez tous les acteurs concernés : ceux qui élaborent, ceux qui interprètent et ceux qui appliquent la législation et au premier rang desquels les citoyens ?

Candidat	→	Réponse
G. Koenig	→	La loi doit s'adapter au niveau de compréhension des citoyens et au temps qu'ils peuvent y consacrer, si besoin à l'aide des techniques de <i>legal design</i>
M. Le Pen	→	Replacer les citoyens au cœur de la production de la loi (nouveaux recours juridictionnels spécifiques ; référendum d'initiative populaire élargi, à la demande de 500 000 électeurs, à l'ensemble du domaine législatif, sur décision du chef de l'État ou du Parlement)
E. Macron	→	- Il faut développer la culture juridique - Plus spécifiquement, la légistique doit être enseignée plus largement, et son image améliorée
J.-L. Mélenchon	→	- Développer l'enseignement d'une culture juridique dès le plus jeune âge pour accompagner l'éveil des citoyens à la problématique de la qualité du droit - Porter un projet d'institutions ouvertes au reste de la société, où pourront être organisées des journées disciplinaires (sur le modèle des ateliers des lois où les citoyens s'assemblent pour rédiger une loi, portée ensuite dans les enceintes parlementaires par nos élus)
V. Péresse	→	- Porter la simplification et l'amélioration du droit au sommet de l'État avec une attention constante (notamment du ministre de la réforme des services publics et de la simplification, directement rattaché à Matignon) - Responsabiliser et associer tous les acteurs dans la démarche réformatrice : société civile dans le « comité de la hache », citoyens par les référendums, parlementaires par l'exercice retrouvé de leur pouvoir législatif et collectivités locales dans le cadre de conférences très régulières
F. Roussel	→	- Inclure davantage les citoyens, par la création de conférences citoyennes, l'instauration d'un droit de pétition et le référendum d'initiative populaire - Mieux former les acteurs du droit et rendre plus démocratique l'accès aux études de droit - Redonner toute sa place à la justice, en augmentant ses moyens humains et matériels
E. Zemmour	→	Viser la simplicité et la clarté d'écriture que permet la langue française , à l'instar des rédacteurs du Code civil de 1804, car celle-ci est la clef principale de la sécurité juridique, de la durabilité des normes et de la clarté d'interprétation

Liste des candidats qui n'ont pas pu ou pas souhaité répondre au questionnaire qui leur a été envoyé

Nathalie Arthaud (Lutte ouvrière), François Asselineau (UPR), Nicolas Dupond-Aignan (Debout la France), Anne Hidalgo (Parti socialiste), Yannick Jadot (Europe Ecologie), Jean Lassalle (Résistons !), Christiane Taubira (Primaire populaire).

3 - Avant d'entamer l'analyse sous forme de regards croisés, nous tenons à remercier les candidates et les candidats qui ont accepté de répondre aux cinq questions qui leur étaient posées. En se prêtant à cet exercice, leurs équipes respectives nous ont permis d'appréhender la manière dont les enjeux liés à la simplification et la qualité du droit sont inscrits dans la campagne pour l'élection présidentielle de 2022. Cet éclairage est d'autant plus précieux qu'il couvre un large panel de sensibilités politiques.

2. Simplification et qualité du droit : de la permanence des enjeux

4 - DIDIER MARTIN - S'il est communément admis que les Français se plaignent amèrement de la bureaucratie, du nombre trop important des lois ou de la « paperasserie » administrative, il n'en reste pas moins que ces plaintes ne sont pas au cœur du débat politique. On s'en accommode, chacun s'est habitué à naviguer devant autant de contraintes, et il arrive assez fréquemment que la loi non seulement, ne soit même pas connue, mais également pas respectée pour ne pas être empêché d'agir.

5 - Il est incontestable qu'il existe aujourd'hui trop de lois et de règlements administratifs, à tel point d'ailleurs qu'on ne dispose pas d'inventaire des textes applicables. Un recensement du droit en vigueur apparaît nécessaire afin de pouvoir quantifier le stock et faire des préconisations qui se fondent sur la réalité et non pas sur une estimation approximative de ce qu'il pourrait en être. Ce mal français est fustigé maintenant depuis longtemps. Il suffit de penser à Montaigne, Tocqueville... Certes, une partie de la complexité est irréductible. La technicité, l'ouverture à la concurrence de vastes secteurs d'activité, et l'Union européenne en génèrent naturellement. Elle permet d'ailleurs de sauvegarder des intérêts publics. Pour autant, elle ne doit pas s'imposer au-delà de ce qui est nécessaire.

6 - Après avoir publié son livre « *Simplifions-nous la vie* », Gaspard Koenig a déclaré sa candidature à la présidence afin que les énergies ne soient plus bridées, que l'activité économique puisse ne plus être entravée par des contraintes ou formalités excessives et pour, enfin, lutter contre les inégalités – ceux qui ont les moyens peuvent davantage s'accommoder d'une réglementation tatillonne en faisant notamment appel à des experts. Il préconise de réduire considérablement le nombre des normes pour les remplacer par des grands principes du droit.

7 - Ce n'est pas une surprise que de constater que, parmi ceux qui ciblent particulièrement la nécessaire simplification admi-

nistrative et l'instabilité des normes, la Confédération générale des PME est particulièrement critique. Les grandes entreprises savent composer avec l'excès de normes. Ce sont les petites entreprises, les entrepreneurs ou commerçants personnes physiques qui ont beaucoup plus de mal à subir les complexités et lenteurs dont elles sont victimes. Ce sont les mêmes d'ailleurs qui peuvent faire l'objet de sanctions lourdes en cas de violations formelles d'une réglementation très tatillonne. L'inégalité entre les entreprises se creuse très clairement lorsqu'il s'agit d'absence de simplification.

8 - La volonté de simplifier et d'éviter des réglementations trop nombreuses a été partagée par bon nombre de responsables politiques. Pour autant, les pouvoirs en place ont agi en faisant fi de tous les constats et recommandations qui ont pu être faits maintenant depuis plus de 30 ans. Rappelons que nous avons eu droit à un secrétariat d'État à la simplification, à différentes promesses d'un « choc de simplification » et à de nombreux rapports comme celui d'Alain Lambert et Jean-Claude Boulard pour faciliter la vie des collectivités territoriales. Les 3 rapports du Conseil d'État sur cette question font état de nombreux travaux, et de nombreuses commissions ont été créées en vue de cette simplification.

9 - Les effets de ces nombreuses initiatives sont cependant demeurés limités. Seule une volonté politique déterminée pourrait changer l'ordre des choses. Mais, en dehors du programme de Gaspard Koenig, aucun autre candidat ne met au centre de ses priorités un tel changement.

10 - Cette dérive est pratiquée par les différents gouvernements quelle que soit leur couleur politique dans la mesure où cette situation ne donne pas lieu à une revendication politique suffisamment précise et appropriable par les électeurs pour voter plus particulièrement pour tel ou tel candidat. Suivant l'expression attribuée au Président Georges Pompidou « *il faudrait arrêter d'emmerder les Français* », mais rien depuis n'a véritablement évolué. Il est vrai que l'on ne perd ni ne gagne une élection sur la thématique de l'inflation législative ou la nécessaire simplification. Le fait que Gaspard Koenig, qui avait mis au centre de son programme la réduction révolutionnaire des normes et la simplification administrative, n'ait pu recueillir les signatures nécessaires à sa candidature en est une belle illustration.

11 - Pourtant, il est unanimement considéré que l'allègement des contraintes conduit à une augmentation du taux de croissance. L'OCDE a fait de nombreuses études sur cette question et personne ne le conteste véritablement. C'est d'ailleurs avec une finalité d'économie pour les agents économiques que des réductions de normes en vigueur sont intervenues. À chaque

« Le thème de la qualité du droit n'est pas très « rentable » électoralement. Ainsi s'explique peut-être (...) la tonalité dans l'ensemble assez générale des réponses apportées au questionnaire, réponses plus politiques que techniques (...) » (C. G.)

nouvelle norme devait correspondre la suppression de deux anciennes. C'était sans compter tous les émetteurs de normes qui peuvent exister en plus du législateur et sans compter l'allongement des lois nouvelles par rapport aux lois anciennes. Sans parler bien sûr du prurit compulsif du législateur.

12 - Cette inflation s'accompagne également d'une certaine lenteur dans le vote de la loi et la publication des mesures réglementaires d'application. Le vote d'une loi prend souvent trop de temps. Six mois en moyenne est trop long. S'il s'agit de réagir rapidement, il faudrait que des réformes nécessaires permettent que la loi puisse être votée dans des délais plus courts. Le contrôle de l'administration par les ministres étant insuffisant, le texte des décrets peut prendre du retard et le contrôle de l'application est laissé aux directions centrales qui peuvent hésiter sur les mesures d'application ou ne pas souhaiter la mise en œuvre de réformes sans qu'il n'y ait l'autorité d'un ministre l'imposant. C'est ainsi que les textes d'application prennent souvent de nombreux mois à être publiés et bien plus que les 6 mois qui seraient théoriquement la pratique à respecter.

13 - Le constat critique de cette situation, inflation inutile et lenteur d'exécution, est partagé par l'ensemble des candidats qui ont répondu. Emmanuel Macron ne semble attendre d'évolution que s'il intervient une « révolution culturelle » de tous les acteurs et notamment du développement de la culture juridique des citoyens.

14 - Toutes ces questions sont complexes mais il faut espérer qu'un programme politique puisse réaliser la petite révolution nécessaire. Qu'en est-il pour ces élections ?

3. Une approche politique à défaut d'être technique

15 - CÉDRIC GROULIER - Comme cela vient d'être souligné, en dépit des incantations et de l'indignation faciles, la qualité du droit n'est pas au cœur des préoccupations des Français ; ce thème n'est donc pas très « rentable » électoralement. Ainsi s'explique peut-être la relative brièveté et la tonalité dans l'ensemble assez générale des réponses apportées au questionnaire, réponses plus politiques que techniques, d'autant qu'elles ne sont pour la plupart guère fondées sur de solides données empiriques.

16 - Une lecture attentive laisse ainsi entrevoir d'assez logiques différences d'appréhension politique de la question. La complexité normative, l'accès au droit, le poids des réglementations constituent en effet des enjeux qui se prêtent à une lecture idéologique, d'autant que la qualité du droit est aussi

affaire de quantité de droit¹ et interroge nécessairement le rôle de l'État et son emprise sur la société. En ce sens, et c'est bien légitime, chaque candidat s'adresse à son électorat et à ses préoccupations supposées ou avérées en la matière.

17 - Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'approche de Valérie Pécresse soit plus sensible que d'autres aux considérations économiques, ainsi qu'en témoignent les données et sources qu'elle mobilise² et les propositions qu'elle avance : diviser par deux le poids des normes, libérer l'initiative des entreprises, lutter contre les surtranspositions des directives européennes³, stabiliser le droit fiscal, améliorer la gestion publique, etc. Cette attention est également perceptible dans les propositions d'Emmanuel Macron, qui se montre notamment soucieux de l'attractivité de la France pour les investisseurs étrangers. Jean-Luc Mélenchon estime quant à lui que « le débat sur l'excès des normes est un trompe-l'œil car cette critique encourage implicitement le retrait de l'État ». Il entend ainsi mettre en garde contre les conséquences de l'objectif de simplification normative, qui pourrait servir des politiques de déréglementation. « Les normes sont politiques » affirme-t-il, et doivent être mises au service de la justice sociale, de la protection des plus fragiles et de la nécessaire mobilisation face aux défis du changement climatique. Pour sa part, Marine Le Pen propose une lecture que l'on qualifiera de « souverainiste » du problème de la qualité du droit. Elle estime notamment nécessaire de réaffirmer la suprématie constitutionnelle, de contenir et organiser le reflux du droit de l'Union européenne, de moduler la portée des traités en droit interne, ou encore d'inscrire dans la Constitution les droits fondamentaux que consacraient certains traités pour en quelque sorte « renationaliser » leur garantie...

