



HAL
open science

Les principes en Droit de l'entreprise

Pierre Mousseron

► **To cite this version:**

Pierre Mousseron (Dir.). Les principes en Droit de l'entreprise. ss. dir. Pierre Mousseron. LexisNexis, A paraître, Collection Institut des usages, 978-2-7110-3832-9. hal-04162309

HAL Id: hal-04162309

<https://hal.science/hal-04162309>

Submitted on 21 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Centre du Droit
de l'Entreprise

Les principes en Droit de l'entreprise

Le 7 avril 2023



ADVANT Altana

Avant-propos

Publier dans une collection intitulée « *Droit des usages* » un ouvrage sur des principes peut surprendre... Trois raisons -au moins- expliquent ce choix.

D'abord, **la complémentarité**. Des passerelles relient usages et principes. Les usages peuvent conduire à des principes dits coutumiers ; le phénomène s'observe ainsi en Droit international public où les pratiques consistant à ne pas contrôler certains biens d'Etats étrangers justifient un principe coutumier d'immunité de juridiction des Etats. Plus nettement, la Cour de cassation a pu juger que les usages en matière de déontologie étaient suffisamment précis pour justifier une sanction disciplinaire pris en application des principes de modération et de délicatesse (Cass. civ. 1ère 10 juillet 2014, n°13-19294). En retour, des principes peuvent donner naissance à des usages ; le principe de prohibition des engagements perpétuels a ainsi conduit à l'usage de constituer des sociétés pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf années.

Ensuite, **la communauté de destins**. Héritiers d'un grand passé, usages et principes qui sont les deux principales composantes du Droit non-écrit nous paraissent voués à un grand avenir ou plus exactement à un avenir professionnel plus radieux que celui du Droit étatique écrit. A l'heure de l'intelligence artificielle, le Droit non-écrit non paraît en effet le siège d'une intelligence naturelle qui confère une plus-value plus forte au travail du juriste.

Enfin, **l'hospitalité**. La fraternité au sein du Droit non-écrit entre les usages et les principes justifie que le Droit des usages fasse une place aux principes.

Le signataire profite de cette publication pour remercier chaleureusement ici tous les contributeurs pour leur talentueux concours.

Pr. Pierre Mousseron

Sommaire

(Les numéros renvoient aux pages)

Introduction	1
<i>Mickael d'Allende, Avocat Associé, Advant Altana</i> <i>Pierre Mousseron, Professeur à l'Université de Montpellier</i>	
Approche professionnelle	
<hr/>	
Le principe d'anticipation en Droit du travail	7
<i>Mickael d'Allende, Avocat Associé, Advant Altana</i>	
Approches sectorielles	
<hr/>	
Les principes en Droit de la responsabilité civile	15
<i>Marie-Sophie Bondon, Maître de conférences à l'Université de La Rochelle</i>	
Les principes en Droit des sociétés	24
<i>Pierre Mousseron, Professeur à l'Université de Montpellier</i>	
Approches ponctuelles	
<hr/>	
Le principe <i>Fraus omnia corrumpit</i>	34
<i>Amélie Thouement, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale</i>	
Le principe d'intelligibilité	50
<i>Auréli Brès, Maître de conférences à l'Université de Montpellier</i>	
Le principe <i>non bis in idem</i>	63
<i>Adrien Tehrani, Professeur à l'Université de Montpellier</i>	
Le principe d'égalité femme-homme et le Droit fiscal	88
<i>Lise Chatain, Professeur à l'Université de Bourgogne</i>	
Le principe de transparence financière en Droit syndical	119
<i>Florence Bergeron, Professeur à l'Université de Montpellier</i> <i>Charline Lecorcier, Master DPRT</i>	
Le principe de réciprocité de la clause d'indexation en matière de bail commercial	127
<i>Marie-Pierre Dumont, Professeur à l'Université de Montpellier</i>	
Le principe de prohibition des engagements perpétuels	137
<i>Jérémy Brandalac, Master DCI</i> <i>Pierre Mousseron, Professeur à l'Université de Montpellier</i>	
Le principe d'interprétation <i>in favorem auctoris</i> des contrats d'auteur	153
<i>Alexis Boisson, Maître de conférences à l'Université de Montpellier</i>	
Le principe d'indissociabilité des opérations complexes en matière de TVA	163
<i>David Boulaud, Maître de conférences à l'Université de Montpellier</i>	
Le principe comptable de l'inscription en valeurs historiques confronté à la réévaluation des bilans	171
<i>Adrianna Gelbert, Master DJCE</i> <i>Christian Guichard, Maître de conférences associé à l'Université de Montpellier</i>	

Introduction

– Définition des principes

Dans le présent ouvrage, les principes seront, sauf exception, entendus comme des **règles non-écrites qui se dégagent de sources écrites ou non-écrites en rayonnant au-delà du champ que leur assignaient ces sources.**

« **Règles ...** ». Il ne s'agit donc pas de principes entendus comme des affirmations dont se détache une exception. Nous nous intéressons ici aux principes juridiques qui sont du Droit (au regard de l'article 1511 du Code de procédure civile par exemple) en ce que les principes posent des prescriptions. Celles-ci sont le plus souvent générales même si leur technicité grandissante les éloigne parfois de cette généralité ;

« ... **non-écrites...** » (au sens où elles n'ont pas besoin d'être adoptées dans un texte de nature étatique (loi, traité, ...) même si les principes sont souvent reconnus par des textes étatiques¹ ;

« ... **qui se dégagent de sources écrites ou non-écrites...** » (éventuellement jurisprudentielles² et parfois au prix d'une reformulation latine). Cette caractéristique mérite deux observations.

D'une part, de nombreux principes se dégagent de sources non-écrites. Il en va ainsi des principes coutumiers connus notamment dans les systèmes juridiques complexes ou mixtes comme celui prévalant en Nouvelle-Calédonie³.

¹ On peut ainsi soutenir qu'il existe un principe de subsidiarité autonome de la règle de subsidiarité posée par l'article 4 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

² La CEDH se réfère ainsi à des « *principes jurisprudentiels* » (pour un exemple : CEDH 26 avril 2016, GC, *Communauté Alévie*, req. n°62649/10 : « À cet égard, la Cour rappelle que, selon le principe jurisprudentiel d'autonomie des communautés religieuses - corollaire du devoir de neutralité et d'impartialité de l'État -, seules les autorités spirituelles suprêmes d'une communauté religieuse, et non l'État - ni même les juridictions nationales -, peuvent déterminer de quelle confession celle-ci relève (...) »).

³ Citons par exemple ici le principe coutumier du « *lien à la terre* » reconnu en Nouvelle-Calédonie (CA Nouméa, 22 mai 2014, n°12/00101 ; TPI Nouméa, section détachée de Lifou, 25 juillet 2012, RG n°10/80 commenté par R. Lafargue in *Le contentieux classique de la terre in Rapport de recherche La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, dir. E. Cornu et P. Deumier, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 104 et s., sp. p. 123 et s.).

D'autre part, la nature induite, secondaire du principe juridique ainsi entendu l'éloigne de la notion philosophique du principe qui s'entend, de façon plus exacte d'un point de vue étymologique, comme « *ce qui commence et commande* »⁴;

« ... *en rayonnant au-delà du champ que leur assignaient ces sources* »⁵.

Ce faisant, pour reprendre la distinction proposée par Patrick Morvan, le principe est ici entendu aussi bien dans sa fonction normative souvent *contra legem* que dans sa fonction instrumentale de transfert d'une règle d'un ordre juridique à un autre⁶.

– Opportunité de l'étude des principes

L'opportunité de l'étude des principes est d'abord technique. Certains principes tiennent en effet le haut du pavé juridique. Ce sont ainsi les très opportuns et énigmatiques « *principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » qui justifient aujourd'hui la suprématie de certaines règles nationales par rapport au Droit de l'Union européenne⁷. D'autres qui ont pu être proposés connaissent des sorts moins heureux. Il en va ainsi du principe de cohérence inspiré de l'*estoppel* anglais qui après avoir fasciné se retrouvent aujourd'hui reclus en Droit de la procédure sans que l'on comprenne bien la cohérence qui le cantonne ainsi⁸.

⁴ B. Mabile, *Philosophie première et pensée principielle*, in *Le principe*, Librairie philosophique J. Vrin, 2006, p. 9. Encore faut-il observer que l'étymologie du mot « principe » autorise deux acceptions au demeurant voisines. Le principe est aussi bien ce qui prend en premier (étymologie induite de *primum capere*) ou ce qui est pris comme premier (*primus ceptus*) (M. Caron, *Le principe chez Saint Augustin*, in *Le principe*, Librairie philosophique J. Vrin, 2006, p. 74).

⁵ Patrick Morvan signale d'ailleurs en conclusion de sa définition : « *En définitive, le rayonnement du principe est sa marque distinctive. Il se manifeste sous la forme tantôt d'une répulsion du droit écrit par le principe, tantôt d'une mobilité de celui-ci au travers des ordres juridiques* ». (*op. cit. loc. cit.*).

⁶ P. Morvan, V° *Principes*, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF 2003, p. 1201.

⁷ E. Dubout, « *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ?* », *Revue française de droit constitutionnel* 2010/3 (n° 83), pages 451 à 482. Pour une première application par le Conseil constitutionnel de ces principes à propos de l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » : Cons. const. 15 octobre 2021, n°2021-940 ? QPC, *Société Air France*, RTCiv. 2022, p. 89, obs. P. Deumier.

⁸ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence : vingt ans après*, in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ-Lextenso 2019, p.533.

Dans ce contexte, c'est à la doctrine de tenter d'expliquer pourquoi certains principes seraient invocables et d'autres non. Une explication tiendrait à ce que le terme principe ne recouvre parfois que des concepts pédagogiques de synthèse. Il peut aussi s'agir de propositions doctrinales au sein desquelles les tribunaux puisent parfois en fonction des besoins. Lorsque ces besoins cessent du fait de certaines codifications notamment, les principes rejoignent les limbes d'où la doctrine les avait extraits.

Cette opportunité est aussi technologique. La digitalisation du Droit facilite la connaissance et l'utilisation du Droit écrit constitué de textes étatiques (nationaux et internationaux) voire non-étatiques avec le recours aux *smart contracts* définis comme des contrats dont l'environnement est automatisé depuis leur conclusion (avec des modèles de contrats), leur exécution (recours à des modèles de lettre de gestion des incidents), jusqu'à leur contentieux (avec des modes de règlement des conflits aboutissant à des sanctions prédéfinies)⁹. Cette facilitation butte face au Droit non-écrit dont la nature laisse une large part à l'appréciation personnelle. Ce Droit non-écrit comprend divers éléments. Le premier consiste en des propos oraux. S'y ajoutent les dispositions implicites contenues dans les textes. Le Droit non écrit contient aussi les usages. Si ceux-ci sont parfois retranscrits dans des recueils d'usages, cela ne représente qu'une infime partie du Droit des usages. Si l'on admet sa « juridicité » le Droit non-écrit contient aussi le Droit naturel. Ce Droit non-écrit consiste enfin en des principes. Ceux-ci entretiennent des rapports avec la coutume tant il est vrai que certains se rapprochent de la coutume savante notamment lorsqu'ils sont capturés dans une maxime ou un adage¹⁰.

Cette opportunité est enfin politique. Sous ses abords techniques, le Droit a une part idéologique¹¹. Celle-ci est maximale dans la référence aux principes. Si elle ne dicte pas le propos, cette dimension sous-jacente ne peut être ignorée sous peine d'aveuglement volontaire.

– Particularité de ces principes en Droit de l'entreprise

Certains pans de notre Droit réservent une place de choix aux principes. Il en va ainsi du Droit de la procédure civile qui les place en tête de son code. Le

⁹ Sur cette question : B. Cassar, *La transformation numérique du monde du droit*, thèse Strasbourg 2020, n°298 et s. (Hal : Droit. Université de Strasbourg, 2020. Français. NNT :20202STRAA002. Tel-03121576).

¹⁰ Sur les rapports entre principes et maximes : A. Thouément, *Les maximes d'interprétation*, Collection Droit des usages, IDU 2022, sp. n°1033 et s.

¹¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, 1955, n°132 et s.

Droit public y puise aussi abondamment¹². A défaut de codification, le Droit de l'entreprise ne connaît pas pareille technique ce qui nuit à leur éclosion. Les principes que l'on y retrouve sont ainsi souvent les queues de comètes de certains principes plus généraux découverts dans d'autres disciplines de droit commun qui irriguent le secteur¹³. Cela n'empêche pas aux praticiens du Droit de l'entreprise de puiser dans la vie de celles-ci de nouveaux principes émergents.

– Modalités de l'étude des principes

Les principes posent au Droit de nombreux problèmes généraux qui vont de leur formation (imprécision des conditions de fond et de forme, pluralité des types de principes¹⁴, ...) à leur application (portée¹⁵, autorité face à la loi, rétroactivité¹⁶, ...). Non pas que ces questions générales aient été résolues, mais parce que nous pensons qu'elles ont vocation à ne pas l'être, notre approche est plus résignée et tend moins à identifier ce que devraient être les principes que d'essayer de définir le rôle qu'ils jouent aujourd'hui en Droit de l'entreprise.

¹² La loi du 20 avril 1986 a ainsi modifié la loi de fixant le statut des fonctionnaires en modifiant son article 25 qui dispose désormais : « Art. 25 - *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité.*

« *Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses.*

« *Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.*

« *Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service. ».*

¹³ Il en va ainsi du principe de loyauté de la preuve issu du Code de procédure civile et susceptible d'applications en Droit de l'entreprise (par exemple, la Cour de cassation a jugé irrecevable la preuve rapportée par la technique du client-mystère au visa de (en application de « *l'article 9 du code de procédure civile et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve* » (Cass. com., 10 novembre 2021, 20-14.670).

¹⁴ La doctrine a ainsi pu se délecter de la référence aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (J. Roux, *Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France existent*, D. 2022, p. 50).

¹⁵ Dans sa thèse intitulée « *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats* », notre Collègue Denis Berthiau rattache ainsi ledit principe d'égalité à une équivalence des prestations (Bibl. dr. privé t. 320, LGDJ 1999). En Droit des sociétés, ce principe, à supposer qu'il existe, ne prévaudrait que dans les rapports entre actionnaires.

¹⁶ D. Mainguy, *A propos d'un « principe » préexistant à une loi*, D. 2015, p. 246.

Au sein de cet ouvrage, certains auteurs ont tenté de définir le rôle que les principes jouent dans des disciplines juridiques. Ils sont partis d'un pan sectoriel du Droit de l'entreprise.

D'autres auteurs, ont adopté une perspective inverse. Ils sont partis d'un principe particulier en examinant le rôle que celui-ci pouvait jouer dans un secteur du Droit de l'entreprise ou en Droit de l'entreprise en général. Un dernier auteur a adopté une perspective professionnelle signe de la vivacité du concept de principe.

Ces perspectives sont complémentaires et explicables. Le recours aux principes témoigne de la part la plus humaine et personnelle du Droit. Si cela peut habiller l'arbitraire, cela peut aussi marquer la résistance à un Droit étatique qui aurait pris le dessus sur l'humain voire une « *transcendance laïque* »¹⁷.

Mickael d'Allende et Pierre Mousseron

¹⁷ L. Aynès, *Moins de règles et plus de principes ? Le nouveau rôle du juge*, Conférence donnée devant l'Association Droit & Commerce en la Grand'chambre de la Cour de cassation le 23 janvier 2017, RJCom. 2017, p. 174.

Approche professionnelle



Le principe d'anticipation en Droit du travail

Mickael d'Allende

Avocat Associé, Advant Altana

Docteur en Droit

« *Que serions-nous donc sans le secours
de ce qui n'existe pas ?* »¹

Un principe ? Quel principe ? – La découverte du titre de la présente contribution suffit à faire naître un fort sentiment d'inquiétude chez le lecteur : aurait-il cessé de « *chasser inlassablement la dernière réforme législative ou le dernier revirement de jurisprudence* »². Se serait-il, un seul instant, assoupi alors qu'il se croyait parti en « *quête du dernier arrêt de la Cour de cassation, de la dernière décision de la cour d'appel de Versailles, du dernier éclat du tribunal d'instance de Brest, du dernier jugement du conseil de prud'hommes de Longjumeau qu'il faudrait, d'urgence, commenter* »³ ? Qu'il s'apaise : tel n'est pas le cas. Toujours prolix dès lors qu'il s'agit d'imaginer un titre volontariste aux allures de slogan publicitaire⁴, le législateur ne s'est pas emparé du sujet. Et nulle trace d'un tel principe ne se retrouve dans une décision récente en provenance du Quai de l'horloge ou du Palais-Royal investissant le champ du Droit social.

Les principes et le Droit du travail. – Plusieurs chantiers ont déjà été ouverts autour des principes en droit du travail. Les principes et droits fondamentaux (liberté d'association et reconnaissance effective du droit de négociation collective, élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, abolition effective du travail des enfants, élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, un milieu de travail sûr

¹ P. Valéry, *Petite lettre sur les mythes*, in Œuvres, Tome 1, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1957, p. 966.

² P.-H. Antonmattei, *Dix ans après : quelques mots sur des maux du droit du travail*, in Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Defrénois, 2005, p. 1.

³ B. Teyssié, *De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail*, JCP S 2017, 1179.

⁴ Il suffit de songer à la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 (JO n° 0077, 1^{er} avr. 2014, p. 6227) visant à... « reconquérir l'économie réelle » ou aux diverses lois de « simplification » ou de « modernisation ».

et salubre⁵) sont au cœur des missions assignées à l'OIT. Un comité présidé par Robert Badinter a tenté de dégager soixante-et-un « grands principes du droit du travail », centrés autour des thèmes suivants : libertés et droits de la personne au travail ; formation, exécution et rupture du contrat de travail ; rémunération ; temps de travail ; santé et sécurité au travail ; libertés et droits collectifs ; négociation collective et dialogue social ; contrôle administratif et règlement des litiges⁶. Les « standards, principes et méthodes en droit du travail » ont fait l'objet de réflexions de la part d'auteurs en quête d'une « philosophie pour l'action » centrée autour de l'« utile », du « juste » et du « raisonnable »⁷. Les grands principes du Droit produits par la chambre sociale de la Cour de cassation ont été étudiés⁸. Enfin, le principe de solidarité a été mis à l'épreuve de la mondialisation⁹.

L'anticipation, un principe. – Aucune source, de Droit positif ou doctrinale, n'a ainsi reconnu l'existence d'un principe d'anticipation en droit du travail. Pourrait plus largement se poser la question de savoir si un tel principe existe dans l'un quelconque des champs disciplinaires du Droit. Impérieux mais sous-terrain, le courant de l'anticipation irrigue pourtant abondamment les vastes terres du droit du travail. A l'abri des regards distraits, il en modèle la surface, fertilisant le sol fécond de la jurisprudence, œuvrant à l'écoulement de pluies torrentielles causées par une énième tempête législative, concourant

⁵ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 1998 (amendée en 2022).

⁶ R. Badinter (ss. dir.), *Les grands principes du droit du travail*, Dalloz 2017.

⁷ B. Teyssié (ss. dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011.

⁸ B. Teyssié (ss. dir.), *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz 2008. L'ouvrage explore le principe fondamental de la liberté d'entreprendre, le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, le principe constitutionnel de liberté du travail, le principe de faveur dans les rapports entre sources de droit, le principe « à travail égal, salaire égal, le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde et le principe régissant la dénonciation des usages et des engagements unilatéraux. Une précédente tentative avait esquissé « les principes généraux du droit du travail » mobilisés par les juges lors de la résolution des litiges. Les principes généraux « explicites » (autonomie collective en matière salariale, ordre public social et minimum de protection, protection de la maternité, principes applicables en cas de changement de statut, interdiction du travail forcé et liberté du travail, non-discrimination) étaient distingués des principes généraux « latents » (l'intérêt de l'entreprise, l'unité économique et sociale, le rejet du lien de dépendance économique comme critère d'application du droit du travail ») (G. Lyon-Caen, *Les principes généraux du droit du travail*, in *Tendances du droit du travail français contemporain. Etudes offertes à G.H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 35). Il n'est pas inintéressant de relever que la Doctrine a étudié des principes différents à trente ans d'intervalle, illustration parmi tant d'autres du caractère changeant de la matière.

⁹ A. Supiot (ss. dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015.

à la diversité de la vie en entreprise, stimulant l'imagination des nombreux acteurs peuplant le monde professionnel. On en remonte aisément la source : le droit du travail est la branche du droit des affaires qui génère le plus de normes juridiques érigées par les pouvoirs publics. Au-delà des traditionnels accords collectifs, usages et engagements unilatéraux, la moindre note interne, la moindre conversation, le moindre e-mail de la direction ou des ressources humaines avec un salarié ou entre salariés, sont susceptibles de produire des effets juridiques, parfois lourds de conséquences. Littéralement, le droit du travail dévore la vie sociale de l'entreprise en y traquant le non-droit. Les entreprises et les différentes parties prenantes qui la composent s'adaptent et anticipent les différentes situations susceptibles de survenir à court ou moyen terme, au quotidien ou à l'occasion d'évènements plus exceptionnels. De nombreuses illustrations de ce principe d'anticipation jalonnent le Code du travail et la jurisprudence s'agissant tant des relations individuelles **(I)** que des relations collectives **(II)** de travail.

I. – Anticipation et relations individuelles

Contrat. – Invention aussi utile et simple que la roue¹⁰, le contrat constitue l'outil juridique le plus simple à manipuler pour les parties en quête d'anticipation, que ce soit au moment de sa formation **(A)**, de la rédaction de son contenu **(B)**, de son exécution **(C)** ou de sa rupture **(D)**.

A. – Formation

Salariat ou travail indépendant. – Le Droit du travail rassemble l'ensemble des règles applicables au travail salarié ; et non l'ensemble des règles régissant les relations de travail. En est ainsi exclu le travail indépendant, qui connaît un développement exponentiel. Or, les frontières entre salariés et travailleurs indépendants ont tendance à se brouiller, ce qui peut s'avérer périlleux pour les entreprises désireuses de recourir à ces derniers si, dans les faits, un lien de subordination est susceptible d'être caractérisé. Il est fortement recommandé à l'entreprise souhaitant faire appel à des travailleurs de s'interroger sur la nature de la relation contractuelle qu'elle souhaite nouer et sur les développements prévisibles de celle-ci.

CDI ou CDD. – De la même manière, le type de contrat de travail proposé doit être mûrement réfléchi : le CDI n'est pas toujours le schéma le plus

¹⁰ P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 5^e éd. 2017, n° 3, p. 18.

adapté ; quant au CDD, il peut s'avérer particulièrement piégeux si la situation factuelle ne justifiait pas qu'il y soit recouru.

Méthodes et techniques de recrutement. – Toujours en amont de l'embauche, le candidat à un emploi doit être expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard¹¹. Le comité social et économique est informé et consulté par l'employeur avant que lesdites techniques et méthodes soient déployées dans l'entreprise¹².

B. – Contenu

Socle contractuel. – Quatre éléments composent le « socle contractuel »¹³ : la qualification, le lieu de travail, le temps de travail et la rémunération. Un soin tout particulier doit être apporté à la rédaction de ces clauses, puisqu'une fois le contrat signé, elles ne pourront plus en principe être modifiées sans l'accord des parties.

Autres stipulations. – La nécessité d'anticiper diverses situations se retrouve dans d'autres stipulations, qu'elles aient trait à instituer une exclusivité du travail fourni au salarié au profit de son employeur, traitent du sort des inventions qui pourraient être découvertes ou régissent l'après-contrat, par exemple lorsqu'une clause de non-concurrence ou de confidentialité est aménagée.

C. – Exécution

Formation. – L'employeur doit assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences¹⁴.

Santé. – Particulièrement imposante, régulièrement retouchée, la partie du Code du travail consacrée à la santé et à la sécurité au travail traduit le souhait du législateur d'anticiper les sujets en lien avec la santé au travail. Sont mises à la charge de l'employeur diverses obligations telles que l'évaluation des

¹¹ C. trav., art. L. 1221-8.

¹² C. trav., art. L. 2312-38.

¹³ J.-E. Ray, *Droit du travail, Droit vivant*, 2023, Wolters Kluwer, 31^e éd., 2022, n° 377, p. 253.

¹⁴ C. trav., art. L. 6321-1.

risques professionnels, la formation des travailleurs à la sécurité, la prévention de l'exposition à certains facteurs de risques ou l'aménagement des lieux de travail. La disposition placée au centre de ce dispositif est l'article L. 4121-1, qui impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Quant à la faute inexcusable, elle vient sanctionner l'employeur qui avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, sans toutefois prendre les mesures nécessaires pour l'en préserver.

D. – Rupture

Cause réelle et sérieuse. – Toute rupture du contrat de travail s'anticipe soigneusement. Quelques règles illustrent particulièrement cette nécessité. Rappelons à cet égard que l'article L. 1235-1 du Code du travail prévoit qu'en matière d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement, le doute profite au salarié. Si l'employeur n'a pas pris soin d'anticiper le contentieux ou d'instruire celui-ci en fournissant au juge les éléments probatoires idoines, le risque qu'il soit condamné sera élevé, quand bien même sa décision serait parfaitement légitime sur le plan de la gestion des ressources humaines.

Licenciements économiques. – L'article L. 1233-3 du Code du travail admet qu'une réorganisation puisse justifier des licenciements économiques lorsqu'elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou, le cas échéant, du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. En clair, il est possible de réorganiser les activités de l'entreprise alors que celles-ci ne sont pas encore défaillantes, ce qui permet de ne pas cantonner la possibilité de prononcer des licenciements aux situations les plus délicates. Ont ainsi été justifiées les réorganisations mises en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi¹⁵, du fait de l'apparition de nouveaux acteurs sur le marché¹⁶ ou en réaction au positionnement défavorable de l'entreprise face aux autres opérateurs, menaçant à terme sa survie¹⁷.

II. – Anticipation et relations collectives

Palette. – Le Code du travail offre aux entreprises une large palette d'instruments leur permettant d'apporter une réponse collective aux

¹⁵ Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201, RJS 3/06, n° 322 ; 27 mars 2012, n° 11-14.223, RJS 6/12, n° 533.

¹⁶ Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-69.520.

¹⁷ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-45.114.

préoccupations susceptibles de les animer à plus ou moins brève échéance. Pour ne donner que trois exemples, sont susceptibles d'être mobilisées : la consultation annuelle du comité social et économique sur les orientations stratégiques de l'entreprise (A) ; la gestion prévisionnelle et les transitions collectives (B) ; l'anticipation des conséquences sociales des transferts d'entreprise (C).

A. – Orientations stratégiques

Consultation du CSE. – La stratégie des entreprises, dès lors que ces dernières dépassent une certaine taille et atteignent un niveau de maturité suffisant, repose sur une analyse raisonnée des forces et faiblesses de la structure, des caractéristiques du marché ou encore de projections de ce que le futur est susceptible d'offrir. Dès lors, la stratégie de l'entreprise ou, à tout le moins, les orientations que celle-ci est susceptible de prendre à court et à moyen terme, peuvent être exposées aux représentants du personnel. L'article L. 2312-24 du Code du travail impose à l'employeur de consulter chaque année le CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise ainsi que sur leurs conséquences notamment sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences et l'organisation du travail.

B. – Gestion prévisionnelle et Transitions Collectives

GEPP. – La gestion des emplois et des parcours professionnels est guidée par l'idée selon laquelle l'entreprise se doit d'anticiper les changements pour être performante. Elle permet de redonner une cohérence à la politique sociale de l'entreprise, en lien avec les objectifs de cette dernière. Abordée à l'occasion de la consultation sur les orientations stratégiques, elle constitue également un thème de négociation obligatoire triennale dans les entreprises et groupes d'une certaine taille¹⁸.

Transitions Collectives. – Dans la même veine, le dispositif « Transitions Collectives »¹⁹ permet d'accompagner la reconversion des salariés dont l'emploi est fragilisé, de manière anticipée et dans un climat apaisé. Construit en concertation avec les partenaires sociaux, il permet de devancer les mutations économiques qui surviennent sur un secteur d'activité en évitant de recourir au licenciement collectif pour motif économique et en apportant une réponse aux besoins de recrutement dans certains métiers.

¹⁸ C. trav., art. L. 2242-13.

¹⁹ Instruction DGEFP/2022/35, 7 févr. 2022.

C. – Transferts d'entreprise

Transferts et anticipation. – Les partenaires sociaux peuvent envisager par anticipation les conséquences parfois épineuses de l'application du célèbre article L. 1224-1 du Code du travail - relatif au transfert automatique du contrat de travail dans un certain nombre d'hypothèses - sur le statut collectif des salariés. Deux modalités ont fort opportunément été aménagées dans le Code du travail.

Négociation anticipée d'un accord transitoire. – Les employeurs des entreprises concernées par l'opération et les syndicats représentatifs dans l'entreprise qui emploie les salariés dont les contrats de travail sont susceptibles d'être transférés peuvent conclure, en avance de phase, un accord de substitution dont la durée ne peut excéder trois ans. À l'expiration de ce texte, les accords applicables dans l'entreprise dans laquelle les contrats de travail des salariés ont été transférés s'appliquent à ces salariés²⁰.

Négociation anticipée d'un accord d'harmonisation. – Autre possibilité, les employeurs et les syndicats représentatifs dans les entreprises ou établissements concernés peuvent conclure un accord se substituant aux textes conventionnels mis en cause et révisant les conventions et accords applicables dans l'entreprise ou l'établissement dans lesquels les contrats de travail sont transférés²¹.

Conclusion. – Ce panorama rapidement brossé confirme l'existence d'un principe d'anticipation en Droit du travail dès lors que, dans cette matière peut-être plus qu'ailleurs : 1) rares sont les difficultés insusceptibles d'être surmontées si les bons outils sont mobilisés en temps utile ; 2) à l'inverse, les problèmes identifiés et traités au dernier moment ont peu de chances de connaître un dénouement heureux.

²⁰ C. trav., art. L. 2261-14-2.

²¹ C. trav., art. L. 2261-14-3.

Approches sectorielles



Les principes en Droit de la responsabilité civile

Marie-Sophie Bondon

Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

Aborder la thématique des principes du Droit commun de la responsabilité civile invite à s'interroger sur les fonctions de ce Droit. Nous lui en retiendrons deux : la première, curative, a pour objectif d'indemniser les préjudices subis ; la seconde, normative ou prophylactique, vise à inciter les individus à adopter certains comportements. Cette dernière fonction moralisatrice se traduit en deux sous-fonctions : une dimension préventive ainsi qu'une dimension punitive¹.

La vie des entreprises constitue un laboratoire permettant de faire évoluer les perspectives du Droit de la responsabilité civile ; en témoigne l'arrêt *Teffaine*² qui, en créant le principe de responsabilité du fait des choses, a permis aux magistrats de reconnaître le machinisme et de remettre en question les réponses du Droit positif face à l'évolution de la vie des entreprises. Cette illustration jurisprudentielle visait la construction d'une responsabilité objective, garantissant une mutualisation des risques, éloignée d'une dimension normative. Il fallait garantir la réparation, au prix d'une facilitation des conditions de l'engagement de la responsabilité. La construction jurisprudentielle de cette fonction compensatoire a eu son heure de gloire de la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e³. Les principes en la matière sont légion : le principe de responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui, du fait des choses, des commettants du fait de leurs préposés, des parents du fait de leur enfants... Aucun pourtant ne concerne directement les entreprises. Alors certes, ces différents régimes s'appliquent à toute personne, physique et morale ; les entreprises sont donc concernées par ce droit de la responsabilité civile, mais aucun principe de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale n'est clairement affirmé. Sur ce point, le principe d'autonomie

¹ Pour une approche plus approfondie des fonctions du droit de la responsabilité civile : M-S. Bondon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020.

² Cass. civ., 16 juin 1896.

³ Ph. Brun, Rapport introductif, in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, actes de colloque du 7 et 8 octobre 2000, *RCA* 2001, n°6 bis hors-série, p. 4 : « Les spectaculaires métamorphoses qu'a connues la matière au cours du XX^e siècle n'ont pas suffi, et il n'est certainement pas excessif d'évoquer (...) une crise de la responsabilité civile (...) le concept de responsabilité n'a jamais connu autant de succès dans notre Société et jamais la 'soif de réparation' n'a été aussi grande ».

patrimoniale de la personne morale fait ici barrage. Pourtant, une nouvelle orientation du Droit de la responsabilité civile s'affirme au cours de ce XXI^e siècle puisqu'un véritable regain de la fonction normative est à l'œuvre. C'est cette fonction normative, mêlant objectifs préventif et punitif, qui constitue le cœur de notre propos puisqu'elle se présente comme le théâtre de l'expression de différents principes directeurs de notre droit positif.

Par définition, un principe a pour objectif de rayonner, c'est-à-dire de déambuler et de s'extirper de son domaine initial⁴, il semblerait qu'il ait vocation à structurer l'ensemble du droit positif⁵. Une certaine porosité entre les différentes matières juridiques s'impose pour laisser place à des principes directeurs de notre droit positif. Au sein même du Droit de la responsabilité civile, les principes évoqués ne répondent que partiellement des relations entre les entreprises, l'essentiel est ailleurs. Un constat apparaît alors : l'essor de certains principes issus d'autres matières juridiques ont eu un effet structurant sur le droit de la responsabilité civile, ces dernières décennies, contribuant considérablement à ce tournant vers sa fonction normative⁶.

Bien que certains principes puissent entrer en contradiction ou contrevenir à l'objectif de certains domaines du Droit, en atteste le principe d'autonomie de la personne morale⁷ qui limite le champ des possibles du Droit de la responsabilité civile ; d'autres, au contraire, s'immiscent et étendent ce droit. Deux principes retiendront particulièrement notre attention : le premier est issu du droit des contrats, il s'agit du principe de bonne foi (I) ; le second, reconnu

⁴ P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Recueil Sirey, 1951, n°12, p. 107 : « C'est plus qu'une règle, c'est un principe de droit, c'est-à-dire le résultat d'un effort d'abstraction et de généralisation, qui a force de rayonnement très supérieur à celle de la règle ordinaire, dont l'objet est un point particulier et précis ». V. également P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, 1999, p. 369 : intitulé §2 – La déambulation du principe de droit privé dans d'ordres juridiques. Cette déambulation constitue un critère de reconnaissance du principe. Il précise les deux formes de rayonnement du principe (...) à savoir son extratextualité et sa déambulation, ne sont requises que d'une manière alternative ».

⁵ F. Zenati-Castaing, *Les principes généraux en droit privé*, in S. Caudal, *Les principes en droit*, Economica, coll. Études juridiques, 2008, p. 260 : « Ce qui permet de distinguer une règle d'un principe, ce n'est pas l'abstraction, puisqu'ils en sont tous deux dotés, mais la capacité qu'ont les principes d'inspirer d'autres normes. Les principes sont donc essentiellement généraux. Non seulement ils peuvent s'appliquer à plusieurs situations comme le peuvent les règles si elles ont une certaine généralité, mais il est possible d'en dégager plusieurs règles ».

⁶ L'annonce de ce tournant avait déjà été réalisée concernant la fonction préventive : C. Thibierge, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité*, RTD Civ. 1999, p. 561.

⁷ Issu du Droit des sociétés.

à l'international par le sommet de Rio en 1992⁸ et, au niveau national par la loi Barnier de 1995⁹, il est question du principe de précaution (**II**). Ces deux principes convergent vers le même objectif : celui de responsabiliser les entreprises par le renouveau de la fonction normative du Droit de la responsabilité civile.

I. – Les effets du principe de bonne foi

Les principes fondateurs du droit des contrats irriguent et structurent l'évolution du droit de la responsabilité civile. Le devoir de loyauté, issu du principe de bonne foi, en porte témoignage (**A**) au point de restreindre le principe de réparation intégrale, inhérent aux effets du Droit de la responsabilité civile (**B**).

A. – Le devoir de loyauté

Au sein des principes fondateurs du Droit des contrats, nous retrouvons la liberté contractuelle¹⁰, la force obligatoire du contrat¹¹ et le principe de bonne foi¹². L'interprétation de ce dernier a donné naissance au devoir de loyauté¹³, défini de manière négative, à travers le constat de déloyauté. Partant, il s'est vu rayonner et s'est extirpé de son domaine contractuel d'origine pour structurer le droit de la responsabilité civile. Cette exigence de loyauté a ainsi constitué le socle du droit de la concurrence déloyale¹⁴, lui-même fondé sur le Droit

⁸ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement principes de gestion des forêts, sommet planète terre, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil 3-14 juin 1992.

⁹ V. article L. 110-1 du Code de l'environnement

¹⁰ Cass. 1^e civ., 7 avril 1987, n°85-14.976. Ce dernier est considéré par la doctrine comme « un principe de départ » (J-M. Mousseron, *Un principe de départ : la liberté contractuelle*, in *De nouveaux espaces à liberté contractuelle*, Cahiers du droit de l'entreprise, 1995, Fasc. 2, p. 5) ou encore comme un « principe directeur du droit des contrats » (J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, *La formation du contrat. Le contrat. Le consentement*, tome 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n°233).

¹¹ Ce principe était déjà exprimé au sein du Code civil de 1804 à l'article 1134, al. 1^{er}, à travers la célèbre formule : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹² Ce principe était, lui aussi, affirmé au sein du Code civil de 1804 à l'alinéa 3 de l'article 1134 qui énonçait que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ». V. également J. Mestre, *Une bonne foi franchement conséquente... au service d'un certain pouvoir de révision du contrat*, *RTD Civ.* 1993, p. 124.

¹³ L. Aynès, *L'obligation de loyauté*, *APD* 2000, p. 195.

¹⁴ M-A. Frison-Roche & J-C. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^e éd., 2022, p. 709 : « la loyauté étant une notion floue, la tâche est ardue surtout s'agissant d'une matière entièrement façonnée par la jurisprudence ». V. également L. Vogel, *Loyauté et droit des*

commun de la responsabilité civile¹⁵. Issu de ce droit spécial, une mutation s'est opérée et les présomptions de préjudice lié à une faute sont nombreuses. La Cour de cassation a ainsi affirmé qu'« un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale »¹⁶, mais plus largement, par son effet de rayonnement, que la faute de l'employeur « cause nécessairement un préjudice au salarié » en cas d'irrégularité de la procédure de licenciement¹⁷ ou de non-respect du salaire minimum légal¹⁸; de même, en cas d'exposition à l'amiante¹⁹, ou plus encore, que le manquement du médecin à son devoir d'information cause nécessairement un préjudice au patient²⁰. Ainsi, au lieu que la victime apporte la preuve du lien de causalité, de la faute et du préjudice consécutif, les juges présument l'existence de ce préjudice. Au-delà d'expliquer ce phénomène par une difficulté probatoire²¹, qui semble un argument valable²², mais insuffisant²³, il s'agit pour le juge d'assimiler la faute à la déloyauté de l'auteur du dommage afin d'assurer la fonction normative du droit de la responsabilité civile²⁴. En effet, concernant l'acte de concurrence déloyale, il s'agit en réalité d'un trouble commercial qui provoque nécessairement un « dommage à la concurrence », c'est-à-dire un préjudice subi par le marché. L'exigence de loyauté, érigée tel un principe, vise

affaires : l'impossible mariage ?, in *Liber Amicorum, Mélanges Ph. Merle*, Dalloz 2012, p. 745.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 709 : « les juges ont créé la théorie de la concurrence déloyale, fondée sur les articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241 du Code civil ».

¹⁶ Cass. 1^e civ., 10 avril 2019, n°18-13.612. V. également Com., 22 octobre 1985, n°83-15.096 ; Com., 9 octobre 2001, n°99-16.512 ; Com., 26 juin 2012, n°11-19.520 ; Com., 22 février 2000, n°01-13.052.

¹⁷ Cass. soc., 5 mars 2002, n°00-41.453.

¹⁸ Cass. soc., 11 janvier 2011, n°10-12.884.

¹⁹ Cass. soc., 3 mars 2015, n°13-20.474.

²⁰ Cass. 1^e civ., 12 juin 2012, n°11-18.327.

²¹ H. Barbier, *La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme*, *RTD Civ.* 2020, p. 391. L'auteur justifie ce phénomène uniquement sur des raisons probatoires.

²² Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.614.

²³ V. *contra* L. Gratton, *Le dommage déduit de la faute*, *RTD Civ.* 2013, p. 275 : « une chose est de considérer que l'existence d'un dommage est indifférente au succès d'une action, ce qui est le cas lorsqu'elle tend à la cession de l'illicite ou à l'exécution forcée d'un contrat, une autre est de dire qu'une action en réparation ne peut être rejetée quand bien même le demandeur ne rapporte pas la preuve d'un dommage, celui-ci étant induit de la faute » ; B. Menard, *Le dommage induit de l'acte de concurrence déloyale. Quelle explication ? Quelle application ?*, *D.* 2019 : l'auteur rappelle qu'« un acte de concurrence déloyale ne cause pas nécessairement un préjudice ». V. également C. Quezel-Ambrunaz, *La contraction des conditions de la responsabilité civile en cas d'atteinte à un droit fondamental*, *RDLF* 2012, chron. 27.

²⁴ Ph. Roubier, *Théorie générale de la concurrence déloyale*, *RTD Civ.* 1948. 543.

l'assainissement des relations entre commerçants au détriment parfois des règles du droit commun du droit de la responsabilité civile.

B. – L'infléchissement du principe de réparation intégrale

Cette « contraction du dommage et de la faute »²⁵ a déchargé la victime d'une démarche pourtant essentielle : celle d'identifier, de quantifier et d'estimer les effets de ce préjudice (qui peut-être n'est qu'un dommage !). Il convient de rappeler que les juges ne peuvent estimer forfaitairement l'évaluation d'un préjudice et qu'ils sont tenus par le respect du principe de réparation intégrale. Mais alors, comment réparer un préjudice sans l'avoir démontré et identifié ? La méthodologie retenue par la Cour de cassation dans l'affaire Cristallerie de Montbronn c/ Cristal de Paris²⁶ relève de la notion des dommages et intérêts restitutoires quoiqu'allégée puisqu'au lieu de retenir le bénéfice tiré par l'auteur de l'acte illicite, qui aurait été plus élevé, elle retient le bénéfice qu'aurait tiré la victime si elle avait agi comme le défendeur. Éloignée de la fonction compensatoire, qui a pour objectif de rechercher le *statu quo ante* de la victime, l'objectif est de rétablir l'égalité des armes, et donc d'exprimer la fonction normative de la responsabilité civile. Si le raisonnement semble bienvenu face à ce type de préjudice, particulièrement difficile ou coûteux à évaluer, l'on saisit que les finalités sont plurielles et que l'adaptation de la jurisprudence au besoin social mériterait une officialisation des exceptions envisageables au principe de réparation intégrale²⁷.

II. – Les effets du principe de précaution

La préoccupation grandissante au sujet de l'environnement mais également des pratiques des grandes entreprises, ces dernières décennies, a permis l'évolution de notre droit positif. Il semblerait que le principe de précaution ait dépassé sa sphère d'origine du droit de l'environnement, pour s'ériger, de manière structurelle, à l'évolution du droit de la responsabilité civile²⁸. S'il a contribué à établir le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (A), son expansion invite à s'interroger sur

²⁵ Expression employée par B. Menard, *op. cit.*

²⁶ Cass. com., 12 févr. 2020, n°17-31.614.

²⁷ En ce sens J-S. Borghetti, *La réparation intégrale à l'épreuve du parasitisme*, D. 2020, p. 1086.

²⁸ Déjà, le professeur Malinvaud soulignait l'extension de ce principe en matière de trouble anormal du voisinage : P. Malinvaud, *Le principe de précaution, un principe contagieux ?*, RDI 2011, p. 353 ; V. également M. Hautereau-Boutonnet, J-Ch. Saint-Pau, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé. Rapport de recherche*, Mission de recherche Droit & Justice, 2016. Sur la question V. également. M. Brochier, *JCP Entr.*, p. 1314, 29 sept. 2022, n°39, p. 20.

sa portée et à se demander si nous ne tendons pas vers la reconnaissance d'un principe de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale (B) ?

A. – Le devoir de vigilance

La loi n°2017-399 du 27 mars 2017 met à la charge de certaines entreprises un devoir de vigilance²⁹ assorti de sanctions, notamment l'engagement de leur responsabilité dans les conditions de droit commun³⁰. Cette intervention du législateur trouve sa source au sein du principe de précaution puisque l'auteur du manquement au plan de vigilance sera obligé de « réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter », mais, au-delà de ce principe de précaution, d'autres sources d'inspiration sont, elles, plus éloignées. Il faut se référer à textes internationaux non contraignants tels que les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) à l'intention des multinationales de 2011, mais aussi les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2014 et enfin les normes de conformité, comme la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociale des entreprises. Il s'agirait donc d'un phénomène d'eupéanisation³¹ – voire d'internationalisation – de création des principes structurels à notre droit positif.

Plus largement, une proposition de directive sur le devoir de vigilance a été publiée ce 23 février 2022. Si le texte officialise cette revalorisation nette de la fonction préventive de la responsabilité civile, notamment en visant les dommages futurs et incertains (art. 7), il demeure critiquable à bien des égards en limitant son champ d'application, excluant un nombre trop important d'entreprises qui mériteraient d'être concernées³². Le propos n'est pas d'analyser cette proposition, mais de faire état d'une évolution certaine de la fonction normative, ici préventive, du droit de la responsabilité civile, alimenté par l'Europe.

Ainsi, l'article L.225-102-4, I du Code de commerce³³ met à la charge des sociétés anonymes répondant à certains critères l'obligation d'établir et de

²⁹ Une obligation de vigilance avait été reconnue par le Conseil constitutionnel en matière environnementale : CC. 8 avril 2011, n°2011-116 QPC.

³⁰ Le texte renvoie aux articles 1240 et 1241 du Code civil.

³¹ J. Knestch, *L'eupéanisation du droit de la responsabilité : mythe ou réalité ?*, D. 2017, p. 18.

³² Sur ce point : A. Danis-Fâtome, *La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance*, D. 2022, p. 1107.

³³ Issu de cette loi n°2017-399 du 27 mars 2017.

mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance comportant « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». Si l'entreprise venait à manquer à ce devoir de vigilance, l'action en cessation de l'illicite pourrait être exercée à son encontre, mais également l'action en réparation, celle qui nous intéresse ici. Cette disposition présente un champ d'application si étendu, incluant les filiales directes ou indirectes, que l'on pourrait se demander si une nouvelle forme de responsabilité du fait d'autrui n'a pas vu le jour³⁴. Si le Conseil constitutionnel a réfuté cette qualification le 23 mars 2017³⁵, l'avenir jurisprudentiel permet de s'interroger sur les contours du principe de personnalité de la faute face à la reconnaissance du principe de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale.

B. – Vers un principe de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale ?

Classiquement, lorsqu'il est question de rechercher la responsabilité de la société mère du fait d'un dommage causé par une filiale, la victime se heurte au principe d'autonomie de la personnalité morale. Quelques exceptions à ce principe ont été élaborées, mais l'on peut reprocher, un champ d'application trop étroit, telle que la possibilité d'engager la responsabilité de la société mère comme dirigeant de fait de la filiale en cas de liquidation judiciaire³⁶. Néanmoins, c'est par une interprétation libérale des conditions de droit commun de la responsabilité civile, que le juge a contribué à réduire l'écran de la personnalité morale au profit de victimes de préjudices. Ainsi, la responsabilité d'une société mère a pu effectivement être engagée par des salariés licenciés par une filiale placée en liquidation judiciaire lorsque, soit il peut lui être reconnu la qualité de co-employeur³⁷, soit par « sa faute ou légèreté

³⁴ M. Brochier, *op. cit.*

³⁵ CC, 23 mars 2017, n°2017-750 DC, §27.

³⁶ Article L. 651-1 C. commerce.

³⁷ Cass. soc., 2 juillet 2014, *Molex* n°13-15.208, Bull. civ. V, n°159 ; Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-25.686, Bull. civ. V, n°312, BJS déc. 2013, p. 824, note P. Morvan. La situation de co-emploi suppose qu'il existe entre la filiale et sa société mère « au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ».

blâmable » elle a « concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en a résulté »³⁸.

Les enjeux étaient ainsi présentés par le professeur Aynès : « les sociétés sont à la fois autonomes juridiquement et dépendantes pratiquement. Ce paradoxe n'est pas sans incidence en droit de la responsabilité civile. En la matière, aux difficultés classiques s'ajoutent des considérations de politique juridique : nécessité de trouver un responsable solvable, volonté d'assurer une répartition équitable du poids économique de la réparation entre les bénéficiaires économiques du fait préjudiciables, etc. Afin de satisfaire à ces impératifs de politique juridique, ne faut-il pas prendre des libertés avec le principe d'autonomie des personnes morales ? »³⁹.

À défaut d'intervention du législateur, deux propositions majeures et contradictoires avaient été avancées par les projets Catala⁴⁰ et Terré en vue d'adapter le droit de la responsabilité civile. Le premier propose une responsabilité d'autrui totalement objective, c'est-à-dire que la responsabilité de celui qui contrôle l'activité d'un professionnel en situation de dépendance pourrait être responsable. Le fait dommageable de la filiale est pris en compte et, dans cette proposition, la théorie des risques s'applique puisqu'il n'est pas question d'appréhender le comportement de la société mère, mais d'imputer sa responsabilité du fait de son contrôle patrimonial sur sa filiale. Cet engagement de la responsabilité se rapproche de ceux déjà existants. *A contrario*, la seconde proposition vise, quant à elle, à prendre en considération le comportement de la société mère. Ici, il n'est plus question de responsabilité objective, mais bien d'une appréciation de la faute de la société mère. C'est finalement un assemblage des deux propositions que propose cette jurisprudence.

³⁸ Cass. soc., 8 juillet 2014, *Sofarec*, Bull. civ. V, n°180.

³⁹ A. Aynès, *Responsabilité et société*, in C. Larroumet, *La responsabilité civile – Questions actuelles*, éd. Panthéon-Assas, actes du congrès de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains tenu à Bogota les 2 et 3 novembre 2017, université Paris II Panthéon-Assas, Paris, Universidad de la Sabana, Bogotá, Association colombienne de la responsabilité civile (IARCE), 2018, p. 163.

⁴⁰ Rapport Catala, art. 1360 : « *En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée* ».

Par ces dernières avancées, le rôle normatif de la responsabilité civile prend vie, les entreprises sont « actrices de l'intérêt général »⁴¹. Plus largement, le besoin social est exprimé, depuis plusieurs décennies, quant à la nécessité de pouvoir engager la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale et inversement. Ce besoin s'est généralisé, si bien qu'une consécration par le législateur ne semble pas si nécessaire, puisque la jurisprudence se charge de construire cette évolution de notre Droit. La matière pénale en fait également la démonstration et confirme cette volonté d'élargir les conditions de responsabilité, notamment par l'interprétation extensive des critères posés par l'article 121-2 du Code pénal en considérant des salariés comme des représentants de l'entreprise⁴². Cette évolution de la fonction normative de la responsabilité civile dépasse son propre domaine, elle rayonne dans d'autres matières juridiques de notre droit interne et au-delà via cette proposition de directive et l'application de textes internationaux⁴³.

⁴¹ B. Lecourt, *Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés*, *Rev. sociétés* 2022, p. 310. V. également, B. Lecourt, *La société et l'intérêt collectif : la mouvance européenne*, *Rev. Sociétés*, 2018, p. 551 et B. Lecourt, *Les entités d'intérêt public*, in *Mélanges Alain Couret*, Dalloz Francis-Lefebvre, 2020, p. 251.

⁴² Cass. crim., 16 juin 2021, *Alcatel*, 20-83.098.

⁴³ Particulièrement, les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) à l'intention des multinationales de 2011, mais aussi les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2014.

Les principes en Droit des sociétés

Pierre Mousseron

Professeur à l'Université de Montpellier

Président de l'Institut des usages

Le Droit des sociétés connaît les principes.

Le **législateur** les apprécie. L'article 1842 du Code civil énonce ainsi que « *Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations* »¹. Plus récemment, la Loi Pacte a modifié l'article 1835 du Code civil pour y ajouter que « *Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.* ». Dans certains cas, et même sans employer le terme de « principe », le législateur l'évoque implicitement. Il en va ainsi de l'article L. 823-11 du Code de commerce qui énonce que « *Les commissaires aux comptes s'assurent que l'égalité a été respectée entre les actionnaires, associés ou membres de l'organe compétent* » qui est souvent perçu comme un des fondements du principe d'égalité en Droit des sociétés².

¹ La référence aux principes est différente en matière associative. L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 dispose ainsi *in fine* : « *Elle - l'association - est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* ». La différence ne tiendrait pas aux principes en cause mais à leur champ d'application. Pour les sociétés, la référence aux principes concernerait la phase pré-immatriculation alors que pour les associations, cette référence concernerait toute la vie sociale mais simplement pour les conditions de validité, ce qui limite principalement son champ à la fraude. L'application subsidiaire reconnue par la Cour de cassation au fonctionnement des associations des dispositions du Code civil et à défaut du Code de commerce régissant les sociétés ne devrait pas modifier cette solution (Cass. civ. 3 mai 2006, n°03-18229). Les règles sur les sociétés en formation ne sont pas en effet des règles relatives au fonctionnement des associations. Cette application subsidiaire des dispositions sociétaires aux associations est ainsi limitée ce qui explique aussi par exemple que la faculté de reprise des apports en nature que l'on observe en Droit des sociétés ne soit pas reconnue au bénéfice des membres des associations (Memento Pratique, *Associations*, Ed. Francis Lefebvre, 2020, n°17810). Compte tenu de l'origine jurisprudentielle de cette application subsidiaire, on ne peut cependant jurer de rien...

² Pour une évocation critique de ce principe : M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis 35^{ème} éd. 2022, n°540. Pour la contestation de ce « *mythe* » : S. Saint Genis, *La préférence en droit des sociétés, Contribution à l'étude de la liberté statutaire*, Thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2018, sp. n°54 et s.

En Droit commun, l'article 8.1 de la loi d'habilitation n°2015-177 du 16 février 2015 qui a conduit à l'ordonnance 2016-131 du 16 février 2016 a ainsi donné pour objet à la réforme d'« *affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle* ».

Il faut encore associer aux principes sociétaires les principes comptables applicables notamment aux sociétés. L'enrichissement est alors important : principe de continuité de l'exploitation, d'indépendance des exercices, des coûts historiques et du nominalisme monétaire, de prudence, de permanence des méthodes comptables, de l'importance relative, de prédominance de la réalité sur l'apparence...³. Certains de ces principes sont évoqués dans le Code de commerce et le Plan Comptable Général. Il en va ainsi du principe de continuité de l'exploitation énoncé à l'article L. 123-320 du Code de commerce et à l'article 120-1 du PCG. On pourra alors penser que la qualification de principe n'ajoute rien à la force juridique de la règle et désigne simplement une règle générale. D'autres principes comptables et notamment le principe de l'importance relative et celui de la prédominance de la réalité sur la forme (« *substance over form* ») ne sont textuellement applicables qu'aux comptes consolidés. C'est là que la nature de principe est la plus intéressante en permettant de les faire rayonner au-delà de ce champ légal non plus en tant que règle légale écrite mais en tant que règle principielle non-écrite. Faute de compétence comptable et en raison de l'évocation de certains de ces principes dans d'autres chapitres de cet ouvrage, nous n'évoquerons pas ici ces principes du chiffre non sans souligner ici leur importance pour la vie sociétaire et notamment leur invocation en matière de contentieux des garanties dites de passif⁴.

³ M. Cozian et P.-J. Gaudel, *La comptabilité racontée aux juristes*, LexisNexis 3ème éd. 2020, n°31 et s.

