



HAL
open science

Une approche transversale du droit civil - Étude de dynamiques contemporaines

Claire-Marie Pégliion-Zika

► To cite this version:

Claire-Marie Pégliion-Zika. Une approche transversale du droit civil - Étude de dynamiques contemporaines. Droit. Université Paris - Panthéon - Assas, 2023. <tel-05028911>

HAL Id: tel-05028911

<https://hal.science/tel-05028911v1>

Submitted on 10 Apr 2025

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.



HAL Authorization

Université Paris-Panthéon-Assas

Habilitation à diriger des recherches
soutenue le mercredi 5 avril 2023

UNE APPROCHE TRANSVERSALE DU DROIT CIVIL
Étude de dynamiques contemporaines
(tome I, synthèse de l'activité scientifique)

HDR /avril 2023



Claire-Marie PÉGLION-ZIKA

Garant : Claude BRENNER, professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Rapporteur interne : Sophie GAUDEMET, professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Rapporteur externe : Valérie LASSERRE, professeur à Le Mans Université

Rapporteur externe : Mathias LATINA, professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis

Suffragant : Élise POILLOT, professeur à l'Université du Luxembourg

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette synthèse de l'activité scientifique du candidat à l'habilitation à diriger des recherches ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Avertissement de l'auteur

Conformément à l'article 4 de l'arrêté du 23 novembre 1998 relatif à l'habilitation à diriger des recherches, le dossier de candidature comprend un dossier de travaux (tome II), accompagné d'une synthèse de l'activité scientifique (tome I).

Cela explique que la plupart des références bibliographiques cités dans la synthèse de l'activité scientifique (tome I) renvoient à nos travaux. Afin de faciliter la lecture, ces derniers sont suivis d'une référence sous la forme **[DTxx]** renvoyant à la page [xx] du dossier de travaux [DT].

Les ouvrages ou articles consultés en vue de la préparation de cette synthèse sont cités au fur et à mesure, sans bibliographie générale.

Sommaire

<i>Introduction</i>	4
<i>Chapitre I. Le droit civil ressourcé</i>	10
Section I. L'internationalisation du droit civil	11
Section II. La fondamentalisation du droit civil	28
Conclusion du Chapitre I	51
<i>Chapitre II. Le droit civil en recherche de cohérence</i>	54
Section I. La cohérence temporelle du droit civil	55
Section II. La cohérence matérielle du droit civil	75
Conclusion du Chapitre II	98
<i>Conclusion générale</i>	99

Introduction

1. Point de départ : le dossier de candidature pour l'habilitation à diriger les recherches. « *Le dossier de candidature comprend [...] un dossier de travaux, accompagnés d'une synthèse de l'activité scientifique du candidat permettant de faire apparaître son expérience dans l'animation d'une recherche.* ». Tels sont les termes de l'article 4 de l'arrêté du 23 novembre 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches¹ qui invitent donc le candidat à ce diplôme à préparer, dans un premier temps, un dossier de travaux et, dans un second temps, une synthèse de son activité scientifique.

2. Un dossier de travaux : des recherches en droit civil. La première étape de notre travail consistait à rassembler nos travaux qui intéressent, pour l'essentiel, le droit civil². Plus précisément, trois domaines de recherche peuvent être identifiés : le droit des contrats – le droit commun comme celui des contrats de consommation – d'abord, le droit civil constitutionnel ensuite et le droit des successions et des libéralités enfin.

3. Ainsi dans la continuité de notre thèse, consacrée à *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation* (LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 585, 2018), nous avons poursuivi, dans le cadre de notre activité scientifique postdoctorale, nos recherches en droit des contrats, que ce soit en droit commun ou en droit contractuel de la consommation. Il pourrait être objecté que le droit de la consommation n'appartient pas à la branche du droit civil³. L'objection peut néanmoins être écartée. En effet, si l'ensemble du droit de la consommation est incontestablement pluridisciplinaire et ses emprunts au droit pénal, au droit commercial et au droit

¹ Consultable ici <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000028933129>.

² Pour la liste complète des travaux, voir notre *curriculum vitae* [DT7].

³ Lorsqu'on considère le droit civil comme le « tronc » du droit privé (P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 7^e éd., 1995, n° 70), l'objection porte encore davantage. On pourrait même considérer qu'« *Initialement, la protection des consommateurs s'est construite, du moins en apparence, contre le droit civil* », voir S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2^e éd., 2014, spéc. n° 30 s. (qui relativise ensuite l'affirmation).

administratif certains, « *une partie du droit de la consommation se rattache au droit civil : celle qui concerne les contrats* »⁴. Pour s'en convaincre, on peut faire valoir que le droit contractuel de la consommation a vocation à s'appliquer à tous les citoyens (*civis* en latin) – car nous sommes tous consommateurs⁵ – ce qui en fait nécessairement un droit *civil*. D'ailleurs, des auteurs ne s'y sont pas trompés en ajoutant à la collection du *Traité de droit civil* du professeur Ghestin un tome consacré aux règles communes aux contrats de consommation⁶. Autrement dit, le droit contractuel de la consommation, sur lequel porte une partie de nos travaux en droit des contrats, peut être considéré comme du droit civil.

4. À ce premier pan de recherches s'en est ajouté un deuxième, relatif au droit civil constitutionnel. L'expression peut surprendre, mais recouvre une réalité bien tangible, quoique peu étudiée⁷. Cette réalité s'est imposée, sans fard, lors de notre expérience professionnelle au Conseil constitutionnel, en tant que chargée de mission ayant la responsabilité du traitement des dossiers de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), de leur préparation à la rédaction des décisions. Nous étions ainsi aux avant-postes pour constater le phénomène de constitutionnalisation du droit civil. Ce dernier n'était certes pas inconnu, mais, nous le constaterons⁸, a subi un véritable coup d'accélérateur du fait de l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Or nous avons remarqué que de nombreuses décisions adoptées, pourtant importantes pour la matière, laissaient indifférente une grande majorité de la doctrine. C'est pourquoi, à la fin de notre mission, nous avons proposé à la *Revue Lamy Droit civil*, une « Chronique de droit privé constitutionnel » annuelle dans laquelle sont commentées les décisions QPC du Conseil constitutionnel rendues dans les matières de droit privé en général et de droit civil en particulier.

⁴ J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.

⁵ Comme l'a dit le Président J.-F. Kennedy, lors de son message "Protecting the consumer interest" (1962) au Congrès américain : "*Consumers, by definition, include us all*".

⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 1^{re} éd., 2013 et N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2^e éd., 2018.

⁷ À notre connaissance, à l'exception des auteurs d'ouvrages d'Introduction au droit, seuls deux autres auteurs s'intéressent au phénomène de constitutionnalisation du droit privé de manière globale (et non par spécialité) : P. Deumier, notamment dans le cadre de sa chronique « Sources du droit en droit interne » à la *Revue trimestrielle de droit civil* et Th. Piazzon dans le cadre de sa « Chronique de droit privé » à la revue *Titre VII (Les cahiers du Conseil constitutionnel)*.

⁸ Voir *infra* n° 62 s.

5. Enfin, la troisième et dernière partie de nos travaux concerne le droit des successions et des libéralités qui fait l'objet notamment, depuis plus de cinq ans, d'une attention mensuelle dans le cadre de la rédaction de la chronique de « Successions et libéralités » dont la *Revue Juridique Personnes et Famille* m'a confié la responsabilité avec le Professeur Drouot.

6. Une synthèse des travaux : l'intérêt de l'approche transversale du droit civil. Après avoir constitué notre dossier de travaux relatifs au droit civil, la seconde étape de notre travail en vue de la préparation à l'habilitation à diriger les recherches consistait à rédiger une synthèse de cette activité de recherches. Si une synthèse est l'« œuvre résultant d'un travail qui rassemble ou présente des éléments de connaissance sur un sujet, dans une discipline, un domaine »⁹, comment réaliser un tel travail à partir de travaux *a priori* aussi disparates et non pensés, dans leur élaboration successive, comme différentes pièces d'un ouvrage d'ensemble ? Après réflexion, s'est imposée l'idée qu'existaient, malgré tout, un angle d'attaque possible, et même plusieurs. Un seul a semblé le plus opportun, à savoir l'approche transversale du droit civil, en ce qu'elle permet, au-delà des solutions civilistes ponctuelles exposées, proposées ou critiquées, de mener une réflexion nouvelle (sans être forcément totalement originale) et plus globale sur le droit civil lui-même. Ce faisant, a été délaissée une approche par blocs plus ou moins étanches de droit civil, ou encore une approche comparative qui se serait limitée à dégager des ressemblances ou des différences, à mesurer la distance qui séparerait un droit commun de droits spéciaux. L'intérêt de cette démarche est aussi bien scientifique que personnel.

7. Dans la perspective de l'habilitation à diriger des recherches, nos travaux révèlent ainsi un attachement personnel à appréhender le droit, et plus particulièrement le droit civil, dans ses deux dimensions, statique et dynamique. La dimension statique du droit civil, sa substance-même telle qu'elle existe à un moment donné, s'évince naturellement de la rédaction d'articles ou de notes de jurisprudence et de la participation à des colloques, dans les différentes matières objet de nos recherches.

⁹ V° Synthèse, sens 2) b), sur le Portail lexical du Centre National de ressources textuelles et lexicales (CNRTL), <https://cnrtl.fr/definition/synthese>.

Mais cette appréhension purement substantielle du droit civil ne permet pas toujours de saisir facilement la dimension plus dynamique des recherches, celle qui concerne les mouvements qui transforment la matière. Le recul que donne le regard rétrospectif sur ce qui a été fait permet, au contraire, de mettre en évidence cette approche plus transversale et la méthode de recherche que nous avons, au fond, privilégié dans nos travaux, sans forcément en avoir toujours pleinement conscience : une méthode qui consiste, en somme, à essayer autant que possible de tisser des liens, de construire des ponts entre les matières étudiées pour en tirer des enseignements plus généraux. C'est en cela que réside, pensons-nous, « *le caractère original* » de notre « *démarche* »¹⁰.

8. Scientifiquement, l'appréhension de la dimension dynamique du droit civil constitue la force de notre approche en ce que la coupe transversale qu'elle opère – une coupe à travers toutes les matières mentionnées en même temps – permet de transcender les différences de spécialités et de donner une vue d'ensemble des disciplines mises en confrontation. Ainsi, le croisement de matières très différentes de droit civil apporte, croyons-nous, un éclairage, non pas tellement sur ces matières elles-mêmes, ce qui aurait supposé de les laisser dans un état de relatif isolement, mais plus généralement sur le droit civil, ou du moins ses aspects économiques et patrimoniaux, un peu comme si, à partir de la robe de différents vins, l'on remontait aux traits essentiels du cépage qu'ils auraient en commun. Dès lors, quels enseignements sur le droit civil est-il possible de tirer de notre démarche transversale ?

9. Approche transversale et évolution du droit civil : étude de dynamiques contemporaines. Il s'avère que nos travaux, regardés à travers le prisme de l'approche transversale, illustrent tout particulièrement certaines évolutions du droit civil. Plus précisément, deux mouvements, deux phénomènes se sont fait jour. Le premier concerne les sources de la matière, à savoir leur renouvellement. Ce renouvellement

¹⁰ Arrêté du 23 nov. 1988, préc., art. 1^{er}.

L'approche transversale est caractéristique de notre démarche, sans nous être propre pour autant. Voir not. V. Lasserre, « Les noces à venir de la spécialisation et de l'interdisciplinarité ? », *D.* 2011, p. 2856, selon laquelle « *La question qui se pose aujourd'hui est de savoir si la spécialisation à outrance, qui a inévitablement touché les facultés de droit, ne génère pas un risque grave de sclérose et si l'accumulation des savoirs n'exigerait pas au contraire de porter un regard au-delà des frontières partageant les domaines de recherche, un regard à la fois aguerrri et toujours neuf* » et qui plaide pour « *une nouvelle pensée juridique transversale qui présente l'intérêt d'être intégratrice* » (à propos de l'ouvrage *Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, sous la dir. de M. Touzeil-Divina, LGDJ, coll. Hors coll., 1^{re} éd., 2011).

des sources est dû à de puissantes lames de fond que constituent l'internationalisation et la fondamentalisation du droit civil. Le second concerne le contenu même du droit civil, à savoir la quête de sa cohérence. En effet, les matières au cœur de nos travaux de recherches – droit de la consommation, droit civil constitutionnel et droit successoral – ont été profondément réformées et dans un sens, nous semble-t-il, qui témoignerait d'une recherche de cohérence. Ce sont ces deux dynamiques contemporaines de renouvellement des sources et de quête de cohérence que nous avons choisi de présenter dans la synthèse de notre activité scientifique. Ainsi l'approche transversale du droit civil permet-elle de confirmer, à tout le moins, l'existence de ces dynamiques contemporaines qui transforment la discipline. Mais là n'est pas le seul intérêt du sujet et de l'approche retenus. Au-delà de l'identification de ces deux dynamiques, résultant d'un effort de perception et de description, encore convient-il de s'interroger à leur égard. C'est dire qu'après le temps de la synthèse doit venir celui de l'analyse.

10. La problématique des dynamiques contemporaines du droit civil. Ainsi, une fois nos deux dynamiques identifiées, deux séries de questions viennent à l'esprit. La première porte sur l'appréciation de leurs effets sur la matière civile ; la seconde concerne le lien de corrélation, voire de causalité, pouvant exister entre elles.

11. La description des dynamiques contemporaines du droit civil conduit d'abord nécessairement à une appréciation critique. L'entreprise est délicate, car d'illustres prédécesseurs se sont déjà prononcés sur l'évolution du droit civil. Ne serait-ce que sur la fondamentalisation, la grande génération des civilistes de la deuxième moitié du XX^e siècle décrivait, avec acrimonie, un droit civil « *dominé* », en « *dégénérescence* », « *méprisé* »¹¹. De manière plus générale, un auteur a même diagnostiqué, récemment, le « *dépérissement du droit civil* »¹². Rien n'impose pourtant de prendre ces constats pour argent comptant. Aussi ardue que la tâche soit, il faut tenter, à partir des éléments assimilés au fur et à mesure de nos travaux, de dresser un bilan le plus objectif possible

¹¹ Propos cités par N. Cayrol, « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.* 2020, p. 502.

¹² R. Libchaber, « Le dépérissement du droit civil », in F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 243 s.

– et peut-être plus nuancé – des conséquences de ces dynamiques contemporaines – renouvellement des sources et quête de cohérence – sur le droit civil.

12. Puis, au-delà de l’appréciation critique des évolutions constatées, il paraît aussi légitime de se demander s’il existe, entre le renouvellement des sources du droit civil et sa recherche de cohérence, une simple corrélation ou une véritable causalité. En d’autres termes, il s’agit de vérifier l’existence entre les deux dynamiques d’un rapport, voire d’un lien de cause à effet, celles qui affectent les sources de la matière entraînant une sorte de réaction naturelle dans le contenu – la recherche de cohérence. Un tel lien a déjà pu être noué en doctrine, quoique de manière assez pessimiste : « *les manières de penser des civilistes sont aujourd’hui concurrencées par d’autres logiques, par d’autres manières d’appréhender la régulation des relations sociales, dont les deux cours européennes, celle de Strasbourg et celle de Luxembourg, semblent aujourd’hui porteuses. On peut du reste se demander si ces modes de pensée plus flexibles, plus concrets, plus relativistes, en même temps qu’ils s’opposent à la traditionnelle "rigueur" civiliste, ne tendent pas aujourd’hui à imprégner le droit civil lui-même, peut-être plus d’ailleurs certaines parties que d’autres, contribuant ainsi à accentuer la perte d’unité de la discipline civiliste* »¹³. Autrement dit, internationalisation et fondamentalisation du droit civil seraient source de perte de cohérence de la matière. Un sursaut, la recherche d’unité, de cohérence, est – peut-être – néanmoins à l’œuvre, pour résister aux forces centrifuges ainsi observées. C’est ce qu’il faudra vérifier.

13. **Plan.** C’est avec ses problématiques à l’esprit que nous étudierons les deux dynamiques ainsi présentées en envisageant le droit civil ressourcé, dans une première partie, et le droit civil en recherche de cohérence, dans une seconde partie.

¹³ P. Ancel, « Le droit civil, modèle disciplinaire ? », in F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu’est-ce qu’une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 227 s., spéc. p. 237.

Chapitre I. Le droit civil ressourcé

14. **L'hypothèse d'un droit civil ressourcé.** Le droit civil qui, depuis 1804, trouvait sa source principale dans la loi, celle du Code civil, a connu, au cours du XX^e siècle, plusieurs bouleversements de ses sources¹⁴. Le pullulement des codes d'abord, provoquant un émiettement de la matière et un éclatement de ses sources. La jurisprudence ensuite, s'imposant comme une véritable source de droit. L'internationalisation et la fondamentalisation enfin, qui sont venues compléter le tableau des sources de la matière.

15. Plus précisément, l'internationalisation et la fondamentalisation du droit civil¹⁵ ont indubitablement conduit à un droit civil « *ressourcé* », non dans le sens d'un « *retour aux sources* » (celles du Code Napoléon), mais plutôt dans le sens où la matière a « *trouvé de nouvelles sources* »¹⁶, que ce soient dans les « *droits venus d'ailleurs* »¹⁷ ou dans les droits fondamentaux, venant « *ébranler la paisible représentation de sources du droit reposant sur la loi* »¹⁸, sur un ou plusieurs codes. Les sources du droit civil, déjà morcelées, ont été ainsi pulvérisées sous la pression de ces deux phénomènes conjugués. De nouvelles sources internationales, supranationales, supralégislatives ont acquis une place prépondérante reléguant la loi à l'arrière-cuisine des sources du droit civil et nécessitant l'adoption d'une nouvelle grille de lecture de ces sources.

¹⁴ La liste qui suit n'est pas exhaustive ; on pourrait aussi évoquer le développement des sources infra-législatives ou la concurrence des ordonnances. Sur ce dernier point, voir « La législation par voie d'ordonnance », communication au colloque sur les « Métamorphoses du droit civil », organisé par le Laboratoire de droit civil de l'Université Paris-Panthéon-Assas à l'occasion de ses 20 ans, à paraître aux Éditions Panthéon Assas.

¹⁵ Ces phénomènes concernent le droit en général, et non seulement le droit civil, voir M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd., 2021, spéc. p. 64 s., pour qui internationalisation du droit et fondamentalisation du droit sont deux des cinq « *transformations contemporaines du droit* ».

¹⁶ V^o Ressourcer, verbe, litt., au fig. : « *Effectuer un retour aux sources, trouver de nouvelles sources, reprendre de nouvelles forces* », sur le Portail lexical du CNRTL, <https://www.cnrtl.fr/definition/ressourcer>.

¹⁷ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, « Ces droits venus d'ailleurs », intitulé du III du Chapitre 1^{er}.

¹⁸ F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2021, n^o 284.

16. Le droit civil ainsi ressourcé a-t-il « *repris de nouvelles forces* »¹⁹ ? Les évolutions induites par l'internationalisation et la fondamentalisation de la matière ne se sont pas réalisées sans mal, ni critique. Il n'est pas douteux que ces deux phénomènes ont eu des conséquences perturbatrices²⁰, voire auraient participé au dépérissement du droit civil²¹. Quoi que l'on pense de ces évolutions, l'incidence de ces phénomènes étant irréversible, ne faut-il pas apprendre à les appréhender, à mieux les connaître et les cerner ? La vigueur de ces mutations, qu'il s'agisse de l'internationalisation (section I) ou de la fondamentalisation (section II) du droit civil, font aujourd'hui la richesse de la matière.

SECTION I. L'INTERNATIONALISATION DU DROIT CIVIL

17. **Le phénomène d'internationalisation du droit.** Comme l'a relevé un auteur, « *il n'est guère de domaine qui échappe à une réglementation ou à un contrôle international* »²². Effet juridique de la mondialisation, l'internationalisation du droit suppose une adaptation des règles de droit national, voire leur intégration par des normes supranationales : c'est le modèle du droit de l'Union européenne.

18. Le droit civil n'a pas échappé à ce phénomène et des recherches menées aussi bien en droit des successions et des libéralités qu'en droit de la consommation, permettent d'illustrer ce constat (§ 1). Elles révèlent aussi les limites de l'internationalisation du droit civil qui cultive l'exception à la française (§ 2).

§ 1. Le constat de l'internationalisation du droit civil

19. **Plan.** L'internationalisation du droit civil, étudiée dans la perspective du développement de ses sources internationales, se mesure par l'influence des droits étrangers (A), mais aussi et surtout par l'influence du droit de l'Union européenne (B).

¹⁹ Voir la définition de « Ressourcer » précédemment citée.

²⁰ P. Catala, « Turbulences dans les sources du droit », in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, 2005, p. 79 s.

²¹ R. Libchaber, « Le dépérissement du droit civil », art. préc.

²² M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit, op.cit.*, spéc. p. 64.