18 - Dans cette même perspective politique, les propositions des candidats pour améliorer la qualité du droit les amènent à se positionner au regard des institutions de la Vème République et des procédures et instruments de production normative qui en découlent. Si Eric Zemmour « souhaite renouer avec l'esprit de la Constitution de 1958, et retrouver les voies d'un équilibre

1 Sur cette question quantitative, V. not. Conseil d'État, Mesurer l'inflation normative, Étude présentée à l'Assemblée générale le 3 mai 2018 : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/mesurer-l-inflation-normative#> - et dans le prolongement les « statistiques de la norme » : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme#>

2 Le coût de l'inflation normative chiffré par l'OCDE et le Forum économique mondial, les économies pour les entreprises liées à la réduction des charges administratives...

3 On sait qu'elles sont intimement liées au fonctionnement du marché intérieur et dénoncées sur le terrain économique. - V. par ex. J.-L. Bourlanges et A. Chassaigne, Rapp. AN, Commission des affaires européennes, sur les méthodes de transposition des directives européennes, 14 avr. 2021 : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/duel/15b4095_rapport-information

entre pouvoirs exécutif et législatif », Jean-Luc Mélenchon propose l'instauration d'une VI^{ème} République. Ce « *changement d'architecture et de paradigme* » serait, précise-t-il, l'occasion d'un débat sur la manière de produire le droit, débat à ce stade hypothétique mais dont seule la teneur nous renseignerait effectivement sur la portée des évolutions envisagées. Il met en particulier en cause les prérogatives reconnues par la Constitution de 1958 au pouvoir exécutif (ordonnances, vote bloqué, « 49.3 », maîtrise procédurale...), qui ont selon lui conduit à un certain dessaisissement du Parlement et à une captation du pouvoir législatif par le Gouvernement. Fabien Roussel rejoint cette lecture dans la mesure où il entend remettre le Parlement « *au cœur de notre démocratie* », ce qui permettrait d'éviter les dérives que le candidat lie au « *présidentialisme* » actuel.

19 - Incarnant prétendument cette pratique, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution concentrent sans surprise un certain nombre des critiques mais divisent aussi les candidats. En effet, certains n'envisagent pas de rompre avec cet instrument, tant pour des raisons techniques – on sait par exemple qu'il y est recouru en matière de codification, de simplification ou encore de transposition des directives européennes – qu'à cause de l'encombrement de l'agenda parlementaire. Marine Le Pen évoque d'ailleurs une inédite habilitation référendaire du Gouvernement à légiférer par ordonnances. Ces candidats reconnaissent toutefois les limites d'un usage excessif de l'instrument et proposent notamment de mieux associer les parlementaires à la procédure. D'autres, plus radicaux, y voient cependant une atteinte à la séparation des pouvoirs, un facteur de déséquilibre au bénéfice de l'exécutif, et partant une sorte d'incarnation de la V^{ème} République. Ils oublient sans doute que le procédé de la législation déléguée s'accommode aussi du parlementarisme moniste. Cependant, l'usage massif de l'instrument lors de la crise sanitaire, comme la jurisprudence constitutionnelle sur les ordonnances non ratifiées⁴ qui, selon Jean-Luc Mélenchon, « *a donné au Gouvernement un pouvoir législatif sans contrôle parlementaire* », offrent à l'évidence des arguments supplémentaires à ceux qui estiment que le régime actuel favorise le désordre normatif et sape les fondements démocratiques des mesures adoptées.

20 - On remarquera enfin qu'en dépit de quelques orientations nouvelles, une partie des propositions d'Emmanuel Macron et de Valérie Pécresse tend globalement à s'inscrire dans le

prolongement des politiques menées au cours des 15 dernières années. Pas de rupture radicale en effet mais des leviers d'action puisés dans un même fonds de mesures mises en œuvre en dépit des alternances en France, ainsi que dans d'autres pays de l'Union européenne ou de l'OCDE⁵ : stabiliser le flux de normes nouvelles, réduire le stock, améliorer l'accessibilité du droit, simplifier... Cette continuité avec une approche que nous pourrions qualifier de « gestionnaire » est probablement la marque des formations politiques dites de gouvernement, instruites de l'expérience concrète des responsabilités et des marges de manœuvre limitées qu'elles autorisent⁶. Cela étant, ces années d'expériences ont aussi révélé les limites de ces méthodes : l'outil ne suffit pas, il faut aussi une réelle volonté. Par contraste, les programmes des autres candidats, à gauche comme à droite, proposent des approches moins habituelles. Ils avancent des mesures plus politiques, à la portée symbolique forte mais dont, très concrètement, les effets ne sont pas vraiment démontrés, sauf à se satisfaire de l'idée selon laquelle le droit fonde sa qualité dans son origine parlementaire ou populaire, ou pour d'autres dans sa pureté nationale ou dans les vertus de la langue française...

21 - D. M. – On ne peut qu'approuver l'option d'Emmanuel Macron qui préconise « *la définition d'objectifs clairs et réalistes pour les producteurs de normes ainsi qu'une organisation des procédures plus adaptée pour rompre avec l'inflation normative* ». Comment être hostile à une telle affirmation ? Mais tout reste à faire. Éric Zemmour et Valérie Pécresse préconisent la mise en place ou la création de centres de décisions ou d'expertises rattachés aux plus hautes autorités de l'État. Le président de la République pour le Haut-commissariat proposé par Éric Zemmour et un ministère de la simplification rattaché au Premier ministre pour Valérie Pécresse. Ces deux propositions soulignent d'une part la priorité de la simplification espérée et d'autre part la nécessaire autorité requise pour résister notamment à l'inflation législative. Il peut être relevé qu'il ne s'agit pas d'une première pour la création d'un ministère de la simplification ou d'un haut-commissariat et il n'est pas facile de voir en quoi ceux envisagés se distingueraient des précédents pour avoir davantage d'efficacité.

22 - Emmanuel Macron prévoit la création d'un Haut-Fonctionnaire à la simplification normative désigné dans chaque ministère pour que les projets réglementaires soient sous contrôle. De même, le Haut-Fonctionnaire devrait s'assurer

4 Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC : JurisData n° 2020-008081. – Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC : JurisData n° 2020-010001. – Les dispositions d'une ordonnance non ratifiée « doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ». – Pour un commentaire, V. P. Avril et alii, *Le régime juridique des ordonnances non ratifiées. Réflexions sur une chauve-souris juridique* : JCP G 2020, doctr. 1267.

5 En la matière, l'influence des pairs au sein des enceintes européennes ou ocdéenne favorise la diffusion des pratiques (en témoigne par ex. l'adoption en France et ailleurs de la règle britannique de la double compensation ou « *one in, two out* »).

6 On ne peut en ce sens que regretter l'absence de réponse au questionnaire de l'équipe d'Anne Hidalgo.

« La convention citoyenne pour le climat est l'expérience de référence récente de participation des citoyens (...). Il n'est pas certain que pour autant la simplification et la tempérance normative aient pu être la caractéristique de ces travaux. » (D. M.)

que toute modification nouvelle pour un texte de moins de cinq ans est bien justifiée. Cette proposition semble s'inspirer de celle prévue dans une circulaire du 30 septembre 2003 prévoyant la désignation de hauts fonctionnaires pour une mission similaire. Une circulaire de 2011 ayant confirmé la nécessité de réaliser ce travail en concertation étroite avec le Secrétariat Général du gouvernement. Le Conseil d'État serait davantage associé à l'élaboration des normes.

23 - Par ailleurs, et de façon générale, il y a assez peu de références aux comités ou moyens, actuels ou passés, créés pour lutter contre l'inflation législative et favoriser l'amélioration des normes. Fabien Roussel fait certes référence au Conseil national d'évaluation des normes. Il n'y a néanmoins pas de véritable nouveauté pour lutter contre leur excès. Est évoqué notamment par Eric Zemmour et Marine Le Pen l'objectif d'en supprimer un grand nombre sans décrire de méthode pour pouvoir le faire.

4. Revivifier la démocratie pour favoriser la qualité du droit

24 - C. G. - Tout en s'inscrivant dans le cadre actuel des institutions de la Vème République ou au contraire en s'en écartant, plusieurs candidats semblent voir dans la participation citoyenne un moyen d'améliorer la qualité du droit.

25 - C'est ainsi en des termes certes différents, mais dans un même mouvement inspiré de réelles convictions idéologiques ou d'un souvenir des revendications des Gilets jaunes, que plusieurs proposent d'instaurer un référendum d'initiative populaire (« véritable », « déclenché à partir de 500 000 électeurs ») qui se distinguerait de l'actuel référendum d'initiative partagée. Marine Le Pen envisage un référendum « élargi à l'ensemble du domaine législatif », pouvant le cas échéant être abrogatif ou encore porter sur un texte en cours de discussion. D'autres voies de participation sont avancées, comme un droit de pétition, l'association de citoyens dans le « Comité de la hache » proposé par Valérie Pécresse⁷, l'organisation de conférences citoyennes ou encore des pratiques comme les « ateliers des lois », déjà mis en œuvre lors des campagnes du candidat de La France Insoumise. Il s'agit ainsi de faire bénéficier les projets de normes de l'expertise citoyenne - Fabien Roussel lie la qualité des lois au fait qu'elles soient « irriguées » des compétences des citoyens, quand Éric Zemmour évoque « la richesse de la société civile ». Mais l'enjeu est aussi de renforcer la légitimité démocratique de ces normes. Une attention parti-

culière est d'ailleurs portée à la question de la représentativité des institutions.

26 - En ce sens, certaines propositions visent à mettre un terme à la pratique présidentialisée qui, nourrie du fait majoritaire, aurait dépossédé le Parlement-législateur de ses prérogatives et favorisé inflation et instabilité normatives. Il n'est cependant pas assuré que redonner au Parlement la pleine maîtrise de son ordre du jour suffise à tarir les initiatives de lois principalement motivées par l'actualité, la pression de l'opinion publique ou encore des calculs électoralistes... L'usage du droit d'amendement suffit à montrer combien les parlementaires aussi sont enclins à alimenter le trop-plein de normes. Il y a sans doute parfois, dans la manière dont les assemblées et les citoyens sont investis par certains candidats des vertus de la tempérance normative, quelque chose entre l'acte de foi et une certaine naïveté : il est peu probable qu'il suffise de mettre l'exécutif hors-jeu pour couper court à toutes les causes reconnues de dégradation des lois et règlements.

27 - D. M. - La convention citoyenne pour le climat est l'expérience de référence récente de participation des citoyens à l'élaboration de propositions de nouvelles règles en vue de lutter contre le réchauffement climatique. Il n'est pas certain que pour autant la simplification et la tempérance normative aient pu être la caractéristique de ces travaux. Plusieurs candidats dont Marine Le Pen et Jean-Luc Mélenchon souhaitent accroître cette participation avec la conviction que la qualité de la norme s'en trouvera améliorée. C'est faire fi semble-t-il de la technicité de la fabrication de la loi. Le politique permet de définir des objectifs mais la technique législative permet de les atteindre par une bonne explicitation de la norme. Afin que la loi soit plus pragmatique et qu'elle puisse être davantage acceptée et adaptée à la réalité, trois candidats, à savoir MM. Roussel et Mélenchon et Marine Le Pen envisagent d'associer les destinataires à leur élaboration. C'est évidemment souhaitable. C'est déjà le cas mais il faut probablement davantage le généraliser.