⁴ Le principe de permanence des méthodes comptables est ainsi souvent invoqué par les garants pour écarter des appels en garantie au motif que les méthodes comptables utilisées pour l'établissement des comptes de référence ne suivraient pas celles mises en œuvre pour la détermination du montant de l'obligation de règlement (Cass. com., 26 avr. 1988 : Bull. Joly Sociétés 1988, p. 478, § 152) voire à celles en vigueur dans le groupe du cédant (CA Versailles, 30 avr. 1998 : JCP E 1998, p. 1383). En cas de changement de réglementation comptable, cette cohérence peut aboutir à ne pas retenir comme référence les comptes sociaux de la société-cible postérieurs à la cession pour l'établissement de l'obligation de règlement. Une clause pourra utilement préciser qu'au-delà du contenu des méthodes comptables utilisées, leur application aura aussi été identique avant et après la cession (Y. Reinhard, *La fixation du prix par expert*, in *Actes du Colloque de l'Association Droit et commerce, Les garanties dans les cessions de droits sociaux : Gaz. Pal. 19 et 20 mai 2011, p. 33, spéc. p. 43*). Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait donné raison à des cédants accusés d'avoir « gonflé » les stocks au motif que cette pratique « *constituait une violation tellement flagrante des principes généraux de*

La **jurisprudence** sociétaire y recourt plus rarement. Si l'on ne s'intéresse qu'aux principes spécifiques aux sociétés reconnus par la Cour de cassation, on relève ainsi en 1967, le recours par la Cour de cassation au « *principe de la hiérarchie des organes sociaux* » pour invalider un acte⁵, aux principes de la libre révocabilité des mandataires sociaux⁶ et plus récemment aux principes relatifs au « *redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté* »⁷. Signe de cette réticence, la Cour de cassation, même lorsque les parties évoquent expressément un principe (en l'espèce celui de la libre négociabilité des actions) répond en référant à « *la libre négociabilité des actions* » comme si le terme de « principe » était si ce n'est sulfureux, du moins inutile. Invitée à se prononcer sur le point de savoir si le principe d'égalité était affecté par l'absence d'action *ut singuli* contre les dirigeants d'association, la Cour de cassation a jugé que la question ne présentait pas de caractère sérieux⁸... Contemprice du Droit non-écrit, la Cour de Justice de l'Union européenne a pour sa part douché les espoirs du principe d'égalité des actionnaires pourtant très souvent invoqué⁹.

C'est finalement la **doctrine** sociétaire qui y recourt le plus, référant par exemple au principe de la révocation *ad nutum* même lorsque l'arrêt commenté n'y renvoie pas¹⁰. Notre Collègue Caroline Coupet précise pour sa part que « *Contrairement aux sociétés..., les associations ne connaissent pas ce principe de « hiérarchie des organes »* »¹¹.

Les principes très spéciaux des sociétés coopératives variabilité du capital, double qualité (dit aussi principe de la « double casquette »),

la comptabilité qu'elle ne pouvait être ignorée des cédants », Cass. com. 12 octobre 2022, n° 21-12.702.

⁵ Cass. com. 23 mai 1967, Bull. n°201.

⁶ Cass. com. 17 mars 2021, Rev. soc. 2021, p. 584, note B. Saintourens ; Cass. civ. 19 décembre 2018, n°17-17874.

⁷ Deux arrêts : Cass. com. 12 juillet 2005, n°02-19860 et n°03-14809, BJS 2006, p. 34, note P. Le Cannu.

⁸ Cass. civ. 3^{ème} 7 juillet 2022, n°22-10447, D. 2022, p. 1886, note J.-F. Hamelin.

⁹ CJCE 15 octobre 2009, Aff. C. 101/08, Rev. soc. 2010, p. 46, note G. Parléani. P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, 2^{ème} éd. LGDJ-Lextenso 2^{ème} éd. 2014, n°60.

¹⁰ J.-F. Barbiéri, *Révocation ad nutum des dirigeants de SAS dans le silence des statuts*, note sous Cass. com. 9 mars 2022, BJS mai 2022, p.21 ; E. Schlumberger, note sous Cass. com. 26 avril 2017, n°15-12888, Rev. soc. 2018, p. 107 ou bien encore A. Viandier, obs. sous Cass. com. 26 mai 2004, JCP éd. E 2004, n°1344.

¹¹ BJS mars 2020, p. 19, note sous Cass. com. 4 décembre 2019, n°17-31094.

altruisme, démocratie (principe dit « un homme égale une voix »)¹² sont aussi plus en vogue chez les auteurs que sur le Quai de l'horloge.

Il en va de même en matière de sociétés libérales où les principes tels que l'indépendance ou de l'indépendance professionnelle semblent davantage des notions doctrinales que des règles reconnues par la Cour de cassation¹³.

Pour faire bon poids, les meilleurs auteurs réfèrent quant à eux à des « *grands principes du Droit des sociétés* »¹⁴.

La famille des principes est ainsi hétérogène et comprend aussi bien des concepts dotés d'une valeur normative propre, d'autres utiles comme arguments de plaidoiries et d'autres enfin, les plus nombreux, n'ayant, et c'est déjà beaucoup, qu'une force pédagogique.

Cette hétérogénéité du Droit principiel des sociétés complique l'appréhension déjà malaisée de cette discipline qui tient notamment à ses sources multiples et éparpillées. Dans un effort de simplification, lui aussi à visée pédagogique, on peut tenter un classement des principes en trois catégories : des premiers submergés (I), d'autres immergés (II) et des derniers, émergents (III).

I. – Des principes submergés

Certains principes sont submergés par des textes qui au prétexte de les consacrer les font disparaître (A) et d'autres par la jurisprudence qui les dilue (B).

A. – Submersion sous les textes

La liberté statutaire est une application spéciale en Droit des sociétés du principe plus général de la liberté contractuelle¹⁵. Compte tenu de cette filiation, le principe de la liberté sociétaire paraît bien établi. Comme son glorieux ascendant, il faudra toutefois se demander s'il demeure sous

¹² M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2022, 35^{ème} éd., n°56.

¹³ V. toutefois pour une référence aux « *principes essentiels de la profession d'avocat* » (Cass. civ. 1^{ère} 8 juin 2017, n°16-25844) ou au « *principe de la liberté d'exercice de la profession d'avocat* » (Cass. civ. 1^{ère} 10 septembre 2015, n°14-24541).

¹⁴ M. Germain et P.-L. Périn, *SAS La société par actions simplifiée*, 6^{ème} éd. 2016, n°105 et s.

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère} 8 janvier 2020, n° 17.

l'emprise de la loi comme le laisse entendre le nouvel article 1102 alinéa 1 du Code civil aux termes duquel : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La question est faussement simple dans la mesure où la liberté statutaire ne s'efface que devant les lois impératives. Or la définition du caractère impératif ou supplétif d'une loi est particulièrement délicate en Droit des sociétés, le législateur ne prenant qu'exceptionnellement le soin de l'affirmer explicitement. La Cour de cassation s'est récemment fondée sur lui pour valider la privation conventionnelle de rémunération des apports en capital et indemnité de contribution aux frais fixes. Une autre question se pose sur la liberté de plafonner les droits de vote des associés indépendamment de leur part du capital. Un auteur a pu plaider la licéité de cette limitation en application de cette liberté statutaire¹⁶.

Certains principes sont repris par les textes qui les neutralisent soit en reprenant leur solution soit en la contredisant. La Loi Macron du 6 août 2015 a ainsi enterré le **principe d'unicité d'exercice** qui interdisait à un avocat de cumuler plusieurs exercices. Cette réforme a conduit des sociétés à constituer des sociétés interbarreaux pour que ce soit la même société qui continue à exercer¹⁷. La nature principielle de la règle permet cependant de l'invoquer encore pour d'autres professionnels tels que les experts-comptables et les commissaires aux comptes non-visés par les décrets d'application de la loi Macron¹⁸.

B. – Submersion sous la jurisprudence

Des principes sont parfois ensevelis sous la jurisprudence. Tel est le cas lorsque la Cour de cassation évoque des principes dans le visa de certains articles tout en les rattachant à un texte. Un exemple symptomatique est celui proposé par deux arrêts du 12 juillet 2005 dans lesquels elle vise « *l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil, et les principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficultés* ». On observera que dans ces deux arrêts, la Cour de cassation évoque des « principes » pour préciser au final qu'elle applique celui selon lequel « *à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au*

¹⁶ S. Saint Genis, *La préférence en droit des sociétés, Contribution à l'étude de la liberté statutaire*, thèse dactylographiée, Lyon 3, 2018, n°199.

¹⁷ B. Brignon et H. Chemouli, *L'unité d'exercice des avocats*, Gaz. Pal. 22 mai 2018, p.23.

¹⁸ B. Brignon, *Validité de l'ordonnance et des décrets relatifs à la société pluriprofessionnelle d'exercice*, Rev. soc. 2010, p. 97.

redressement ou à la liquidation judiciaires des entreprises en difficultés ». On peut s'interroger sur cette figure jurisprudentielle : pourquoi ne pas appliquer directement ce principe particulier sans référer à des principes indéfinis ? Une explication à cette figure de style pourrait être que la Cour tente de montrer qu'elle a plus d'un principe dans son sac.

Une autre illustration de cette submersion est le **principe du contradictoire** issu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Après que son application aux groupements ait été envisagée notamment dans des procédures de révocation ou d'exclusion¹⁹, la Cour de cassation l'a finalement rejeté²⁰.

II. – Des principes émergés

Certains principes s'affichent indépendamment d'un texte. C'est le cas du principe de proportionnalité (A) ou de celui plus ancien de la prohibition de la fraude (B).

A. – Principe fonctionnel de proportionnalité

La jurisprudence se fonde de plus en plus souvent sur une règle de proportionnalité en Droit des sociétés. C'est le cas :

- pour contrôler les clauses de non-concurrence qui doivent être « *proportionnées aux intérêts légitimes en présence* »²¹ là où on s'intéressait autrefois à une simple limitation dans le temps, l'objet et l'activité et là où un contrôle de la bonne foi aurait pu suffire ;
- pour la rémunération des dirigeants : laquelle doit être proportionnée aux résultats de la société²² là où l'intérêt de la société aurait pu suffire ;
- pour les restrictions au droit de retrait qui doivent être « *proportionnées aux intérêts légitimes de la société* »²³.

¹⁹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2021, 35ème éd. 2022, n°574.

²⁰ Cass. com. 16 mars 2004, Bull Joly Sociétés, p. 1109, §217, note E. Garaud.

²¹ Cass. civ. 1^{ère} 10 septembre 2015, n°14-24541.

²² Cass. com. 10 novembre 2009, n°08-70302 ; Cass. com. 24 octobre 2000, n°98-18367.

²³ Cass. com. 8 janvier 2020, n°17-13863.

B. – Principe de la fraude en matière sociétaire

Si plusieurs textes du Code civil²⁴, du Code de commerce ou du Code de procédure civile²⁵ évoquent la fraude, le principe *fraus omnia corrumpit* est autonome de ces règles légales. La référence à une formule latine est d'ailleurs parfois un signe de cette autonomie juridique, la formule latine étant une maxime et la version française un principe²⁶. La référence à la fraude n'a pas ainsi le même régime dans la jurisprudence sociétaire de la Cour de cassation où elle sert principalement à neutraliser des violations à des clauses d'agrément ou de préemption²⁷ que « le principe selon lequel la fraude corrompt tout »²⁸ ou celui de la fraude évoqué dans l'arrêt *Centros* de la Cour de Justice des communautés européennes où il s'agit de prévenir la fraude à la liberté d'établissement²⁹.

La variété des décisions permet difficilement aujourd'hui de donner un contour relativement net à la fraude de Droit interne. Si l'on devrait toutefois essayer une synthèse, on observerait que son application est soumise à des conditions :

- objectives : l'existence d'une règle impérative et une élusion ;

²⁴ Par exemple, l'article 1341-2 du Code civil sur la fraude paulienne, l'article 1421 du Code civil en matière de fraude aux droits des conjoints.

²⁵ Article 593 du code de procédure civile relatif au recours en révision.

²⁶ Dans ce sens, A. Thouément, *Les maximes d'interprétation*, Collection Droit des usages, IDU 2022, n° 14bis. La Cour de cassation mélange parfois les deux en référant au « principe *fraus omnia corrumpit* à propos d'une société civile constituée en fraude aux droits d'un héritier », Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, n° 90-16.606. Ce mélange est toutefois antérieur au changement jurisprudentiel opéré par la Cour de cassation en 2016 (cf. *infra* M. Thouément, *Le principe Fraus omnia corrumpit en Droit de l'entreprise*, qui étudie un arrêt sous le visa en français dans lequel la fraude était invoquée à propos d'une transmission par dissolution (Cass. com., 25 mai 2022, n° 19-24.470).

²⁷ Cass. com. 18 septembre 2019, n°17-18143 (BJS, novembre 2019, p. 13, note T. Massart).

²⁸ Pour une application en matière de fraude aux règles de publicité légale : Cass. civ. 3^{ème} 12 novembre 2020, n°19-17156, Rev. soc. 2021, p.231, note A. Reygrobellet.

²⁹ CJCE 9 mars 1999, Aff. C-212/97 ; D. 1999, p. 550, note M. Menjucq. La portée de cet arrêt a été toutefois limitée par la CJUE dans l'affaire *Polbud* où la CJUE a jugé que « n'est pas constitutif en soi d'abus le fait d'établir le siège statutaire ou réel d'une société en conformité avec la législation d'un Etat membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse » (CJUE 25 octobre 2017, Aff. C-106/16). Même si l'arrêt *Polbud* fait référence à l'arrêt *Centros*, il s'inscrit toutefois dans la police de l'abus et non dans celle de la fraude (Sur cette question : M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ-Montchrestien, 6^{ème} éd. 2021, n° 150).

- subjective : l'intention frauduleuse généralement établie par le recours à des moyens inhabituels³⁰.

Son effet de neutralisation peut conduire à des mesures d'inopposabilité, de nullité ou de mise à l'écart des règles légales sur la saisie³¹.

III. – Des principes émergents

A. – Emergence grâce à la doctrine

La **collégialité** désigne un processus délibératif qui permet d'exiger non seulement le respect des exigences de quorum et de majorité mais également une participation effective par exemple en cas de recours à des modes de visioconférence.

Le principe de collégialité a des incidences en matière de validité des actes : Julien Delvallée observe que cette qualité est paradoxalement plus facile à invoquer par les tiers que dans les relations internes entre membre de l'organe collégial.³² L'exigence de collégialité posée par l'ordonnance du 23 mars 2020 en matière de convocation dérogatoire après la crise sanitaire du COVID 19 pourrait toutefois permettre une extension de cette exigence même entre associés. L'extension du champ des nullités dans les SAS en cas de violation « de nature à influencer sur le résultat du processus de décision »³³ pourrait aussi renforcer l'impact de cette exigence.

Il a aussi des incidences en matière de responsabilité : à cet égard, le fonctionnement collégial d'un organe crée une présomption de faute individuelle de chacun des membres de l'organe collégial.

B. – Emergence grâce à la Pratique

Les avocats et juristes d'entreprises invoquent parfois des principes en se fondant sur leur propre pratique. On lit ainsi dans le modèle de lettre d'intention commenté établi par le *think tank* Galion Project³⁴ qu'il existe un

³⁰ En matière de fusion constitutive d'une fraude à la loi, il convient d'avoir égard à une « collusion frauduleuse » entre la société absorbante et la société absorbée », H. Matsopoulou, note sous : Cass. crim. 13 avril 2022, n°21-80653, Rev. soc. 2022, p. 503.

³¹ Cass. civ. 2^{ème} 31 janvier 2019, n°17-31709.

³² J. Delvallée, *La collégialité dans les sociétés par actions simplifiées*, Rev. soc. 2020, p. 75. Du même auteur : *La collégialité en droit des sociétés*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Vol. 181, Dalloz 2019.

³³ Cass. com. 15 mars 2023, n°21-18324.

³⁴ <https://thegalionproject.com/files/galion-term-sheet-illustrated.pdf>.

« *principe d'égalité de la préemption* » qui doit bénéficier aux fondateurs actifs et aux investisseurs. On pourra objecter qu'il ne s'agit pas d'un principe reconnu par les tribunaux mais par une association professionnelle ce qui ferait échec à la qualification de principe ; cela nous renvoie encore à la définition de principe dont nous avons insisté sur la malléabilité. On serait alors en présence non plus d'un principe judiciairement reconnu mais d'un principe coutumier. On se rapproche alors de la coutume, des usages... et cela risque de nous mener trop loin.

Approches ponctuelles



Le principe *Fraus omnia corrumpit*

Amélie Thouement

Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale

Origines. La fraude corrompt tout, *Fraus omnia corrumpit*. Cette maxime, souvent qualifiée de « principe », est bien connue des juristes. Sa formulation latine laisse supposer des origines lointaines, remontant au Droit romain, et l'auréole d'un parfum aussi glorieux qu'impérial, faisant écho à un hypothétique âge d'or du Droit. Néanmoins, les origines de la maxime *Fraus omnia corrumpit* semblent plus récentes, du moins d'un point de vue formel. En dépit de l'existence d'une formule similaire attribuée à Pline l'Ancien¹, « *les Romains ne sont jamais arrivés à une théorie générale de la fraude* »². En effet, le recours aux maximes, quelles qu'elles soient, était alors d'ordre casuistique³. S'il est délicat de dater, avec exactitude, la première citation expresse de cette formule, il semblerait toutefois qu'elle soit apparue au XIX^e siècle, probablement forgée par les praticiens du Palais⁴, avant d'être mentionnée « *dans une note anonyme publiée au recueil Dalloz de l'année 1855* »⁵. À cette même période, l'*esprit* de la maxime se retrouve dans plusieurs décisions de la Cour de cassation, celle-ci énonçant alors que « *la fraude fait exception à toutes les règles* »⁶. Il se peut que le premier arrêt de la Haute juridiction mentionnant la formulation latine n'ait été rendu qu'en 1954⁷.

La notion de fraude. Selon une définition classique, la fraude serait caractérisée « *chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace,*

¹ « *Nisi fraus hominum cuncta pernicie corrumpet* », signifiant « *la fraude des hommes corrompt toutes les choses* », citée in J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 13 et traduite in J. Vidal, *op. cit.*, p. 56, note 8.

² J. Vidal, *op. cit.*, p. 13.

³ Sur ce point, v. A. Thouement, *Les maximes d'interprétation*, préf. D. Mainguy, IDU, coll. « *Droit des usages* », 2022, n°1156 et s.

⁴ J. Vidal, *op. cit.*, p. 56, note 8. Cette maxime n'aurait ainsi pas été élaborée par la doctrine car « *tous les auteurs de la première moitié du XIX^e siècle consacrent [...] de larges développements à la fraude, employant des formules qui auraient appelé nécessairement la citation du brocard s'il avait été connu d'eux* », J. Vidal, *op. cit.*, p. 55, note 8.

⁵ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n°271.

⁶ V. not. Cass. req., 3 juill. 1817, S. chr. 1815-1818, 1, 342 ; Cass. req., 6 févr. 1821, S. chr. 1819-1821, 1, 37.

⁷ Cass. civ. 2^e, 7 janv. 1954, *Bull. civ.* II, n°2, p. 1, cité in P. Morvan, *op. cit.*, p. 236, note 553.

qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »⁸. Quant à la sanction retenue, il s'agit, en principe, de l'inopposabilité de l'acte frauduleux. En effet, « *la fraude a pour effet sa propre inefficacité* »⁹, ce qui emporte parfois que l'acte frauduleux « *produit tous ses effets, à l'exception seulement de celui que son auteur a poursuivi dans le but d'é luder la règle* »¹⁰. Tel est le cas, par exemple, d'un mariage conclu dans le but d'obtenir une nationalité ; celle-ci ne sera pas accordée mais l'union demeurera valable. On ne peut que saluer le caractère astucieux de la sanction, qui invite à recourir à une autre fameuse forme brève, cette fois dépourvue de toute juridicité : « *tel est pris qui croyait prendre* »¹¹.

La dualité du recours à *Fraus omnia corrumpit*. Si diverses règles particulières sanctionnant la fraude ont été codifiées, comme l'action paulienne¹², aucun principe général n'a en revanche été consacré. Cela peut expliquer le recours, par les juges, à *Fraus omnia corrumpit*, qui le mobilisent de deux manières. D'une part, lorsqu'une acception extensive de la maxime est retenue, celle-ci « *n'a pas de signification juridique précise* »¹³, de sorte que « *les tribunaux, en la citant, se contentent de commenter la sanction que la fraude trouve déjà dans l'appareil juridique* »¹⁴. D'autre part, lorsqu'il n'existe pas de texte susceptible de justifier la sanction d'un agissement frauduleux, « *les tribunaux invoquent en dernière extrémité la maxime et fondent sur elle la sanction* »¹⁵. Dans ce dernier cas, la mobilisation de la maxime ne repose donc sur aucune règle de droit écrite.

De la maxime au principe. Bien que les termes « maxime » et « principe » soient souvent rapprochés¹⁶, ils ne sont pas synonymes. En effet, toutes les maximes ne sont pas aussi qualifiées de principes et tous les principes ne sont pas inspirés d'une maxime. Le plus souvent, une maxime devient principe – et, ce faisant, perd son appellation de « maxime » – lorsqu'un interprète authentique, tel que la Cour de cassation, décide de l'élever au rang de principe. À cet égard, la Haute juridiction a visé, dans plusieurs décisions, « *le principe*

⁸ J. Vidal, *op. cit.*, p. 208.

⁹ J. Vidal, *op. cit.*, p. 390.

¹⁰ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, v. *Fraus omnia corrumpit*, p. 289.

¹¹ J. de La Fontaine, « Le rat et l'huître », *Fables*, Livre huitième, Fable IX, 39.

¹² Art. 1341-2 C. civ., anc. art. 1167 C. civ.

¹³ J. Vidal, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ J. Vidal, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹⁶ Sur ce point, v. A. Thouement, *op. cit.*, n°1026 et s.

fraus omnia corrumpit »¹⁷, ou encore « *le principe selon lequel la fraude corrompt tout* »¹⁸. Ainsi, cet objet d'étude apparaît tantôt sous une formulation latine (approche formelle¹⁹), tantôt reformulé en français alors que l'esprit de la maxime demeure bien présent et aisément identifiable (approche substantielle²⁰).

Le principe *Fraus omnia corrumpit* en Droit de l'entreprise. Si le Droit de l'entreprise ne relève pas, uniquement, de la compétence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'étude de sa jurisprudence permettra de tenter de déterminer le rôle joué par le principe dans ce domaine. Celle-ci porte sur la période allant de 2016, année charnière dans la jurisprudence de la Cour de cassation quant à l'emploi de principes inspirés de maximes²¹, à fin septembre 2022.

La recherche sur Légifrance de l'expression « *Fraus omnia corrumpit* » renvoie à 46 décisions. Il faut cependant se garder de penser que la Haute juridiction y fait régulièrement référence. En effet, seules 3 d'entre elles font état de ce principe dans le corps de la motivation²². Parmi celles-ci, 2 le mentionnent dans un visa²³ et 1 dans un attendu de principe²⁴. La plupart du temps, le principe se retrouve dans les moyens²⁵, parfois annexés²⁶, ou figure simplement dans l'énoncé des motifs critiqués²⁷. À titre de comparaison, la

¹⁷ V. not. Cass. com., 6 juill. 1981, n°79-14711, *Bull. civ.* IV, n°303 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°16-12844.

¹⁸ V. not. Cass. civ. 3^e, 8 avr. 2010, n°08-70338, *Bull. civ.* III, n°76 ; Cass. com., 26 févr. 2013, n°12-13731 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2019, n°18-20235.

¹⁹ Sur ce point, v. A. Thouement, *op. cit.*, n°14bis.

²⁰ *Ibid.*

²¹ En rupture avec sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a rendu en 2016 deux décisions qualifiant de « principes » les maximes *Specialia generalibus derogant* et *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2016, n°15-18899 et 15-19652, *Bull. civ.* I, n°50 et Cass., avis, 4 juill. 2016, n°16-70004, avis n°16006, *Bull. civ.*, avis n°4). Cette évolution de la motivation de la Cour coïncidant avec la réforme de la motivation de ses décisions, il était possible de leur imaginer un avenir pérenne. Cependant, le recours aux principes inspirés de ces maximes fut rapidement abandonné, probablement en raison des vives critiques doctrinales suscitées. Sur ce point, v. A. Thouement, *op. cit.*, n°1011 et s. et n°633 et s.

²² Cass. com., 5 mai 2021, n°19-21468, *Bull. civ.*, pp. 92, 190 et 269 ; Cass. com., 17 mars 2021, n°18-19774 ; Cass. com., 11 janv. 2017, n°15-15750, *Bull. civ.* IV, n°4 ; Cass. com., 9 févr. 2016, n°14-16736.

²³ Cass. com., 11 janv. 2017 et Cass. com., 9 févr. 2016 précités.

²⁴ Cass. com., 5 mai 2021 précité.

²⁵ Ex : Cass. com., 16 juin 2021, n°19-25153 ; Cass. com., 19 janv. 2016, n°14-17865.

²⁶ Ex : Cass. com., 19 janv. 2022, n° 15-16609 et 15-17589 ; Cass. com., 30 mars 2016, n°14-16934.

²⁷ Ex : Cass. com., 1^{er} juin 2022, n°19-17778 ; Cass. com., 2 févr. 2016, n°14-19874.

recherche de l'expression « la fraude corrompt tout », menée sur la même période, renvoie à 27 décisions. Similairement, seuls 6 arrêts la mentionnent dans la motivation²⁸, dont 5 dans le visa²⁹. Le reste du temps, le principe se retrouve dans les moyens³⁰, parfois annexés³¹, voire dans les motifs critiqués³². Les deux recherches se recoupent parfois, lorsque le principe est alternativement évoqué en latin et en français³³.

Plan. Il en ressort que ce principe est régulièrement mobilisé par les avocats aux Conseils et les juges du fond, ce qui démontre qu'il est bien ancré dans la pensée juridique française. Mais ce sont surtout les décisions de la Cour de cassation faisant application du principe qui vont nous éclairer quant à son rôle en Droit positif. Seront ainsi envisagés le recours au principe *Fraus omnia corrumpit* comme unique base légale (I), puis les hypothèses où il est associé à des règles de Droit écrites (II).

I. – Le recours au principe *Fraus omnia corrumpit* comme unique base légale

Le principe *Fraus omnia corrumpit* peut être mobilisé par les juges, comme unique base légale, afin de caractériser la fraude (A). Néanmoins, il sera observé qu'il est généralement visé dans le but d'écartier la fraude (B).

A. – Un principe énoncé pour caractériser la fraude

Sur la période précédemment évoquée, seul un arrêt invoque le principe *Fraus omnia corrumpit* comme unique base légale afin de caractériser la fraude, en matière de cautionnement³⁴. La Cour de cassation a alors énoncé,

²⁸ Cass. com., 25 mai 2022, n°19-24470 ; Cass. com., 2 déc. 2020, n°18-20116 (uniquement pour énoncer que le principe n'a pas été invoqué) ; Cass. com., 30 sept. 2020, n°18-22076, *Bull. civ.*, p. 492 et p. 503 ; Cass. com., 15 mars 2017, n°15-20440 ; Cass. com., 4 oct. 2016, n°14-22245, *Bull. civ. IV*, n°128 ; Cass. com., 30 mars 2016, n°14-16934.

²⁹ Cass. com., 25 mai 2022 ; Cass. com., 30 sept. 2020 ; Cass. com., 15 mars 2017 ; Cass. com., 4 oct. 2016 ; Cass. com., 30 mars 2016 précités.

³⁰ Ex : Cass. com., 14 sept. 2022, n°21-50014 ; Cass. com., 19 janv. 2016 précité.

³¹ Ex : Cass. com., 5 janv. 2022, n°19-22673 ; Cass. com., 6 déc. 2016, n°15-19048, *Bull. civ. IV*, n°154.

³² Ex : Cass. com., 27 janv. 2021, n°19-12040 ; Cass. com., 20 avril 2017, n°15-21859.

³³ Ex : Cass. com., 25 mai 2022 précité ; Cass. com., 20 sept. 2016, n°15-10141.

³⁴ Cass. com., 5 mai 2021 précité : *Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, n° 428b6, p. 27, chron. Ch. Albiges et M.-P. Dumont ; *D.* 2021, p. 1879, chron. J.-J. Ansault et Ch. Gijsbers ; *RTD Civ.* 2021, p. 639, obs. H. Barbier ; *Gaz. Pal.* 8 juin 2021, n° 421x9, p. 41, obs. C. Berlaud ; *Defrénois* 24 juin 2021, n° 201h1, p. 26, chron. S. Cabrillac ; *D.* 2021, p. 1418, note F. Dournaux ; *RTD Civ.* 2021, p. 687, note Ch. Gijsbers ; *Gaz. Pal.* 19 oct. 2021, n° 427o7, p. 64, obs. C. Houin-Bressand ; *LEDC* juin 2021, n° 200d8, p. 4, obs. N. Leblond ; *JCP E.* 2021, n°29,

dans un attendu de principe, qu'il « *résulte du principe *fraus omnia corrumpit* que la fraude commise par la caution dans la rédaction des mentions manuscrites légales, prescrites, à peine de nullité du cautionnement [...] interdit à cette dernière de se prévaloir de ces dispositions* ».

En l'espèce, pour se porter caution, un individu avait lui-même signé la fiche de renseignements et l'acte de cautionnement, dont il avait aussi paraphé les trois pages. En revanche, il avait « cru devoir faire » rédiger la mention manuscrite prévue par la loi par sa secrétaire. Cette absence de respect des formalités légales lui permettait alors d'invoquer la nullité de l'engagement de caution solidaire pour se soustraire au paiement des sommes dues. Loin d'être dupes, les juges ont retenu qu'en s'abstenant de rédiger personnellement cette mention manuscrite, le dirigeant de la société a détourné « *sciemment le formalisme de protection dont il se prévaut désormais pour tenter de faire échec à la demande en paiement* ». Ici, le principe *Fraus omnia corrumpit* est donc appliqué afin de sanctionner un agissement frauduleux qui serait resté impuni faute de disposition légale spécifique.

La sanction ici retenue se démarque par son originalité car, « *si elle se traduit habituellement par l'inopposabilité ou la nullité de l'acte incriminé, donc par une forme d'inefficacité, elle conduit ici, au contraire, à reconnaître une pleine efficacité à un acte nul* »³⁵. Cela s'explique par les faits d'espèce, la caution ayant créé « *les conditions d'applications d'une règle de droit (formalisme de protection en matière de cautionnement) dont les effets neutralisent les conséquences juridiques défavorables de [sa] situation initiale [...] (l'appel en paiement de la caution)* »³⁶. En conséquence, la déchéance du droit de se prévaloir des dispositions susceptibles de justifier la nullité du cautionnement constituait un excellent moyen de priver l'agissement frauduleux de toute efficacité. Il arrive également que le principe soit visé pour écarter la fraude.

B. – Un principe visé pour écarter la fraude

Le principe a été visé comme unique base légale dans deux décisions afin d'écarter le jeu de la fraude. On notera ici le manque de stabilité de la chambre

1376, comm. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2021, n° 422i6, p. 22, note M. Mignot ; *LEDB* juill. 2021, n° 200d1, p. 1, obs. M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 7 sept. 2021, n° 425i7, p. 29, note S. Piédelièvre ; *Rev. prat. rec. - EJT 2021*, p. 19, chron. O. Salati ; *JCP G.* 2021, n°26, 714, comm. Ph. Simler ; *JCP G.* 2021, n°46, doctr. 1218, chron. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

³⁵ Ph. Simler, « Fraude à la mention manuscrite d'un cautionnement », *JCP G.* 2021, n°26, 714.

³⁶ O. Salati, « Garanties du recouvrement », *Rev. prat. rec. - EJT 2021*, p. 19.

commerciale de la Cour de cassation s'agissant de l'approche retenue du principe (formelle ou substantielle), puisqu'un arrêt rendu le 9 février 2016³⁷ a visé « *le principe "fraus omnia corrumpit"* », tandis qu'une décision rendue le 25 mai 2022³⁸ a visé « *le principe selon lequel la fraude corrompt tout* ».

Dans la première affaire, un individu avait déposé sur son compte bancaire un chèque remis par un autre, en contrepartie d'une somme d'argent. Le chèque étant falsifié, la banque a engagé des poursuites pénales à l'encontre du premier, qui a ensuite assigné le second en remboursement de la somme versée et paiement de dommages-intérêts. La cour d'appel a rejeté sa demande en considérant qu'il « *trouvait un intérêt direct à l'opération et qu'il savait qu'il participait à une opération frauduleuse, dans la mesure où il s'agissait de contourner le découvert bancaire* » de l'individu lui ayant remis le chèque. Mais la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond, au motif que « *ne caractérise pas une fraude à l'égard de la banque du titulaire d'un compte bancaire débiteur dans ses livres la perception, par celui-ci, de fonds obtenus au moyen d'un chèque remis à un tiers moyennant une commission* ». Ce faisant, la Cour de cassation vient préciser la notion de fraude induite par le principe visé, dont elle limite le champ d'application.

Dans la seconde affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a de nouveau visé le principe, cette fois sous une formulation française, pour écarter la fraude en matière de dissolution sans liquidation d'une société. Il était précisé, dans un attendu de principe, qu'un « *créancier ne peut se prévaloir de ce principe pour remettre en cause la dissolution sans liquidation d'une société que si la société bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute a mis en œuvre un processus lui ayant permis de priver d'efficacité la faculté d'opposition ouverte par l'article 1844-5, alinéa 3, du code civil* ». La cassation étant prononcée pour défaut de base légale, l'existence d'une fraude n'était pas exclue de manière absolue, mais les motifs des juges du fond ne permettaient pas de l'établir. La Haute juridiction a d'ailleurs déjà approuvé la décision d'une cour d'appel ayant prononcé la nullité de la dissolution sans liquidation d'une société lorsque la mise en œuvre d'un tel processus frauduleux était caractérisée³⁹.

Se posait également la question de la subsidiarité du principe. À en croire le moyen, la cour d'appel avait « *énoncé que le principe suivant lequel la fraude*

³⁷ Cass. com., 9 févr. 2016, n°14-16736.

³⁸ Cass. com., 25 mai 2022 précité : *BJS* oct. 2022, n°BJS201i7, note B. Dondero ; *LEDEN* juill. 2022, n°DED200x7, obs. C. Camensuli-Feuillard ; *Dr. Soc.* 2022, n°10, 113, comm. J.-P. Legros.

³⁹ Cass. com., 11 sept. 2012, n°11-11141, *Bull. civ.* IV, n°160.

corrompt tout est normalement d'application subsidiaire » avant de retenir la caractérisation de la fraude. Si le principe était d'application subsidiaire, il ne trouverait à s'appliquer qu'à défaut d'autres règles de droit, de sorte « *qu'un créancier ne pourrait se prévaloir de [la fraude] dès lors qu'il aurait négligé de mettre en œuvre en temps utile la faculté d'opposition* »⁴⁰ légalement prévue. Toutefois, la subsidiarité des principes a été remise en cause et ne serait « *que le vœu pieu d'une doctrine que le juge du droit n'a pas exaucée* »⁴¹, émis par des auteurs hostiles au développement du champ d'application des principes. Cette thèse semble être confortée par l'arrêt d'espèce, la Cour de cassation se gardant bien d'affirmer la subsidiarité du principe, qui n'a au demeurant pas été mise en application dans l'arrêt d'appel.

Dans ces deux arrêts, le principe *Fraus omnia corrumpit* est visé afin de préciser ses conditions d'application, tout en asseyant sa valeur normative. La Cour de cassation ne semble donc pas avoir une conception extensive du principe, qu'elle cherche à encadrer, tout en refusant de reconnaître son éventuelle subsidiarité. Telle est sa position, du moins, lorsque le principe est invoqué comme unique base légale. Qu'en est-il lorsqu'il est associé à des règles de droit écrites ?

II. – Le recours au principe *Fraus omnia corrumpit* associé à des règles de droit écrites

Si l'application du principe *Fraus omnia corrumpit*, invoqué comme unique base légale, conduit majoritairement à *écarter* la fraude, il sera possible d'observer à présent que sa mobilisation aux côtés de règles de Droit écrites aboutit principalement, à l'inverse, à *caractériser* la fraude (A). Il a toutefois également pu être visé, dans un arrêt isolé, afin de l'*écarter* (B).

A. – Un principe énoncé pour caractériser la fraude

Sur la période étudiée, la Cour de cassation a eu recours au principe *Fraus omnia corrumpit* dans 5 décisions afin de caractériser la fraude. Un écart méthodologique sera par ailleurs opéré afin de faire état d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, au sein duquel le principe *Fraus omnia corrumpit* a été visé aux côtés de l'article 1341-2 du code civil, relatif à l'action paulienne. Nous envisagerons ainsi, dans un premier temps, le

⁴⁰ B. Dondero, *L'ingénierie juridique sauvée de la fraude*, BJS oct. 2022, n°BJS201i7.

⁴¹ P. Morvan, *op. cit.*, n°579. L'auteur relève toutefois l'existence de deux exceptions que sont l'action *de in rem verso* et l'action en concurrence déloyale, v. P. Morvan, *op. cit.*, n°580.

dépôt frauduleux d'une marque (1), puis la fraude en Droit des sociétés (2) et, enfin, l'association du principe à l'action paulienne (3).

1. – Le dépôt frauduleux d'une marque

Dans une décision rendue le 17 mars 2021⁴², le principe *Fraus omnia corrumpit* a été évoqué dans des circonstances singulières, afin d'affirmer que la jurisprudence de la Cour, fondée sur celui-ci, peut être analysée comme assurant la transposition d'une directive européenne. Cette assertion est valable que le principe soit associé ou non à une disposition en légale, à savoir l'article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle relatif à l'action en revendication. Selon ce dernier, la personne qui estime avoir un droit sur une marque peut revendiquer sa propriété en justice si son enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle.

À cet égard, la Haute juridiction a visé, dans une décision rendue le 11 janvier 2017⁴³, « l'article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle, ensemble le principe "*fraus omnia corrumpit*" » pour censurer un arrêt d'appel ayant rejeté la demande en revendication pour dépôt frauduleux d'une marque. On peut alors douter de l'intérêt du recours au principe, l'application de la disposition légale suffisant à sanctionner l'agissement frauduleux.

Enfin, dans un arrêt rendu le 4 octobre 2016⁴⁴, la Cour de cassation a visé « les articles L. 711-1 et L. 712-1 du code de la propriété intellectuelle, ensemble le principe selon lequel la fraude corrompt tout » afin de prononcer la cassation de la décision d'appel ayant rejeté les demandes en nullité, pour dépôt frauduleux, de plusieurs marques. Les textes étant silencieux sur la question de la fraude, le principe *Fraus omnia corrumpit* était ici mobilisé afin de s'assurer que le dépôt frauduleux soit sanctionné. La sanction n'est alors pas l'inopposabilité mais la nullité, celle-ci pouvant notamment être retenue « lorsque seul l'anéantissement de l'acte est de nature à déjouer la fraude »⁴⁵.

⁴² Cass. com., 17 mars 2021 précité : *RTD Com.* 2021, p. 341, obs. J. Passa ; *Légipresse* 2021, p. 339, note C. Piedoie ; *Propr. industr.* 2021, n°11, 61, comm. P. Tréfigny.

⁴³ Cass. com., 11 janv. 2017 précité ; *Juris art etc.* 2017, n°45, p. 12, obs. P. Noual ; *RTD Com.* 2017, p. 76, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. industr.* 2017, n°3, 16, comm. P. Tréfigny.

⁴⁴ Cass. com., 4 oct. 2016 précité : *LEPI* déc. 2016, n° 110e3, p. 1, obs. J.-P. Clavier ; *Propr. industr.* 2016, n°12, 89, comm. J. Larrieu ; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 612, note C. Le Goffic ; *D.* 2017, p. 2444, obs. Y. Picod.

⁴⁵ E. Guégan, *La collusion frauduleuse des actionnaires majoritaires : source de responsabilité civile*, *BJS* déc. 2020, n° 121p0, p. 25.

Cette affaire a été portée à nouveau devant la Cour de cassation qui, dans sa seconde décision⁴⁶, a cessé de faire expressément référence au principe *Fraus omnia corrumpit* au profit de la notion de « mauvaise foi », tout en maintenant substantiellement la solution⁴⁷. Il semble toutefois qu'il s'agisse d'un recours indirect à la notion de fraude car la Cour a énoncé, dans l'un de ces trois arrêts, que « toute marque déposée en fraude des droits d'autrui [est] nécessairement déposée de mauvaise foi »⁴⁸. Si le droit des marques semble donc propice à la mise en œuvre du principe, celui-ci trouve également à s'appliquer en droit des sociétés.

2. – La fraude en Droit des sociétés

Deux arrêts ont visé le « principe selon lequel la fraude corrompt tout ». Si la première décision a été rendue en matière de collusion frauduleuse d'associés majoritaires (**a**), la seconde a trait à une dissimulation frauduleuse d'un transfert de contrôle (**b**).

a) La collusion frauduleuse d'associés majoritaires

Dans la première affaire⁴⁹, une associée minoritaire avait assigné, sur le fondement de la responsabilité civile, les associés majoritaires de la société. Elle estimait en effet que ces derniers avaient sciemment sous-évalué le capital social, augmenté par la création de nouvelles actions attribuées à l'un d'entre eux en contrepartie de l'apport d'un fonds de commerce, conduisant à une dilution fautive de ses droits d'associée. La cour d'appel avait rejeté sa demande au motif qu'elle n'établissait pas que la société « ne pouvait tirer un avantage suffisant de la maîtrise du réseau de distribution par l'apport du fonds de commerce [...], pour justifier l'avantage consenti » à l'associé à l'origine de celui-ci. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation pour défaut de

⁴⁶ Cass. com., 1^{er} juin 2022, n°19-17778.

⁴⁷ Similairement, la Cour de cassation a abandonné le recours au « principe selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales », peu de temps après l'avoir visé de manière inédite, tout en maintenant substantiellement la solution préalablement dégagée. Sur ce point, v. A. Thouement, *op. cit.*, n°568 et s. et n°867 et s.

⁴⁸ Cass. com., 17 mars 2021 précité. Sur le caractère discuté de cette assimilation, v. not. J. Passa, *Articulation des motifs de nullité tirés respectivement de la fraude et du dépôt de mauvaise foi (évolution)*, *RTD Com.* 2021, p. 341 ; C. Piedoie, *Éclaircissements sur la notion de mauvaise foi en droit des marques ?*, *Légipresse* 2021, p. 339 et P. Tréfigny, *Fair & Lovely, Paris, New-York, pas si fair-play, pas si lovely...*, *Propr. industr.* 2021, n°11, 61.

⁴⁹ Cass. com., 30 sept. 2020 précité : *BJS* déc. 2020, n° 121p0, p. 22, note E. Guégan ; *LEDC* déc. 2020, n° 113p4, p. 6, obs. J.-F. Hamelin ; *JCP E.* 2021, n°12, 1155, comm. S. Le Normand-Caillère ; *JCP G.* 2020, n°50, 1382, note R. Mortier ; *D.* 2020, p. 2273, obs. D. Schmidt.

base légale, les motifs des juges du fond ne permettant pas d'exclure l'existence d'une collusion frauduleuse.

Si le principe *Fraus omnia corrumpit*, énoncé en retenant une approche substantielle, est bien visé aux côtés de l'ancien article 1382 du code civil, l'attendu de principe n'est toutefois afférent qu'à ce dernier. En ce sens, le principe semble venir au soutien de la disposition légale, ce qui laisse sous-entendre que la responsabilité civile des associés majoritaires ne serait pas susceptible d'être engagée en l'absence de fraude. De plus, il ressort de cette décision que la collusion frauduleuse des associés majoritaires peut être caractérisée en l'absence d'atteinte à l'intérêt social, ce qui n'aurait pas été possible sur le fondement de l'abus de majorité.

Il convient par ailleurs de souligner que l'acte frauduleux n'est frappé ni d'inopposabilité, ni de nullité, probablement car la demanderesse au pourvoi n'avait pas sollicité de telles sanctions. On peut alors le regretter, la Cour de cassation ayant déjà prononcé la nullité de décisions sociales frauduleuses⁵⁰. En effet, le préjudice subi, dont il est possible de demander réparation sur le fondement de la responsabilité civile, n'existerait plus *a priori*, l'acte litigieux ayant été anéanti rétroactivement. Le principe a également été mis en œuvre aux côtés d'une autre disposition légale bien connue, l'ancien article 1134 du code civil, en matière de dissimulation frauduleuse d'un transfert de contrôle.

b) La dissimulation frauduleuse d'un transfert de contrôle

La seconde affaire⁵¹ a trait à un astucieux montage. En l'espèce, la société Bricoried avait conclu avec la société Mr Bricolage un contrat dénommé « charte de l'adhérent à l'enseigne Mr Bricolage » en vue de l'exploitation d'une surface de vente. En vertu de celui-ci, un droit de préférence et de préemption était réservé à la société Mr Bricolage en cas de cession des parts sociales ou actions assurant le contrôle de la personne morale exploitant le magasin concerné. Or, pour éviter que la société Mr Bricolage n'exerce son droit de préférence et de préemption, seules 49% des parts de la société Bricoried, alors transformée en SAS, ont été cédées à la société Bricorama. Si celle-ci était alors un associé minoritaire au regard des parts détenues, elle était néanmoins la seule à détenir le pouvoir de révocation du président, diverses autres prérogatives lui ayant par ailleurs été accordées, de sorte que ce montage était « *susceptible de lui conférer le contrôle sinon exclusif, à tout le moins*

⁵⁰ V. not. Cass. com., 7 mai 2019, n°17-18785 ; Cass. com., 11 janv. 2017, n°14-27052.

⁵¹ Cass. com., 15 mars 2017 précité : *JCP E.* 2017, n°21-22, 1270, comm. B. Dondero ; *BJS* juill. 2017, n° 116r5, p. 452, obs. A Gaudemet ; *Dr. soc.* 2017, n°10, 158, comm. R. Mortier ; *Rev. soc.* 2017, p. 497, note P.-L. Périn.

conjoint, de la société Bricoried, éludant ainsi le droit de préférence et de préemption de la société Mr Bricolage ». La Cour de cassation suggère donc ici, fortement, que le cédant a dissimulé frauduleusement le transfert de contrôle de la société afin de priver un tiers de son droit. À noter que cette décision de cassation pour violation de base légale fait suite à un premier arrêt de cassation, rendu pour défaut de base légale cette fois, sous un visa identique⁵². Ainsi, « alors que le premier arrêt de la Cour de cassation reprochait aux juges du fond de n'avoir pas recherché s'il y avait eu fraude, le second arrêt leur reproche de ne pas avoir dit qu'il y avait eu fraude »⁵³.

Que l'ancien article 1134 du code civil figure dans le visa peut par ailleurs s'entendre de deux manières. Soit la Cour de cassation fait référence à la force obligatoire du contrat, celui-ci pouvant être analysé comme une règle de droit obligatoire, qui aurait été éludée en l'espèce ; soit elle se rattache à la notion de bonne foi, les notions de fraude et de mauvaise foi étant parfois rapprochées, voire assimilées. Ces deux interprétations sont cohérentes avec le recours conjugué au principe *Fraus omnia corrumpit*. De façon plus surprenante, celui-ci a également été appliqué aux côtés de la disposition réprimant la fraude paulienne.

3. – Le principe *Fraus omnia corrumpit* et l'action paulienne

Exceptionnellement, nous nous intéresserons ici à un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 12 novembre 2020⁵⁴. Le principe y était visé aux côtés de l'article 1341-2 du code civil, relatif à l'action paulienne. Or, il s'agit de l'une des rares hypothèses où la fraude est légalement sanctionnée.

En l'espèce, des créanciers avaient assigné leur débiteur en remboursement de diverses sommes d'argent. Deux semaines après, le débiteur a cédé des parts qu'il détenait au sein d'une SCI à un tiers. Cette cession a ensuite fait l'objet d'une publication. Puis, un arrêt a condamné le débiteur au paiement des sommes litigieuses. Le débiteur étant décédé entre temps, les créanciers ont ensuite assigné le cessionnaire des parts sur le fondement de l'action paulienne, estimant que la cession de parts sociales avait été passée en

⁵² Cass. com., 26 févr. 2013, n°12-13721.

⁵³ B. Dondero, *Le contrôle éventuel et la fraude*, *JCP E.* 2017, n°21-22, 1270.

⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 12 nov. 2020, n°19-17156, *Bull. civ.*, pp. 50 et 372 : *JCP E.* 2021, n°6, 1081, note B. Alidor ; *RTD Civ.* 2021, p. 141, obs. H. Barbier ; *JCP G.* 2021, n°5, 116, avis Ph. Brun ; *JCP G.* 2021, n°5, 117, note F. Chénéde ; *Rev. soc.* 2021, p. 231, note A. Reygrobellet ; *JCP N.* 2021, n°24, 1223, comm. M. Storck ; *D.* 2021, p. 683, note S. Tisseyre.

fraude de leurs droits.

La cour d'appel a jugé l'action des créanciers irrecevable car prescrite. En effet, les juges ont estimé que les créanciers étaient en mesure de connaître la cession des parts sociales à compter de sa publication. Ceux-ci arguaient toutefois de manœuvres frauduleuses de la part du débiteur, lui reprochant d'avoir dissimulé sa véritable adresse ainsi que l'existence de biens appartenant à la SCI, de sorte qu'elles auraient perduré après la publication de la cession.

La Cour de cassation a alors censuré la décision des juges du fond en recourant à un visa de prime abord surprenant : « *Vu les articles 1341-2 et 2224 du code civil, l'article 52 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 et le principe selon lequel la fraude corrompt tout* ». Il peut en effet paraître étonnant de viser à la fois le fondement de l'action paulienne *et* « le principe selon lequel la fraude corrompt tout », inspiré de la maxime *Fraus omnia corrumpit* et repris selon une approche substantielle. S'agirait-il d'une redondance ? Point du tout, dans la mesure où il s'agit bien de deux fondements distincts.

En effet, dans cette affaire existait, en quelque sorte, une double fraude. D'une part, il y avait un acte d'appauvrissement effectué par le débiteur – la cession des parts sociales – susceptible de justifier l'action paulienne. D'autre part, il y avait fraude de sa part afin de retarder le moment de la prise de connaissance, par les créanciers, de cet acte frauduleux. Or, en vertu de l'article 2224 du code civil, le délai de prescription de cinq ans, auquel est soumis l'action paulienne, court à partir du moment où les créanciers ont connu ou auraient dû connaître la cession des parts sociales. En retenant une interprétation stricte d'un critère empreint de subjectivité, la cour d'appel a estimé qu'ils « *auraient dû connaître* » cette cession à compter de sa publication, de sorte que l'action paulienne était prescrite. Cependant, cette solution avait pour effet de laisser l'agissement frauduleux non sanctionné. Puisqu'ici, « *l'application proprement dite de la sanction se trouve paralysée par un obstacle légal habilement constitué par le sujet de droit désireux de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire* »⁵⁵, l'application du principe *Fraus omnia corrumpit*, à portée générale, permet dès lors d'y remédier en sanctionnant un agissement frauduleux qui serait, sinon, resté impuni. Si le principe est fréquemment mis en œuvre, aux côtés de dispositions légales, pour caractériser la fraude, il peut également être visé, de la même façon, afin d'écarter la fraude.

⁵⁵ J. Vidal, *op. cit.*, p. 4.

B. – Un principe visé pour écarter la fraude

Le principe *Fraus omnia corrumpit* n'a été visé pour écarter la fraude que dans une seule décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation, rendue le 30 mars 2016⁵⁶. La Haute juridiction avait alors retenu une approche substantielle du principe, en visant « *l'article 1134 du code civil, ensemble le principe selon lequel la fraude corrompt tout* ».

En l'espèce, la société Oseo financement, qui était propriétaire de quatre compacteurs à déchets, les avait donnés en location, sans option d'achat, à la société Equater environnement. Celle-ci les a, à son tour, donnés en location, mais avec option d'achat, à la société Fradena, devenue la société Paris Sud hydraulique (PSH). Par la suite, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société Equater environnement, puis un plan de cession a été arrêté. La société PSH, qui avait payé la totalité des mensualités dues pour un compacteur, a ensuite suspendu le paiement des loyers afférents aux trois autres. Le gérant de la société Equater environnement, agissant alors en qualité d'entrepreneur individuel, a ensuite acheté à la société Oseo financement les quatre compacteurs litigieux avant d'assigner la société PSH en restitution des matériels et en paiement des loyers prévus par les contrats de location conclus avec la société Equater environnement.

Pour rejeter sa demande, la cour d'appel avait relevé que consentir des actes de location-vente sur les compacteurs, dont la société dirigée par lui n'était pas propriétaire, avant de les racheter à la société Oseo financement constituait un montage juridique frauduleux portant atteinte aux droits de la société PSH. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation car les juges du fond avaient eux-mêmes relevé que la société PSH ne s'était pas acquittée des loyers afférents aux compacteurs, de sorte qu'elle n'avait aucun droit à faire valoir sur eux. En conséquence, il n'y avait pas fraude aux droits des tiers, puisque le tiers en question ne disposait pas d'un droit susceptible d'être éludé.

Conclusion. – Il ressort de cette étude que le principe *Fraus omnia corrumpit* trouve toujours à s'appliquer, de manière régulière, en Droit positif. Il semble ainsi assurer différents rôles en Droit de l'entreprise.

Un principe malléable. En premier lieu, il convient de souligner que le recours au principe se caractérise par une importante malléabilité. D'une part, celle-ci concerne *la manière* dont il est énoncé. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation et, particulièrement, de sa chambre commerciale, semble dépourvue

⁵⁶ Cass. com., 30 mars 2016 précité.

de toute constance quant à l'approche retenue du principe, formelle ou substantielle. D'autre part, la notion de fraude elle-même demeure assez floue, suscitant parfois des débats doctrinaux⁵⁷. Elle tend aussi à être rapprochée, voire assimilée, à celle de mauvaise foi, ce qui tend à élargir le champ d'application du principe, du moins ponctuellement, lorsque cela semble opportun au regard du cas d'espèce. Ainsi que le relevait Vidal, « *les tribunaux, en haine de la fraude, vont [...] jusqu'à lui assimiler la simple mauvaise foi en vue de la faire participer à son pouvoir corrupteur* »⁵⁸.

La diversité des sanctions garantissant « l'efficacité des règles juridiques »⁵⁹. Si la sanction de la fraude est, en principe, l'inopposabilité de l'acte frauduleux aux tiers, il est apparu qu'un éventail de sanctions sont susceptibles d'être mises en œuvre en dehors des hypothèses légalement prévues, comme la nullité de l'acte frauduleux. Mais le principe peut également permettre d'obtenir la réparation du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité civile ou encore, de manière plus originale, conduire à « *rendre son efficacité à un acte frappé de nullité* »⁶⁰. En ce sens, la sanction consiste en un « *refus d'application de la règle dont les conditions ont été réunies par fraude* »⁶¹. Diverses autres sanctions, non envisagées dans cette étude, peuvent aussi être prononcées⁶².

L'autonomie du principe. Il a de plus été observé que le principe *Fraus omnia corrumpit* tend à être mobilisé, comme unique base légale, afin de retenir l'absence de fraude. Cela se comprend parfaitement si aucune disposition légale ne vient sanctionner un agissement frauduleux, le demandeur ne pouvant fonder son recours que sur le principe. Il apparaît alors que la Cour de cassation ne cherche pas à généraliser la mise en œuvre de celui-ci mais bien à l'encadrer, en précisant, au fur et à mesure des décisions, ses conditions d'application. Par ailleurs, de manière surprenante, l'autonomie du principe semble également se caractériser au travers de sa capacité à assurer, seul, la transposition d'une directive européenne. Enfin, il convient de souligner qu'au regard des arrêts étudiés, la Cour de cassation ne semble pas lui reconnaître un quelconque caractère subsidiaire, qui ne serait donc qu'un « *mythe* »⁶³.