A. L'influence des droits étrangers

20. Sort de la réserve héréditaire. La recherche en droit des successions et des libéralités se passe difficilement d'une réflexion sur l'un des piliers de l'ordre public successoral classique, à savoir la réserve héréditaire. On sait que cette institution a connu un certain fléchissement en droit interne depuis les réformes des 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 avec la suppression de la réserve des ascendants, le passage d'une réduction en nature des libéralités excessives à leur réduction en valeur ou encore l'introduction de la renonciation anticipée à l'action en réduction.

21. Réserve en droit international privé. L'article « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? » (*Revue trimestrielle de droit civil* 2018/1, p. 1 s. [DT58]) rappelle que si le caractère d'ordre public de la réserve est affaibli dans l'ordre interne, il est tout bonnement nié dans l'ordre international. En effet, pendant longtemps et à défaut de jurisprudence en la matière, la doctrine a été hésitante sur le point de savoir si la réserve est d'ordre public international, ce qui permettrait d'écarter la loi étrangère applicable à la succession qui ne la connaît pas, et même celle dont les taux de réserve seraient distincts. La Cour de cassation a finalement tranché la question par deux arrêts qui ont fait grand bruit²³. Leur attendu de principe scelle le sort de la réserve : « *Une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français* ». Autrement dit, le droit étranger qui ne connaît pas de mécanisme semblable à la réserve héréditaire ne se trouve pas en « *opposition stridente* » avec les « *traditions culturelles* » ou « *l'idéologie égalitaire* » du droit français²⁴, ce qui signifie que dans un contexte international comportant un élément d'extranéité, le juge français pourra faire application dudit droit étranger sans avoir à se soucier du sort des réservataires au sens du droit français, pour peu qu'il soit pourvu, le cas échéant, à leurs besoins alimentaires.

²³ Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151.

²⁴ J. Carboneau, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op.cit., p. 45, à propos de l'ordre public international.

22. Réserve en droit comparé. Cela étant, il est permis de se demander si les droits étrangers sont hostiles ou non à la réserve. La renonciation à une réserve d'ordre public dans l'ordre international est-elle lourde de conséquences ? Dans le cadre d'une réflexion sur la réserve, les droits étrangers peuvent aussi constituer une source d'inspiration. C'est tout l'intérêt du questionnaire établi pour la préparation de la table ronde consacrée à « l'ordre public successoral » au colloque « Regards comparés sur les enjeux contemporains du droit des personnes et de la famille » (*Revue Juridique Personnes et Famille* 2022-1/12 [DT324]). Les interventions de droit comparé qui s'y sont tenues, notamment celles concernant des systèmes connaissant la réserve ou un mécanisme équivalent (telle la « part obligatoire » allemande), ont apporté un éclairage précieux sur la place de la réserve héréditaire. Ainsi, deux tendances ont été distinguées s'agissant du sort de la réserve héréditaire dans les droits de tradition civiliste : une défense nette du mécanisme en droits italien et allemand, une défense plus ambiguë en droits belge et suisse, à l'image du droit français qui a maintenu la réserve tout en l'affaiblissant.

23. Si les droits étrangers peuvent, dans une certaine mesure, exercer une influence sur le droit français, c'est aujourd'hui principalement l'intégration du droit de l'Union européenne qui aboutit à une forme d'internationalisation du droit interne.

B. L'influence du droit de l'Union européenne

24. Européanisation du droit de la consommation. Dans un tout autre secteur, celui du droit de la consommation, l'internationalisation des sources passe principalement par son européanisation²⁵. Cela ne saurait surprendre eu égard aux liens unissant l'Europe, l'économie et les consommateurs. La construction européenne est, en effet, avant tout économique et l'établissement du marché intérieur, sa première priorité. Or les institutions de l'Union européenne ont trouvé dans la politique européenne des consommateurs un moyen de rendre plus efficient le fonctionnement du marché unique : en cherchant à créer une relation saine entre professionnels et consommateurs, cette politique a pour but de renforcer la confiance des seconds dans

²⁵ Sur ce sujet, voir not. E. Poillot, « Droit européen de la consommation », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021-2022, chap. 031.

les premiers, ce qui incite les consommateurs confiants à consommer plus, favorisant ainsi la croissance du marché. Autrement dit, la politique européenne des consommateurs est d'abord une manière de soutenir la croissance économique au sein du marché intérieur. C'est ce qui explique qu'une grande partie des règles de droit de la consommation aient aujourd'hui une origine européenne (1) entraînant leur contrôle par la Cour de justice de l'Union européenne (2).

1. L'origine européenne du droit de la consommation

25. Directives européennes. L'essentiel du droit européen de la consommation se réalise par l'adoption de directives nécessitant une transposition en droit français. La recherche en droit de la consommation passe donc nécessairement par l'étude de ces directives et de leur transposition. Ainsi, notre travail de doctorat consacré à *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation* (LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 585, 2018) a conduit à une analyse approfondie de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

26. Ce travail se poursuit dans le cadre de la chronique de « Droit de la consommation » à la revue *L'essentiel du droit des contrats*. C'est ainsi que le commentaire d'une décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne le 13 octobre 2022 (« Caractère alternatif, et non cumulatif, des critères des clauses abusives », obs. sous CJUE, 10^e ch., 13 oct. 2022, n° C-405/21, LEDC, DCO201e7 [DT282]) a permis de s'interroger sur la conformité à ladite directive de l'absence de transposition en droit français de l'exigence de bonne foi en tant que critère de qualification des clauses abusives.

27. Dans le prolongement de ces travaux, la rédaction du titre consacré aux « Pratiques commerciales réglementées » dans le *Dalloz Action Droit de la consommation* a fourni l'occasion d'étudier les directives qui se sont succédé en la matière (« Pratiques commerciales réglementées », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021-2022, titre 13 [DT101]) : la directive du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin

d’y inclure la publicité comparative²⁶, celle du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »)²⁷ et celle du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative²⁸.

28. Effet variable sur le droit français de l’intégration des directives européennes. L’étude de l’ensemble de ces textes et de leur transposition permet d’observer, de manière significative, l’effet variable sur le droit français de l’intégration des directives européennes. Le doyen Carbonnier avait déjà remarquablement relevé dans *Droit et passion du droit sous la V^e République*, la puissance intégratrice du « droit communautaire », classé dans « les droits qui veulent s’intégrer » et à propos desquels on peut lire : « Les droits venus d’ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n’ont ni histoire ni territoire : ils ont surgi d’abstractions. Que ces droits venus de nulle part aient pénétré dans le droit français sans s’y fondre, en s’y faisant reconnaître, dans un champ plus ou moins délimité, un statut de droit non seulement autonome, mais supérieur au droit national – c’est certainement un événement majeur des quarante dernières années »²⁹. On sent bien la critique poindre derrière ces mots. C’est l’effet perturbateur des normes européennes sur les sources internes qui est suggéré par l’auteur. De fait, la transposition des directives de droit de la consommation étudiées a pu avoir été cause de troubles pour l’ordre juridique français. Ce n’est toutefois pas toujours le cas. Parfois l’effet est simplement modificateur – dans le sens où les changements qu’emportent les transpositions ne sont pas pour autant sources de désordre –, voire neutre, c’est-à-dire sans effet notable sur le droit français. Nous reviendrons sur ces effets en partant du plus faible pour aller au plus fort.

²⁶ JOCE L 290, 23 oct., p. 18.

²⁷ JOCE L 149, 11 juin, p. 22.

²⁸ JOCE L 376, 27 déc., p. 21.

²⁹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., « Ces droits venus d’ailleurs », intitulé du III du Chapitre 1^{er}, p. 47 s.

29. Effet neutre de la transposition des directives : l'exemple des clauses abusives. L'une des leçons tirées de mon travail de thèse tient à l'effet neutre sur le droit français de la transposition de la directive de 1993 en matière de clauses abusives. Une telle affirmation peut surprendre de prime abord. Si le droit français connaissait déjà la notion de clause abusive, issue de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, et dont la qualification reposait sur la caractérisation à la fois d'un abus de puissance économique de la part du professionnel et d'un avantage excessif au bénéfice de ce dernier, la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, qui a transposé la directive de 1993, a substitué à ces anciens critères légaux le standard retenu dans la directive, à savoir celui du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur ou du non-professionnel. Or en théorie, anciens et nouveaux critères ne paraissent pas toujours se recouper, de sorte qu'on pourrait arguer que le changement de définition des clauses abusives a eu, à tout le moins, un effet modificateur du droit français de la consommation (*La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 585, 2018, spéc. n° 311 s.). Pourtant, après avoir procédé à l'identification empirique de la notion de clause abusive, menée à partir de la mise en œuvre pratique de la réglementation en la matière, le constat s'est imposé qu'aucun interprète de la notion, qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire, administratif (Commission des clauses abusives) ou judiciaire, n'avait concrètement modifié son appréciation du caractère abusif des clauses après le changement de critères intervenu, de sorte que l'introduction en droit français du standard européen fut neutre en matière de clauses abusives (*La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 585, 2018, spéc. n° 391 s.). La logique semble avoir été la suivante : dorénavant, nous ferons comme d'habitude !

30. Effet modificateur de la transposition des directives : l'exemple des pratiques commerciales. Tel ne fut pas le cas en matière de pratiques commerciales réglementées, étudiées dans le *Dalloz Action Droit de la consommation*. Le droit de la publicité comparative a été, en effet, profondément modifié par les directives susmentionnées qui ont renversé le principe et l'exception qui gouvernaient la matière. La « *genèse de la réglementation* » montre comment la longue hostilité du droit

français envers le procédé de la publicité comparative a pris fin avec la directive, d'harmonisation totale, du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, ce qui a obligé le législateur français à revoir sa copie et à affirmer haut et fort un principe de licéité (certes encadrée) de la publicité comparative (« Pratiques commerciales réglementées », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021-2022, titre 13, spéc. n^{os} 132.11 s. et 132.81 s. [DT101]). Le droit de l'Union européenne a ainsi transformé le visage du droit des pratiques commerciales réglementées caractérisant un possible effet modificateur de la transposition des directives sur le droit français.

31. Le même effet a pu être observé en matière de pratiques commerciales déloyales. C'est en effet sous l'impulsion de la directive européenne de 2005, précitée, relative aux pratiques commerciales déloyales que la notion de « *consommateur vulnérable* » a fait son apparition dans le Code de la consommation (« Vulnérabilité et droit de la consommation », communication au colloque « Vulnérabilité et droit privé » du Master 2 Droit privé général de l'Université Paris Panthéon Assas, *Droit de la famille* 2023, dossier 5, spéc. n^o 21 s. [DT320]). Ainsi, son article L. 121-1, alinéa 3, prévoit que le caractère déloyal d'une pratique commerciale « *visant un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne du groupe* ». Autrement dit, il est possible de tenir compte, pour l'appréciation du caractère déloyal des pratiques commerciales, de la vulnérabilité personnelle du consommateur. Si le Code de la consommation autorisait depuis longtemps la sanction de l'abus par le professionnel de la vulnérabilité du consommateur, *via* l'abus de faiblesse des articles L. 121-8 et suivants, l'introduction de la notion de « *consommateur vulnérable* » à la suite de la prise de conscience politique, au niveau de l'Union européenne, des besoins spécifiques de certains groupes de consommateurs qui peuvent être particulièrement vulnérables, conduit à un changement de philosophie du droit français de la consommation en ouvrant la voie à la construction d'un véritable droit spécial des consommateurs vulnérables. L'effet de la transposition d'une directive

européenne sur le droit français de la consommation peut, parfois, être encore plus fort, et même néfaste.

32. Effet perturbateur de la transposition des directives : l'exemple du « contrat de prestation de service ». Il arrive que la transposition ait un effet perturbateur. Tel est le cas de la qualification de « contrat de prestation de service », très fréquemment utilisée dans les directives européennes de droit de la consommation, conduisant à rendre cette « *qualification incertaine* » en droit français (« Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », communication à la table ronde « Les défis du droit des contrats », Université Paris II Panthéon-Assas, publiée au *Contrats concurrence consommation* 2020, dossier 12, p. 33 s. [DT327]). En effet, les directives européennes relatives au droit de la consommation recourent, pour délimiter leur domaine d'application, à l'expression « *contrats de vente et de prestation de service* ». Or cette formule vise, en réalité, l'ensemble des contrats de consommation, de sorte que les contrats de prestation de service englobent, dans cette acception, toutes les prestations fournies contre rémunération, à l'exclusion des activités salariées, et à l'exception de la vente. Cela tient à l'approche fonctionnelle retenue en droit de l'Union européenne – en opposition avec l'approche française conceptuelle – : ce qui fait la substance des contrats de prestation de service, c'est leur finalité. Ainsi, mandat, location mobilière ou immobilière, assurance, crédit, cautionnement (entre autres) sont des prestations de service (sens économique) pouvant faire l'objet d'un contrat de prestation de service (au sens juridique européen). Or ces contrats répondent, en droit français, à des qualifications spéciales distinctes de celle de contrat de prestation de service.

33. Cette acception très extensive du contrat de prestation de service est donc logiquement celle qui est retenue en droit français de la consommation, pour toute la partie qui résulte de la transposition du droit de l'Union européenne.

34. Des difficultés surgissent dès lors que le législateur français fait aussi usage de l'expression « *contrats de vente et de prestation de service* », mais pour des réglementations consuméristes qui n'ont pas d'origine européenne. C'est le cas, par

exemple, de la réglementation de l'action de groupe figurant aux articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation³⁰. Faut-il pour l'application de ces textes retenir la même conception extensive du contrat de prestation de service, celle de l'Union, ou bien, au contraire, estimer que le renvoi concerne uniquement ce qui fait partie des contrats de prestation de service en droit interne ? Selon la Cour de cassation, à en croire un arrêt du 19 juin 2019³¹, la conception extensive devrait être écartée. Dans cette espèce, une association avait intenté une action de groupe aux fins d'obtenir la réparation de préjudices individuels subis par les locataires et ayant pour cause commune un manquement du bailleur à ses obligations légales ou contractuelles. Mais l'action de groupe était-elle recevable alors que le contrat qui se trouve être à l'origine des préjudices individuels de masse était un bail d'habitation ? La Cour a jugé qu'un bail appartient à la catégorie des contrats spéciaux des baux distincte, par hypothèse, de celle de contrats de prestation de service. On le voit, la transposition des directives a, dans le cas présent, un effet perturbateur certain car elle fait coexister, en droit de la consommation, deux acceptions différentes du contrat de prestation de service, ce qui n'est pas satisfaisant. Cette perturbation risque d'ailleurs de dépasser le cadre du seul droit de la consommation et de rayonner en droit commun des contrats comme en droit des contrats spéciaux, comme nous le verrons³². Pour l'heure, il faut se demander si le contrôle par la Cour de justice de l'Union européenne des directives européennes de droit de la consommation est, quant à lui, sources de perturbations ou non.

2. Le contrôle européen du droit de la consommation

35. Rôle de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour connaître des directives européennes. Aussi peut-elle être amenée à rendre des arrêts en interprétation, après avoir été saisie *via* une question préjudicielle ; ces arrêts sont dotés de l'autorité de chose interprétée et s'imposent non seulement à la juridiction nationale qui a posé la question, mais aussi à toutes les juridictions des États membres. En matière de droit de la consommation, la Cour a joué, à cet égard, un rôle déterminant en assurant, d'abord, l'effectivité

³⁰ Mais aussi à celles relatives aux arrhes et acomptes (art. L. 214-1 c. consom.) ou à la prescription (art L. 218-1 s. c. consom.)

³¹ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2019, n° 18-10.424.

³² Voir *infra*, n° 155 s.

procédurale de la protection des consommateurs et en interprétant, ensuite, le contenu même des dispositions.

36. Effectivité procédurale des normes européennes. La Cour de justice de l'Union européenne est un acteur clé de l'effectivité des droits des consommateurs. On peut le constater en matière de pratiques commerciales réglementées comme en matière de clauses abusives.

37. Effectivité de la publicité comparative. Ainsi a-t-elle prôné une interprétation des conditions de licéité de la publicité comparative dans le sens le plus favorable à l'application de cette réglementation car « *la publicité comparative contribue à mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables et ainsi à stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens ou de services dans l'intérêt des consommateurs* »³³ (voir « Pratiques commerciales réglementées », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2020, titre 13, n° 132.82 [DT101]).

38. Effectivité de la protection contre les clauses abusives. De même, elle a dégagé plusieurs solutions permettant d'assurer l'efficacité de la protection des consommateurs contre les clauses abusives (voir « L'influence de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'appréciation du caractère abusif des clauses des contrats de consommation », in M. Combet (dir.), *Le droit européen de la consommation au XXI^e siècle : état des lieux et perspectives*, Bruylant, 2022, p. 281, spéc. p. 281-282 [DT82]). C'est ainsi qu'elle a imposé au juge national de relever d'office le caractère abusif des clauses, l'a autorisé à prononcer la nullité d'une clause abusive, même lorsqu'elle n'a pas été mise en œuvre par le professionnel contre le consommateur, lui a permis d'apprécier le caractère abusif d'une clause à tout moment de la procédure ou encore lui a interdit d'opposer au consommateur un délai de forclusion en vue de lui refuser l'appréciation du caractère éventuellement abusif des stipulations contractuelles (voir « Une nouvelle application de la réglementation européenne contre les clauses abusives en matière de prêts hypothécaires espagnols », note sous CJUE,

³³ CJCE, 19 sept. 2006, aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG c/ Etablissementen Franz Colruyt NV*.

26 janv. 2017, C/421-14, *Banco Primus SA contre Jesús Gutiérrez García*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2016/3, p. 499 s. [DT303]). Elle a aussi décidé que, bien que le juge national ne soit pas tenu de réexaminer d'office le caractère abusif des clauses d'un contrat, lorsqu'il a déjà été statué sur la légalité de l'ensemble des clauses de ce contrat par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, il doit apprécier, à la demande des parties ou d'office, le caractère abusif des stipulations n'ayant pas encore été contrôlées (« Une nouvelle application de la réglementation européenne contre les clauses abusives en matière de prêts hypothécaires espagnols », note sous CJUE, 26 janv. 2017, C/421-14, *Banco Primus SA contre Jesús Gutiérrez García*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2016/3, p. 499 s. [DT303]). Elle a encore estimé, tout récemment, que le délai de prescription de l'action tendant à obtenir la restitution de sommes indûment versées au professionnel en exécution d'une clause abusive ne commence à courir que lorsque ce dernier est en mesure d'apprécier lui-même le caractère abusif de la clause ou lorsqu'il a eu connaissance de son caractère abusif (« Les prêts libellés en devises étrangères dans la ligne de mire de la Cour de justice de l'Union européenne », obs. sous CJUE, 9^e ch., 8 sept. 2022, C-80/21 à C-82/21, *E.K. et S.K. et a. c/ D.B.P et a.*, *LEDC* 2022, DCO201e2 [DT284]).

39. Cela étant, la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas contentée d'assurer l'effectivité des normes européennes, elle a aussi contribué à en préciser le sens.

40. Interprétation des normes européennes : l'exemple de la publicité comparative. La rédaction du chapitre du *Dalloz Action Droit de la consommation* consacré à la publicité comparative a mis en évidence l'importance des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne relatifs à l'interprétation des textes européens en la matière (« Pratiques commerciales réglementées », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2020, titre 13 [DT101]). La Cour a ainsi contribué à la définition de la publicité comparative en admettant que la comparaison puisse être implicite dans le contentieux important des imprimantes et des

cartouches d'encre³⁴. Elle a aussi précisé certaines conditions de licéité de la publicité comparative en admettant, par exemple, la comparaison, non de deux produits seulement, mais de deux ensembles de produits dans le fameux contentieux du « panier de la ménagère »³⁵ (à condition que la comparaison soit objective) ou en autorisant l'usage de la marque du médicament *princeps* dans une publicité comparative pour le médicament générique³⁶.

41. Interprétation des normes européennes : l'exemple des clauses abusives. On l'a dit, la transposition en droit français de la directive de 1993 sur les clauses abusives n'a pas emporté de conséquences sur l'appréciation du caractère abusif en droit interne³⁷. C'est, en tous cas, le constat que l'on pouvait dresser à l'époque de notre thèse, soutenue en 2013. L'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne des critères des clauses abusives, posés par cette même directive, est-elle de nature à amender cette conclusion ? La Cour impose en effet, depuis 2004, une répartition des compétences quant à l'appréciation des clauses abusives : lui revient la qualification abstraite tandis que revient au juge national la qualification concrète. Pendant près de dix ans, elle n'a cependant pas fait usage de cette prérogative de qualification abstraite, de sorte que l'appréciation du caractère abusif des clauses revenait tout entière aux juges nationaux, voire à d'autres acteurs comme, en France, la Commission des clauses abusives ou le pouvoir réglementaire établissant les listes noires et grises des clauses abusives.