5. L'évaluation des textes normatifs : des propositions d'inégale portée

28 - C. G. - Invités à se prononcer sur l'évaluation en matière de production normative, et en particulier sur l'étude d'impact des projets de lois, les candidats s'avèrent peu disert. Cela peut surprendre dans la mesure où l'obligation constitutionnelle d'accompagner les projets de loi d'une étude d'impact a été inscrite dans la Constitution il y a maintenant 14 ans⁸. À cette

⁷ Un comité composé de membres de la société civile et d'élus nationaux et locaux, chargé de contribuer à la réduction du stock de normes.

⁸ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République : JO 24 juill. 2008 ; L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009 relative

mesure emblématique s'ajoutent d'ailleurs aujourd'hui des obligations de fiches d'impact qui concernent certains textes réglementaires⁹. Bref, les évaluations *ex ante* sont devenues une étape incontournable du processus normatif.

29 - Or, les réponses fournies donnent le sentiment gênant que les candidats ne perçoivent pas toujours précisément sinon ce que sont, du moins à quoi servent ces évaluations. Certes, Fabien Roussel rappelle que les études d'impact constituent un outil intéressant qui « *mérite d'être développé, rendu systématique pour toutes les lois et [...] plus efficace et contraignant* », mais il n'esquisse aucune piste en ce sens. Surtout, aucun candidat n'explique qu'en plus de permettre d'apprécier quelles seront les conséquences d'un projet de texte normatif, les évaluations *ex ante* servent fondamentalement à le soumettre à l'épreuve de la justification, en impliquant notamment un test d'options : faut-il légiférer ? L'objectif poursuivi pourrait-il être atteint sans recourir à des normes supplémentaires ? etc. Il n'y a guère qu'Emmanuel Macron qui semble aborder cet aspect en évoquant l'appréciation de la « *faisabilité* » des projets de textes.

30 - Dans ces conditions, le débat n'aborde pas les questions d'importance que posent précisément la conception comme la pratique fort décevante de cet instrument de légistique matérielle : le fait que les études d'impact soient réalisées par les promoteurs des projets de loi¹⁰, qu'elles soient dans les faits trop souvent rédigées après les textes qu'elles sont censées justifier, qu'elles souffrent de faiblesses méthodologiques¹¹ ou encore que la sanction de leur absence ou insuffisance soit loin d'être assurée. Il est particulièrement édifiant qu'un seul candidat formule une proposition concrète et circonstanciée pour améliorer le contrôle de leur qualité. La culture de l'évaluation reste effectivement à construire...

31 - D. M. - L'évaluation *ex post* qui devrait permettre d'apprécier l'écart entre les objectifs initiaux et ceux réellement atteints est rapidement évoquée. Jean-Luc Mélenchon soulève toutefois la question des expérimentations normatives, dont il envisage « *un vaste chantier d'évaluation* ». Le choix des

experts, qui est très important pour cette appréciation, n'est envisagé que par Valérie Pécresse. C'est un sujet critique qu'il conviendrait d'approfondir.

32 - On peut noter qu'il n'y a pas de proposition particulière en vue de contrôler si une nouvelle norme est problématique pour la lutte contre le réchauffement climatique. Emmanuel Macron propose que France Stratégie soit rattachée au Parlement pour contrôler la qualité des études d'impact en incluant *ex post* les politiques publiques. Cette proposition permet d'espérer un vrai changement. Mais il conviendrait probablement de conforter la compétence légistique de cet organisme. La question de l'opportunité reste toujours malheureusement orpheline. L'attention serait également portée sur l'évaluation de l'impact financier en intégrant l'appréciation du bien-fondé d'une éventuelle charge supplémentaire. Pour ce faire, il est indispensable de faire appel aux personnes qui sont pratiquement concernées, c'est-à-dire les destinataires de la norme, ce que propose la plupart des autres candidats.

6. Former au droit certes, mais aussi à la légistique

33 - C. G. - À l'exception très claire de Gaspard Koenig, plusieurs candidats s'accordent à considérer qu'il convient de renforcer sinon la formation du moins la culture ou l'éducation juridique des citoyens. Plusieurs pistes sont évoquées : l'introduction d'enseignements dans les programmes scolaires, des « actions éducatives » dès le collège pour présenter (parmi d'autres) les professions juridiques ou encore un accès facilité aux études de droit. La contribution de ces mesures à l'amélioration de la qualité du droit ne peut cependant qu'être indirecte.

34 - Certes, nous partageons l'idée que l'éducation juridique ne devrait pas être peu ou prou réservée aux personnes passées par les facultés de droit ou les instituts d'études politiques. Il en va de l'indispensable formation des citoyens, surtout s'agissant du droit public. Cette formation est même une condition *sine qua non* de la participation populaire à l'élaboration des textes normatifs. Cependant, en l'état, les formations juridiques dispensées dans les universités n'accordent pas une place substantielle, voire une place tout court, à la question de l'élaboration du droit et à sa qualité. Les cursus d'études juridiques en France sont marqués par un évident prisme contentieux et la légistique n'est de fait enseignée ou même seulement évoquée que dans un nombre extrêmement réduit d'établissements. Former des juristes en traitant surtout de contentieux risque davantage d'en faire des requérants procéduriers que des légistes avertis... On ne peut donc que saluer la proposition d'Emmanuel Macron de « *développer dans les formations juridiques l'apprentissage de la légistique* ». Plus discutabile apparaît en revanche

à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution : JO 16 avr. 2009.

9 V. en dernier lieu Circ. 26 juill. 2017, NOR : PRMX1721468C, relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact : JO 28 juill. 2017. et Note n° 5960/SG du 31 août 2017 : <https://kiosque.bercy.gouv.fr/>

10 Ainsi que l'exprimait J.-M. Sauvé, « L'évaluateur ne peut être l'auteur ou l'inspirateur d'une réforme » (audition par la mission d'information sur la simplification législative, 22 mai 2014) : [https://www2.assemblee-nationale.fr/14/missions-d-information/missions-d-information-de-la-conference-des-presidents/simplification-legislative/\(block\)/4237](https://www2.assemblee-nationale.fr/14/missions-d-information/missions-d-information-de-la-conference-des-presidents/simplification-legislative/(block)/4237)

11 V. not. les critiques formulées par le Conseil d'État dans son étude *Simplification et qualité du droit* : Doc. fr., 2016, p. 75 et s.

« Aucune des réponses - sur une culture de la qualité du droit - ne propose de solution ou de piste de réflexion qui par sa nouveauté et sa potentielle efficacité donnerait vraiment l'espoir d'un véritable changement. » (D. M.)

celle d'imposer dans la scolarité des étudiants de master 2 en droit ou des formations aux professions judiciaires un bénévolat en matière d'assistance juridique et juridictionnelle. Sans doute formatrice, de nature à sensibiliser les futurs juristes aux enjeux de la complexité et de l'accessibilité du droit, une telle expérience n'est cependant pas sans poser question, ne serait-ce que s'agissant de son articulation avec les activités de certaines cliniques juridiques et les stages qu'effectuent (avec gratification) ces mêmes étudiants au cours de leurs études. Quant aux agents chargés de concevoir et rédiger les textes normatifs, aucun des candidats n'envisage en tout état de cause qu'il serait également bienvenu d'améliorer leur formation en légistique, qui demeure aujourd'hui encore trop limitée.

35 - D. M. - Il apparaît en définitive que certains candidats ont davantage investi la question que d'autres. Mais de façon générale, leurs programmes n'intègrent pas la technicité de la fabrication des normes à l'exception, dans une certaine me-

sure, d'Emmanuel Macron et de Valérie Pécresse. La formation nécessaire de ceux qui doivent participer à la rédaction des normes n'est pas vraiment traitée. L'aide à la compréhension des textes par une présentation de leurs dispositions n'est pas abordée. Il n'y a aucune proposition de révolution majeure ou proposition permettant un changement véritable dans le contrôle qualitatif.

La lecture des réponses au questionnaire conduit ainsi à penser qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil. Aucune des réponses ne propose de solution ou de piste de réflexion qui par sa nouveauté et sa potentielle efficacité donnerait vraiment l'espoir d'un véritable changement.

Par ailleurs, nous n'avons pas connaissance dans le projet des autres candidats, de méthodes, solutions, propositions qui permettent d'endiguer l'inflation normative et d'améliorer la qualité des textes rédigés. Il s'agit là probablement d'un point commun à l'ensemble des programmes politiques. ■



Pour aller plus loin

- Conseil d'État, Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit : Doc. fr., coll. Études et documents, 2016 ;
- P. de Montalivet (ss dir.), Changer de culture normative. Améliorer la qualité du droit par la généralisation des bonnes pratiques, Actes du e-colloque du 26 novembre 2020 : JCP G, Supplément au n° 3, 18 janv. 2021 : www.tendancedroit.fr/supplement-jcpg-changer-de-culture-normative-ameliorer-la-qualite-du-droit-par-la-generalisation-des-bonnes-pratiques-18-janvier-2021/
- A. Lambert, P. de Montalivet et H. Moysan, 46 propositions pour améliorer la qualité du droit par la généralisation des bonnes pratiques : JCP G 2021, doct. 818, Étude ; www.tendancedroit.fr/etude-46-propositions-pour-ameliorer-la-qualite-du-droit-par-la-generalisation-des-bonnes-pratiques-alain-lambert-pierre-de-montalivet-herve-moysan-19-juillet-2021/ ; « Changer de culture normative : 46 propositions pour améliorer concrètement la qualité du droit » : blog.leclubdesjuristes.com/46-propositions-pour-ameliorer-concretement-la-qualite-du-droit/ (23 juill. 2021) ;
- C. Groulier, L'enseignement universitaire de la légistique : un impensé des études de droit en France ? in Actes du e-colloque du 26 novembre 2020, préc. : JCP G, Supplément au n° 3, 18 janv. 2021, Étude 7 ;
- C. Groulier et K. Gilberg (ss dir.) : Former à la légistique

- Les nouveaux territoires de la pédagogie juridique : LexisNexis, Hors coll., 2018 ;
- C. Groulier, La « gouvernance réglementaire » de l'OCDE : vers une globalisation légistique ? : RD publ. 2015, p. 763 ;
- C. Groulier, À propos de l'interprétation facilitatrice des normes : RD publ. 2015, p. 205.
- D. Martin, L'hypertrophie normative est-elle un mal incurable ? État de la question, du diagnostic aux remèdes : Revue Droit & Affaires n° 11, avr. 2013, dossier 1
- D. Martin, Choc de simplification. Nouvelle incantation ou réelle révolution ? : JCP G 2013, doct. 722
- D. Martin, Simplification du droit : comment sortir de l'incantation ? : www.lemonde.fr (23 oct. 2014).
- Rédaction législation, Le bilan, c'est maintenant : www.lexis360.fr ; www.tendancedroit.fr (27 mars 2017) ; Une volonté de changer de culture normative et, en même temps, une accentuation des pratiques habituelles : www.lexis360.fr ; www.tendancedroit.fr (7 mars 2022) [panoramas législatifs et réglementaires des quinquennats et des XIV^e et XV^e législatures (2012-2017 et 2017-2022)]
- V. également « Sondage OpinionWay LexisNexis », Avocats, notaires et élection présidentielle 2022 : entre crise de confiance et fortes attentes, mars 2022 : <https://bit.ly/3D3wu4G>

Sommaire

1. Les sources	1
A. - Les sources constitutionnelles	1
B. - Les sources internationales et supranationales	(...)
C. - Les sources jurisprudentielles.....	(...)
2. Les organes	(...)
3. Les missions	(...)
4. Les actes	2-3
A. - Les actes administratifs unilatéraux	(...)
B. - Les contrats	2-3
5. Les principes d'action	4-5
A. - Le principe de légalité.....	(...)
B. - Le principe de responsabilité	4-5
6. Les moyens	6
A. - Les agents.....	(...)
B. - Les biens	6
7. Le contentieux	7-8
A. - Juridictions administratives et judiciaires	(...)
B. - Compétence	(...)
C. - Recours	7
D. - Procédure.....	8

405

Droit administratif

Gweltaz Eveillard, professeur à la faculté de droit et de science politique de Rennes (Institut du droit public et de la science politique)

La présente chronique couvre la période du 1^{er} septembre au 30 novembre 2021. Deux décisions dominent l'actualité : celle par laquelle le Conseil d'État reconnaît au juge de l'excès de pouvoir le pouvoir d'abroger l'acte réglementaire devenu illégal à la suite d'un changement de circonstances et celle par laquelle le Conseil constitutionnel dégage le premier principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France : l'interdiction de déléguer le pouvoir de police administrative générale à une personne privée. L'actualité législative et réglementaire a été marquée par la transformation du Conseil supérieur de l'audiovisuel en Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et du numérique (L. n° 2021-1382, 25 oct. 2021), la très large dématérialisation de la publication des actes des collectivités territoriales (Ord. n° 2021-1310, 7 oct. 2021) et l'adoption de la partie législative du Code général de la fonction publique (Ord. n° 2021-1574, 24 nov. 2021).