⁵⁷ V. not. J.-F. Cesaro, A. Martinon et R. Vatinet, *La fraude imaginaire*, JCP S. 2018, n°29, 1251, en réponse à P. Sargos, *La fraude licite*, JCP G. 2018, n°24, 662, notes sous Cass. soc., 28 févr. 2018, n°16-50015.

⁵⁸ J. Vidal, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁹ J. Vidal, *op. cit.*, p. 386.

⁶⁰ Ph. Simler, *op. cit.*

⁶¹ O. Salati, *op. cit.*

⁶² Telles que la nullité, la révision, ou encore la tierce opposition, v. H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, p. 289.

⁶³ P. Morvan, *op. cit.*, n°577 et s.

Le recours au principe à l'appui de dispositions légales. À l'inverse, il a été constaté que le principe *Fraus omnia corrumpit* était principalement mobilisé aux côtés de règles de droit écrites afin de caractériser la fraude. Il convient alors de distinguer selon que la disposition légale visée sanctionne, ou non, un agissement frauduleux.

Si tel n'est pas le cas, le principe semble mobilisé afin de sanctionner un agissement frauduleux qui serait resté impuni, de le priver d'efficacité. Il joue alors un rôle de « soutien » de la norme juridique écrite, soit que celle-ci soit parfaitement silencieuse quant à la fraude, soit qu'elle contienne des éléments susceptibles d'appuyer la caractérisation de celle-ci, à l'instar de l'ancien article 1134 du code civil.

Mais si la règle de droit visée sanctionne déjà la fraude, pourquoi appliquer le principe *Fraus omnia corrumpit* ? Son application peut paraître redondante si l'application de la disposition légale permet, seule, de priver d'effet l'agissement frauduleux. En ce sens, les juges semblent simplement « souligner la conformité de la règle juridique avec la règle morale qui prohibe la mauvaise foi »⁶⁴. Toutefois, comme cela a été observé à propos de l'action paulienne, la mise en œuvre du principe peut se justifier au regard des spécificités du cas d'espèce. Tel est le cas, notamment, lorsque plusieurs types de fraude sont établis et qu'au moins l'un d'entre eux n'est pas sanctionné par un texte.

Que le principe *Fraus omnia corrumpit* soit appliqué avec des règles de droit écrites sanctionnant ou non la fraude, il semble jouer un rôle de complément et constituer, dans les deux hypothèses, « un ultime remède destiné à priver d'effet l'agissement frauduleux »⁶⁵. Pour reprendre la fameuse formule de Desbois, il est alors « la dernière réserve que l'on fait donner lorsque la bataille semble sur le point d'être perdue »⁶⁶.

L'action corrective du principe. Selon Madame Bouix, la fraude constituerait ainsi « un mécanisme correcteur »⁶⁷ permettant « d'éviter qu'un individu tire parti des règles juridiques afin de bénéficier d'un avantage indu »⁶⁸. Ce

⁶⁴ J. Vidal, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁵ J. Vidal, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶ H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse, Paris, 1927, p. 293, cité *in ibid.*

⁶⁷ C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, préf. P. Deumier, PUAM, 2017, n°241.

⁶⁸ *Ibid.*

sentiment semble partagé par le professeur Morvan, qui relève que « *le principe *fraus omnia corrumpit* et le principe de l'abus de droit sont ces correcteurs omniprésents du droit en vigueur, de véritables censeurs de l'usage illégitime des prérogatives juridiques* »⁶⁹. Cette action correctrice s'explique par les liens forts existant entre la fraude et la morale, l'absence de répression de la première étant susceptible de marquer une « *victoire de la déloyauté sur le Droit* »⁷⁰, de sorte que l'ordre juridique serait condamné « *à une perversion inexorable* »⁷¹.

Une application justifiée par l'acceptabilité de la solution. Un dernier point mérite d'être mis en exergue. Il ressort en effet de cette étude que, bien souvent, la mobilisation du principe par la Haute juridiction relève d'un syllogisme inversé et ne s'explique que par le caractère acceptable de la solution retenue *in fine*⁷². Ainsi entendue, la fraude permet d'éviter « *que subsiste une situation immorale ou contraire à l'équité, le droit entier [étant] protégé dans son acceptabilité et donc sa force* »⁷³. Ce constat n'est toutefois pas propre au principe *Fraus omnia corrumpit* car, plus généralement, les juges ne semblent avoir recours aux maximes, éventuellement élevées au rang de principes, que lorsqu'aucun autre fondement juridique ne leur permet d'aboutir à une solution acceptable et, surtout, de construire une motivation qui soit apparemment logique, cohérente et convaincante⁷⁴.

⁶⁹ P. Morvan, *op. cit.*, n°485.

⁷⁰ J. Vidal, *op. cit.*, p. 7.

⁷¹ P. Morvan, *op. cit.*, n°485.

⁷² V. A. Thouement, *op. cit.*, n°1307 et s.

⁷³ C. Bouix, *op. cit.*, n°214.

⁷⁴ À propos de maximes d'interprétation, v. not. A. Thouement, *op. cit.*, n°1467.

Le principe d'intelligibilité

Aurélie Brès

Maître de conférences à l'Université de Montpellier

Issue du latin *intelligibilis*, « qui peut être compris », la notion d'intelligibilité renvoie, en dehors de sa portée philosophique, à la rationalité, l'absence d'ambiguïté et la cohérence du propos, permettant à son destinataire d'en saisir intellectuellement la signification et la portée. Le Conseil constitutionnel a considéré que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi formaient un objectif de valeur constitutionnelle¹, autrement dit un but assigné au législateur par la Constitution, correspondant à l'adoption de « *dispositions suffisamment précises et de formules non équivoques* ».

Objet de l'intelligibilité. L'intelligibilité en Droit s'entend d'abord du caractère compréhensible des normes édictées par l'Etat, des décisions prises par les personnes publiques et des actes établis par les officiers publics et ministériels. Elle concerne à ce titre les textes législatifs et réglementaires, les décisions de justice, les actes judiciaires ou extrajudiciaires ainsi que l'*instrumentum* des actes administratifs². La production écrite des professionnels de Droit privé, comme les conclusions et consultations d'avocats ou les écrits doctrinaux, doit elle-aussi être intelligible. L'intelligibilité intéresse plus largement l'ensemble des documents privés qui sont dotés d'effets juridiques parce qu'ils sont le support d'actes juridiques ou en constituent un préalable. L'exigence d'intelligibilité impose ainsi la clarté des lettres de licenciement, du texte des appels d'offres, des règlements de concours, des offres, de l'*instrumentum* des contrats³ ou des testaments, des documents d'information précontractuelle⁴, de la documentation commerciale... L'exposé oral d'arguments juridiques, dans le cadre d'une plaidoirie d'avocat en particulier, se doit aussi d'être intelligible, tout comme l'expression verbale d'une manifestation de volonté destinée à

¹ Cons. constit. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC - 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC - 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC.

² V. R. Catherine, *Le style administratif*, A. Michel, 18e éd., 2005. L'ouvrage a pour but de permettre de se familiariser avec la correspondance et la terminologie administratives, et formule des recommandations de rédaction.

³ Et pour les contrats de consommation, l'art. L. 211-1 c. cons. disposant que « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ».

⁴ Cf. art. L. 111-1 c. cons. : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes* ».

produire des effets de droit, telle une offre de contracter.

Cette exigence peut même être étendue aux comportements qui sont susceptibles de produire des effets juridiques parce qu'ils pourraient analysés comme des usages ou des manifestations de volonté constitutives d'offres de contrat ou d'acceptation. Les pratiques d'un employeur doivent par exemple être suffisamment claires pour qu'il soit jugé qu'elles présentent les caractères de constance, généralité et fixité nécessaires à l'identification d'un usage. Il en est de même du geste de l'enchérisseur, qui doit être significatif pour valoir acceptation de l'offre.

Fonctions de l'intelligibilité. Ces différents exemples mettent en évidence la pluralité des fonctions imparties à l'exigence d'intelligibilité. Appliquée aux écrits déjà dotés d'une force normative en raison de leur source, comme les textes législatifs, l'exigence d'intelligibilité vise à assurer la qualité de la norme, nécessaire à sa bonne interprétation et par suite à sa correcte application par les sujets de droit. Dans d'autres hypothèses, la satisfaction de l'exigence d'intelligibilité conditionne la production d'effets de droit, dans la mesure où un document ou un comportement ne sera doté d'effets juridiques que s'il est suffisamment clair. L'intelligibilité constitue encore une exigence régulatrice des comportements, conduisant à sanctionner en elles-mêmes les pratiques qui y contreviennent. La dimension protectrice de l'intelligibilité conduit par exemple à sanctionner de peines d'amende et d'emprisonnement la pratique commerciale trompeuse consistant à communiquer des informations essentielles de manière inintelligible⁵.

Bénéficiaire de l'intelligibilité. Alors que dans le passé, seuls les spécialistes prenaient connaissance du texte des décisions de justice et même du contenu des lois, il n'est pas rare aujourd'hui que la presse fasse état d'une réforme ou d'une décision importante, ni même qu'un particulier confronté à un problème donné recherche les règles qui lui sont applicables. Cet élargissement du lectorat a mis en lumière la nécessité de rendre les textes plus intelligibles pour les justiciables⁶ et contribué au renforcement du principe d'intelligibilité. La capacité d'entendement au regard de laquelle se trouve désormais mesuré le caractère compréhensible des textes juridiques n'est donc plus celle du seul professionnel du Droit. Concernant la loi, une telle évolution est jugée souhaitable car conforme à la nature et à la finalité de celle-ci. Il a ainsi été relevé que le destinataire principal de la loi est le sujet de droit, plus que le

⁵ Art. L. 121-3 c. cons.

⁶ F. Malhière, *Le sens de la brièveté des décisions de justice comme mode d'écriture du droit, in Pouvoir des formes, écriture des normes : brièveté et normativité, Moyen âge-temps modernes*, dir. L. Giavarini, Éditions universitaires de Dijon, 2017, spéc. p. 84.

spécialiste de son application ; en outre, la loi régit toujours une généralité de situations et s'applique à une généralité de personnes⁷. S'agissant des documents administratifs, l'effectivité du droit d'accès instauré par la loi de 1978 impose l'intelligibilité des documents transmis aux administrés.

Intelligibilité et lisibilité. L'intelligibilité suppose naturellement la lisibilité, le contenu d'un texte illisible ne pouvant être appréhendé intellectuellement. La lisibilité correspond essentiellement aux caractéristiques d'un texte qui en permettent la lecture et renvoie donc aux conditions matérielles de sa rédaction. Elle nécessite une reproduction sur un support approprié, l'utilisation d'une taille de caractères suffisamment grande et dans le cas de l'écriture dactylographiée, le choix d'une police de caractères facile à lire dans ses formes et sa couleur. La lisibilité constitue une exigence fréquemment imposée par le législateur, par exemple dans les contrats d'assurance ou les contrats de consommation, afin d'assurer l'effectivité de l'obligation d'information pesant sur le professionnel. L'intelligibilité ne se réduit cependant pas à la simple lisibilité. Elle requiert également l'usage d'une langue connue du lecteur ainsi qu'une formulation claire et cohérente des idées.

Intelligibilité et brièveté. La concision dans la rédaction de la loi ou des décisions de justice a pendant longtemps été perçue comme la forme d'expression juridique la plus intelligible⁸. Les formules courtes étaient privilégiées de manière à concentrer le propos en évitant tout développement superflu⁹ de nature à rendre plus difficile l'appréhension des points essentiels. La brièveté était associée à l'intelligibilité en particulier parce qu'un mode de présentation synthétique des solutions de droit, le syllogisme, était censé retranscrire le raisonnement déductif mis en œuvre par les juges, dont la rigueur était considérée comme seule à même de garantir une correction application des règles juridiques. La prévalence des maximes et des adages procédait de considérations identiques, ces formules présentant en outre l'avantage d'être aisément mémorisables et d'être commodes pour les praticiens.

Si cette approche a pendant longtemps guidé la rédaction des textes et décisions, il est progressivement apparu que la concision ne favorisait pas

⁷ En ce sens, D. Batselé, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, Bruylant, 2001, Coll. « Initiations », n° 1, p. 1.

⁸ V. P. Mimin, *Le Style des jugements : vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, Librairies techniques, Paris, 4e éd. 1978 - G. Cazals, *Des notables aux maximes du droit : le report des décisions de justice et la forme brève autour de la Renaissance*, in *Pouvoir des formes, écriture des normes*, préc., p. 55 s.

⁹ F. Martin, *Aux grands maux les formes brèves. Equivoque des règles et sens de la formule dans le discours juridique (XVe-XVIIe siècle)*, in *Pouvoir des formes, écriture des normes*, préc., p. 89 s.

toujours l'intelligibilité, parce qu'elle rend plus difficile l'apport de précisions quant au contenu des notions ou aux conséquences de l'application des règles de droit. Le recours à une formulation synthétique ne permet pas d'éclairer la richesse des fondements ayant présidé à l'adoption de la norme ou de la décision. L'utilisation d'un style lapidaire dans les décisions de justice peut ainsi susciter l'incompréhension des justiciables non-spécialistes, notamment quant à la motivation de la solution, constat qui a d'ailleurs conduit le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à réformer la rédaction de leurs arrêts.

Intelligibilité et accessibilité. Plusieurs réformes ou projets de réforme contemporains ont été élaborés dans l'objectif affiché de rendre le Droit plus accessible aux citoyens. L'accessibilité d'une règle correspond à l'état d'une norme dont il est facile d'identifier l'existence, et se distingue donc de l'intelligibilité en ce qu'elle renvoie à la possibilité matérielle de prendre connaissance des règles applicables et non à la faculté intellectuelle d'en saisir le sens. Le terme « d'accessibilité intellectuelle » est cependant parfois privilégié pour désigner l'intelligibilité, afin de souligner qu'accessibilité et intelligibilité constituent « deux facettes indispensables de l'accès au Droit, l'accessibilité matérielle et intellectuelle »¹⁰, L'accessibilité des règles peut être contrariée lorsqu'elles font l'objet d'une présentation éclatée dans différents corpus, ou qu'elles sont issues d'une institution qui n'en est pas l'émetteur attendu, comme l'autorité judiciaire. La difficulté pour un simple justiciable d'identifier les règles de la responsabilité civile délictuelle dite extracontractuelle a ainsi été soulignée, dès lors que ces règles ont pour l'essentiel été posées par la jurisprudence, en particulier s'agissant de la responsabilité du fait d'autrui, le contenu des quelques articles du Code civil relatifs à la question restant quant à lui lacunaire. L'intérêt d'une codification des solutions jurisprudentielles est dès lors mis en avant au soutien de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile. La multiplication et la modification constante des textes, dénoncées à travers la notion d'inflation législative¹¹, sont encore de nature à compliquer leur accessibilité.

Intelligibilité et clarté. Si le Conseil constitutionnel a distingué le principe d'intelligibilité du principe de clarté de la loi découlant de l'article 34 de la Constitution¹², des auteurs ont noté qu'après avoir fréquemment invoqué les

¹⁰ L. Milano, *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, Revue du droit public n° 3-2006.

¹¹ V. P. Rrapi, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, 2014, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 137, n° 7, p. 4.

¹² Cons. const. 7 déc. 2000, n° 2000-435 DC, Loi d'orientation pour l'outre-mer, JO 14 déc., p. 19830 ; AJDA 2001. 102, note Schoettl - 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC

deux normes simultanément¹³, la référence à la clarté de la loi avait disparu des décisions du Conseil à partir de 2006 et que l'exigence de clarté s'était depuis fondue dans celle d'intelligibilité¹⁴. L'intelligibilité définie comme la qualité d'un texte ou d'un document juridique permettant à son destinataire d'en saisir intellectuellement la signification semble en effet intimement liée à sa clarté.

Instruments de l'intelligibilité. L'intelligibilité d'un document impose naturellement en premier lieu le recours à une langue connue du destinataire. La volonté de permettre aux consommateurs d'effectuer des choix éclairés et de comprendre dans quelles conditions ils peuvent utiliser un bien sans danger a ainsi conduit le législateur à rendre l'utilisation du français obligatoire pour la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service¹⁵. La nécessité de garantir la sécurité et la santé des travailleurs ainsi que le dialogue social dans l'entreprise, et l'importance de s'assurer que les salariés mesurent pleinement la portée de leurs droits et de leurs engagements, ont motivé l'édition d'une règle identique dans les relations de travail. Le contrat de travail établi par écrit doit être rédigé en français, tout comme le règlement intérieur, les conventions et accords collectifs de travail et tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire à ce dernier pour l'exécution de son travail¹⁶. Dans ces hypothèses, « le langage est l'objet d'une règle de droit »¹⁷.

Au-delà de l'emploi d'une langue nationale, l'intelligibilité suppose un effort linguistique dans le choix du vocabulaire et de la syntaxe. A cet égard, la spécificité du vocabulaire juridique¹⁸ favorise la compréhension du juriste dans la mesure où elle rend le discours plus précis, les termes renvoyant à des notions définies, mais complique celle du non-spécialiste qui n'en identifie pas la portée. L'emploi de termes plus courants peut cependant conduire à un appauvrissement conceptuel et une perte de rigueur ouvrant la voie à des conflits d'interprétation. Le développement des dictionnaires de vocabulaire juridique présente à ce titre un intérêt certain. La structuration du propos, l'utilisation de titres, le recours à des définitions et à des exemples constituent

¹³ A. Flückiger, *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, Cahiers du Conseil constitutionnel n°21, La normativité, janv. 2007.

¹⁴ J-F. Lachaume, *Violation de la règle de droit - Règles de droit à valeur législative*, Rép. contentieux adm., 2013.

¹⁵ Art. 2 de la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

¹⁶ Art. L. 1221-3, L. 1321-6 et L. 2231-4 c. trav.

¹⁷ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 2005, n° 1, p. 2.

¹⁸ H. Batiffol; Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique, Mél. Marty, 1978, p. 35 s.

d'autres moyens de rendre un texte plus intelligible.

Déjà dans *l'Esprit des lois*, Montesquieu formulait des préceptes de rédaction des lois. Au début du siècle, Geny s'intéressa également à la technique législative¹⁹. A partir de 2005, le Conseil d'Etat et le secrétariat général du gouvernement ont élaboré un guide de légistique²⁰ dont l'objectif est « de présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs ». Ce document formule des conseils notamment quant à l'organisation du texte sous forme de plan, quant aux modalités de subdivision des articles sous la forme d'alinéas, et quant à la rédaction du texte, qui doit être « doit être claire, sobre et grammaticalement correcte ». Il préconise de proscrire l'usage d'abréviations, de mots entre parenthèses et de notes en bas de page et attire l'attention sur le bon usage de la ponctuation, une ponctuation défectueuse étant de nature à introduire des incertitudes sur le sens des textes²¹ et à alimenter les contentieux. Des universitaires ont également proposé des guides de rédaction des textes législatifs²² et des contrats²³.

Le recours à des normes interprétatives permettant d'éclairer un dispositif existant se fait aussi aujourd'hui plus fréquent. La technique des lignes directrices s'inscrit dans cette approche, qu'il s'agisse des lignes directrices accompagnant les règlements d'exemption²⁴, des lignes directrices conjointes ACPR-TRACFIN²⁵, ou de celles publiées par la CNIL²⁶. Les rapports et conclusions préparatoires peuvent pareillement clarifier les fondements d'une décision de justice, permettre de développer les différents arguments en

¹⁹ F. Geny, *La technique législative dans la Codification civile moderne*, A. Rousseau, 1904.

²⁰ *Guide de légistique*, 3e éd. 2017, disponible sur Légifrance.

²¹ Pour des exemples, D. Guével, *La virgule, encore...*, D. 2019, p.1273 - B. Saintourens, RTD com. 2003. 269, sur la réinsertion dans l'art. L. 123-4 c. com. de la virgule après les mots « sans excuse jugée valable », soulignant les difficultés d'interprétation qu'avait entraîné la suppression de la virgule.

²² D. Batselé, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, préc.

²³ J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5e éd. 2017.

²⁴ V. par ex. les lignes directrices sur les restrictions verticales accompagnant le Règlement d'exemption catégoriel 720/2022.

²⁵ « Les lignes directrices sont des normes interprétatives du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Elles explicitent les textes en vigueur, apportent un éclairage aux professionnels dans la mise en œuvre de leurs obligations de vigilance et de déclaration ».

²⁶ La délibération de la CNIL n° 2020-091 du 17 septembre 2020 explique ainsi clairement que « les présentes lignes directrices ont pour objet principal de rappeler et d'expliciter le droit applicable aux opérations de lecture et/ou d'écriture d'informations dans l'équipement terminal de communications électroniques de l'abonné ».

présence et préciser la portée de la solution. L'exposé des motifs d'une loi, les commentaires officiels, les réponses ministérielles, les circulaires interprétatives représentent également une manière d'explicitier le corpus législatif, quand le mécanisme des questions préjudicielles permet de soumettre à la CJUE une question d'interprétation nouvelle relative au Droit de l'UE.

Principe d'intelligibilité. La permanence et la profondeur de l'exigence d'intelligibilité dans notre Droit conduisent à considérer qu'elle relève de la catégorie des principes²⁷, compris comme des normes supérieures qui inspirent les solutions de droit positif, comportant une série indéfinie d'applications²⁸, mais dont le processus de formation reste discuté²⁹, certains considérant qu'ils sont déduits de la loi³⁰ ou de la coutume³¹ par la jurisprudence, voire élaborés par la jurisprudence seule, d'autres estimant qu'ils sont issus de règles morales ou de Droit naturel. Applicables même en l'absence de texte³² et indépendants du Droit écrit, se voyant parfois reconnaître une valeur constitutionnelle, ils guident l'interprétation des lois nouvelles et comblent les lacunes de la loi.

En effet, l'intelligibilité est une qualité essentielle du Droit car elle en assure l'effectivité (I). L'exigence d'intelligibilité est aussi inhérente aux systèmes juridiques attachés à la protection des droits subjectifs (II).

I. – Le principe d'intelligibilité au service de l'effectivité du Droit

Une règle inintelligible ne peut emporter l'adhésion des sujets de droit ni être appliquée correctement par ces derniers. Le principe d'intelligibilité garantit alors l'effectivité du Droit.

A. – Le principe d'intelligibilité instrument de l'adhésion au Droit

Si les sujets de droit ne peuvent pas davantage se soustraire à l'application de la loi en prétendant qu'ils ne l'ont pas comprise qu'en affirmant qu'ils

²⁷ Souvent dénommés principes généraux du Droit, en particulier en Droit administratif, Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, 2^e éd. 2015, Coll. Connaissance du droit, n° 727, p. 646.

²⁸ J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Etudes Ripert*, p. 6, n° 5 ; D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th. Paris II, 1992, n° 57 et s. p. 54 et s., considérant que les principes sont ceux « dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives ».

²⁹ Sur cette question, N. Molfessis, *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, RTD civ. 2001, 699.

³⁰ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., n° 449.

³¹ E. Loquin, *L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI, n° 440/1, 1986, p. 67 et 117.

³² CE 26 octobre 1945, n° 77/726, Aramu.

l'ignoraient, la légitimité d'une loi s'en trouverait affectée si celle-ci était véritablement inintelligible. La légitimité de la loi³³ procède certes de son processus d'adoption démocratique et de sa conformité à l'intérêt général, mais également de sa qualité en tant que norme. L'absence d'adhésion des sujets de droit à la règle posée compromet en effet son observation.

Le caractère jugé incompréhensible de la solution rendue par la CJUE dans un arrêt du 11 décembre 2018 a conduit la Cour constitutionnelle fédérale allemande à refuser de l'appliquer dans un arrêt remarqué et très critiqué du 5 mai 2020³⁴. Appelée à se prononcer sur la régularité d'un programme d'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires mis en place la BCE, dit « PSPP » (Public Sector Purchase Programme), la cour allemande avait saisi la CJUE d'une question préjudicielle relativement à la validité de ce programme au regard de la mission confiée à la BCE. Dans son arrêt du 11 décembre 2018, la CJUE avait jugé que le programme PSPP n'était pas incompatible avec le Droit de l'UE. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a pourtant fait droit à plusieurs recours introduits en Allemagne concernant ce programme, considérant que l'arrêt de la CJUE n'y faisait pas obstacle, « *étant donné que, en ce qui concerne le contrôle du respect du principe de proportionnalité par les décisions prises pour la mise en œuvre du PSPP, il n'est tout simplement plus compréhensible et doit être considéré comme étant lui-même rendu ultra vires* »³⁵. Selon les juges allemands, le mandat de dire le droit attribué à la CJUE trouve en effet ses limites lorsque l'interprétation des traités opérée par la celle-ci n'est plus compréhensible et qu'elle est, dès lors, objectivement arbitraire. Si une telle contestation du monopole d'interprétation du Droit de l'UE réservé à la CJUE est en elle-même critiquable, elle reflète la difficulté d'adhérer à des solutions jugées incohérentes et incompréhensibles. L'incompréhension manifestée par la cour allemande tenait cependant davantage aux fondements de la solution de la CJUE qu'à son contenu.

B. – Le principe d'intelligibilité instrument de la correcte application du Droit

L'intelligibilité du Droit est encore nécessaire à son effectivité car elle en conditionne l'application correcte.

L'ambiguïté d'un texte peut en effet conduire les juges à l'interpréter de manière erronée et par conséquent à ne pas l'appliquer correctement. Les

³³ V. not. P.-Y. Verkindt, *La légitimité de la loi en droit du travail*, Droit social 2018, p.114.

³⁴ BverfGE Urteil des Zweiten Senats vom 05. mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. 1-237.

³⁵ Extrait du communiqué de presse n° 32/2020 du 5 mai 2020 publié par la Cour constitutionnelle allemande et reprenant le texte de l'arrêt.

difficultés d'interprétation suscitées par la rédaction de l'article L. 645-1 c. com. définissant les débiteurs concernés par la procédure de rétablissement professionnel en constituent un exemple³⁶. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, l'article L. 645-1 c. com. ne renvoyait qu'à l'article L. 640-2 visant « *toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole* », et non à l'article L. 640-3 concernant les mêmes personnes « *après la cessation de leur activité professionnelle* », ce qui avait amené certains juges à considérer que les débiteurs ayant cessé leur activité étaient exclus du dispositif de rétablissement professionnel. Les termes mêmes de « rétablissement professionnel » étaient de nature à les conforter dans leur interprétation. Il a fallu en conséquence modifier la rédaction de l'article, qui désormais que le rétablissement professionnel est applicable au débiteur qui « *n'a pas cessé son activité depuis plus d'un an* ».

Une mauvaise compréhension de la réglementation peut conduire les sujets de droit eux-mêmes à la violer involontairement. La technicité de la réglementation fiscale occasionne ainsi fréquemment des erreurs d'interprétation de la part des contribuables, bien que l'argument ne soit pas de nature à prospérer devant l'Administration fiscale. Il a encore été relevé que la réglementation complexe concernant les conditions d'obtention de visa pour les artistes étrangers séjournant en France dans un cadre professionnel n'était pas toujours comprise des organisateurs de spectacles, de sorte que ces derniers omettaient de solliciter au préalable les autorisations de travail nécessaires, ce qui compromettait la délivrance des visas, qui ne pouvaient être délivrés sans de telles autorisations³⁷.

La complexité des règles peut encore dissuader les sujets de droit de chercher à les comprendre, ce qui en compromet la bonne application. La difficulté de saisir le périmètre dans lequel le port du masque était imposé dans les premiers temps de la pandémie covid 19 en constitue une illustration. Saisis de demandes en suspension de l'exécution des arrêtés préfectoraux imposant le port du masque sur la voie publique sur l'ensemble du territoire des communes de plus de dix mille habitants, plusieurs juges des référés avaient enjoint aux Préfets de modifier les arrêtés litigieux ou d'en édicter de nouveaux afin de limiter cette exigence aux lieux et périodes horaires marqués par une forte densité de population, considérant, au terme d'un contrôle de proportionnalité, qu'une mesure générale et absolue n'était pas justifiée par les circonstances locales et portait gravement atteinte à la liberté d'aller et de venir. Le ministre des solidarités et de la santé avait alors sollicité l'annulation des ordonnances

³⁶ Sur ce point, A. Lienhard, Delmas, *Procédures collectives*, 2020-2021, chap. 128, n° 128.21.

³⁷ Rép. min. JO Sénat 02 janv. 2014, p. 39.

de référé devant le Conseil d'Etat, faisant valoir les difficultés d'application de précédents arrêtés imposant le port du masque dans certaines rues seulement, mal respectés du fait de leur manque d'intelligibilité. Le Conseil d'Etat a retenu cet argument pour réformer partiellement les ordonnances de référé entreprises, considérant que le préfet était en droit de délimiter des zones suffisamment larges pour englober « de manière cohérente » les endroits caractérisés par une forte densité de personnes, de manière à ce que ceux qui s'y rendent puissent facilement avoir connaissance de la règle applicable. Selon les juges en effet, il y a lieu de prendre en compte la simplicité et la lisibilité d'une mesure de police dans l'appréciation de son caractère proportionné. Celles-ci participent à son effectivité dès lors qu'elles sont nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse. Discutée au motif qu'une signalisation appropriée aurait pu garantir la lisibilité de la mesure tout autant que la généralisation de l'obligation du port du masque, la solution illustre bien l'importance de l'intelligibilité dans l'effectivité de la règle. Pourtant, si le port du masque a fini par être imposé de manière généralisée dans l'espace public, les autres dispositifs de la réglementation anti covid 19 se sont vu adresser un grief identique d'inintelligibilité, par exemple s'agissant des modalités de délimitation de la distance autorisée d'un kilomètre autour du domicile pendant les confinements ou du nombre d'injections nécessaire à l'obtention du « pass sanitaire » après une infection naturelle.

Le caractère inintelligible de la règle de Droit est ainsi de nature à compromettre sa bonne application. Un Droit inintelligible mettrait en outre en péril les droits subjectifs reconnus aux citoyens ainsi que leur sécurité juridique. L'autre office fondamental du principe d'intelligibilité est donc de protéger les sujets de droit.

II. – Le principe d'intelligibilité au service des sujets de droit

De nombreuses règles et solutions jurisprudentielles procédant de l'application du principe d'intelligibilité soulignent son intérêt dans la préservation des droits subjectifs et le maintien de la sécurité juridique.

A. – Le principe d'intelligibilité garant des droits subjectifs

Le Conseil constitutionnel a relevé qu'en « *matière fiscale, lorsque la loi atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, elle méconnaît l'article 14 de la Déclaration de 1789, selon lequel tous les citoyens ont le droit, notamment, de constater la nécessité de la contribution publique* »³⁸.

³⁸ Cons. constit. 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, Loi de finances pour 2006, consid. 77.

De manière plus générale, il a souligné que les citoyens devaient avoir une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables pour pouvoir exercer pleinement les droits et libertés garantis par la Constitution³⁹, dans la mesure où tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. En l'absence de connaissance des limites fixées par la loi, les sujets de droit ne pourraient pas correctement identifier l'étendue de leurs droits et auraient tendance à en restreindre l'exercice de peur de violer la réglementation. La possibilité de comprendre le contenu des règles conditionne de la même manière le plein exercice des droits et libertés. Une telle analyse n'est pas isolée. La cour suprême des Etats-Unis applique un raisonnement similaire lorsqu'elle déclare contraires à la Constitution les lois qui sont entachées du vice de *Vagueness*, autrement dit d'imprécision, considérant que ce défaut peut conduire les citoyens à se priver d'exercer un droit constitutionnellement garanti, tel que la liberté du commerce ou la liberté d'expression⁴⁰. La similarité des solutions tend à montrer que l'intelligibilité du Droit constitue un principe cardinal dans les systèmes juridiques attachés à la préservation des droits fondamentaux. La qualification d'objectif de valeur constitutionnelle appliquée à l'intelligibilité du Droit signifie d'ailleurs selon le Conseil constitutionnel que celle-ci constitue l'une « des conditions objectives d'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels »⁴¹.

L'exigence d'intelligibilité assure plus largement la protection des droits subjectifs, au-delà des seuls droits fondamentaux. Les applications du principe d'intelligibilité dans sa fonction protectrice des droits subjectifs sont en effet multiples. Parce qu'ils tendent à la protection de la partie faible au contrat, le Droit du travail, le Droit de la consommation et le Droit des assurances contiennent naturellement de nombreuses règles imposant la communication d'informations de manière intelligible afin de garantir les droits du salarié ou du consommateur. Les motifs de licenciement doivent par exemple être exposés de manière précise par l'employeur⁴² afin d'informer le salarié sur la réalité et le sérieux du motif allégué et lui permettre d'exercer son droit de les contester en justice. Dans le cas d'un contrat de consommation conclu hors établissement,

³⁹ Cons. constit. 16 déc. 1999, préc.

⁴⁰ Sur ce point, Cf P. Rrapi, préc., n° 161 s., p. 153 s.

⁴¹ P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 20, juin 2006.

⁴² En ce sens, Soc. 29 nov. 1990, n° 88-44.308. L'art. L. 1235-2 c. trav. dispose que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur, soit à son initiative soit à la demande du salarié, même si la Cour de cassation a jugé qu'aucune disposition n'imposait à l'employeur d'informer le salarié de son droit de demander que les motifs de la lettre de licenciement soient précisés (Soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220).

le professionnel doit notamment fournir au consommateur des informations relatives aux conditions, délai et modalités d'exercice de son droit de rétractation, lesquelles doivent être « *rédigées de manière lisible et compréhensible* »⁴³, afin de garantir l'exercice de ce droit. Plus largement, le manque de clarté des termes contractuels justifie parfois un contrôle plus poussé du juge quant à l'absence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ainsi, bien que dans les contrats de consommation, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne porte pas en principe sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, il en va différemment lorsque la clause n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible⁴⁴. Si l'obscurité de la clause ne lui confère pas à elle-seule un caractère abusif, elle en autorise le contrôle.

Le principe d'intelligibilité n'a cependant pas pour seul office de rééquilibrer des rapports de force inégaux, il assure la préservation des droits subjectifs de manière générale.

La Cour de cassation a ainsi jugé que le droit d'accès effectif au juge garanti par l'article 6 § 1 convention EDH supposait qu'une assignation délivre une information claire sur les conséquences de l'absence de comparution des parties à l'audience⁴⁵, et annulé en conséquence la convocation notifiée au défendeur qui l'invitait seulement à préciser par courrier s'il envisageait d'être présent à une audience, sans mentionner que sa comparution était obligatoire à peine d'irrecevabilité de ses écritures et de ses pièces.

L'intelligibilité des clauses contractuelles s'impose pareillement quel que soit le contrat afin que les parties puissent appréhender correctement les droits de créance et les prérogatives unilatérales qui leur sont conférées par le contrat, de même que la portée de leurs engagements. L'exigence d'intelligibilité nécessite même que « *tout contractant qui, comme l'URSSAF, bénéficie d'une compétence exclusive et qui entend se prévaloir d'une réglementation complexe qu'il est seul à parfaitement maîtriser, est tenu, même s'il se conforme aux règles légales, d'informer et de renseigner la personne dont il sollicite l'engagement et de l'éclairer sur les conséquences précises que pourrait entraîner pour elle ledit engagement* »⁴⁶. Ce n'est donc pas la seule rédaction de la clause qui doit être intelligible, mais aussi sa portée dans le cadre de la réglementation applicable.

⁴³ Art. L. 221-8 c. cons.

⁴⁴ Art. L. 212-1, al. 3 c. cons. V. également en ce sens Civ. 1^{re}, 27 nov. 2019, n° 18-14575.

⁴⁵ Civ. 2^e, 11 juill. 2013, n° 12-22.264, Procédures 2013, n° 302, obs. Perrot.

⁴⁶ CA Versailles, 2 févr. 1995, RTD civ. 1995. 352, obs. J. Mestre.

B. – Le principe d'intelligibilité garant de la sécurité juridique

La précision des notions offre une certaine sécurité juridique⁴⁷ en protégeant les sujets de droit contre une interprétation arbitraire des règles par les autorités administratives chargées de leur application. Elle permet aussi de rendre les solutions jurisprudentielles plus prévisibles. En matière contractuelle, l'article 1192 c. civ. interdit au juge d'interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.

Le principe d'intelligibilité garantit encore la sécurité juridique parce qu'il exclut la possibilité d'une pluralité d'interprétations divergentes et supprime le risque d'une interprétation fluctuante. Il a été relevé que « *le discours juridique oblige non seulement ses destinataires, mais encore les institutions qui le profèrent : c'est qu'elles peuvent difficilement tenir un double langage* »⁴⁸. A cet égard, l'exigence d'intelligibilité permet de garantir que l'Etat ne formulera pas de règle ambiguë pour retenir ensuite l'interprétation qui lui est la plus favorable. Les mêmes considérations commandent l'intelligibilité des documents contractuels ou précontractuels, *a fortiori* lorsqu'ils sont rédigés par une seule partie.

Certains ont souligné qu'on « ne veut pas seulement être compris, quand on écrit, mais encore, de manière tout aussi certaine, ne pas être compris »⁴⁹. Le principe d'intelligibilité dont il est fait application en matière juridique tend à limiter cette tendance.

⁴⁷ CE, *De la sécurité juridique*, Rapport public annuel 1991, La Documentation française, EDCE, n° 43 ; CE, *Jurisprudence et avis de 2005, sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public annuel 2006, La Documentation française, EDCE, n° 57.

⁴⁸ Ph. Jestaz, *Le langage et la force contraignante du Droit*, in *Le langage du droit*, dir. L. Ingber, Léon et P. Vassart, Ed. Nemesis, 1991, Coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 69 s.

⁴⁹ Nietzsche, *Le gai savoir*, Flammarion, 2020, p. 348.

Le principe *non bis in idem**

Adrien Tehrani

Professeur à l'Université de Montpellier

1. Première approche. « *Non bis in idem* » ou « *ne bis in idem* »¹ : quelle que soit la formule retenue, les juges n'hésitent pas à l'ériger en « *principe* »². Bien que la notion de principe recouvre des réalités variables³, on retiendra ici que le principe *non bis in idem*, dont la mise en œuvre interdit *a minima* de sanctionner pénalement une même personne deux fois pour les mêmes faits, n'est pas toujours visé seul ; il l'est souvent avec des textes auxquels il peut être directement ou indirectement rattachés⁴. En effet, un principe n'exclut pas tout support textuel même s'il peut exister sans texte⁵ : cette « *norme juridique édictant un devoir être* » permet d'ailleurs une « *mise à distance de textes disponibles* », qui peuvent être jugés « *inadéquats ou inopportuns* »⁶.

2. Rattachement possible à un texte. Pour commencer, le rattachement à un texte peut rassurer. Ainsi, en Droit pénal, *non bis in idem* trouve un premier

* L'article a été achevé au mois de septembre 2022.

¹ En faveur de l'expression *non bis in idem*, M. Duclos et M. Fruyt, Quelle formulation pour l'adage juridique : *Non bis in idem* ou *Ne bis in idem*, in A. Reygrobellet et N. Huet, *La réforme du contentieux boursier, Répression des abus de marché en France et solutions étrangères*, Larcier, 2016, p. 84 et s. Adde et comp. la communication de M. Robert Badinter sur le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe « *ne bis in idem* », 12 avr. 2006, <https://www.senat.fr/ue/pac/E3072.html>, spé. la réponse à M. Roland Ries.

² Par ex. CEDH, 6 juin 2019 47342/14, Nodet ; CE 6 nov. 2019, n° 418463, Dexia ; Cass. crim., 15 décembre 2021, n° 21-81.864. Un auteur relève que la technique du visa de principe à la Chambre criminelle de la Cour de cassation date de 1999 et cite d'ailleurs Cass. crim., 6 janv. 1999, Bull. crim., n° 6, qui vise le principe *non bis in idem* (P. Morvan, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation*, 2006, pt. 32, https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf).

³ Outre la définition proposée par P. Mousseron dans l'introduction de cet ouvrage, v. P. Morvan in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Quadrige, 5^e éd., 2014, V° Principes ; J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 51 et s., not. pt. 2 et s. Adde, P. Morvan, *Le principe de droit privé*, LGDJ, éd. Panthéon-Assas 1999, n° 486 pour une méthode de reconnaissance des principes et, à propos de la portée du principe *non bis in idem*, not. n° 643.

⁴ V. par ex. arrêts préc. note 3.

⁵ F. Terré et N. Molfessis, *Introduction au droit*, Dalloz, 2020, n° 391 et s. ; J. Boulanger, art. préc., n° 16, p. 63.

⁶ P. Morvan in D. Alland et S. Rials (dir.), préc.

fondement dès le Titre liminaire du Code de procédure pénale, puisque l'article 6 prévoit que l'action publique s'éteint notamment par l'autorité de la chose jugée⁷. Classique, ce rapprochement avec l'autorité de la chose jugée ne saurait faire oublier que *non bis in idem* est aussi une garantie individuelle fondamentale⁸, à tout le moins en cas de poursuites successives, hypothèse principale de cette étude⁹.

Plusieurs textes supranationaux en témoignent. Au premier chef, l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adopté en 1984, dispose dans son premier paragraphe : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État* »¹⁰. On notera à ce propos que l'interdiction des poursuites suffit à prévenir le cumul de sanctions. Au contraire, la garantie conférée par l'interdiction du cumul de sanctions ne suffit pas en elle-même car si l'une des procédures conduit à une mise hors de cause, la personne non sanctionnée pourrait être à nouveau poursuivie. L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit pour sa part que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* ». Dernier exemple, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté dès 1966 par

⁷ V. J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19^e éd., 2017, n° 1146. En revanche, aucune référence n'est à ce jour faite à ce principe dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale. *Adde* par ex., art. 368 CPP, dont le champ d'application est cependant limité aux acquittements par les cours d'assises (« *Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente* »), ce qui invite la doctrine et la jurisprudence à raisonner à partir des instruments européens en dehors de l'hypothèse visée à l'article 368 (not. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 11^e éd., 2018, n° 2587, spé. p. 1401).

⁸ V. F. Drummond, *Le fabuleux destin de la règle non bis in idem*, *Bull. Joly Bourse*, déc. 2014, p. 605 et s., spé. I et les références citées. *Adde*, C. Malverti et C. Beaufile, *Sous des étoiles contraires : le juge administratif face au ne bis in idem*, *AJDA*, 2019, p. 1150, spé. p. 1151 : « *le ne bis in idem trouve donc aujourd'hui son fondement dans une double exigence : d'une part, la protection des libertés individuelles et la sécurité juridique, qui mettent notamment une personne jugée à l'abri de l'inquiétante possibilité d'une reprise des poursuites sans limite de temps, et, d'autre part, l'ordre social, qui exige le respect de l'autorité due aux décisions de justice* ».

⁹ *Infra*, n° 3.

¹⁰ Le paragraphe 2 précise qu'en revanche, « *les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu* ».

l'Organisation des Nations Unies, l'article 14, 7° précise que « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ».

3. Au-delà du Droit pénal *stricto sensu*. Il n'est pas question de s'enfermer ici dans l'univers du Droit pénal au sens où l'entend le législateur français, qui raisonne à partir de l'autorité compétente pour prononcer la sanction. Il y aurait de la matière, certes, compte tenu des multiples infractions pénales susceptibles d'être commises en Droit de l'entreprise mais, en cas de poursuites successives, le principe *non bis in idem* y est admis sinon sans condition du moins sans difficulté. Ainsi, dans un important arrêt du 15 décembre 2021, tout en limitant la portée du principe en cas de poursuites concomitantes, c'est-à-dire « *lorsque des faits susceptibles de recevoir plusieurs qualifications n'ont encore fait l'objet d'aucune décision définitive, qu'une ou plusieurs procédures aient été ouvertes* »¹¹, la Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme que « *dans le cas de poursuites successives, le principe *non bis in idem* a pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant qu'une personne ne puisse être poursuivie ou punie pénalement en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif* » et la Haute juridiction de rappeler les textes sur le fondement desquels ce principe est « *garanti* »¹². Remarquons qu'en Droit administratif répressif, le Conseil d'État, qui juge lui aussi que le principe du *non bis in idem* « *ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre d'une même poursuite conduisant à une même décision de sanction, plusieurs manquements distincts puissent résulter de mêmes faits* »¹³, considère également de la manière la plus nette, s'agissant de poursuites successives, qu'« *il découle du principe général du droit selon lequel une autorité administrative ne peut sanctionner deux fois la même personne à raison des mêmes faits qu'une autorité administrative qui a pris une première décision définitive à l'égard d'une personne qui faisait l'objet de poursuites à raison de certains faits, ne peut ensuite engager de nouvelles*

¹¹ G. Beaussonie, *L'infléchissement du principe d'interdiction de cumul de qualifications infractionnelles pour les mêmes faits*, D. 2022, p. 154, I.

¹² Cass. crim., 15 déc. 2021, n° 21-81.864 qui s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Notons à ce propos que lorsque deux procédures sont menées de manière concomitantes et que l'une vient à être clôturée sans que l'autre ne soit pas abandonnée, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la répétition des poursuites visée par l'article 4 du Protocole n° 7 précité est en principe caractérisée mais même en cas de poursuites successivement ouvertes, toute souplesse n'est pas exclue, il faudra y revenir. V. CEDH, Guide sur l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, 30 avr. 2022, pts 42 et s.

¹³ CE 6 nov. 2019, n° 418463, Dexia. Rappr. Cons. constit., Décision n° 2021-984 QPC du 25 mars 2022, Sté Eurelec trading.

poursuites à raison des mêmes faits en vue d'infliger une sanction ; que cette règle s'applique tant lorsque l'autorité avait initialement infligé une sanction que lorsqu'elle avait décidé de ne pas en infliger une »¹⁴.

Ce sont finalement aux domaines du Droit des affaires provoquant la rencontre du Droit administratif répressif et du Droit pénal au sens strict qu'il semble le plus intéressant de se consacrer : la rencontre a suscité d'importantes discussions, a conduit à de profondes évolutions, et continue de soulever des questions qui concernent, notamment, la vie des entreprises. Songeons en particulier à la sanction de certaines infractions financières et fiscales. Ainsi, les abus de marché que sont les infractions d'initié et les manipulations de marché font encourir en Droit français des sanctions administratives comme des sanctions pénales¹⁵. Il en va de même s'agissant des manœuvres frauduleuses qui viseraient à se soustraire à l'impôt¹⁶. Le Droit de la concurrence offre peut-être moins d'illustrations des problématiques qui concernent la présente étude¹⁷ mais fait l'objet d'une actualité qui pourra être prise en compte. Ainsi, dans deux arrêts du 22 mars 2022, la Cour de justice a rappelé que le principe *ne bis in idem* est « *un principe fondamental du droit de l'Union* », précisant ses conditions d'application dans les procédures relevant du Droit de la concurrence¹⁸. La jurisprudence de Droit des entreprises en difficulté doit aussi être gardée à l'esprit, en ce qu'elle a conduit à discuter du cumul de sanctions qui peuvent être de différentes natures même si, comme en

¹⁴ CE, 30 déc. 2016, n°395681, ACNUSA et cette qualification de principe général du Droit est ancienne (not., quoique moins explicite, CE 23 avr. 1958, *Commune de Petit-Quevilly*, *AJDA*, 1958, p. 383, et les obs., qui soulignent toutefois que le principe est posé dans un cas où c'est la même autorité administrative qui entend sanctionner). Déjà : CE, sect., 24 janv. 1936, *Montable*, *Lebon* 107. Sur le champ d'application de ce principe, *adde*, C. Malverti et C. Beaufiles, art. préc.

¹⁵ Art. L. 621-15 et L. 465-1 et s. C. mon. fin. *Adde*, T. Bonneau, A.-C. Rouaud, P. Pailler, A. Tehrani et R. Vabres, *Droit financier*, LGDJ/Précis Domat, 3^e éd., 2021, n° 1511 et s.

¹⁶ Art. 1729 et 1741 CGI. V. M. Collet et P. Collin, *Procédures fiscales*, PUF, 3^e éd., 2017, not. n° 239 et 281.

¹⁷ V. J. Chacornac, *L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de non bis in idem ?*, *RSC* 2019, p. 333 qui, sur la question du cumul des sanctions pénales et administratives, note qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, les sanctions pénales ne frappent, en application de l'article L. 420-6 C. com., que les personnes physiques.

¹⁸ CJUE, 22 mars 2022, aff. C-117/20, *bpost SA c. Autorité belge de la concurrence*, pt. 22 et C-151/20, *Bundeswettbewerbshörde c. Nordzucker AG et al.*, pt. 28. V. déjà CJUE, 25 févr. 2021, aff. C-857/19, *Slovak Telekom*, pts. 40 et s. et CJUE, 15 octobre 2002, aff. n° C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, pt. 59 étant précisé que l'approche de *non bis in idem* en Droit de la concurrence a évolué avec les arrêts du 22 mars 2022 (v. not. *bpost*, pt. 35).

Droit de la concurrence, le contentieux sur ce point est circonscrit¹⁹. En tout cas, la coexistence de sanctions encourues ne pouvait que soulever la question de la possibilité de les cumuler, en particulier lorsqu'elles ne sont pas toutes des sanctions pénales au sens du Droit français.

4. Principe du Droit répressif. À cet égard, la Convention européenne des droits de l'Homme est un point de départ utile pour la réflexion. En effet, la notion de matière pénale mentionnée à l'article 6 (droit à un procès équitable) est autonome des définitions que peuvent en donner les États parties à la Convention et elle est entendue largement. Ainsi, dans son célèbre arrêt Engel de 1976, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que le champ de la matière pénale ne dépendait pas seulement de la qualification retenue en Droit interne mais aussi de la nature même de l'infraction et de la sévérité de la sanction encourue²⁰. Or, ce sont les critères Engel qui sont appliqués pour interpréter l'article 4 du Protocole n°7²¹. Au résultat, la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme s'étend au-delà ce que le Droit français qualifie de Droit pénal²² et ce constat vaut aussi en Droit de l'Union européenne, car la Cour de justice adopte sur ce point une position identique à celle prise par les juges de Strasbourg²³. Pour autant, même si l'on admet que *non bis in idem* est un principe du Droit répressif, au-delà donc du seul Droit pénal *stricto sensu*, cela ne signifie pas que le principe s'applique toujours et sans réserve. Malgré une jurisprudence abondante, la question demeure particulièrement sensible lorsque les mêmes faits font encourir des sanctions qui, dans les Droits nationaux, n'ont pas toute une qualification pénale. Dans l'hypothèse de poursuites successives, le principe *non bis in idem* permet-il concrètement d'éviter les cumuls de poursuites et de sanctions administratives et pénales ? Il semble utile de distinguer selon que les situations

¹⁹ Cons. Constit., n° 2016-570 QPC du 29 sept. 2016, M. Pierre M. sur le cumul autorisé, au regard du principe de nécessité des délits et des peines, des poursuites pénales pour banqueroute avec les procédures collectives pouvant aboutir à des sanctions civiles de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer.

²⁰ CEDH, 8 juin 1976, Engel et a. c. Pays-Bas, n°5100-71. V. F. Sudre, avec L. Milano et H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 14^e éd., 2019, n° 370 et s.

²¹ Not. CEDH, 15 nov. 2016, n° 24130/11, A et B. c. Norvège, pts. 105 et s., spé. pt. 107.

²² Sur la « pénalisation » des sanctions administratives dans la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État, F. Sudre, avec L. Milano et H. Surrel, *op. cit.*, n° 374. En revanche, la sanction doit bien relever de la matière pénale. Comp., à propos de sanctions, prononcées par l'ordre des médecins, n'ayant qu'une nature disciplinaire : CEDH, 29 sept. 2020 n° 59389/16 et 59392/16, F. et M. c/ France.

²³ Par ex. CJUE, 2 févr. 2021, aff. C-481/19, DB c. Consob, pt. 42, étant précisé que s'il appartient aux juridictions nationales de vérifier le caractère pénal, la Cour de justice accepte de les guider, en donnant son appréciation (par ex. CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA c. Consob*, pts. 29 et s.).

considérées sont internes ou internationales. En ne revenant qu'en tant que de besoin sur le sens du principe tel qu'il est énoncé dans les textes précités, nous nous intéresserons, dans un premier temps, au déploiement du principe *non bis in idem* dans les situations internes (I) et, dans un second temps, au cantonnement du principe *non bis in idem* dans les situations internationales (II).

I. – Le déploiement du principe *non bis in idem* dans les situations internes

5. Source. Dans les situations internes, l'état du Droit quant à l'application du principe *non bis in idem* est pour le moins instable, particulièrement lorsqu'il s'agit de poursuites successives administratives et pénales. Ces dernières années, des décisions ont fait craindre un repli du principe *non bis in idem*, après une phase d'expansion, sous l'influence notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁴. Ce que l'on voudrait dès lors souligner ici, c'est qu'il n'y a pas à notre sens en Droit positif d'obstacle juridique dirimant au déploiement du principe *non bis in idem*, même s'il faudra tenir compte de cette instabilité qui a, nous le verrons, diverses causes et manifestations. Deux points en attestent. D'une part, la réserve officiellement formulée par la France en marge du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme, s'avère fragile (A), étant précisé que même si elle a été formulée dans l'ordre international, la réserve a des conséquences directes sur les situations juridiques internes. D'autre part, la jurisprudence nationale et européenne, dont le rôle dans le déploiement du principe *non bis in idem* est déterminant, mobilise des critères très souples pour l'analyse des cas qui lui sont soumis (B).

A. – La fragilité de la réserve conventionnelle française

6. Objet. Que ce soit devant la Cour européenne des droits de l'Homme ou devant les juridictions nationales, le fondement conventionnel du principe *non bis in idem* est *a priori* d'un précieux secours pour asseoir la portée du principe. La France a cependant formulé en 1986, dans l'instrument de ratification du Protocole n° 7, une réserve aux termes de laquelle « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* »²⁵. Comprenons en dépit de la référence à la notion de matière pénale, qui doit être ici entendue au sens du Droit interne, que la France a voulu limiter l'application de *non bis in idem* au sein des contentieux entrant dans le champ de compétence des juridictions pénales en Droit français, qui

²⁴ *Infra*, n° 10 et s.

²⁵ <https://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/declarations>.

appartiennent toutes à l'ordre judiciaire²⁶. L'idée est donc de sauvegarder la possibilité pour le législateur de prévoir un cumul, dans l'ordre juridique interne, de sanctions pénales et de sanctions d'une autre nature, administrative notamment, pour les mêmes faits. Cette réserve pourrait ainsi être perçue comme un sérieux obstacle au déploiement du principe *non bis in idem* dans les situations internes. Néanmoins, trois raisons permettent de penser que cet obstacle est aujourd'hui peut-être plus apparent que réel, ce qui accroît la portée du principe étudié, dans une mesure à préciser : la validité douteuse de la réserve, son caractère facultatif et son champ d'application limité.

7. La validité de la réserve en question. La validité de la réserve concernant l'article 4 du Protocole n°7 est incertaine, ce qui était d'ailleurs l'avis exprimé par l'Autorité des marchés financiers dans un rapport préparant la réforme du système de répression des abus de marchés en France²⁷. En effet, bien qu'un État puisse formuler une réserve au sujet d'une disposition de la Convention, « toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause »²⁸. Or, la réserve formulée par le Gouvernement français ne comporte manifestement pas ce bref exposé. Le risque d'invalidité est réel car la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à invalider les réserves qui ne respectaient pas les conditions de forme requises, condamnant l'Autriche en 1995 puis l'Italie en 2014, pour violation de l'article 4 du Protocole n°7²⁹. Cette dernière condamnation, intervenue en matière d'abus de marché, explique d'ailleurs en partie la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché³⁰, même si c'est la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 ayant déclaré inconstitutionnelle une partie du régime antérieur, qui a plus directement obligé le législateur français à mettre fin au cumul de poursuites et de sanctions en la matière³¹. Pour autant, la réforme de 2016 ne garantit en rien la conventionalité

²⁶ Par ex., Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-82.430 et les réf. citées par la Cour de cassation dans sa décision.