42. Or depuis 2013, la Cour de justice de l'Union européenne a petit à petit défini abstraitement le contenu des trois exigences posées par la directive de 1993, celles de bonne foi, d'équilibre et de transparence. Cela a été constaté à l'occasion d'une première note de jurisprudence (« Une nouvelle application de la réglementation européenne contre les clauses abusives en matière de prêts hypothécaires espagnols », note sous CJUE, 26 janv. 2017, C/421-14, *Banco Primus SA contre Jesús Gutiérrez García*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2016/3, p. 499 s. [DT303]),

³⁴ CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-112/99, *Toshiba Europe*.

³⁵ CJCE, 19 sept. 2006, aff. C-356/04, préc.

³⁶ CJUE, 12 juin 2008, aff. C-533/06, *02 Holdings Limited c/ Hutchison 3G UK Limited*.

³⁷ Voir *supra* n° 29.

puis d'une étude plus globale (« L'influence de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'appréciation du caractère abusif des clauses des contrats de consommation », in M. Combet (dir.), *Le droit européen de la consommation au XXI^e siècle : état des lieux et perspectives*, Bruylant, 2022, p. 281 [DT82]). Elle juge ainsi que l'exigence de bonne foi s'apprécie à l'aune de la situation d'infériorité du consommateur à l'égard du professionnel en ce qui concerne le pouvoir de négociation contractuelle, le juge national devant vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable le consommateur, pouvait valablement s'attendre à ce que ce dernier accepte la clause litigieuse à la suite d'une négociation individuelle. L'exigence d'équilibre, quant à elle, s'apprécie à la lumière du droit national : si la clause est conforme au droit national, elle ne peut être abusive, si elle déroge au droit national, elle peut l'être, à condition que l'atteinte soit suffisamment grave. L'exigence de transparence, enfin, s'apprécie à l'aune de la situation d'infériorité du consommateur à l'égard du professionnel en ce qui concerne son niveau d'information : les clauses doivent être rédigées de manière suffisamment claire et compréhensible pour que leur portée soit effectivement comprise du consommateur normalement avisé et raisonnablement attentif. On peut relever, à ce stade, que la Cour de justice de l'Union européenne va très loin dans l'interprétation des critères des clauses abusives, fournissant aux juges nationaux, des conseils, voire une méthode d'appréciation très précise. C'est à se demander si elle se contente d'interpréter abstraitement la directive de 2013, ou si elle a franchi le cap de son application concrète.

43. Au-delà du sens donné à chacune de ses exigences par la Cour de justice de l'Union européenne, ces travaux permettent aussi et surtout de comparer les critères français d'appréciation du caractère abusif dégagés dans notre thèse avec les critères européens tels qu'ils sont interprétés par la Cour de Luxembourg. Sur ce plan, il faut conclure à une grande convergence des solutions retenues. Cette convergence semblait néanmoins, jusqu'il y a peu, presque fortuite : les acteurs français ont certes été précurseurs des solutions européennes, mais rien n'indiquait que la Cour de justice de l'Union européenne se soit inspirée des solutions françaises pour élaborer sa propre jurisprudence. Aussi fallait-il, selon le point de vue, pessimiste ou optimiste, regretter que le dialogue des juges s'apparente ici davantage à deux monologues identiques, ou

se réjouir qu'une même notion soit finalement interprétée, peu ou prou, de la même manière par ses différents juges. Au moins pouvait-on penser qu'une harmonisation de l'interprétation de la notion de clause abusive dans les droits des différents États membres de l'Union européenne est possible, ce qui n'est pas rien, quand on sait les difficultés que rencontre tout projet d'harmonisation européenne des droits étatiques. Ce sentiment se confirme depuis peu, comme le donnent à penser de récentes décisions de la Cour de cassation. D'abord, cette dernière interroge la Cour de justice de l'Union européenne, par la voie de questions préjudicielles, sur les critères et la méthode d'appréciation du caractère abusif, comme elle l'a fait, il y a peu, s'agissant de la clause de déchéance du terme d'un contrat de prêt (« Caractère abusif d'une clause de déchéance du terme dans un contrat de prêt : la Cour de cassation s'en remet à la Cour de justice de l'Union européenne », note sous Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2021, n° 20-12154, *Gaz. Pal.* 2021, n° 31, 425u3 [DT288]). Surtout, dès lors qu'elle se prononce en matière de clauses abusives, la Cour de cassation fait presque systématiquement référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative, par exemple, au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne (« Confirmation de l'imprescriptibilité de l'action tendant à faire déclarer une clause abusive », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-18673, *LEDC* 2023, DCO201i2 [DT281]), au devoir du juge de relever d'office les clauses abusives (« Gare aux clauses abusives dans les conventions d'honoraires d'avocat ! », obs. sous Cass. 2^e civ., 27 oct. 2022, n° 21-10739, *LEDC* 2022, DCO201e8 [DT283]) ou encore à l'exigence de transparence (« Les prêts libellés en devises étrangères dans la ligne de mire de la Cour de cassation », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-20826, *LEDC* 2022, DCO201e4 [DT286]).

44. Si l'internationalisation du droit civil n'est guère douteuse, elle n'est donc pas toujours source de chaos, loin s'en faut. En outre, il ne faut pas perdre de vue que tout le droit civil ne subit pas nécessairement les influences internationales et supranationales.

§ 2. Les limites à l'internationalisation du droit civil

45. Maintien de l'identité culturelle civiliste française. Aussi tangible et patente soit-elle, l'internationalisation du droit civil ne met pas à bas, pour autant, l'identité culturelle civiliste française. Deux exemples déjà utilisés permettent de s'en convaincre : la réserve héréditaire en droit des successions et libéralités ; la protection des non-professionnels contre les clauses abusives en droit de la consommation.

46. Réserve héréditaire d'ordre public interne. Dans un arrêt du 4 juillet 2018 (« Contentieux original, solutions classiques : un arrêt deux en un sur la réserve et la notion de libéralité », note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, *RJPF* 2018-12/37 [DT221]), la Cour de cassation considère que la dévolution successorale d'immeubles situés en France « *devait tenir compte des règles de la réserve héréditaire, laquelle, d'ordre public interne, ne pouvait être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi du domicile du défunt et régissant son statut personnel* ». Il est bon de rappeler que si le législateur a le pouvoir de composer avec le caractère d'ordre public de la réserve, qui n'a ni valeur constitutionnelle ni valeur conventionnelle³⁸, la volonté individuelle, elle, n'est pas susceptible d'écarter les règles légales qui y sont relatives. Dans le contexte global de fléchissement de la réserve, la fermeté de la solution de la Cour de cassation, qui joue, dès lors qu'est applicable la loi française³⁹, doit être saluée et montre l'attachement du droit civil à ce mécanisme malgré un contexte d'internationalisation des rapports humains dont on aurait pu tirer argument pour supprimer ledit mécanisme.

47. Non-professionnel protégé par le droit français des clauses abusives. Cette résistance à l'internationalisation du droit civil interne se retrouve en droit de la consommation. Depuis la loi du 10 janvier 1978, le droit français des clauses abusives accorde sa protection, non seulement aux consommateurs, mais aussi aux « *non-professionnels* ». Il s'agit là d'une exception française qui a été maintenue même après la directive de 1993 protégeant les consommateurs uniquement, mais qui, étant

³⁸ Voir *infra* n° 60.

³⁹ Lorsqu'une loi étrangère est applicable, voir *supra* n° 21.

d'harmonisation minimale, autorise les législations nationales à accorder un niveau de protection plus élevé que celui garanti par la directive. Néanmoins, il faut bien reconnaître qu'à défaut de définition légale, la notion de non-professionnel a longtemps été difficile à appréhender. C'est pourquoi l'une des entreprises de notre thèse, poursuivie par d'autres de nos travaux, fut de tenter d'identifier la personne du non-professionnel en traçant deux lignes directrices.

48. Dans une approche négative d'abord, la notion de non-professionnel ne devrait pas profiter à un professionnel (*La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, coll. Bdp, t. 585, 2018, n^{os} 32 s.), comme à un avocat concluant un contrat de télésurveillance pour son cabinet, car ce n'est pas là le but du droit de la consommation. C'est pourquoi a été vivement critiqué un arrêt du 4 février 2016 (« Clauses abusives du Code de la consommation : un professionnel peut s'en prévaloir ! », note sous Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 2016, *D.* 2016, p. 639 [DT314]) dans lequel la troisième chambre civile affirmait qu'une société civile immobilière était un professionnel de l'immobilier, et non de la construction, de sorte qu'elle devait être considérée comme un non-professionnel – bénéficiant à ce titre de la protection contre les clauses abusives – vis-à-vis du contrôleur technique, chargé de vérifier la solidité des ouvrages et des éléments d'équipement. Dans le même sens, ne s'impose pas avec la force de l'évidence la décision de la Cour de cassation jugeant que le médecin qui souscrit un contrat d'hébergement avec un hôtel en vue d'assister à un congrès médical n'agit pas à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle, de sorte qu'il n'a pas la qualité de professionnel, mais celle de consommateur pouvant se prévaloir des clauses abusives (« Être ou ne pas être consommateur (ou professionnel) : telle est la question ! », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 31 août 2022, n^o 21-11097, *LEDC* 2022, DCO201a9 [DT287]).

49. De manière plus positive ensuite, le non-professionnel a été défini, dans notre thèse, comme une personne morale sans activité professionnelle (*La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, coll. Bdp, t. 585, 2018, n^{os} 95 s.), tels qu'un syndicat de copropriétaires, un comité d'entreprise ou d'établissement, une association ayant une activité non-professionnelle (comme une association de parents

d'élèves), une fondation ou encore une société civile immobilière « familiale »⁴⁰. C'est pourquoi la définition légale du non-professionnel, introduite à la faveur de la recodification du Code de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 et selon laquelle il s'agit de « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* », n'est pas apparue pleinement convaincante (« Les clauses abusives et la recodification du Code de la consommation », *D.* 2016, p. 1208 [DT79]). En effet, une personne morale ayant une activité professionnelle ne devrait jamais prétendre à la protection en matière de clauses abusives puisqu'elle doit toujours agir dans le cadre de l'activité professionnelle définie par son objet social (*La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, coll. Bdp, t. 585, 2018, nos 89 s.). Dès lors, évoquer comme non-professionnel toute personne morale qui n'agit pas dans le cadre de son activité commerciale est dénué de sens, une personne morale ne pouvant pas agir en dehors du cadre prévu. De plus, la définition ainsi retenue par l'ordonnance de 2016 ne correspondait pas aux personnes morales qui pouvaient se targuer de la qualité de non-professionnel en jurisprudence. La nouvelle définition, introduite par la loi n° 2017-203 du 21 février 2017 et selon laquelle est non-professionnel « *toute personne qui n'agit pas à des fins professionnelles* », paraît de ce point de vue plus satisfaisante en ce qu'elle évite de suggérer qu'une personne morale dotée d'une activité professionnelle pourrait, malgré tout, agir en dehors de ce cadre et bénéficier de la protection du droit de la consommation.

50. Quoi qu'il en soit, la notion de non-professionnel demeure, en droit français, au-delà des exigences du droit de l'Union européenne.

Conclusion sur l'internationalisation du droit civil

51. Conclusion de la section. L'internationalisation du droit civil est certaine et le ressourcement qui en découle est loin d'être aussi néfaste que prédit. Si des effets perturbateurs ont pu être constatés à la marge, par l'effet, notamment, de la

⁴⁰ Nous visons par-là la société civile immobilière constituée en vue de la détention et de la transmission des résidences principale et secondaire ou de placement immobilier de particuliers.

transposition de notions européennes (comme celle de contrat de prestation de service) susceptibles de susciter des confusions en droit français, le bilan de l'internationalisation du droit civil est soit à l'équilibre, lorsque les changements apportés sont neutres pour le droit français (comme c'est le cas en matière d'interprétation de la notion de clause abusive), soit positif puisque l'internationalisation n'empêche pas le droit français d'exprimer encore son particularisme (comme avec la protection de la réserve héréditaire en droit interne). Un bilan semblable peut-il être dressé pour la fondamentalisation du droit civil ? C'est ce qu'il faut vérifier désormais.

SECTION II. LA FONDAMENTALISATION DU DROIT CIVIL

52. Processus de fondamentalisation du droit. La fondamentalisation du droit désigne la montée en puissance des droits et libertés fondamentaux dans le système juridique. Comme l'a succinctement résumé un auteur, « *le processus de fondamentalisation commença avec la constitutionnalisation du droit résultant de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 insérant, dans le bloc de constitutionnalité, les droits et libertés fondamentaux reconnus par le Préambule de la Constitution de 1958. Il se poursuit par l'application directe, de plus en plus fréquente, de la Convention européenne des droits de l'homme dans les litiges internes. L'introduction de la QPC amplifie encore le mouvement en permettant l'invocation par tous les justiciables, de l'argument tiré de la non-conformité d'une loi à des droits et libertés fondamentaux* »⁴¹. Il en ressort qu'il existe deux sources distinctes de fondamentalisation du droit, ce qu'on peut appeler la conventionnalisation, d'une part (§ 1) et la constitutionnalisation, d'autre part (§ 2). Ces mouvements, qui ont donné lieu à des analyses approfondies⁴², sont toujours en cours, comme l'illustre une partie de nos travaux.

⁴¹ M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit, op. cit.*, spéc. p. 66.

⁴² Pour ce qui concerne le droit civil, voir sur la conventionnalisation, not. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 15, 2002 et voir sur la constitutionnalisation, not. N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. Bdp, t. 287, 1997.

§ 1. La conventionnalisation du droit civil

53. **Plan.** La conventionnalisation semble toucher toutes les branches du droit civil : en tous cas, elle paraît concerner aujourd’hui autant le droit de la consommation (A) que le droit des successions et des libéralités (B).

A. La conventionnalisation du droit de la consommation

54. **Conformité de la publicité comparative à la liberté d’expression.** Il est fréquent de vérifier la conformité du droit de la consommation aux droits fondamentaux⁴³. La rédaction du chapitre du *Dalloz Action Droit de la consommation* consacré à la publicité comparative en a fourni une illustration (« Pratiques commerciales réglementées », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2020, titre 13, spéc. n° 132.14 [DT101]). Dans une affaire⁴⁴, un requérant a ainsi invoqué l’incompatibilité de la législation – antérieure à la transposition des directives en la matière⁴⁵ – qui n’admettait la publicité comparative que de manière extrêmement restrictive, avec l’article 10 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l’homme et des libertés fondamentales protégeant la liberté d’expression. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui, se fondant sur les dispositions du § 2 du même article, avaient énoncé que la réglementation sur la publicité comparative constituait une mesure nécessaire à la protection de la réputation ou des droits d’autrui, justifiant une restriction à la liberté d’expression. On voit ici un bel exemple de balance des intérêts opérée par les juges français à l’invitation des normes conventionnelles.

B. La conventionnalisation du droit des successions et des libéralités

55. **Droit des successions et des libéralités et droits fondamentaux conventionnels.** Cette balance des intérêts entre droit français et droits fondamentaux est aussi à l’origine de mutations profondes du droit des successions et des libéralités.

⁴³ Th. Piazzon, « La fondamentalisation du droit de la consommation », *Revue de droit d’Assas* 2015, p. 84. Pour des exemples de constitutionnalisation du droit de la consommation, voir notre « Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2019) », *RLDC* 2020/178, n° 6738, spéc. n° 1 [DT256].

⁴⁴ Cass. crim., 16 oct. 1996, n° 95-84.814.

⁴⁵ Voir *supra* n° 30.

La conventionnalisation de ce dernier a eu ainsi pour effet notable l'instauration d'une égalité stricte entre les héritiers descendants, quelle que soit l'origine de leur filiation. On peut se demander si elle n'aboutit pas à la consécration d'un droit fondamental à hériter.

56. La promotion de l'égalité entre les héritiers. La conventionnalisation du droit des successions et des libéralités résulte notamment de l'arrêt *Mazureck* de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶. Pour rappel, dans cette affaire, le requérant se plaignait d'une discrimination fondée sur la filiation adultérine. En tant qu'enfant adultérin, il avait en effet vu sa part successorale réduite de moitié en raison du fait qu'un enfant légitimé avait également droit à la succession de leur mère en vertu des dispositions en vigueur à l'époque. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que cette disposition, issue de la loi du 3 janvier 1972, contrevenait à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction de la discrimination), combiné avec l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention (droit au respect de ses biens). Cette décision qui promeut ainsi l'égalité entre les enfants héritiers, et ce quelle que soit l'origine de leur filiation, a conduit, on le sait, à une réforme majeure du droit français des successions par la loi du 3 décembre 2001.

57. Mais la Cour européenne ne s'est pas arrêtée en si bon chemin. Elle s'est attaquée, par la suite, aux dispositions transitoires de la loi nouvelle. Ces dispositions transitoires éludent l'application de ladite loi pour les successions déjà partagées à la date de sa publication au *Journal officiel*, mais prévoient son application pour les successions ouvertes ou non partagées à cette date. Poursuivant la lutte entamée par l'arrêt *Mazureck*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans l'arrêt *Fabris contre France*⁴⁷ que si la différence de traitement instaurée par les dispositions transitoires entre les successions partagées et non partagées poursuivait un but légitime de protection des droits acquis des autres héritiers, elle portait aussi une atteinte disproportionnée aux droits protégés par l'article 14 de la Convention combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Aussi, les nouvelles dispositions de la loi de 2001 qui

⁴⁶ CEDH, 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*.

⁴⁷ CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, *Fabris c/ France*.

assuraient l'égalité des héritiers devaient être appliquées aux successions déjà liquidées, remettant ainsi en partie en cause les dispositions transitoires de la loi de 2001. La Cour européenne des droits de l'homme réitère, dans l'arrêt *Quilichini contre France* (« Quand la fin justifie les moyens : à propos de la dernière condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'enfant adultérin », note sous CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c/ France*, *RJPF* 2019-5/34 [DT212]), le même raisonnement qui entraîne les mêmes conséquences : les dispositions transitoires de la loi de 2001 sont écartées afin que l'enfant adultérin puisse profiter, en l'espèce, des dispositions de la loi de 2001 lui réservant un meilleur sort.

58. Pour arriver à ses fins, à savoir la promotion de l'égalité des héritiers, la Cour européenne des droits de l'homme a eu recours, comme à son accoutumée, à des « qualifications autonomes » par rapport aux qualifications internes, au prix parfois d'une déformation de l'analyse juridique de certaines notions françaises. C'est ainsi que dans l'arrêt *Mazureck*, la Cour a considéré que le requérant avait automatiquement acquis, du seul fait du décès de sa mère, des droits héréditaires sur la succession de cette dernière et qu'il en avait la propriété conjointe avec son demi-frère, ce qui lui a permis de caractériser une atteinte au droit au respect de ses biens, alors qu'en droit français, la question n'était pas celle de la violation du droit de propriété (les droits du requérant n'étant alors que du quart, il ne pouvait être considéré, comme l'a prétendu la Cour, évincé de sa propriété), mais celle de savoir si une vocation successorale pouvait être inégalitaire ou pas (« Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *Revue trimestrielle de droit civil* 2018/1, p. 1 s., spéc. n° 10 [DT58]). De même, dans l'arrêt *Quilichini*, la Cour européenne des droits de l'homme s'écarte de la conception du partage retenue par la Cour de cassation. Cette dernière avait estimé qu'un partage inégalitaire, intervenu en 1992 en application du droit ancien, était définitif, de sorte qu'il ne pouvait être remis en cause par l'adoption de la loi nouvelle (du 3 décembre 2001). La Cour européenne des droits de l'homme retient, pour sa part, une conception plus utilitariste et globale de l'opération de partage : ce qui compte à ses yeux, c'est la réalisation concrète du partage, le moment où ses effets se font réellement sentir en pratique. Or en l'espèce, le partage de 1992 n'était que partiel, une indivision ayant été maintenue, sur un terrain, entre les héritiers ; ce terrain a été effectivement partagé en

2005 à l'occasion d'un nouvel acte de partage, à nouveau inégalitaire, toujours en application du droit ancien. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le partage de 1992 n'a pu donc se réaliser concrètement qu'à compter de 2005, raisonnement qui lui permet de le remettre en cause indirectement, *via* le partage de 2005 qui aurait dû être opéré de manière égalitaire, conformément à la loi nouvelle et à ses dispositions transitoires.

59. L'apport de cette séquence jurisprudentielle est d'avoir parachevé l'égalité entre les héritiers en droit français et d'avoir fait en sorte d'en assurer l'effectivité. On pourrait être tenté d'y voir encore davantage : l'arrêt *Mazureck* et ses suites cacheraient en réalité la protection d'un droit fondamental à hériter. C'est l'hypothèse explorée dans un article (« Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *Revue trimestrielle de droit civil* 2018/1, p. 1 s. [DT58]).