1. Les sources

A. - Les sources constitutionnelles

1 - Depuis 2004, le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives – et, plus largement, des lois mettant en œuvre le droit de l'Union européenne – est exercé selon des règles particulières (Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* : JurisData n° 2004-251234 ; Rec. Cons. const., p. 101 ; JCP G 2004, II, 10117, note Ph. Blanchetier. – Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : Rec. Cons. const., p. 88 ; JCP G 2007, II, 10066, note M. Verpeaux) : le juge constitutionnel renonce à contrôler la conformité de la loi à tout autre disposition constitutionnelle que l'article 88-1 de la Constitution imposant l'obligation de respect du droit de l'Union, excepté lorsqu'est mise en cause la conformité de la loi par rapport à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (pour la formulation actuelle Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *préc.*). Cette jurisprudence revient à substituer, comme norme de réfé-

rence du contrôle, le droit de l'Union européenne au bloc de constitutionnalité lorsque les deux ont un contenu équivalent, le second retrouvant en revanche sa primauté en cas de divergence. Or, Conseil constitutionnel vient, pour la première fois, d'identifier un tel principe : l'interdiction de déléguer le pouvoir de police administrative générale à une personne privée (Cons. const., 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC, *Sté Air France*, inédit : JurisData n° 2021-016443 ; JO 16 oct. 2021 ; AJDA 2022, p. 172, note J. Petit ; Dr. adm. 2022, comm. 10, note M. Morales ; JCP G 2021, 1208, note M. Verpeaux ; JCP G 2021, act. 1289, *Libres-propos M. Chevrier* ; JCP A 2021, act. 650, obs. M. Charité ; JCP A 2021, 2373, note X. Prétot ; Procédures 2021, comm. 336, note N. Chiffot ; RFDA 2021, p. 1087, note P.-A. Tomasi ; JCP G 2021, doctr. 336, n° 1, obs. M. Verpeaux).

Ce principe est traditionnel en droit français (CE, ass., 17 juin 1932, n° 12045, *Ville de Castelnau* : Lebon, p. 595, concl. P.-L. Josse. – CE, 1^{er} avr. 1994, n° 144152 et 144241, *Cne de Menton et a.* : JurisData n° 1994-041516 ; Lebon, p. 175), et a vu sa valeur constitutionnelle reconnue en 2011, sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme (DDHC) consacrant l'existence d'une force publique (Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de*

programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *Rec. Cons. const.*, p. 122 ; *AJDA* 2011, p. 1097, note D. Ginocchi. Par ailleurs, il n'est pas consacré par le droit de l'Union européenne : ce dernier ignore la notion de police administrative générale, ou toute notion équivalente, et s'il mentionne les « activités de police et de contrôle », c'est uniquement pour les soustraire au droit de la concurrence (*CJCE*, 19 janv. 1994, *aff. C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol* : *Rec. CJCE*, p. I-43) – ce qui n'impose pas qu'elles y soient soustraites. Quant à l'encadrement de la possibilité pour les organes de l'Union de déléguer un pouvoir de décision à un organisme tiers (*CJCE*, 13 juin 1958, *aff. C-9/56, Meroni & Co. : Rec. CJCE*, p. 9), il ne concerne pas les États membres. Aussi, la consécration de son caractère inhérent à l'identité constitutionnelle de la France est-elle des plus logiques, même si la doctrine avait, jusqu'à présent, avait plutôt cité à ce propos des principes tels que la laïcité. Et, en l'espèce – mais cet aspect de la décision a évidemment été beaucoup moins remarqué – le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître ce caractère au droit à la sûreté, au principe de responsabilité personnelle et au principe d'égalité devant les charges publiques.

La seule surprise réside dans la mobilisation du principe à l'appui d'une disposition relative, non à la police générale, mais à une police spéciale, celle des étrangers – plus précisément l'obligation faite aux entreprises de transport aérien ou maritime de réacheminer les voyageurs dépourvus de titre d'entrée sur le territoire français à l'endroit où elles les ont embarqués (*CESEDA*, art. L. 213-4)... Faut-il en déduire qu'en réalité, ce principe s'applique à toute police administrative, ou que le Conseil constitutionnel retient de la notion de police générale une définition qui lui est propre ? Si, en l'espèce, la classification de la mesure en cause est assez claire, il faut reconnaître que la distinction de la police générale et des polices spéciales n'est pas – c'est un euphémisme – des plus évidentes...

La décision du Conseil constitutionnel est également intéressante à un autre point de vue : celui de la méthode par laquelle il apprécie l'équivalence de contenus entre le droit de l'Union européenne et le bloc de constitutionnalité. La jurisprudence du Conseil d'État, si elle reprend globalement à son compte, s'agissant du contrôle des règlements mettant en œuvre le droit de l'Union ou du contrôle par voie d'exception des lois mettant en œuvre le droit de l'Union, le rai-

sonnement du Conseil constitutionnel, insiste en effet sur le fait que le principe en cause doit, par sa nature et sa portée, et notamment par l'interprétation qu'en retient la Cour de justice, offrir une garantie équivalente à celle du principe constitutionnel auquel on prétend le substituer (*CE*, *ass.*, 8 févr. 2007, n° 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a.* : *JurisData* n° 2007-071436 ; *Lebon*, p. 55, *concl. M. Guyomar* ; *JCP G* 2007, II, 10049, note P. Cassia ; *Dr. adm.* 2007, étude 7, obs. M. Gautier et F. Melleray ; *JCP A* 2007, 2081, note G. Drago ; *RFDA* 2007, p. 384, *concl.* ; *RFDA* 2007, p. 565, note A. Levade ; *RFDA* 2007, p. 789, note M. Canedo-Paris ; *RJEP* 2007, *comm.* 6, note B. Plessix ; *RTD eur.* 2007, p. 378, *concl.*, note P. Cassia). La haute juridiction administrative avait même, récemment, souligné avec une particulière acuité cette nécessité d'une équivalence réelle (*CE*, *ass.*, 21 avr. 2021, n° 393099, *French Data Network e.a. : Lebon*, p. 62, *concl. A. Lallet* ; *JCP G* 2021, *doctr.* 1183, n° 1, *nos obs.*), là où le Conseil constitutionnel semblait s'en tenir à une équivalence formelle – autrement dit à l'intitulé des principes. Le juge de la rue Montpensier se rallie ici à la position de son voisin, insistant désormais lui-aussi sur l'exigence de protection équivalente.

La première consécration d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France – le Conseil d'État, en formation administrative, s'était contenté de conjecturer un tel statut pour le droit d'asile constitutionnel (*CE*, *ass.*, 16 mai 2018, *Avis portant sur l'application de la notion de « pays sûr »* : www.gisti.org/IMG/pdf/avisce_2018-05-16_pays-tiers-surs.pdf) – pose la question d'une contradiction avec le droit de l'Union européenne. Certes, que cette consécration survienne plus de 15 ans après l'instauration de la réserve d'identité constitutionnelle de la France montre l'exceptionnalité de cette réserve. Certes encore, en l'espèce, le Conseil constitutionnel admet la conformité de la loi au principe constitutionnel, celui-ci n'interdisant pas que des missions de police soient confiées à une personne privée dès lors qu'elle agit sous l'autorité directe d'une autorité publique (*Cons. const.*, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, *M. Rouchdi B. et a.* : *JurisData* n° 2018-004947 ; *JO* 30 mars 2018 ; *JCP G* 2018, *doctr.* 908, n° 3, *nos obs.*). Certes enfin, la France n'est pas isolée dans l'affirmation de la supériorité de la Constitution sur le droit de l'Union (*V. s'agissant de l'Allemagne BVerfG*, 22 oct. 1986, n° 2 197/83, « *Solange II* ») et le droit de l'Union européenne lui-même

affirme le respect de l'identité nationale des États (*TFUE*, art. 4, al. 2) ; néanmoins, il affirme également le principe de primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux, y compris sur leur constitution (*CJCE*, 15 juill. 1964, *aff. C-6/64, Flaminio Costa c/ ENEL* : *Rec. CJCE*, p. 1141). Et la vigilance accrue des juridictions suprêmes françaises ne peut que nourrir l'impression que l'on se rapproche, de manière imminente, du moment où le conflit surviendra...

B. - Les sources internationales et supranationales

(...)

C. - Les sources jurisprudentielles

(...)

2. Les organes

(...)

3. Les missions

(...)

4. Les actes

A. - Les actes administratifs unilatéraux

(...)

B. - Les contrats

2 - Même si elle tient de la « tarte à la crème », la singularité du régime des travaux publics les conduit à déroger à un certain nombre d'autres principes : c'est notamment le cas de l'effet relatif des contrats (*CE*, 11 oct. 2021, n° 438872, *Sté CMEG : Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 338, note Ph. Rees ; *JCP A* 2022, 2041, note J. Martin ; *RDI* 2022, p. 50, obs. R. Noguellou).

Ce dernier interdit en effet notamment aux tiers à un contrat de se prévaloir des clauses de celui-ci à l'encontre d'un recours contre l'une des parties (*CE*, *sect.*, 11 juill. 2011, n° 339409, *M^{me} Gilles* : *JurisData* n° 2011-

014032 ; *Lebon*, p. 330, *concl.* N. Boulouis ; *JCP G* 2012, *doctr.* 1024, *spéc.* n° 4, *nos obs.*) : il ne peut, lorsque le comportement de cette partie lui cause un préjudice, qu'invoquer, à titre extra-contractuel, ses manquements aux lois et règlements ou aux règles de l'art. En continuant à affirmer le principe dans toute sa rigueur pour les contrats administratifs, le Conseil d'État se montrait, en quelque sorte, plus royaliste que le roi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation elle-même n'ayant pas hésité à admettre, dans le cadre d'une telle action, l'invocation de la faute contractuelle lorsque c'est elle qui est à l'origine du préjudice (6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Cts Loubeyre c/ Sté Myr-Ho et a.* : *JurisData* n° 2006-035298 ; *JCP G* 2006, II, 10181, *note* M. Billiau ; *Bull. civ. ass. plén.*, n° 9). Les conséquences de cette séparation des fautes contractuelles et extra-contractuelles pouvait être lourde de conséquences car, si les mêmes agissements sont susceptibles de recevoir plusieurs qualifications et d'être ainsi néanmoins invoqués par le tiers, il n'en va pas toujours ainsi.