²⁷ G. Rameix et M. Pinault (pds), *L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme*, Rapport du groupe de travail de l'AMF, 19 mai 2015, www.amf-france.org, p. 9.

²⁸ Art. 57, CEDH.

²⁹ CEDH, 23 oct. 1995, n°15963/90, Gradinger c. Autriche et 4 mars 2014, n°18640/10, Grande Stevens c. Italie.

³⁰ V. le rapport de l'un des auteurs de la proposition de loi : D. Baert, *Rapport n° 3622 sur la proposition de loi réformant le système de répression des abus de marchés*, enregistré à l'Assemblée Nationale, le 30 mars 2016, p. 34.

³¹ Cons. Constit. Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015. *Adde*, D. Baert, rapport préc., p. 46, soulignant la nécessité d'une réforme de la répression de l'ensemble des abus de marché.

et donc la pérennité de la réserve française³². Les choses peuvent donc évoluer sur ce point, en faveur du principe *non bis in idem* si la réserve est invalidée. Le Gouvernement français reconnaît au demeurant la faiblesse formelle de cette réserve, même s'il fait valoir que, sur le fond, elle est suffisamment précise³³. C'est donc plutôt l'incertitude quant à la sévérité dont feront preuve les juges strasbourgeois vis-à-vis de la réserve française, qui pèse aujourd'hui.

8. Le caractère facultatif de la réserve. On opposera que tant que la réserve n'est pas invalidée, elle existe, de sorte qu'elle constitue un véritable obstacle juridique au déploiement du principe *non bis in idem*. Observons néanmoins que, ne voulant sans doute pas prendre le risque de voir la réserve française invalidée dans un contentieux sans enjeu, le Gouvernement fait parfois le choix de ne pas l'invoquer. Ainsi en a-t-il été récemment dans l'affaire Nodet, dans le cadre d'une action visant à contester la conventionnalité du précédent régime de répression des abus de marchés, en application duquel une personne avait été condamnée par la Commission des sanctions de l'AMF comme par les juridictions pénales³⁴. Le choix du Gouvernement peut s'expliquer par le fait que le régime national critiqué avait d'ores et déjà été révisé en ligne avec les exigences de *non bis in idem*. Or, lorsque la France fait le choix de ne pas invoquer la réserve alors qu'elle est seule de nature à prévenir le constat d'une violation de l'article 4 du Protocole n°7, la condamnation sera inévitable, comme ce fut le cas dans cette affaire, qui a permis le jeu du principe étudié³⁵. On voit ainsi que même si la réserve française est de Droit positif et valable jusqu'à ce que la Cour européenne des droits de l'Homme statue en sens contraire, et bien que sa validité ne puisse sans doute pas faire l'objet d'un contrôle par les juridictions internes³⁶, elle n'est pas un obstacle juridique absolu au déploiement du principe *non bis in idem* tel qu'interprété par la Cour, dès lors que la France décide de ne pas l'invoquer. Tout dépend bien sûr de la

³² Curieusement, les juges strasbourgeois ont suggéré que la réserve française pourrait ne pas être menacée (CEDH, 15 nov. 2016, n° 24130/11, A et B. c. Norvège, pt. 117), alors qu'ils citent CEDH, 2 juill. 2002, Gökten c. France, n° 33402/96, pt. 51, dont il paraît difficile de conclure que la réserve française, non invoquée, est valide (*Adde*, en ce sens, Ch. Touboul, concl. sous CE 12 oct. 2018, n° 408567, pt. III. 1 et les références citées, même si l'auteur avance d'autres considérations à l'appui de la validité, pt. III 5.2.1).

³³ CEDH, 25 juin 2020, n° 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 et 52302/16, Ghoumid et autres contre France, pt. 55.

³⁴ CEDH, 6 juin 2019, n° 47342/14, Nodet.

³⁵ Comp. CEDH, Gökten c. France, préc. pt. 51 où la Cour conclut à l'absence de violation du protocole malgré le fait que le gouvernement français ne s'était pas prévalu de la réserve.

³⁶ CE, Ass., 12 oct. 2018, n° 408567, préc., pt. 4. Dans l'affaire Nodet préc., Cass. com., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, la Cour de cassation rejetant le pourvoi contre un arrêt ayant décidé qu'il n'appartenait pas à la cour d'appel d'apprécier la validité de la réserve. *Adde*, dans un contentieux fiscal, invitant le juge répressif à donner à la réserve française « *son plein effet* » : Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-82.430.

stratégie nationale adoptée, qui procède d'un choix d'ordre politique, discrétionnaire et peu prévisible.

9. Le champ de la réserve. Enfin, la réserve dont il est ici question ne porte en toute rigueur que sur l'article 4 du protocole additionnel n°7 de la Convention européenne des droits de l'Homme et ne concerne donc pas, par exemple, cet autre instrument international souvent invoqué devant les juridictions françaises judiciaires ou administratives qu'est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, plus précisément son article 14, 7° précité³⁷. Certes, cela n'a pas empêché les juridictions françaises d'adopter une solution favorable au cumul, en retenant une conception stricte des notions de procédure pénale ou de condamnation pénale, cohérente avec la réserve faite au protocole n°7 et évitant ainsi que cette dernière soit contournée³⁸. Techniquement néanmoins, comme la France a choisi de ne pas formuler de réserve concernant la notion de matière pénale dans le Pacte civil de 1966, l'on peut se demander si juges nationaux ne pourraient pas d'ores et déjà adopter, s'ils le voulaient, une interprétation de l'article 14, 7° plus favorable au jeu du principe *non bis in idem*, cohérente cette fois avec la conception plus souple de la matière pénale³⁹ et ce, sans attendre l'éventuelle censure de la réserve à l'article 4 du Protocole n°7, qui aura vraisemblablement une incidence sur l'interprétation du Pacte civil⁴⁰. Les développements qui précèdent suggèrent en tout cas que le rôle des juges dans le déploiement du principe *non bis in idem* est essentiel, de sorte qu'il faut prêter attention aux critères mis en œuvre pour décider de la validité ou non du cumul encouru ou subi.

B. – La souplesse des critères jurisprudentiels nationaux et européens

10. « Cacophonie » ? Il y a quelques années, le professeur Sudre dénonçait une « cacophonie » jurisprudentielle, tant les décisions relatives au principe *non bis*

³⁷ *Supra*, n° 2. Sur l'interprétation, v. Comité des droits de l'Homme, observation générale n° 32, 2007, CCPR/C/GC/32, n° 54 et s., <https://digitallibrary.un.org/record/606075>.

³⁸ Par ex. Cass. crim. 6 nov. 1997, n° 96-86.127 ; Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85.092 ; CE, Avis, 4 avr. 1997, n° 183.658 ; CE, 16 janv. 2006, 252782 ; moins explicite v. Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, qui en revanche rejetait clairement le pourvoi sur le fondement de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (comp. dans cette affaire Nodet, CEDH, 6 juin 2019 47342/14, *supra*, n° 8).

³⁹ *Supra*, n° 4. *Adde*, pour l'article 14, Comité des droits de l'Homme, obs. générale préc., pt. 15.

⁴⁰ *Adde*, pour des éléments de discussion, F. Louloum, concl. sous CE, Avis, 4 avr. 1997 préc., *Dr. fiscal*, 11 juin 1997, comm. 660, IV. Sur l'ensemble de la question, v. aussi M. Heers, *Le principe Non bis in idem devant le juge administratif français ou l'application en droit interne d'une garantie procédurale consacrée par les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme*, RTDH, 1996, p. 35 et s., spé. p. 39 et s.

in idem semblaient difficiles à concilier⁴¹. Depuis, le dialogue des juges a sans doute fait son œuvre⁴². S'il demeure des différences dans les critères retenus par les juges européens ou par le Conseil constitutionnel pour le cas échéant valider une situation de cumul avérée ou potentielle, ces critères n'empêchent pas le principe *non bis in idem* de s'opposer effectivement au cumul, dans une mesure qui demeure toutefois incertaine.

11. Position des juridictions européennes. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'Homme, classiquement favorable à une application étendue du principe *non bis in idem*⁴³, paraît aujourd'hui moins hostile au cumul de poursuites et de sanctions, notamment depuis son arrêt A et B contre Norvège, en 2016⁴⁴. En ce sens, les juges strasbourgeois rappellent qu'il appartient aux États contractants de choisir comment organiser leur système juridique, optant le cas échéant pour des « *réponses juridiques complémentaires (...) au moyen de différentes procédures formant un tout cohérent* », pourvu que cela ne constitue pas « *une charge excessive pour la personne mise en cause* »⁴⁵. Dans les affaires qui soulèvent une difficulté au regard de l'article 4 du Protocole n°7, la Cour européenne s'attache ainsi à déterminer, s'agissant en particulier des procédures dites mixtes (à la fois pénales et administratives au sens du Droit national)⁴⁶, s'il y a véritablement double incrimination ou si la mesure nationale « *est le fruit d'un système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects* »⁴⁷. Autrement dit, même lorsqu'une condamnation a déjà été prononcée, la Cour européenne des droits de l'Homme semble prête à considérer qu'il n'y a pas, en réalité, répétition de procédures (« bis ») mais « *combinaison* » de celles-ci⁴⁸. L'on a pu voir dans la décision A et B un net

⁴¹ V. F. Sudre, *Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel*, note ss Cons. const., déc. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015-462 QPC, *JCP G*, 2015, 368, p. 605.

⁴² Sur lequel, v. par ex. J. Chacornac, *L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de non bis in idem ?*, RSC 2019, p. 333 et s., spé. p. 344 et s. Adde, H. Matsopoulou, *La règle ne bis in idem. Concordances et discordances entre les jurisprudences européenne et constitutionnelle*, Mare et Martin, 2019.

⁴³ Not. CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, Zolotoukhine contre Russie.

⁴⁴ V. d'ailleurs l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, spé. pt. 79. Sur cette décision, not. L. Milano, commentaire in F. Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 10^e éd., 2022, n° 26, spé. p. 306.

⁴⁵ CEDH, A et B c. Norvège, préc., pts. 120 et s. Rappr. art. 1^{er} du Protocole n° 15 à la CEDH, 24 juin 2013, entré en vigueur en août 2021.

⁴⁶ CEDH, 15 nov. 2016, n° 24130/11, A et B. c. Norvège, pt. 131.

⁴⁷ CEDH, A et B c. Norvège préc., pt. 122. Adde, pts. 123 et 130.

⁴⁸ CEDH, *Guide sur l'article 4 du Protocole no 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à ne pas être jugé ou puni*, 30 avr. 2022, pts 44 et s. La Cour européenne des droits de l'Homme juge que dans ce cas, elle ne se posera même pas la question de savoir si

recul par rapport aux célèbres arrêts de 2009 « Zolotoukhine contre Russie » et de 2014 « Grande Stevens contre Italie »⁴⁹.

Il convient toutefois de souligner que pour apprécier l'intégration des procédures dans un tout cohérent, qui permet de valider une situation de cumul de poursuites et de sanctions, l'arrêt A et B contre Norvège s'intéresse aux liens temporel et matériel qui unissent les procédures en cause. Or, un tel critère n'interdit pas d'opposer le principe *non bis in idem*. Deux exemples peuvent être pris. D'une part, en matière fiscale, dans l'affaire Jóhannesson et autres c. Islande⁵⁰, la Cour a pu conclure que les deux procédures en cause n'étaient pas suffisamment liées, de sorte que les requérants, sanctionnés deux fois pour des faits en substance identiques, avaient subi un préjudice disproportionné. D'autre part, dans l'affaire Nodet précitée, alors que la France n'avait pas invoqué la réserve à l'article 4 du Protocole n° 7, rappelons que la Cour EDH a condamné l'ancien système français de répression des abus de marché, en considérant qu'il n'y avait pas, entre la procédure pénale et la procédure administrative conduites, de liens temporel et matériel suffisamment étroits⁵¹.

Concernant la Cour de justice de l'Union européenne, qui avait une vision à notre sens beaucoup plus accommodante des situations de cumul⁵², elle pourrait avoir durci sa position, en faveur de *non bis in idem*. En tout cas, ses décisions paraissent désormais plus faciles à rapprocher de celles rendues par la Cour de Strasbourg⁵³, en ligne avec les dispositions de l'article 52.3 de la Charte des droits fondamentaux. Ainsi, dans l'arrêt Menci de 2018 intervenu en matière fiscale, après avoir constaté une « *limitation du droit fondamental* » garanti par l'article 50 précité de la Charte et s'être référée à la jurisprudence

la condamnation prononcée est définitive, de sorte que l'on se trouverait au sens strict dans une hypothèse de poursuites successives (CEDH, A et B c. Norvège, préc., pt. 126). Comp. ce qu'en retient la Cour de cassation, *in* Cass. crim. 15 déc. 2021, n° 21-81.864, pt. 22.

⁴⁹ CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03 préc. et 4 mars 2014, n° 18640/10, préc. En ce sens, l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt A et B. c. Norvège, pts. 79 et s. Notons simplement que décisions antérieures avaient déjà retenu l'idée qu'un cumul de sanctions puisse s'analyser comme un tout cohérent. V. CEDH, A et B c. Norvège, préc. pt. 112 et les décisions citées. *Adde*, Guide préc., pt 45

⁵⁰ CEDH, 18 mai 2017, Jóhannesson et autres c. Islande, n° 22007/11.

⁵¹ CEDH, 6 juin 2019, préc., spé. pt. 53.

⁵² CJUE, 26 févr. 2013, Akerberg Fransson, aff. C-617/10, spé. pt. 36, précisant que si la réunion des conditions de l'article 50 de la Charte, reprenant le principe *non bis in idem*, peut conduire le juge national à interdire le cumul litigieux, encore faut-il « *que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives* ». Comp. sur la position de la Cour de justice, M. Campos Sanchez-Bordona, concl. dans l'affaire Menci, post.-cit., pts 2 et 28.

⁵³ L'on songe en particulier, pour la jurisprudence européenne à CJUE, 20 mars 2018, aff. n° C-524/15, Luca Menci ; aff. C-537/16, Garlsson Real Estate SA c. Consob et aff. jointes C-596/16 et C-597/16 Enzo Di Puma c. Consob et Consob c. Antonio Zecca.

strasbourgeoise A et B c. Norvège, la Cour de justice a considéré qu'« *un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale peut se justifier lorsque ces poursuites et ces sanctions visent, en vue de la réalisation d'un [objectif d'intérêt général], des buts complémentaires ayant pour objet le cas échéant des aspects différents du même comportement infractionnel concerné* »⁵⁴. Les juges du plateau de Kirchberg, pour qui le caractère complémentaire des procédures peut donc contribuer, sinon à écarter l'atteinte au principe *non bis in idem*, du moins à la justifier sur le fondement de l'article 52.1 de la Charte, montrent aussi qu'ils sont attentifs à la proportionnalité des sanctions⁵⁵. Certes, les juges rappellent leur attachement à l'autonomie du Droit de l'Union et à l'efficacité des systèmes nationaux de répression, soulignant la légitimité pour les États membres de vouloir élaborer dans certains domaines une double répression des infractions les plus graves⁵⁶. Il demeure que la souplesse des critères utilisés, similaires à ceux mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'Homme, n'implique aucune validation systématique des cumuls au regard l'article 50 de la Charte. Dans l'un des arrêts du 20 mars 2018 d'ailleurs, la Cour retient que l'article 50 s'oppose à une réglementation nationale de répression des manipulations de marché, en ce qu'elle permet de poursuivre une procédure de sanction administrative alors qu'une condamnation pénale définitive a déjà été prononcée et qu'elle « *est, compte tenu du préjudice causé à la société par l'infraction commise, de nature à réprimer cette infraction de manière effective, proportionnée et dissuasive* »⁵⁷.

Les critères retenus par les juridictions européennes, en dépit des nuances dans l'approche des cas qui leur sont soumis, n'empêchent donc pas toute application du principe *non bis in idem*. En revanche, là est peut-être la difficulté, ils laissent une importante marge d'appréciation et donc d'incertitude, ce qui génère un contentieux nourri quant à la validité des dispositifs nationaux élaborés, dans des hypothèses où un justiciable a déjà fait l'objet d'une double poursuite voire d'une double sanction⁵⁸. Notons en particulier que le critère du lien matériel et temporel, examiné par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt A et B contre Norvège, n'avait pas été repris par la Cour de justice, formellement du moins, dans les

⁵⁴ CJUE, 20 mars 2018, aff. n° C-524/15, pt. 44.

⁵⁵ Y compris lorsqu'elles n'ont pas la même nature (typiquement une sanction pécuniaire et une sanction privative de liberté) : très clair en ce sens, CJUE, 5 mai 2022, aff. C-570/20, BV. Déjà en ce sens, not. CJUE, 20 mars 2018, aff. n° C-537/16, pt. 60.

⁵⁶ Par ex., CJUE, 20 mars 2018, aff. n° C-524/15, pts 23 et 45 et aff. C-537/16, pts 25 et 47.

⁵⁷ CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson Real Estate SA c. Consob. V. H. Matsopoulou, L'application de la règle ne bis in idem par la CJUE, Rev. sociétés*, 2018, p. 731 et s.

⁵⁸ Rappr. et comp. Av. gal M. Bobek, *bpost SA c. Autorité de la concurrence*, aff. C-117/20, 2 sept. 2021, pts 107 et s.

arrêts du 20 mars 2018 précités⁵⁹. À l'époque, l'Avocat général avait soutenu que « *l'introduction en droit de l'Union d'un critère (...) qui reposerait sur le lien matériel et temporel (...) ajouterait une incertitude notable* » alors que « *les droits fondamentaux reconnus par la Charte doivent être facilement compréhensibles pour tous* » et que « *leur exercice requiert une prévisibilité et une certitude qui (...) ne sont pas compatibles avec ce critère* »⁶⁰ ! Le fait que, dans un arrêt du 22 mars 2022, la Cour de justice s'appuie à son tour explicitement sur le critère du lien matériel et temporel n'est donc pas de nature, en lui-même, à apporter la clarté requise⁶¹. La portée concrète du principe *non bis in idem* et donc l'intensité de la protection contre la répétition des poursuites et des sanctions dépendent alors d'une politique jurisprudentielle qui peut être plus ou moins favorable au cumul selon l'époque ou selon le domaine.

12. Position du Conseil constitutionnel. Concernant la position du Conseil constitutionnel, l'analyse pourrait tourner court car en 1982, la Haute institution décidait que « *la règle du non-cumul des peines en matière de crimes et délits (...) n'a que valeur législative et qu'il peut donc toujours y être dérogé par une loi* »⁶². En 1989, le Conseil constitutionnel adoptait une position plus nuancée : à propos déjà du système de répression en Droit financier, la critique formulée par des sénateurs au regard de ce principe est rejetée « *sans qu'il soit besoin de s'interroger sur la valeur constitutionnelle du principe invoqué* », encore que les Sages aient immédiatement précisé que, si l'interrogation était inutile, c'était au motif que ce principe ne recevait « *pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* »⁶³. L'on relèvera en tout cas que certains commentaires des décisions diffusées par le Conseil constitutionnel sur son site internet évoquent aujourd'hui sa « jurisprudence

⁵⁹ Sont exigées des « *règles assurant une coordination visant à réduire au strict nécessaire la charge supplémentaire que comporte un tel cumul pour les personnes concernées* » (par ex. CJUE, 20 mars 2018, aff. n° C-524/15, préc. pts 53, 63 et dispositif).

⁶⁰ M. Campos Sanchez-Bordona, concl. dans l'affaire Menci, 12 sept. 2017, pt. 73, après avoir écrit que « sur « *les obstacles quasiment insurmontables que les juges nationaux devront affronter pour déterminer a priori, avec un minimum de certitude et de prévisibilité, à quel moment ce lien temporel existe* » (pt. 56).

⁶¹ CJUE, 22 mars 2022, aff. C-117/20 préc., pts 51 et 53. V. d'ailleurs, les concl. préc. de M. Bobeck, pt 74.

⁶² Cons. Constit., Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, cons. 13. V. F. Sudre, avec L. Milano et H. Surrel, *op. cit.*, n° 449, p. 690.

⁶³ Cons. Constit., Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, cons. 15 et s., spé. cons. 16. V. B. Genevois, *Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, *Revue française de Droit administratif*, 1989, p. 671 et s., spé. p. 680.

«*non bis in idem*»⁶⁴ et que la position du Conseil d'État est depuis longtemps beaucoup plus nette : *non bis in idem* «*fait partie du principe à valeur constitutionnelle de la nécessité des peines*»⁶⁵.

Dans cette mesure, au-delà des mots, il n'est pas hors de propos de souligner que traditionnellement protectrice des situations de cumul dans les domaines qui nous intéressent⁶⁶, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a évolué. Certes, des décisions valident toujours la conformité à la Constitution de dispositifs de cumul de sanctions, notamment en matière fiscale⁶⁷. Cependant, les critères utilisés ne font pas par nature obstacle au jeu du principe étudié. Ainsi, quelques mois avant la Cour européenne, le Conseil constitutionnel a eu recours en matière fiscale à la notion de procédures complémentaires⁶⁸. Plus encore, dans des décisions récentes en matière d'entraves aux enquêtes menées par les autorités de régulation compétentes en Droit de la concurrence et en Droit financier, le Conseil constitutionnel, cherchant à savoir si les poursuites prévues sur les plans administratif et pénal étaient des «*poursuites différentes*», qui pouvaient donner lieu à cumul⁶⁹, s'est

⁶⁴ V. par ex. le commentaire de la décision n° 2018-745 QPC du 23 nov. 2018, M. Thomas T. et a., p. 9. *Adde*, commentaire de la décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, Société Novaxia, p. 16.

⁶⁵ CE, Section de l'intérieur, 29 février 1996, n° 358597, Avis Cour pénale internationale. Rapp., dans une situation de cumul idéal d'infractions, CE 6 nov. 2019 préc., pt. 18, évoquant «*le principe du non bis in idem découlant du principe de nécessité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*».

⁶⁶ Cons. Constit., Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, préc., jugeant toutefois «*le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues*» (cons. 22).

⁶⁷ Sur le cumul des sanctions pénales (art. 1741 CGI) et des pénalités fiscales pour défaut, retard ou insuffisance de déclaration (art. 1728 et 1729 CGI) : Cons. Constit. Décision n° 2016-545 QPC M. Alex W et a. et Décision n° 2016-546 QPC, du 24 juin 2016, M. Jérôme C. ; Cons. Constit., Décision n° 2018-745 QPC du 23 nov. 2018, M. Thomas T. et a.). *Adde*, Cons. const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC. Sur la réforme du «*verrou de Bercy*» par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, v. Cons. Constit., Décision n° 2019-804 QPC du 27 septembre 2019 AFEP, déclarant conforme à la Constitution le nouvel article L. 228 LPF.

⁶⁸ Par ex. Décision du 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, cons. 20 et s. Tirant les conséquences, not. Crim. 11 sept. 2019, n° 18-81.067, pts. 31 et s. ; Crim. 23 févr. 2022, n° 21-81.366. Pour une comparaison des deux conceptions de cette complémentarité, J. Chacornac, *L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de non bis in idem ?*, RSC 2019, p. 333 et s., spé. p. 340.

⁶⁹ Sur les notions de poursuites complémentaires et de poursuites différentes, C. Malverti et C. Beaufiles, *Sous des étoiles contraires : le juge administratif face au non bis in idem*, AJDA, 2019, p. 1150 et s., spé. p. 1153.

efforcé d'apprécier les intérêts sociaux protégés et la nature des sanctions encourues⁷⁰ : l'examen de ces critères très souples a conduit à censurer les deux dispositifs concernés.

À nouveau, c'est sans doute le manque de clarté des critères énoncés ou le manque de prévisibilité dans leur mise en œuvre qui est problématique. L'on se souvient ainsi que dans sa décision du 18 mars 2015⁷¹, le Conseil constitutionnel avait censuré en partie le système de double répression des infractions d'initié en effectuant, au moyen de plusieurs critères, des distinctions complexes qui n'avaient convaincu ni l'Autorité des marchés financiers⁷² ni le législateur, le système légal d'aiguillage finalement mis en place valant pour l'ensemble des abus de marchés, quelle que soit la personne concernée⁷³. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs fait évoluer sa jurisprudence⁷⁴, même si l'insécurité juridique a pu persister⁷⁵. Il est vrai que la jurisprudence peut gagner en clarté au fil du temps et que les commentaires publiés sur le site du Conseil constitutionnel aident à y voir un peu plus clair

⁷⁰ En Droit de la concurrence : Cons. Constit. Décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, Société Akka technologies (et la nouvelle rédaction des articles en cause par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021). En Droit des marchés financiers : Cons. Constit. Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, Société Novaxia. Comp., en matière fiscale, Cons. constit., Décision n° 2022-988 QPC du 8 avr. 2022, M. Roland B, spé. pt. 10. Pour une critique de la portée limitée de la censure prononcée, v. les obs. sur le premier arrêt d'E. Claudel, *RTD com.*, avr.-juin 2021, p. 311 et s., spé. p. 316 et s. et sur le second, d'A.-C. Rouaud, n°201, *Banque et dr.*, mars-avr. 2022, p. 33 et s., spé. p. 35.

⁷¹ Cons. Constit. Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, M. John L. et a. La Cour de cassation en a immédiatement tiré les conséquences : *Crim.*, 20 mai 2015, n° 13-83.489.

⁷² G. Rameix et M. Pinault (pds), L'application du principe *ne bis in idem* dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme, Rapport du groupe de travail de l'AMF, 19 mai 2015, www.amf-france.org, spé. p. 10 sur la contrariété possible entre la position constitutionnelle et celle de la CEDH. V. d'ailleurs, sur l'indifférence au critère des ordres de juridiction compétents, CEDH 30 avr. 2015, req. n° 3453/12, *Kapetanios c. Grèce*.

⁷³ Art. L. 465-3-6 C. mon. fin., issue de la loi n°2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché (T. Bonneau et al., *Droit financier*, LGDJ, 3^e éd., 2021, n° 1525 et s.). Le Conseil constitutionnel s'est prononcé ultérieurement en matière de fausses informations, tenant compte de l'entrée en vigueur de la loi du 21 juin 2016 et validant les dispositions litigieuses sous une réserve d'interprétation mettant fin sans délai à tout cumul des poursuites (Décision 2016-572 QPC du 30 sept. 2016, pts. 16 et s. et le commentaire disponible sur le site du Conseil constitutionnel, p. 17).

⁷⁴ V. le commentaire des décisions de 2016 sur le site du Conseil Constitutionnel, p. 21 et s.

⁷⁵ Par ex. Cons. Constit., Décision n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janvier 2016, M. Alain D. V. not. P. Pailler, note sous décision préc., *RD bancaire et fin.*, mars 2016, comm. 96 ; T. Bonneau, *Cumul des poursuites administratives et pénales : où est l'erreur ?*, *BJB*, mars 2016, p. 90, pour qui la décision est « nuisible à la sécurité juridique ». Plus largement, A.-V. Le Fur et D. Schmidt, *Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique*, *D.* 2016, p. 2126.

sur les critères qui permettent aujourd'hui aux Sages de juger que, malgré des faits considérés comme identiques, les poursuites sont différentes et peuvent donner lieu à cumul. L'imprévisibilité demeure toutefois à notre sens, s'agissant par exemple de savoir *a priori* si les sanctions seront jugées comme étant de nature différente et donc cumulables⁷⁶.

13. Bilan... provisoire. Finalement, l'analyse de la jurisprudence y compris la plus récente confirme qu'en cas de poursuites successives, le principe *non bis in idem* permet de s'opposer, dans une certaine mesure, au cumul des poursuites et des sanctions administratives. Il n'y a pas d'obstacle juridique dirimant au déploiement du principe. Les développements qui précèdent montrent d'ailleurs que dans les hypothèses qui nous intéressent, la normalité n'est pas le cumul mais le non-cumul : ce sont les cumuls qui sont scrutés par le juge. En revanche, savoir précisément quelle est la force du principe *non bis in idem* est beaucoup plus délicat compte tenu de la flexibilité des critères permettant au juge de sanctionner ou non une situation de cumul avéré ou potentiel : la mise en œuvre de ces critères fait l'objet d'une jurisprudence complexe et évolutive, de sorte que les flux et les reflux du principe paraissent difficilement prévisibles. Il ne s'agit pas de réclamer une jurisprudence figée, d'autant que les cas de cumul dont les juges ont à connaître peuvent être très différents. N'oublions pas néanmoins, comme l'a d'ailleurs souligné la Cour de justice dans son arrêt du 5 mai 2022, l'importance de la clarté et de la prévisibilité s'agissant de définir les conditions de mise en œuvre d'un droit fondamental⁷⁷. Cette analyse concernant le déploiement du principe *non bis in idem* dans les situations internes, en cas de poursuites successives, ne nous paraît pas invalidée par les arrêts précités de la Cour de cassation du 15 décembre 2021 relatifs au concours de qualifications qui viennent, dans les poursuites pénales concomitantes, circonscrire le jeu du principe *non bis in idem*⁷⁸. Notons en particulier que pour certains auteurs, *non bis in idem* n'est peut-être pas

⁷⁶ V. not. le commentaire de Cons. Constit. Décision n° 2021-965 QPC, p. 17 et s., spé. p. 20 et s.

⁷⁷ CJUE, 5 mai 2022, préc., not. pt. 20. En l'espèce, le dispositif français en matière de TVA était discuté et la Cour de justice a estimé notamment que la jurisprudence constitutionnelle française en matière fiscale n'était pas imprévisible (pt. 46. Sur l'exigence de clarté et de précision en matière de cumul de poursuites et de sanctions de matières pénales, v. déjà, CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, Menci, préc., pt. 5, étant observé que sans clarté, il est difficile de satisfaire à l'exigence de prévisibilité).

⁷⁸ Cass. crim. 15 déc. 2021, n° 21-81.864 et n° 20-85.924 (v. la note explicative à propos de, <https://www.courdecassation.fr/getattacheedoc/61b9937eef20f6a61afc35f0/eb70278a3d27eeb4de09a80632eeec26>). *Adde*, par ex. Cass. crim., 9 juin 2022, n° 21-80.237.

vraiment en cause dans les poursuites concomitantes⁷⁹. De surcroît, et en toute hypothèse, la Haute juridiction limite bien le champ de sa solution à ce type de poursuites⁸⁰, étant seulement observé que des poursuites un temps concomitantes peuvent devenir successives si une première décision définitive intervient. En conclusion, dans les situations internes avec poursuites successives d'ordre pénal et administratif, le déploiement du principe *non bis in idem* est possible mais l'état du Droit doit encore gagner en stabilité, ce qui guidera au demeurant le législateur dans l'élaboration de dispositifs répressifs d'emblée conformes aux normes fondamentales. Qu'en est-il dans les situations internationales ?

II. – La cantonnement du principe *non bis in idem* dans les situations internationales

14. Cas pratiques. Dans l'ensemble des affaires dont il a été question jusqu'ici, le litige était purement interne. Or, il est parfaitement envisageable que des infractions comportent un élément d'extranéité, conduisant les autorités de pays différents à s'estimer compétentes pour poursuivre et sanctionner une personne physique ou morale⁸¹. Par exemple, la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers peut sanctionner toute personne qui, depuis l'étranger, a commis un abus de marché sur une plate-forme de négociation située en France⁸², de sorte que des autorités étrangères peuvent être également compétentes sur le fondement de leur Droit national. De même, aux termes de l'article 113-6 du Code pénal, la loi pénale française, qui emporte compétence du juge judiciaire français⁸³, « *est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Or, les autorités du pays où l'infraction a été commise pourront aussi chercher à appliquer leur propre loi pénale. Autrement dit, le risque de cumul des poursuites et des sanctions en

⁷⁹ V. Ch.-H. Boeringer et G. Courvoisier-Clément, *Cumul de qualifications lors de poursuites concomitantes : chant du cygne pour le principe ne bis in idem ?*, *AJ*, 2022, p. 34 et s. citant en n° 13 P. Cazalbou, *Retour critique sur le principe d'unicité de qualification des faits en droit pénal*, *RSC*, 2018, p. 387 et T. Besse, *Principe ne bis in idem et qualifications idéalement en concours dans une même procédure : une erreur de casting*, *AJ pénal*, 2019, p. 495 et s.

⁸⁰ Des auteurs en ont critiqué les conséquences : la Cour de cassation juge que le principe n'est d'ordre public qu'en cas de poursuites successives, ce qui a pu surprendre si *non bis in idem* est davantage qu'une règle procédurale : X. Pin, *Conflit de qualifications : beaucoup de bruit...*, *RSC*, 2022, p. 311 et s., spé. p. 315 et s.

⁸¹ Sur la multiplication des lois à portée extraterritoriale, v. A. Mignon Colombet, *Vers une reconnaissance internationale du principe non bis in idem*, *JCP E*, 2015, 1398, pts. 3 et s.

⁸² Art. L. 621-15 II, c., C. mon. fin.

⁸³ D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 4^e éd., 2022, n° 37 et s.

France et à l'étranger est *a priori* bien réel. Ce risque paraît d'autant plus élevé que, dans un contexte international, c'est le cantonnement du principe qui retient l'attention. Ainsi, à l'étude des fondements textuels du principe *non bis in idem*, il est difficile de trouver des textes qui s'opposent de manière générale au cumul de poursuites et de sanctions pour les mêmes faits dans ce contexte international, même en cas de poursuites successives. Le constat est manifeste si l'on prend l'hypothèse qu'en France, est encourue ou prononcée une sanction administrative. Cependant, si le cantonnement du principe *non bis in idem* paraît bien ancré dans les hypothèses d'infractions internationales, c'est parce que ce cantonnement s'impose non seulement dans les textes (A), mais sans doute aussi sans les textes (B).

A. – Le cantonnement du principe dans les textes

15. Sources. Les textes ne prennent que très partiellement en compte le risque que l'auteur d'une infraction internationale soit poursuivi et condamné deux fois pour les mêmes faits, spécialement s'agissant d'infractions d'affaires. Ainsi, les dispositions auxquelles on pense ne permettent souvent pas, en raison de leur lettre ou de leur interprétation jurisprudentielle, d'éviter effectivement le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales dans un contexte international. Le cantonnement de *non bis in idem* se vérifie que les textes considérés soient des textes nationaux ou supranationaux.

16. Les textes nationaux. Le Code pénal français contient bien des dispositions qui protègent les personnes contre les doubles poursuites et sanctions pour les mêmes faits dans une situation juridique internationale. En particulier, aux termes de l'article 113-9 du Code pénal, « *dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite* ». Toutefois, un tel article suppose une infraction commise hors du territoire de la République française et ne concerne que le domaine du Droit pénal au sens du Droit français. L'on pense également à l'article 692 du Code de procédure pénale, qui prévoit lui aussi que pour les infractions commises hors du territoire de la République, « *aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite* ». Dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers, la Cour de cassation a rappelé qu'« *en application de ce texte, les décisions rendues par des juridictions étrangères n'ont l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles concernent des faits commis en dehors du territoire de la République* », ce qui n'est pas le cas si « *les faits, objets de la poursuite, ont été commis, même partiellement, sur le*

territoire français »⁸⁴. En tout état de cause, la même objection s'applique : seules les infractions pénales au sens du Droit français sont concernées, alors que dans les matières qui retiennent ici l'attention, les poursuites et sanctions pourront être au moins en partie administratives.

17. Les textes supranationaux. Si l'on se tourne du côté des textes supranationaux, un grand nombre est à écarter plus ou moins d'emblée. Parmi les textes déjà mentionnés se trouve l'article 4 du protocole n° 7, abstraction faite de la réserve française⁸⁵ : la lettre du texte est claire, qui vise les « *juridictions du même État* », et la Cour européenne des droits de l'Homme le rappelle régulièrement⁸⁶. De même, il convient d'écarter le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'article 14, 7° prévoit, on l'a vu, que « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ». En effet, non seulement la Cour de cassation a jugé que seules les infractions pénales au sens du Droit français étaient concernées⁸⁷ mais elle a aussi rappelé il y a peu, dans la célèbre affaire dite Pétrole contre Nourriture, que les deux procédures devaient avoir été engagées au sein d'un même État, ce qui est en ligne avec l'avis du Comité des droits de l'Homme institué par le Pacte⁸⁸. Aussi ces textes ne constituent-ils pas, dans les circonstances qui nous intéressent, un fondement pour s'opposer au cumul de poursuites ou de sanctions. D'autres conventions internationales pourraient être *a priori* intéressantes car elles comportent une référence à *non bis in idem*, mais outre leur champ d'application bien délimité, elles peuvent ne pas avoir été signées ou ratifiées par la France – on songe à la Convention

⁸⁴ Cass. crim. 17 janv. 2018, n° 16-86.491, sur laquelle K. Haeri et V. Munoz-Pons, *Appréciation stricte du principe ne bis in idem en matière de droit pénal international*, D., 2018, p. 1243. *Adde*, sur l'indifférence aux jugements étrangers lorsque la compétence française est territoriale, en application cette fois de l'article 113-2 C. pén., D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 4^e éd., 2022, n° 32 et 89 et s.

⁸⁵ Sur laquelle, *supra* n° 6 et s.

⁸⁶ Par ex. CEDH 20 févr. 2018, Req. N°67521/14, Krombach c. France, pts. 35 et s. *Adde*, Cass. crim. 14 mars. 2018 préc.

⁸⁷ En matière de fraude fiscale, Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85.092. *Adde*, *supra* n° 9.

⁸⁸ Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-82.117, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 643, obs. A. d'Ornano ; *Rev. sociétés*, 2018, p. 459, note J.-H. Robert. *Adde*, A. Mignon-Colombet, *L'arrêt Pétrole contre Nourriture I Une justice française exemplaire ?*, *Rev. internat. de la Compliance et de l'Éthique des affaires*, juin 2018, comm. 69. V. déjà, *Crim.*, 17 mars 1999, n° 98-80.413. Sur la position du Comité des droits de l'Homme : A. P. v. Italy, Comm. 204/1986, U.N. Doc. A/43/40, at 242 (HRC 1987), pt 7.3

(http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1987.11.02_AP_v_Italy.htm) et Comité des droits de l'Homme, observation générale n° 32, préc., spé. n° 57. *Comp.*, dans l'affaire Pétrole c. Nourriture, not. T. corr. Paris, 18 juin 2015, n° 06026092035, D. 2016, p. 2027, obs. L. d'Avout.

européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (1970) et à la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (1972) – ou comporter des réserves qui, là encore, les cantonnent au Droit pénal au sens du Droit français – c'est manifestement le cas pour la Convention européenne sur l'extradition (1957)⁸⁹.

Il est des textes qui peuvent sembler *a priori* plus pertinents. C'est le cas de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, qui fait aujourd'hui partie de « l'acquis de Schengen », intégré au Droit de l'Union européenne, dont l'interprétation relève dans cette mesure de la compétence de la Cour de justice⁹⁰. En effet, l'article 54 prévoit qu'« *une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation* »⁹¹. L'article 50 précité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne paraît également pertinent en ce qu'il suppose un acquittement ou une condamnation par décision pénale définitive « *dans l'Union* ». Ainsi, à la lettre même de ces textes, les poursuites et les sanctions n'ont pas à être conduites ou prononcées dans le même État, étant rappelé que la Cour de justice de l'Union européenne a une conception souple de la matière pénale⁹². Là encore néanmoins, ces deux articles sont bien loin de couvrir l'ensemble des situations qui nous intéressent⁹³. En particulier, l'éventuel jeu du principe *non bis in idem* sur le fondement de l'acquis de Schengen ne vaut qu'entre les États qui participent à ce dispositif. Quant à l'article 50 de la Charte, il suppose notamment que la première décision d'acquiescement ou de condamnation ait été rendue dans l'Union européenne. Ce ne sera pas toujours le cas, l'infraction recherchée pouvant impliquer un pays tiers à l'Union européenne ou à l'espace Schengen, revendiquant aussi sa compétence. Au surplus, toujours à propos de l'article 50, celui-ci s'adresse comme les autres dispositions de la Charte, aux institutions et organes de

⁸⁹ Réserve formulée pour l'interprétation de l'article 2 (document du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 9 avr. 1991, COE223854, ETS/STE n° 24, <https://rm.coe.int/09000016809daa0b>, p. 8. Pour plus de détails sur cette convention et l'articulation avec le Droit de l'Union européenne et le Droit interne, v. l'étude d'impact relative à la loi n° 2020-1237 du 9 octobre 2020 autorisant la ratification de protocoles additionnels à la convention.

⁹⁰ D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 4^e éd., 2022, n° 104 et s.

⁹¹ D. Rebut, *op. cit.*, n° 100 et s.

⁹² *Supra*, n° 4. Sur la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'application de l'acquis de Schengen, en ce qu'il est intégré dans l'ordre juridique de l'Union européenne, D. Rebut, *op. cit.*, n° 105.

⁹³ Sur leur articulation, v. CJUE, 27 mai 2014, aff. C-129/14, Zoran Spasic, pts 51 et s. ; CJUE, gr. ch., 12 mai 2021, aff. C-505/19, WS, RSC, 2021, p. 895 et s., 3, obs. J. Tricot.

l'Union, ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre du Droit de l'Union, alors que certaines infractions qui peuvent donner lieu à cumul de poursuites et de sanctions ne sont pas relatives à une législation qui entre dans le domaine harmonisé⁹⁴.

18. Une application de *non bis in idem* au-delà des textes ? Si les fondements textuels, le cas échéant interprétés par la jurisprudence, restreignent manifestement la portée du principe *non bis in idem* dans les situations internationales, ils ne donnent pas une justification tout à fait satisfaisante à ce cantonnement. En effet, la difficulté à trouver un rattachement textuel efficace pourrait au contraire permettre aux juges de donner du souffle au principe, si l'on admet qu'un principe n'a pas besoin de texte pour exister voire qu'il existe mieux sans texte⁹⁵ : malgré l'absence de texte décisif dans une situation donnée, le cumul de poursuites et de sanctions pourrait alors être interdit d'autant plus facilement dans un cadre international que le principe *non bis in idem* a été qualifié de « *principe qui appartient au droit universel des nations* », pétri de « *considérations de justice et d'humanité* »⁹⁶, ou plus récemment de « *principe international de droit coutumier* », reflété dans la pratique « *quasi universelle des États* »⁹⁷. En réalité, à ce jour, le cantonnement du principe *non bis in idem* dans les situations internationales s'impose sans doute aussi en l'absence de texte.

B. – Le cantonnement du principe sans les textes

19. L'existence de frontières. De ce qui précède, il résulte que le cantonnement textuel du principe *non bis in idem* dans les situations internationales s'exprime notamment par une délimitation qui repose sur l'existence de frontières : frontières étatiques ; frontières régionales, notamment avec l'article 50 de la Charte précitée par exemple, car la délimitation d'un espace européen intégré s'appuie sur les frontières extérieures à l'Union européenne⁹⁸. Ces précisions ne font toutefois que refléter

⁹⁴ Par ex., CJUE 15 avril 2015, n° C-497/14, *Burzio*, § 27 et s.

⁹⁵ J. Boulanger, art. préc., p. 64 : « *Un principe sert encore à élaborer la solution, lorsque la règle légale vient à manquer* » et l'auteur de rappeler les termes de l'article 4 du Code civil. *Adde*, TUE, 30 janvier 2019, n° T-290/17, *Stavytskyi*, § 12 : *non bis in idem* est un « *principe général de Droit de l'Union, qui s'applique indépendamment de tout texte* ».

⁹⁶ V., à propos de l'arrêt du 21 mars 1862, post. cit., p. 547 et s., les concl. de l'Avocat Général Savary, qui fait état de ces considérations avant le discuter.

⁹⁷ V. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, in CEDH, 15 nov. 2016, A et B. c. Norvège, préc., pt. 6.

⁹⁸ La portée du principe dépend ensuite notamment de la jurisprudence (*supra*, n° 11). À ce propos, il a été soutenu que la complémentarité des buts poursuivis par chacune des

que les intérêts protégés par *non bis in idem* cèdent, même sans les textes précités, devant des intérêts jugés supérieurs, qui limitent le jeu du principe *non bis in idem* dans l'espace.

20. La supériorité d'autres intérêts. Rappelons qu'en Droit pénal international, la Cour de cassation a posé dès 1862 que les jugements répressifs étrangers n'avaient pas en principe autorité de la chose jugée en France pour les infractions entrant dans le champ de la compétence territoriale française⁹⁹. Il en va du respect de la souveraineté nationale, ce qui ressort explicitement de cet arrêt comme de plusieurs autres décisions du 19^e siècle¹⁰⁰. Ces préoccupations demeurent, complétées par le souci de défendre l'ordre public national¹⁰¹. De manière générale, force est de constater que *non bis in idem* s'efface devant ces impératifs, bien que les limites en tout état de cause posées au cumul de sanctions en Droit français viennent tempérer les conséquences d'un cumul des poursuites¹⁰². L'on pourrait certes discuter du bien-fondé de telles préoccupations lorsque ce sont des procédures administratives et non des procédures pénales qui sont en cause au sens du Droit français. Toutefois, non seulement les questions d'ordre public ne sont pas absentes dans les matières qui nous intéressent mais en outre, il faut souligner que si l'État souhaite réprimer lui-même les atteintes qui y sont portées sur son territoire, c'est notamment en raison de la confiance limitée accordée aux autorités étrangères et donc à leurs décisions de justice pour le faire. Comme l'écrit le professeur

procédures, prise en compte pour justifier une situation de cumul au sein d'un même État membre (par ex. CJUE 20 mars 2018, n° C-524/15, Menci préc., spé. pts 44 et 63 et CJUE, 22 mars 2022, bpost, n° C-117/20, pt. 50), pourrait n'être pas un critère adapté lorsque plusieurs États membres sont concernés, car les systèmes nationaux « *n'auront pas vocation à se compléter* » : F. Lefèvre et C. Van Muylder, *Le principe non bis in idem dans un contexte international, Hors-série Banque et dr.* févr. 2020, p. 63 et s., spé. p. 70. Adde, A. d'Ornano, obs. préc., spé. p. 649.

⁹⁹ Cass. crim. 21 mars 1862 (2 esp.), *Rec. Sirey*, 1862, p. 551

¹⁰⁰ Cass. req., 14 avr. 1868, S. 1868.1.183, spé. p. 184 : « *les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent produire d'effets en France ; que cette règle (...) n'est que la conséquence du principe de la souveraineté de chaque État sur son territoire (...)* ». Adde, Cass. crim. 11 sept. 1873, Bull. crim. n° 248 qui, après s'être fondée sur l'article 3 du Code civil, précise que « *si la maxime Non bis in idem s'oppose à ce qu'un prévenu soit jugé deux fois pour le même fait, cette exception ne peut s'appliquer qu'aux jugements émanés de tribunaux de la même souveraineté ; que, de temps immémorial, il est de Droit public en France que les jugements rendus en pays étranger ne peuvent ni être exécutés ni exercer aucune autorité en France* », l'arrêt réservant quelques exceptions.

¹⁰¹ Adde, J. Morel-Maroger, *Les difficultés posées par la mise en œuvre du principe non bis in idem dans un contexte international*, JCP E, 2015, 1397, spé. n° 2 et s.

¹⁰² Sur tous ces points, concernant le Droit pénal, D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 4^e éd., 2022, n° 89 et s. et n° 93. Pour la jurisprudence, not. Cass. crim., 23 oct. 2013, n° 13-83499, D. 2013, p. 2950, note D. Rebut ; Cass. crim., 15 avril 2015, n° 15-90.001, Dr. pénal, 2015, comm. 119, obs. E. Bonis-Garçon.

Rebut, l'argument a « *assurément gardé toute sa valeur* »¹⁰³. Il vaut à notre sens au-delà du Droit pénal *stricto sensu* et il peut sans doute être désormais transposé dans les relations entre l'Union européenne et les pays tiers.

Il y a quelques années, la Cour de justice a d'ailleurs approuvé le Tribunal d'avoir décidé que « *le principe non bis in idem ne s'applique pas à des situations dans lesquelles les ordres juridiques et les autorités de la concurrence d'États tiers sont intervenus dans le cadre de leurs compétences propres* » et qu'il n'existe « *pas d'autre principe de droit susceptible d'obliger la Commission à tenir compte des poursuites et des sanctions dont a fait l'objet la requérante dans des États tiers* »¹⁰⁴. Pour ce faire, les juges européens ont notamment souligné, au sujet de la protection de la concurrence, que « *par la spécificité du bien juridique protégé au niveau communautaire, les appréciations opérées par la Commission, en vertu de ses compétences en la matière, peuvent diverger considérablement de celles effectuées par des autorités d'États tiers* »¹⁰⁵. De manière encore plus explicite, dans un arrêt récent, certes relatif à l'interprétation de la décision-cadre de 2002 relative au mandat d'arrêt européen, les juges européens ont rappelé que « *l'application du principe non bis in idem suppose nécessairement l'existence d'une confiance dans le système de justice pénale du pays dans lequel le jugement a été rendu* », alors que « *le degré de confiance élevé existant entre les États membres ne saurait être présumé s'agissant des pays tiers et, en particulier, du système de justice pénale de ces derniers* »¹⁰⁶. Ce n'est pas tant que cette confiance doive nécessairement être consacrée par un texte, c'est plutôt qu'il paraît difficile de la « *présumer* », en particulier en matière pénale au sens large lorsqu'il n'y a pas de texte organisant l'application transfrontière du principe *non bis in idem*. En tout cas, l'on peut comprendre qu'aujourd'hui encore, dans les textes applicables comme en jurisprudence, il n'y ait pas d'interdiction générale du cumul de poursuites et des sanctions pour les mêmes faits constitutifs d'infractions internationales, qui contraindrait systématiquement l'action des autorités administratives ou judiciaires françaises et européennes¹⁰⁷.

¹⁰³ D. Rebut, *op. cit.*, n° 91.

¹⁰⁴ CJCE, 29 juin 2006, n° C-289/04 P, Showa Denko, pts 52 et s., spé. pts. 56 et s. ; TUE 12 juillet 2019, n° T-772/15, Quanta Storage, § 233.

¹⁰⁵ CJCE, 29 juin 2006, n° C-289/04 préc., pt. 55.

¹⁰⁶ CJUE, 29 avr. 2021, C-665/20 PPU pts. 77 et s., ajoutant que « *c'est précisément en raison de cette incertitude que le législateur de l'Union a rangé parmi les motifs de non-exécution facultative [du mandat d'arrêt européen], plutôt que parmi les motifs de non-exécution obligatoire, la circonstance que la personne recherchée a fait l'objet d'un jugement définitif dans un pays tiers* ».

¹⁰⁷ Lorsque le Tribunal de l'Union européenne explique *non bis in idem* est un « *principe général de droit de l'Union, qui s'applique indépendamment de tout texte* » (TUE, 30 janvier

21. La coopération internationale, une issue pour *non bis in idem* ? Pour ceux qui entendent faire jouer de manière extensive le principe *non bis in idem* en cas d'infraction internationale, les progrès sont lents¹⁰⁸. Aussi, dans la mesure où, pour reprendre une formule de Gavalda, « *le phénomène de la frontière n'élimine pas (...) les inconvénients qui résultent de la violation de la règle "non bis in idem"* »¹⁰⁹, l'on pourrait soutenir, en repartant de l'idée qu'il y a là une garantie individuelle fondamentale tant pour les personnes physiques que les personnes morales¹¹⁰ et que « *l'éviction de la règle non bis in idem heurte le bon sens* »¹¹¹, qu'une entente minimale entre les États doit permettre de mieux prendre en compte la question du non cumul. En ce sens, plusieurs auteurs en appellent à la concertation entre les autorités nationales ou encore à la coopération internationale¹¹². Sans doute est-il ainsi possible de concilier les impératifs nationaux et les garanties individuelles¹¹³. Certains textes prévoient d'ailleurs une telle concertation ou organisent la coopération quitte à confirmer, en creux, les limites du principe *non bis in idem*. Ainsi en est-il dans la convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents public étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997, ratifiée par la France au mois de septembre 2000¹¹⁴. Dans un autre domaine, on peut citer la coopération en matière d'infractions en Droit financier et notamment d'abus de marché. En particulier, dans le cadre de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs, une autorité signataire de l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations « *pourra* », en qualité d'autorité requise, « *rejeter une demande d'assistance* » émanant de l'autorité requérante « *dans le cas où des poursuites pénales auraient déjà été engagées dans la juridiction de l'Autorité requise sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes* » ou si des sanctions pénales

2019, n° T-290/17, préc., § 12), il délimite néanmoins, ce faisant, le jeu du principe à l'Union européenne, espace qui repose sur des textes permettant ou supposant un degré de confiance suffisant entre les États membres.

¹⁰⁸ V. ce que constatait déjà M. Pralus, *Etude en Droit pénal international et en Droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, RSC 1996, p. 551 et s., spé. n° 33 sur la portée internationale limitée de la règle non bis in idem et ce qui peut l'expliquer.

¹⁰⁹ C. Gavalda, *Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, in JCP G 1957, I, 1372, pt. 3.

¹¹⁰ *Supra*, n° 2 et s.

¹¹¹ A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2005, n° 151 et s., spé. n° 152, p. 256.

¹¹² Par ex. K. Haeri et V. Munoz-Pons, art. préc., II C.

¹¹³ Dans le même sens, K. Haeri et V. Munoz-Pons, art. préc., *loc. cit.*

¹¹⁴ Art. 4.3 : « *Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites* ».

définitives y ont déjà été prononcées à leur encontre pour ces mêmes faits¹¹⁵. Néanmoins, sans exclure l'existence de dispositions plus contraignantes applicables dans les relations entre certains États¹¹⁶, non seulement la formule « *pourra rejeter* » laisse sans doute entendre qu'il s'agit d'une simple faculté mais en outre, l'absence de coopération n'empêchera pas nécessairement l'autorité requérante de poursuivre et de sanctionner de son côté, si elle a par ailleurs suffisamment d'éléments. Faut-il aller plus loin ? Dans cette discussion qui implique de prendre parti sur l'opportunité d'appliquer largement le principe *non bis in idem* dans un contexte international, gardons à l'esprit que le cantonnement du principe permet aussi d'éviter le « *forum shopping aux fins de purge des infractions* »¹¹⁷. Autrement dit, par la concertation et la coopération, lorsqu'ils ne sont pas obligés d'appliquer *non bis in idem*, les États ou leurs autorités administratives peuvent tenir compte des garanties individuelles sans renoncer à l'efficacité de la répression des infractions internationales. En tout état de cause, dans les situations internationales, c'est le cumul qui semble à ce jour être la règle même s'il y a, on l'a vu, plusieurs exceptions : dans ce cadre, contrairement aux situations internes, on peut se demander si principe ne serait pas plus proche de « *bis in idem* ».

¹¹⁵ OICV, *Accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations*, mai 2012, art. 6.e.

¹¹⁶ Not. entre les États membres de l'Union européenne, *supra*, n° 17.

¹¹⁷ L. d'Avout, *in* *Chronique de Droit du commerce international*, D. 2018. 1934, I.B, qui envisage le cas d'une « *personne exposée à poursuites multiples allant "confesser" le délit dans le pays de son choix, avec l'assurance d'être partout ailleurs immunisée de sanctions* ».

Le principe d'égalité femme-homme et le Droit fiscal

Lise Chatain

Professeur à l'Université de Bourgogne

Le principe d'égalité occupe une place considérable dans l'archipel des droits fondamentaux.