60. **Vers un droit fondamental à hériter ?** Si la question d'un droit fondamental à hériter se pose, c'est qu'un tel droit n'est consacré par aucune disposition de nature conventionnelle. Quant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne l'a jamais reconnu expressément et a, de surcroît, refusé d'accorder à la réserve héréditaire une protection conventionnelle. Pourtant, dans l'arrêt *Mazureck*, le raisonnement implicite de la Cour ne porte pas tant sur le droit *de* propriété de l'héritier, que sur son droit *à* la propriété, un droit à l'héritage. Dès lors, les recherches menées dans cet article entendent éprouver tant la réalité que l'opportunité d'une telle consécration. Elles partent du constat d'une « *tentation* » pour le droit de l'homme à hériter en relevant des manifestations tangibles d'un tel droit aussi bien en droit positif (par exemple, les nouvelles règles de la représentation de l'indigne) qu'en droit prospectif (par exemple, la remise en cause du régime de l'assurance-vie)⁴⁸. Cependant, l'article réfute la consécration d'un tel droit, à laquelle s'opposent de solides obstacles, telles que les difficultés à lui élaborer un régime (par exemple, quelle serait sa date de naissance ?) ou à lui trouver un fondement valable, qu'il soit classique ou renouvelé

⁴⁸ Pour un approfondissement de cette question, voir notre art. « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités - Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *Revue de droit d'Assas* 2020, n° 20, oct. 2020, p. 196 s. [DT27].

(comme l'espérance légitime de créance). Enfin, c'est encore la balance des intérêts en présence qui permet d'écarter un droit à hériter et d'atteindre un certain équilibre : il importe de concilier la protection de l'égalité des héritiers dans les dévolutions légales et celle du droit de disposer de ses biens, attribut du droit fondamental de propriété, dans les dévolutions testamentaires.

61. Bilan sur la conventionnalisation du droit civil. Le doyen Carbonnier écrivait que l'injection du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *même à faible dose, dans le système français y apporte un trouble supplémentaire dont celui-ci se serait bien passé* »⁴⁹. Quel bilan peut-on dresser aujourd'hui ? Peut-être faudrait-il se montrer plus nuancé. Il faut l'avouer, pour ce qui nous a été donné d'observer en droit des successions et des libéralités, la conventionnalisation menée à marche forcée par la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas faite sans heurt pour le droit civil. Le résultat, en revanche, à savoir la promotion de l'égalité des héritiers comme nouveau principe cardinal de notre droit des successions et des libéralités, mérite d'être salué. Quant au droit de la consommation, le contrôle opéré n'a pas bouleversé la matière, loin s'en faut. Ce premier bilan d'étape doit cependant encore être complété par l'étude des effets de la constitutionnalisation sur le droit civil.

§ 2. La constitutionnalisation du droit civil

62. Accélération de la constitutionnalisation du droit civil. Si la constitutionnalisation du droit civil a été amorcée par l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a priori*, elle s'est sans nul doute intensifiée avec celle de la question prioritaire de constitutionnalité. L'avènement de ce nouveau mécanisme qui a bouleversé l'ordre juridique français dans son ensemble, en déplaçant le centre de gravité des sources internes du droit de la loi vers la Constitution, n'a pas manqué d'affecter le droit civil. L'effet sur le droit civil de la constitutionnalisation induite par la question prioritaire de constitutionnalité s'apprécie en considération des juges

⁴⁹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, *op. cit.*, spéc. p. 55.

appelés à traiter de la conformité du droit civil à la Constitution d'abord (A) et des droits à valeur constitutionnelle invoqués en matière civile ensuite (B).

A. Les juges constitutionnels du droit civil

63. **Plan.** Deux paradoxes s'imposent quant aux juges constitutionnels du droit civil. Premier paradoxe : le Conseil constitutionnel, juge de la Constitution, se transmue en juge civil par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, bien davantage que ce ne pouvait être le cas avec le seul contrôle *a priori* (1). Second paradoxe : le juge naturel en droit civil, la Cour de cassation, va se saisir de la constitutionnalité de ce droit en tant que juge du filtre (2) ! Dans les deux cas, les deux organes semblent augmenter leurs prérogatives, et ce au profit d'une rencontre plus poussée, plus intime, entre le droit civil et la Constitution.

1. Le Conseil constitutionnel, nouveau juge civil

64. **Variété des domaines relevant de la QPC en matière civile.** Si le Conseil constitutionnel avait déjà eu à statuer en matière civile au titre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a fait exploser le contentieux en la matière de sorte que tous les domaines du droit civil relevant de la loi sont potentiellement soumis à son contrôle. Les questions prioritaires de constitutionnalité concernent ainsi une grande variété de domaines du droit civil, comme en atteste la « Chronique de droit privé constitutionnel » publiée à la *Revue Lamy droit civil* depuis plus de cinq ans : droit des personnes, droit de la famille aussi bien extra-patrimonial que patrimonial, droit des biens, droit des obligations, droit des assurances... Souvent les dispositions contestées par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité sont majeures, comme celles relatives à l'accouchement sous X, au recours aux tests osseux pour les mineurs non accompagnés, aux conséquences patrimoniales du divorce, au droit de résiliation du contrat d'assurance ou encore au préjudice écologique. Autant de dispositions légales dont le Conseil constitutionnel a eu à juger de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution. On mesure ainsi l'importance du rôle des Sages appelés à statuer sur les plus belles questions de droit civil. Ce rôle s'est encore renforcé du fait de la politique jurisprudentielle du

Conseil tendant à étendre les normes contrôlées par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité.

65. Extension des normes contrôlées par voie de QPC : présentation générale.

En principe, seules les dispositions législatives peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Or le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle par voie de QPC aux dispositions légales telles qu'interprétées par la jurisprudence (et ce, même si cette interprétation est conventionnellement conforme), aux dispositions d'une loi d'habilitation et, enfin, aux dispositions d'une ordonnance non ratifiée. Reprenons cette triple extension.

66. Extension des normes contrôlées par voie de QPC (1) : disposition telle qu'interprétée par la jurisprudence.

En application de la doctrine du droit vivant, le Conseil constitutionnel a estimé recevables les questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative. Il statue ainsi régulièrement sur ces hypothèses. Par exemple, il a contrôlé la constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions du Code général des impôts relatives à l'attribution du quotient familial (Chronique de droit privé constitutionnel (juillet-décembre 2018), *RLDC* 2019/168, n° 6550, spéc. n° 13 [DT263]) ou des dispositions du Code de l'urbanisme et du Code de la construction et de l'habitation imposant aux propriétaires le relogement des occupants de bonne foi se trouvant en situation irrégulière sur le territoire français (« QPC : peut-on requalifier le rôle de filtre de la Cour de cassation en véritable contrôle de constitutionnalité ? (Arrêt *Société de requalification des quartiers anciens*, Cass. 3^e civ., 13 juill. 2016) », comm. sous avis Bailly, in R. Salomon, Laboratoire de droit civil (dir.), *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 32 s. [DT151]).

67. Extension des normes contrôlées par voie de QPC (2) : disposition telle qu'interprétée conventionnellement conforme.

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a admis que soient posées des questions prioritaires de constitutionnalité sur l'interprétation conventionnellement conforme d'une disposition

législative en posant trois règles expliquées dans la Chronique de droit privé constitutionnel pour l'année 2020 (*RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 11 s. [DT248]) : d'abord, le juge du filtre ne peut refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité en raison de l'interprétation de la disposition législative conforme aux normes conventionnelles ; ensuite, lors de son contrôle en QPC, le Conseil constitutionnel ne doit pas tenir compte de l'interprétation de la disposition législative en cause qu'imposerait sa compatibilité avec les engagements internationaux de la France pour conclure à la conformité de ladite disposition à la Constitution ; et enfin, troisième règle et corollaire de la deuxième, le Conseil constitutionnel peut apprécier la constitutionnalité de la portée effective que l'interprétation conventionnellement conforme confère à la disposition législative contestée.

68. Extension des normes contrôlées par voie de QPC (3) : disposition d'une loi d'habilitation. Dans la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre*, également présentée dans la chronique de droit privé constitutionnel pour l'année 2020 (*RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 5 [DT248]), le Conseil constitutionnel accepte pour la première fois de contrôler les dispositions d'une loi d'habilitation par voie de QPC. Il limite néanmoins la portée de son contrôle en précisant que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des dispositions d'habilitation ne pourra en aucun cas porter sur les griefs qui peuvent leur être adressés dans le cadre du contrôle *a priori*.

69. Extension des normes contrôlées par voie de QPC (4) : disposition d'une ordonnance non ratifiée. Enfin, et toujours dans la même chronique, est relatée la dernière extension – et non la moindre – des normes contrôlées par le Conseil constitutionnel. Depuis la décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*, peuvent être ainsi soumises à QPC les dispositions d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution, même si cette dernière n'est pas ratifiée (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 6 [DT248]). Il s'agit là d'un revirement majeur : une ordonnance non ratifiée (mais pour laquelle un projet de loi de ratification a été déposé devant le Parlement sans être adopté) acquiert un caractère législatif l'autorisant à être soumis à QPC, à la double

condition que ses dispositions relèvent du domaine législatif et que le délai d'habilitation fixé par le Parlement ait expiré. Il en découle une nouvelle forme d'hybridité des ordonnances non ratifiées : matériellement législatives, elles peuvent être contestées par la voie de la QPC devant le Conseil constitutionnel ; mais formellement réglementaires, elles peuvent être soumises au contrôle du juge administratif⁵⁰, au moyen de griefs tenant à leur conformité aux normes de référence autres que constitutionnelles (conventions internationales, principes généraux du droit et respect de la loi d'habilitation).

70. Le constat s'impose : le Conseil constitutionnel est devenu un juge civil en ce sens qu'il traite de la matière civile en concurrence avec le juge judiciaire.

71. Effet variable des décisions du Conseil constitutionnel en matière civile. Le Conseil constitutionnel manie-t-il pour autant les notions de droit civil comme un juge judiciaire ? Cette question appelle une réponse nuancée : selon les cas, l'intervention du Conseil constitutionnel en matière civile peut être consolidatrice, clarificatrice ou perturbatrice.

72. Effet consolidateur des décisions du Conseil constitutionnel en matière civile. Lorsque les dispositions du droit civil échappent à la censure constitutionnelle, elles en ressortent sans aucun doute consolidées. C'est ainsi que nous avons relevé que, « *Propriété individuelle, propriété collective, droits réels sur la chose d'autrui, ses principales institutions ayant été déclarées en QPC conformes à la Constitution, le droit des biens en ressort inchangé et plus fort.* » (« QPC et droit des biens », communication au colloque QPC et droit privé, actes publiés in L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 57 s., spéc. n° 14 [DT332]).

73. Effet clarificateur des décisions du Conseil constitutionnel en matière civile. Il arrive aussi que les décisions QPC aient un effet clarificateur dans le sens où la perspective constitutionnelle vient à trancher un débat doctrinal civiliste. Il en est ainsi

⁵⁰ Rarement par voie d'action, mais plus souvent par voie d'exception.

en matière de mitoyenneté où s'opposent ceux qui considèrent, à la suite de la Cour de cassation, que la mitoyenneté n'impose aucune cession forcée, mais seulement un partage de droits privatifs et ceux qui estiment, au contraire, que la mitoyenneté entraîne une privation partielle de propriété sur le mur devenu mitoyen. Dans la QPC relative à la mitoyenneté⁵¹, le Conseil constitutionnel tranche en faveur des premiers en jugeant que « *cette disposition n'a pour effet que de rendre indivis le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l'usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du Code civil, continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété* », ce qui lui permet de conclure à l'absence de privation de ce droit (« QPC et droit des biens », communication au colloque QPC et droit privé, actes publiés in L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 57 s., spéc. n° 14 [DT332]). Sur un tout autre sujet, celui des conditions de révision d'une prestation compensatoire fixée sous forme de rente, le Conseil constitutionnel fait prévaloir le caractère alimentaire de la prestation compensatoire sur sa dimension indemnitaire, alors que la nature duale de cette dernière est très discutée en doctrine (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 2 s. [DT241]). La solution paraît néanmoins moins convaincante, aucune justification n'étant apportée à cette préférence donnée au caractère alimentaire. Sous la clarification apparente, la perturbation pointe.

74. Effet perturbateur des décisions du Conseil constitutionnel en matière civile. Il arrive que l'intervention du Conseil constitutionnel en matière civile soit franchement perturbatrice. Aussi a-t-on pu relever, à propos de la décision n° 2021-957 QPC, *Époux T.*, concernant la prescription biennale en matière d'assurance, que le Conseil constitutionnel procède à une distinction déroutante pour le civiliste (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 14 [DT241]). Il estime en effet qu'il existe une différence de situation entre le consommateur d'assurance et les autres consommateurs, en raison de l'objet même du contrat d'assurance qui « *se caractérise par la garantie d'un risque en*

⁵¹ Déc. n° 2010-60 QPC du 12 nov. 2010, *M. Pierre B.*

contrepartie d'un versement d'une prime ou d'une cotisation » (§ 15). Or il est plus que douteux que la différence d'objet des contrats de consommation constitue pour autant une différence de situation justifiant une différence de traitement. Le consommateur d'assurance, le consommateur d'autres services ou le consommateur de biens, sont tous et avant tout des consommateurs. Il n'apparaît donc pas pertinent d'opposer un contrat spécial *rationae materiae*, le contrat d'assurance, à une catégorie de contrats spéciaux *rationae personae*, les contrats de consommation.

75. Si l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a permis au juge constitutionnel de marquer plus fortement de son empreinte le droit civil, elle a également abouti à augmenter les prérogatives du juge civil, puisque ce dernier a pu s'ériger en une sorte de juge constitutionnel.

2. Le juge du filtre, nouveau juge constitutionnel

76. Nouvelle mission pour la Cour de cassation. L'une des conséquences majeures de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français est d'avoir profondément modifié l'étendue des prérogatives du juge civil, et en particulier du juge de cassation. La mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité confiée à la Cour de cassation donne ainsi l'occasion à ses juges d'appréhender, dans une certaine mesure, le caractère constitutionnel ou non de dispositions de droit civil⁵². En effet, l'examen des conditions de recevabilité, et en particulier celle du caractère sérieux de la question, est une invitation à un pré-contrôle de constitutionnalité nécessaire.

77. Le pré-contrôle de constitutionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La conviction tenant à l'exercice par le juge de cassation, en tant que juge du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, d'un pré-contrôle de constitutionnalité résulte d'abord de la lecture de certains avis des avocats généraux près la Cour de cassation. Dans l'un d'eux (« QPC : peut-on requalifier le rôle de filtre de la Cour de cassation en véritable contrôle de constitutionnalité ? (Arrêt *Société de*

⁵² Voir en ce sens, F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., spéc. n° 235, intitulé « La Cour de cassation, juge constitutionnel ».

requalification des quartiers anciens, Cass. 3^e civ., 13 juill. 2016, n° S16-40.24) », comm. sous avis Bailly, in R. Salomon, Laboratoire de droit civil (dir.), *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 32 s. [DT151]), la question prioritaire de constitutionnalité portait sur des articles du Code de l'urbanisme et du Code de la construction et de l'habitation dont l'interprétation par la Cour de cassation faisait peser sur les propriétaires d'un immeuble, dans le cadre d'une opération d'aménagement urbain, une obligation de relogement des personnes de bonne foi, même en situation irrégulière, ce qui porterait une atteinte disproportionnée à leur droit de propriété. La lecture de l'avis de l'avocat général Bailly est éclairante sur le fait que, lorsqu'ils sont appelés à statuer en matière de QPC, les différents acteurs de la Cour de cassation, le Parquet général en tête, exercent un véritable pré-contrôle de constitutionnalité consubstantiel au mécanisme de filtrage. On le voit non seulement lorsque l'avocat général exclut très fermement toute violation de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen déniait ainsi toute privation de propriété en l'espèce, mais encore lorsqu'il retient une possible violation de l'article 2 de ladite Déclaration estimant que l'atteinte au droit de propriété est, selon lui, disproportionnée au but recherché. Dans un autre avis commenté (« L'inefficacité de la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter est-elle contraire au principe constitutionnel de liberté contractuelle ? » (Cass. 3^e civ., 17 octobre 2019, n° 19-40.028), comm. sous avis Brun, *Journal des Sociétés* 2020, n° 1, p. 8 s. [DT293]), la question prioritaire de constitutionnalité portait sur la conformité des dispositions de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil – qui prévoient la sanction de la violation de la promesse unilatérale – au principe de la liberté contractuelle. À nouveau, l'avocat général Brun déploie des arguments pour persuader son lecteur de l'absence de caractère inconstitutionnel de cet article, ce qui convaincra d'ailleurs la Cour, qui prononcera une décision de non-transmission.

78. Les effets du pré-contrôle de constitutionnalité par la Cour de cassation.

Les effets du pré-contrôle de constitutionnalité par le juge du filtre sont nettement plus importants pour les décisions de non-transmission des questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel que pour les décisions de transmission. En

effet, les secondes ne préjugent en rien de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel étant parfaitement libre de statuer dans l'un ou l'autre sens. Les premières, en revanche, sont intéressantes « *car elles délivrent aux dispositions contestées un blanc-seing constitutionnel* » (« QPC et droit des biens », communication au colloque QPC et droit privé, actes publiés in L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 57 s., spéc. n° 4 [DT332]). Ce blanc-seing crée parfois un sentiment ambigu. Prenons l'exemple du droit des biens : les questions prioritaires de constitutionnalité posées sur l'empêchement et l'usucapion n'ont jamais été transmises par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, alors même qu'elles cristallisent les attentes d'une partie de la doctrine civiliste. Or à l'étude, les justifications avancées par la Cour de cassation pour refuser le renvoi, dans un cas comme dans l'autre, ne sont pas entièrement convaincantes, de sorte que « *les non-transmissions justifiées par l'absence d'inconstitutionnalité patente laissent paradoxalement un regrettable sentiment d'inconstitutionnalité latente* » (« QPC et droit des biens », communication au colloque QPC et droit privé, actes publiés in L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 57 s., spéc. n° 21 [DT332]). C'est dire que, *in fine*, le contrôle de la Cour de cassation a également un effet perturbateur en particulier, la chose est assez surprenante pour être signalée, lorsqu'est refusée la transmission d'une disposition. Alors que le civiliste devrait se réjouir d'une consolidation des dispositions du Code civil ou de la jurisprudence qui y est relative, l'absence de décision de l'organe naturellement compétent, à savoir le Conseil constitutionnel, laisse un goût d'inachevé, de victoire à la Pyrrhus. Peut-être ce sentiment mitigé peut-il être dissipé en envisageant désormais le fond, à savoir les droits à valeur constitutionnelle en droit civil ?

B. Les droits à valeur constitutionnelle en droit civil

79. Les principaux droits à valeur constitutionnelle en droit civil. De très nombreux droits à valeur constitutionnelle sont invoqués au soutien de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur la matière civile. Ont ainsi été étudiés, au

sein de la Chronique de droit privé constitutionnel, un grand nombre d'entre eux : la liberté contractuelle⁵³, le principe de réparation, le droit au maintien des conventions légalement conclues, la liberté d'entreprendre, le principe d'égalité devant la loi, le droit de propriété, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, le droit au respect de la vie privée, le droit de propriété, le droit à l'inviolabilité du domicile, le droit de mener une vie familiale normale, la liberté d'expression et de communication ou encore la garantie des droits et les droits de la défense ; pour certains nouvellement dégagés ou reformulés par le Conseil constitutionnel : le principe constitutionnel de fraternité, l'intérêt supérieur de l'enfant ou encore l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains. Parce qu'ils renvoient à la *summa divisio* du droit civil entre les personnes et les biens, nous retiendrons, à titre d'exemples particulièrement significatifs dans le cadre de cette étude, le droit au respect de la vie privée (et ses déclinaisons) (1) et le droit de propriété (2) qui permettent de vérifier la constitutionnalité de certaines dispositions législatives matérielles. Comparativement, lorsque sont soumises au Conseil constitutionnel des dispositions législatives transitoires, c'est au regard de la garantie des droits et du droit au maintien des conventions légalement conclues que leur constitutionnalité est appréciée (3).

1. Le droit au respect de la vie privée

80. Invocation fréquente du droit au respect de la vie privée. Le droit au respect de la vie privée, tout comme son corollaire l'inviolabilité du domicile, sont tirés de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel juge en effet que la liberté proclamée par cet article implique ces deux droits, fréquemment invoqués au soutien de questions prioritaires de constitutionnalité. Le droit au respect à la vie privée a ainsi pu être sollicité pour contrôler des dispositions relatives, par exemple, au recours à la géolocalisation sur autorisation du procureur de la République (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070 ;

⁵³ Voir aussi sur cette liberté, notre comm. sous avis Brun, « L'inefficacité de la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter est-elle contraire au principe constitutionnel de liberté contractuelle ? », *Journal spécial des Sociétés* 2020, n° 1, p. 8 s. [DT293].

spéc. n° 9 [DT241]), au droit de visite des locaux à usage d'habitation des agents municipaux (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2019), *RLDC* 2020/178, n° 6738, spéc. n° 14 [DT256]) ou encore à l'interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2019), *RLDC* 2020/178, n° 6738, spéc. n° 15 s. [DT256]). Surtout, ces dernières années, la Chronique de droit privé constitutionnel a montré que le droit au respect de la vie privée était au cœur du contentieux particulier relatif au traitement et à la conservation des données personnelles.