C'est particulièrement le cas en matière de travaux publics. Il est admis que les différents participants à une opération de travaux publics peuvent, lorsqu'ils ne sont liés entre eux par aucun contrat de droit privé, agir les uns contre les autres devant le juge administratif – effet attractif des travaux publics oblige (*T. confl.*, 24 nov. 1997, n° 3060, *Sté De Castro* : *JurisData* n° 1997-051148 ; *Lebon*, p. 540). Néanmoins, s'agissant d'une responsabilité extra-contractuelle (*CE*, 24 juill. 1981, n° 13519, *Sté gén. d'entreprise* : *Lebon T*, p. 815), ils ne pouvaient jusqu'alors se prévaloir que de fautes non contractuelles (*CE*, 7 déc. 2015, n° 380419, *Cne de Bihorel* : *JurisData* n° 2015-027483 ; *Lebon*, p. 425 ; *JCP G* 2016, *doctr.* 596, n° 4, *nos obs.*). Or, en matière de travaux publics, les règles résultant du seul contrat sont assez nombreuses, en particulier celles relatives au délai d'exécution : sur le terrain extra-contractuel, seuls des retards importants peuvent être considérés comme fautifs (*CE*, 27 janv. 2017, n° 397311, *Sté Baudin Châteauneuf Dervaux* : *JurisData* n° 2017-001302 ; *Lebon T*, p. 674 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, *comm.* 88, *note* M. Ubaud-Bergeron). Et, le Conseil d'État ayant mis fin en 2013 au système de responsabilité sans faute du maître de l'ouvrage du fait des retards d'exécution (*CE*, 5 juin 2013, n° 352917, *Région Haute-Normandie* : *Lebon T*, p. 695 ; *AJDA* 2013, p. 2095, *note* J.-E. Martin-Lavigne ; *BJCP* 2013, p. 409, *concl.* B. Dacosta ; *Contrats-*

Marchés publ. 2013, *comm.* 216, *note* G. Eckert), les participants ne pouvaient plus, concrètement, obtenir l'indemnisation des préjudices que leur causaient de tels retards. Aussi le Conseil d'État instaure-t-il une exception au principe d'effet relatif, dûment limitée aux opérations de travaux publics et même, plus précisément encore, aux seuls participants à ces opérations, sans que cette exception semble avoir vocation à s'étendre au-delà de ce cas particulier ; il ne s'agit pas du reste d'une totale nouveauté puisqu'il en avait déjà jugé ainsi dans le cadre des actions en garantie entre co-maîtres d'œuvre (*CE*, 30 juill. 2003, n° 233172, *Sté Setec Bâtiment* : *JurisData* n° 2003-065736 ; *Lebon T*, p. 712). Mais, après l'admission d'une responsabilité subsidiaire, en matière de travaux publics toujours, des sous-traitants envers le maître d'ouvrage en cas d'impossibilité pour ce dernier de mettre en œuvre la garantie décennale envers l'entrepreneur principal (*CE*, 7 déc. 2015, n° 380419, *Cne de Bihorel*, *préc.*), on ne peut que constater le regain de spécificité de la matière...

3 - La force majeure est rarement invoquée dans le contentieux de la responsabilité contractuelle, du moins dans le rôle de cause exonératoire qui est classiquement le sien : mais le juge ne l'y apprécie pas plus simplement qu'en matière de responsabilité extra-contractuelle (*CE*, 4 oct. 2021, n° 440428, *Sté sportive professionnelle OM* : *AJDA* 2022, p. 54, *note* F. Lombard ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 353, *note* P. Soler-Couteaux ; *JCP G* 2021, *act.* 1104, *obs.* L. Erstein ; *JCP A* 2021, *act.* 596, *obs.* L. Erstein ; *JCP A* 2022, 2050, *note* J. Martin ; *Resp. civ. et assurances* 2022, *comm.* 14, *note* Th. Leleu).

Ainsi, une personne publique ayant passé une convention d'occupation du domaine public faisant de son cocontractant l'occupant principal de la dépendance domaniale ne peut se soustraire à sa responsabilité en invoquant le manquement à ses obligations d'un autre de ses cocontractants, quand bien même l'origine du préjudice subi par le cocontractant principal réside dans ce manquement. En effet, la force majeure se caractérise par un triple caractère d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité (*pour cette dernière CE*, 29 janv. 1909, n° 17614, *Cie des messageries maritimes* : *Lebon*, p. 120). Or, en pareil cas, le critère d'extériorité fait défaut, puisque la commission de cette faute trouve son origine,

selon le Conseil d'État, dans la décision de la personne publique de conclure le contrat avec le cocontractant fautif. Le raisonnement est imparable, mais rigoureux : dès lors que le fait générateur du dommage est rattaché d'une quelconque façon à la personne publique, il ne peut lui être tenu pour extérieur, quand bien même le lien entre la décision de la personne publique de conclure le contrat et le préjudice subi par son autre cocontractant ne relève pas d'une causalité adéquate – théorie causale en principe privilégiée par le juge administratif – mais d'une équivalence des conditions, et quand bien même la personne publique n'a en réalité aucune maîtrise sur l'événement. Une nouvelle fois, le Conseil d'État semble en la matière être plus royaliste que le roi, la Cour de cassation étant loin d'être aussi exigeante en la matière (*Cass. ass. plén.*, 14 avr. 2006, n° 02-11.168 et n° 04-18.902, *Mittenaere* : *JurisData* n° 2006-033181 et n° 2006-033180 ; *JCP G* 2006, II, 10087 ; *Bull. civ. ass. plén.*, n° 5 et 6), et le Code civil lui-même, depuis sa réforme par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, admettant la force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappe au contrôle du débiteur (*C. civ.*, art. 1218).

Le fait du tiers n'étant pas une cause d'exonération dans la responsabilité contractuelle (*CE*, 27 mai 1988, n° 71342, *Cne de Gagnac-sur-Cère* : *JurisData* n° 1988-605318 ; *Lebon*, p. 217 ; *AJDA* 1988, p. 618, *note* X. Prétot ; *D.* 1988, *Somm.* p. 465, *obs.* P. Terneyre), ne reste dès lors à la personne publique, intégralement responsable envers son cocontractant victime, que d'appeler en garantie le cocontractant fautif. Encore faut-il cependant que l'action ne soit pas prescrite : mais ce n'est pas le cas ici, le Conseil d'État précisant que le délai applicable est celui de la prescription quinquennale (*C. civ.*, art. 2224), courant à compter de l'introduction de la requête de la victime (*V. déjà en matière de prescription décennale CE*, 10 févr. 2017, n° 391722, *Sté Campenon Bernard Côte d'Azur et a.* : *JurisData* n° 2017-002283 ; *Lebon T*, p. 805 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, *comm.* 89, *note* P. Devillers). Le fondement de cette action en garantie est ici contractuel, car, contrairement aux marchés de travaux, la réception ne met pas fin aux relations contractuelles entre la personne publique et son cocontractant auteur des faits.

5. Les principes d'action

A. - Le principe de légalité

(...)

B. - Le principe de responsabilité

4 - Il arrive, en matière de responsabilité médicale, que la démonstration de la causalité soit perturbée par les incertitudes scientifiques. Le juge administratif développe alors un raisonnement présomptif favorable à la victime : tel est notamment le cas à propos des conséquences dommageables du vaccin contre l'hépatite B (CE, 29 sept. 2021, n° 435323, D. c/ Min. de la Défense ; JCP G 2021, act. 1058, obs. M. Touzeil-Divina ; JCP A 2021, act. 598, obs. M. Touzeil-Divina ; JCP A 2021, 2372, note C. Paillard ; Resp. civ. et assur. 2021, comm. 240, note L. Bloch ; Procédures 2021, comm. 338, note N. Chifflet ; RDSS 2021, p. 1047, concl. C. Barrois de Sarigny).

C'est à propos du lien entre ce vaccin et le développement de la sclérose en plaques que le Conseil d'État a établi cette présomption de causalité, nonobstant l'absence de preuve scientifique de ce lien, mais également de son absence, et compte tenu de la récurrence statistique des cas de développement de la maladie à la suite de la vaccination (CE, 9 mars 2007, n° 267635, M^{me} Schwartz ; JurisData n° 2007-071542 ; Lebon, p. 118 ; AJDA 2007, p. 861, concl. T. Olson ; JCP G 2007, II, 10142, note A. Laude ; JCP A 2007, 2108, note D. Jean-Pierre ; JCP A 2007, 2277, note S. Carpi-Petit). Ce raisonnement a ensuite été étendu au lien entre ce même vaccin et la myofasciite à macrophages (CE, 21 nov. 2012, n° 344561 et 356462, Ville de Paris et Landry ; JurisData n° 2012-026539 ; Lebon, p. 386 ; AJDA 2013, p. 185, note T. Leleu ; Dr. adm. 2013, comm. 16, note G. Eveillard ; JCP A 2013, 2042, note D. Jean-Pierre ; JCP A 2013, 2206, n° 7, obs. C. Paillard ; RDSS 2013, p. 160, note J. Peigné). S'agissant du second cas – mais le raisonnement est transposable au premier – le Conseil d'État précise – ce qu'impliquait déjà sa jurisprudence mais qu'il n'avait jamais énoncé aussi nettement – qu'en conséquence, la causalité ne peut être écartée qu'en l'absence de toute probabilité scientifique qu'un tel lien existe. Une telle absence n'est pas totalement à exclure : la haute juridiction l'a par exemple affirmée à propos

du lien entre l'ajout d'adjuvants aluminiques dans les vaccins et le développement de l'autisme, en raison notamment du très faible nombre de cas et de l'hétérogénéité de leurs manifestations (CE, 6 mai 2019, n° 415694, Baudalet de Livois ; JurisData n° 2019-007301 ; Lebon, p. 163 ; JCP G 2019, act. 541, obs. P. Véron). Mais, en tout cas, l'incertitude ne saurait conduire à exclure la causalité : dès lors que celle-ci ne peut être scientifiquement exclue, elle est établie.

Cette présomption ne signifie pas que l'engagement de la responsabilité soit systématique au profit de toutes les personnes vaccinées contre l'hépatite B et ayant développé une sclérose en plaques ou une myofasciite à macrophages. Encore faut-il qu'un faisceau d'indices permette, en l'espèce, de corroborer la présomption. Sur ce point, le Conseil d'État n'innove guère en retenant deux indices principaux : l'espacement temporel entre le vaccin et les premières manifestations de la maladie et l'absence de manifestation antérieure de la maladie, ou du moins une aggravation sensible de celle-ci après la vaccination (CE, 17 févr. 2012, n° 331277, M^{me} André ; JurisData n° 2012-002072 ; Lebon T, p. 986).

Il n'est pas dit cependant que, derrière cette vaccination, ne s'en cache pas une autre, et c'est aussi ce qui donne tout son intérêt à la présente décision : les enseignements tirés de la vaccination contre l'hépatite B pourraient bien être prochainement transposés à la vaccination contre la covid-19, compte tenu des incertitudes scientifiques entourant les conséquences des différents vaccins contre cette maladie. Voilà donc désormais la jurisprudence du Conseil d'État en ordre de marche...