En France, le principe d'égalité trouve parfois sa source dans des fondements textuels. Si plusieurs principes sont souvent mentionnés de façon très allusive et partielle dans le bloc de constitutionnalité, le droit à l'égalité est inscrit dans de nombreuses dispositions constitutionnelles : dans les articles 1^{er}, 6 et 13 de la Déclaration de 1789, dans le préambule de la Constitution de 1946 ainsi que dans le préambule et les articles 1^{er}, 2 et 3 de la Constitution de 1958. Parmi les exemples les plus emblématiques, l'article 6 de la déclaration de 1789 dispose : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Le Conseil constitutionnel s'est référé pour la première fois au principe d'égalité tel qu'exprimé dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dans sa décision « *Taxation d'office* » du 27 décembre 1973¹. Depuis, le principe d'égalité s'est trouvé au cœur de plus de 200 décisions du Conseil constitutionnel². Certaines décisions peuvent laisser penser que le respect du principe d'égalité ouvre un horizon sans limite : ainsi, dans une décision du 16 mars 2006 relative à la parité dans le secteur privé³, le Conseil constitutionnel a « découvert » comme une nouvelle source du droit à l'égalité l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 dont la formule connue indique : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Pour certains auteurs,

¹ Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, *Taxation d'office*.

² L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz 25^{ème} éd. 2023, n° 1471. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité à compter du 1^{er} mars 2010 n'a fait que renforcer ce mouvement : durant la première année d'application de la réforme, la majorité des affaires jugées ont retenu un moyen tiré d'une violation du principe constitutionnel d'égalité (op. cit. ibid.).

³ Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

cette source pourrait se révéler intarissable tant la formulation de ce texte est générale et imprécise⁴.

D'autres fois, le renvoi au principe d'égalité ne repose sur aucun fondement textuel. Ainsi, le Conseil constitutionnel se réfère quelquefois au principe d'égalité sans s'appuyer sur un texte précis : le Conseil vise alors de façon générale le principe d'égalité, voire le principe constitutionnel d'égalité⁵.

Le respect du principe d'égalité impose une contrainte forte sur les choix du législateur qui peut conduire à limiter sa liberté d'action. Pour limiter les effets d'une appréciation trop stricte du droit à l'égalité, le Conseil constitutionnel ne censure dès lors que les différences de traitement qui lui apparaissent véritablement inégalitaires. Il utilise une formule standard qui synthétise son acception du principe : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁶. Ainsi, deux motifs de justification permettent de déroger au principe d'égalité : une différence de situation ou une raison d'intérêt général. Après avoir recherché si la règle discriminatoire qui lui est déférée est justifiée par une raison suffisante (comme une différence de situation ou une raison d'intérêt général), le Conseil constitutionnel vérifie si la différence de traitement qui est créée est pertinente au regard du but poursuivi par le législateur. En d'autres termes, il s'agit de s'assurer de la rationalité des choix du législateur⁷.

Le principe d'égalité femme-homme constitue une des facettes du principe général d'égalité applicable en droit français, aux côtés notamment du droit à l'égalité entre les citoyens nonobstant leur origine, race ou religion, entre les justiciables ou encore entre les contribuables. Le respect du principe d'égalité femme-homme repose souvent sur un fondement textuel. A titre d'exemple le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». Pareillement, des dispositions du Code pénal ou du Code du travail

⁴ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, op. cit. n° 1473.

⁵ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

⁶ Cons. const. 27 déc. 2002, n° 2002-464 DC ; 14 août 2003, n° 2003-483 DC. Plus récemment : Cons. const., 14 mai 2021, n° 2021-907 QPC : Dr. fisc. n° 24, 17 juin 2021, n° 282, note L. Chatain.

⁷ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 1482.

interdisent les discriminations à raison du sexe⁸. La loi sur la presse punit de façon spécifique la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence ainsi que l'injure et la diffamation lorsqu'elles visent des personnes à raison de leur sexe⁹. Au-delà de ces textes, la volonté de promouvoir l'égalité femme-homme s'inscrit dans la politique générale de l'Etat français, comme en attestent notamment les travaux de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes au sein de l'Assemblée nationale¹⁰.

La question du respect par notre droit du principe d'égalité femme-homme n'est pas nouvelle, et elle se développe dans toutes les branches du droit¹¹. Les difficultés soulevées sont multiples : le droit participe en effet parfois à la construction d'inégalités de genre soit qu'il les entérine, soit qu'il les aggrave, soit qu'il les légitime¹². En effet, la formulation même de la règle de droit est quelquefois porteuse d'une inégalité congénitale, quand elle vise de façon différenciée par exemple l'époux ou l'épouse, ou le mari et la femme dans les anciennes dispositions du Code civil¹³. Ces différences sexuées du texte ont pour l'essentiel été supprimées par le législateur. Mais la neutralité des textes qui a remplacé les anciennes formulations n'a pas résolu toute difficulté. En effet, certaines dispositions visent essentiellement des femmes, comme par exemple le bénéfice des pensions alimentaires ou des prestations compensatoires dans le cadre d'un divorce. Il apparaît en effet que les mères sont bénéficiaires dans près de 95 % des cas pensions alimentaires versées pour l'entretien des enfants¹⁴ et de près de 9 prestations compensatoires sur 10¹⁵. Dans ces hypothèses, la rédaction du texte est théoriquement neutre mais son application est très largement sexuée. Il faut donc s'interroger sur les effets sociaux de la norme, sur l'application sociologique de la règle de Droit. En d'autres termes, le Droit doit être confronté à la réalité statistique de sa mise en œuvre. Cette question soulève ainsi la difficile problématique de la mise en

⁸ Code du travail art. L. 1132-1 et s. ; Code pénal art. 225-1 et s.

⁹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 32 et 33.

¹⁰ Sur les travaux récents : Rapport d'information fait au nom Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'égalité économique et professionnelle du 23 février 2022 de Mmes les députées M.-P. Rixain et L. Trastour-Isnart.

¹¹ Cf. les travaux du groupe de recherche REGINE : *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, ss. la dir. S. Henneville-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, CNRS Ed. 2014.

¹² *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, ss. La dir. S. Henneville-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, op. cit., p. 13.

¹³ Voir par exemple les anciennes dispositions des articles 214 et 215 du Code civil en vigueur du 3 nov. 1942 au 11 juill. 1975.

¹⁴ INSEE, édition 2015, *Dossier Résidence et pension alimentaire des enfants*, p. 47.

¹⁵ *Infostat justice*, sept. 2016 n° 144.

œuvre d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes, au-delà de la formulation même de la règle de droit. Le Droit, s'il est aveugle au genre parce que délibérément neutre, occulte certains effets pervers de son application et peut donc contribuer à conforter ou creuser des inégalités liées au sexe. On retrouve ici la question essentielle de l'universalisme de la règle de droit¹⁶ : comment concevoir un droit universel qui parvienne toutefois à prendre en considération les inégalités existant entre les femmes et les hommes pour tenter de les résorber ?

Au sein de l'ensemble des branches du Droit, le rapprochement du principe d'égalité femme-homme et du Droit fiscal semble particulièrement fécond. Tout d'abord, le Droit fiscal s'inscrit déjà dans le respect d'un strict respect de l'égalité¹⁷ : l'article 13 de la Déclaration de 1789 dispose ainsi que « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.* ». Le Droit fiscal semble donc particulièrement sensible à la problématique de l'égalité : mais il s'agit d'une égalité entre les contribuables et la distinction entre un contribuable féminin et un contribuable masculin n'est pas envisagée en tant que telle. Dès lors, la question de l'application sexuée d'une norme fiscale apparemment neutre (mais qui ne l'a pas toujours été) mérite d'être posée. Dans un premier temps, nous proposerons donc un état des lieux sur l'application du principe d'égalité femme-homme par le Droit fiscal (I) avant de réfléchir sur les perspectives offertes par ce rapprochement (II).

I. – Le principe d'égalité femme-homme et le Droit fiscal : état des lieux

Dans un premier regard, on peut considérer qu'une certaine évolution a eu lieu, d'un Droit fiscal « sexiste » (A) à un Droit fiscal « neutre » (B). A l'issue de ce cheminement, on peut toutefois se demander si le Droit fiscal ne reste pas toutefois « sexué » (C).

¹⁶ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF coll. « Les voies du droit » 2010.

¹⁷ A cet égard, L. Fonbaustier écrit : « *Mais en resserrant la focale, on découvre que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen elle-même fait un sort à part au principe d'égalité en matière fiscale, à travers la notion d'égalité devant les charges publiques, mentionnée à l'article 13. Curieuse impression, finalement : alors que l'égalité devant la loi devait englober toutes les ramifications du principe d'égalité, voilà que, rapportée à l'impôt, elle fait l'objet d'une mention particulière.* » : *Réflexions critiques sur un principe à texture ouverte : l'égalité devant l'impôt*, Archives de philosophie du droit 46 (2002), p. 81.

A. – Un Droit fiscal « sexiste » ?

Même si la question peut choquer, elle doit être envisagée : le Droit fiscal est-il sexiste ?

Dans une perspective historique, la réponse est définitivement positive. En effet, le Droit fiscal a longtemps refusé la personnalité fiscale à la femme mariée. En France, l'article 18 de la loi du 15 juillet 1914 a instauré le foyer fiscal de la manière suivante : « *chaque chef de famille est imposable tant en raison de ses revenus personnels que de ceux de sa femme et autres membres de la famille qui habitent avec lui.* »¹⁸. La loi, adoptée au temps où le Code civil faisait de l'époux le chef de famille (et ce jusqu'en 1965), ne reconnaissait donc à l'épouse aucune personnalité civile ni fiscale. Par conséquent, seul le mari en sa qualité de chef de famille était assujéti à l'impôt¹⁹. Ce n'est que grâce à un amendement soutenu par Mme G. Toutain dans le cadre du débat sur la loi de finances pour 1983 que cette situation a été modifiée²⁰. Certains échanges intervenus au sein de l'Assemblée nationale à l'automne 1982 méritent d'être évoqués. Pour le ministre chargé du budget L. Fabius : « *Parmi les défauts de la fiscalité française, on trouve, il faut bien le reconnaître, un certain caractère sexiste. La femme est un peu considérée comme une mineure* »²¹. Au soutien de son amendement²², Mme G. Toutain avançait : « *Il s'agit, en supprimant du code général des impôts la notion de chef de famille et en prévoyant la signature obligatoire par les deux conjoints de la déclaration annuelle de revenus, d'instituer la capacité fiscale de la femme, en un mot, de la mettre sur un pied d'égalité avec son mari en ce domaine. En effet, alors que depuis longtemps la femme mariée avait acquis la libre disposition de son salaire et qu'elle assurait conjointement la direction de la famille, elle demeurait jusqu'à aujourd'hui une mineure dépendant de son mari sur le plan fiscal. Celui-ci constituait au regard du code des impôts le seul contribuable reconnu, et la femme mariée, même quand elle travaillait et qu'elle assurait ainsi une partie des revenus du foyer, n'était même pas tenue de consigner la déclaration*

¹⁸ Il apparaît que la notion de foyer fiscal est même antérieure à la Révolution française puisqu'elle existait sous l'Ancien Régime où le foyer était utilisé dans le cadre de la taille ou de la capitation : L. Vapaille, *L'imposition des revenus de la famille en droit français : un traitement à géométrie variable*, *Rev. Européenne et Internationale de Droit Fiscal* 2018, n° 2, p. 219 et s.

¹⁹ E. Obadia et M. Sieraczek, *La responsabilité solidaire des époux au paiement de l'impôt sur le revenu : la nécessaire refonte d'une disposition obsolète*, *Dr. Fisc.* 2006, n° 17-18, Etude n° 17, # 2.

²⁰ Loi n° 82-1126 du 29 décembre 1982, art. 2.

²¹ Débats AN du 27 octobre 1982 sur la loi de finances pour 1983, p. 6385.

²² Débats AN du 27 octobre 1982 sur la loi de finances pour 1983, Amendement n° 102, p. 6393.

d'ensemble des revenus. Il était donc nécessaire de mettre fin à une situation d'inégalité aussi choquante qu'anachronique. En effet, le code général des impôts demeure le seul texte de loi à maintenir, dans son article 6, la notion de chef de famille, notion qui a disparu du code civil depuis déjà plus de douze ans, ainsi que vous le signaliez monsieur le ministre. La suppression de cette notion constitue donc, chacun en conviendra, une avancée pour les droits de la femme dont on peut d'ailleurs se demander pourquoi elle n'est pas intervenue plus tôt (...) ». M. Le ministre chargé du budget lui répondait alors : « *Le Gouvernement est tout à fait favorable à ce amendement. Ainsi retiendra-t-on peut-être qu'au hasard d'un débat, la notion de chef de famille a disparu un jour vers une heure sept du matin du code général des impôts. Les autres grands codes de notre législation avaient déjà fait l'objet d'une toilette, mais le code général des impôts avec les bastions de la fiscalité restait hostile - dans ce domaine tout au moins - à l'égalité entre l'homme et la femme (...)* ». L'amendement fût voté à l'unanimité.

Ensuite, l'impôt sur le revenu tel qu'il a été conçu par les lois de 1914 et 1917 envisageait le foyer fiscal sur la base d'un couple de contribuables formé par un époux pourvoyeur de revenus et une épouse à sa charge. Aujourd'hui, l'impôt sur le revenu français est encore attaché à la notion de foyer fiscal, ce qui semble constituer un véritable parti pris français au regard de la législation de la majorité des Etats de l'OCDE où l'individualisation de l'impôt est désormais la règle²³. L'article 6 du code général des impôts dispose en effet que : « *Sauf application des dispositions du 4 et du second alinéa du 5, les personnes mariées sont soumises à une imposition commune pour les revenus perçus par chacune d'elles et ceux de leurs enfants et des personnes à charge mentionnés au premier alinéa ; cette imposition est établie aux noms des époux. Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du code civil font l'objet, pour les revenus visés au premier alinéa, d'une imposition commune. L'imposition est établie à leurs deux noms* ». L'imposition par foyer considère la famille comme une unité économique et sociale au sein de laquelle les ressources sont réunies et partagées.

Sur le plan théorique, la présomption de la globalisation et du partage des ressources du couple doit être discuté²⁴. En effet, elle suppose qu'il y a un groupement total des ressources dans les couples mariés (ou pacsés) où un seul

²³ L. Chatain, *Le PAS : une affaire de famille*, AJ Famille 2018 p. 598.

²⁴ Un rapport de Mme C. Coutelle réalisé en 2014 a souligné l'inégalité au sein du couple résultant de la présomption posée par le régime de l'imposition commune que les revenus du couple sont partagés : rapport AN 1875, 2014. L'amendement déposé par Mme C. Coutelle lors de l'examen de la loi de finances pour 2016 en faveur de l'imposition individualisée a été rejeté : amendement C. Coutelle n° I-745, 9 oct. 2015.

d'entre eux est rémunéré mais pas dans les autres couples (comme les couples de concubins). Or le partage des ressources d'un couple est un sujet particulièrement sensible et complexe : supposer qu'il y a de façon générale dans tous les couples mariés une mise en commun des ressources est une vue abstraite et idéologique déconnectée de la réalité, voire particulièrement naïve²⁵ qui est mise en cause par les dernières études sociologiques²⁶.

Sur le plan pratique, la taxation des revenus globalisés du foyer fiscal s'appuie sur la technique du quotient familial. Le quotient familial consiste à diviser le revenu global en plusieurs fractions dont le nombre dépend des membres de la famille avant d'appliquer le barème progressif de l'impôt. Le quotient familial regroupe en fait deux mécanismes : le quotient conjugal et le quotient familial proprement dit. Le quotient conjugal renvoie à la conception traditionnelle du foyer : les revenus des deux conjoints mariés sont globalisés puis cette somme est divisée par les deux parts attribuées au foyer. Le quotient familial comptabilise le nombre d'enfants du foyer : les deux premiers enfants représentent une demi-part et chaque enfant à partir du troisième représente une part pleine²⁷.

La taxation du foyer fiscal sur la base du mécanisme du quotient familial produit des effets pervers sur la situation du plus faible économiquement dans le couple. A cet égard, il faut rappeler que malgré des progrès incontestables, les inégalités entre les femmes et les hommes dans le domaine économique et professionnel demeurent. Les femmes gagnent toujours, en équivalent temps plein, 16 % de moins que les hommes et elles occupent 80 % des emplois à temps partiel²⁸. Compte tenu des inégalités en termes de volume de travail, les femmes perçoivent en moyenne une rémunération inférieure de 28,5 % à celle des hommes²⁹. Quand les femmes sont en couple, leurs revenus sont inférieurs

²⁵ N. Brooks, *The irrelevance of conjugal relationships in assessing tax liability*, J. G. Head and R. Krever, eds., *Tax Units and the Tax Rate Scale*, Melbourne : Australian Tax Research Foundation, 1996, 35-80, at 74, p. 62.

²⁶ C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital*, Ed. La découverte 2020. A. Jannot, *Une distribution inégalitaire des biens en faveur des hommes au sein des couples parentaux hétérosexuels*, INED, janv. 2022. L. Quillet, *Le prix à payer : ce que le couple hétéro coûte aux femmes*, Ed. Les liens qui libèrent, 2021.

²⁷ Article 194 du CGI.

²⁸ Rapport d'information fait au nom Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'égalité économique et professionnelle du 23 février 2022 de Mmes les députées M.-P. Rixain et L. Trastour-Isnart, p. 15.

²⁹ INSEE première, n° 1803, 18 juin 2020. Au sein de l'Union Européenne, les pensions de retraite des femmes sont inférieures de 29,5 % à celle des hommes en 2018 : European Commission, *2021 Report on gender equality in the UE*, Justice and consumers, p. 30.

de 42 % à ceux de leur conjoint³⁰. Il vient d'être aussi souligné que la crise liée à l'épidémie de Covid-19 a eu un impact bien plus important sur les femmes que sur les hommes, du fait notamment de leur surreprésentation dans les secteurs sous-payés comme le service à la personne et le commerce³¹.

D'une part, le quotient conjugal tend à renforcer les inégalités professionnelles entre les hommes et les femmes : le travail féminin n'est en fait considéré que comme un revenu d'appoint. Lorsque les membres d'un couple gagnent des rémunérations comparables, le système du quotient familial n'apporte aucune réduction d'impôt car la division par deux du revenu globalisé conduit à l'application du même taux du barème de l'IR que si chacun avait été imposé séparément. En revanche, si les revenus sont inégalitaires, la globalisation puis la division par deux permet de réduire le taux d'imposition. *« Par définition, plus le couple est inégalitaire, plus la réduction d'impôt est importante : le quotient conjugal fonctionne de facto comme une machine à subventionner les couples inégaux ! Voici un bien étrange objectif de politique publique. Et le plus pervers est que ce système incite les couples inégaux à le rester. »*³². L'imposition par foyer exerce donc un effet dissuasif sur le travail féminin et crée de véritables *« trappes à inactivité »*³³.

D'autre part, le quotient conjugal entraîne une surimposition des revenus du conjoint qui a les revenus les plus faibles. En vertu de l'art. 204 H du CGI, le taux de prélèvement est le taux propre au foyer fiscal tel que déterminé par l'administration fiscale. Le taux d'imposition de chaque conjoint prend donc en compte les revenus de l'autre : grâce au mécanisme du quotient familial et du barème progressif, celui qui dispose des revenus les plus élevés bénéficie d'un taux inférieur à celui qu'il aurait subi s'il avait été imposé séparément et celui qui perçoit les revenus les plus faibles est taxé à un taux supérieur au taux applicable s'il avait été imposé séparément. Ainsi, le salaire du conjoint le moins rémunéré subit le taux marginal du conjoint le mieux rémunéré³⁴.

³⁰ Rapport au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle par Mme M.-P. Rixain du 5 mai 2021, p. 5.

³¹ European Commission, *2021 Report on gender equality in the UE*, Justice and consumers, p. 19.

³² C. Landais, T. Piketty et E. Saez, *Pour une révolution fiscale*, Le Seuil, 2011, p. 66.

³³ R. Hugounenq, H. Périvier et H. Sterdyniak, *Faut-il individualiser l'impôt sur le revenu ?*, *La Lettre de l'OFCE* 2002, n° 216.

³⁴ Toutefois, l'article 204 M du CGI permet aux contribuables soumis à une imposition commune d'opter pour l'individualisation de leur taux de prélèvement.

B. – Un Droit fiscal « neutre » ?

Le Droit fiscal, comme les autres branches du Droit, a subi les effets du mouvement général tendant à la neutralisation de l'énoncé de la norme. Ce mouvement a largement contribué à supprimer les dispositions des textes qui prévoyaient un traitement différencié entre les femmes et les hommes. La neutralisation de la norme a ainsi été un véritable moteur pour promouvoir une égalité des droits entre les hommes et les femmes.

D. Lochak explique ainsi que pour garantir l'égalité, la loi doit faire abstraction des différences et l'égalité se traduit logiquement par l'invisibilité juridique des groupes que le Droit doit ignorer³⁵. En d'autres termes, les progrès de l'égalité ont été liés à l'invisibilisation des groupes victimes de discrimination et leur intégration dans la formulation universaliste de la règle de Droit. S'agissant des femmes, la présence de marqueurs du sexe dans la norme juridique a longtemps été liée à l'attribution de rôles hiérarchisés aux hommes et aux femmes. A titre d'exemple, le Code civil de 1804 énonce que « *le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* » ou que le mari est le « *chef de famille* », ce qui est le reflet juridique d'une organisation patriarcale de la société. La reformulation universaliste des dispositions du Code civil à travers le choix d'un vocabulaire « neutre » qui vise « les époux » a conduit à invisibiliser progressivement les femmes dans le Code. Ainsi, l'effacement des références spécifique au mari ou à la femme a accompagné la suppression des prérogatives réservées aux hommes. La mention des droits et des obligations des « époux » sur une base symétrique et « neutre » reflète l'égalité des droits entre l'homme et la femme dans le couple.

La matière fiscale n'est pas restée étrangère à ce mouvement d'universalisation de la norme juridique. Ainsi, comme nous l'avons vu, la loi de finances pour 1983 a supprimé l'incapacité fiscale de l'épouse et l'article 6 du CGI prévoit désormais que l'imposition commune du couple est établie au nom des époux³⁶.

D'autres mesures qui avaient un fort contenu sexiste sont progressivement supprimées du corpus législatif fiscal. A titre d'exemple, la déduction limitée du salaire du conjoint de l'entrepreneur individuel constituait une iniquité flagrante à l'égard de la situation des femmes. A cet égard, il est un stéréotype qui a la vie dure : le conjoint collaborateur est aujourd'hui encore

³⁵ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. p. 61.

³⁶ Jusqu'au 30 décembre 2019, le 1 de l'article 6 du CGI disposait : « *cette imposition est établie au nom de l'époux, précédée de la mention " Monsieur ou Madame "* ».

statistiquement et conceptuellement une femme³⁷. A l'échelle européenne, un rapport du Conseil de l'Europe énonce que 98,9 % en 1985 et 95,5 % des conjoints collaborateurs sont des femmes. En France, un rapport de la Direction Générale de la Compétitivité et de l'Industrie indique en 2008 : « *Le travail du conjoint collaborateur constitue une contribution incontestable à la vie et au succès de la petite entreprise indépendante, dans la mesure où il travaille sans rémunération, en étroite synergie avec le chef d'entreprise : les 2/3 des travailleurs indépendants mariés sont estimés recourir aux services de leur conjoint et 91 % des conjoints collaborateurs sont des femmes* »³⁸. Jusqu'à la loi de finances pour 2019, un plafond de déduction du salaire du conjoint de 17.500 € était prévu en l'absence d'adhésion à un centre de gestion agréé. Le législateur présumait ainsi qu'au-delà d'un montant de 17.500 € par an, soit environ 1.458 € par mois, la charge de salaire payée au conjoint était anormale donc devenait non déductible pour l'entrepreneur qui le versait. Compte tenu de l'écrasante majorité de femmes au sein de la cohorte des conjoints collaborateurs, la loi plafonnait en pratique le montant du salaire régulièrement payé à l'épouse : au-delà d'un certain plafond se profilait le risque d'un salaire de complaisance. Cette disposition témoignait d'un mépris à peine dissimulé pour le travail de l'épouse, nécessairement limité ou alors fictif. Cette défiance était d'autant plus remarquable que la loi ne prévoyait aucune limitation pour les autres membres du cercle familial de l'entrepreneur, qu'il s'agisse de ses enfants, de ses parents ou de ses frères et sœurs. Désormais, le I de l'article 154 du CGI dispose : « *Pour la détermination des bénéficiaires industriels et commerciaux et des bénéficiaires des professions non commerciales, le salaire du conjoint participant effectivement à l'exercice de la profession peut, à la demande du contribuable, être déduit du bénéfice imposable, à la condition que ce salaire ait donné lieu au versement des cotisations prévues pour la sécurité sociale, des allocations familiales et autres prélèvements sociaux en vigueur. (...)* ». Ainsi, la disposition plafonnant par principe la déduction du salaire du conjoint, mécanisme théoriquement neutre mais pratiquement discriminatoire au regard d'une application réelle du principe d'égalité femme-homme, a fort heureusement disparu du Code général des impôts.

³⁷ J.-C. Duhamel, *Femmes commerçantes et femmes de commerçants, Une étude sur le genre en droit commercial*, in *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, op. cit., p. 367.

³⁸ DGCIS, *Le statut du conjoint*, 2008, p. 4. Des chiffres identiques ont été repris dans la feuille de route pour 2014 du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme sous l'égide du comité interministériel aux droits des femmes et à l'égalité entre les hommes et les femmes.

C. – Un Droit fiscal « sexué » ?

La neutralité de la formulation de la règle fiscale apparaît donc comme un progrès si on la juge à l'aune d'un objectif d'égalité entre les femmes et les hommes. En effet, l'universalisme abstrait de la règle de Droit qui implique que la règle juridique soit aveugle aux différences, apparaît comme la garantie de l'égalité de tous devant la loi.

Toutefois, les paradoxes de l'universalisme ont été démontrés : à cet égard, la question des droits civiques des femmes montre comment leur exclusion s'est opérée de façon implicite, derrière une norme apparemment neutre. Ainsi, alors même que la Déclaration de 1789 affirmait le droit de tous les citoyens de participer à la formation de la loi et à accéder à tous les emplois publics, on a refusé dès la Révolution aux femmes le droit de vote et l'accès à la fonction publique. La réintégration des femmes dans les droits civiques a donc nécessité une méthode inverse de celle qui a été mise en œuvre au regard du Droit privé : pour réintégrer les femmes exclues du fait d'un postulat implicite, la loi a dû affirmer de façon explicite que les femmes devaient avoir les mêmes droits que les hommes. Il a fallu nommer les femmes pour leur garantir une égalité des droits. Ainsi, le Préambule la constitution de 1946 énonce au point 3 que « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ».

Il semble dès lors que les formulations strictement universalistes et neutres n'ont pas suffi à assurer une véritable égalité entre les femmes et les hommes. Il est en effet apparu que l'égalité prescrite dans la Déclaration de 1789, notamment, est une égalité en droit qui ne permet pas dans les faits de garantir une égalité réelle. La règle de droit, même formulée de façon générale et impersonnelle, a été conçue non pas en fonction d'une humanité abstraite mais pour s'appliquer à un individu correspondant au modèle majoritaire et dominant (par exemple le national de sexe masculin hétérosexuel appartenant à la religion majoritaire). Par ce biais, le droit légitime la domination masculine en faisant apparaître comme neutre et universel ce qui correspond en fait à une appréhension masculine de la réalité³⁹. La fausse universalité de la norme conduit parfois à des exclusions implicites de certains groupes sociaux, et

³⁹ C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge Harvard University Press, 1989, p. 237 : “*In male supremacist societies, the male standpoint dominates civil society in the form of the objective standard – that standpoint which, because it dominates the world, does not appear to function as a standpoint at all. (...) The state incorporates these facts of social power in and as law. Two things happen : law becomes legitimate and social dominance becomes invisible*”.

notamment les femmes⁴⁰. Dans ces conditions, la réalisation d'une égalité abstraite n'est pas satisfaisante si elle ne contribue pas à une égalité concrète : une loi qui ne prend en compte les différences de situation tend à conforter les inégalités au lieu de les supprimer⁴¹. Dès lors, « *L'idéal de la règle abstraite et uniforme cède donc du terrain face à une conception plus exigeante de l'égalité qui entend dépasser la simple égalité en droit pour se rapprocher d'une égalité des conditions* »⁴². Le législateur peut alors se servir du droit pour tenter de corriger certaines inégalités en prenant en considération les différences de conditions et de ressources, notamment de sexe : la loi n'est plus la même pour tous. Cette rupture avec l'idéal d'une loi identique pour tous prend encore plus de force lorsque la prise en compte des différences s'inscrit dans une politique volontariste visant à réduire les inégalités de fait en édictant des mesures préférentielles en faveur des individus qui font partie d'un groupe considéré comme défavorisé.

En France, le législateur est relativement réticent à l'égard de mesures qui pourraient se rapprocher d'une sorte de discrimination positive au nom de l'universalisme républicain. Certains traitements préférentiels au profit d'une partie de la population défavorisée socialement sont toutefois admis : on peut penser aux emplois réservés pour les handicapés ou, en matière fiscale, à la taxation à l'impôt sur le revenu au moyen d'un barème progressif aux incitations fiscales pour favoriser l'embauche de jeunes. D. Lochak estime que les différences de traitement le plus facilement admises par le législateur français sont le plus souvent fondées sur des catégorisations liées à un état contingent comme l'âge ou les ressources, mais rarement sur l'appartenance à un groupe stable et préconstitué : « *Les catégories ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'abstrait qui rassure ; les groupes ont à l'inverse une essence, une substance concrète, une permanence qui inquiètent parce qu'ils semblent menacer les postulats d'unité et d'universalité sur lesquels repose le modèle républicain* »⁴³. La prise en compte de l'appartenance à un groupe déterminé défini par une appartenance ethnique, religieuse ou liée au sexe est moins facilement admise. C'est la raison pour laquelle la politique des quotas a soulevé de nombreuses résistances, notamment les quotas mis en œuvre au profit des femmes. Ainsi seule une réforme de la Constitution a-t-elle permis de surmonter la résistance du Conseil constitutionnel à la prise en compte du sexe dans la loi électorale. En effet, l'égalité dans la sphère politique a longtemps reposé sur la promotion d'un citoyen abstrait, sans trait particulier notamment de sexe, dans une conception classique de l'universalisme

⁴⁰ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. p. 69.

⁴¹ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. p. 83.

⁴² D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. p. 11.

⁴³ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. p. 91.

républicain. Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel a invalidé dans une décision du 18 novembre 1982 une disposition législative qui, interdisant aux listes de candidats aux élections municipales de comporter plus de 75 % de candidats du même sexe, visait à attribuer aux femmes au moins le quart des sièges dans les conseils municipaux⁴⁴.

Au regard de la mise en œuvre du principe de l'égalité femme-homme, on voit dès lors surgir ici les dilemmes de la différence⁴⁵ : alors que l'effacement de la référence au sexe dans la loi a contribué à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, cette égalité juridique n'a toutefois pas permis d'atteindre une égalité réelle. Dans un cheminement inverse, il a donc fallu admettre que la loi prenne en compte les spécificités de la condition des femmes pour promouvoir une réelle égalité des chances. En matière de droits politiques, le postulat universaliste a conduit à ce que les droits de vote et d'éligibilité soient dans les faits réservés aux hommes qui sont restés massivement surreprésentés dans l'arène politique. C'est ce constat qui a conduit à la revendication de la parité s'appuyant sur la mise en place de quotas pour garantir aux femmes un égal accès aux mandats électifs. Pour lever l'obstacle posé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 est donc venue ajouter à l'article 3 de la Constitution un alinéa aux termes duquel : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ». Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, cette réforme n'a pas suffi pour permettre une mise en œuvre effective de l'égalité femme-homme au-delà des limites de la vie politique : le Conseil constitutionnel a cantonné strictement l'application de la réforme en refusant notamment de valider des dispositions imposant de respecter une certaine proportion dans la représentation des hommes et des femmes au sein des organes dirigeants des sociétés privées ou des entreprises du secteur public ainsi que dans les comités d'entreprise ou sur les listes de candidats aux conseils des prud'hommes⁴⁶. Une seconde réforme institutionnelle est donc intervenue pour mettre fin à la résistance du Conseil constitutionnel : la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a complété le deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution qui dispose désormais : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.* ». Dès lors étaient rendus

⁴⁴ Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*. Cette décision a été confirmée par une autre décision : Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999.

⁴⁵ Joan W. Scott, *Parité ! l'universel et la différence des sexes*, Albin Michel, 2005.

⁴⁶ Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

possibles le vote de la loi dite Coppé-Zimmermann du 27 janvier 2011⁴⁷ ayant institué des quotas de représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes françaises, puis celui de la loi dite Rixain du 24 décembre 2021⁴⁸ prévoyant également la mise en place de quotas de femmes dans les instances dirigeantes des entreprises.

Le droit fiscal ne peut rester aveugle à mouvement qui irrigue les autres branches du droit : si le principe d'égalité femme-homme constitue effectivement un objectif essentiel à atteindre dans un Etat attaché au respect des droits fondamentaux, il importe que les règles du droit fiscal contribuent à atteindre une égalité réelle entre les femmes et les hommes. Or, derrière une neutralité de façade de la norme fiscale, il apparaît que l'application de cette norme emporte au contraire des effets inégalitaires entre les femmes et les hommes. Les femmes et les hommes ne se trouvent pas dans une situation identique économiquement, socialement et culturellement, il conviendrait donc que la norme fiscale envisage un traitement différencié entre les hommes et les femmes, ou qu'il soit à tout le moins attentif et s'adapte à ces différences. Comme nous venons de le voir, le droit français admet d'ores et déjà qu'un traitement différencié soit mis en œuvre pour parvenir à une égalité réelle et non seulement formelle. Ce traitement différencié ne signifie pas un abandon de l'idéal universaliste de la norme, au contraire il contribue à lui donner un contenu réel : *« Car pour que cette égalité soit effective et pas seulement théorique, il faut tenir compte des différences qui existent dans la réalité, renoncer à l'uniformité d'une même loi pour tous. En transigeant avec l'idéal d'une universalité abstraite on ne renonce pas pour autant à toute ambition universaliste : on vise au contraire, en assurant une égalité réelle, à donner à l'universalité un contenu concret »*⁴⁹. Cette approche renouvelée de la norme ouvre de nombreuses perspectives pour une mise en œuvre efficace du principe d'égalité femme-homme en matière de droit fiscal.

II. – Le principe d'égalité femme-homme et le Droit fiscal : les perspectives

Certaines propositions peuvent être formulées pour résoudre les effets inégalitaires de la norme fiscale (A). Il conviendra de vérifier si ces propositions tendant à la mise en œuvre d'une égalité fiscale réelle entre les

⁴⁷ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

⁴⁸ Loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle.

⁴⁹ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. p. 91.

hommes et les femmes sont compatibles avec le principe d'égalité des contribuables en matière fiscale (B).

A. – Les propositions pour résoudre les effets inégalitaires de la norme fiscale

1. – En matière d'impôt sur le revenu

– En matière d'impôt sur le revenu, nous avons évoqué la technique du quotient conjugal qui contribue à diminuer l'impôt des couples dont les revenus sont inégalitaires. Or, comme nous l'avons déjà évoqué, les dernières statistiques indiquent que les femmes en couple ont des revenus inférieurs de 42 % à leur conjoint⁵⁰ : la conjugalisation de l'impôt qui conduit à calculer l'impôt avec le mécanisme du quotient conjugal permet donc de réduire l'impôt du plus fort pourvoyeur de revenu du couple, à savoir l'homme.

Il conviendrait donc de repenser la taxation des revenus du couple et de renoncer à la tradition française de l'imposition par foyer. L'individualisation de l'impôt sur le revenu semble en effet une nécessité dans la société moderne où les couples n'ont pas la stabilité d'antan. Les raisons conduisant à une individualisation de l'impôt sont multiples⁵¹. Sur le plan théorique, l'idéal d'un parfait partage des ressources dans le couple est désormais dépassé (s'il a jamais vraiment existé pour tous les couples français). Sur le plan pratique, la multiplication des couples vivant en union libre parallèlement à l'explosion des séparations de couples mariés ou pacsés, auxquelles s'ajoute le développement de familles dites « recomposées » où se côtoient des enfants de différents lits militent pour une individualisation de l'impôt de chacun. Également, l'individualisation de l'impôt contribuerait à favoriser le travail des femmes mariées ou pacsées et, par suite, leur indépendance économique⁵².

Le taux du prélèvement à source de l'impôt sur le revenu pose également question, comme nous l'avons vu. Dès lors que le taux de prélèvement est le

⁵⁰ Cf. supra : Rapport au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle par Mme M.-P. Rixain du 5 mai 2021, p. 5.

⁵¹ L. Chatain, *Le PAS : une affaire de famille*, AJ Famille, nov. 2018, n° 598. C. Landais, T. Piketty et E. Saez, *Pour une révolution fiscale, Le Seuil*, 2011, p. 66. Contra : M. Nicolas, *Famille et fiscalité : Recherche sur la place de la famille dans le droit fiscal*, Thèse U. Nantes, 2021, p. 462 et s. R. Hugounenq, H. Périvier et H. Sterdyniak, *Faut-il individualiser l'impôt sur le revenu ?*, La Lettre de l'OFCE 2002, n° 216.

⁵² *L'accès à l'emploi des femmes : une question de politiques*, Rapport d'une mission sur l'emploi des femmes réalisée à la demande du Ministère des droits de femmes entre mars et octobre 2013 pilotée par S. Lemièrre, p. 149.

taux propre au foyer fiscal, le taux d'imposition de chaque conjoint prend donc en compte les revenus de l'autre : par le jeu du quotient familial et du barème progressif, celui qui dispose des revenus les plus élevés bénéficie d'un taux inférieur à celui qu'il aurait subi s'il avait été imposé seul et celui qui perçoit les revenus les plus faibles est taxé à un taux supérieur au taux applicable s'il avait été imposé seul. Certes, le contribuable soumis à une imposition commune peut opter pour l'individualisation de son taux de prélèvement, ce qui permet au conjoint ayant les revenus les plus faibles (le plus souvent l'épouse) de disposer d'un taux égal à celui qui aurait été le sien s'il avait été imposé séparément (comme un célibataire bénéficiant de la moitié du quotient familial). Mais cette option pour le taux individualisé par le conjoint le moins rémunéré suppose une culture fiscale élevée. Par ailleurs, la décision d'opter ou pas pour le taux individualisé fait naturellement naître des tensions au sein des couples. On peut donc s'interroger sur le choix du législateur imposant d'abord le taux conjugal à chaque membre du couple : comment justifier l'imposition à un taux supérieur de celui qui perçoit le moins et la prime accordée à celui qui perçoit le plus ? Dès lors, le taux individualisé devrait être la norme et le taux commun l'exception, sur option⁵³.

– Quand le couple se sépare, l'application des règles du droit fiscal se révèle également défavorable pour l'ex-épouse, alors même que les femmes perdent 20 % de leur niveau de vie contre 3 % pour les hommes après une séparation⁵⁴.

Il suffit d'évoquer à titre d'exemple la question des pensions alimentaires versées pour l'entretien des enfants. Un rapport du Haut Conseil de la Famille explique qu'en cas de séparation des parents une contribution pour l'entretien et l'éducation de l'enfant est versée pour 7 enfants sur 10 et que la pension est

⁵³ L. Chatain, *Le prélèvement à la source : coup de vent sur la paix des familles ?*, Recueil Dalloz 2018, p. 2244.

⁵⁴ *Les variations de niveau de vie des hommes et des femmes à la suite d'un divorce ou d'une rupture de Pacs*, Couples et familles, Insee Références 2015. Des études plus anciennes démontrent que le revenu médian des femmes après une séparation se détériore de 31 % contre seulement 6 % pour les hommes : Y. Jauneau et E. Raynaud, *Des disparités importantes d'évolution de niveau de vie*, in *Les revenus et le patrimoine des ménages*, INSEE 2009, p. 36. Une autre étude tirée des données fiscales sur les revenus (revenu du travail, du capital mais aussi pensions alimentaires) rapportées au nombre de personnes vivant dans le ménage quand les personnes étaient encore en couple et lorsqu'elles se sont séparées montre qu'un divorce ou une rupture de Pacs est à l'origine d'une perte moyenne de niveau de vie de 19 % pour les femmes et de seulement 2,5 % pour les hommes : C. Bonnet, B. Garbinti et A. Solaz, *Gender inequality after divorce : the flip side of marital specialization. Evidence from a French administrative database*, Série des documents de travail de la direction des études et synthèses économiques, INSEE, Paris 2016.

versée par le père dans 97 % des cas⁵⁵. La pension alimentaire versée pour l'entretien et l'éducation de l'enfant est donc essentiellement versée par un père à une mère. Or, il ressort de l'article 371-2 du Code civil que chaque parent contribue à l'entretien de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, et des besoins de l'enfant. On peut dès lors penser que le père verse une pension alimentaire parce que ses ressources sont supérieures à celles de la mère. En matière fiscale, l'article 156-II-2° du CGI dispose que la pension alimentaire versée pour un enfant par un parent séparé est déductible de son revenu brut global (lorsque le débiteur ne prend pas en compte cet enfant pour la détermination de son quotient familial). Parallèlement, cette pension est taxable entre les mains du parent qui la reçoit⁵⁶. Ainsi, s'il n'existe théoriquement pas de symétrie parfaite entre la déduction de la pension par le père qui la verse et sa taxation entre les mains de la mère qui la reçoit, leur traitement est en pratique très souvent parallèle : la pension déductible pour l'un se révèle taxable chez l'autre⁵⁷. En d'autres termes, les règles du droit fiscal conduisent à taxer entre les mains de la mère une pension versée pour contribuer aux besoins de l'enfant, qui ne contribue nullement à son enrichissement, et à permettre au père de déduire les mêmes sommes. Il faut à cet égard indiquer que les sommes usuellement versées pour l'entretien d'un enfant lorsqu'il vit au foyer de son parent ne sont pas déductibles pour ce dernier. En d'autres termes, la déduction des pensions versées par les pères divorcés constitue un véritable cadeau fiscal délibérément consenti par le législateur⁵⁸.

Il serait donc équitable de modifier les dispositions actuelles entraînant la taxation des pensions alimentaires entre les mains du parent gardien, en l'occurrence la mère, dans la très grande majorité des cas. Un droit fiscal soucieux de la situation des mères ayant la lourde tâche de l'entretien et de l'éducation de l'enfant devrait ainsi exonérer les pensions qu'elles perçoivent

⁵⁵ HCF, *Les ruptures familiales, Etat des lieux et propositions*, Rapport du 10 avril 2014, p. 90.

⁵⁶ Art. 82 du CGI.

⁵⁷ L. Chatain, *L'impensé de la taxation des pensions alimentaires*, note sous CE 3^e et 8^e ch. 5 juill. 2021, Dr. fisc. n° 40, 7 oct. 2021, n° 381, p. 23. F. Douet, *À la recherche des aliments fiscalement perdus !* : Dr. famille 2014, étude n° 15, spéc. n° 7-8. Également, la doctrine administrative indique : « À titre de règle pratique, sont imposables entre les mains de celui qui les reçoit les pensions alimentaires qui sont déductibles du revenu global de celui qui les verse. Dans le cas contraire, elles ne sont en principe pas imposables » (BOI-RSA-PENS-10-30, 12 sept. 2012, n° 80).

⁵⁸ « Impensé sexiste, la fiscalisation des pensions alimentaires constitue un cadeau de l'Etat français aux hommes des classes moyennes et supérieures, qui renforce encore l'inégalité économique avec leurs ex-conjointes » : C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital*, Ed. La découverte 2020, p. 191.

à ce titre. Une proposition de loi en ce sens a d'ailleurs été discutée à l'Assemblée nationale lors du vote de la loi de finances pour 2023⁵⁹.

– On peut également évoquer la question des prestations compensatoires. On sait que la séparation du couple a des conséquences majeures sur le train de vie de la mère : la prestation compensatoire est censée compenser cette perte de revenu. Dès lors, la femme est créancière de cette prestation dans plus de 9 cas sur 10⁶⁰. Le traitement fiscal de la prestation compensatoire dépend des modalités de son versement. En vertu de l'article 199 octodécies du CGI, la prestation compensatoire en capital versée en numéraire ouvre droit à une réduction d'impôt au profit de son débiteur. Pour en bénéficier, la prestation doit être versée en une seule fois ou de façon échelonnée sur une période maximale de 12 mois à partir de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée⁶¹. Concomitamment, la prestation compensatoire versée sur une période inférieure à 12 mois n'est pas imposable entre les mains de son créancier. En revanche, la prestation compensatoire en capital payée en numéraire en application de l'article 275 du Code civil est déductible du revenu global de son débiteur lorsque les versements sont effectués sur une période supérieure à 12 mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée ou de la date à laquelle la convention de divorce par consentement mutuel mentionnée à l'article 229-1 du Code civil a acquis force exécutoire. La prestation compensatoire déduite par le débiteur constitue alors un revenu imposable pour le bénéficiaire⁶². En somme, si le mari parvient à négocier le paiement de la prestation compensatoire sur une période supérieure à 12 mois, il bénéficie de la déduction des montants versés de l'assiette de son impôt sur le revenu, sommes qui deviennent taxables pour l'ex-épouse. C'est donc la double peine pour celle-ci : non seulement elle ne bénéficie pas immédiatement du montant de la prestation, mais encore elle est taxée sur les versements quand elle les perçoit. Ici encore, la règle fiscale qui est apparemment neutre se révèle particulièrement inégalitaire quand on vérifie ses conditions réelles d'application.

⁵⁹ Proposition de loi relative à la charge fiscale de la pension alimentaire enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 août 2022, AN n° 229. L. Chatain, *Le mécanisme fiscal de taxation-déduction de la pension alimentaire versée par le père révèle une profonde iniquité*, Le Monde, 13 octobre 2022.

⁶⁰ V. Avena-Robardet, *Prestations compensatoires : statistiques*, AJ famille 2016, p. 510. Voir également l'enquête réalisée au TGI de Lyon sur l'ensemble de l'année 2007 portant sur 4.209 décisions de divorce : H. Fulchiron et R. Daubricourt, *La prestation compensatoire, mythes et réalités*, D. 2010, p. 2170.

⁶¹ Cette réduction d'impôt est égale à 25 % du montant des versements effectués retenus dans la limite de 30 500 € pour l'ensemble de la période de 12 mois (soit une réduction d'impôt maximale de 7 625 €).

⁶² Article 80 quater du CGI.

2. – En matière de droits de mutation

– En matière de droits de mutation, le droit fiscal impose le transfert du patrimoine lorsqu'il est vendu (il s'agit de droits de mutation à titre onéreux) ou lorsqu'il est donné ou légué (il s'agit de droits de mutation à titre gratuit). Les droits de mutation à titre onéreux qui pèsent sur l'acquéreur s'appliquent à des taux différents en fonction du bien qui est cédé : à titre d'exemple, l'acquisition d'actions entraîne le paiement de droits d'enregistrement au taux de 0,1 %⁶³ alors que l'acquisition d'un fonds de commerce est taxée sur la base d'un taux proportionnel de 3 % ou 5 % en fonction de la valeur du fonds⁶⁴. Les droits de mutation à titre gratuit sont taxés selon un barème qui dépend du lien de parenté entre le donataire ou légataire et le bénéficiaire⁶⁵.

On pourrait estimer que l'application d'un taux unique pour la transmission ou la cession d'un patrimoine au profit d'une femme ou d'un homme relève de la stricte application du principe d'égalité : chacun, qu'il soit homme ou femme, est imposé de la même façon lorsqu'il reçoit ou achète un bien. Or des études récentes démontrent une forte inégalité entre les femmes et les hommes en termes de patrimoine⁶⁶. Il est également frappant de constater que la réduction de la différence de revenus entre les femmes et les hommes (qui reste réelle) n'a pas d'effet en termes de patrimoine puisque au contraire, les inégalités de patrimoine augmentent : les inégalités de patrimoine entre les femmes et les hommes sont passées de 9 % en 1998 à 15 % en 2015⁶⁷. Dans ces conditions, peut-on concevoir que les femmes et les hommes se trouvent dans une situation identique face aux droits de mutation ? Dans un objectif de promotion de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, on pourrait considérer de prendre en compte la situation réelle des femmes et des hommes : si les inégalités de patrimoine se creusent entre les sexes, l'application d'une taxation identique pour les transferts de biens au profit des femmes ne contribue pas à remédier à cette inégalité. Le principe de l'égalité en matière fiscale permet d'appliquer des règles fiscales différentes à des situations différentes :

⁶³ Article 726 du CGI.

⁶⁴ Article 719 du CGI : taux du droit d'enregistrement auquel doivent être ajoutés les taxes additionnelles départementale et communale.

⁶⁵ Article 777 du CGI.

⁶⁶ C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital*, op. cit., p. 14.

⁶⁷ Rapport au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle par Mme M.-P. Rixain du 5 mai 2021, p. 5.

il serait donc envisageable que le droit fiscal traite de façon différente la taxation des mutations de patrimoine au profit de femmes⁶⁸.

– La question de l'impôt sur la fortune immobilière soulève des difficultés identiques au regard de l'égalité femme-homme. Il faut rappeler que l'IFI impose la détention d'un patrimoine immobilier pour sa valeur au 1^{er} janvier de chaque année selon un barème fixé à l'article 977 du CGI (le taux s'échelonne de 0,5 % pour la fraction de la valeur nette taxable du patrimoine supérieure à 800.000 € et inférieure à 1.300.000 € jusqu'à 1,50 % au-delà de 10.000.000 €). Les difficultés posées par l'IFI sont de deux ordres.

D'une part, on peut s'interroger sur la pertinence d'une taxation identique du patrimoine immobilier détenu par une femme ou par un homme. Si l'objet d'un législateur respectueux du principe d'égalité femme-homme est de prendre des mesures tendant à parvenir à une égalité réelle, pourrait-il envisager une imposition différente entre ces deux catégories de contribuables placés dans une situation différente ? Par exemple, la loi fiscale pourrait prévoir des taux d'imposition différents en fonction du sexe du propriétaire du bien immeuble, ou un abattement sur la valeur du bien détenu⁶⁹.

D'autre part, la conjugalisation de l'impôt sur la fortune immobilière a des effets négatifs pour les femmes. L'article 964 du CGI prévoit une imposition commune à l'IFI des couples mariés, pacsés mais également des personnes vivant en concubinage notoire. Cette imposition commune est déconnectée du régime matrimonial des époux. Ainsi, chaque membre du couple supporte une imposition sur des biens immeubles qui constituent éventuellement un bien propre de son conjoint. Lorsque la différence de patrimoine entre les femmes et les hommes est actée, et qu'elle s'accroît encore, n'est-il pas contraire au principe d'égalité de faire supporter aux femmes vivant en couple une imposition sur le patrimoine de leur conjoint ? Certes, il faudrait pouvoir évaluer la répartition réelle du paiement de l'impôt entre les membres du couple, compte tenu notamment du régime matrimonial choisi. Dans un régime communautaire, la taxation commune d'un bien détenu en commun ne semble pas poser de difficulté. Toutefois, l'hypothèse de la taxation commune d'un bien propre est plus problématique : si l'impôt est effectivement payé par l'époux propriétaire du bien avec ses deniers personnels, il faut encore que la répartition entre les conjoints des charges liées à l'entretien du foyer ne prenne pas en compte cette dépense, laissant à l'épouse le paiement des charges

⁶⁸ Nous proposons ici des pistes de réflexion : les limites politiques des propositions formulées nous conduisent toutefois à penser que les solutions proposées ne semblent pas réalisables, et peut-être même pas souhaitables.

⁶⁹ Cf. note 67 supra.

courantes. En d'autres termes, la répartition des charges de fonctionnement du foyer relève de l'intime du couple, et de nombreuses combinaisons sont possibles. Il a cependant été montré qu'il existe une répartition genrée des charges du ménage⁷⁰ : les hommes s'acquittent des dépenses structurantes comme les impôts et le remboursement des emprunts alors que les femmes paient les dépenses d'entretien, de nourriture ou de garde d'enfants. Dans une telle configuration, le paiement de l'IFI par l'époux sur un bien propre, alors que son épouse acquitte les dépenses courantes du foyer contribue à aggraver les différences patrimoniales entre les conjoints.

3. – En matière de TVA

En matière de TVA, l'application du principe d'égalité femme-homme peut également être interrogée. Ici encore, la question peut sembler de prime abord saugrenue : le contribuable subit la taxe sur la valeur ajoutée en fonction de sa consommation et le fait qu'il soit femme ou homme n'exerce pas d'influence sur le quantum de la taxe acquittée. Une analyse plus fine serait de considérer la nature des produits consommés en fonction du sexe du consommateur. Il existe en France quatre taux de TVA : au taux normal de 20 % s'ajoutent les taux réduits de 10 %, 5,5 % et 2,1 %. « *L'idée générale est de soumettre au taux réduit les 'consommations populaires' et autres opérations méritant d'être encouragées* »⁷¹. Ainsi, le taux réduit à 5,5 % s'applique aux produits et services de première nécessité comme par exemple l'eau et les boissons non alcooliques ainsi que les produits destinés à l'alimentation humaine⁷², les appareillages spéciaux pour handicapés, l'hébergement et services rendus aux personnes handicapées ou âgées, la fourniture de repas dans les cantines scolaires, les abonnements au gaz et à l'électricité ou encore la culture (livres, spectacles et cinéma)⁷³. Le taux réduit à 10 % s'applique notamment aux produits d'origine agricole et de la pêche, aux ventes à consommer sur place, au transport de voyageurs, aux travaux portant sur les locaux d'habitation et à certains services à la personne (comme les travaux ménagers ou la garde d'enfants à domicile, mais pas les travaux de jardinage ou les cours à domicile qui relèvent du taux normal⁷⁴). Quant au taux super réduit de 2,1 %, il s'applique aux publications de presse d'intérêt

⁷⁰ L. Quillet, *Le prix à payer : ce que le couple hétéro coûte aux femmes*, op. cit.

⁷¹ M. Cozian, F. Deboissy et M. Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis 45^{ème} éd. 2022-2023, p. 677, n° 1755.

⁷² A l'exception toutefois de certains produits soumis au taux normal de 20 % comme certains chocolats, graisse végétale ou caviar et les ventes d'aliments à emporter ou à livrer soumises au taux intermédiaire de 10 %.

⁷³ Article 278-0 bis du CGI.

⁷⁴ Article 278 bis et suivants du CGI.

général⁷⁵ et aux médicaments remboursables par la Sécurité sociale⁷⁶. Enfin, il faut indiquer que dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, la fiscalité a été mise à contribution par la mise en œuvre de taux réduit de TVA pour les produits utilisés dans le cadre des mesures sanitaires (masques, lunettes de protection, gel hydro-alcoolique, tests covid...) ⁷⁷.

Ainsi, le législateur accepte de moduler le taux de la TVA en fonction des biens et services consommés, et donc du public concerné, qu'il s'agisse des consommateurs des produits ou de leurs producteurs. La mise en œuvre des taux réduits de TVA permet notamment de compenser un des défauts majeurs du mécanisme de la TVA qui conduit à taxer tous les consommateurs de façon identique sans prise en compte de leur capacité contributive réelle. En d'autres termes, l'absence de progressivité de la TVA est partiellement compensée par la mise en œuvre de taux réduits pour les produits de première nécessité consommés par les ménages les moins aisés.

Au regard des produits dits de première nécessité, certains lobbys féministes se sont battus pour que les produits d'hygiène féminine soient inclus dans la catégorie des biens soumis au taux réduit⁷⁸. L'article 10 de la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016 est venue soumettre les produits de protection hygiénique féminine, auparavant soumis au taux normal de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), au taux réduit de 5,5 % pour les opérations intervenant à compter du 1er janvier 2016⁷⁹. On voit ainsi ici l'impact du principe d'égalité femme-homme en matière de TVA : la catégorisation des produits permettant d'appliquer tel taux réduit de TVA impose un détour par l'analyse sociale de leur consommation. La recherche d'une égalité réelle entre les femmes et les hommes suppose donc de s'intéresser à l'application matérielle, *in concreto*, de la norme fiscale.