81. Droit au respect de la vie privée et données personnelles. S'il est un domaine dans lequel le droit au respect de la vie privée a été invoqué avec succès, c'est celui de la protection des données à caractère personnel. Les cinq années de Chroniques de droit privé constitutionnel ont ainsi fourni de nombreux exemples de la volonté du Conseil constitutionnel de renforcer les exigences en matière de protection de la vie privée dans le contexte des évolutions technologiques. Ainsi à chaque fois que des dispositions prévoient que des autorités (Autorité des marchés financiers (AMF), agents des douanes, organismes de sécurité sociale, HADOPI...) ont un droit d'accès à des données de connexion ou à des données à caractère personnel, mais sans que soient accordées de garanties suffisantes en contrepartie (limitation de la durée de conservation des données, limitation à des données peu sensibles, limitation du nombre de personnes y ayant effectivement accès), elles sont systématiquement déclarées contraires à la Constitution (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070 ; spéc. n° 8 [DT241] ; Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 16 [DT248] ; Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2019), *RLDC* 2020/178, 6738, n° 13 [DT256] ; Chronique de droit privé constitutionnel (juillet-décembre 2017), *RLDC* 2018/156, 6412, n° 6 s. [DT275]). Elles sont, au contraire, conformes à la Constitution dès lors qu'elles présentent des garanties suffisantes, ce qui fut le cas des dispositions relatives à la création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés (Chronique de droit privé

constitutionnel (janvier-décembre 2019), *RLDC* 2020/178, n° 6738, spéc. n° 12 [DT256]).

82. À se risquer à une appréciation, le bilan semble ici positif, la vie privée trouvant dans les décisions constitutionnelles un renfort de poids. Qu'en est-il pour le droit de propriété ?

2. *Le droit de propriété*

83. **Invocation fréquente du droit de propriété.** Protégé aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le droit de propriété est très souvent invoqué en QPC s'agissant, par exemple⁵⁴, des dispositions qui concernent l'expropriation pour cause d'utilité publique (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 11 [DT241] ; Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 2 [DT248]) ou encore le droit à l'image des domaines nationaux (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-juin 2018), *RLDC* 2018/163, n° 6486, spéc. n° 9 [DT269]). La protection du droit de propriété repose sur une distinction fondamentale entre les hypothèses de privation de ce droit et celles de limitations des conditions de son exercice. Dans ce dernier cas, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de proportionnalité pour apprécier si les limitations édictées sont constitutionnelles.

84. **Privation du droit de propriété *versus* limitations des conditions d'exercice de ce droit.** Le Conseil constitutionnel a prolongé en contentieux QPC la distinction concernant le droit de propriété qu'il avait déjà instaurée dans le cadre du contrôle *a priori*, distinction fondée sur les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« QPC et droit des biens », communication au colloque QPC et droit privé, actes publiés in L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 57 s., spéc. n° 16 [DT332]). L'article 17 protège ainsi contre les privations du droit

⁵⁴ Pour plus d'exemples, voir « QPC et droit des biens », communication au colloque QPC et droit privé, actes publiés in L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 57 s. [DT332].

de propriété – caractérisées dès lors que la disposition contestée emporte dépossession – qui ne peuvent être justifiées que par la constatation, légalement prévue, de la nécessité publique et l’allocation d’une juste et préalable indemnité. L’article 2, quant à lui, encadre les limitations des conditions d’exercice du droit de propriété : il est possible de porter atteinte au droit de propriété à condition que ces limitations soient justifiées par un motif d’intérêt général et proportionnées à l’objectif poursuivi.

85. Limitations des conditions d’exercice du droit de propriété : l’exemple des incapacités relatives de recevoir à titre gratuit. Ce contrôle de proportionnalité des limitations des conditions d’exercice du droit de propriété a été à l’œuvre dans le contentieux de l’incapacité relative de recevoir à titre gratuit des auxiliaires de vie, d’une part (« Inconstitutionnalité de l’incapacité de recevoir à titre gratuit des auxiliaires de vie à domicile », note sous Cons. constit., déc. n° 2020-888 QPC du 12 mars 2021, *RJPF* 2021-5/25 [DT185]) et de celle des professionnels de santé, d’autre part (« Constitutionnalité de l’article 909 du Code civil, alinéa 1^{er}, du Code civil (incapacité relative de recevoir pour les membres des professions de santé) : 2 poids, 2 mesures ? », note sous Cons. const. QPC, 29 juill. 2022, n° 2022-1005, *RJPF* 2022-11/30 [DT159]).

86. Dans la décision n° 2020-888 QPC du 12 mars 2021, le Conseil constitutionnel estime que la disposition du Code de l’action sociale et des familles qui prévoit une incapacité des auxiliaires de vie de recevoir à titre gratuit de la part des personnes âgées ou handicapées dont elles s’occupent est inconstitutionnelle. Considérant, par un habile renversement de perspective, que la disposition contestée établit une incapacité de disposer pour les personnes âgées ou handicapées, et non une incapacité de recevoir des auxiliaires de vie, les Sages estiment qu’elle porte atteinte à leur droit de propriété, dont le droit de disposer à titre gratuit est un attribut essentiel. L’atteinte est-elle pour autant disproportionnée ? C’est ce que le Conseil constitutionnel décide : si la disposition contestée poursuit bien un but d’intérêt général (lutte contre les captations d’héritage, protection des personnes vulnérables, protection des héritiers légaux, moralisation des professions d’accompagnement des personnes vulnérables), elle pose une interdiction trop générale, en ce que l’incapacité de disposer ne repose sur aucune

condition de vulnérabilité du disposant, et trop absolue, en ce qu'elle présente un caractère irréfragable.

87. Si le raisonnement mené dans la décision n° 2022-1005 QPC du 29 juillet 2022 relative à l'incapacité de recevoir à titre gratuit des professionnels de santé de l'article 909, alinéa 1^{er}, du Code civil est similaire à celui tenu dans la précédente décision, il n'aboutit pas du tout au même résultat. Opérant le même renversement dans l'analyse de la disposition contestée, comprise comme proférant une incapacité de disposer des malades, le Conseil constitutionnel retient qu'elle porte atteinte au droit de propriété. Cependant, l'atteinte est jugée, en l'espèce, et justifiée par un objectif d'intérêt général (le besoin de protection résultant de la situation de vulnérabilité des personnes malades) et proportionnée à ce but, car conditionnée *rationae temporis*, *rationae personae* et *rationae materiae*. Autant de limites qui encadrent l'atteinte au droit de propriété de sorte que l'inconstitutionnalité de la disposition contestée n'est pas caractérisée.

88. Le Conseil constitutionnel fait ainsi preuve de subtilité dans la mise en œuvre du droit de propriété. On peut observer de pareils raffinements dans sa jurisprudence relative à la garantie des droits et au droit au maintien des conventions légalement conclues rendue sur des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur des dispositions transitoires.

3. La garantie des droits et le droit au maintien des conventions légalement conclues

89. Contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des dispositions transitoires. Dans le cadre du contentieux QPC, le Conseil constitutionnel mobilise soit le fondement de la garantie des droits, soit celui du droit au maintien des conventions légalement conclues, lorsqu'il est amené à apprécier la constitutionnalité des dispositions transitoires de certaines lois⁵⁵.

⁵⁵ Sur la cohérence temporelle du droit civil au regard des dispositions transitoires, voir *infra* n° 112 s.

90. Garantie des droits et dispositions transitoires. Sur le fondement de la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel juge que, s'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, c'est à condition qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles. Il en découle, en particulier, que le Conseil peut éprouver la constitutionnalité de la rétroactivité d'une loi au regard du critère de l'atteinte à une situation légalement acquise et celle de l'application immédiate d'une loi au regard du critère de la remise en cause d'effets légitimement attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs. Si la Chronique de droit privé constitutionnel n'a pas fourni d'exemple du premier contrôle, à défaut de dispositions transitoires contestées véritablement rétroactives, elle offre en revanche des illustrations de la mise en œuvre du second contrôle.

91. Trois affaires commentées ont ainsi été l'occasion d'étudier comment le Conseil constitutionnel assure la garantie des droits au regard de la remise en cause, par les dispositions transitoires contestées, d'effets légitimement attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs : la première concerne le droit de résiliation annuelle des contrats d'assurance-emprunteur garantissant un contrat de prêt immobilier (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-juin 2018), *RLDC* 2018/163, n° 6486, n° 6 [DT269]), les deux autres les aménagements des conséquences patrimoniales du divorce découlant de la loi du 26 mai 2004 (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, n° 2 et s., spéc. n° 6 [DT241]) en matière de révision des prestations compensatoires fixées sous forme de rente viagère, d'une part et d'avantages matrimoniaux, d'autre part. Sans surprise, c'est le caractère légitime ou non des attentes qui est au cœur de ces trois décisions. Dans les trois cas, le Conseil nie l'existence d'attentes légitimes, ce qui lui permet de déclarer les dispositions transitoires conformes à la Constitution. Ce qui frappe néanmoins, c'est que dans les trois décisions, les arguments développés par le Conseil constitutionnel peinent à convaincre entièrement, ce qui met en lumière les

inconvenients du recours au standard, nécessairement flou et sujet à des interprétations contradictoires, des attentes légitimes en la matière.

92. Droit au maintien des conventions légalement conclues et dispositions transitoires. Les Sages veillent, par ailleurs, au respect du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle au regard du droit au maintien des conventions légalement conclues, découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789. On comprend dès lors combien l'introduction de nouveaux droits de résiliation contractuelle et de leurs dispositions transitoires, tels que ceux prévus pour le contrat d'assurance-emprunteur (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-juin 2018), *RLDC* 2018/163, n° 6486, n° 2 s., spéc. n° 7 [DT269]) ou pour le contrat du bail d'habitation conclu par certains établissements publics de santé en vue de loger un membre de leur personnel (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-juin 2018), *RLDC* 2018/163, n° 6486, n° 8 [DT269]), est de nature à porter atteinte à ce droit. Et de fait, le Conseil constitutionnel a décidé que l'application immédiate des nouvelles facultés de résiliation aux contrats en cours à la date de leur entrée en vigueur porte atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues.

93. Or si ce droit est constitutionnellement protégé, il n'en est pas pour autant absolu et des atteintes peuvent lui être portées par des dispositions transitoires, à condition que ces atteintes ne soient pas disproportionnées au regard à la fois de l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur et des garanties apportées par ce dernier. Dans les deux cas, il n'est pas douteux qu'un objectif d'intérêt général a bien été poursuivi par le législateur⁵⁶. C'est donc sur le terrain des garanties que l'argumentation des juges constitutionnels s'est cristallisée. Après avoir relevé, dans chacune des affaires, plusieurs garanties, comme par exemple l'absence de caractère automatique de la résiliation ou l'obligation de respecter un délai de préavis, le Conseil a conclu à la proportionnalité des atteintes portées au droit au maintien des conventions légalement conclues par les dispositions transitoires contestées et déclarées, par conséquent, conformes au droit au maintien des conventions légalement conclues.

⁵⁶ Respectivement la meilleure protection des emprunteurs et l'augmentation significative du nombre de logements susceptibles d'être mis à la disposition du personnel des établissements publics de santé concernés.

94. Bilan sur la constitutionnalisation du droit civil. On le voit, une grande partie du droit civil a déjà été soumis à la question prioritaire de constitutionnalité sur le fond et en droit transitoire ; certaines de ses dispositions phares n’y ont pas échappé. En ressort-il « ressourcé » ? Le civiliste a dû, il est vrai, s’acclimater à des phénomènes nouveaux, comme le Conseil constitutionnel qui statue en matière civile et la Cour de cassation qui, en tant que juge du filtre, statue en matière constitutionnelle. Si le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* produit quelques effets perturbateurs à la marge, provenant sans doute autant du Conseil constitutionnel que de la Cour de cassation, il renforce globalement, à nos yeux, le droit civil, soit parce qu’il accorde à ses dispositions un brevet de constitutionnalité, gain de sécurité, soit parce qu’il le débarrasse de celles qui ne sont pas conformes à la Constitution, gain de justice.

Conclusion sur la fondamentalisation du droit civil

95. Conclusion de la section. L’emprise des droits fondamentaux sur le droit civil est une réalité. Comme l’écrivait un auteur, « *tout notre droit civil, y compris le code, a trouvé plus fondamental que lui* »⁵⁷. On mesure même combien la constitutionnalisation du droit civil, à la suite de l’introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, concurrence la conventionnalisation dans le phénomène global de fondamentalisation du droit civil, et même prend le pas sur elle, notamment à cause de la volonté du Conseil constitutionnel de ne pas juger systématiquement constitutionnelle une disposition déjà déclarée conventionnelle.

96. Plus généralement, cette fondamentalisation revient à juger les règles de droit, celles du droit civil en l’espèce, et de les politiser en juridicisant l’éthique⁵⁸. Or il s’agit là d’une mutation du modèle civiliste français (et plus largement de droit continental). La fondamentalisation du droit invite en effet à relire, en continu, notre droit civil, à revoir différentes solutions, comme en matière d’égalité entre les héritiers ou de protection des données personnelles. À cet égard, on peut conclure avec un auteur, que « *le droit civil est un droit comme les autres qui a, comme les autres, dû faire avec et*

⁵⁷ Ph. Rémy, « Cent ans de chroniques », *RTD civ.* 2002, p. 665 s., spéc. p. 680.

⁵⁸ F. Rouvière, *Le droit civil*, P.U.F., coll. Que sais-je, 2^e éd., 2022, p. 93.

procéder sinon à un examen de conscience du moins à un inventaire complet. Celui-ci, comme les autres droits, s'en est trouvé en quelque sorte "ressourcé". »⁵⁹.

⁵⁹ N. Cayrol, « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.* 2020, p. 502.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

97. Conclusion explicite. Perturbatrices, l'internationalisation et la fondamentalisation du droit civil l'ont été. Elles le sont parfois encore. Mais elles ne sont pas que cela. On ne peut nier les effets positifs, qu'ils soient consolidateurs, clarificateurs ou correcteurs, que de tels mouvements ont apporté au droit civil. Le renouvellement des sources du droit civil aboutit ainsi, malgré la vigueur des mutations auxquelles il a été soumis, à un droit civil ressourcé, nous semble-t-il, enrichi et renforcé par sa confrontation avec d'autres logiques. C'est la conclusion qui ressort explicitement de ce qui précède. D'autres conclusions peuvent néanmoins être tirées en filigrane.

98. Conclusion en filigrane : juridictionnalisation des rapports civils. L'internationalisation et la fondamentalisation du droit civil ont conduit à une forme de procéduralisation de la matière conférant au juge une place centrale⁶⁰. Le juge, ou plutôt les juges, qu'ils soient nationaux (juges du fond, Cour de cassation, Conseil constitutionnel) ou supranationaux (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme) sont ainsi devenus des figures centrales du droit civil. Si la multiplication des juges a fait craindre la cacophonie, seuls quelques couacs sont véritablement à déplorer. Plus encore, croit-on percevoir que les juges, les jurisprudences sont en train de s'accorder, de s'uniformiser tant sur le plan processuel que substantiel, de manière, espère-t-on, harmonieuse.

99. Conclusion en filigrane : vers une uniformisation processuelle ? L'uniformisation processuelle est tangible aujourd'hui quant aux méthodes de raisonnement des juges avec le développement du contrôle de proportionnalité, utilisé d'abord par les juridictions supranationales, Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme, puis acclimaté devant les juridictions nationales, que ce soit le Conseil constitutionnel ou la Cour de cassation. Ce nouveau mode de raisonnement emporte aussi une unification des modes de rédaction des décisions : si le Conseil constitutionnel comme la Cour de cassation sont passés d'une

⁶⁰ Voir M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, op. cit., spéc. p. 70 s.

rédaction au style indirect au style direct⁶¹, avec une motivation, pour les décisions les plus importantes, à tout le moins plus conséquente, c'est non seulement pour se mettre au diapason des cours européennes⁶² (sans atteindre néanmoins les excès de longueur de ces dernières), mais aussi pour adapter le style de leurs décisions à la mise en balance des intérêts qui nécessitent de plus amples développements.

100. Conclusion en filigrane : vers une uniformisation substantielle ?

L'uniformisation substantielle demeure aujourd'hui encore le plus souvent implicite. Les jurisprudences s'alignent peu à peu les unes sur les autres, mais sans que l'influence des unes ou des autres soit toujours reconnue, dans un contexte qui reste fortement concurrentiel entre les différents juges. Ainsi l'a-t-on relevé en matière d'interprétation du caractère abusif des clauses par les juridictions françaises et la Cour de justice de l'Union européenne. Nous verrons qu'il en va de même du principe de sauvegarde de la dignité humaine auquel Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme accordent une portée identique⁶³. On remarque cependant dernièrement que la Cour de cassation assume, et même revendique, les influences extérieures. Ainsi, comme nous l'avons vu en matière de contentieux de droit de la consommation, elle cite systématiquement, dès qu'elle en a l'occasion, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle ouvre de ce fait la voie à un dialogue des juges qui se veut constructif.

101. Conclusion par-delà le droit civil. Les mutations engendrées par l'internationalisation et la fondamentalisation du droit civil dépassent parfois le cadre de la matière. Elles conduisent à un changement de culture juridique remettant en cause, au moins partiellement, de grandes *summa divisio* qui opposent le droit interne au droit international, le droit privé au droit public et le droit continental à la *common law*.

⁶¹ Pour une critique par la CEDH de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, voir notre note sous CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c/ France*, « Quand la fin justifie les moyens : à propos de la dernière condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'enfant adultérin », *RJPF* 2019-5/34 [DT212].

⁶² Pour un exemple de reprise formelle par la Cour de cassation de la structure des arrêts de la CJUE, voir « Caractère abusif d'une clause de déchéance du terme dans un contrat de prêt : la Cour de cassation s'en remet à la Cour de justice de l'Union européenne », note sous Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2021, n° 20-12154, *Gaz. Pal.* 2021, n° 31, 425u3 [DT288].

⁶³ Voir *infra* n° 141.

102. Droit interne et droit international d'abord. Ainsi, dans un contexte de mondialisation et d'intégration européenne, le droit, en l'espèce le droit civil, ne peut plus avoir de sources purement nationales, mais est désormais abreuvé par des sources internationales ou supranationales qui viennent, non les remplacer, mais les compléter.

103. Droit privé et droit public ensuite. L'internationalisation et la fondamentalisation du droit ont affecté la structure constitutionnelle française que ce soit par l'intégration de nouvelles sources, européennes notamment, qui ébranle la hiérarchie des normes, ou par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité laquelle, en permettant à tout justiciable d'invoquer les droits fondamentaux tirés du bloc de constitutionnalité au cours d'un litige, met la Constitution au centre du débat judiciaire. Ainsi la distinction entre droit public et droit privé est-elle transcendée.

104. Droit continental et *common law* enfin. Le mélange des sources nationales et internationales ou supranationales conduit à un métissage des traditions culturelles juridiques : le droit français, pays de droit continental par excellence, a ainsi dû s'acclimater à des méthodes juridictionnelles, comme le contrôle de proportionnalité, inspirées de la *common law*.

105. **Transition.** À partir du moment où l'on constate un changement dans les sources du droit civil, il est légitime de se demander si cette mutation affecte le contenu, le fond du droit civil. Le bouleversement du droit civil qui tient à l'internationalisation et à la constitutionnalisation, mais aussi aux évolutions sociales nécessite une coordination des règles du droit civil non seulement substantielle, mais aussi temporelle.

Chapitre II. Le droit civil en recherche de cohérence

106. **Un droit civil réformé.** Les modifications observées au titre des sources du droit civil, tenant à l'internationalisation et la fondamentalisation de la matière, emportent nécessairement avec elles des modifications substantielles qui touchent au fond du droit civil, comme nous avons déjà pu nous en rendre compte, notamment avec l'exemple de la réforme du 3 décembre 2001 assurant l'égalité entre les héritiers qui résulte de la condamnation de la France par l'arrêt *Mazureck* de la Cour européenne des droits de l'homme. Si certaines de ces modifications ont déjà pu être évoquées, ce n'était qu'à titre d'exemples des conséquences de l'internationalisation et de la fondamentalisation et en adoptant un point de vue extérieur, c'est-à-dire de simple pénétration de normes au sein de notre droit positif. Il s'agit désormais de les étudier de l'intérieur, comme partie intégrante de notre droit positif, et comme partie d'un tout qui a pu, par ailleurs, subir d'autres modifications que celles dues à l'internationalisation et à la fondamentalisation.

107. En effet, pour s'adapter aux évolutions sociales, les textes relatifs aux matières qui sont au cœur de nos recherches ont été profondément réformés plus ou moins récemment : les lois des 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 en droit des successions et des libéralités, l'ordonnance du 10 février 2016 en droit des contrats, ou encore les innombrables réformes du Code de la consommation intervenues depuis sa recodification par l'ordonnance du 14 mars 2016.