5 - En matière médicale, l'articulation de la responsabilité et de la solidarité nationale est une question particulièrement délicate. Il en va en particulier ainsi lorsque s'immiscent dans la chaîne causale des fautes ayant privé la victime d'une chance d'échapper au dommage (CE, 15 oct. 2021, n° 431291, Agence de la biomédecine ; JCP A 2021, act. 636, obs. M. Touzeil-Divina ; Procédures 2022, comm. 28, note N. Chifflet ; Resp. civ. et assur. 2021, comm. 241, note S. Hocquet-Berg ; RDSS 2021, p. 1054, note P. Curier-Roche). La solidarité nationale devant l'ONIAM présente, selon la loi elle-même, un caractère subsidiaire par rapport à la responsabilité médicale pour faute (CSP, art. L. 1142-I, II). Aussi convient-il toujours de commencer par vérifier si le dommage trouve ou non

pour cause directe une faute médicale : dans l'affirmative, c'est la responsabilité médicale qui doit être engagée, dans la négative la solidarité nationale – pour autant que le préjudice remplisse les conditions de mise en jeu de celle-ci. Néanmoins, à ce stade, peut resurgir une faute médicale qui, sans constituer la cause directe du dommage, a privé la victime d'une chance de l'éviter. Une telle faute ne fait pas obstacle à l'indemnisation par l'ONIAM, mais n'exclut pas non plus la responsabilité de son auteur : la victime a certes droit à la réparation intégrale de son préjudice, mais le montant des dommages-intérêts dus par l'auteur de la faute – qui est fonction de l'ampleur de la chance perdue – s'impute sur la somme versée par l'ONIAM. Cette solution rejoint celle développée par la juridiction judiciaire (Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2010, n° 09-11.270, Sté Medical Insurance Company Ltd et a. ; JurisData n° 2010-001508 ; Bull. civ. I, n° 63 ; JCP G 2010, 379, note P. Jourdain). Pour autant, elle illustre la difficulté à concilier les logiques de la solidarité nationale et de la responsabilité, a fortiori depuis que, dans le cadre de cette dernière – du moins de la responsabilité médicale – le juge n'indemnise plus la perte de chance qu'en proportion du taux de chance perdue (CE, sect., 21 déc. 2007, n° 289328, CH de Vienne ; JurisData n° 2007-072859 ; Lebon, p. 546 ; AJDA 2008, p. 135, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; JCP A 2008, 2078, note C. Paillard ; Procédures 2008, comm. 90, note S. Deygas ; RFDA 2008, p. 348, concl. T. Olson). On comprend bien pourquoi, au cas d'espèce, le juge ne cherche surtout pas à voir dans la faute à l'origine de la perte de chance la cause du préjudice, sans quoi il devrait renoncer à indemniser la totalité de celui-ci sans pour autant pouvoir renvoyer la victime devant l'ONIAM pour l'indemnisation du surplus. Pour autant, éclipser totalement la faute pour confier au seul ONIAM la charge de l'indemnisation reviendrait à méconnaître le caractère subsidiaire de la solidarité nationale. Enfin, suivre pleinement la logique propre à la perte de chance en matière médicale, qui constitue désormais un préjudice distinct du préjudice corporel lui-même (CE, 30 mars 2011, n° 327669, ONIAM c/ M. et Mme Hautreux ; JurisData n° 2011-004897 ; Lebon, p. 148 ; JCP A 2011, 2275, note C. Paillard), serait susceptible de faire courir le risque d'une double indemnisation. D'où ce moyen terme guidé par le souci de l'équité...

6. Les moyens

A. - Les agents

(...)

B. - Les biens

6 - Les propriétés publiques ne peuvent, en principe, être louées en-dessous de leur valeur réelle (*CE*, 28 sept. 2021, n° 431625, *CCAS de Pauillac* : *AJCT* 2022, p. 54, note J.-D. Dreyfus ; *AJDA* 2021, p. 2579, *chron.* E. Glaser ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 354, note P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2022, *comm.* 5, *notre note* ; *JCP A* 2021, *act.* 574, *obs.* L. Erstein ; *JCP A* 2021, 2349, note C. Chamard-Heim ; *RDI* 2021, p. 662, *obs.* N. Foulquier ; *RTD com.* 2021, p. 783, note F. Lombard).

Parmi les principes généraux du régime de la propriété publique existe déjà un principe d'incessibilité des propriétés publiques en-dessous de leur valeur réelle, qui possède tout à la fois la valeur d'un principe général du droit (*CE*, *sect.*, 3 nov. 1997, n° 169473, *Cne de Fougerolles* : *JurisData* n° 1997-050818 ; *Lebon*, p. 391 ; *AJDA* 1997, p. 1010, note L. Richer ; *D.* 1998, p. 131, note J.-F. Davignon ; *Dr. adm.* 1997, *comm.* 387, *obs.* L. Touvet ; *RFDA* 1998, p. 12, *concl.* L. Touvet ; *JCP G* 1998, II, 10007, note R. Piastra) et d'un principe constitutionnel (*Cons. const.*, 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* : *JurisData* n° 1986-601406 ; *Rec. Cons. const.*, p. 61 ; *AJDA* 1986, p. 575, note J. Rivero) et qui interdit l'aliénation de ces propriétés à un prix inférieur à leur valeur sur le marché, du moins à des personnes privées non chargées d'une mission de service public, et sauf à ce que cette cession soit justifiée par un motif d'intérêt général – motif qui constitue la contrepartie du rabais, le Conseil d'État ayant défini une grille d'analyse pour apprécier l'existence, l'effectivité et la suffisance de cette contrepartie, ainsi que sa proportionnalité par rapport au rabais (*CE*, 14 oct. 2015, n° 375577, *Cne de Châtillon-sur-Seine* : *JurisData* n° 2015-022765 ; *Lebon*, p. 344 ; *JCP G* 2016, *doctr.* 269, n° 8, *nos obs.*).

S'agit-il ici du même principe, dont le champ d'application est étendu aux locations ? Le Conseil d'État ne le précise pas. Il est vrai que, même si le terme « cession » n'a pas de définition en droit positif, il semble supposer

une aliénation du bien, et par conséquent ne pas pouvoir s'appliquer aux locations. Néanmoins, les justifications sont les mêmes : garantir le principe d'égalité contre des privilèges indus et protéger les deniers publics (même si, dans le cas d'une location, le propriétaire public ne dilapide pas un patrimoine acquis par des deniers publics, mais obère néanmoins les finances publiques en renonçant à tout ou partie du loyer). Par ailleurs, les conditions d'application de ce nouveau principe sont exactement les mêmes que celles du principe d'incessibilité en dessous de la valeur réelle. Aussi doit-on en déduire que, soit le Conseil d'État étend largement la notion de cession pour élargir le champ d'application du principe préexistant, soit il lui dégage un principe jumeau avec lequel il pourrait être englobé au sein d'un principe plus large de « *prohibition des opérations patrimoniales défavorables aux personnes publiques* » (C. Chamard-Heim, *note préc.*). Mais ces débats sont dépourvus d'incidences concrètes, y compris, sans doute, sur la valeur constitutionnelle de l'interdiction de louer en-dessous de la valeur réelle – compte tenu de l'identité de fondements.

Le présent principe n'est pas une nouveauté absolue : le Conseil d'État condamnait déjà, au nom du principe de prohibition des libéralités, les loyers exagérément bas sur le domaine privé (*CE*, 7 mars 2019, n° 417629, *Cne de Valbonne* : *JurisData* n° 2019-003344 ; *Lebon*, p. 57 ; *JCP G* 2019, *doctr.* 1070, n° 6, *nos obs.*) et censurait les redevances d'occupation du domaine public excessivement faibles (*CE*, 6 avr. 1998, n° 151752, *Cnauté urbaine de Lyon* : *JurisData* n° 1998-050167 ; *Lebon*, p. 132 ; *JCP G* 1998, 2692 ; *BJCL* 1998, p. 80, *concl.* G. Goulard). Néanmoins, en le posant, le Conseil d'État encadre, pour la première fois, de manière précise et systématique, les conditions financières de l'occupation du domaine privé (*seuls existaient auparavant des textes propres à des cas de figure particuliers* V. *CGCT*, art. L. 1511-3 pour les aides à l'immobilier d'entreprise accordées par les collectivités territoriales. – *CGCT*, art. L. 1511-8 pour les aides accordées par les collectivités territoriales aux professionnels de santé). S'agissant du domaine public, si la loi fixe déjà les conditions de détermination du montant des redevances d'occupation (*CGPPP*, art. L. 2125-1 et s. – *CGPPP*, art. R. 2125-1 et s.), elle le fait d'une manière relativement générale que le nouveau principe permettra utilement de préciser ; quant aux hypothèses de gratuité, elles paraissent pouvoir entrer dans le cadre des exceptions au nouveau principe.

7. Le contentieux

A. - Juridictions administratives et judiciaires

(...)

B. - Compétence

(...)

C. - Recours

7 - L'office du juge de l'excès de pouvoir continue d'évoluer, puisqu'il se dote désormais, quoique de manière limitée, d'un pouvoir d'abrogation de l'acte administratif illégal (*CE*, *sect.*, 19 nov. 2021, n° 437141, *Assoc. des avocats ELENA France et a.* : *AJDA* 2021, p. 2582, *chron.* C. Malverti et C. Beaufils ; *Dr. adm.* 2022, *comm.* 7, *notre note* ; *JCP G* 2022, 105, note B. Defoort ; *JCP A* 2021, *act.* 710, *obs.* L. Erstein ; *JCP A* 2022, 2034, note H. Pauliat ; *Procédures* 2022, *comm.* 27, note N. Chiffot ; *RFDA* 2022, p. 22, *concl.* S. Roussel ; *JCP G* 2021, *act.* 1272, *obs.* L. Erstein).

Certes, le Conseil d'État commence par rappeler le principe selon lequel, lorsqu'il est saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir, il apprécie la légalité de l'acte contesté au jour de sa naissance et, s'il est entaché d'illégalité, prononce son annulation rétroactive. Mais c'est pour mieux lui apporter des dérogations, à l'image de ce qu'il fait depuis maintenant une vingtaine d'années, notamment en acceptant de sauver un acte de l'annulation en opérant une substitution de base légale, une substitution de motifs, une neutralisation de motifs ou une rectification d'erreur matérielle, en acceptant de renoncer à la rétroactivité de l'annulation pour des raisons de sécurité juridique (*CE*, *ass.*, 11 mai 2004, n° 255886, *Assoc. AC !* : *JurisData* n° 2004-066645 ; *Lebon*, p. 197, *concl.* C. Devys ; *AJDA* 2004, p. 1183, *chron.* C. Landais et F. Lenica ; *JCP G* 2004, II, 10189, note J. Bigot ; *Dr. adm.* 2004, *comm.* 115, note M. Lombard ; *Dr. adm.* 2004, *étude* 15, note O. Dubos et F. Melleray ; *LPA* 4 févr. 2005, note F. Crouzatier-Durand ; *RDP* 2005, p. 536, *chron.* C. Guettier ; *RFDA* 2004, p. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges, *concl.*) ou encore en acceptant d'examiner la légalité de l'acte au jour où il statue lorsqu'il lui apparaît que le recours tend en réalité essentiellement au

prononcé d'une injonction (*CE, ass., 19 juill. 2019, nos 424216 et 424217, Assoc. des Américains accidentels et a. : JurisData n° 2019-014151 ; Lebon, p. 296, concl. A. Lallet ; JCP G 2019, 1193, note B. Defoort ; JCP G 2019, doct. 1387, n° 2, nos obs.*). Aujourd'hui, c'est un nouvel office qu'il s'attribue, en se reconnaissant le pouvoir de prononcer l'abrogation non-rétroactive, et non l'annulation, de l'acte contesté.

Ce pouvoir comble, il est vrai, une regrettable lacune. Jusqu'à présent, en effet, il n'existait pour le juge de l'excès de pouvoir aucune possibilité de sanctionner directement l'acte devenu illégal à la suite d'un changement de circonstances. La seule solution consistait à saisir l'administration d'une demande d'abrogation et, à supposer qu'elle soit tenue à une telle abrogation – ce qui est le cas pour les actes réglementaires (*CRPA, art. L. 243-2, al. 1^{er}*) et pour les actes non-réglementaires non créateurs de droits (*CRPA, art. L. 243-2, al. 2*) – à contester son refus devant le juge. Dès lors qu'on envisage d'ouvrir une solution juridictionnelle directe, celle-ci suppose, d'une part que le juge examine la légalité de l'acte au jour où lui-même statue, d'autre part que la sanction ne soit pas l'annulation, puisque l'acte n'est pas illégal *ab initio*, mais bel et bien son abrogation – à la date de la décision du juge, à moins que le juge ne décide d'en reporter l'effet (*CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, Assoc. AC !, préc.*), mais en tout cas à la date de survenance de l'illégalité, qui peut être délicate à identifier avec précision, et aurait impliqué une rétroactivité, l'abrogation n'étant pas ici reconnitive mais constitutive.