4. – En matière de solidarité fiscale

Le droit fiscal prévoit une solidarité conjugale qui s'impose aux conjoints mariés ou unis par un pacte civil de solidarité à l'égard de l'impôt sur le revenu,

⁷⁵ Article 298 septies du CGI.

⁷⁶ Article 281 octies du CGI

⁷⁷ Article 278-0 bis du CGI.

⁷⁸ Voir notamment les combats du collectif féministe Georgette Sand. A titre d'exemple, l'Assemblée nationale a voté le 14 octobre 2015 contre la baisse du taux de la taxe de valeur ajoutée de 20 % à 5,5 % sur les produits d'hygiène féminine. Cet amendement dit « *taxe tampon* » avait été proposé par des députés socialistes et porté par la présidente de la délégation aux droits des femmes, Catherine Coutelle, lors de l'examen de la loi de finances 2016.

⁷⁹ Article 278-0 bis, A-1° bis du CGI.

de la taxe d'habitation et de l'impôt sur la fortune immobilière. En vertu du I de l'art. 1691 *bis* du CGI, les époux et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité sont tenus solidairement au paiement de l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune et de la taxe d'habitation lorsqu'ils vivent sous le même toit. L'art. 1723 *ter*-00 B prévoit également que les époux et partenaires liés par un Pacs sont solidaires pour le paiement de l'impôt sur la fortune immobilière⁸⁰. Cette solidarité peut, en outre, être mise en œuvre après le divorce, la séparation ou la rupture du Pacs pour les impositions nées auparavant. Ainsi le Trésor public peut demander à un ancien conjoint le paiement de la totalité de ces impôts liés à la période de vie commune, nonobstant sa propre situation financière.

La solidarité fiscale crée un risque financier évident et majeur pour celui qui devra supporter l'obligation fiscale globale. En matière d'impôt sur le revenu, les deux conjoints sont susceptibles d'être spoliés par cette solidarité, mais le risque pèse plus lourdement sur celui dont les revenus sont les plus faibles : il pourra être amené à payer les impôts du conjoint mieux rémunéré ou plus fortuné. Par ailleurs, le régime matrimonial est sans influence sur la mise en œuvre de la solidarité des époux pour le paiement de l'impôt sur le revenu⁸¹ : dans l'hypothèse d'un régime séparatiste, l'époux ayant le patrimoine le plus faible peut être amené à supporter l'impôt de celui disposant d'un patrimoine plus confortable. En matière d'impôt sur la fortune, l'iniquité de la solidarité est encore plus marquée. Le conjoint ou le compagnon pacsé peut supporter une imposition solidaire sur des biens qui sont la propriété exclusive de l'autre dans la mesure où la solidarité fiscale s'applique nonobstant le régime matrimonial. Ainsi, dans une société où la disparité des salaires et des patrimoines est encore marquée, la solidarité fait peser un risque important sur l'épouse dont les revenus et le patrimoine sont majoritairement inférieurs à ceux de son conjoint. En cas de défaillance ou de malversation du conjoint, l'épouse est tenue solidairement du paiement de l'impôt : la femme qui ne travaille pas ou gagne moins peut donc être amenée à supporter solidairement une charge fiscale qui ne correspond ni à ses revenus ni à son patrimoine, ni à un comportement particulier. Le droit fiscal choisit donc délibérément de protéger l'intérêt financier de l'État au détriment de celui de l'épouse.

En cas de séparation du couple, le mécanisme de solidarité se révèle encore plus pernicieux : l'épouse divorcée reste tenue solidairement des impôts

⁸⁰ La solution était identique pour l'ISF aux termes de l'ancien art. 1723 *ter*-00 B.

⁸¹ CE 8^e s.-s. 27 nov. 1963 n° 45235 ; CE 7^e et 9^e s.-s. 24 juill. 1981 n° 15128 et 14974, *RJF* 10/81 n° 936 ; CE 8^e et 9^e s.-s. 1^{er} juin 1983 n° 22995, *RJF* 8-9/83 n° 1075 ; CE 3^e s.-s. 22 janv. 2007, n° 274146, *Anastasiu*, *RJF* 12/05 n° 1482.

du couple nés lors de la période de vie commune⁸². Alors que le divorce entraîne pour une majorité de femmes une perte sensible de revenus, leur situation financière peut être encore obérée par le paiement d'impositions sur des revenus dont elles n'ont pas bénéficié ou sur un patrimoine qu'elles ne possèdent pas.

On le constate donc ici encore : la règle instituant une solidarité fiscale entre les époux et les partenaires pacsés présente une apparence d'égalité. Mais derrière la neutralité du texte se cache une application inégalitaire de la norme, compte tenu de la situation sociologique réelle des femmes et des hommes dans le couple.

Un mécanisme de décharge de solidarité a été prévu par la loi pour remédier à cette injustice (article 1691 bis du CGI). Toutefois, les conditions à satisfaire pour bénéficier de la décharge de solidarité sont particulièrement strictes⁸³. La décharge est notamment subordonnée à l'existence d'une disproportion marquée entre le montant de la dette fiscale et la situation financière et patrimoniale du demandeur. Jusqu'au vote de la loi de finances pour 2022, l'administration estimait que si la situation financière du demandeur à la date de la demande (c'est-à-dire ses revenus) permet de procéder à un règlement de la dette fiscale nette de la valeur du patrimoine sur une période n'excédant pas dix ans, la disproportion n'est pas considérée comme marquée⁸⁴. Autrement dit : si la dette fiscale est inférieure à la valeur du patrimoine de l'époux poursuivi ou s'il peut la régler sur une période de dix années, la décharge n'est pas accordée. Ainsi, l'époux solidaire ne doit disposer que de revenus ou d'un patrimoine très faibles pour pouvoir bénéficier de la décharge. Il apparaît qu'en pratique, les demandes de décharge de solidarité sont dans une large majorité formées par des femmes⁸⁵. Il ressort également des dernières statistiques publiées par la DGFIP que, depuis 2014, 75 % en moyenne des demandes de décharge de solidarité sont rejetées par l'administration fiscale⁸⁶. La loi de finances pour 2022 a modifié les dispositions de l'article 1691 bis du CGI dont le 2 du II dispose désormais : « *La décharge de l'obligation de paiement est accordée en cas de disproportion marquée entre le montant de la*

⁸² En matière de solidarité ménagère, le Pr. I. Dauriac écrit : « *Quand elle conduit systématiquement à sacrifier l'époux ou aussi le partenaire abandonné à la sécurité des tiers qui, certes, peuvent être de bonne foi, la rigueur de la règle est parfois regrettable* » : *Les couples à l'épreuve de la solidarité ménagère*, Gaz. Pal. 11 déc. 2008, n° 346, p. 18.

⁸³ M. Douay, *Responsabilité solidaire des époux et partenaires liés par un PACS*, *Jurisclasseur Procédures fiscales*, Fasc. 589, 31 déc. 2015, n° 30 et s.

⁸⁴ BOI-CTX-DRS-10, 14 octobre 2015, n° 130 et s.

⁸⁵ Amendement AN n° II-CF1508, PLF pour 2022 n° 4482.

⁸⁶ Tableau de la DGFIP du 21 juin 2021 cité par Collectif des femmes divorcées victimes de la solidarité fiscale.

dette fiscale et, à la date de la demande, la situation financière et patrimoniale, nette de charges, du demandeur. La situation financière nette du demandeur est appréciée sur une période n'excédant pas trois années. ». La loi limite donc aujourd'hui à trois ans de l'appréciation des revenus de l'ex-époux poursuivi pour les dettes fiscales communes, ce qui constitue un progrès au regard de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Mais, au-delà de cette appréciation financière, la situation patrimoniale de l'ex-conjoint devrait être également précisée par le législateur. Aujourd'hui, la situation patrimoniale est évaluée largement par l'administration fiscale qui englobe l'ensemble des biens mobiliers et des biens immobiliers du demandeur, y compris ses « biens propres », les immeubles détenus antérieurement au mariage ou au Pacs (à l'exception, heureusement, de la résidence principale, fruit d'une « tolérance » administrative). Cette pratique met gravement en danger l'ex-épouse pour laquelle, au cataclysme du divorce, s'ajoute la tourmente fiscale. Il conviendrait donc que la loi exclut expressément de la situation patrimoniale nette du demandeur la résidence principale dont il est propriétaire ainsi que les biens immobiliers détenus antérieurement au mariage ou au Pacs.

B. – Le rapprochement des principes d'égalité : égalité des contribuables et/ou égalité femme-homme ?

1. – Les contours du principe d'égalité en matière fiscale

En matière fiscale, le principe d'égalité se décline sous deux formes⁸⁷ : il relève, d'une part, du respect du principe général d'égalité devant la loi tel qu'il est énoncé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, d'autre part, de l'article 13 de cette même Déclaration selon lequel : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.* ». Il faut souligner à titre liminaire que la distinction entre les deux versions du principe d'égalité en matière fiscale est souvent malaisée et le Conseil constitutionnel décide ainsi parfois de « *faire masse du principe d'égalité dans ses deux branches de l'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques* »⁸⁸.

⁸⁷ Sur le principe d'égalité en matière fiscale : B. Castagnède, *Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale*, LPA, 1^{er} mai 2001, n° 86, p. 4. E. Meier et G.-H. Boucheron, *Les droits et libertés constitutionnels en matière fiscale*, Dr. fisc. 2010, n° 12, comm. 242, p. 18. O. Fouquet, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 33, 2011, p. 7. L. Fériel, *Le législateur et le principe d'égalité devant les charges publiques*, Dr. fisc. 2013, n° 22, étude 299.

⁸⁸ Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2010-QPC du 6 août 2010.

– Le principe d'égalité devant la loi signifie que deux contribuables placés dans une situation identique doivent être traités de la même façon. Cependant, ce principe ne signifie pas que deux personnes placées dans une situation différente doivent nécessairement être traitées d'une manière différente⁸⁹.

Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le principe d'égalité devant la loi n'est pas absolu : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁹⁰. Ainsi, le législateur peut déroger au principe d'égalité pour des raisons d'intérêt général si la différence de traitement en résultant est en rapport avec l'objet de la loi.

Le Conseil constitutionnel permet ainsi des dérogations au principe d'égalité lorsque les différences de traitement instaurées par le législateur sont en rapport avec l'objet de la loi. Par exemple, il admet les différences de traitement lorsque le législateur entend modifier les comportements des contribuables : il indique ainsi dans sa décision du 29 décembre 2009 que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs* »⁹¹. Par ailleurs, il admet la mise en œuvre de régimes de faveur pour certains contribuables s'ils reposent sur des critères objectifs et rationnels⁹².

– La notion d'égalité devant les charges publiques posée par l'article 13 de la Déclaration soumet l'imposition des contribuables à une double contrainte : l'impôt doit être prélevé de façon égalitaire et il doit respecter les facultés contributives de chacun. Selon le Conseil constitutionnel, « *conformément à l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; que cette appréciation ne doit cependant*

⁸⁹ Cons. const., 29 déc. 2003, n° 2003-489 DC.

⁹⁰ Cons. const., 27 déc. 2002, n° 2002-464 DC ; Cons. const., 14 août 2003, n° 2003-483 DC. Plus récemment : Cons. const., 14 mai 2021, n° 2021-907 QPC : Dr. fisc. n° 24, 17 juin 2021, n° 282, note L. Chatain.

⁹¹ Cons. const., 20 déc. 2009, n° 2009-599 DC.

⁹² Cons. cont. 28 déc. 1995, n° 95-369 DC.

pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »⁹³.

Il a été souligné que la jurisprudence n'aboutit que rarement à une décision de censure dans la mesure où le Conseil constitutionnel entend laisser au législateur une large mesure d'appréciation en la matière⁹⁴. Dans une formulation régulièrement reprise, il indique en effet : « *Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »⁹⁵. Cependant, les conséquences du principe lié au respect des capacités contributives sont importantes⁹⁶. Le respect des capacités contributives du contribuable justifie par exemple le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu des personnes physiques : la charge fiscale du contribuable doit être plus lourde si ses capacités contributives sont plus élevées⁹⁷.

2. – La confrontation entre le principe d'égalité fiscale et le principe d'égalité femme/homme

On peut s'interroger sur la confrontation entre le respect du principe d'égalité devant l'impôt dans sa double branche d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques et le principe d'égalité femme-homme. Cette confrontation conduit à vérifier, d'abord, si le principe d'égalité fiscale tel qu'il est aujourd'hui mis en œuvre ne conduit pas nier la différence de situation réelle existant encore entre les femmes et les hommes. Cette confrontation impose ensuite de s'assurer que les dispositions actuelles du droit fiscal, même si elles semblent respecter formellement le principe d'égalité devant l'impôt, ne conduisent pas matériellement à accentuer l'inégalité entre les femmes et les hommes. On pourra alors se demander si le législateur peut édicter des mesures ayant pour objet de favoriser une égalité réelle entre les femmes et les hommes, dans le respect du principe d'égalité devant l'impôt.

⁹³ Cons. cont., 28 déc. 2000, n° 2000-442 DC.

⁹⁴ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ 13^{ème} éd. 2022-2023, p. 34 n° 34.

⁹⁵ Voir notamment : Cons. const., 14 mai 2021, n° 2021-907 QPC : Dr. fisc. n° 24, 17 juin 2021, n° 282, note L. Chatain.

⁹⁶ En matière de fiscalité des entreprises : D. Gutmann, *Réflexions sur la constitutionnalisation du droit fiscal des entreprises en France*, Revue européenne et internationale de droit fiscal, n° 2020/1, p. 68.

⁹⁷ Cons. const. 28. Déc. 1990, n° 90-285 DC ; Cons. const. 21 juin 1993, n° 93-320 DC ; Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388 DC.

– Le principe égalitaire en matière fiscale revêt une signification particulière dans la mesure où l'impôt relève d'un régime légal et réglementaire purement objectif⁹⁸. Le contribuable est placé dans une situation statutaire dont le contenu est fixé d'une manière générale et impersonnelle qui est identique pour tous les redevables appartenant à une catégorie déterminée. Le droit fiscal exclut toute mesure qui aurait pour effet de déroger aux lois ou règlements fiscaux. Ainsi le principe de légalité en matière fiscale assure aussi l'égalité juridique de tous les citoyens devant l'impôt : l'égalité fiscale est étroitement liée à la légalité de l'impôt. Dès lors, la règle fiscale s'applique de façon uniforme à tous les contribuables qui se trouvent dans la même situation.

Le Conseil d'État refuse d'entrer dans des considérations économiques ou sociales pour rechercher si le principe d'égalité devant l'impôt a été respecté et applique rigoureusement une conception juridique du principe égalitaire⁹⁹. Le juge s'interdit de faire prévaloir des considérations de justice sociale dans la mesure où le caractère statutaire de la situation du contribuable implique qu'il est placé dans une catégorie générale et impersonnelle, identique pour tous les contribuables dans la même situation définie par la loi. L'administration, pour sa part, est dans une situation de compétence liée qui lui impose d'appliquer strictement la loi sans y déroger, même dans un but d'efficacité ou d'équité. « *C'est paradoxalement la nécessité de garantir une stricte égalité de tous les citoyens devant l'impôt qui exclut la possibilité pour l'administration de déroger à la loi même pour tenir compte des cas particuliers, dans le but de régler la situation de contribuables d'une manière qui paraîtrait plus conforme aux exigences découlant d'une application concrète du principe même d'égalité* »¹⁰⁰.

Dans ce contexte, le fait qu'un contribuable soit un homme ou une femme n'entraîne, *a priori*, pas de conséquence en matière fiscale. Ainsi, le revenu net d'un contribuable est calculé dans la catégorie liée à la sa nature (par exemple salaire, revenu de capitaux mobiliers, plus-value) puis taxé selon les règles de l'impôt sur le revenu, quel que soit le sexe de ce contribuable. Les droits de mutation à titre onéreux ou à titre gratuit s'appliquent de la même façon à un cessionnaire ou donataire féminin ou masculin. La TVA s'applique de façon identique au consommateur homme ou femme. Dans un premier regard, les règles du droit fiscal sont donc parfaitement neutres dans la mesure où elles sont identiques pour tous les contribuables qu'ils soient homme ou femme dès lors qu'ils relèvent d'une même catégorie.

⁹⁸ J. Lamarque, O. Négrin et L. Ayrault, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, p. 430, n° 688.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Idem.*

Mais on peut se demander si les femmes et les hommes se trouvent dans une situation identique eu égard à la norme fiscale. Au regard de leur situation économique, les femmes ont encore des revenus inférieurs aux hommes, qu'elles soient célibataires ou en couple : cela s'explique par une rémunération inférieure à poste égal, le nombre plus faible d'heures supplémentaires effectuées par les femmes et l'effet du travail à temps partiel. Au regard de leur situation familiale, les femmes séparées ont très majoritairement la garde des enfants, ce qui constitue une charge temporelle et financière, au-delà de la fameuse « charge mentale », qui contribue encore à renforcer les inégalités économiques avec les hommes. Au regard de leur situation sociologique, il a été démontré le poids des traditions qui contribuent à conforter ou renforcer les différences de patrimoine entre les femmes et les hommes¹⁰¹.

Dès lors, il pourrait être soutenu que les femmes et les hommes en France ne se trouvent pas dans la même situation au regard de la norme fiscale. Comme nous l'avons vu, le respect du principe d'égalité fiscale tel qu'il est posé par les articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 conduit à ce que deux contribuables placés dans une situation identique soient traités de façon identique ; mais une différence de situation peut justifier une différence de traitement : égalité ne signifie pas uniformité. Dans ces conditions, la norme fiscale pourrait tout à fait prendre en considération la différence de situation réelle entre les femmes et les hommes pour déterminer l'assiette ou les modalités d'une imposition.

– Par ailleurs, nous avons rappelé que le Conseil constitutionnel autorise des dérogations au principe d'égalité lorsque les différences de traitement instaurées par le législateur sont en rapport avec l'objet de la loi. A cet égard, L. Fonbaustier écrit même : « *Consubstantielle à l'affirmation du principe (d'égalité), on retrouve donc celle de discrimination, et l'on pressent alors ce qui n'est qu'un apparent paradoxe : dans le monde de la fiscalité, l'aspiration à une égalité 'de fait' impose (si l'on nous permet l'expression) l'inégalité 'en droit', autrement dit des lois différentes ou, si l'on préfère, une différenciation par la loi* »¹⁰².

Or il apparaît que l'application pratique de la norme fiscale peut contribuer à conforter ou accentuer des inégalités entre les femmes et les hommes. Si l'égalité femme-homme constitue un objectif majeur de notre Etat de droit, il serait donc justifié que la loi fiscale prévoie des dispositifs dérogatoires afin de tenir compte des spécificités de la condition féminine aujourd'hui. A titre

¹⁰¹ C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital*, op. cit.

¹⁰² L. Fonbaustier, *Réflexions critiques sur un principe à texture ouverte : l'égalité devant l'impôt*, Archives de philosophie du droit 46 (2002), p. 82.

d'exemple, rappelons la proposition formulée au regard de la taxation des contributions versées par un parent (le père dans l'écrasante majorité des cas) pour l'entretien et l'éducation des enfants. Nous avons vu que ces pensions sont à ce jour taxables à l'impôt sur le revenu entre les mains des mères bénéficiaires et déductibles de l'assiette de cet impôt pour les pères qui les versent. Si l'on considère que ces pensions ont effectivement la nature d'un revenu pour le parent bénéficiaire (ce qui est en soi discutable dans la mesure où elles constituent une répartition de la charge d'entretien de l'enfant entre ses parents), la loi fiscale pourrait toutefois prévoir que ces sommes, absorbées par l'entretien de l'enfant, ne sont pas taxables entre les mains de la mère qui assume la lourde tâche de son éducation.

Au surplus, il faut indiquer que l'impôt n'a plus pour seul objet de pourvoir aux besoins de financement de l'Etat mais permet encore d'orienter les comportements des contribuables pour les considérations économiques et sociales¹⁰³. L'acception interne du principe d'égalité devant l'impôt et devant les charges publiques n'interdit pas au législateur d'utiliser l'obligation fiscale pour influencer sur le comportement des contribuables. Le législateur demeure libre de prévoir un traitement fiscal spécifique selon l'activité économique à l'origine de la matière imposable, sa localisation ou la personne de son titulaire. Toutefois, le principe d'égalité devant l'impôt astreint le législateur dans la détermination des catégories de contribuables soumis à l'imposition. Le législateur peut favoriser ou défavoriser certaines activités ou comportements pour des considérations relevant de l'intérêt général, mais il doit délimiter ces catégories d'imposition selon des critères rationnels et objectifs. Le principe d'égalité contraint donc le législateur à une certaine cohérence dans la détermination des divers régimes fiscaux. Cela impose de soumettre au même traitement fiscal les opérateurs formant une catégorie homogène au regard de la politique poursuivie¹⁰⁴.

Dans ces conditions, il nous paraîtrait juste qu'un impôt établi dans le respect de l'intérêt général, et plus particulièrement des droits économiques des femmes, ait pour mission de contribuer à une égalité réelle entre les hommes et les femmes, au même titre que la promotion d'une redistribution des richesses au profit des contribuables les plus modestes ou le développement économique

¹⁰³ M. Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, LGDJ Systèmes, 14ème éd. 2020, p. 204 ; G. Orsoni, *L'interventionisme fiscal*, PUF, 1995, p. 19 n° 8 ; A. Perrin-Dureau, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, p. 6, n° 4.

¹⁰⁴ A. Perrin-Dureau, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, op. cit. p. 20, n° 11.

de telle région sinistrée¹⁰⁵. Dès lors, un législateur conscient de l'impact réel de la norme fiscale sur la situation économique des femmes, pourrait tout à fait prévoir des dispositions spécifiques pour influencer sur le comportement des contribuables. A titre d'exemple, une meilleure insertion des femmes dans le monde du travail pourrait être facilitée par une réforme ambitieuse conduisant à individualiser l'impôt sur le revenu, ou, plus modestement, à remplacer le taux conjugalisé du taux du prélèvement à la source de l'IRPP par le taux individualisé. A ce jour, le Conseil constitutionnel considère que la prise en compte des capacités contributives s'oppose à ce qu'il ne soit tenu aucun compte de l'existence du foyer fiscal en matière d'impôt sur le revenu¹⁰⁶. L'individualisation de cet impôt imposerait donc une refonte profonde tendant à passer d'une logique familiale s'appuyant sur le quotient familial et l'application d'un barème progressif à une logique individuelle à imaginer.

En conclusion, l'analyse du principe d'égalité entre les femmes et les hommes à l'aune du Droit fiscal se révèle d'une grande richesse. D'une part, elle apporte un éclairage nouveau sur la règle fiscale et démontre l'impact profond, essentiel, de la fiscalité sur la vie de chacun, homme ou femme. Elle souligne ainsi comment la norme fiscale, derrière une apparence de neutralité, contribue à maintenir ou aggraver des inégalités ancrées entre les sexes. D'autre part, elle démontre que l'impôt n'est pas qu'une question technique d'assiette ou de prélèvement mais qu'il constitue une véritable norme politique qui doit trouver toute sa place dans le cadre d'un effort collectif pour parvenir à une égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹⁰⁵ L. Fonbaustier écrit d'ailleurs : « *L'égalité fiscale est intrinsèquement contingente et constitutionnellement relative : Nous entendons par là que cette relativité même a valeur constitutionnelle et qu'elle n'est pas seulement le fruit d'un aménagement infra-constitutionnel postérieur qui devrait céder devant des principes supérieurs : à cet égard, la notion de 'facultés respectives', non explicitement rapportée à des considérations matérielles ('facultés financières') semble ouvrir de vastes perspectives.* » : *Réflexions critiques sur un principe à texture ouverte : l'égalité devant l'impôt*, Archives de philosophie du droit 46 (2002), p. 95.

¹⁰⁶ Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013* : Dr. fisc. n° 1, comm. 1 ; RJF 3/2013, n° 335. Il faut également indiquer qu'une décision récente du Conseil d'Etat étend à la CSG sur les revenus du patrimoine et aux autres prélèvements sociaux le principe d'imposition commune des époux, solution rendue sur conclusions contraires de Mme E. Bokdam-Tognetti : CE 9^e et 10^e ch., 9 juin 2022, n° 456544, Dr. fisc. n° 40, 6 oct. 2022, n° 355.

Le principe de transparence financière en Droit syndical

Florence Bergeron

Professeur de Droit privé

Directrice de l'Ecole de Droit Social de Montpellier

Charline Lecorcier

Master DPRT

Depuis quelques années, la transparence financière est un concept en vogue : « *Constitutionnelle, politique, administrative, financière, fiscale, commerciale ou économique, la transparence s'étend* »¹. Le Droit syndical n'a pas été épargné par ce mouvement. L'expression « *transparence financière* » a été insérée dans la partie du Code du travail relative aux syndicats par la loi du 20 août 2008², qui rénove les critères de représentativité syndicale. Le système de représentativité syndicale en vigueur avant cette réforme se fondait notamment sur une représentativité dite « *descendante* »³ et parfois présumée, qui se cumulait avec le principe d'unicité de signature des accords et conventions collectives et l'amointrissement progressif du principe de faveur. Les critiques relatives à l'absence de légitimité des syndicats signataires d'accords collectifs pouvant durcir la situation des salariés - par rapport à la loi ou par rapport à des accords antérieurs ou conclus à un niveau plus large - se sont multipliées. Les partenaires sociaux ont formulé des propositions de réforme dans la position commune du 9 avril 2008⁴, reprise par le législateur dans la loi du 20 août 2008⁵. Est ainsi consacré l'abandon du mécanisme de présomption irréfragable de représentativité par affiliation au profit de la représentativité prouvée comme voie unique, fondée sur 7 critères cumulatifs de représentativité, dont la transparence financière⁶.

¹ Y. Pagnerre, *La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical*, JCPS, 2017, n°1108.

² Loi du 20 août 2008, n°2008-789, portant réformation de la démocratie sociale et du temps de travail.

³ C. trav. Anc. Art. L. 132-2.

⁴ Position commune du 9 avril 2008, sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁵ Loi du 20 août 2008, n°2008-789, portant réformation de la démocratie sociale et du temps de travail.

⁶ C. trav. Art. L. 2121-1.

Le critère de transparence financière fait suite au constat⁷ de nombreux dysfonctionnements dans le financement des syndicats. En effet, s'ajoutait à la complexité intrinsèque des financements syndicaux une structuration des mouvements syndicaux construite au fil des années et manquant parfois de cohérence. Face à l'absence d'obligation de tenir des comptes et, *a fortiori*, de les publier, l'accès à des documents qui permettraient de clarifier le financement des syndicats semblait inenvisageable. Divers scandales ayant mis au jour une opacité dans le financement des syndicats, est apparue une volonté politique de rendre les ressources syndicales plus transparentes. Certes, lors de la publication de cette loi, une large part de la doctrine⁸ s'est concentrée sur le critère de l'audience, considéré comme l'innovation de la loi de 2008 ; toutefois, le critère de transparence financière a lui aussi suscité l'intérêt doctrinal, à tel point qu'il a été qualifié de « *nouveau principe général du droit syndical* »⁹. Or, le critère de transparence financière est-il véritablement devenu un principe général du Droit ? Un principe général du Droit est en effet une notion juridique pouvant se définir comme une règle non écrite qui se dégage de source(s) écrite(s) en rayonnant au-delà du champ que ce(s) dernière(s) lui assignai(en)t, conformément à l'introduction du présent ouvrage. Si force est de constater, en jurisprudence comme en doctrine, une montée en puissance du critère de transparence financière, il faut cependant vérifier si celui-ci a véritablement acquis la qualité de principe général du Droit (**Section 1**), avant de s'interroger sur l'intérêt pratique d'une telle qualification (**Section 2**).

Section 1. – L'éventuelle reconnaissance d'un principe général du Droit

Par l'action de la jurisprudence, le critère de transparence financière fait l'objet d'une appréciation favorisant une extension de son champ d'application (§1) qui ne permet toutefois pas la reconnaissance certaine d'un principe général du Droit (§2).

§1. – La montée en puissance du critère de transparence financière

Le critère de transparence financière semble légalement placé sur un pied d'égalité avec les autres critères de représentativité. En effet, le Code du travail

⁷ R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue efficace et légitime : une représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, rapport, 2006.

⁸ Par exemple : E. Jeansen, *La représentativité syndicale*, Fiches de révision Lexis 360, n°3263, 2021 ; F. Barbé, *Focus sur le critère de l'audience pour l'appréciation de la représentativité syndicale*, Lamy Droit des représentants du personnel, 1330, 2021 ; G. Borenfreund, *Une nouvelle dynamique en marche*, Semaine Sociale Lamy, n°1350, 2008.

⁹ Y. Pagnerre, *La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical*, JCPS, 2017, n°1108.

précise simplement que ceux-ci sont « *cumulatifs* »¹⁰ sans préciser plus en avant leur appréciation. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation confère d'autres caractéristiques au critère de transparence financière. En effet, il est « *autonome* »¹¹, sa faiblesse ne pouvant donc pas être compensée par d'autres critères, et « *permanent* »¹². Ainsi, la représentativité d'un syndicat peut être contestée sur ce fondement à chaque exercice d'une prérogative nécessitant d'être représentatif, contrairement aux critères n'étant pas qualifiés de permanents qui sont acquis pour toute la durée du cycle électoral¹³. En outre, le respect du critère n'est pas présumé, contrairement aux autres critères de représentativité autonomes et permanents. En conséquence, il reviendra au syndicat de démontrer qu'il le remplit. Ces éléments d'appréciation incitent tout demandeur à se fonder sur ce critère pour contester la représentativité d'un syndicat, ce qui encourage bien entendu les syndicats à respecter scrupuleusement le critère de transparence financière.

Ces éléments permettent en outre de penser que celui-ci appartient à « *l'éthique syndicale* »¹⁴, cette dernière pouvant être définie comme un ensemble de principes et de valeurs guidant le comportement des syndicats. La transparence financière est justement une valeur que les syndicats se doivent de respecter, et c'est en partie le respect de cette éthique qui les autorise à conclure des accords collectifs. Se faisant, on voit d'ores et déjà que le critère de transparence financière, tel qu'inscrit et non défini par le Code du travail, rayonne au-delà du cadre de la représentativité syndicale, et ce d'autant plus que l'éthique ne peut pas s'arrêter aux syndicats représentatifs. En effet, ce qui n'est pas acceptable d'un point de vue éthique d'un syndicat se prétendant représentatif ne l'est pas davantage d'un syndicat qui ne se prétend pas tel, car ils restent tous deux des représentants des salariés. Justement, l'exigence de transparence financière a été étendue par la jurisprudence à tout syndicat, et a donc dépassé le cadre strict de la représentativité.

En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé en 2017¹⁵ que « [...] *tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière* [...] »¹⁶. En imposant le respect du critère de transparence financière à tous les syndicats, et

¹⁰ C. trav. Art. L. 2121-1.

¹¹ Cass. soc., 29 février 2012, n°11-13.748.

¹² Cass. soc., 14 novembre 2013, n°12-29.984.

¹³ Par exemple : le critère de l'audience est acquis pour la durée du cycle électoral, car les résultats sont immuables pour la durée de ce cycle.

¹⁴ Y. Pagnerre, *La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical*, JCPS, 2017, n°1108.

¹⁵ Cass. soc., 22 février 2017, n°16-60.123.

¹⁶ *Ibid.*

non simplement aux syndicats se revendiquant comme représentatifs, la Cour de cassation s'émancipe de la lettre même du Code du travail¹⁷, et répare ce qui a pu être considéré comme une incohérence législative. Le Code du travail exige en effet des syndicats, représentatifs ou non, qu'ils s'acquittent d'obligations comptables, consistant en la tenue et la publication de comptes¹⁸. En conséquence, certains auteurs¹⁹ ont estimé qu'imposer de telles obligations comptables sans imposer le critère de transparence financière était illogique, puisque qu'ils estiment que la transparence financière est synonyme de ces exigences comptables. Or, la Cour de cassation ne vise pas les articles relatifs aux obligations comptables des syndicats dans son visa : le visa est composé des articles relatifs aux critères de représentativité²⁰, à la liberté syndicale²¹, et à la désignation d'un représentant de section syndicale²². La Cour s'éloigne donc de la lettre du Code du travail en imposant le critère de transparence financière aux syndicats non représentatifs. Ce faisant, elle participe néanmoins à construire la transparence financière comme un principe général du Droit. En effet, la Cour impose aux syndicats une règle non écrite, qui se dégage d'une source écrite, et la fait donc rayonner au-delà du champ d'application personnel originellement assignée par cette source écrite.

§2. – Les limites de la montée en puissance du critère de transparence financière

Ce constat doit être nuancé sur le plan théorique. En effet, le rayonnement au-delà du champ assigné par la source écrite implique une forme de généralité. Plus précisément, « *une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Mais, sous un certain rapport, elle est spéciale en ce qu'elle ne régit que tels actes ou faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'application* »²³. Si le critère de transparence financière a bien été généralisé à l'ensemble des syndicats, si tant est qu'il souhaite agir, il ne peut pas véritablement être considéré comme étant général. En effet, en dehors de la vérification de la validité de l'action d'un syndicat, il est difficile d'envisager d'autres hypothèses dans lesquelles le

¹⁷ Ni l'article L. 2142-1-1 du Code du travail, relatif à la désignation d'un représentant de section syndicale, ni l'article L. 2142-1 du même Code relatif à la constitution d'une section syndical, ne mentionnent le terme de transparence financière.

¹⁸ C. trav. Art. L. 2135-1 et s.

¹⁹ RJS, 2017, n°347.

²⁰ C. trav. Art. L. 2121-1.

²¹ C. trav. Art. L. 2141-1.

²² C. trav. Art. L. 2141-1-1 (erreur : Art. L. 2142-1-1).

²³ J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, dans *Le droit privé au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950.

critère de transparence financière trouverait à s'appliquer, alors que le Droit syndical ne se réduit pas à l'action syndicale, et recouvre également la protection des salariés, la constitution et le statut des syndicats. En ce sens, le critère de transparence financière remplit bien le critère de généralité de toute norme juridique, mais pas le degré de généralité attendu des principes généraux²⁴.

En outre, et bien qu'il existe une forme d'indisponibilité de la qualification de principe général du Droit, la Cour de cassation elle-même ne reconnaît pas formellement le critère de transparence financière comme principe général, alors qu'elle est à l'origine de sa montée en puissance et qu'elle a eu l'occasion de le faire notamment en 2017 avec l'utilisation de la technique du visa fictif. Cette technique consiste en l'utilisation d'un texte dans un visa par pure obligation, en en tirant des conséquences légales qui ne résultent pas de celui-ci. Bien que la Cour y ait donc recours en 2017²⁵, elle ne s'aventure même pas à une simple allocution mentionnant le terme de « principe », ce qui a une symbolique forte. Il semble finalement que le critère de transparence financière ne vise qu'à garantir une indépendance financière du syndicat, donc à renforcer le critère de représentativité d'indépendance, faisant de ce dernier le véritable cœur de l'éthique syndicale.

Par ailleurs, l'utilité d'une telle reconnaissance est source de questionnements.

Section 2. – L'intérêt de la reconnaissance d'un principe général du Droit

La question de savoir si le critère de transparence financière est devenu un principe général est une question qui se pose compte tenu de l'importance désormais accordée à ce critère. Toutefois dans une approche plus pragmatique, une telle reconnaissance semble en l'occurrence présenter un intérêt limité (§1), voire être une source d'inconvénients (§2).

§1. – L'absence de conséquences pratiques à la reconnaissance d'un principe général du Droit

Pour une partie de la doctrine, la notion de « principe général » ne recouvrirait aucune existence conceptuelle²⁶. En ce sens, elle ne serait qu'un

²⁴ Bien que la généralité ne soit pas admise par la totalité de la doctrine comme une véritable condition de reconnaissance d'un principe, et notamment pas par P. Morvan pour qui certains principes sont « *dotés d'une étroite spécificité et, parfois même, d'un domaine aussi vaste qu'une tête d'aiguille* » (*Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999).

²⁵ Aucun des textes du visa ne mentionnent le terme de transparence financière, comme cela a été évoqué précédemment.

²⁶ M. Béquillon, *La notion de principe général de droit privé*, thèse, 1996.

outil au service du juge, qui lui permettrait notamment d'introduire une dose d'équité dans un système rationalisé, et de s'ouvrir à des considérations autres purement juridiques²⁷. En Droit administratif, le rôle des principes généraux du Droit est aussi de servir d'argument de raison, par opposition aux arguments d'autorité, pour permettre d'annuler une décision administrative, généralement dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Pour certains²⁸, il en irait de même en Droit privé : le principe général permettrait fictivement de justifier une décision sans que la Cour de cassation n'ait à agir par voie d'affirmation sans aucun fondement textuel. Au-delà de sa manifestation contentieuse, le principe général offrirait une grille de lecture préalable au justiciable afin de lui permettre de déterminer comment agir, en l'absence d'autres indications claires.

Or, dans le cas de la transparence financière, il semble que la Cour n'aurait que peu d'intérêt à reconnaître un principe général. En effet, dans sa manifestation purement contentieuse, le principe général de transparence financière n'aurait pas une portée plus large que celle qui lui a déjà été attribuée. Dans sa manifestation précontentieuse, le principe général de transparence financière n'aurait également pas une portée plus large : les syndicats continueront de l'appliquer comme un critère généralisé, qu'il soit reconnu comme principe général ou non. En conséquence, la reconnaissance d'un principe n'a ici pas de conséquence pratique. De même, la qualification de principe général confère généralement à celui-ci une valeur égale à celles des lois ; cependant, il est difficile d'envisager les hypothèses dans lesquelles le critère de transparence financière pourrait se retrouver en conflit avec d'autres normes. Les conséquences pratiques sont donc de nouveau limitées.

§2. – Les inconvénients de la reconnaissance d'un principe général du Droit

Paradoxalement, la reconnaissance de la transparence financière comme principe général du Droit syndical laisse craindre un affaiblissement de la transparence financière. En effet, l'extension constatée du critère de transparence financière ne s'est faite qu'au prix de l'affaiblissement du critère lui-même : l'appréciation du respect des obligations comptables s'est trouvée réduite par l'extension du champ d'application de ce critère. Malgré l'arrêt précité du 22 février 2017, dans lequel la Cour de cassation ne fait pas référence aux obligations comptables, et bien que le Code du travail ne lie pas

²⁷ Par exemple : P. Sargos, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous des excès du droit*, La Semaine Juridique édition Générale, n°12, 2001.

²⁸ M. de Béquillon, *La notion de principe général de droit privé*, thèse, 1996, Pau.

formellement ces dernières avec le critère de transparence financière, les juges du fond continuent de se fonder sur les obligations de tenue et de publicité des comptes pour déterminer si les syndicats ont rempli l'exigence de transparence financière. En effet, ils n'ont aucun autre référentiel qui leur permettraient d'interpréter ce critère et de garantir une égalité des syndicats. Or, alors qu'ils continuent de se référer à ces obligations, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat font preuve d'un certain laxisme dans leur appréciation : avant même son arrêt de 2017, la Cour a précisé que les « *documents comptables dont la loi impose la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve de la transparence financière, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents produits par le syndicat et que le juge doit examiner* »²⁹, jurisprudence qu'elle applique également aux obligations de publicité des comptes³⁰. En laissant toute liberté d'appréciation au juge du fond et une liberté totale aux syndicats dans la production des comptes, le risque est de réduire le contenu de la transparence financière à des documents très simplifiés dont la sincérité n'est pas garantie par une procédure particulière. En outre, l'on peut douter de la légitimité à laisser une juridiction apprécier la valeur d'un tel document ainsi que sa capacité à soutenir le dialogue social. Enfin, l'appréciation peut varier d'une juridiction à l'autre, et ce d'autant plus que le critère se trouve très judiciaire pour les raisons évoquées précédemment. Malgré cela, la Cour de cassation n'exerce sur les juridictions du fond qu'un contrôle léger, ce qui apparaît dangereux pour la sécurité juridique. À ce titre, certains auteurs³¹ militent pour que la Cour de cassation effectue un contrôle renforcé sur les décisions des juges du fond. Pour citer le Professeur Pagnerre, « *en raison de l'importance du critère, le contrôle de la Cour de cassation devrait être lourd car on ne peut pas se contenter d'une appréciation relative dépendante des juges saisis. Admettre une 'conséquence juridique [...] possible mais qui aurait pu être différente' n'est pas acceptable en matière d'éthique syndicale* »³². Justement, c'est parce que la Cour de cassation a voulu faire du critère de transparence financière un critère relevant de l'éthique syndicale qu'elle a dû opérer tant de rééquilibres.

En tentant de favoriser le dialogue social et de raviver la confiance des salariés en les syndicats, la Cour de cassation a également pris le risque de porter atteinte à la liberté syndicale collective. En effet, en imposant le critère de transparence financière aux syndicats non représentatifs lorsque ceux-ci souhaitent agir, la Cour de cassation a réduit la possibilité d'agir des syndicats

²⁹ Cass. soc., 29 février 2012, n°11-13.748.

³⁰ Cass. soc., 17 octobre 2018, n°18-60.030.

³¹ Par exemple : Y. Pagnerre, *Transparence financière et publicité des documents comptables*, JCP, 2018, 1372.

³² *Ibid.*

en leur imposant une condition qui n'est pas prévue par la loi. Certes, l'exigence de transparence financière permet aux salariés et adhérents de syndicats de connaître les ressources et les dépenses des syndicats, et donc de leur reconnaître une légitimité à agir, mais elle constitue une limite dans l'action syndicale puisqu'elle leur impose, à peine de nullité de l'action menée, de se conformer à cette exigence. En conséquence, la Cour de cassation devait opérer un rééquilibrage, ce qu'elle a fait en détachant la transparence financière des obligations comptables. Si, de prime abord, cela laissait augurer que le critère de transparence financière était plus que ces obligations, il s'avère que c'est en réalité une définition à la baisse que la Cour a choisie³³.

³³ En ce sens : Cons. constit., 30 avril 2020, n°2020-835QPC, consid. n°10 : le Conseil constitutionnel ne semble valider l'extension du critère de transparence financière que parce que la jurisprudence de la Cour a parallèlement réduit son effectivité.

Le principe de réciprocité de la clause d'indexation en matière de bail commercial

Marie-Pierre Dumont

Professeur à l'Université de Montpellier

La matière des baux commerciaux est l'une de celle du droit des affaires où la notion d'usage fut très présente, que ce soit parce qu'elle faisait expressément référence à certains usages¹ comme celui du « terme d'usage » qui variait selon les régions, ou bien par la présence de clauses ou de formules d'usage. C'est alors le débat sur le sort d'une formule qui devient usuelle qui n'a pas manqué de surgir à travers la problématique de l'existence et de l'efficacité des clauses de style dans les baux commerciaux².

Mais la jurisprudence récente a aussi été l'occasion de mobiliser la notion de principe, et plus précisément de faire émerger l'expression de « principe jurisprudentiel ». C'est en effet plus particulièrement la question du prix du bail commercial qui a été le siège de cette émergence.

Le loyer d'un bail commercial revêt en effet une importance économique de premier plan puisque pour le bailleur, il assure la rentabilité de son immeuble, et constitue souvent l'unique source de remboursement du crédit ayant permis de financer l'acquisition de celui-ci, tandis que pour le preneur il constitue une charge grevant l'exploitation de son fonds de commerce, charge qui peut fragiliser son commerce dans l'hypothèse où le loyer serait trop élevé. Aussi la fixation d'un loyer satisfaisant pour les deux parties est-elle un objectif recherché que traduit l'importance du contentieux en la matière car, comme l'indique notre collègue F. Planckeel³, le loyer constitue assurément « le nerf de la guerre ».

En la matière la législation oscille entre la liberté du marché et l'encadrement judiciaire des prix. Si la détermination *ab initio* du loyer est libre, le statut des baux commerciaux encadre en revanche la notion de valeur

¹ V. l'ancienne rédaction des articles L. 145-8, L. 145-12 al.3 et L. 145-29 C. com. et les actuels art. L. 145-47 al. 2 et R. 145-10 C. com. ; V. égal. J.-P. Blatter, *Restauration et vente à emporter : évolution des usages commerciaux ?*, AJDI avr. 2021, point de vue.

² V. M.-P. Dumont, *Clauses de style et baux commerciaux*, Mélanges Ferrier, p. 219 s. ; V. plus généralement, D. Tallon, *La force de la clause de style*, AJPI 1975, p. 1013 s.

³ F. Planckeel, *Cours de droit commercial et des affaires*, éd. Gualino, 4^{ème} éd., n° 754, p.208.

locative. Celle-ci apparaît comme la norme de référence à laquelle le loyer révisé comme le loyer renouvelé devront, en principe, correspondre. Ce principe est toutefois tempéré par la règle du plafonnement mise en place tant en matière de loyer révisé que de loyer renouvelé, plafonnement qui est parfois à son tour écarté lorsque les conditions d'un retour à la valeur locative sont réunies, mais que la loi Pinel n°2014- 626 du 18 juin 2014 a modéré en instaurant le mécanisme dit du lissage graduel du déplafonnement.

Bien que le législateur ait prévu d'encadrer tant la révision légale du loyer que son renouvellement à défaut d'accord des parties, ces dernières prévoient souvent d'aménager directement l'évolution du loyer en insérant notamment dans leurs baux des clauses de « loyer-recettes » encore appelées clauses de « loyer variable »⁴, ou des clauses d'indexation.

C'est plus particulièrement à propos de cette dernière, également dénommée « clause d'échelle mobile », que la Cour de cassation a pu poser une règle de validité **(I)** qu'elle a par la suite pris le soin de définir comme un « principe jurisprudentiel » **(II)** en écartant par deux fois une question prioritaire de constitutionnalité.

I. – La règle de validité de la clause d'indexation à la baisse

Nous exposerons les termes du débat **(A)** avant d'observer le principe posé par la Cour de cassation **(B)** dans son arrêt rendu par la troisième chambre civile, le 14 janvier 2016.

A. – Les termes du débat

Toujours dans la perspective de trouver le juste loyer et afin de ne pas subir l'érosion monétaire, il est fréquent que les parties conviennent d'une clause d'indexation qui permet de déterminer à l'avance l'évolution périodique et automatique du loyer en fonction d'un indice de référence. Sans revenir sur le choix des indices qui, en la matière, sont traditionnellement l'ICC, l'ILC ou l'ILAT, la clause d'indexation a ceci d'intéressant qu'elle opère automatiquement, sans qu'aucune demande ne soit nécessaire⁵. Ainsi a-t-elle pour objet de faire varier le loyer en fonction de l'indice choisi, ce qui

⁴ Le loyer est déterminé soit totalement, soit partiellement, sur la base d'un pourcentage de tout ou partie du chiffre d'affaires du preneur, même si la pratique privilégie l'existence d'une partie fixe appelée le loyer de base, et d'une partie variable additionnelle.

⁵ Contrairement à la révision légale pour laquelle l'art. L. 145-38 C. com. prévoit que chaque partie peut la demander dès lors qu'il s'est écoulé au moins trois ans depuis la précédente fixation contractuelle ou judiciaire du loyer.

permet une évolution du loyer positive ou négative selon le sens de la variation de l'indice⁶. Les bailleurs ont toutefois eu l'idée d'insérer dans leurs baux commerciaux des clauses d'indexation ne jouant qu'à la hausse.

Dès lors, la question de savoir si les parties peuvent convenir de limiter la variation du loyer à la seule variation positive de l'indice, son montant demeurant inchangé en cas de baisse de l'indice, n'a pas manqué de se poser. Devant les nombreuses décisions des juges du fond⁷, tantôt validant, tantôt invalidant ces types de clauses, la réponse de la Cour de cassation était attendue.

B. – La règle de principe posée par la Cour de cassation

Les possibles fondements. Elle a été donnée, de façon catégorique, dans un arrêt du 14 janvier 2016 où la clause prévoyait que le loyer sera ajusté automatiquement, pour chaque période annuelle, en fonction des variations de l'indice du coût de la construction, à la date anniversaire de la prise d'effet du bail, sur la base de l'indice du même trimestre mais précisait en son dernier paragraphe que : « *La présente clause d'échelle mobile ne saurait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base précédant la révision* ». Les variations du loyer à la baisse étaient donc exclues. On s'est alors interrogé sur la validité de cette clause. Devait-on solliciter l'article L. 145-39 du code de commerce, texte d'ordre public de protection, lequel dispose que « *par dérogation à l'art. L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire* », ou plutôt l'art. L. 112-1 al. 2 du code monétaire et financier, texte d'ordre public de direction, qui, organisant la validité de l'indexation des conventions relatives à un immeuble bâti, « *répute non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision* » ?

⁶ La clause d'indexation se distingue de la clause d'un bail à paliers prévoyant une augmentation forfaitaire annuelle du loyer, sans référence à un indice économique. Sur la distinction, V. Cass. 3^{ème} civ., 22 juin 2022, n° 21-16042, Loyers et copr. Com. 138, obs. E. Marcet.

⁷ CA Douai, 21 janv. 2010, n° 08/08568 ; CA Aix-en-Provence, 15 mars 2013, n° 11/06632 ; CA Paris, 3 avril 2013, n° 11/14299, AJDI 2013. 517, obs. F. Planckeel ; CA Paris, 28 mai 2014, n° 12/13605 ; CA Paris, 2 juillet 2014, n° 12/14759, AJDI 2014. 787, obs. Ch. Denizot et G. Trautmann ; CA Versailles, n° 13/08116.

Il est vrai que le premier de ces textes ne définit pas les éléments constitutifs de la clause d'indexation mais se contente d'en évoquer les conséquences et d'en proposer un traitement. Dès lors, pourquoi ne pas admettre que la clause n'envisage une indexation qu'à la hausse ou à la baisse d'ailleurs ? Le texte ne l'exclut pas⁸. Le second de ces textes semble davantage pouvoir être sollicité puisqu'il pose un critère de validité de la clause d'indexation. Cela dit, il n'évoque pas le sens de la variation de l'indice et se contente d'invalider – par le réputé non écrit – la clause d'indexation qui crée la distorsion interdite. Aussi, à cette question de la licéité de la neutralisation de la clause d'indexation en cas de baisse de l'indice retenu, la Cour de cassation⁹ a-t-elle répondu par la négative, mais sans aucun visa¹⁰.

Elle s'est prononcée en deux attendu qui méritent d'être reproduits. Dans le premier, elle juge « *qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse* » et approuve les juges du fond d'avoir « *retenu que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation* ». Puis, elle poursuit dans un second attendu en concluant que « *sans dénaturer la convention, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation, a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite* ». La position est ferme et énonce assurément une règle de droit qui a l'allure d'un principe.

Le fondement retenu. En l'occurrence, la clause excluait, en cas de baisse de l'indice, l'ajustement du loyer prévu pour chaque période annuelle en fonction de la variation de l'indice publié dans le même temps. Ce faisant, la clause organisait un gel de l'indice devant servir à l'indexation du loyer de telle sorte que contrairement à ce qu'elle annonçait *in limine*, les révisions du loyer ne pouvaient s'opérer « chaque année successive sur la base de l'indice

⁸ En ce sens, V. J.-D. Barbier, *Nullité des indexations à la hausse*, Gaz. Pal. 1^{er} mars 2016, p. 66.

⁹ Cass. 3^{ème} civ., 14 janv. 2016, n° 14-24681, Bull. civ. III, n° 7, Administrer fév. 2016, p. 22, obs. J.-D. Barbier ; D. 2016, p. 1615, obs. M.-P. Dumont ; RL 2016, p. 187, obs. J. Prigent ; JCP N 2016, n° 43-44, Affaires, 1308, spéc. p. 51, obs. J. Monéger ; Loyers et copr. 2016, comm. 66, obs. Ph.-H. Brault ; D. 2016, p. 199, obs. Y. Rouquet ; J.-P. Dumur, *Clause d'indexation du loyer encadrée*, AJDI 2016, p. 157 ; F. Planckeel, A. Antoniutti, *Principe d'illicéité de la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse*, AJDI 2016, p. 365.

¹⁰ Il s'agit d'un arrêt de rejet.

du trimestre de la révision ». C'est ainsi que le preneur avait dû acquitter, pendant l'année de gel (2009-2010), un loyer ne respectant pas la variation automatique et effective du paramètre choisi mais se référant à un indice remontant à plus d'une année (2008). Il en résultait donc que la hausse du loyer (ou la stagnation du loyer) au cours du bail ne correspondait plus à la variation effective et automatique du paramètre choisi mais se trouvait supérieure à la variation effective dudit indice. C'est ce que la Cour condamne. Elle aurait pu le faire sur le fondement de l'article L. 112-1 al. 2 du CMF en visant la distorsion qu'il interdit. Mais il aurait fallu comparer la période de variation indiciaire et la périodicité de l'indexation. Or la clause d'indexation ayant été neutralisée sur un an, pouvait-on vraiment parler d'une indexation annuelle ? La période de variation de l'indice était-elle réellement supérieure à la période de révision ? Oui si l'on considère, subtilement, que la non-indexation est quand même une révision... Aussi est-ce probablement pour s'éviter de genre de contorsions intellectuelles que la Cour préfère se référer à l'essence de la clause d'indexation qui se caractérise, selon elle, par deux critères : l'automatisme et la réciprocité. Dès lors l'on ne peut que la suivre lorsqu'elle juge que l'absence de réciprocité « fausse le jeu normal de l'indexation ».

Mais il restait à fonder cette réciprocité. Or la Cour pose pour règle qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse. Le fondement de cette règle de la réciprocité est donc de l'essence même de la clause d'indexation, ce qui suffit à la Cour comme motivation et se comprend aisément au regard du mouvement de rééquilibrage du contrat de bail commercial en particulier opéré à la suite de la loi dite Pinel, et des contrats de droit commun en général avec notamment l'outil fourni par l'article 1171 du code civil. Mais cela pouvait laisser le lecteur dans l'expectative quant au visa de la solution.

C'est désormais un sujet clarifié puisque par la suite, la Cour de cassation a précisé cette intuition de la référence à un principe en prenant la peine de qualifier elle-même cette règle de « principe jurisprudentiel », à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité.

II. – La qualification de « principe jurisprudentiel »

La question finalement posée sous l'angle de la question prioritaire de constitutionnalité confirme la création prétorienne d'un principe (A). Ce faisant, outre qu'elle illustre que la jurisprudence est bien une source de droit, elle conduit à devoir constater qu'en conséquence ce type de règle de droit échappe à tout contrôle de constitutionnalité (B).

A. – L'affirmation d'un principe jurisprudentiel de réciprocité

Qualification de « principe jurisprudentiel » et recevabilité d'une QPC. A la suite de l'invalidation des clauses d'indexation à la baisse, au nom de la réciprocité conditionnant le jeu normal de l'indexation, les preneurs n'ont pas manqué de saisir les juridictions de demandes en constatation de l'illicéité de la clause d'indexation mais également en restitution des sommes trop versées à ce titre.

C'est alors qu'un tribunal a transmis une question prioritaire de constitutionnalité que les bailleurs avaient formulé en ces termes : « *Les articles L. 112-1 et L. 112-2 du code monétaire et financier, tels qu'interprétés par la Cour de cassation, sont-ils ou non conformes aux articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et 34 de la Constitution, aux principes de sécurité juridique et de garantie des droits et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ».

Après avoir rappelé à la juridiction du fond, qui avait cru bon de reformuler la question, qu'elle ne peut le faire qu'à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification mais qu'il ne lui appartient pas « *de la modifier* », la Cour se prononce sur la recevabilité de la QPC posée.