108. L'étude de ces différentes modifications substantielles du droit civil, ou du moins de certains de leurs aspects, ainsi que de leur mise en œuvre jurisprudentielle, permet d'en éprouver la cohérence aussi bien temporelle (Section I) que matérielle (Section II).

SECTION I. LA COHERENCE TEMPORELLE DU DROIT CIVIL

109. **Rapports entre temps et droit civil.** Si la recherche de la cohérence matérielle est naturelle, pour ne pas dire inhérente à la démarche du juriste, celle de la cohérence temporelle ne l'est pas moins, même s'il n'est sans doute pas habituel de la présenter de la sorte. La question du temps en droit civil est extrêmement vaste et recouvre des champs de recherche variés renvoyant, selon une dichotomie désormais classique, aux effets du droit sur le temps et aux effets du temps sur le droit⁶⁴.

110. Au sein des recherches liées aux effets du droit sur le temps, il a ainsi été démontré que le droit assigne à l'écoulement du temps plusieurs fonctions : créatrice (la prescription acquisitive, par exemple), protectrice (la protection due à certaines personnes en raison de leur âge, par exemple⁶⁵) ou encore extinctive (c'est le cas de la prescription extinctive⁶⁶).

111. C'est à l'autre dimension des rapports entre le temps et le droit civil, à savoir les effets du temps sur le droit, qu'une partie de nos travaux est consacrée : le droit subit le temps. L'adaptation aux évolutions sociales nécessite, on l'a vu, une mutation des normes juridiques, qu'il s'agisse de la loi ou de la jurisprudence. En effet, les lois ne sont pas figées, elles évoluent, ce qui pose la question de leur application dans le temps. Plus précisément, lorsqu'une loi nouvelle « naît », entre en vigueur, se pose la question de sa coordination – qui devrait être la plus cohérente possible – avec le droit ancien. C'est l'étude du droit transitoire (§ 1). De même, lorsqu'une loi « meurt » et notamment lorsqu'elle est abrogée à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité, parce qu'elle est jugée inconstitutionnelle, la détermination de sa date d'abrogation est centrale (§ 2).

⁶⁴ Voir P. Hébraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Études offertes à Pierre Kayser*, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. 2, p. 1 ; C. Chainais (dir.), *Le temps, Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2014*, La documentation française, 2015.

⁶⁵ Pour une prise en compte de la vulnérabilité tenant à l'âge, voir « Vulnérabilité et droit de la consommation », communication au colloque « Vulnérabilité et droit privé » du Master 2 Droit privé général de l'Université Paris Panthéon Assas, *Droit de la famille* 2023, dossier 5 [DT320].

⁶⁶ Pour une application en matière de successions et de libéralités, voir nos notes sous Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2022 et Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2022, « De quelques décisions à la croisée des successions et de la procédure civile », *RJPF* 2022-10/29, I, B (point de départ du délai de prescription de l'action en restitution des sommes perçues en exécution d'un testament annulé) [DT163] et sous Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020 et Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020, « Quand le droit des successions et des libéralités rencontre le régime général des obligations », *RJPF* 2020-05/31, II (durée du délai d'option successorale) [DT207].

§ 1. Le droit transitoire

112. **Plan.** La question de l'application de la loi dans le temps⁶⁷ a donné lieu à une branche du droit à part, le droit transitoire, défini comme « *l'ensemble des règles gouvernant l'application de la loi dans le temps qui déterminent le domaine respectif de la loi ancienne et de la loi nouvelle* »⁶⁸ et qui résultent soit de dispositions spéciales de cette dernière – que l'on appelle les dispositions transitoires –, soit du système de solution des conflits de lois découlant de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle de l'article 2 du Code civil. Il est parfois intéressant d'étudier les dispositions transitoires d'une loi nouvelle en tant que telles (A), il ne l'est pas moins d'envisager leur mise en œuvre jurisprudentielle (B).

A. L'édition de dispositions transitoires par le législateur

113. **Utilité des dispositions transitoires.** Les dispositions transitoires sont utiles car elles apportent souvent plus de sécurité juridique que l'application des solutions de conflits de lois découlant de l'article 2 du Code civil. C'est le constat qui peut être dressé à partir de l'article consacré à la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats (« Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Revue Lamy Droit civil* 2018/161, n° 6460 [DT52]), l'utilité des dispositions transitoires ayant été mesurée aussi bien par le renforcement des solutions émanant du Code civil que par leur affinement.

114. **Renforcement des solutions découlant du Code civil : l'exemple du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle.** Le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle découle de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle de l'article 2 du Code civil et s'explique par le souci du respect des prévisions contractuelles. Ce principe connaît néanmoins des exceptions dégagées par la jurisprudence : la survie de la loi ancienne est écartée, et la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs d'un contrat conclu antérieurement, soit lorsque les

⁶⁷ Voir sur cette question, S. Gaudemet, Art. 2 - Application de la loi dans le temps, in *JCI Civil code*, fasc. 10 à 30.

⁶⁸ V° Transitoire (Droit), a/, *Vocabulaire juridique Cornu*, PUF, coll. Quadriges, 14^e éd., 2022.

dispositions de cette loi présentent un caractère d'ordre public particulièrement impérieux, soit lorsque lesdites dispositions régissent les effets légaux du contrat. Or l'application de ces exceptions est jugée par la doctrine au mieux casuistique, au pire divinatoire.

115. L'ordonnance du 10 février 2016 avait repris, dans son article 9, le principe de survie de la loi ancienne, mais était restée muette sur l'application éventuelle des exceptions jurisprudentielles précédemment décrites, créant ainsi une incertitude que la loi de ratification du 20 avril 2018 est venue gommer en précisant que les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne « *y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* », de sorte qu'est instituée une étanchéité totale des contrats antérieurs avec la loi nouvelle, ce qui a le mérite de la clarté et de la simplicité. La précision ajoutée par la loi de ratification renforce, ce faisant, la cohérence de l'application de la réforme dans le temps, aucune situation ne semblant pouvoir être à cheval sur les deux droits, ancien pour la formation et nouveau pour l'exécution, même s'il est vrai que la règle nouvelle n'empêcherait pas la jurisprudence de lire les textes anciens à la lumière du droit nouveau, procédant ainsi à l'application anticipée de la réforme⁶⁹.

116. C'est ce même souci de clarification qui nous a poussés à proposer, de manière prospective, qu'une éventuelle réforme de l'article L. 132-13 du Code des assurances soumettant les primes de contrats d'assurance-vie à rapport et réduction⁷⁰, fasse l'objet de dispositions transitoires précises afin d'éviter l'application immédiate de la loi nouvelle et le débat incertain sur le caractère d'ordre public particulièrement impérieux ou sur les effets légaux du contrat d'assurance-vie (« L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités - Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *Revue de droit d'Assas* 2020, n° 20, oct. 2020, p. 196 s. [DT27]).

⁶⁹ Voir *infra* n° 124.

⁷⁰ Voir *infra* n° 189 s.

117. Affinement des solutions découlant du Code civil : l'exemple de l'articulation des deux réformes successives du droit des contrats. On le sait, le droit des contrats a été profondément réformé par l'ordonnance du 10 février 2016, elle-même retouchée par la loi de ratification du 20 avril 2018 qui opère des modifications de fond, qui pour certaines ont un caractère interprétatif et pour d'autres sont plus substantielles. Pour articuler ces deux réformes dans le temps, l'article 16, I, de la loi de ratification distingue ainsi les modifications interprétatives qui sont rétroactives (ou déclaratives) et les modifications substantielles qui ne le sont pas. Il en résulte que les contrats conclus avant le 1^{er} octobre sont soumis au droit ancien ; que ceux conclus à partir du 1^{er} octobre 2018 sont soumis au droit issu de l'ordonnance, telle que modifiée par la loi de ratification ; et que pour les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018, il faut distinguer, selon leur date de mise en œuvre, pour savoir s'il convient d'appliquer le droit tel qu'issu de l'ordonnance ou le droit tel qu'issu de la loi de ratification.

118. Ainsi, aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 et mis en œuvre avant le 1^{er} octobre 2018 est seul applicable le droit intermédiaire, tel qu'il est issu de l'ordonnance. Autrement dit, aucune des modifications interprétatives de la loi de ratification ne leur est applicable. À nouveau est évitée la situation d'un contrat à cheval sur deux droits.

119. Pour les contrats, toujours conclus après le 1^{er} octobre 2016, mais mis en œuvre après le 1^{er} octobre 2018, la loi de ratification prévoit une application distributive des droits. Un même contrat sera soumis, pour partie, au droit nouveau, en vertu des modifications à caractère interprétatif, pour partie, au droit intermédiaire, pour tous ses autres aspects. Cette fois-ci, le contrat semble bien être à cheval sur deux droits, empruntant tant à l'ordonnance de 2016 qu'à la loi de 2018. Cela étant, le régime des dispositions interprétatives, censées révéler le véritable sens de la règle de droit permettrait de soutenir, non sans une certaine part d'artifice, il est vrai, que c'est ici encore un droit unique qui est appliqué, celui de l'ordonnance de 2016, tel que révélé par la loi de 2018...

120. Quoiqu'il en soit, on le voit, les dispositions transitoires permettent de gagner en finesse par rapport aux dispositions plus laconiques de l'article 2 du Code civil. Cela étant, le législateur a beau prévoir des dispositions transitoires, encore faut-il qu'elles soient correctement mises en œuvre par les juges pour que leur utilité soit préservée.

B. La mise en œuvre judiciaire du droit transitoire

121. **Distinction.** Les directives de l'article 2 du Code civil, tout comme les dispositions transitoires, doivent être appliquées par les juges⁷¹ comme toute règle de droit. Or s'ils se contentent parfois d'une application littérale du droit transitoire, ils instrumentalisent d'autres fois les règles de droit transitoire pour arriver au résultat qu'ils souhaitent obtenir, à savoir l'application ou non du texte considéré.

122. **Mise en œuvre pure et simple du droit transitoire.** Il arrive, fort heureusement, que la jurisprudence fasse une application pure et simple du droit transitoire, comme l'illustre un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 février 2020 (« Quand le droit des successions et des libéralités rencontre le régime général des obligations », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020 et Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020, *RJPF* 2020-05/31, II [DT207]). Il s'agit même, en l'espèce, d'une double application de la loi dans le temps, non seulement des dispositions transitoires de la loi du 23 juin 2006, mais aussi des principes de l'article 2 du Code civil pour l'application dans le temps de la loi du 17 juin 2008 ayant réformé la prescription. Les faits concernaient la prescription de l'option successorale. Il fallait ainsi décider, dans un premier temps, du texte applicable à la détermination du délai de l'option successorale : l'ancien article 789 du Code civil, qui ne prévoyait pas directement de délai, ou le nouvel article 780, alinéa 1^{er}, issu de la réforme du 23 juin 2006, qui prévoit un délai de dix ans à compter de l'ouverture de la succession. Logiquement, la Cour de cassation applique l'ancien article 789 du Code civil, car la succession a été ouverte en décembre 1999 et les dispositions transitoires de la loi de 2006 prévoient que les dispositions nouvelles sont applicables, sauf exceptions (ce qui n'était pas le cas en l'espèce), seulement aux successions ouvertes à compter de son

⁷¹ T. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1990.

entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2007. Déclarer l'article 789 ancien du Code civil applicable en la cause était encore insuffisant pour connaître le délai d'option. Nous l'avons dit, ce texte ne prévoyait pas de délai, mais opérait un renvoi aux textes du Code civil sur la prescription, qui a elle-même été réformée par la loi du 17 juin 2008. Il fallait donc déterminer si le renvoi portait sur l'ancien article 2262 du Code civil ou sur le nouvel article 2227 du même code⁷². Pour cela, la Cour a mis en œuvre le principe d'application immédiate de la loi nouvelle aux situations légales en cours, tiré de l'article 2 du Code civil, et a jugé que la loi du 17 juin 2008 était immédiatement applicable, à compter de son entrée en vigueur fixée au 19 juin 2008, au délai d'option successorale. Autrement dit, en l'espèce, il fallait appliquer l'article 789 du Code civil lu à l'aune du nouveau droit de la prescription (art. 2227 c. civ.).

123. Mise en œuvre instrumentalisée du droit transitoire : présentation. Une telle rigueur dans la mobilisation du droit transitoire n'est pas toujours de mise. Les magistrats instrumentalisent parfois le droit transitoire soit pour anticiper l'application d'une loi, soit pour l'éluider.

124. Instrumentalisation du droit transitoire en vue d'anticiper l'application d'une loi. Comme nous l'avons envisagé⁷³, la jurisprudence ne s'est pas privée de faire des applications anticipées de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Ainsi, dans un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 24 février 2017, à propos duquel nous avons commenté l'avis de l'Avocat général (« Nullité absolue ou relative du mandat irrégulier de l'agent immobilier : la vérité n'est pas là où on le croit ! ») (Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, *Mme C. B. c/ STE SCI Lepante*), comm. sous avis Sturlèse, *Journal des Sociétés* 2018, n° 162, p. 18 s. [DT297]), les juges opèrent un revirement s'agissant de la nullité du mandat irrégulier de l'agent immobilier qui passe d'absolue à relative, au motif notamment que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les

⁷² Les deux textes prévoyant le même délai de prescription de trente ans, l'enjeu de la loi applicable était réduit, voir sur ce point, « Quand le droit des successions et des libéralités rencontre le régime général des obligations », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020 et Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020, *RJPF* 2020-05/31, II [DT207].

⁷³ Voir *supra* n° 115.

dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ». Il s'agit de la première application anticipée de la réforme et elle est malvenue : les arguments juridiques et en opportunité développés par l'Avocat général pour justifier le revirement, et ce sans aucune référence à la réforme, démontrent que l'application anticipée de la réforme était parfaitement inutile en l'espèce ; en outre, la mention de la réforme est mystérieuse car on peine à trouver « *l'évolution du droit des obligations* » quant à la distinction entre nullité relative et nullité absolue dans l'ordonnance du 10 février 2016 qui ne fait que consacrer, au contraire, la théorie moderne des nullités telle qu'appliquée en jurisprudence depuis fort longtemps.

125. Instrumentalisation du droit transitoire en vue d'é luder l'application d'une loi. La question, déjà abordée⁷⁴, de l'incapacité relative de recevoir des auxiliaires de vie a conduit la Cour de cassation à une application de la loi dans le temps plus que douteuse une fois encore. Rappelons que le Conseil constitutionnel a déclaré cette incapacité non conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution (« Inconstitutionnalité de l'incapacité de recevoir à titre gratuit des auxiliaires de vie à domicile », note sous Cons. constit., déc. n° 2020-888 QPC du 12 mars 2021, *RJPF* 2021-5/25 [DT185]). L'inconstitutionnalité emporte l'abrogation du texte à compter du 12 mars 2021.

126. Pour mesurer la portée de cette abrogation, encore faut-il savoir que la capacité du gratifié s'apprécie, selon les principes dégagés par Roubier⁷⁵ et découlant de l'interprétation de l'article 2 du Code civil, au jour du décès du testateur, la date à laquelle a été rédigé le testament (avant ou après l'entrée en vigueur de la loi modifiant les conditions de capacité du gratifié) important peu à ce titre. Il en découle que tout testament mis en œuvre du fait du décès du testateur après le 12 mars 2021 n'est plus susceptible d'être annulé sur le fondement de cette incapacité de recevoir, qu'il ait été rédigé avant ou après cette date. En revanche, l'incapacité de recevoir des auxiliaires

⁷⁴ Voir *supra* n° 85 s.

⁷⁵ P. Roubier, *Le droit transitoire (Les conflits de lois dans le temps)*, 2^e éd., entièrement refondue, Paris, Dalloz et Sirey, 1960.

de vie aurait dû être maintenue pour tous les testaments mis en œuvre à compter de son entrée en vigueur, soit lorsque le décès du testateur intervenait à partir du 30 décembre 2015 (date d'entrée en vigueur de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 ayant créé cette incapacité à l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles), et ce, que le testament ait été rédigé avant ou après cette date.

127. Pourtant la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 23 mars 2022, décide, au visa de l'article 2 du Code civil, que la capacité du gratifié s'apprécie, non au jour du décès du testateur, mais au jour de l'établissement du testament (« Application dans le temps de l'incapacité relative de recevoir un legs des auxiliaires de vie à domicile », note sous Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, *RJPF* 2022-9/35 [DT168]) et fait échapper des testaments rédigés en 2013 et 2014 (soit avant l'entrée en vigueur de l'incapacité au 30 décembre 2015) à l'application de l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles, alors que le décès était intervenu à un moment où l'article était applicable. Le raisonnement de la Cour reposait sur une analogie un peu rapide du testament aux actes juridiques en général : il n'est certes pas douteux que le testament soit un acte juridique, mais du fait qu'il est unilatéral, à titre gratuit et qu'il constitue une situation juridique à formation successive, il répond à des règles d'application, exposées plus haut, plus fines que ce que la Cour de cassation veut nous faire croire dans cet arrêt. Quoi qu'il en soit, la solution ainsi retenue conduit, à première vue, à limiter drastiquement la portée de l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles, puisque seuls les testaments rédigés entre le 30 décembre 2015 et le 12 mars 2021 sont susceptibles d'être annulés sur le fondement de cette incapacité.

128. À bien y réfléchir cependant, la décision du 23 mars 2022 offre peut-être une seconde vie à l'article L. 116-4. En effet, à partir du moment où la date d'appréciation de la capacité du gratifié est la date de rédaction du testament, cela signifie, comme nous venons de le voir, que tous les testaments rédigés entre le 30 décembre 2015 et le 12 mars 2021 sont susceptibles d'être annulés sur le fondement de cette incapacité, et ce, même s'ils sont mis en œuvre du fait du décès du testateur après le 12 mars 2021 ! Ainsi, l'instrumentalisation de l'article 2 du Code civil menée par la Cour de cassation pour adopter une solution purement contextuelle, sans aucun doute justifiée par la

volonté d'éluider une disposition qui n'existait pas au moment où le testateur a rédigé le testament et qui n'existait plus (du fait de son abrogation par le Conseil constitutionnel) au moment où elle statuait, risque finalement de s'avérer contre-productive en permettant l'application de l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles au-delà de sa date d'abrogation.

129. Bilan sur le droit transitoire. Alors que le législateur tente d'organiser au mieux, en prévoyant des dispositions transitoires, le passage du temps d'une loi à celui d'une autre, les juges savent son travail, non à chaque fois évidemment, mais régulièrement tout de même. Ainsi, pour ce qui nous a été donné de constater, l'application des dispositions transitoires par les magistrats de la Cour de cassation apporte souvent son lot de perturbations, tout comme nous l'avons déjà remarqué s'agissant du contrôle de conventionnalité des dispositions transitoires par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁶. Pressée d'appliquer une loi nouvelle ou d'éluider une loi ancienne, la jurisprudence, qu'elle soit nationale ou supranationale, fait fi du raisonnement juridique orthodoxe au profit de choix politiques. C'est alors la cohérence politique (par la faveur à la loi nouvelle) qui prime sur la cohérence juridique. Il ne serait pas étonnant de retrouver ces considérations politiques à l'œuvre pour la détermination de la date d'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle.

§ 2. L'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle

130. Particularisme de la jurisprudence constitutionnelle quant à son application dans le temps. On sait que la jurisprudence judiciaire est, en principe, rétroactive, mais que les juges modulent parfois dans le temps les effets des revirements de jurisprudence⁷⁷. Ces solutions ne sont pas transposables à la jurisprudence constitutionnelle. En effet, les termes du débat ne sont pas les mêmes. La question de

⁷⁶ Voir *supra* n° 57 s.

⁷⁷ Sur la question, voir G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence, Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ, coll. Bdp, 2016. Voir aussi J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15 s.

l'application dans le temps de la norme créée par le juge judiciaire est différente de celle du sort de la norme examinée par le juge constitutionnel.

131. Ainsi, les décisions de constitutionnalité ne portent, en elles-mêmes, d'effets ni pour le passé, ni pour le présent, ni pour l'avenir de la disposition contestée : conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution, cette dernière est maintenue dans l'ordonnement juridique telle qu'elle a toujours existé. Seules les décisions d'inconstitutionnalité qui ont pour effet de l'abroger soulèvent des questions quant à leur application dans le temps. C'est pourquoi le législateur a prévu, à l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, certaines modalités d'application dans le temps des conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité : *« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »*. À lire le texte, le choix réside uniquement dans une application immédiate de l'abrogation ou dans une application repoussée dans l'avenir, permettant un certain maintien de la loi pourtant inconstitutionnelle.