Pour autant, ce nouveau pouvoir est étroitement encadré.

Tout d'abord, il ne peut être exercé qu'à l'occasion d'un recours contre un acte réglementaire : ces actes, il est vrai, présentent par rapport aux autres actes administratifs d'évidentes particularités, du fait de leur portée générale et abstraite et de leur vocation à la permanence (*CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, CFDT-Finances : JurisData n° 2018-008095 ; Lebon, p. 187, concl. A. Bretonneau ; JCP G 2018, doct. 1394, n° 2, nos obs.*). Cela explique qu'ils fassent l'objet d'une obligation permanente d'abrogation par l'administration dès lors qu'ils sont illégaux (*sous réserve de l'hypothèse où ils sont entachés d'un vice de procédure ou de forme CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, CFDT-Finances, préc.*). Le pouvoir juridictionnel d'abrogation sera donc le pendant et, peut-être – l'avenir le dira – le concurrent de cette obligation administrative d'abrogation

– bien que son champ d'application soit plus restreint que celui de l'obligation administrative d'abrogation, puisque limité à l'hypothèse d'une illégalité survenue, et qui plus est survenue avant que le juge ait statué – ce qui constitue une limite conséquente compte tenu de l'enfermement dans le temps du recours pour excès de pouvoir.

Ensuite, les conclusions à fin d'abrogation ne peuvent être que subsidiaires, le recours pour excès de pouvoir devant à peine d'irrecevabilité contenir des conclusions à fin d'annulation. Ainsi, le juge commencera toujours par vérifier si l'acte ou la disposition contestée est entachée d'une illégalité initiale justifiant son annulation, et c'est seulement dans le cas contraire qu'il recherchera l'existence d'une illégalité survenue de nature à justifier l'abrogation. Ainsi, la demande d'abrogation doit nécessairement accompagner un recours déposé dans le délai de recours contentieux (bien qu'elle-même n'ait pas obligatoirement à être déposée dans le même délai, n'étant pas d'une nature différente par rapport à la demande d'annulation) et comportant des conclusions à fin d'annulation qui seront utilement fondées, afin de contourner la prohibition au-delà du délai de recours contentieux des moyens fondés sur une cause juridique nouvelle (*CE, sect., 20 févr. 1953, n° 9772, Sté Intercopie : Lebon, p. 88 ; S. 1953, 3, p. 77, note M. L.*), sur des moyens de légalité interne. Ainsi, le requérant est susceptible de contester un acte n'étant entaché d'aucune illégalité initiale dans le simple but de préserver sa possibilité de déposer, pendant l'instance, des conclusions à fin d'abrogation si, à la suite d'un changement de circonstances qui n'est éventuellement pas encore survenu, l'acte devient illégal.

Le recours pour excès de pouvoir poursuit donc sa marche vers un plus grand effet utile – mais aussi vers un rapprochement avec le plein contentieux qui pose, de plus en plus, la question de la distinction des recours.

D. - Procédure

8 - La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a créé devant les juridictions administratives un nouveau recours, l'action en reconnaissance de droits (*V. JCP G 2017, doct. 256, n° 8, nos obs.*). Celle-ci tend, comme son nom l'indique, à la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application d'une loi ou d'un règlement en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt (*CJA, art. L. 77-12-1 et s.*).

Saisi d'une demande d'avis contentieux, le Conseil d'État en précise le régime sur deux points (*CE, avis, 15 nov. 2021, n° 454125, UFC Que Choisir Nancy et sa région : JCP A 2021, act. 711, obs. L. Erstein ; Procédures 2022, comm. 25, note S. Deygas*).

En premier lieu, en ce qui concerne les conséquences de la saisine, à titre de réclamation préalable, d'une autorité incompétente, puisque la loi soumet l'exercice de cette action à la saisine préalable de l'administration, dont le refus est seul contestable devant le juge (*CJA, art. R. 77-12-4*). Cette réclamation s'analyse comme une demande au sens de l'article L. 110-1 du Code des relations entre le public et l'administration : ainsi, en cas de saisine d'une autorité incompétente, elle est soumise à une obligation de transmission par celle-ci à l'autorité compétente (*CRPA, art. L. 114-2*). En revanche, il s'agit également d'un recours administratif. Ce deuxième point est moins évident, car ne préexiste à cette « réclamation » aucune décision par laquelle l'administration refuserait aux intéressés le bénéfice du droit, et que ces derniers désireraient contester : il s'agit plutôt, en l'absence de désaccord préexistant, de la sollicitation d'une décision préalable, destinée à satisfaire à l'exigence de décision préalable posée aujourd'hui de manière à peu près générale et au terme de laquelle le juge administratif ne peut être saisi que d'une décision. Il est vrai, cependant, que le mot de « réclamation » employé par le législateur ne laisse guère de choix au Conseil d'État, de même que la conséquence que ce même législateur donne au silence gardé par l'administration : la naissance d'une décision implicite de rejet – ici, au terme d'un délai de 4 mois – comme c'est normalement le cas en matière de recours administratifs (*CRPA, art. L. 231-4, 2°*). Le Conseil d'État en déduit logiquement que, comme pour tout mécanisme de décision implicite de rejet, la transmission de la demande est sans incidence sur le délai de naissance de la décision et que celui-ci court bien dès la saisine de l'autorité incompétente (*CRPA, art. L. 114-3*). De la même façon d'ailleurs, lorsque l'autorité initialement saisie néglige son obligation de transmission, l'autorité compétente est néanmoins réputée avoir rendu une décision implicite de rejet à l'expiration de ce délai (*CE, 15 oct. 1965, n° 60338, Wydouw : Lebon, p. 523. – CE, 29 juill. 1998, n° 177080, Cts Delhon : JurisData n° 1998-050817 ; Lebon T, p. 1076*). Ce n'est que lorsque, dans le délai qui lui est imparti, elle rend une décision expresse de rejet que celle-ci lui est attribuée (*CE, 8 déc.*

1989, n° 87434, *Min. Agriculture c/ Joslet* : *JurisData* n° 1989-647083 ; *Lebon T*, p. 841) : mais, précise le Conseil d'État, bien qu'entachée d'incompétence, cette décision permet l'exercice du recours contentieux. L'idée directrice de cette solution est bien celle qui sous-tend le mécanisme de décision implicite de rejet : faire naître le plus vite possible une décision que l'administré pourra contester devant le juge, ce qui n'est d'ailleurs pas si défavorable à l'administré qu'il le paraît de prime abord...

En deuxième lieu, en ce qui concerne les conditions d'interruption par cette récla-

mation préalable des délais de prescription ou de forclusion opposables aux personnes susceptibles de bénéficier du droit – ces délais ne recommençant à courir qu'une fois la décision administrative rejetant la réclamation préalable n'est plus susceptible de recours ou, si une action en reconnaissance de droits est déposée dans le délai de recours contentieux, lorsque la décision juridictionnelle statuant sur cette action est passée en force de chose jugée (*CRPA*, art. L. 77-12-2). De la même manière que précédemment, c'est bien la saisine de l'administration, cette der-

nière fût-elle incompétente, qui produit cet effet interruptif – et, si elle méconnaît son obligation de transmission, la reddition par elle d'une décision de rejet qui fait courir le délai de recours contentieux et, si elle n'est pas contestée dans ce délai, refait courir à l'expiration de ce dernier les délais de prescription et de forclusion. La seule différence – mais elle est de détail et rien à la rédaction du texte – réside dans la circonstance que la date prise en compte est celle à laquelle la réclamation est adressée à l'administration, et non celle à laquelle celle-ci la reçoit.

Les arrêts traités dans cette chronique

- CE, 28 sept. 2021, n° 431625, CCAS de Pauillac
- CE, 29 sept. 2021, n° 435323, D. c/ Min. de la Défense
- CE, 4 oct. 2021, n° 440428, Sté sportive professionnelle Olympique de Marseille

- CE, 11 oct. 2021, n° 438872, Sté coopérative métropolitaine d'entreprise générale
- Cons. const., 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC, Sté Air France : *JurisData* n° 2021-016443
- CE, 15 oct. 2021, n° 431291, Agence de la biomédecine

- CE, avis, 15 nov. 2021, n° 454125, UFC Que Choisir Nancy et sa région
- CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141, Assoc. des avocats ELENA France et a.

ACTUALITÉ BIBLIOGRAPHIQUE

Ouvrages

R. Bousta, *La notion de médiation administrative* : L'Harmattan, Logiques juridiques, 2021. – G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long et P. Weil, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* : Dalloz, Grands arrêts, 23^e éd., 2021. – J. Caillousse et K.-H. Voizard (dir.), *Le droit administratif aujourd'hui. Retour sur son enseignement* : Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021. – S. Nicinski, *Droit public des affaires* : LGDJ, Précis Domat, 8^e éd., 2021. – J. Petit et P.-L. Frier, *Droit administratif* : LGDJ, Précis Domat, 15^e éd., 2021. – D. Pouyaud et P. Weil, *Le droit administratif* : PUF, Que sais-je ?, 26^e éd., 2021. – L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs* : LGDJ, Manuel, 12^e éd., 2021. – P. Serrand, *Droit administratif, tome 1, Les actions administratives* : PUF, Droit fondamental, 4^e éd., 2021.

Articles de doctrine

La loi Principes de la République (dossier, 5 contributions) : AJDA 2021, p. 2071. – *Commande publique et droits fondamentaux* (dossier, 4 contributions) : AJDA 2021, p. 2319. – *Loi du 24 août 2021 confortant les principes de la République* (dossier, 3 contributions) : JCP A 2021, 2306 à 2308. – *Les nouveaux visages de l'administra-*

tion (dossier, 8 contributions) : RDP 2021, p. 1433. – *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives* (dossier, 8 contributions) : RFDA 2021, p. 639. – *La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République* (dossier, 6 contributions) : RFDA 2021, p. 815. – *L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État* (dossier, 4 contributions) : RFDA 2021, p. 865. – J. Arroyo, *Le champ d'application des lois de Rolland* : RFDA 2021, p. 967. – M. Bartolucci, *L'État communiquant et la norme numérique* : Dr. adm. 2021, étude 13. – V. Haïm, *Délai raisonnable ou déni de justice, Réflexions sur cinq ans de jurisprudence Czaibaj* : AJDA 2021, p. 2143. – S. Jolivet, *La police de l'accès aux espaces protégés. Ordre public écologique et politique des « petits pas »* : Dr. adm. 2021, étude 15. – J.-F. Lachaume, *Le régime des services publics à l'épreuve de la loi* : AJDA 2021, p. 1778. – A. Le Brun, *La théorie de l'écran législatif et le domaine de la loi* : RFDA 2021, p. 803. – E. Lekkou, *La mutabilité des services publics, un principe en mutation ?* : RFDA 2021, p. 978. – M. Pochard, *Requiem pour le tour extérieur du gouvernement* : AJDA 2021, p. 1726. – A. Sayede Hussein, *L'im-*

partialité objective du juge administratif des référés : RFDA 2021, p. 701.

Chroniques

A. Bouveresse, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier, *Droit de l'Union européenne et droit administratif français* : RFDA 2021, p. 797. – X. Dupré de Boulois et L. Milano, *Jurisprudence administrative et Cour européenne des droits de l'homme* : RFDA 2021, p. 739. – P. Idoux, S. Nicinski et E. Glaser, *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation* : AJDA 2021, p. 1902. – M. Lahouazi, *Chronique de droit des modes alternatifs de règlement des différends. Textes et décisions du 1^{er} janvier 2021 au 30 juin 2021* : JCP A 2021, 2358. – J. Martin, G. Pellissier (dir) et N. Gayabet (collab.), *Chronique de droit des contrats publics. Décisions de janvier à août 2021* : JCP A 2021, 2267 (1^{re} partie). – J. Martin, G. Pellissier (dir) et J.-B. Vila (collab.), *Chronique de droit des contrats publics. Décisions de janvier à août 2021* : JCP A 2021, 2284 (2^e partie). – O. Le Bot, *Chronique de contentieux administratif. Décisions d'avril à juin 2021* : JCP A 2021, 2260. – R. Vandermeeren, *Chronique de jurisprudence du Conseil d'État. Décisions d'avril à juillet 2021* : JCP A 2021, 2305.