Et elle conclut à l'irrecevabilité de la question au motif qu'elle ne « *concerne pas des dispositions législatives* ».

Pour qu'une QPC mettant en cause une jurisprudence soit recevable, cette jurisprudence doit émaner d'une juridiction suprême, être constante et se fonder sur des dispositions clairement identifiées¹¹. La question est en l'occurrence jugée irrecevable sur le dernier critère. Ce faisant, la Cour éclaire le débat du visa de l'arrêt du 14 janvier 2016. En effet, en rendant cette solution, la Cour affirme très clairement que la solution jurisprudentielle attaquée au travers de la QPC étudiée ne reposait pas sur des dispositions législatives, qu'elle ne visait au demeurant pas, mais sur un « principe jurisprudentiel ». Le fondement de la solution critiquée n'est donc clairement pas celui des articles L. 112-1 ou L. 112-2 du CMF visés dans la question. Il s'agit plus simplement d'une création prétorienne, exclusive d'un contrôle de

¹¹ V. not. Décision n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010 ; cf. *infra* note 18.

constitutionnalité¹², en l'occurrence le principe de réciprocité inhérent à toute clause d'indexation.

« **Principe jurisprudentiel** » et **sanction de la clause**. Depuis, cette incidence de la nature de la règle - qualifiée de principe jurisprudentiel - sur la recevabilité du contrôle de constitutionnalité, s'est à nouveau posée en la matière. En effet à la suite de l'invalidation de ces clauses, le débat a naturellement porté sur la vigueur de la sanction ainsi que son application aux contrats en cours.

Dans l'arrêt sous étude de 2016, la Cour avait pu paraître hésiter entre la sanction de l'annulation et celle du « réputé non écrit » puisque dans son premier attendu elle avait conclu à la nullité de la clause pour finalement retenir qu'elle était réputée non écrite dans le second. Il était curieux de conclure à la nullité de la clause après avoir jugé que la réciprocité de la variation est de son essence. Cela entraînait notamment en contradiction avec la jurisprudence en vigueur sur la violation d'une obligation essentielle¹³. Depuis, la Cour retient la sanction du « réputé non écrit » et c'est heureux dans la mesure où l'on évite ainsi la prescription¹⁴. En effet, l'inexistence chasse la prescription car tout se passe comme si la clause n'avait jamais existé. Le débat s'est alors déplacé sur la mesure de l'éradication de la clause : est-il possible de n'expurger du contrat que la partie de la clause interdisant la révision à la baisse ou faut-il écarter l'intégralité de la clause d'indexation ? Après avoir hésité, la Cour a opté pour la possibilité d'une exérèse quasiment chirurgicale autorisant de n'éradiquer de la clause que la seule partie infectée de celle-ci, à savoir celle prohibant la révision à la baisse¹⁵.

Tenant la sanction du réputé non écrit de tout ou partie de ces clauses, c'est alors sur le caractère non prescriptible des actions tendant à faire déclarer réputées non écrites lesdites clauses et son application aux contrats en cours que la jurisprudence s'est prononcée. La question était plus précisément de savoir si l'exclusion de toute prescription, y compris lorsque la clause critiquée figure dans un contrat en cours, est conforme aux grands

¹² Cf. *infra* II - B.

¹³ V. sur l'obligation essentielle de délivrance, Cass. 3^{ème} civ., 20 janv. 2009, n° 07-20854 qui écarte la clause, privée d'effet.

¹⁴ V. M.-P. Dumont, *Les ordres publics du statut des baux commerciaux*, Mélanges C. Saint-Alary-Houin, spéc. p. 168.

¹⁵ V. en ce sens Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2021, n° 19-23038 et CA Paris, pôle 5, ch. 3, 1^{er} juin 2022 rendu sur renvoi après cassation ; Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 2022 ; V. toutefois en sens inverse : CA Paris, pôle 5, ch.3, 26 oct. 2022, n° 20/09598.

principes de sécurité juridique et de liberté contractuelle. Même si la question se référait aux dispositions combinées des articles L. 145-39 et L. 145-15 du Code de commerce, la Cour conclut sans surprise à l'irrecevabilité de la QPC. Elle commence en effet par rappeler que la clause d'indexation excluant la révision à la baisse doit être écartée, car non conforme à une règle, expression d'un principe jurisprudentiel posé le 14 janvier 2016. Puis, elle valide l'imprescriptibilité de l'action au motif qu'elle n'avait, en réalité, là encore pour effet que de contester un principe jurisprudentiel. En l'occurrence, il s'agit du principe selon lequel la loi nouvelle régit les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées posé par la Cour de cassation depuis plus de quarante ans¹⁶.

Ces solutions ne manquent pas de raviver le débat de la jurisprudence source de droit et surtout de celui de la possibilité de contrôler la conformité de la jurisprudence à la constitution.

B. – La confirmation de la jurisprudence comme source de Droit

Dans les décisions observées, la Cour confirme fonder sa décision d'invalidation des clauses d'indexation, en l'absence de tout texte¹⁷, sur la nature de l'indexation au nom d'un principe de réciprocité qui est de l'essence de l'indexation où la symétrie serait substantielle. En posant expressément que la question posée a pour objet de contester non une disposition législative mais un principe jurisprudentiel selon lequel le propre d'une clause d'échelle mobile est de faire varier à la hausse et à la baisse le loyer d'un bail, la décision nourrit assurément la théorie générale du Droit. Elle confirme que la jurisprudence est bien une source de droit puisque, en dehors de tout texte, elle peut créer un « principe jurisprudentiel »¹⁸. Le pouvoir normatif est en

¹⁶ Cass. 3^{ème} civ., QPC 8 juillet 2021, n° 20-17 691, AJDI 2022, p. 123, obs. J.-P. Blatter où la Cour s'est prononcée sur une QPC relative au caractère non prescriptible des actions tendant à faire déclarer réputées non écrites des clauses contraires au statut ; V. égal. Van Den Bavière A., *Réflexion sur la théorie des effets légaux du contrat en droit transitoire*, Rev. Juridique de la Sorbonne, déc. 2021, n° 4, p. 298 s.

¹⁷ Ni l'article L. 112-1 ou 2 CMF, ni l'art. L. 145-39 C. com. (V. en ce sens, Cass. 3^{ème} civ., QPC, 8 juill. 2021, préc.) ne peuvent fonder la solution.

¹⁸ V. not. en ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1969, JCP 1970, II, 16162, note N. Catala où la Cour avait jugé : « Vu les principes relatifs au droit de rétention ; le créancier rétenteur a le droit, sauf disposition législative contraire, de refuser de se dessaisir des objets ou documents légitimement détenus jusqu'à complet paiement du prix », consacrant ainsi l'existence d'un principe plus large de « droit de rétention », allant au-delà des textes épars le reconnaissant dans des situations particulières.

effet une « extension naturelle » du pouvoir de juger¹⁹ en ce qu'il a l'obligation de combler les défaillances de la loi. L'affirmation de ce pouvoir normatif des juges est aujourd'hui largement acquise, surtout depuis que les juges ont eux-mêmes assumé leur choix de l'effet normatif de leur jurisprudence. Ils ne l'ont pas fait de manière générale et abstraite mais par petites touches successives, à l'occasion de questions pratiques, comme notamment celle de la nécessité de régler les rapports de la jurisprudence et des autres sources du droit, et notamment la Constitution²⁰.

C'est ainsi que l'introduction de la QPC a renouvelé la question de l'appréciation de la constitutionnalité des lois. On s'est notamment interrogé sur le point de savoir si le contrôle de constitutionnalité devait peser sur le seul texte de loi ou sur le texte de loi tel qu'appliqué par la jurisprudence. Il est vrai que l'article 126-2 du Code de procédure civile vise la contestation relative à « une disposition législative » qui porterait « atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Aussi la Cour de cassation a-t-elle d'abord réagi négativement refusant de soumettre au Conseil constitutionnel les QPC mettant en cause sa jurisprudence²¹, avant que ce dernier ne s'y oppose en décidant que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »²². Le Conseil Constitutionnel contrôle donc la constitutionnalité du texte tel qu'interprété par la jurisprudence. Toutefois, la Cour de cassation, qui s'est finalement rangée à cette position²³, n'hésite pas à utiliser tous les ressorts de la formule de principe pour éviter le contrôle de sa jurisprudence. C'est ainsi que dans le cas objet de notre étude, la qualification de la règle en « principe jurisprudentiel » a exclu le contrôle de constitutionnalité. En effet, il faut qu'existe une interprétation « constante » qui ne doit pas être prétorienne mais fondée sur un texte. En jugeant la question irrecevable, même si la jurisprudence ne résultait que d'un

¹⁹ F. Moderne, « *Légitimité des principes généraux et théorie du droit* », RFDA 1999.722.

²⁰ V. sur ces questions, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 4^{ème} éd., LGDJ, n° 361 s.

²¹ V. sur le débat, N. Molfessis, « *La jurisprudence supra-constitutionem* », JCP 2010. 1039 ; P. Deumier, RTDCiv. 2010. 508

²² Décision n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010, Mme Isabelle D et Isabelle B. (adoption par une personne seule), D. 2010.2744, note F. Chénéde ; JCP 2010. 1145, note A. Gouttenoire et Ch. Radé ; RTDCiv. 2011. 90, obs. P. Deumier ; V. égal. décision n° 2010-96 QPC du 4 fév. 2011, décision n°2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011 ; décision n°2011-127 QPC du 6 mai 2011, décision 2016-579 QPC du 5 oct. 2016 ; B. Matthieu, « *La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC* », JCP 2010. 1071

²³ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2011, n° 11-13488, D. 2011. 2707, note A. Levade ; JCP G 2011. 1197, obs. F. Chénéde

seul arrêt²⁴, elle ne portait pas sur une disposition législative. La conséquence était donc inéluctable. Mais il demeure sans doute assez curieux que la Cour de cassation puisse ainsi créer des règles de Droit qui échappent à tout contrôle de constitutionnalité.

²⁴ Outre qu'il a été jugé « *qu'une interprétation constante peut résulter d'une seule décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation* » (Décision n°2013-340 QPC du 20 septembre 2013 et n° 2010-52 QPC du 14 oct.2010), la rédaction ciselée de l'attendu de cet unique arrêt, témoigne de la volonté de fermeté - à défaut de constance - de la juridiction suprême. En outre, même si la solution n'avait pas encore été répétée, l'occasion lui était justement ici donnée, en tranchant cette QPC, d'affermir sa précédente position. D'où le silence éloquent de l'arrêt sur ce point.

Le principe de prohibition des engagements perpétuels

Jérémy Brandalac

*Master Droit du Commerce International
de la Faculté de Droit de Montpellier*
Elève Avocat*

Pierre Mousseron

Professeur à l'Université de Montpellier

Origine nationale. Le Code civil de 1804 ne prohibait pas textuellement les engagements perpétuels. Cependant, selon la formule du Doyen Carbonnier, ce code « *ne paraît avoir envisagé pour les obligations, une fois nées, d'autre destin que de s'éteindre* »¹. Seules des dispositions éparses avaient été prévues par ses rédacteurs dont l'un des objectifs était de rompre avec le système féodal². Dans sa version originale, seul l'article 1780, qui concernait le louage de services, semblait disposer d'une limite quant à la durée maximale que les parties pouvaient accorder. Ce n'est que par la suite que des dispositions supplémentaires ont été instaurées, notamment en 1978 avec l'instauration d'une durée de vie maximale de 99 ans pour les sociétés³.

Cette interdiction larvée a justifié le recours à l'invocation d'un principe de prohibition des engagements perpétuels.

Définitions. La perpétuité se définit comme : « *Le caractère de ce qui est perpétuel, sans interruption, de ce qui durera toujours, pour une durée indéfinie. La perpétuité se démarque ainsi de la durée, même longue, par sa nature, et non par une simple différence de degré* »⁴. Nul ne saurait être engagé indéfiniment dans des liens contractuels, sans interruption, prévue pour une durée indéfinie.

Les engagements perpétuels ne sont pas des engagements éternels. Le Professeur François-Xavier Testu exprime cette distinction en ces termes : « *Le*

* Promotion 2020-2021.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil, tome 4, Les Obligations*, 22e éd., PUF 2000, n°314.

² Dans son style inimitable, le Doyen Carbonnier justifiait ce délai de 99 ans : « *ce n'est pas que 100 ans fassent une éternité, mais 99 ans, c'est le forfait légal pour trois générations selon le d.18-29 1790 et si la famille n'existe qu'entre générations qui se peuvent connaître, le vrai est que tout est nuit au-delà de nos petits-enfants* » (Droit civil, op. cit., n°141).

³ R. Libchaber, *Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés*, Rev. sociétés 1995, p. 437.

⁴ G. Chantepie, *Répertoire Civil, Contrats, Effets*.

contrat perpétuel n'est pas un contrat éternel, la perpétuité est relative et s'apprécie en fonction de l'objet du contrat. »⁵. Dès lors, un contrat prévoyant une durée de cent vingt ans portant sur une prestation humaine sera qualifié de perpétuel et non d'éternel, car la durée prévue dans le contrat dépasse l'espérance de vie de l'élément caractéristique du contrat à savoir la vie humaine. Dès 1930, le Doyen Voisin en avait conclu que « *le mot de perpétuité employé par les juristes paraît bien prétentieux* »⁶ ; selon lui, le contrat perpétuel « *n'est pas établi à jamais mais il est destiné à durer autant que la vie de la personne concernée* ».

Cette distinction entre l'éternité et la perpétuité est caractéristique de deux conceptions s'opposant sur l'interprétation de ce que représente la prohibition de l'engagement perpétuel. La première, la conception objective de l'engagement, plus moderne, s'attarde à considérer l'obligation perpétuelle comme la manifestation volontaire des parties à ce que leur obligation ne soit entachée d'aucune limite de durée. Elle est indépendante et s'applique en dehors de toute prise en compte ou référence à la durée de vie humaine.

A contrario, la conception subjective observe la perpétuité à l'échelle de la vie humaine. Cette conception est incorporée dès 1804 au sein du Code civil à son article 1780 qui dispose que : « *le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties* ». Dès lors, en application de cet article, l'obligation n'existera à l'égard des parties qu'à condition qu'elles-mêmes puissent l'exercer et consentent continuellement tout au long leur relation contractuelle. Cependant, toutes ces obligations auront comme terme certain la fin de la vie humaine, condition *sine qua non* à la conception subjective.

Contexte national législatif. La manifestation textuelle et représentative de la conception objective est illustrée à l'article 1838 du Code civil qui dispose que « *La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans* »⁷. Dès lors, la durée de vie des sociétés est mise en place sans prendre en compte l'âge, l'espérance de vie ou la qualité des associés.

Contexte national jurisprudentiel. On peut aussi trouver l'origine de la prohibition des engagements perpétuels du côté du pouvoir judiciaire. La Cour de cassation a très tôt utilisé son pouvoir d'interprétation pour en extraire un

⁵ F.-X. Testu, *Dalloz Référence Contrats d'affaires 2010 / Chapitre 103 – Manière dont le contrat s'inscrit dans le temps*.

⁶ Voisin, D.P. 1930, I, P.13, note sous Cass. civ., 20 mars 1929.

⁷ Article 1838 du Code civil.

principe général de prohibition. Tout d'abord, c'est semble-t-il dans un arrêt du 28 juin 1887 que la Cour de cassation a pour la première fois identifié une prohibition des engagements perpétuels applicable à tous contrats. La solution fut tout d'abord rendue « *au nom et pour le compte de la sauvegarde de la liberté individuelle* »⁸ puis par la suite pour un bail au nom des droits fondamentaux⁹ et enfin seulement pour maintenir un équilibre contractuel dans une coopérative¹⁰ ou un cautionnement¹¹.

Dès lors, la Cour de cassation proclamait ses décisions au nom de principes non reconnus par les textes. Cette dernière le reconnaît sans détour puisque dans un rapport annuel de 2014 consacré au temps, on lit que la Cour s'est « *emparée d'un concept doctrinal pour contrôler les contrats dont la pérennisation menaçait les libertés individuelles, les droits fondamentaux, pour parvenir au final à progressivement à façonner un outil de maintien de l'équilibre contractuel* »¹².

Outre cette interprétation générale de la prohibition des engagements perpétuels, les juges vont également l'appliquer à des cas spéciaux non prévus par les textes, comme ce fut le cas, notamment, pour les baux commerciaux, dont la durée ne peut, dorénavant, excéder quatre-vingt-dix-neuf ans¹³ ou des contrats de location de matériel informatique¹⁴.

Par une décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a reconnu un principe de prohibition des engagements perpétuels fondés sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁵.

Cette protection constitutionnelle n'a cependant pas suffi, pour une partie de la doctrine, à entériner la légitimité d'imposer cette prohibition comme principe. En effet, certains auteurs ont remis en cause ce dernier. En cause, l'absence de volonté législative clarifiée dans les textes. Le Professeur Jacques Ghestin, est l'un d'eux. Il a remis en perspective le principe de prohibition des engagements qui pour lui n'a ni la légitimité ni l'évidence qu'on souhaite lui conférer¹⁶. En conséquence, le débat doctrinal et de qualification de la

⁸ Cass. civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380.

⁹ Cass. civ., 20 mars 1929, D. P. 1930, 1, p. 13.

¹⁰ Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2000, n°98-10378.

¹¹ Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, n°04-12.914.

¹² Cour de cassation rapport annuel 2014, La documentation française.

¹³ Cass. civ. 3ème, 27 mai 1998, n°96-15.774, Bull. 1998, III, n°110.

¹⁴ Cass. com., 11 mai 2022, n° 19-22.015, sanctionnant un « vice de perpétuité » au titre du déséquilibre significatif.

¹⁵ Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999 sur la loi relative au Pacte civil de solidarité.

¹⁶ J. Ghestin, *Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? in Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation comparée, 1999, p. 251.

prohibition comme principe est resté ouvert jusqu'à la réforme du Droit des contrats de 2016.

Depuis lors, la jurisprudence applique cette prohibition en retenant une position subjective qui lui a notamment permis de juger « *que la durée de 99 ans n'apparaît pas excessive s'agissant d'actionnaires, personnes morales, de sorte que c'est à tort que la société Kéring soutient qu'une telle durée contreviendrait à la prohibition des engagements perpétuels* »¹⁷.

Contexte international. En matière internationale, la reconnaissance du principe est encore plus complexe. La légitimité des principes du Droit international reste un concept récent qui n'a pour l'instant que peu d'ancrage dans le Droit interne. De plus, la diversification des différentes conceptions juridiques marquée notamment par l'opposition entre conceptions civiliste et de Common Law complique la reconnaissance d'un principe général.

Dans cette perspective différente selon la nature du contexte, étudions cette prohibition en matière interne (I) puis internationale (II).

I. – La prohibition en matière interne

Aujourd'hui la place de la prohibition des engagements perpétuels est moins débattue depuis que le législateur l'a affirmée en 2016 (A). Cependant demeurent toujours des pratiques en atténuant la portée (B).

A. – L'affirmation de la prohibition par le législateur

Le législateur a mis fin à un débat doctrinal en mettant en place une prohibition uniforme des engagements perpétuels (1) qui présente toutefois des limites (2).

1. – Une règle générale

L'article 1210 du Code civil a consacré une règle générale dotée d'une sanction uniforme.

L'article 1210 alinéa 1^{er} du Code civil dispose dorénavant que : « *Les engagements perpétuels sont prohibés* ». La prohibition figure dorénavant expressément dans le Droit commun des contrats. Elle frappe directement les engagements et éventuellement indirectement les contrats qui les contiennent.

¹⁷ CA Paris, 15 décembre 2020, n°20/00220.

Le législateur a aussi édicté une sanction. Avant son intervention, les sanctions étaient multiples et les juges décidaient de manière casuistique du choix de la sanction applicable. Cela entraînait une forte insécurité juridique pour les justiciables. L'ordonnance de 2016 a mis une place une sanction harmonisant le régime. L'alinéa 2 de l'article 1210 du Code dispose désormais : « *Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ». Par cet article, le régime de sanction devient uniforme. L'article 1211 édicte les effets de cette requalification. Ils concernent en priorité la possibilité pour les parties de mettre fin à tout moment au contrat avec pour seule condition le respect d'un préavis raisonnable¹⁸. Dès lors, toutes les obligations prévues dans le contrat perpétuel pourront cesser par la seule volonté de l'une des parties.

La rigueur des termes accrédite le caractère d'ordre public de l'interdiction.

2. – Une règle limitée

Le champ d'application d'une disposition se comprend du texte, mais également de sa raison d'être. En ce qui concerne la prohibition des engagements perpétuels, il est établi que sa *ratio legis* se limite au seul rapport personnel. L'objectif du législateur est de réprimer les obligations contractuelles qui imposeraient au débiteur une obligation *ad vitam aeternam* considérée comme contraire aux libertés individuelles. C'est, en outre, pour cette raison que le nouvel article 1210 du Code civil fut incorporé au sein du titre III du livre troisième du Code civil nommé : « *Des sources d'obligations* ». Les dispositions figurant à cette partie du Code sont uniquement conçues pour prévenir les rapports personnels entre les individus.

C'est dans cette perspective de protéger l'intérêt du texte et l'objectif poursuivi par le législateur que la Cour de cassation, à de nombreuses reprises, a admis le caractère perpétuel d'une obligation portant sur un droit réel. Si la Cour avait déjà admis, avant la réforme, la possibilité de concéder perpétuellement un droit de superficie¹⁹ ou encore d'allouer un acte de partage²⁰, elle a surtout, après l'ordonnance reconnu un droit de jouissance spécial et perpétuel portant sur la piscine d'une copropriété²¹ ouvrant droit à un débat non encore tranché sur la perpétuité des droits réels de jouissance spéciaux²².

¹⁸ Le projet soumis à consultation évoquait la responsabilité en cas d'abus.

¹⁹ Cass. civ. 3^e, 6 mars 1991, n° 89-17.786.

²⁰ Cass. civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-13.202.

²¹ Cass. civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.240.

²² P. Malaurie, L. Aynès et M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ-Lextenso, 8^{ème} éd. 2019, n°360.

Par conséquent sous réserve des dispositions spéciales issues du Droit des biens, les conventions prévoyant des obligations perpétuelles portant sur des droits réels ne sont pas prohibées par l'article 1210 du Code civil car extérieures à son champ d'application

B. – L'atténuation de la prohibition par la pratique

La sanction choisie par le législateur pourra entraîner d'importantes difficultés pratiques (1) qui pourraient favoriser la dérogation contractuelle à la règle (2).

1. – Une règle entraînant d'importantes difficultés pratiques

a) L'atteinte à la liberté contractuelle

L'article 1101 du Code civil dispose que : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Or, l'existence d'obligations perpétuelles ne trouve son origine que de la seule volonté des parties qui adhèrent conjointement à leur mise en place. Dès lors, la requalification d'un contrat perpétuel en contrat à durée indéterminée, outrepassé l'intention des parties. Si celles-ci avaient souhaité limiter la durée de leurs obligations, elles auraient pu convenir d'un autre type de contrat. Les obligations perpétuelles ont pour conséquence, du point de vue du législateur, d'entraver les droits individuels. Cependant, elles ont également pour effet de stabiliser une relation contractuelle entre les parties. En mettant en place ce type d'obligations, les parties souhaitent en pratique obtenir une relation stable et de longue durée. Elles cherchent à conclure une convention dont « *elles ont entendu qu'elle soit perpétuelle, dans les conditions qu'elles ont définies* »²³. Dès, lors, leur imposer les effets d'un contrat à durée indéterminée entraîne une précarisation de leur relation par la faculté de résiliation qui va en l'encontre du contrat longue durée pour lequel elles ont contracté²⁴.

En outre, plus souvent, la lutte contre les obligations indéfinies aboutit à fragiliser des accords qui ne stipulent pas un accord perpétuel mais des clauses qui pourraient aboutir à cette conséquence. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mai 2022 qui a neutralisé le dispositif d'un contrat de « location évolutive » de matériel. Pour la Cour de cassation la mécanique de ce contrat empêchait au locataire de

²³ V. not J. Ghestin, préc.

²⁴ M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, p. 134.

profiter d'un mécanisme de modernisation des matériels loués dans la mesure où si le locataire utilisait la faculté d'échange de matériel, le contrat était automatiquement reconduit pour 42 mois. En conséquence, la Cour censure l'arrêt d'appel qui avait jugé que le contrat « *n'était entaché d'aucun vice de perpétuité* ». De façon tout aussi inquiétante, la faculté de résolution offerte par le Code civil actuel fragilise les pactes d'actionnaires et notamment les promesses qu'ils contiennent²⁵.

b) La mise en péril de l'équilibre de la relation

Outre l'intention des parties, cette sanction peut également avoir pour conséquence pratique de fragiliser la stabilité de la relation. Comme l'a observé Madame le Professeur Etienney-de Sainte Marie, la durée peut avoir un important impact sur la partie dont le contrat présente le plus d'importance économique. Dans le cas où le contrat représenterait une source de revenus importante pour l'une des parties, sa requalification en contrat à durée indéterminée la replacerait dans une situation d'infériorité. Cela romprait l'équilibre pour lequel les parties ont contracté. Dès lors, pour cet auteur « *le temps long n'est pas tant un élément d'asservissement qu'un élément stratégique de la protection de la partie dépendante du contrat* »²⁶.

c) L'insuffisance du garde-fou

La stabilité du contrat est également mise en danger par l'absence d'un garde-fou ayant une influence contraignante pour les parties. En effet, le seul mécanisme mis en place par le législateur est l'obligation d'un préavis qui doit respecter « *un délai raisonnable* » en vertu de l'article 1211 du Code civil. Cependant, cette disposition ne semble pas suffisamment efficace pour prévenir les risques d'abus. Comme le démontre le Professeur François-Xavier Licari, cette disposition ne semble pas suffisante puisque ce n'est que postérieurement à la résiliation que la durée prévue sera connue et qu'en outre cette méthode crée des distorsions pratiques en fonction des juges²⁷. Enfin, si l'une des parties est sanctionnée pour non-respect du préavis elle sera seulement sanctionnée à des dommages et intérêts et rarement à une poursuite forcée du contrat²⁸.

²⁵ L'inquiétude est d'autant plus grande qu'une certaine incohérence est perceptible entre la chambre commerciale qui applique la règle de l'article 1210 du Code civil à des promesses incluses dans des pactes (Cass. com., 21 sept. 2022, n°20-16.994) là où la première chambre civile valide des pactes de longue durée sur le fondement de l'article 1848 du Code civil selon lequel la durée de la société peut aller jusqu'à 99 ans (Cass. civ. 1ère, 25 janvier 2023, D. 2023.370, note C. Barrillon ; E. Naudin, BJS avril 2023, p.10).

²⁶ A. Etienney-de Sainte Marie, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, thèse, Bibl. dr. priv., t. 475, 2008.

²⁷ F.-X. Licari, J.-Cl. Civ. Code, Contrat, n° 23.

²⁸ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e, n° 535.

2. – Les dérogations contractuelles

Les rédacteurs peuvent légitimement souhaiter que certaines clauses soient perpétuelles. En effet, certaines stipulations contractuelles sont parfois difficiles à limiter dans le temps dès lors, il peut être opportun pour les parties de conserver leurs effets à long terme. Cependant, il est dorénavant complexe de justifier de l'application sur le long terme d'une obligation en vertu de l'article 1210 du Code civil. C'est dans cette perspective que des techniques de rédaction contractuelle existent afin de pouvoir continuer à jouir des effets de ces clauses.

Ces dernières concernent notamment les clauses de confidentialité qui « stipulent qu'une personne s'interdit de communiquer aux tiers une ou plusieurs informations qui ont été transmises par une autres »²⁹. Dès lors, lorsque les contractants insèrent une clause de confidentialité, ils s'engagent à ne pas divulguer toute information qu'ils n'auraient pu obtenir sans les effets du contrat. Ces stipulations contractuelles fréquentes en pratique sont notamment récurrentes dans les contrats de licence de brevets³⁰, dans les contrats informatiques ou dans la cession d'une entreprise³¹.

Le Droit positif n'encadrerait pas ce type clause dès lors un doute subsistait sur leur licéité. Toutefois, la Cour de cassation a reconnu la possibilité d'insérer des clauses de confidentialité post-contractuelles même non limitées dans le temps ou dans l'espace dès lors qu'« elle ne s'appliquait qu'au procédé pour lequel [le débiteur] était engagé »³². Cette décision fut confortée par une forte partie de la doctrine, notamment par le Professeur Caseau-Roche qui a considéré qu'« une obligation de confidentialité même universelle et perpétuelle, est valable à la condition de ne porter que sur des branches spécifiques de la profession du débiteur »³³. Dès lors, avant 2016 la validité de ces clauses ne semblait pas être remise en question.

Depuis 2016 et l'insertion de l'article 1210, le débat a été modifié et la prudence doit prévaloir. En effet, afin de protéger juridiquement ces clauses, un terme implicite doit être mis en place afin de présenter une durée qui pourra être déterminée ou déterminable. Ce terme implicite doit être relatif au caractère secret de l'information. En effet, les engagements doivent être

²⁹ D. Sassolas, *La durée des clauses de confidentialité*, RTD com. 2015. 625.

³⁰ A. Latreille, *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* (1^{re} partie), LPA 7 août 2006, n° 156, p. 4, n° 107.

³¹ F.-X. Testu, *Secret et relations d'affaires : La confidentialité conventionnelle*, Dr. et patr. 2002, n° 102.

³² Cass. civ. 1^{re}, 12 avr. 1976, n° 74-11.730.

³³ C. Caseau-Roche, *La clause de confidentialité*, AJCA 2014. 119.

préservés tant qu'ils sont justifiés et dès lors, la clause de confidentialité doit perdurer jusqu'à sa connaissance par le public. L'intégration dans le domaine public de l'information doit avoir pour conséquence la fin de l'obligation du cocontractant³⁴. Cette condition à la cessation est totalement justifiée et comme le confirme la Cour de cassation elle-même « *la stipulation d'une condition suspensive, sans terme fixe ne confère pas à l'obligation un caractère perpétuel* »³⁵.

Deux types de clauses seront dès lors toujours considérés comme valables :

- une clause prévoyant une durée déterminable : cette dernière prévoit que l'obligation de confidentialité a pour fin le caractère public de l'information qui devra être démontrée par le cocontractant,
- une clause prévoyant une durée déterminée et par extension une durée déterminable : cette dernière dispose quant à elle que les obligations de confidentialité de secret professionnel et d'affaires sont prévues pour une durée par exemple de cinq ans sauf pour les informations confidentielles qui tant qu'elles ne sont pas dans le domaine public justifie le maintien de leur caractère secret.

Avec cette rédaction, qui ne se limite pas seulement aux clauses de confidentialité, des obligations même de très long terme pourront être maintenues tout en respectant les dispositions de l'article 1210 du Code civil.

La technique contractuelle peut également conduire à soumettre le contrat à toute législation qui autorisait ce type d'engagement. Un contrat même conclu en France pourrait en effet être soumis à une loi étrangère autorisant les obligations perpétuelles et qui dès lors permettrait d'échapper aux effets de l'article 1210 du Code civil.

II. – La prohibition en matière internationale

La prohibition des engagements perpétuels en matière internationale n'est pas unanimement reconnue par les Droits nationaux (A), les Principes internationaux (B) ou par la pratique (C).

A. – L'absence de prohibition absolue en matière internationale dans les Droits nationaux

³⁴ F. Rizzo, *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Dr. et patr. 2000, n° 78, p. 60 s.

³⁵ Cass. civ. 1^{re} 4 juin 1991, n° 90-11295, D. 1992. 170.

La prohibition des engagements perpétuels en matière internationale n'est pas certaine ni en France (1), ni dans les pays de Common Law (2).

1. – La réponse du Droit français est toujours incertaine

a) La difficile reconnaissance d'un principe international en Droit français

Les principes du Droit international sont reconnus en Droit interne français. Cette reconnaissance de l'existence d'un principe de Droit international fut longue et sinieuse. Sa première origine semble pour autant remonter à 1936 et l'arrêt du Conseil d'État *Sieur Kremer*³⁶ où les juges avaient, pour la première fois, fait référence « à un principe du droit international ». Toutefois, cet arrêt isolé n'a pas immédiatement prospéré. Pour cela, il aura fallu attendre 1985 pour entrevoir, de la part du Conseil d'Etat, une volonté de conférer au Droit international non-écrit une force normative. Ce fut le cas, en premier lieu, par un arrêt *France Terre d'Asile*³⁷ où les juges ont reconnu que le principe du droit d'asile parce qu'il est un principe international devait s'appliquer et il s'imposait au pouvoir réglementaire. Cette interprétation fut confirmée par l'arrêt *Nachfolger Navigation Cie et autres*³⁸ qui parachèvent la reconnaissance des principes du Droit international par les juges français.

Dans le cas des obligations perpétuelles il ne semble pas que les juges aient eu à rendre un arrêt sur cette question. Toutefois, cette problématique aurait été intéressante du fait que comme nous avons pu le voir le principe de prohibition des engagements fut mis en place sur des fondements jurisprudentiels qui ne conféraient par une sécurité suffisante au principe. Dès lors, l'utilisation des principes du Droit international aurait pu permettre d'assouvir la légitimité du principe.

Aujourd'hui, par la clarification apportée par l'article 1210 du Code civil, la prohibition ressort d'un texte et il n'est plus nécessaire d'invoquer un principe.

b) Une application de l'article 1210 à des contrats internationaux à confirmer

La prohibition des engagements perpétuels est-elle applicable à des contrats internationaux soumis au Droit français ? La réponse paraît positive

³⁶ Conseil d'Etat, *Sieur Kremer*, 12 juin 1936, Recueil, p. 638.

³⁷ Conseil d'Etat, *I/4 SSR*, 27 septembre 1985, n°44484 44485.

³⁸ Conseil d'Etat, Section du 23 octobre 1987, 72951, publié au recueil Lebon.

dès lors que le texte de l'article 1210 ne distingue pas entre les contrats internes et les contrats internationaux³⁹. Toutefois, la particularité de ces derniers pourrait mériter un traitement original dès lors que le souci de protection qui anime la prohibition est moins sensible en matière internationale⁴⁰.

2. – Une prohibition inégale en Common Law

Si les pays civilistes sont souvent opposés aux engagements perpétuels, ceux-ci sont parfois admis en Amérique du Nord.

La Common Law ne paraît pas prohiber les engagements perpétuels. Elle fait une distinction entre les contrats stipulant une durée et ceux n'en prévoyant pas. Dans l'hypothèse première, la Common Law ne prohibe pas cette pratique et considère qu'elle relève de la volonté contractuelle des parties. En revanche dans le second cas, les contrats sont considérés résiliables à la volonté de l'une ou l'autre des parties. Dès lors, ce régime devient semblable à celui retenu aujourd'hui par le Code civil français.

Les juges rechercheront toujours l'intention des parties qui est parfois difficile à comprendre. La règle est donc que « *le contrat doit rester en vigueur aussi longtemps que l'on continue à exécuter ou à agir d'une certaine manière* »⁴¹. Cette interprétation contractuelle des obligations des parties peut avoir pour conséquence d'imposer au contrat une très longue durée puisque annexée au maintien de l'obligation de l'une des parties. Par exemple, dans *Brewing Corp. v. Bowman*⁴², les juges californiens ont considéré que Bowman qui occupait une fonction de distributeur, devait continuer à exécuter le contrat tant qu'il était en capacité de vendre et de promouvoir les produits de la brasserie co-contractante. Dès lors, en Droit californien, lorsque le contrat ne prévoit pas de durée, les juges vont rechercher dans les stipulations contractuelles l'intention des parties. Dans un arrêt plus récent, les juges ont confirmé cette interprétation et ont considéré que « *les dispositions expresses des contrats indiquent clairement que les parties n'avaient pas l'intention que les contrats soient résiliables à volonté* »⁴³.

« *Pacta sunt servanda* » prévaudrait sur la prohibition des engagements perpétuels.

³⁹ Dans son arrêt du 15 décembre 2020 susvisé, la Cour d'appel de Paris a d'ailleurs appliqué la prohibition des engagements perpétuels à un pacte d'actionnaires international.

⁴⁰ P. Mousseron, *L'exception d'internationalité applicable aux contrats, Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis 2010, p. 377.

⁴¹ *Zimco Restaurants v. Bartenders Union* (1958) 165 Cal.App.2d 235, 237-238, 331 P.2d 789.

⁴² *Burgermeister Brewing Corp. v. Bowman* (1964) 227 Cal.App.2d 274, 38 Cal.Rptr. 597.

⁴³ *Zee Medical Distributors Ass'n, Inc. v. Zee Medical, Inc.*, 80 Cal. App. 4th 1 (2000).

La Cour suprême du Canada a aussi eu à sa prononcer et a considéré que sur le territoire Québécois les obligations perpétuelles ne sont pas prohibées et ne sont pas contraires en soit à l'ordre public⁴⁴.

B. – L'absence de prohibition absolue dans les principes internationaux

Les Principes Unidroit prohibent les engagements perpétuels pour les contrats sans durée (1) mais adoptent un régime particulier pour les contrats prévoyant une longue durée (2). Selon l'article 5.1.8 de ces Principes : « *Chacune des parties peut résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis d'une durée raisonnable* »⁴⁵. Dès lors, en application de cet article, tous les contrats n'ayant pas convenu d'une durée spécifique conféreront la possibilité aux parties de les résilier moyennant le respect d'un préavis. Le régime prévu est le même qu'en France. Unidroit justifie la mise en place de ce principe par le fait qu'il comble les lacunes d'un contrat vide de durée et surtout car il est « *lié au principe largement reconnu selon lequel les contrats ne peuvent pas obliger les parties éternellement* »⁴⁶.

Toutefois, la question des contrats prévoyant dans ses dispositions une très longue durée a fait l'objet d'un débat en Droit international au regard de la maxime « *Pacta sunt servanda* ». Celle-ci exprime une conception libérale dont l'influence est importante au sein des Principes Unidroit. Aussi, face à l'évolution des pratiques et une demande accrue des acteurs du commerce international, la question des obligations perpétuelles a été débattue⁴⁷. Les Principes Unidroit ont dès lors mis en place en 2013 des travaux préparatoires pour évoquer l'insertion de la prohibition des engagements perpétuels au sein de l'institution. Ces travaux furent menés par de nombreux professionnels du Droit, de *common law* ou de Droit civil en la personne notamment de Reinhard Zimmermann, juriste allemand et Vivian Ramsey juge Britannique. Ensemble, ils ont commencé à préparer l'insertion du principe dans le calendrier Unidroit. Après plus de deux ans de travail, la création d'un article fut discutée. Malgré tout, cela ne fut pas suivi d'effet après que le conseil de direction d'Unidroit ait refusé d'insérer ce principe dans la nouvelle version de 2016⁴⁸. Cependant, ces travaux restent essentiels car ils prouvent que même dans des institutions où le principe de liberté contractuelle s'impose, la reconnaissance de la prohibition

⁴⁴ *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé Inc.*, 2017 CSC 43.

⁴⁵ Article 5.1.8, Principes Unidroit.

⁴⁶ Commentaire sous article 5.1.8, Principes Unidroit.

⁴⁷ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary* (Brödermann; Apr 2018).

⁴⁸ UNIDROIT 2016 C.D. (95) Misc. 2, p. 1, C.D. (95) 15 (June 2016) at no. 122.

des engagements perpétuels est en évolution croissante, en attendant la prochaine édition des Principes Unidroit.

C. – L'absence de prohibition absolue par la pratique

La prohibition des engagements perpétuels est appliquée de façon limitée par les tribunaux (1) et les rédacteurs de contrats du commerce international (2).

1. – L'application limitée de la prohibition des engagements perpétuels par les tribunaux

Les juges californiens (a) comme les arbitres (b) reconnaissent la prohibition tout en l'aménageant.

a) L'interprétation restrictive des engagements perpétuels en Californie

Nous avons vu précédemment que le Droit Californien reconnaissait la possibilité d'émettre des obligations perpétuelles dans les contrats. Cependant ces obligations sont en réalité très contrôlées par les juges qui en font une interprétation très restrictive. En effet, comme l'explique l'avocate Maître Olivia Powar⁴⁹ : « *les tribunaux californiens s'efforcent d'éviter une telle interprétation (des obligations perpétuelles) pour de multiples raisons* ».

La première concerne le fait que les tribunaux désapprouvent les conséquences pratiques d'un contrat perpétuel. En effet les juges avaient, par exemple, dans *l'affaire Cooper Cos. v. Transcon*⁵⁰ refusé de considérer un engagement perpétuel sur le seul fait que cela était déraisonnable. Dès lors c'était une interprétation d'opportunité, non fondé sur la législation californienne. Cela s'explique par le fait que les juges considèrent généralement ces obligations *ad vitam aeternam* comme illogiques ou contraires à l'ordre public⁵¹ et sont dès lors très réfractaires à l'idée d'imposer une telle obligation à l'une des parties.

Les juges désapprouvent également ces obligations perpétuelles car cela leur impose d'interpréter le contrat afin d'en déterminer une durée. Dès lors, cela est contraire à la conception libérale qui laisse complète liberté aux parties dans la négociation.

⁴⁹ O. Powar, *Perpetual contract under California law* (https://abtl.org/report/la/abtlla_summer-fall2018.pdf).

⁵⁰ *Cooper Cos. v. Transcon. Ins. Co.*, 31 Cal. App. 4th 1094, 1103-04 (1995).

⁵¹ O. Powar, art. préc.

Les juges californiens sont, par conséquent, réfractaires à l'idée d'imposer des obligations perpétuelles. Pour cela, ils ont mis en place en pratique une théorie qui depuis s'applique constamment dans les décisions californiennes portant sur les obligations perpétuelles. Cette théorie repose sur trois étapes⁵². Premièrement, les juges rechercheront la présence d'une durée dans le contrat. Deuxièmement, les juges rechercheront « l'intention implicite » des parties. Ils s'attarderont sur le contenu du contrat et notamment sur la mise en place d'obligations prévoyant des délais implicites. Enfin, en dernière étape les juges imposeront une durée nommée « délai raisonnable » qui pourra entraîner la cessation du contrat sous respect d'un préavis. Cette technique démontre une volonté de prohiber les obligations perpétuelles par laquelle les juges auront tendance à contourner l'application d'obligations perpétuelles : « *Les tribunaux ne concluent qu'un contrat contient une clause perpétuelle que si une telle lecture est imposée par le langage non équivoque du contrat malgré tous leurs efforts pour éviter une telle interprétation* »⁵³. En conséquence, les juges en Californie se sont montrés réfractaires à reconnaître des engagements perpétuels qui sont pour autant considérés comme licites par le législateur. Les juges ne se limitent pas à l'omission d'une durée pour considérer une obligation comme perpétuelle, mais recherchent si les parties ont réellement souhaité s'engager dans une relation à long terme.

Par principe, le juge étatique se limite à l'interprétation législative. Dès lors, cela revient en France à prohiber les engagements perpétuels et en Californie à autoriser ces derniers. Cependant, les effets potentiellement néfastes de ces engagements imposent que dans certains cas que les juges s'accordent la possibilité d'intercepter et de réviser les contrats perpétuels notamment par le recours au mécanisme de la « frustration ». Celui-ci ne permet bien entendu pas aux juges américains de réviser tous les contrats perpétuels. Cependant, c'est une illustration de ce que les engagements perpétuels peuvent en pratique subir des affaiblissements s'ils créent une trop grande distorsion entre les parties. De plus, son extension depuis sa première application en 1863 représente la méfiance des conséquences pratiques que peut avoir ce type d'engagement.

b) En matière arbitrale, on a observé un principe général du droit : « *The existence of a perpetual bond between parties would indeed constitute a restriction of human freedom which is considered in most legal systems* »⁵⁴. Toutefois, cette prohibition est plus reconnue pour imposer un préavis que pour

⁵² *Consolidated Theatres, Inc. v. Theatrical Stage Employees Union, Local 16*, 69 Cal. 2d 713, 727 (1968).

⁵³ O. Powar, art. préc.

⁵⁴ S. Hotte, *La rupture du contrat international, Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Collection de thèses, Defrénois, 2007, n°604.

énoncer une prohibition absolue. Cette position pourrait se prévaloir des Principes Unidroit.

2. – L'application limitée de la prohibition des engagements perpétuels par la pratique contractuelle

Les conséquences d'une obligation perpétuelle ont, en pratique, une telle portée qu'elles sont systématiquement atténuées par une négociation contractuelle. En effet, l'objectif des parties est souvent d'obtenir le maintien d'une relation long terme tout en supprimant le risque de ces obligations à savoir le maintien forcé de la relation. Cela se traduit par des mécanismes conventionnels, qui ont pour conséquence de prohiber les obligations perpétuelles alors même que ces dernières sont autorisées par le législateur.

Les clauses de révision sont l'une des techniques les plus communes. Ces clauses sont très fréquentes en pratique et permettent d'imposer une renégociation contractuelle afin de prendre en compte certains changements survenus pendant la relation contractuelle. Ces clauses ont pour conséquence d'imposer une renégociation ou une modification contractuelle qui pourra être, le cas échéant, constatée par dans le tribunal judiciaire ou arbitral. Ce mécanisme conventionnel a pris tellement d'ampleur qu'il est devenu aujourd'hui un réel standard du droit international qui s'impose en pratique. En effet, les contrats de très long terme incluent habituellement ce mécanisme et ce sans qu'une obligation soit imposée par le législateur. Madame le Professeur Lisa Beisteiner considère ainsi que « *dans le commerce international, il n'y a guère de contrat à long terme sans une sorte de "clause de révision" »*⁵⁵.

Ces clauses peuvent prendre plusieurs formes (clause de révision du prix, clause générale d'adaptation). Quel que soit le choix des parties, toutes ces dispositions n'ont qu'un seul objectif : celui de maintenir une relation durable.

Les clauses de révision peuvent limiter les conséquences et les effets d'un engagement perpétuel et ce, sans que la législation ne leur impose. Les engagements perpétuels ne produisent plus leurs pleins effets et sont dès lors neutralisés par les acteurs du commerce international.

Au final, le constat paraît paradoxal. Alors que la prohibition a été posée par le Code civil français, le principe de prohibition des engagements perpétuels se trouve affaibli.

⁵⁵ L. Beisteiner in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014* (Klausegger, Klein, Kremslehner et al., Eds., Jan 2014).

En matière interne, cet affaiblissement est issu de sa légalisation en trompe-l'œil.

En matière internationale, cet affaiblissement tient à la force de la maxime « *Pacta sunt servanda* » et aux pratiques des rédacteurs d'actes ainsi qu'à la difficulté de faire émerger un principe général international.

Au-delà d'une complexité technique, cette difficulté tient peut-être à l'insuffisance d'une approche quantitative du Temps par l'Etat. Dans une approche plus qualitative et naturaliste⁵⁶, on peut aussi concevoir la permanence de celui-ci. Selon cette perspective, la prohibition légaliste des engagements perpétuels, inapte à concevoir la perpétuité et *a fortiori* l'éternité, serait une nouvelle tentative d'asservissement étatique de la volonté condamnée à l'impuissance... à perpétuité.

⁵⁶ J.-L. Coronel de Boissezon, *V° Temps*, in *Le dictionnaire du conservatisme*, Dir. F. Rouvillois, O. Dard et C. Boutin, Les Editions du Cerf, 2017, p. 922.

Le principe d'interprétation *in favorem auctoris* des contrats d'auteur

Alexis Boisson

Maître de conférences à l'Université de Montpellier

Le droit d'auteur est né de grands principes. D'ordre philosophique, ils ont été dotés peu à peu d'une portée juridique par la doctrine, puis par le législateur, souvent dans le sens de la jurisprudence qui s'était formée depuis, parfois à rebours. Citons le principe de l'Unité de l'art (loi du 11 mars 1902), celui prônant la distinction du droit d'auteur et de la propriété du support matériel de l'œuvre (loi du 9 avril 1910) ou encore celui de l'appropriation automatique par le fait de la création et non par une quelconque formalité (loi du 29 mai 1925). Ces principes cardinaux du droit d'auteur ne sont plus guère discutés pour eux-mêmes. La loi du 11 mars 1957 n'a fait que les consolider. Reconnus mondialement, ou presque¹, on les lit aujourd'hui, en France, dans les articles L111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

A côté de ces « piliers », d'autres notions sont en revanche, depuis leur origine, considérées comme « floues », à « contenu variable »² ou recourant à la technique du standard³. L'œuvre, l'originalité, l'auteur, ne désignent rien moins que, respectivement : l'objet de la protection, sa principale condition et son titulaire originel. Or, la définition de ces notions a été laissée à d'autres sources que la loi. L'appréciation de leurs contours, de leur portée et de leur avenir, ne laisse pas d'occuper la doctrine spécialisée.

Le Droit des contrats d'auteur n'est pas en reste. Le donné légal de la matière pouvait, il y a une dizaine d'années encore, être sommairement cerné en quelques grandes règles. Il se complexifie depuis dans un esprit toujours plus technicien, formaliste dans son expression, d'une part ; dans un sens généralement favorable aux intérêts de l'auteur, dans son esprit, d'autre part. Ces traits culminent en France avec la réforme du contrat d'édition de 2014⁴. Plus récemment, la directive 2019/790 du 17 avril 2019 marque l'europeanisation de ce droit spécial des contrats jusque-là laissé aux traditions

¹ V. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886).

² C. Castets-Renard, *Les notions à contenu variable en droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.

³ J.-M. Bruguière (dir.), *Les standards de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2018.

⁴ Ordonnance n°2014-1348 du 12 novembre 2014 modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition (v. art. L132-17-1 et ss. CPI).

nationales⁵. Les nouveaux textes font la part belle à des accords collectifs avec lesquels une savante articulation est prévue.

Dans ce contexte d'inflation normative et de diversification des sources, il est nécessaire de revenir sur une pièce maîtresse du droit des contrats d'auteur en France : le principe en vertu duquel le contrat s'interprète strictement et « *in favorem auctoris* », c'est à dire en faveur de l'auteur.

Innommée, la règle ne procède pas d'une directive légale d'interprétation⁶. Elle n'apparaît guère sous la forme de sa locution latine dans la jurisprudence. Pourtant, sa reconnaissance en qualité de *principe* dépassant par là même sa condition de *maxime d'interprétation*⁷ réunit un large spectre de la doctrine. Ainsi, pour les Professeurs M. Vivant et J.-M. Bruguière : « Le principe d'interprétation *in favorem auctoris* peut être considéré comme un *principe fondamental du droit d'auteur français* »⁸. Le Professeur F. Pollaud-Dulian traite le « principe général d'interprétation » au titre des « principes fondamentaux du droit d'auteur »⁹. Le Professeur P.-Y. Gautier y voit encore : « *un véritable principe général du droit d'auteur* »¹⁰.

Non-écrit mais néanmoins fondamental, le principe d'interprétation *in favorem auctoris* doit être énoncé et relié à ses sources (I), avant d'être

⁵ Directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, transposée par l'ordonnance n°2021-580 du 12 mai 2021 (v. art. 18 et ss.).

⁶ A. Maffre-Baugé, Libres propos autour de l'interprétation des contrats d'auteur, in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, LexisNexis, Dalloz, 2020, p. 261.

⁷ Cette nature de « principe » peut être discutée au regard de la force normative que n'aurait pas la maxime d'interprétation. V. A. Maffre-Baugé, *op. cit.*, qui estime que l'interprétation stricte serait un authentique principe quand l'interprétation *in favorem* serait plutôt une maxime d'interprétation... c'est pourtant bien la seconde qui doit primer (p. 266). – Plus ferme, estimant qu'il n'existe pas de « principe d'interprétation » : P. Morvan, entrée : « Principes », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (Dir.), Lamy-PUF, 2003. – Constatant le passage d'une catégorie à l'autre, selon le caractère obligatoire qui leur est, ou non, est attaché et leur éventuelle traduction en une règle de fond : A. Thouement, *Les maximes d'interprétation*, IDU, coll. Droit des usages, 2022, n°1020 et ss. et 1041 et ss. – Dans ce débat passablement académique, les deux positions se défendent. On adoptera volontiers ici le terme de « principe », considérant la langue juridique non pas comme la chaire d'où seraient édictées des vérités immuables, mais plutôt comme un instrument permettant de fournir aux juristes les mots les plus aptes à nommer les réalités observées. Et n'il y aurait-il pas quelque paradoxe à voir dans la doctrine le « législateur » de notions qui sont, précisément, « hors-la-loi » ?

⁸ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., Dalloz, 2019, n°752.

⁹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, n°66 et ss.

¹⁰ P.-Y. Gautier et N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021, n°610.

confronté à d'autres prescriptions concurrentes (II). C'est enfin sa portée qui retiendra notre attention : pourrait-elle dépasser la question de l'interprétation du contrat ? (III).

I. – Le principe d'interprétation *In favorem auctoris* et ses sources

La nature des droits cédés ou concédés par l'auteur, leur étendue, leur destination, leur durée, s'interprètent strictement et en faveur de l'auteur. Ce principe s'applique lorsque le doute est permis, il s'efface en revanche lorsque les stipulations n'offrent pas la place à l'équivoque¹¹. Autrement dit, l'incertitude conduira le juge à opter pour la cession la moins étendue, la dépossession la moins grande. « *Le droit d'auteur est un droit retenu* »¹² ce qui va de pair avec le label de droit de protection de la partie faible qui lui est attribué. Il s'appuie sur un ordre public de protection au bénéfice de l'auteur, que ce dernier agisse en professionnel ou non. Il s'efface lorsque la propriété intellectuelle est à son tour cédée ou concédée par d'autres que l'auteur¹³.

C'est d'abord par la doctrine que l'on accède au principe¹⁴. Sa présentation prend généralement la forme d'une exégèse des textes dont on a extrait la *ratio legis*. On cite principalement l'article L122-7 du CPI selon lequel ce qui n'a pas été expressément cédé par l'auteur lui est réservé. L'article L111-1 du CPI est également convoqué : contre toute évidence, l'auteur, même salarié, conserve en principe la jouissance de ses droits d'auteur. L'article L111-3 du CPI invite quant à lui à ne pas déduire de la vente du support la cession des droits d'auteur. Le formalisme contractuel est également de la partie, spécialement l'article L131-3 al. 1^{er} du CPI : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.* ». Une lecture *a contrario* en révèle toute la portée. Ajoutons encore les droits moraux en ce qu'ils soustraient au contenu du contrat des utilités de l'œuvre (articles L121-1 et ss.) ainsi que les dispositions relatives aux différents contrats spéciaux de la matière (articles L132-1 et ss. du CPI). Illustrant ce consensus, le Professeur F. Pollaud-Dulian

¹¹ Comp. affirmant que le contrat s'interprète toujours (*sic*) en faveur de l'auteur : CA Paris, 14 décembre 2005, Juris-data n°2005-308372 (chambre correctionnelle).

¹² P.-Y. Gautier et N. Blanc, *op. cit.*, n°275. En ce sens : N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ/Lextenso, 7^e éd., 2022, n°1148.

¹³ Ce point reste discuté. V. par ex. : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°754.

¹⁴ Sans prétendre à l'exhaustivité, nous n'avons guère lu de thèses, traités ou fascicules, traitant du droit des contrats d'auteur ne tenant pas ce principe pour acquis, avec plus ou moins d'enthousiasme.

écrit : « *En France, c'est tout l'esprit de la loi du 11 mars 1957 qui conduit à cette méthode d'interprétation finalisée, ce que confirme un faisceau de dispositions légales convergentes du Code de la propriété intellectuelle* »¹⁵.