132. Le Conseil constitutionnel a précisé, s'agissant de ce texte, les effets dans le temps de ses décisions et les conditions dans lesquelles ils peuvent être modulés, par un considérant de principe dans les décisions n^{os} 2010-108 QPC et 2010-110 QPC ainsi formulé : *« si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »*. Autrement dit, le Conseil fait ce qu'il veut : il prononce, en principe, une abrogation à effet immédiat, mais peut tout aussi bien prononcer une abrogation à effet différé ; il peut même effectuer une sorte d'abrogation pour le passé en revenant sur les effets

produits par les dispositions abrogées. Si notre Chronique de droit privé constitutionnel n'a pas fourni d'exemples de cette dernière hypothèse, elle offre, en revanche, un panel d'une quinzaine de décisions d'inconstitutionnalité permettant de synthétiser la mise en œuvre par le Conseil constitutionnel des abrogations à effet immédiat et à effet différé⁷⁸. Comme tout principe, l'abrogation à effet immédiat (B) a un champ d'application résiduel : elle n'est prononcée que lorsqu'aucune raison ou circonstance ne justifie l'exception, à savoir l'abrogation à effet différé (A), de sorte que celle-ci sera étudiée avant celle-là.

A. L'abrogation à effet différé

133. Abrogation à une date ultérieure fixée par la décision d'inconstitutionnalité. Sur la quinzaine de décisions d'inconstitutionnalité commentées, environ deux tiers (donc une majorité) prononcent une abrogation à effet différé : l'effet abrogatoire est alors reporté à une date ultérieure fixée par la décision déclarant l'inconstitutionnalité. Après avoir déterminé les cas dans lesquels le Conseil recourt à une telle possibilité (1), il faudra se demander quelle loi est applicable pendant la période transitoire (2).

1. Les cas d'abrogation à effet différé

134. Les justifications de l'abrogation à effet différé. La jurisprudence commentée du Conseil constitutionnel permet d'identifier trois séries de considérations qui peuvent justifier le report de l'abrogation : les conséquences manifestement excessives de l'abrogation à effet immédiat, l'absence de pouvoir général d'appréciation du Conseil constitutionnel et l'absence de satisfaction, par la seule abrogation, des exigences constitutionnelles méconnues.

135. Conséquences manifestement excessives de l'abrogation à effet immédiat. Dans une très grande majorité de décisions, l'abrogation à effet différé s'explique par

⁷⁸ Sur cette question, voir les fiches du Conseil constitutionnel, Juillet 2010 : Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/juillet-aout-2010-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel>); Avril 2011 : Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (II) (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/avril-2011-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-ii>); Septembre 2014 : les effets dans le temps des décisions QPC (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc>).

le fait qu'une abrogation à effet immédiat entraînerait des conséquences manifestement excessives, notamment parce qu'elle créerait un « *vide juridique* ». Il en va ainsi de la déclaration d'inconstitutionnalité de la communication d'informations entre services de renseignement et à destination de ces services (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 8 s. [DT241]), de l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé d'une perquisition menée à son domicile dans le cadre d'une enquête préliminaire (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, n° 10 [DT241]), de la réquisition de données informatiques par le Procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, n° 8 s. [DT241]) ; des conditions de paiement d'un acompte sur l'indemnité d'éviction due au locataire d'un bien exproprié (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 11 [DT241]) ; des droits des propriétaires tiers à la procédure de confiscation des biens prévue à titre de peine complémentaire de certaines infractions (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 15 s. [DT241]) ; du droit de communication à la Hadopi (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 16 [DT248]). Il arrive parfois que cette justification principale soit combinée à d'autres considérations permettant de motiver le report dans le temps de l'effet abrogatif.

136. Absence de pouvoir général d'appréciation du Conseil constitutionnel. Plusieurs décisions commentées ajoutent à la justification tenant aux conséquences manifestement excessives de l'abrogation à effet immédiat celle de l'absence de pouvoir général d'appréciation du Conseil constitutionnel, identique à celui que détient le Parlement. Il faut entendre par-là que, ne pouvant se substituer au législateur, le Conseil constitutionnel lui laisse du temps, par la voie de l'abrogation à effet différé, pour concevoir un nouveau dispositif. Il en va ainsi dans la décision n° 2018-730 QPC (Chronique de droit privé constitutionnel (juillet-décembre 2018), *RLDC* 2019/168, n° 6550, spéc. n° 14 [DT263]) déclarant l'inconstitutionnalité d'une disposition du Code de procédure pénale qui ne prévoit pas d'obligation légale d'aviser le tuteur ou

le curateur d'un majeur protégé de son placement en garde en vue. En l'espèce, le Conseil décide de reporter l'abrogation à une date ultérieure car il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement, de sorte qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée. Il relève, en outre, que l'abrogation immédiate des dispositions contestées entraînerait des conséquences manifestement excessives en supprimant l'obligation pour le procureur de la République et le juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, en cas de poursuites pénales à l'encontre du majeur protégé.

137. Ce sont les mêmes raisons qui justifient le report dans le temps de l'effet abrogatoire des décisions n^{os} 2017-646/647 QPC et 2017-670 QPC, relatives respectivement au droit de communication à l'Autorité des marchés financiers (AMF) des données de connexion et à l'effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires pour les personnes (Chronique de droit privé constitutionnel (juillet-décembre 2017), *RLDC* 2018/156, n^o 6412, spéc. n^o 10 [DT275]). Les conséquences à tirer de la disparition des normes inconstitutionnelles conduiraient les Sages, dans les deux cas, à se substituer au Parlement. Quant aux conséquences manifestement excessives de l'abrogation à effet immédiat de ces dispositions, elles découlent, dans la décision n^o 2017-760 QPC, du risque de vide juridique ayant pour effet de priver de la possibilité d'obtenir l'effacement de leurs données personnelles l'ensemble des personnes inscrites dans un fichier d'antécédents judiciaires ayant bénéficié d'un acquittement, d'une relaxe, d'un non-lieu ou d'un classement sans suite⁷⁹, et dans la décision n^o 2017-646/647 QPC, du risque d'annulation des procédures en cours du fait de l'inconstitutionnalité. On touche ici du doigt une idée directrice de l'application dans le temps par le Conseil constitutionnel de ces décisions d'inconstitutionnalité selon laquelle il faudrait « sauver » les procédures de nature pénale en cours susceptibles d'être remises en cause par la déclaration d'inconstitutionnalité. Si l'on comprend bien la position des Sages – justifiée par l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de

⁷⁹ La disposition est déclarée contraire à la Constitution pour ne pas prévoir ce même droit à l'effacement des données personnelles pour les personnes déclarées coupables d'une infraction, mais dispensées de peine.

recherche des auteurs d'infractions –, on peut douter que maintenir une procédure pénale engagée sur le fondement d'un texte inconstitutionnel soit conforme aux exigences les plus élémentaires du droit à un procès équitable, garanti lui aussi par la Constitution (DDHC, art. 16).

138. Absence de satisfaction des exigences constitutionnelles méconnues. Une autre décision commentée (déc. n° 2020-858/859 QPC, voir *Chronique de droit privé constitutionnel* (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 15 [DT248]) donne à observer la combinaison de la justification tenant aux conséquences excessives de l'abrogation à effet immédiat avec la considération selon laquelle la seule abrogation ne permet pas de satisfaire les exigences constitutionnelles qui ont été méconnues. Dans cette espèce, est déclaré inconstitutionnel un article du Code de procédure pénale dressant la liste des cas dans lesquels un juge peut mettre fin à une détention provisoire, mais ne prévoyant pas cette possibilité en raison des conditions indignes et dégradantes de détention. Selon le Conseil constitutionnel, l'abrogation à effet immédiat de cette disposition n'aurait pas eu pour effet de faire disparaître l'inconstitutionnalité (puisque n'existerait toujours pas la possibilité de demander au juge la fin de la détention provisoire en raison des conditions indignes de détention) ; elle engendrerait, en outre, des conséquences manifestement excessives en faisant obstacle à la remise en liberté des personnes placées en détention provisoire lorsque cette détention n'est plus justifiée ou excède un délai raisonnable.

139. Remise en cause de la faculté de prononcer une abrogation à effet différé ? Des requérants ont tenté de remettre en cause la faculté du Conseil constitutionnel de procéder à une abrogation à effet différé (*Chronique de droit privé constitutionnel* (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 15 [DT241]). Estimant que la disposition contestée, relative aux droits des propriétaires tiers à la procédure de confiscation des biens prévue à titre de peine complémentaire, était contraire à la fois à la Constitution (ce que le Conseil constitutionnel a reconnu) et au droit de l'Union européenne, ils demandaient aux Sages de prononcer une abrogation à effet immédiat, car une abrogation à effet différé méconnaîtrait le principe de respect du droit de l'Union européenne résultant de l'article 88-1 de la Constitution. Autrement dit,

l'inconventionnalité d'une disposition empêcherait le Conseil constitutionnel de moduler dans le temps les effets abrogatoires de sa décision vers le futur. Ils demandaient, de surcroît, au Conseil de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'article 62, alinéa 2, de la Constitution qui lui confère ce pouvoir de modulation. Le Conseil ne fait pas grand cas de cette argumentation : se retranchant derrière son incompétence à juger de la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union européenne et refusant de transmettre la question préjudicielle au motif qu'elle ne porterait pas sur la validité ou l'interprétation d'un acte pris par les institutions de l'Union européenne, il estime qu'une abrogation à effet immédiat aurait des conséquences manifestement excessives et prononce donc une abrogation à effet différé. L'avenir des abrogations à effet différé semblant ainsi assuré, il faut s'interroger sur la loi applicable pendant la période transitoire.

2. La loi applicable pendant la période transitoire

140. Loi applicable pendant la période transitoire : principe et exceptions. L'abrogation à effet différé pose la question de la règle applicable pendant la période transitoire, soit entre la date de la décision d'inconstitutionnalité et la date d'effet de l'abrogation retenue par le Conseil constitutionnel. C'est le Conseil lui-même qui détermine les règles transitoires applicables en l'attente d'une éventuelle réforme législative destinée à remédier à l'inconstitutionnalité. Dans la majorité des cas, la disposition inconstitutionnelle est maintenue pour la période transitoire. Il arrive cependant que son application soit contournée, pour ne pas dire éludée, afin de limiter les conséquences du report dans le temps de la censure et de concilier ce report avec l'objectif de préservation de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité⁸⁰. Une

⁸⁰ Deux pratiques sont connues en ce sens.

La première consiste à considérer qu'il appartient aux juridictions, saisies d'instances relatives à l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, de surseoir à statuer jusqu'à l'intervention de la loi remédiant à cette inconstitutionnalité et à prévoir que le législateur devra rendre cette loi applicable aux instances en cours à la date de la publication de la décision (voir pour les premières applications, déc. n^{os} 2010-1 QPC, 2010-83 QPC et 2013-343 QPC). On notera combien la fin doit être forte pour justifier de tels moyens reposant sur la violation de l'article 4 du Code civil et l'injonction faite au législateur de prendre une loi rétroactive !

La deuxième, tout aussi audacieuse par le pouvoir de création du droit qu'elle offre directement au Conseil constitutionnel, suppose de combiner l'abrogation reportée dans le temps à une réserve d'interprétation transitoire, qu'il formule à l'occasion de la décision d'inconstitutionnalité et qui neutralise les effets inconstitutionnels de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une loi nouvelle (voir pour les premières applications, déc. n^{os} 2014-400 QPC et 2014-404 QPC).

pratique en ce sens, qui ne dépend d'ailleurs pas uniquement du Conseil constitutionnel et suppose la collaboration de la Cour de cassation, semble pouvoir être dégagée de la décision précitée n° 2020-858/859 QPC (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 15 **[DT248]**) : il s'agit d'appliquer pendant la période transitoire la disposition inconstitutionnelle, mais telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation pour la rendre conventionnelle.

141. Maintien de la disposition inconstitutionnelle, mais interprétée dans un sens conforme à une convention internationale. Pour rappel, la décision n° 2020-858/859 QPC déclare inconstitutionnelle une disposition du Code de procédure pénale ne permettant pas au juge de prononcer la remise en liberté d'un détenu provisoire en raison des conditions indignes de sa détention. Il s'avère que, lorsque la Cour de cassation a transmis la question prioritaire posée sur cette disposition au Conseil constitutionnel⁸¹, ladite disposition avait été déjà jugée contraire à certaines stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸² par la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi, au moment de transmettre la QPC, la Cour de cassation procède à une interprétation, conforme à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des dispositions contestées en décidant, au fond, le même jour⁸³, que l'atteinte avérée à la dignité humaine en raison des conditions de détention et constatée par la chambre d'instruction constitue un obstacle au maintien en détention de sorte que ladite chambre doit ordonner la mise en liberté de la personne, en l'astreignant le cas échéant, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à un contrôle judiciaire. Profitant de cette interprétation jurisprudentielle nouvelle, le Conseil constitutionnel décide que c'est cette interprétation conventionnellement conforme qui doit s'appliquer pendant la période transitoire : « *D'ici là, et en tout état de cause, les personnes placées en détention provisoire peuvent bénéficier du recours que leur a ouvert la Cour de cassation, sur le fondement de la CESDH, dans ses décisions au fond rendues le même*

⁸¹ Cass. crim., 8 juill. 2020, nos 1433 et 1434.

⁸² CEDH, 30 janv. 2000, *J. M. B. et autres c. France*, n° 9671/15.

⁸³ Cass. crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.731 et 20-81.739.

jour que les décisions de renvoi des QPC s »⁸⁴. Modèle de dialogue fructueux entre les juges, cette décision a le mérite de combiner les contrôles de constitutionnalité *a posteriori* et de conventionnalité afin qu'ils œuvrent de concert à une meilleure protection des droits fondamentaux.

142. On le voit, le Conseil constitutionnel recourt fréquemment à l'abrogation à effet différé qui soulève, en pratique, plusieurs questions. L'abrogation à effet immédiat, qui est le principe, n'en suscite pas moins.

B. L'abrogation à effet immédiat

143. **Abrogation à la date de publication de la décision d'inconstitutionnalité au *Journal officiel*.** Environ un tiers de la quinzaine de décisions d'inconstitutionnalité commentées prononce une abrogation à effet immédiat consistant à abroger la disposition déclarée inconstitutionnelle à compter du jour de publication de la décision d'inconstitutionnalité au *Journal officiel*. Le commentaire de ces décisions permet d'identifier d'abord les cas d'abrogation à effet immédiat (A), puis l'effet utile de cette dernière (B).

1. Les cas d'abrogation à effet immédiat

144. **Distinction.** L'étude des décisions d'inconstitutionnalité prononçant une abrogation à effet immédiat révèle qu'il faut distinguer le cas où la disposition déclarée inconstitutionnelle est encore en vigueur lorsque le Conseil constitutionnel statue de celui où les dispositions examinées ont déjà été abrogées par le législateur lui-même.

145. **Abrogation à effet immédiat de dispositions législatives en vigueur.** Lorsque le Conseil constitutionnel contrôle une disposition en vigueur au jour où il statue et qu'il la déclare inconstitutionnelle, il prononce son abrogation immédiate dès lors qu'elle n'est pas de nature à provoquer des effets manifestement excessifs⁸⁵,

⁸⁴ Comm. de la déc. n° 2020-858/859 QPC, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020858_859qpc/2020858_859qpc_ccc.pdf, p. 28.

⁸⁵ Toutefois, il est des hypothèses où l'abrogation à effet immédiat s'impose, même si ces effets manifestement excessifs risquent de se produire. C'est notamment le cas, lorsqu'il n'est pas possible de laisser subsister l'inconstitutionnalité, même à titre temporaire (en prévoyant un report de l'abrogation), et ce, en raison de sa gravité. Ainsi en va-t-il à chaque fois que la

conformément à ce qui a été précédemment présenté. Ainsi l'a-t-il fait pour la déclaration d'inconstitutionnalité de l'incapacité relative de recevoir des auxiliaires de vie (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 7 [DT241]), de l'accès aux données médicales des fonctionnaires lors de l'instruction des demandes de congé pour incapacité temporaire imputable au service (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 8 s. [DT241]) ou encore de la visite des locaux à usage d'habitation par des agents municipaux (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 14 [DT248]).

146. **Cas particulier des dispositions législatives déjà abrogées.** Il arrive que le Conseil constitutionnel se prononce sur des dispositions qui, bien qu'applicables au litige en cours, ne sont plus en vigueur au jour où il statue car elles ont été abrogées. Le cas est plus fréquent qu'on ne le croit : peuvent être citées, en guise d'illustration, les décisions d'inconstitutionnalité relatives à l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'une personne protégée en cas d'audience devant le juge de l'application des peines (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, n° 10 [DT241]), au droit de communication des données de connexion aux agents des douanes ou aux organismes de sécurité sociale (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2019), *RLDC* 2020/178, n° 6738, spéc. n° 13 [DT256]) ou à la transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français (Chronique de droit privé constitutionnel (juillet-décembre 2018), *RLDC* 2019/168, n° 6550, spéc. n° 15 [DT263]). Dans ces hypothèses, la déclaration d'inconstitutionnalité est sans effet pour l'avenir, puisque les dispositions n'existent déjà plus. Le Conseil se contente alors de relever le fait qu'elles sont abrogées. La question se déplace alors vers l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité, qu'il faut envisager dès à présent.

déclaration d'inconstitutionnalité concerne la définition d'une infraction pénale (voir par ex., déc. n°s 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, 2011-222 QPC du 17 février 2012, 2012-240 QPC du 4 mai 2012 et 2013-328 QPC du 28 juin 2013).

2. *L'effet utile de l'abrogation à effet immédiat*

147. **Portée de l'effet utile de l'abrogation à effet immédiat.** Certaines décisions d'abrogation à effet immédiat, telles que celles relatives à l'accès aux données médicales des fonctionnaires lors de l'instruction des demandes de congé pour incapacité temporaire imputable au service (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, spéc. n° 8 s. [DT241]) ou à la visite des locaux à usage d'habitation par des agents municipaux (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2020), *RLDC* 2021/190, n° 6903, spéc. n° 14 [DT248]) permettent d'observer la portée de l'effet utile dont le Conseil constitutionnel dote ses décisions. Cet effet utile interdit que les juridictions appliquent la loi en cause non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité – afin que le plaideur voie son audace récompensée –, mais également dans toutes les instances en cours à la date de la décision – sans doute par un certain esprit d'égalité. Il génère ainsi une sorte de mini-rétroactivité de sa décision d'abrogation, profitant à certaines personnes seulement, avant que la loi ne soit effectivement abrogée pour l'avenir. Néanmoins, conférer un effet utile à la déclaration d'inconstitutionnalité peut emporter parfois des effets manifestement excessifs, ce qui explique que le Conseil le limite, et même parfois l'exclut.

148. **Limitation de l'effet utile de l'abrogation à effet immédiat.** La décision n° 2018-737 QPC qui déclare non conforme à la Constitution une disposition très ancienne du droit de la nationalité procède à une double limitation de son effet utile (Chronique de droit privé constitutionnel (juillet-décembre 2018), *RLDC* 2019/168, n° 6550, spéc. n° 15 [DT263]). Premièrement, le Conseil juge que l'inconstitutionnalité « *peut être invoquée* » dans les instances en cours, et non qu'elle leur « *est applicable* », ce qui signifie que seuls les requérants qui se prévalent de l'inconstitutionnalité peuvent en bénéficier et qu'il n'appartient pas au juge de la relever d'office. Deuxièmement, les Sages limitent « *l'effet d'aubaine* » qui résulte de la déclaration d'inconstitutionnalité en réservant son bénéfice à certaines personnes seulement. On constate ainsi que la limitation, par le Conseil constitutionnel, de l'effet utile de l'abrogation à effet immédiat a pour objectif de mesurer les conséquences de

l'inconstitutionnalité sur l'ordre juridique, et en particulier de préserver la stabilité des situations juridiques.

149. Exclusion de l'effet utile de l'abrogation à effet immédiat. Dans certaines hypothèses, le Conseil constitutionnel refuse tout effet utile à ces décisions d'abrogation à effet immédiat, comme, par exemple, dans les déclarations d'inconstitutionnalité relatives au droit de communication des données de connexion respectivement aux agents douanes et aux organismes de sécurité sociale (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2019), *RLDC* 2020/178, n° 6738, spéc. n° 13 [DT256]) ou à l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'une personne protégée en cas d'audience devant le juge de l'application des peines (Chronique de droit privé constitutionnel (janvier-décembre 2021), *RLDC* 2022/201, n° 7070, n° 10 [DT241]). Dans les deux espèces, le Conseil juge que l'application immédiate de l'inconstitutionnalité aux instances en cours est susceptible d'engendrer des conséquences manifestement excessives, telles que, notamment, l'annulation de procédures en cours, ce qui n'est pas souhaitable au nom de « *l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions* ». Ainsi, le Conseil décide que les mesures prises avant la date de l'abrogation à effet immédiat, en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution, ne peuvent être contestées dans les procédures en cours sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

150. Bilan sur l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a construit, à partir de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, un système d'application dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité, certes complexe, mais raisonnable et cohérent. Si l'on peut critiquer, ça et là, la modulation dans le temps des effets abrogatoires d'une décision en particulier, les lignes directrices générales que le Conseil a posées, que ce soit pour délimiter les cas dans lesquels l'abrogation à effet immédiat ou l'abrogation à effet différé doivent s'appliquer, pour mettre en œuvre l'effet utile de ces décisions ou encore pour prévoir la loi applicable pendant la période transitoire, sont logiques dans l'ensemble. Certes, les considérations qui justifient la modulation dans le temps des abrogations des dispositions législatives

jugées inconstitutionnelles ne sont pas uniquement juridiques, mais aussi politiques (lorsqu'il s'agit, par exemple, de ne pas remettre en cause des procédures pénales déjà engagées). Elles œuvrent néanmoins à la cohérence globale d'un droit qui en admettant le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* s'est nécessairement exposé à des perturbations liées aux éventuelles décisions d'inconstitutionnalité aux effets abrogatoires.