LA SEMAINE DE LA DOCTRINE LA VIE DES IDÉES



LE MOT DE LA SEMAINE

États généraux de la Justice



www.lexisnexis.fr

406

Et si nous parlions modernisation et productivité ?



Dominique Perben, ancien garde des Sceaux, associé, Betto Perben Pradel Filhol, partenaire du Club des juristes

D'Aguesseau a écrit qu'il est plus facile de décrire les maux de la justice que d'en prescrire les remèdes.

Depuis le 18^{ème} siècle chaque génération a minutieusement décrit les mêmes maux (lenteur, complexité, inefficacité, coût...) et a prescrit les mêmes remèdes (réformes thématiques, interventions ponctuelles...) tous insuffisants à faire disparaître les défauts du système. Elles resurgissent régulièrement, soit à la faveur d'échéances politiques, soit à la suite de crises internes au fonctionnement de la Justice. Aujourd'hui ces deux moments se rencontrent : volonté et échéances politiques d'une part et crise systémique d'autre part. Ceci montre que le temps n'est plus aux réformes ponctuelles ou thématiques (tout a été fait, dans presque tous les domaines... et au demeurant souvent de façon utile) mais à une remise en question globale de notre système judiciaire.

Questionner le rôle du juge - Nous devons porter le regard le plus lucide et le plus exigeant possible sur l'organisation et le fonctionnement de la Justice, les missions et l'office du juge. Quel est le rôle du juge dans notre société ? De quoi doit-il s'occuper ? Comment doit-il prendre en charge ses missions ? Quels équilibres entre la justice pénale et la justice civile ?

Ces questions doivent être abordées en se gardant de tomber dans des querelles théologiques. La préoccupation première des français n'est sans doute pas dans les questions statutaires ni dans les garanties des magistrats.

Une modernisation d'ensemble - Le constat est celui de l'échec de la plupart des politiques de modernisation conduites par le ministère de la Justice ; coûts, lenteurs, efficacité marginale.

Au risque d'une certaine brutalité, il faut bien admettre qu'il n'est pas efficace de confier exclusivement la modernisation d'un service à ceux qui l'ont fait fonctionner.

La modernisation et la transition numérique doivent être abordées globalement et non pas dans une logique compartimentée, si on veut pouvoir impulser des réformes d'ensemble. Le pilotage de cette politique pourrait être confié non pas aux services du

ministère de la Justice, mais à une délégation à la modernisation et à la simplification rattachée directement au premier ministre, seul moyen de dépasser les habitudes professionnelles.

Productivité - C'est un des enjeux majeurs qui porte les interrogations sur la place et le rôle du magistrat dans la société et ce à plusieurs niveaux : il est souvent là où il n'a pas forcément lieu d'être et souvent absent ou en trop faible nombre là où il devrait être.

L'autorité du juge pourrait être renforcée dans les contentieux civils et commerciaux afin de mettre en œuvre des délais butoirs obligatoires, dont la conséquence serait tout à la fois de hâter le cours des procédures et d'inciter à utiliser les MARDS.

Enfin, les méthodes de travail doivent évoluer pour détecter et supprimer les situations fréquentes dans lesquelles une même affaire, surtout parmi les moins graves, peut être successivement examinée par plusieurs magistrats. Cette remarque vaut également pour la remise à plat de l'articulation existant entre les parquets de première instance et les parquets généraux en matière d'exercice de l'action publique.

Quelques exemples de ces orientations possibles - Dans le champ civil : en matière de protection de l'enfance, le juge n'interviendrait que s'il existe un conflit entre les familles et les services sociaux sur le principe ou les modalités d'une mesure éducative. Dans le champ pénal : la séparation fonctionnelle qui existe entre les parquets de première instance et les parquets généraux en appel trouve aisément sa justification dans les missions de coordination, d'animation et de contrôle de la politique pénale que la loi confie aux procureurs généraux. Cette distinction est beaucoup moins évidente lorsqu'on l'examine du point de vue de l'exercice de l'action publique devant les juridictions. Si les juridictions et les magistrats du siège sont différents, c'est la même action publique qui est portée devant eux. Le doublon est alors patent. L'exigence du double regard ne concerne que le siège ; pour le parquet, il ne peut s'agir au plus que d'une double approche.

En règle générale : l'open data des décisions de justice est un outil initialement conçu pour le public (concrètement, surtout pour les éditeurs juridiques et les avocats). En parallèle des efforts à mener sur la transformation numérique et informatique de la Justice, l'open data est une opportunité très concrète à saisir en matière d'aide à la décision des magistrats à qui il faut proposer des déclinaisons thématiques de cet outil.

En conclusion, pensons d'abord et avant tout au justiciable. Il attend des réponses concrètes et rapides de l'institution judiciaire, réponses qui conditionnent souvent sa vie personnelle ou professionnelle. ■

Actualités

ÉLECTIONS PRÉSIDENTIELLES

407

« Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société » : les propositions du Club des juristes

Club des juristes, rapp., févr. 2022

Le rapport du Club des juristes « Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société - Propositions pour la campagne présidentielle », émanant de personnalités du monde du droit et de l'entreprise, sous la présidence de Jacques Attali, propose d'identifier les grands enjeux juridiques, et envisage les réponses qu'il conviendrait de leur apporter.

Ayant pour ambition de nourrir le débat pendant la campagne présidentielle puis les élections législatives et d'amener les candidats à se positionner sur les recommandations juridiques proposées, le rapport s'ouvre sur une cinquantaine de propositions. L'objectif in fine est de poser les bases « d'une réflexion opérationnelle sur les réformes juridiques à mener sur quelques-uns des principaux enjeux que la France devra affronter dans les années à venir ». Partant du constat que : « Les rapports de l'individu à la collectivité évoluent, et, avec eux, la tension entre égalité et droit à la différence. Le citoyen, le consommateur et l'entreprise, confrontés à l'urgence climatique, doivent adapter leurs comportements pour les conformer à une responsabilité environnementale nouvelle. Le monde du travail se trouve lui-même déstabilisé, notamment par la numérisation. Enfin, confrontés à ces bouleversements, de surcroît dans le contexte particulier de la crise sanitaire, les responsables publics subissent l'injonction contradictoire d'agir et de réagir avec efficacité tout en respectant scrupuleusement, sous la menace pénale, un droit prolifique. De telles ruptures appellent, sur les orientations que la norme collec-

tive doit emprunter, une prise de position du candidat à la présidence de la République », le Club des juristes s'est donné pour but d'éclairer ces enjeux sociétaux et a articulé ses réflexions autour des thématiques suivantes :

- le genre, l'identité et l'égalité ;
 - l'environnement et la transition énergétique ;
 - l'avenir du travail ;
 - l'attractivité et la préservation des intérêts français et européens ;
 - l'efficacité de l'action publique.
- La santé et l'éducation feront l'objet d'analyses ultérieures. Parmi les propositions, on peut retenir :

- sur l'**égalité** : en faire un élément de mise en conformité des organisations de travail, en durcissant les obligations de transparence, de précision et de négociation collective, et en conditionnant le bénéfice d'aides publiques au respect de ces obligations ; mieux protéger les femmes victimes de violences sexuelles et sexistes, par la mise en place d'une procédure d'urgence efficace pour éloigner rapidement la victime de l'auteur présumé et par l'institution d'une justice spécialisée « violences sexuelles et sexistes » ;
- sur l'**environnement et la transition énergétique** : intégrer dans la Constitution une « règle d'or climatique », afin de consacrer une obligation constitutionnelle d'action des pouvoirs publics contre le changement climatique, laquelle obligation devra être conciliée, au cas par cas, avec les autres considérations d'intérêt général, d'ordre économique et social. Plus généralement, tout acte législatif ou réglementaire ayant un impact significatif sur l'environnement devra démontrer son absence de nocivité irréversible à l'égard des générations futures ; créer un défenseur de l'environnement, autorité publique indépendante spécialisée au service exclusif de la protection de la nature, autonome et distincte du Défenseur des droits ; renforcer la fiscalité environnementale pour orienter les décisions économiques ;
- sur l'**avenir du travail** : adapter la protection sociale des travailleurs indépendants aux enjeux

de l'intermédiation numérique du travail par l'identification des risques sociaux pris en charge par la protection sociale, spécialement en matière de chômage ; sécuriser le financement de la protection sociale des travailleurs indépendants ; adapter le régime juridique du temps de travail au télétravail afin de préserver l'autonomie des salariés par la création d'un temps de travail spécifique à cette forme de travail, borné temporellement ;

- sur l'**attractivité et la préservation des intérêts français et européens** : favoriser la réciprocité en matière de marchés publics, encourager la réflexion en faveur d'un principe de préférence européenne dans la commande publique et en faire des instruments de développement des startups et des nouvelles entreprises européennes ; promouvoir une autonomie stratégique européenne par le droit, tout en préservant les intérêts nationaux ;

- sur l'**attractivité et l'efficacité du système judiciaire** : le rendre « plus compréhensible et plus attractif aux yeux des entreprises étrangères et des investisseurs internationaux » (en attendant les réformes proposées par les États généraux de la Justice) ; réorienter une partie des moyens alloués à la cour d'appel au profit de la première instance ; conforter la place de Paris en matière d'arbitrage ; encourager une meilleure coopération entre magistrats et avocats en favorisant des échanges plus réguliers tout au long des procédures, en permettant aux juristes parmi les élèves-avocats et en multipliant les formations communes aux magistrats et aux avocats ; promouvoir le système judiciaire et le droit français par l'organisation d'événements internationaux et l'implication des avocats et magistrats à l'étranger ;

- sur l'**efficacité de l'action publique** : lutter contre le désordre normatif, non seulement par l'expression renouvelée d'une forte volonté au plus haut niveau de l'État, mais également par la création d'une institution légère et efficace de veille et d'alerte ; restaurer la possibilité, pour les

parlementaires, d'exercer en parallèle des responsabilités d'exécutif local ; rendre la haute fonction publique plus attractive.

Lien vers l'intégralité du rapport : https://www.leclubdes-juristes.com/wp-content/uploads/2022/02/RAPPORT_WEB_DEF2.pdf.

NOTAIRES

408

Tracfin : le dispositif LCB-FT appliqué à la profession du notariat

Tracfin, actualités, 21 mars 2022

Tracfin (V. JCP G 2022, act. 344, *Portrait par C. Cutajar*) met en ligne, à destination des notaires, un document qui a pour objectif de faciliter l'appropriation, par les professionnels, de leurs obligations LCB-FT et leur mise en œuvre concrète.

Construit sous forme de courtes fiches avec tableaux et schémas, ce document « permettra aux professionnels du notariat de détecter avec efficacité les opérations à signaler à Tracfin ». Plusieurs illustrations typologiques présentent des situations à risque qui aideront les notaires dans l'application quotidienne de leurs obligations. Les professionnels « trouveront également les réponses aux questions qu'ils se posent fréquemment, notamment sur la confidentialité des informations transmises à Tracfin et à l'autorité judiciaire notamment ».

CONSEIL D'ÉTAT

409

L'expérimentation au Conseil d'État des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction est prolongée

D. n° 2022-387, 18 mars 2022 : JO 19 mars 2022

Le décret n° 2022-387 prolonge jusqu'à la fin de l'année 2022 l'expérimentation devant le Conseil d'État de la possibilité pour une chambre ou une formation chargée de l'instruction d'organiser une séance orale d'instruction et, pour une formation de jugement, de tenir une audience d'instruction.