L'examen de la jurisprudence fait également apparaître une tendance profonde. On tient pour acquis le « *principe selon lequel toute cession des droits d'auteur s'interprète étroitement, principe nécessaire à la protection de l'auteur* »¹⁶. On peut relever des formules telles que : « *les contrats portant sur les droits d'auteur doivent s'interpréter restrictivement en faveur de l'auteur* »¹⁷. Un pacte de préférence éditorial¹⁸ ou encore les « *stipulations contraires* » doivent être interprétés « *en faveur de l'auteur* »¹⁹. Ajoutons encore que : « *la réalité d'une convention de cession du droit d'auteur ne peut être admise que si elle résulte l'éléments précis ne pouvant laisser subsister aucun doute à son sujet ; que cette exigence très stricte est imposée par les nécessités de la protection du droit d'auteur, lequel est étroitement lié à la personnalité du créateur de l'œuvre* »²⁰.

La lecture des arrêts de la Cour de cassation est plus décevante. La Cour se contente le plus souvent de relever le caractère « limité » des cessions pour casser les décisions trop libérales. Il est vrai que ce constat est généralement corrélé à une solution favorable à l'auteur. Mais c'est surtout le commentateur de ces arrêts qui saura y déceler une application de notre principe²¹. Inversement, le commentateur pointera les limites du principe, ou son oubli malheureux, lorsque la décision contraire l'intérêt de l'auteur²².

¹⁵ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°1360.

¹⁶ CA Paris, 18 avril 1991, n° 89/20230 (l'image vendue comme « affiche » ne peut être utilisée comme placard publié dans la presse).

¹⁷ CA Paris, 19 Juin 2020, n°18/00305 (portant sur l'étendue, le prix et la durée d'utilisation de photographies par YSL). En ce sens, par ex. CA Paris, 23 février 2021, n°19/20285.

¹⁸ CA Paris, 6 septembre 1999, Juris-data n°1999-101488.

¹⁹ TGI Paris, 30 janvier 2015, n°12/11909. – ADDE, par ex. : CA Versailles, 13 février 1992, D. 1993.402 note B. Edelman.

²⁰ CA Paris, 2 mai 1975, JCP 1979, II 19119, obs. R. Leduc.

²¹ Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2010, n°09-15.091. C'est le commentateur qui analyse l'interprétation faite par la Cour comme « stricte (...) c'est-à-dire, en faveur de l'auteur », v. obs. Ch. Caron, CCE, n°12, décembre 2010, comm. 119. – V. égal., par ex. Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1994, n°92-11.691 ; Cass. com., 16 février 2010, n°09-12.262.

²² Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n°00-15.298, comm. Ch. Caron, « L'article 1135 du Code civil au pays du droit d'auteur : boîte à merveilles ou boîte de Pandore ? », JCP E 2002, 1121. – ADDE : Obs. Ch. Caron, sous : CA Paris, 28 avril 2000, CCE, n°9, 2000, comm. 86 ; A. Maffre-Baugé, « Coup de froid sur l'interprétation des contrats d'auteur ! », Dalloz IP/IT 2022. 204, obs. sous : CA Douai, 21 octobre 2021, n°20/0282.

Notons enfin que le Tribunal de l'UE a su prendre moins de précautions : « *Les cessions de droits s'interprètent restrictivement et en faveur de l'auteur* »²³. Cette affirmation est remarquable. L'heure étant à la recherche du « juste équilibre », l'intérêt de l'auteur a vocation à finir « dans la balance » plutôt que sur la première marche du podium.

Notre principe doit à présent être mis en relation avec d'autres règles voisines et potentiellement concurrentes.

II. - La cohabitation des principes : associés ou concurrents ?

En premier lieu, on peut être tenté de voir dans notre principe « *in favorem auctoris* » une exception à la plupart des directives d'interprétation contractuelle du Code civil²⁴. Moins radicalement, il s'agirait plutôt d'une cohabitation, plus ou moins heureuse. Certes, l'article 1602 du Code civil est évincé. On ne saurait interpréter le contrat de cession de droit d'auteur contre le vendeur. L'auteur, cédant, est au contraire un vendeur très favorisé !

La référence au droit commun est plus débattue. L'appel à la « commune intention des parties » ou à « la personne raisonnable » (article 1188 du Code civil) ne saurait être tout à fait exclue. De même, dans un autre registre, la considération des suites que donnent au contrat : « l'équité, l'usage ou la loi » (article 1194) ne peut être ignorée, mais l'expérience montre qu'elle vient rationaliser notre principe de faveur plutôt qu'elle ne vient le soutenir²⁵.

L'article 1190 du Code civil est plus en phase. Il donne la préférence au débiteur si le contrat est de gré-à-gré et la défaveur à celui qui propose un contrat d'adhésion. Certes, le débiteur dont on scrute l'étendue de la prestation est bien l'auteur. En revanche, s'il est vrai que les contrats d'auteur sont souvent des contrats d'adhésion, cela n'est heureusement en rien systématique. La comparaison avec les dispositions du droit commun est donc intéressante mais il est difficile d'en tirer des conclusions définitives²⁶.

²³ TUE, 16 décembre 2010, Aff. T-19/07 décision certes censurée, mais point sur le principe constaté.

²⁴ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°77.

²⁵ L'ancien article 1135 C. civ. a pu fonder une interprétation favorable à l'auteur (CA Paris, 12 février 2003, obs. Ch. Caron, « De l'esprit altruiste du contrat d'édition », CCE juin 2003, p. 23) comme une interprétation défavorable, v. not. le très remarqué : Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 (précité).

²⁶ Mettant en avant la cohérence de l'ensemble : A. Maffre-Baugé, *op. cit.*

En second lieu, nous avons vu plus haut que l'interprétation en faveur de l'auteur devait également être stricte, voire même restrictive. Mais sommes-nous alors toujours en présence d'un seul et même principe ? La réponse est positive si l'on en croit le Pr. A. Lucas qui évoque « *Le principe d'interprétation stricte in favorem auctoris.* »²⁷, ou encore Mme A. Robin expliquant que les stipulations « sont interprétées de façon restrictive, c'est-à-dire *in favorem auctoris.* »²⁸.

Sommes-nous au contraire en présence d'une pluralité de prescriptions qui cohabitent, tout en demeurant fondamentalement distinctes ? Nous aurions alors deux principes²⁹, dont l'un commanderait l'existence de l'autre... Mais comme il en va de l'histoire l'œuf et de la poule, lequel trouverait-on à l'origine ? Lequel est le *princeps* ? La présentation la plus « classique » de la matière suggère un principe d'interprétation stricte posé par le législateur, puis reçu par le juge sous la forme du principe d'interprétation *in favorem auctoris*³⁰.

Nous pouvons la résumer par ce syllogisme :

- La cession est d'interprétation stricte : ce qui n'est pas cédé est conservé par l'auteur.

- Or, il est favorable à l'auteur de considérer, en cas de doute, qu'il a cédé, pour un prix donné, le moins de droits.

- Il existe donc un principe d'interprétation de la cession en faveur de l'auteur.

Cette présentation est discutable, pour deux raisons.

La première tient à la mineure : la cession la moins étendue est-elle toujours la meilleure pour l'auteur ? Il y a là une corrélation plus qu'une causalité. Il peut être plus intéressant pour l'auteur de céder largement ses droits

²⁷ A. Lucas, J.-Cl. PLA, Fasc. 1310 : Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions générales.

²⁸ A. Robin, J.-Cl. PLA, Fasc. 1240 : Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation, n°27.

²⁹ Voire trois principes, car « strict » et « restrictif » n'expriment certes pas la même chose ! « Restrictif » suggère une intention et se rapprocherait plus de « *in favorem* » que de « strict ». Notant le peu de rigueur dans l'usage de ces termes : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*

³⁰ Cette chronologie serait un exemple de dialogue harmonieux entre le législateur et le juge : A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008, n°162 et ss.

à titre exclusif, pourvu que l'opération permette une meilleure exploitation de son œuvre et donc, une meilleure rémunération (rémunération qui, rappelons-le est en principe proportionnelle)³¹.

La seconde objection est plus fondamentale : les deux principes ne se situent pas sur le même plan, comme l'a démontré Mme A. Maffre-Baugé³². L'un (interprétation stricte) fait prévaloir la lettre du contrat plutôt que la commune intention des parties ; le second (*in favorem*) appelle au contraire l'interprète à s'émanciper de ces deux considérations, au profit des intérêts de la partie protégée. Ces deux principes, distincts, ne sont-ils pas contradictoires ? A tout le moins, nous devons corriger le syllogisme : l'interprétation stricte serait une conséquence, un instrument de technique juridique au service de l'interprétation *in favorem auctoris*. Pour la première : une mécanique découlant de l'exégèse des textes ; pour la seconde, le « *principe directeur* »³³ en droit d'auteur fruit d'une approche téléologique.

A ce stade, le principe reste contenu à la question de l'interprétation du contrat. Pourrait-il avoir une portée plus générale en droit d'auteur ?

III. – « *In favorem auctoris* », au-delà de l'interprétation du contrat ?

Comme nous l'avons vu c'est, *a minima*, l'étendue de la cession de son droit par l'auteur qu'il convient d'interpréter en sa faveur. La jurisprudence citée semble bien s'en tenir là. Cependant une importante doctrine tend à étendre la portée de notre principe, à des degrés divers, résumés ici dans l'ordre croissant de généralisation.

- Premièrement. Au-delà de la cession (ou de la mise en jouissance caractéristique de la licence), on peut lire que le principe de faveur appréhende l'interprétation du contrat dans toutes ses composantes (la rémunération, les modalités de rupture par l'auteur, etc.). Il a pu être analysé comme la « norme d'interprétation des contrats déséquilibrés »³⁴, lui conférant une certaine généralité et une normativité certaine. Cette vision rappelle celle qui est formulée par l'article L211-1 du Code de la consommation au terme duquel le doute profite au consommateur. L'article vise « les clauses » du contrat et non

³¹ D'ailleurs que signifie « interpréter strictement » une clause de rémunération ? Est-ce toujours favorable à l'auteur ?

³² A. Maffre-Baugé, *op. cit.*, p. 264.

³³ *Ibid.* – En ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°751 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, n°410, indiquant que le principe *in favorem* « implique » l'interprétation « restrictive » que préconise la loi.

³⁴ A. Maffre-Baugé, *op. cit.*, p. 275 (s'appuyant sur les travaux de N. Martial-Braz).

la seule prestation de l'une des parties. Cette lecture dévie légèrement du domaine initial du principe assigné par ses sources textuelles, cependant elle demeure en tout point conforme à la *ratio legis*.

- Deuxièmement. Il est courant de sortir le principe d'interprétation *in favorem auctoris* du domaine où il a vu le jour. Ainsi, pour le Pr. P.-Y. Gautier ce sont, au-delà des contrats, les « normes » aussi bien nationales, internationales, qu'européennes qui s'interprètent *in favorem auctoris*³⁵. Voilà toute une discipline juridique qui se voit orientée vers cet objectif de protection. Citons l'article L131-1 du CPI : « La cession globale des oeuvres futures est nulle ». Relu par le juge, l'interdiction est étendue à la cession de plus d'une seule œuvre future ! Si ce texte concerne la matière contractuelle, notons que ce n'est plus le contrat imprécis que l'on interprète mais bien la loi la plus limpide. Citons encore le cas du régime des exceptions au droit d'auteur³⁶. Exceptions obligent, il est admis qu'elles sont d'interprétation stricte. Mais n'est-ce pas avant tout parce que leur mise en œuvre retire à l'auteur certaines utilités de l'œuvre ? C'est donc en faveur de l'auteur qu'il convient de restreindre leur portée³⁷. Pour la Pr. A. Bensamoun, qui porte une analyse largement diffusée depuis, c'est – au-delà de la question de leur interprétation – leur énoncé légal dans un système exhaustif et fermé qui fait sens : « la technique législative d'ensemble permet de conclure à une philosophie française *in favorem auctoris* »³⁸.

- Troisièmement, enfin, l'expression la plus large du principe est celle qui l'émancipe de sa nature de principe d'interprétation des contrats ou des textes. Le principe « *in favorem auctoris* » porterait à présent sur l'articulation des sources du droit d'auteur. Cette présentation transparait, parfois entre les lignes, dans la doctrine depuis une vingtaine d'années. Monsieur X. Près explique que le caractère impératif de l'ordre public de protection de l'auteur ne devrait jouer qu'*in favorem auctoris*³⁹, ce qui semble fort logique. Pour A. Bernard, notre principe pourrait, en cas de conflit d'usages, jouer en faveur de l'application du code des usages envisagé par l'auteur⁴⁰. Si l'on devait systématiser ce type d'analyses, nous aurions là un principe de faveur qui aurait une portée

³⁵ P.-Y. Gautier et N. Blanc, *op. cit.*, n°26.

³⁶ V. art. L122-5 et ss. du CPI (par ex. exceptions : de copie privée, de courte citation, de parodie, de fouille automatisée de données...).

³⁷ Constatant l'application de notre principe aux exceptions : D. Piatek, *La crise des exceptions en droit d'auteur. Etude paradigmatique*, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2017, v. not. n°167.

³⁸ A. Bensamoun, *op. cit.*, n°164.

³⁹ X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, PUAM, 2004, n°342 ; A. Lucas, J.Cl. PLA - Fasc. 1310 (précité).

⁴⁰ A. Bernard, *Les usages en Droit d'Auteur français*, Thèse, Poitiers, 2017, n°681.

comparable à son homonyme en droit du travail. Il ne s'agirait plus simplement d'interpréter la règle applicable (contractuelle ou légale). Il s'agirait d'intervenir dans le choix entre des normes concurrentes.

Un vaste débat s'ouvre ici, dont nous n'avons certes pas toutes les réponses.

Les évolutions récentes du Droit civil, du Droit commun des contrats d'auteur et du contrat d'édition relancent la question de la nature de notre principe. En voici une illustration⁴¹ : pas moins de trois régimes de révision sont potentiellement applicables « en parallèle » au contrat d'édition d'un livre numérique (et deux sont applicables au contrat d'édition quel qu'il soit). Dans un ordre croissant de spécialisation : le nouvel article 1195 du Code civil (datant de 2016), l'article L131-5 du CPI applicable à tout contrat d'auteur (datant de 1957 et complété en 2021), l'article L132-17-7 du CPI concernant l'édition numérique (datant de 2014). Les conditions de déclenchement, les délais, les résultats attendus de ces procédures diffèrent sensiblement. Lequel l'auteur doit-il choisir ? Mais peut-il seulement choisir ?

La règle *specialia generalibus derogant* n'offre-t-elle pas une réponse toute trouvée ? Le régime de révision le plus spécifique écarterait le plus général. Dans un premier mouvement, nous avons suggéré que si le principe *in favorem auctoris* était bien cantonné à la question de l'interprétation du contrat, il était alors inopérant face à la règle de conflit de normes *specialia generalibus derogant*⁴². Et pour cause, ici, il n'y a rien à interpréter !

Mais n'est-ce pas donner trop d'importance à un adage qui, comme le rappelle utilement la Pr. C. Goldie-Genicon : « ne fait que suggérer une solution au juge, et ne le lie pas »⁴³.

⁴¹ Nous en aurions d'autres : du droit commun au droit spécial, la résiliation du contrat d'édition connaît désormais trois niveaux de régimes.

⁴² A. Boisson, Imprévision et édition de livres numériques : le droit commun a-t-il rattrapé le droit spécial ?, RLDC, 2016, n°141, p. 27. – Mise à jour : M. Guillemain, Les contrats de droit d'auteur dans l'ordonnance du 12 mai 2021, CCE, 2022, étude 1, n° 5. – Donnant la primauté à « specialia » : A. Lucas, *JCl. Propriété littéraire et artistique - Fasc. 1310 : Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions générales*, § n° 131.

⁴³ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 358. - Sans prétendre rendre compte ici de ce riche débat, l'adage « specialia » n'est sans doute pas aussi décisif, réducteur du droit commun qu'on peut le lire et l'enseigner. Dans biens les cas, l'option est permise : N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, spéc. n° 164 et ss. Cet auteur, dont l'étude n'intègre certes pas l'analyse du droit d'auteur, propose en cas d'option (n° 803) un « critère de la faveur légitime ».

Si l'on veut reconnaître l'existence en droit d'auteur d'un principe de faveur permettant d'intervenir dans le choix d'une norme, sur le modèle travailliste, pourquoi l'auteur ne pourrait-il pas opter, dans les strates de droit plus ou moins commun, plus ou moins spécial, pour le régime le plus favorable à ses intérêts du moment ⁴⁴ ?

Nombreux sont les commentateurs du droit d'auteur qui – sans pour autant lui conférer la généralité d'un principe de faveur – voient dans le principe d'interprétation *in favorem auctoris* autre chose qu'une méthode d'interprétation : un grand principe, la marque distinctive d'un « *droit d'auteur à la française* »⁴⁵, la traduction d'une attention particulière apportée par la collectivité à l'auteur et à la création. Or, l'observation donne une impression d'inachevé. Induit de dispositions diverses de la loi du 11 mars 1957, un temps perçu comme remarquable et en avance sur son temps, il a vu s'édifier devant lui le monumental droit du travail ou encore se déployer les audaces du droit de la consommation. Notre droit d'auteur, avec ses principes, n'aurait été que le spectateur de ces évolutions. Notre principe est né de grands textes portés par une intention, mais c'est bien dans les failles laissées par ce droit écrit qu'il a prospéré. Son succès n'est-il pas la démonstration des manques de notre législation lorsqu'il s'agit de protéger les auteurs ? A décharge, n'est-ce pas le trait de bien des principes ?

⁴⁴ Pour une option en faveur de l'auteur, dans ce cas précis : P.-Y. Gautier et N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°567.

⁴⁵ A. Bensamoun et F. Labarthe (dir.), *L'œuvre de l'esprit en question(s) un exercice de qualification* », Mare et Martin, 2015, *Avant-propos*.

Le principe d'indissociabilité des opérations complexes en matière de TVA

David Boulaud

Maître de conférences à l'Université de Montpellier

Le Droit fiscal, et plus particulièrement le Droit fiscal des affaires, recèle de principes à l'égard desquels les acteurs de l'entreprise attachent une importance particulière. Certains d'entre eux interviennent en amont, c'est-à-dire qu'ils peuvent influencer, dès la naissance de l'entreprise, le choix de l'objet même de l'activité. L'intérêt de connaître ces principes pour le dirigeant n'est plus de prévenir le risque fiscal lié à une opération ou une série d'opérations, mais d'anticiper alors la qualification fiscale – et donc le régime correspondant – de l'activité professionnelle qu'il entend réaliser. Au premier rang de ces principes figure sans doute celui de l'indissociabilité des opérations complexes en matière de TVA.

Conformément à l'article 1, §2 de la Directive TVA¹, chaque opération accomplie par un assujetti doit, pour les besoins de cet impôt, être appréhendée en tant que telle. Pour ce faire, la classification des opérations supports de l'activité opère selon une *summa divisio* : l'entreprise réalise au profit de sa clientèle des *livraisons de biens corporels* ou, à défaut, des *prestations de services*. De cette distinction découlent deux régimes distincts. L'enjeu de la qualification est de taille puisqu'elle conditionne l'ensemble des règles applicables à l'opération, de la détermination du champ d'application territorial, de l'assiette et des exonérations, du fait générateur ou encore de l'exigibilité de la TVA, du droit à déduction jusqu'au régime d'imposition.

Cependant, il est des cas où la distinction entre ces deux qualifications fiscales n'est pas toujours aisée, précisément en raison de l'objet polymorphe de l'activité, lequel comprend une pluralité d'actes ou d'éléments fournis au client à partir d'une offre unique et globale. L'on parlera alors d'*opération complexe*. Ces difficultés sont bien connues en droit des contrats et renvoient,

¹ Dir. 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.

pour partie, à la distinction de qualifications contractuelles parfois concurrentes telles que celles de contrat de vente et de contrat d'entreprise².

Pour résoudre cette difficulté, la Cour de justice a élaboré dans l'arrêt fondateur *Card Protection Plan* (« CPP »)³ une exception venant déroger à la règle posée par la Directive : en présence d'une opération complexe dont la dissociation présenterait un caractère artificiel, un seul régime fiscal doit être appliqué à l'ensemble afin de ne pas altérer le fonctionnement du système TVA. Outre l'application d'un régime unique à des opérations répondant à des qualifications fiscales différentes, cette solution peut également se destiner à des opérations de même nature, c'est-à-dire entre deux prestations de service ou deux livraisons de biens corporels pouvant être régies par des règles propres, notamment en matière de taux de TVA.

Initialement entendue comme une exception, cette construction jurisprudentielle constitue aujourd'hui un véritable principe completif de la règle générale issue de la Directive⁴. A tel point que le législateur français en a finalement codifié le contenu à l'article 257 ter du Code général des impôts⁵, en vigueur depuis le 30 décembre 2020.

Ce principe repose ainsi sur l'application d'un régime fiscal unique à des opérations distinctes car elles forment ensemble une opération complexe dont l'identification s'opère selon deux techniques alternatives :

- l'identification d'une opération complexe par le jeu de la règle de l'accessoire (**I**),
- l'identification d'une opération complexe au regard de l'économie générale des opérations (**II**).

² Cette dernière faisant l'objet d'un vaste travail de redéfinition dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux présidé par le Professeur Philippe Stoffel-Munck ; v. aussi, P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Univ. Paris, 1999.

³ CJCE, 6^e ch., 25 février 1999, aff. C-349/96, *Card Protection Plan Ltd (CPP)* : *RJF*, 1999, n°512 ; *JCP E*, 1999, n°13, p. 559.

⁴ Rappelé avec force et pédagogie dans une décision récente : CJUE, 3^e ch., 4 mars 2021, aff. C-581/19, *Frenetikexito - Unipessoal Lda c/ Autoridade Tributária e Aduaneira* : *RJF*, 2021, n° 550 ; *RDF*, 2021, n° 10, act. 147.

⁵ Article 44 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

I. – L'identification d'une opération complexe par le jeu de la règle de l'accessoire

Lorsqu'il existe un rapport objectif de sujétion entre des opérations distinctes (A), celles-ci forment une seule opération complexe pour l'application du régime de TVA. Les circonstances dans lesquelles se déroulent les opérations peuvent toutefois perturber la qualification d'opération complexe (B).

A. – L'existence d'un rapport objectif de sujétion entre des opérations distinctes

Dans la décision fondatrice précitée, les magistrats précisent que l'existence d'une opération principale et d'une opération accessoire permet d'identifier une opération complexe. L'analyse porte ainsi sur deux opérations distinctes dont il va être démontré que l'une est au service de l'autre.

Afin d'identifier s'il existe effectivement un rapport de principal et d'accessoire entre des opérations distinctes, il convient de s'en remettre à l'intention du consommateur moyen pour qui l'opération accessoire « *ne constitue pas une fin en soi, mais le moyen de bénéficier dans les meilleures conditions du service principal du prestataire* »⁶. Ainsi, l'opération accessoire assure une « *fonction auxiliaire* » et non « *autonome* »⁷ ce qui renvoie à l'existence d'un lien de dépendance unilatérale à l'égard de l'opération principale⁸. A titre d'illustrations, un service de paiement à l'appui d'une prestation de services de télécommunication constitue l'accessoire de cette dernière en raison de l'absence d'utilité pour le client de bénéficier d'un tel service sans l'abonnement téléphonique⁹. Dans le même ordre d'idées, un service d'accès à une piscine, un sauna, ainsi qu'à une salle de séminaire sont accessoires à une prestation principale de service hôtelier¹⁰. Ces prestations annexes constituent un tout pour la clientèle qui permet véritablement

⁶ CJCE, 6^e ch., 25 février 1999, aff. C-349/96, Card Protection Plan Ltd (CPP), *préc.* ; v. également, en droit interne : CE, 10^e et 9^e ch., 24 février 2022, req. n°446128, Sté M010.

⁷ J. Kokott, concl. sous CJUE, 3^e ch., 4 mars 2021, aff. C-581/19, Frenetikexito - Unipessoal Lda c/ Autoridade Tributária e Aduaneira : *RJF*, 2021, n° 550.

⁸ Pour une étude approfondie, v. G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé – Étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, th. Univ. Nancy, 1966.

⁹ CJUE, 3^e ch., 2 décembre 2010, aff. C-276/09, Everything Everywhere Ltd : *RJF*, 2011, n°532.

¹⁰ CAA Lyon, 2^e ch., 1^{er} avril 2004, n°98-53, Plagnat : *RJF*, 2005, n°676.

d'agrémenter son séjour et de profiter de la prestation principale dans les meilleures conditions¹¹.

S'il s'avère en revanche que chacune des opérations constitue une fin en soi pour le client, celles-ci seront alors appréciées distinctement car chacune poursuit un but spécifique. Il n'y aurait donc pas d'application de la règle de l'accessoire en pareil cas et les opérations seraient traitées séparément du point de vue de la TVA. Tel a été le cas pour une société exploitant une péniche sur laquelle elle proposait à sa clientèle une croisière sur la Seine assortie d'un service de restauration¹². Celle-ci a considéré à tort que l'activité de restauration était l'accessoire de son activité principale de croisière fluviale de telle sorte qu'il s'agissait d'une prestation unique de « diner-croisière » et non deux opérations autonomes. À l'inverse, les juges retiennent que le service de restauration pouvait tout aussi bien constituer une fin en soi pour la clientèle et qu'il ne pouvait s'agir en conséquence d'une opération accessoire.

Parfois, l'analyse du prix respectif des opérations distinctes peut révéler l'importance de l'une par rapport à l'autre. En cela, il ne s'agit pas d'un critère supplémentaire mais d'un indice corroboratif du but poursuivi par un client moyen¹³. La valeur de l'opération accessoire est marginale comparativement à celle de l'opération principale. Au fond, l'on retrouve ici la définition du droit privé de la prestation caractéristique du contrat, c'est-à-dire celle pour laquelle le client paye le prix¹⁴. A titre d'exemple, un prestataire offrait, en plus d'une prestation hôtelière, un service de transport qui permettait à sa clientèle de profiter au mieux de celle-ci¹⁵. Au cas d'espèce, le prix relatif à ces prestations de transport était tellement important dans le forfait unique payé par la clientèle qu'elles n'ont pu être considérées comme accessoires. Il y avait donc lieu de retenir deux opérations distinctes l'une de service d'hôtellerie, l'autre de service touristique de transport. De la même façon, l'accès à un centre nautique

¹¹ A. Bonnet, concl. sous CAA Lyon, 2^e ch., 1^{er} avril 2004, req. n°98-53, Plagnat : *BDCF*, 2005, n°88.

¹² CAA Paris, 7^e ch., 18 février 2011, req. n°09-2285, Sté Vedettes de la Seine : *RJF*, 2011, n°932 ; Ph. Blanc, *Conditions d'application du taux réduit de TVA à une prestation accessoire*, *RDF*, 2011, n°29, comm. 424.

¹³ CJUE, 3^e ch., 4 mars 2021, aff. C-581/19, Frenetikexito - Unipessoal Lda c/ Autoridade Tributária e Aduaneira, *préc.* ; en droit interne, v. notamment CAA Bordeaux, 3^e ch., 18 janvier 2018, req. n°16BX00835, Sté Rivet Presse Édition ; CE (na), 8^e ch., 15 mars 2019, req. n°419034, Sté Rivet Presse Édition : *RJF*, 2019, n°649 ; CE, 8^e et 3^e s.-s., 24 juin 2015, req. n°365849, Sté Center Parc Resorts France : *RJF*, 2015, n°779 ; *RDF*, 2015, n°48, comm. 703, note S. Le Normand-Caillère.

¹⁴ M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, p. 212, n°288.

¹⁵ CJCE, 5^e ch., 22 octobre 1998, aff. C-308/96 et C-94/97, Madgett et Baldwin, pt. 24 : *RJF*, 1998, n°1521 ; *RTD Eur.*, 1999, n°3, p. 451, chron. D. Berlin.

constituait l'accessoire d'une prestation d'hébergement, caractère accessoire ayant pu être rapporté par le faible impact du prix de la prestation dans le coût de revient du séjour¹⁶.

L'établissement du rapport de sujétion entre les opérations peut, en outre, être perturbé par les circonstances dans lesquelles elles se déroulent.

B. – Les éléments perturbateurs du rapport de sujétion

Les circonstances dans lesquelles se déroulent les opérations peuvent avoir une influence sur la qualification d'opération complexe. Notamment, le caractère facultatif de l'une des opérations est-il de nature à exclure ladite qualification ? Sur ce point, la position de la Cour de Justice et du Conseil d'Etat divergent. Si la première estime qu'il constitue un indice en faveur de la prise en compte séparée des opérations¹⁷, le second retient qu'il s'agit d'un critère suffisant pour exclure la qualification d'opération complexe. Les juges français considèrent en effet que l'opération optionnelle constitue une fin en soi pour la clientèle car cette dernière décide volontairement d'en bénéficier¹⁸. Dès lors, ces opérations sont forcément distinctes et autonomes. A cette idée s'ajoute souvent l'indice que l'opération facultative peut être assurée par un autre opérateur¹⁹. Cette argumentation peine à convaincre car elle ajoute une condition supplémentaire d'application de la règle de l'accessoire. En tout état de cause, la réalisation laissée au choix de la clientèle d'une opération peut tout aussi bien présager de l'existence d'une opération accessoire proposée pour agrémenter l'opération principale. Les juges d'appel ont d'ailleurs eu l'occasion d'en faire état à propos d'une prestation d'assurance facultative,

¹⁶ CE, 8^e et 3^e s.-s., 24 juin 2015, req. n°365849, Sté Center Parc Resorts France, *préc.*; v. dans le même sens : CAA Versailles, 3^e ch., 5 avril 2011, req. n°09VE04193, Sté Club Méditerranée : *RJF*, 2011, n°1040.

¹⁷ CJUE, 5^e ch., 16 juillet 2015, aff. C-584/13, Mapfre asistencia compania internacional de seguros y reaseguos SA, Mapfre warranty SpA : *RJF*, 2015, n°981 ; *RDF*, 2015, n°43-44, comm. 650, note I. Rault-Brochen, B. Mermillon et É. Van Daele ; *Revue Europe*, 2015, n°10, comm. 384, note A.-L. Mosbrucker ; *RTD Eur.*, 2016, n°1, p. 77, chron. D. Berlin.

¹⁸ *Ibid.* ; CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°411007, SAS Xerox et n°411013, Sté Xerox Général Services : *RJF*, 2019, n°645 et 646 ; *RDF*, 2019, n°29, comm. 332, note N. Jacquot ; CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°418912, Sté Corsica Ferries France : *RJF*, 2019, n°646 ; *RDF*, 2019, n°29, comm. 332, note N. Jacquot ; le critère était déjà utilisé par les Cours administratives d'appel, v. notamment : CAA Lyon, 5^e ch., 11 janvier 2018, req. n°16LY02645, SAS Autoluxe : *RJF*, 2018, n°474 ; CAA Lyon, 2^e ch., 13 décembre 2016, req. n°15LY01413, Sté Favre Sports : *RJF*, 2017, n°315 ; *RDF*, 2017, n°21, 319, S. Rudeaux ; CAA Lyon, 2^e ch., 28 mars 2017, req. n°15LY02661, Les balcons de Belle Plagne : *RJF*, 2017, n°674.

¹⁹ CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°418912, Sté Corsica Ferries France, *préc.*

accessoire d'une prestation de location automobile, en ce qu'elle améliorerait la couverture de l'assuré²⁰ et agrémentait ainsi l'opération de location.

Au-delà, les modalités de facturation choisies par le prestataire peuvent également perturber l'analyse. Si l'existence d'un prix unique facturé au client constitue un indice²¹ pour l'identification d'une opération complexe, la facturation distincte des opérations donne à penser que les opérations sont conçues comme étant distinctes et autonomes²². Utiles, ces éléments demeurent des indices et non des critères déterminants, et il faut s'en réjouir. L'administration ou le juge doivent identifier si, dans les faits, les opérations constituent effectivement une opération économiquement indissociable pour le consommateur moyen. L'analyse ne peut donc pas se limiter à la volonté affichée du prestataire ou à un simple critère formel lesquels aboutiraient à un dévoiement total du principe.

Outre le recours à la règle de l'accessoire, l'économie générale des opérations peut également révéler l'existence d'une opération complexe.

II. – L'identification d'une opération complexe à partir de l'économie générale des opérations

Les juges de la Cour de justice ont envisagé une seconde hypothèse d'opération complexe. Cette fois-ci, les opérations sont si étroitement liées qu'elles forment objectivement une seule prestation au plan économique²³ (A). Il s'agit alors d'identifier par la suite l'opération prédominante afin de déterminer le régime applicable à l'ensemble (B).

A. – L'existence d'une prestation unique au plan économique

Le caractère indissociable des opérations est toujours apprécié du point de vue d'un consommateur moyen. Aux yeux de celui-ci, les différentes opérations ne sont pas distinctes mais forment ensemble une nouvelle opération

²⁰ CAA Marseille, 4^e ch., 9 novembre 2004, req. n°03-208, Sté Locauvar : *RJF*, 2005, n°542.

²¹ CJCE, 6^e ch., 25 février 1999, aff. C-349/96, Card Protection Plan Ltd (CPP), pt. 31, *préc.*

²² CJCE, 2^e ch., 21 février 2008, aff. C-425/06, Part Service Sarl : *RJF*, 2008, n°765 ; *RTD Eur.*, 2009, n°2, p. 315, chron. D. Berlin ; O. Fouquet, *Abus de droit : les implications de la jurisprudence communautaire sur la jurisprudence nationale*, *RDF*, 2008, n°23, comm. 366 ; D. Simon, *Crédit-bail automobile et pratiques abusives en matière de TVA*, *Revue Europe*, 2008, n°4, comm. 126 ; CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°411007, SAS Xerox, *préc.* ; CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°418912, Sté Corsica Ferries France, *préc.*

²³ Seconde hypothèse également envisagée dans la décision « CPP » et reprise depuis lors, v. CJUE, 3^e ch., 4 mars 2021, aff. C-581/19, Frenetikexito - Unipessoal Lda c/ Autoridade Tributária e Aduaneira, *préc.*

sui generis. En l'occurrence, l'interdépendance des opérations rend tout arbitrage hiérarchique impossible, à la différence d'opérations accessoires et principales qui instaurent un lien de dépendance unilatérale. A titre d'exemple d'opération unique au plan économique, un logiciel professionnel vendu au client ne pouvait pas être utilisé sans une prestation d'adaptation de celui-ci²⁴. Réciproquement, ladite prestation de service ne pouvait pas être réalisée sans l'acquisition du logiciel standardisé.

Les opérations sont liées par leur objet mais aussi par leur finalité. Précisément, la finalité économique d'une opération complexe ne peut être atteinte que par le produit des opérations qui la compose. Le rapport de nécessité ou d'interdépendance n'est donc pas envisagé entre l'objet des opérations seulement mais aussi à l'aune de la finalité économique globale de l'opération complexe. Cette approche par le but de l'opération économique déterminant et de la perception du client renvoie à la notion d'interdépendance contractuelle consacrée à l'article 1186 du Code civil, ou à une résurgence de la notion de la cause pour certains auteurs²⁵.

Des éléments matériels sont également susceptibles d'être pris en compte en tant qu'indices corroborant ou rejetant l'existence d'une opération complexe. De façon analogue aux opérations liées par un rapport de principal et d'accessoire, l'accès séparé aux prestations est un indice plaidant contre l'existence d'une opération complexe unique²⁶. Les modalités de facturation, la formulation d'un prix unique²⁷ ou propre à chaque opération constituent pareillement le faisceau d'indices dont dispose le juge pour retenir ou non la qualification.

²⁴ CJCE, 1^{ère} ch., 27 octobre 2005, aff. C-41/04, Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV, pt. 22 : *RJF*, 2006, n°112 ; *RDF*, 2006, n°23, comm. 434, *RD propr. indus.*, 2005, n°12, alerte 144, veille DE MATTOS O. ; *RTD Eur.*, 2007, n°1, p. 111, chron. D. Berlin ; la solution de principe est reprise par les juridictions internes quel que soit le degré de juridiction : CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°411007, SAS Xerox, *préc.* ; CE, 9^e et 10^e ch., 24 avril 2019, req. n°418912, Sté Corsica Ferries France, *préc.* ; CE, 8^e et 3^e s.-s., 24 juin 2015, req. n°365849, Sté Center Parc Resorts France, *préc.* ; CAA Lyon, 5^e ch., 11 janvier 2018, req. n°16LY02645, SAS Autoluxe, *préc.* ; CAA Lyon, 2^e ch., 13 décembre 2016, req. n°15LY01413, Sté Favre Sports, *préc.* ; CAA Lyon, 2^e ch., 28 mars 2017, req. n°15LY02661, Les balcons de Belle Plagne, *préc.* ; TA Toulouse, 1^{ère} ch., 17 novembre 2009, req. n°05-2500, SA Sylob : *RJF*, 2010, n°668.

²⁵ G. Wicker, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?*, *D.*, 2015, n°27, p. 1557, *préc.*, n°35.

²⁶ CJUE, 6^e ch., 17 janvier 2013, aff. C-224/11, BGŻ Leasing, pt 42. A l'opposé, le caractère obligatoire des opérations contribue à reconnaître l'existence d'une opération complexe.

²⁷ CJUE, 9^e ch., 18 janvier 2018, aff. C-463/16, Stadion Amsterdam : *RJF*, 2018, n°457 ; v. aussi s'agissant d'un prix non décomposable indice en faveur d'une opération unique, Ord. du 19 janvier 2012, aff. C-117/11, Purple Parking et Airparks Services.

L'opération complexe identifiée, il s'agit de distinguer ensuite, au sein de celle-ci, quelle opération est prédominante aux yeux du client afin de déterminer le régime fiscal applicable à l'ensemble

B. – L'identification de la prestation prédominante

L'identification de la prestation prédominante relève de ce qui est déterminant du consentement pour le client. Rapporté à l'exemple précédent, les adaptations du logiciel portaient sur une traduction et une adaptation de celui-ci en raison de la nationalité du client. Dès lors, il était impossible pour ce dernier que la prestation d'adaptation ne représente pas à ces yeux l'élément déterminant.

Des éléments matériels peuvent aussi être pris en compte²⁸, tels que le temps nécessaire à l'exécution de l'une des opérations ou encore son importance en termes de coût facturé au client²⁹. L'on constate ainsi une forme de rémanence de la règle de l'accessoire, qu'il s'agisse d'une approche qualitative ou quantitative, pour les besoins d'application du régime.

En définitive, le principe d'indissociabilité de l'opération complexe en matière de TVA établi en 1999 par la Cour de Justice est apparu pour répondre à un besoin lié à la pratique commerciale et à la réalité des prestations économiques fournies, lesquelles dépassent les contours des qualifications initiales. En cela, le principe se destine à l'adaptation de la règle. Également, il assure la cohérence de l'impôt puisqu'il permet au fond d'éviter les distorsions de traitement fiscal entre des opérations répondant à une même rationalité économique. Il est alors utilisé dans un but de correction de la règle.

²⁸ Le recours à ces éléments avait déjà été observé pour déterminer si un service de restauration constituait une prestation de service ou une livraison de biens ; CJCE, 6^e ch., 2 mai 1996, aff. C-231/94, FG-Linien, pt. 12 à 14 : *RJF*, 1996, n°1256 ; *RDF*, 1996, n°28, comm. 910 ; *RTD Com.*, 1996, n°4, p. 755, R. Blancher ; *RTD Eur.*, 1997, n°2, p. 299, chron. D. Berlin.

²⁹ CJCE, 1^{ère} ch., 27 octobre 2005, aff. C-41/04, Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV, pt. 28, *préc* ; Pris seul, le rapport entre le prix de livraison et celui de la prestation est un élément pertinent mais insuffisant aux fins de la caractérisation d'une prestation principale : CJCE, 3^e ch., 29 mars 2007, aff. C-111/05, Aktiebolaget NN, pt. 37 : *RJF*, 2007, n°778 ; *RDF*, 2007, n°38, comm. 847 ; *Revue Europe*, 2007, n°5, comm. 148, obs. D. Simon ; *JCP E*, 2007, n°17, 1555 ; *RTD Eur.*, 2009, n°2, p. 315, chron. D. Berlin.

Le principe comptable de l'inscription en valeurs historiques confronté à la réévaluation des bilans

Adrianna Gelbert

Master DJCE

Christian Guichard

Maître de conférences associé à l'Université de Montpellier

1. Introduction. Le sujet de la réévaluation des bilans, s'il n'est pas une nouveauté, ne s'en trouve pas moins au carrefour de préoccupations antagonistes. D'un côté, la sacro-sainte règle d'une comptabilité (française¹) tenue en valeurs historiques (« *coûts historiques* ») : c'est la règle légale que de ne pas toucher aux valeurs historiques. De l'autre, une règle tout autant ancrée dans nos gênes comptables, celle de l'image fidèle et sincère. Enfin, celle du principe de prudence : entendez par là, l'obligation de ne tenir compte que de dépréciations, même simplement probables, jamais des valeurs latentes. On voit bien qu'ainsi l'application stricte du principe légal du coût historique, peut conduire à s'éloigner (largement) de l'image fidèle du patrimoine de l'entreprise. C'est pourquoi, depuis longtemps, la pratique a fait de la réévaluation des valeurs bilancielle, un véritable enjeu. En effet, le Plan comptable général préconise depuis les années 1945 une méthode d'évaluation et surtout de réévaluation des actifs des entreprises. Les normes IFRS² connaissent également ce principe. Le sujet de la réévaluation des actifs a été remis au goût du jour avec l'instauration, par la loi de finance pour 2021³, d'un régime de neutralisation fiscales des opérations de réévaluation pour les exercices clos entre le 31 décembre 2020 et le 31 décembre 2022.

I. – La réévaluation des bilans : un principe versus une image fidèle ?

2. Annonce. La réévaluation des actifs se trouve au croisement de règles juridiques, financières et comptables (**A**), ce qui en fait un sujet de controverse comptable (**B**).

¹ Norme PCG.

² IFRS 16 et 38.

³ Loi de finances n°2020-1721 du 29 décembre 2020 pour 2021, article 31.

A. – Des règles juridiques, financières et comptables

3. Fondement juridique. L'article L.123-18 du Code de commerce définit le champ d'application de la réévaluation libre d'actifs. Par une courte phrase, il détermine les conditions matérielles et personnelles. La CNCC⁴ a retenu la possibilité, pour les entreprises, d'opérer une réévaluation libre d'actifs chaque année⁵.

4. Condition personnelle. Il est d'usage de considérer que l'article L.123-18 du Code de commerce, de par sa position au sein du Code, est applicable aux commerçants, au sens large. Le Conseil d'Etat⁶, quant à lui, cantonne son application aux seules hypothèses où la personne (morale ou physique) est soumise à l'obligation de tenir une comptabilité commerciale *ab initio*⁷.

5. Condition matérielle. Tant l'article L.123-18 du Code de commerce et l'article L.214-27 du PCG permettent les corrections de valeur portant sur « *l'ensemble des immobilisations corporelles et financières* » détenues par l'entreprise. Par conséquent, **sont exclues les immobilisations incorporelles** – autres que les titres –, les stocks et les valeurs mobilières de placement⁸. L'exclusion de ces postes d'actifs soulève de multiples interrogations. Si l'exclusion des stocks et des valeurs mobilières de placement s'explique par leur caractère fluctuant et à court terme, celle des immobilisations incorporelles est plus difficile à comprendre, d'autant que l'Administration serait fondée à tirer toutes les conséquences fiscales d'une réévaluation *contra legem*⁹. Il convient de souligner que l'emploi du terme « ensemble » par le texte ne permet pas de réévaluation partielle. Néanmoins, le contournement de la règle reste envisageable : dans la mesure où le gérant décide de réévaluer les actifs et d'en inscrire la valeur réévaluée au bilan, il lui suffit de considérer que la valeur réelle de telle ou telle immobilisation correspond à la valeur comptable.

6. La comptabilisation de l'écart de réévaluation. Comme tout mouvement sur les comptes, la réévaluation des actifs doit faire l'objet d'une

⁴ Commission des études comptables de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.

⁵ Bull. CNCC n°183, sept. 2016, p.520 à 525 et paru aux Petites Affiches, n°104-105 du 26 mai 2017.

⁶ CE 8e et 3e Ch. 19 septembre 2018, n°409864, SCI JMD.

⁷ S'agissant des sociétés soumises au régime des sociétés de personnes, la tenue d'une comptabilité commerciale, impliquant le respect de l'ensemble des obligations comptables applicables aux commerçants, n'est imposée que dans les situations rappelées par le Conseil d'Etat : (i) lorsque la société exerce l'option.

⁸ Bien qu'il soit tenu compte, au plan fiscal, de leur valeur vraie.

⁹ BOI-BIC-PVMV-40-10-60-20 du 19 septembre 2012, § n°20.

comptabilisation. Précision essentielle par le PCG, cet écart de réévaluation « *ne participe pas à la détermination du résultat* » mais doit être inscrit dans un compte de capitaux propres, dit « Ecart de réévaluation »¹⁰.

7. La fiscalité. L'article 38 du CGI définit le bénéfice imposable d'une entreprise de deux façons, en se référant soit aux opérations de toutes natures effectuées au cours d'un exercice (alinéa 1), soit à la variation de l'actif net entre la date d'ouverture et de clôture du bilan (alinéa 2). En effet, la réévaluation libre d'actifs se traduit par un accroissement de l'actif net dans la mesure où le total du bilan se trouve augmenté en cours d'exercice, qui sera donc imposé au taux normal de l'impôt sur les sociétés¹¹. Cette lourde fiscalité sera toutefois contrebalancée par deux mécanismes : (i) les amortissements, calculés et dotés sur la base de la valeur réévaluée ; (ii) le calcul de la plus-value de cession prenant en compte la valeur réévaluée.

B. – La controverse de la réévaluation

8. L'identification des principes comptables. La réévaluation des bilans met en exergue l'opposition entre plusieurs principes comptables ; d'une part, le principe de prudence et d'inscription à la valeur historique et d'autre part, le principe de sincérité et d'image fidèle des comptes.

9. Le principe de prudence et d'inscription à la valeur historique. Au moment de l'entrée dans le patrimoine, chaque élément est inscrit à une valeur dite historique, à savoir leur prix d'acquisition pour un bien acquis à titre onéreux ; à leur valeur vénale pour un bien acquis à titre gratuit ; à leur valeur de production pour un bien produit ; à zéro, si le bien est créé par l'entreprise¹². Toutefois, la valeur d'un bien n'est pas figée et est sujette à fluctuations, à la hausse ou à la baisse. En vertu du principe de prudence, une société est tenue d'établir sa comptabilité sur la base d'appréciations prudentes en anticipant les pertes probables (provisions) ou certaines (amortissement, dépréciation) mais ne peut pas constater de produits avant qu'ils ne soient réalisés. Autrement dit, elle doit constater les pertes latentes et jamais les profits latents¹³.

¹⁰ Compte n°1502 du PCG.

¹¹ Le Conseil d'Etat a pu juger que « *la circonstance que la réévaluation d'éléments d'actif n'ait dégagé aucune liquidité réelle est sans influence sur l'imposition de la plus-value qui en résulte, dans la mesure où elle correspond à un accroissement de l'actif net, imposable en vertu de l'article 38,2 du CGI* ». (CE, 8^e et 9^e s.-s., 29 octobre 1986, n°49745).

¹² Par exemple, lors de la création, *ex nihilo*, d'un fonds de commerce.

¹³ Du moins au plan comptable ; au plan fiscal, nous avons vu que la règle peut être différente (VMP, par exemple).

10. Le principe de sincérité et d'image fidèle. Par ailleurs, les comptes doivent être établis de façon fidèle et sincère, de sorte à refléter la réalité du patrimoine de l'entreprise. D'influence anglo-saxonne, le principe de sincérité (ou « *true and fair view* ») soulève des interrogations quant à la réalité exprimée par les comptes. La présentation des comptes traduit la connaissance, par le chef d'entreprise, des comptes et de l'importance relative des événements mais cette réalité n'est pas forcément celle d'un tiers observateur. La valorisation « vraie », notamment des éléments incorporels, autres que les titres de participation, soulève donc, à cet égard, un vrai sujet pour la question qui nous occupe. Il en va de l'interprétation de chacun¹⁴.

11. L'opposition des principes. La réévaluation des bilans apparaît donc comme un outil dérogatoire à certains principes, mais conforme à d'autres. Sans hiérarchie établie entre les principes, nous constatons que la prudence et la valeur historique sont d'abord mis en œuvre, et ce n'est que si l'on constate un écart tel avec la valeur réelle du bien, qu'il est nécessaire de se tourner sur un autre principe, l'image fidèle. La réévaluation apparaît alors comme un « *ilot de juste valeur dans un océan d'historicité* »¹⁵.

12. La juste réévaluation. Au moment de la réévaluation, les principes se trouvent à nouveau dans un parfait alignement. En effet, la réévaluation doit être prudente mais également sincère. Elle doit traduire la vraie valeur du bien, c'est-à-dire « *celle correspondant aux sommes qu'un chef d'entreprise prudent et avisé accepterait de décaisser pour obtenir cette immobilisation s'il avait à l'acquérir, compte tenu de l'utilité que sa possession présente pour la réalisation des objectifs de l'entreprise* »¹⁶. Une mauvaise appréciation du quantum de réévaluation peut avoir des conséquences. En cas de sous-évaluation, l'administration serait fondée à corriger cette valeur ; en cas de sur-évaluation, le chef d'entreprise présenterait des comptes sociaux inexacts, contrevenant à ses obligations comptables.

II. – La pratique de la réévaluation des bilans : un principe comptable malmené ? dépassé ? détourné ?

13. Annonce. La réévaluation est utilisée aujourd'hui dans un contexte particulier et de façon parcellaire (A) appelant à une réforme (B).

¹⁴ Entendons par là, de chaque pays (Etat).

¹⁵ Conclusions de Vincent Daumas, sous l'arrêt CE, 1^e décembre 2008 n° 285406, SA Bombardier Transport France.

¹⁶ Revue Droit fiscal n° 18, 6 Mai 2021, 230 Premières réflexions pratiques sur la réévaluation libre 2020-2022, Thierry Saint Bonnet et Michel Ternisien.

A. – Un cantonnement légal de la réévaluation qui conduit à une utilisation limitée...

14. L'utilisation particulière de la réévaluation des bilans. Le recours à la réévaluation des bilans n'est pas une pratique très courante des entreprises. Par la lourde fiscalité induite par cette opération, les hypothèses d'utilisation sont très particulières et se cantonnent, dans la majorité des cas, à un contexte de difficultés financières.

15. L'accès au financement facilité. La réévaluation est la seule possibilité permettant de corriger à la hausse les valeurs inscrites dans le bilan. Outre cette meilleure présentation, cela permet de renforcer les capitaux propres qui se trouvent augmentés par ce mécanisme. Par ailleurs, la réévaluation du bilan démontre la réalité de la richesse des entreprises en externalisant les plus-values latentes et devrait leur permettre ainsi d'accéder plus facilement au financement. Cette présentation améliorée du bilan pourra ainsi rassurer les banques et créanciers, qui pourront être ainsi plus conciliants envers l'entreprise.

16. L'utilisation des déficits reportables. Le surplus de résultat imposable généré par la réévaluation peut être compensé par l'utilisation des déficits reportables. Ainsi, la correction du bilan, par la réévaluation des actifs, sera possible sans payer l'impôt correspondant. Partant de ce constat, la situation d'une société titulaire de déficits est la situation privilégiée pour l'utilisation de ce procédé puisqu'elle pourra en profiter pour reconstituer ses capitaux ou accéder aux financements. Cela permet donc de faire disparaître l'accumulation des déficits et présenter un bilan plus sain. Si l'entreprise n'est pas pour autant destinée à faire prochainement des bénéfices, elle aura pu utiliser une partie de ses déficits pour réévaluer ses actifs et être une cible plus intéressante sur le marché des acquisitions.

B. – ... appelant à une réforme libéralisatrice

17. Parcimonie, le maître mot. La réévaluation des actifs est utilisée avec parcimonie par les entreprises. Il n'est pas possible d'identifier une pratique répétée et appliquée par tous de la réévaluation des actifs. En effet, le caractère fiscalement pénalisant n'en permet pas une application générale. De fait, les praticiens de longue date (commissaires aux comptes, avocats) ne sont pas séduits par ce mécanisme, attachés au principe de valeur historique et de prudence, si bien que le recours à la réévaluation risquerait d'engendrer une non-certification des comptes. Cette pratique française n'est toutefois pas en ligne avec les normes internationales IFRS 16 qui recommandent la

réévaluation régulière des actifs corporels et incorporels, afin que leur valeur comptable corresponde à la valeur réelle.

18. Une utilisation limitée aux temps de crise. Les entreprises qui font face à des difficultés financières et des pertes ont recours à la réévaluation de leur bilan, afin d'extérioriser leurs postes de richesses. C'est le seul réel contexte d'utilisation et les entreprises en sont conscientes. Ainsi, nous pouvons identifier une utilisation plus fréquente de la réévaluation des actifs en contexte de crise économique, plusieurs fois répétée dans le temps, depuis les années 60. Mais on est loin d'une pratique généralisée car il s'agit d'un outil trop peu utilisé par les entreprises, pour des raisons déjà évoquées. Cette utilisation trop ciblée appelle donc à une réforme.

19. La nécessité d'une réforme. Pour attirer plus d'entreprises vers la RLA¹⁷, il est nécessaire d'opérer une réforme du mécanisme. La RLA de 2021 vient en effet soulever des questions. Cela montre qu'il n'est pas nécessaire d'imposer directement la totalité de l'écart de réévaluation ; il est possible de prévoir un étalement à la manière de l'amortissement des actifs, permettant de pallier l'effet immédiat et néfaste de la fiscalité. De plus, le champ d'application est également trop retreint et explique le peu d'utilisation de ce mécanisme. Les actifs incorporels ont fait leur apparition dans les bilans et constituent souvent la principale richesse d'une entreprise. Richesse oui, mais fluctuante et subjective. L'exclusion de ces actifs du champ de la réévaluation s'explique – au moins en partie – par la difficulté d'évaluation objective qui en découle et donc par la nécessité de respecter le principe de prudence, qui irrigue toute la comptabilité, malgré la directe contrariété avec l'obligation de donner une image fidèle des comptes et de la richesse de l'entreprise. Pourtant, les normes IFRS 38 reconnaissent la faculté de réévaluation des actifs incorporels par référence à un marché actif, si bien que l'évaluation d'un actif incorporel n'est pas impossible. De même, nous l'avons vu, le créateur d'un fonds de commerce ne doit pas l'inscrire au bilan, tandis que l'acquéreur le doit, pourtant dans les deux cas, le fonds de commerce a une valeur économique. Il s'agit là d'une incohérence qui ne trouve de justification.

20. Utilité de la réforme. Procéder à une réforme, consacrant le timide recours, dans le passé, au procédé, contrarié tant par la fiscalité que par des règles comptables strictes, permettrait une réelle utilisation du mécanisme et ainsi, une présentation du bilan d'une entreprise conforme à la réalité. Cela ne viendra pas sauver une entreprise de ses difficultés en lui ouvrant un accès plus facile à un financement car il ne s'agit que d'une écriture comptable, et les

¹⁷ Réévaluation Libre des Actifs.

banques, conscientes de cela, prendront d'autant plus de garanties pour se prémunir des risques de défaut. En effet, l'utilisation de ce procédé sera inscrite dans l'annexe mais cela permettra de montrer la vraie richesse. Si on sait, dans le bilan qu'un bien a pris beaucoup de valeur (notamment immobilier ou actif incorporel), des garanties pourraient être prises sur ce bien, ce qui pourrait aider une entreprise (notamment les jeunes entreprises innovantes). Et une évolution de la règle, encadrée par exemple par une analyse d'un professionnel, émettant un avis éclairé¹⁸, serait à n'en pas douter, une belle consécration d'un trop timide mécanisme.

¹⁸ A l'instar du Commissaire aux apports dans les opérations de restructuration d'entreprise.