Conclusion sur la cohérence temporelle du droit civil

151. **Conclusion de la section.** La cohérence temporelle du droit civil soulève de délicates questions. Celles de droit transitoire, certes anciennes, sont ainsi renouvelées par leur résolution judiciaire, pas toujours orthodoxe. Quant à la question de l'abrogation dans le temps d'une disposition législative jugée inconstitutionnelle, elle est toute récente à l'échelle du temps du droit, puisqu'elle date de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1^{er} mars 2010. En tout état de cause, le dénominateur commun à cette quête de cohérence temporelle, c'est qu'elle est en chantier. Alors que la Cour de cassation semble opérer une déconstruction du droit transitoire, faisant primer des considérations politiques sur les principes juridiques les plus élémentaires, le Conseil constitutionnel construit pas à pas une nouvelle architecture des principes d'abrogation de la loi, dont le temps dira si elle est solide ou non. Reste à savoir si la cohérence matérielle est, elle aussi, à construire ou parfaitement achevée.

SECTION II. LA COHERENCE MATERIELLE DU DROIT CIVIL

152. **Plan.** L'étude de la cohérence matérielle du droit civil ne prétend pas découvrir de lignes directrices communes aux différentes matières objet de nos recherches, c'est-à-dire communes au droit des successions et des libéralités, d'une part, et au droit des contrats, d'autre part, qu'il s'agisse du droit commun ou du droit des contrats de consommation. Plus modestement, et de manière plus réaliste sans doute eu égard aux intérêts et enjeux propres à chacune de ces matières, il faut se contenter d'apprécier et d'éprouver la cohérence matérielle du droit commun des contrats, d'un côté (§ 1), et

celle du droit des successions et des libéralités, d'un autre (§ 2). L'approche transversale n'en est pas pour autant délaissée. D'abord parce que la cohérence de chacune de ces matières participe nécessairement à la cohérence du tout (le droit civil) ; ensuite parce qu'au sein de chaque matière, la cohérence sera étudiée de manière transversale, au regard soit de l'influence d'autres matières (comme le droit de la consommation sur le droit commun des contrats), soit de l'interaction entre les matières (telle celle qui peut exister entre le droit des successions et des libéralités et le droit des assurances), soit en comparant différents mécanismes entre eux (ainsi des divers « rapports » du droit des successions et des libéralités).

§ 1. La recherche de cohérence en droit commun des contrats

153. **La restauration du droit commun des contrats.** Avec la multiplication des droits spéciaux et des codifications spéciales, le droit civil, et tout particulièrement le droit commun des obligations qui trouve son siège dans le Code civil, s'est effrité, peu à peu rétréci dans ses applications, ce qui a été largement décrié⁸⁶. Cette dislocation du droit des obligations, et notamment du droit des contrats, a pu conduire à une perte de cohérence de la matière, du moins en apparence (car de nombreux conflits peuvent être réglés par l'application des principes régissant les rapports entre droit commun et droits spéciaux), mais aussi semble-t-il à un affadissement de l'autorité du droit commun des contrats.

154. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en vue « *de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme* »⁸⁷.

⁸⁶ Voir not. R. Libhaber, « Le dépérissement du droit civil », art. préc.

⁸⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit de contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

Parmi une bibliographie très conséquente, et pour des commentaires généraux de la réforme, voir not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018 ; F. Chenédé, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, coll. À savoir, 2^e éd., 2018.

Autrement dit, la réforme aspire à rendre sa cohérence à la matière⁸⁸. Y est-elle parvenue ? Sans prétendre trancher cette question de manière globale et définitive, l'étude de trois nouveautés permettra d'apporter des éléments de réponse. Il s'agit du contrat de prestation de service visé à l'article 1165 du Code civil – première nouveauté – (A) et de la prohibition des clauses abusives – deuxième nouveauté – dans les contrats d'adhésion – troisième nouveauté –, résultant des articles 1110, alinéa 2, et 1171 du Code civil (B).

A. L'introduction du contrat de prestation de service

155. Position du problème. Rappelons⁸⁹ que coexistent en droit de la consommation deux acceptions du contrat de prestation de service : la première, extensive, qui vise tous les contrats de consommation à l'exception des contrats de vente doit être retenue lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit de la consommation d'origine européenne ; la seconde, restrictive, qui fait du contrat de prestation de service un contrat spécial, doit être retenue lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit de la consommation d'origine française. Reste qu'à défaut de définition légale ou jurisprudentielle du contrat de prestation de service entendu strictement, on ignore précisément à quels contrats cette expression renvoie, même si on imagine qu'elle vise la catégorie des contrats d'entreprise.

156. Apport de la réforme du droit des contrats. La réforme du droit des contrats a-t-elle permis d'éclairer la définition du contrat de prestation de service ? L'article 1165 du Code civil autorise la fixation unilatérale du prix dans ce type de contrats (« Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Revue Lamy Droit civil* 2018/161, n° 6460, spéc. n° 12 [DT52]). Or la réforme ne définit aucunement le contrat de prestation de service, ni à l'article 1165, ni dans les dispositions liminaires, de sorte qu'au regard des deux sens possibles de l'expression, il existe des interrogations sur le champ d'application de ce texte. Faut-il s'en tenir à une « conception classique » des

⁸⁸ Les règles du droit commun des contrats auraient pour fonction d'assurer la cohérence du droit des contrats, son unité : voir sur cette question, Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, coll. Bdp, t. 509, 2009, spéc. n° 292.

⁸⁹ Voir *supra* n° 32 s.

contrats de prestation de service, assimilés peu ou prou aux seuls contrats d'entreprise ou faut-il en retenir une « conception renouvelée » inspirée du droit européen ?⁹⁰ Telle est la question soulevée par une communication (« Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », communication à la table ronde « Les défis du droit des contrats », Université Paris II Panthéon-Assas, publiée au *Contrats concurrence consommation 2020*, dossier 12, p. 33 s. [DT327]). Nous y avons soutenu que la jurisprudence retiendrait sans doute, pour l'application du droit commun des contrats, la conception restrictive du contrat de prestation de service, assimilé aux seuls contrats d'entreprise, comme elle l'a fait pour le droit de la consommation d'origine française.

157. **Apport de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux.** Voilà cependant que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux⁹¹ vient, peut-être, remettre en cause cette analyse. Dans la présentation de la réforme qui concerne le contrat d'entreprise, on apprend que « *la commission s'est d'abord saisie de la question de la qualification du contrat : devait-on parler de contrat d'entreprise [...] ou de contrat de prestation de service ?* ». On peut lire ensuite que la notion de contrat de prestation de service, qui renvoie au droit de l'Union européenne, « *déborde toutefois celle de contrat d'entreprise en droit français, tel que la jurisprudence l'a façonné* », de sorte que c'est la qualification de contrat d'entreprise qui a été retenue. On comprend, et on apprécie, le souci de clarification qui a inspiré les auteurs de l'avant-projet : le contrat d'entreprise « *consiste dans la création d'une richesse nouvelle par l'activité indépendante de l'entrepreneur dans l'accomplissement d'une prestation aux contours concrètement déterminés* »⁹² (ce qui correspond à la notion restrictive de contrat de prestation de service) tandis que le contrat de prestation de service « *recoupe toutes les prestations fournies contre rémunération, à la seule exclusion des activités salariées* » (ce qui correspond à l'acception extensive et européenne du contrat de prestation de service et pourrait inclure, par exemple, un contrat de dépôt rémunéré).

⁹⁰ En ce sens, voir aussi L. Leveur, « La détermination du prix dans les contrats : une double approche », *Mélanges en l'honneur du Pr Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057 s., spéc. n° 15 s.

⁹¹ Consultable ici http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_brut_juillet2022.pdf.

⁹² Avant-projet préc., p. 73.

158. Si une telle grille de lecture venait à être consacrée, elle remettrait en cause les interprétations actuelles de l'expression « contrat de prestation de service », puisque c'est la conception extensive qui l'emporterait. Dès lors, l'article 1165 du Code civil devrait être déclaré applicable à tous les contrats fournissant une prestation contre rémunération, comme le mandat ou le dépôt rémunéré par exemple, et pas aux seuls contrats d'entreprise. Il en irait de même à chaque fois que le Code de la consommation utilise l'expression « contrat de prestation de service » dans une disposition, qu'elle soit d'origine européenne ou française. Cette solution aurait le mérite de la clarté et de la rigueur juridique : à chaque qualification, sa définition correspondante. Pour assurer la cohérence des notions par-delà les différents droits (commun, spéciaux du Code civil ou du Code de la consommation), elle nécessiterait néanmoins de remplacer les occurrences de l'expression « contrat de prestation de service » à chaque fois que le législateur n'entendait viser par-là que le contrat d'entreprise (soit à l'article 1165 du Code civil (?) et en droit de la consommation d'origine française). Encore faudrait-il que les auteurs des différentes réformes aient une vue d'ensemble et non partielle des matières qu'ils réforment, ce dont l'étude de la prohibition des clauses abusives ne permet pas d'être assuré.

B. L'introduction de la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion

159. **Nouvelle politique contractuelle.** Bien qu'affirmée à l'article 1102 du Code civil, tel qu'il est issu de la réforme du 10 février 2016, la liberté contractuelle est érodée sous l'impulsion d'impératifs économiques et sociaux. L'introduction en droit commun des contrats du contrat d'adhésion et de la prohibition des clauses abusives sont particulièrement révélateurs de cette profonde mutation – non assumée par le législateur, mais bien identifiée en doctrine⁹³ – du droit français des contrats, à savoir un affaiblissement du libéralisme contractuel. Ainsi, l'entrée du contrat d'adhésion dans le Code civil est le signe qu'il existerait des contrats déséquilibrés, non seulement entre professionnels et consommateurs ou entre certains professionnels⁹⁴, mais aussi entre toutes parties dès lors que certaines conditions sont réunies. Quant au régime du

⁹³ Voir not. T. Revet, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC* 2019/2, p. 106 s.

⁹⁴ Art. L. 442-1 s. c. com.

contrat d'adhésion, il est constitué de deux règles : la prohibition des clauses abusives à l'article 1171 du Code civil et l'interprétation des clauses *in favorem* de l'adhérent à l'article 1191. À première vue, il peut sembler cohérent que siègent au sein du Code civil, les règles relatives au contrat d'adhésion tant l'idéal « *qui dit contractuel dit juste* »⁹⁵ est depuis longtemps remis en cause, non seulement dans les droits spéciaux, mais aussi en droit commun. Néanmoins, la cohérence de la matière ne sera effectivement assurée qu'à condition que les notions de contrat d'adhésion (1) et de clause abusive (2) puissent être utilement mobilisées. Or c'est là que le bât blesse.

1. La définition du contrat d'adhésion

160. Consécration du critère de non-négociabilité. La définition du contrat d'adhésion, introduite par l'ordonnance du 10 février 2016, a été profondément modifiée par la loi de ratification du 20 avril 2018. Ainsi avons-nous relevé que « *Le critère de distinction [entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion] évolue, passant de celui de la (non-)négociation des stipulations contractuelles à celui de leur (non-)négociabilité. Autrement dit, ce qui importe ce n'est plus que les clauses contractuelles soient effectivement discutées, mais qu'elles puissent l'être* » (« Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Revue Lamy Droit civil* 2018/161, n° 6460, spéc. n° 20 [DT52]). En d'autres termes encore, c'est la possibilité d'une négociation, et non son effectivité, qui caractérise le contrat de gré à gré ; l'absence d'une telle possibilité de négociation caractérisant le contrat d'adhésion (à laquelle s'ajoutent deux autres conditions, sur lesquelles nous ne reviendrons pas, la réunion d'un ensemble de clauses et leur prédétermination unilatérale par l'une des parties).

161. Mise en œuvre du critère de non-négociabilité. Or la mise en œuvre du critère de la non-négociabilité n'est pas évidente. Concrètement, face à un contrat dont une partie au moins aura été prérédigée par un des cocontractants, il va falloir se demander si ces clauses étaient, au moment de la formation du contrat, négociables. Or

⁹⁵ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410.

« la réponse de principe à cette question ne peut être que positive car une clause, un contrat sont par principe négociables » (« Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », communication à la table ronde « Les défis du droit des contrats », Université Paris II Panthéon-Assas, publiée au *Contrats concurrence consommation* 2020, dossier 12, p. 33 s., spéc. n° 9 [DT327]). Deux exemples tirés de la pratique permettent d'en prendre conscience. Ainsi, la directrice juridique d'une grande entreprise de construction a reconnu, lors de la table ronde, qu'elle tentait régulièrement de négocier certaines clauses exorbitantes que ses cocontractants souhaitaient lui imposer ; la négociation est certes rarement un succès étant donné le contexte extrêmement concurrentiel de la construction, mais son existence montre que les clauses étaient possiblement négociables. De même, au cours de nos discussions, le professeur Leveneur a évoqué le cas de contrats passés entre particuliers, mais à l'aide d'un formulaire pré-imprimé par l'une des parties et souvent rédigé par un professionnel. Or, il a indiqué qu'en tant que partie à un tel contrat, il avait parfois biffé certaines de ses clauses : c'est bien qu'elles étaient négociables et que la qualification de contrat d'adhésion est, de fait, exclue. Les hypothèses dans lesquelles les clauses ne sont pas négociables paraissent, par conséquent, assez rares. N'est-il pas toujours possible d'ouvrir une discussion ?

162. En outre, ce sera à celui qui prétend que les stipulations n'étaient pas négociables de rapporter la preuve de leur non-négociabilité, c'est-à-dire la preuve d'un fait négatif dont on sait la difficulté⁹⁶ ; sauf à ce que soit admis dans cette hypothèse un renversement de la charge de la preuve. On pourrait aussi penser que les juges se fondent sur un faisceau d'indices, comme les circonstances entourant la conclusion du contrat, l'existence d'un rapport de force entre les parties, le « lieu » de stipulation de la clause (dans les conditions générales ou pas). Mais alors c'est tenir compte davantage de l'effectivité de la négociation que de la possibilité de négocier... N'est-ce pas là tordre le cou au critère de la non-négociabilité prévue par la loi ?

⁹⁶ Voir aussi en ce sens « Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Revue Lamy Droit civil* 2018/161, n° 6460, spéc. n° 20 [DT52].

163. Insaisissable, la qualification de contrat d'adhésion telle que prévue à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil emporte avec elle des difficultés d'application du régime y afférent, notamment la prohibition des clauses abusives.

2. *La prohibition des clauses abusives*

164. **Champ d'application de la prohibition.** Le champ d'application de l'article 1171 du Code civil intégrant la prohibition des clauses abusives en droit commun a été modifié par la loi de ratification du 20 avril 2018 : « *Alors que toute clause d'un contrat d'adhésion pouvait être réputée non écrite parce qu'elle créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, désormais seule la clause "non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties" d'un contrat d'adhésion peut l'être.* » (« Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Revue Lamy Droit civil* 2018/161, n° 6460, spéc. n° 21 [DT52]). Autrement dit, la redéfinition du contrat d'adhésion s'est accompagnée d'une limitation du domaine d'application de l'article 1171 du Code civil ; la cohérence est ainsi assurée entre ces deux dispositions, si tant est que la jurisprudence confère un contenu réel, et unique, au critère de la non-négociabilité des clauses.

165. **Articulation de la prohibition de droit commun et des prohibitions spéciales des clauses abusives.** Un autre risque d'incohérence avait été pointé du doigt lors de la réforme de 2016 : celui tenant à l'articulation de l'article 1171 du Code civil avec les autres textes spéciaux relatifs aux clauses abusives, à savoir les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, alors applicable. En effet, aucune règle ne prévoit l'articulation de ces textes entre eux. Certes, l'article 1105 du Code civil rappelle (partiellement) les directives d'articulation dans ce genre d'hypothèses : « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Il n'est pas certain, cependant, que ce texte soit suffisant pour résoudre les difficultés d'application suscitées par l'articulation de l'article 1171 du Code civil et du texte du Code de commerce. En effet, ce dernier proscrit comme pratique restrictive de concurrence le fait de « *soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les*

droits et obligations des parties », sachant que ce texte était applicable entre « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » et son « *partenaire commercial* », ce qui visait, en réalité, les seules relations de dépendance entre professionnels propres à la distribution. Dès lors, l'article 1171 du Code avait vocation à s'appliquer, pouvait-on penser, aux contrats conclus entre d'autres professionnels (hors distribution), comme les baux commerciaux ou les contrats entre professions libérales (« Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Revue Lamy Droit civil* 2018/161, n° 6460, spéc. n° 21 [DT52]). C'est d'ailleurs l'interprétation qu'a retenue la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 26 janvier 2022 à l'occasion de sa première application de l'article 1171 du Code civil dans lequel elle juge qu'« *Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation.* » (§ 5) et que « *L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire et financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (Com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512)* » (§ 6)⁹⁷. Par conséquent, jusqu'ici, la cohérence était relativement préservée par la délimitation du domaine d'application des mesures en cause.

⁹⁷ Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782.

166. La réforme de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce devenu l'article L. 442-1, I, 2° change-t-elle la donne ? La prohibition des clauses abusives en tant que pratique restrictive de concurrence est désormais applicable entre toutes personnes exerçant des activités de production, de distribution, sans référence au partenaire commercial. En d'autres termes, le champ d'application du texte est désormais plus large et a vocation à s'appliquer à tous les commerçants, de sorte que le jeu de l'article 1171 du Code civil devrait être exclu dans ce cas. Ainsi, pour raisonner sur l'exemple de l'arrêt du 26 janvier 2022 précité, le contrat de location financière pourrait être désormais soumis à l'article L. 442-1, I, 2 du Code de commerce, et non plus à l'article 1171 du Code civil, par le maintien du même raisonnement visant à appliquer le Code de commerce là où il le doit, en dérogation aux règles du Code civil. Néanmoins, on peut se demander si l'extension du domaine de la règle commerciale ne justifierait pas un changement de raisonnement, pour mettre le texte clairement en concurrence avec celui du Code civil et offrir le choix aux plaideurs. De l'exclusion, nous passerions au cumul. On le voit, un effort de clarification reste à faire, en tout état de cause, pour assurer la cohérence des textes.

167. **Bilan sur la cohérence matérielle du droit commun des contrats.** Les exemples du contrat de prestation de service, du contrat d'adhésion et des clauses abusives illustrent indubitablement l'influence du droit de la consommation sur la réforme du droit commun des contrats⁹⁸. La cohérence de celui-ci passe aujourd'hui par l'intégration des figures de proue et des mécanismes contractuels incontournables des droits spéciaux. On observe un retour du spécial vers le général, mouvement succédant à celui qui, dans un premier temps, avait vu le droit commun irriguer les droits spéciaux et constituer une source d'inspiration importante. Est ainsi confirmée la « *position centrale* » du droit civil qui « *implique un continuel va-et-vient* » de sorte qu'il « *rayonne sur les autres disciplines et, en sens contraire, subit des influences qui l'enrichissent* »⁹⁹.

⁹⁸ Plus précisément, sur le lien entre le droit européen de la consommation et le droit des contrats, not. E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, coll. Bdp, t. 463, 2006.

⁹⁹ P. Jestaz, « Mon expérience de civiliste », *Mélanges en l'honneur de Pierre Godé*, LVMH, 2018.

§ 2. La recherche de cohérence en droit des successions et des libéralités

168. **Réforme du droit des successions et des libéralités.** Les lois des 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 ont profondément réformé le droit des successions et des libéralités. La chronique de Droit des successions et des libéralités, tenue depuis cinq ans à la *Revue Juridique Personne et Famille*, permet d'éprouver sa cohérence. Manifestement, certaines dispositions nouvelles suscitent plus de difficultés d'application que d'autres. L'existence du contentieux ici ne révèle ni n'aboutit à susciter des incohérences.

169. **Application pure et simple de certains textes.** Par hypothèse, toutes les dispositions étudiées suscitent un contentieux (qui fait l'objet de la chronique). De fait, les questions sous-jacentes sont importantes pour les héritiers en présence : pensons, par exemple, au contentieux relatif à la qualification d'une donation. Dans un certain nombre de cas, les magistrats de la Cour de cassation se contentent de procéder à une application somme toute assez classique de textes qui se suffisent à eux-mêmes. Nous avons pu le constater, par exemple, s'agissant de la question de la langue dans laquelle le testateur rédige son testament olographe (« Testament olographe : le testateur doit comprendre la langue dans laquelle il écrit », note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2021, *RJPF* 2021-9/27 [DT182]), des éléments constitutifs d'une donation (« Petits rappels sur les éléments constitutifs d'une donation », note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020 et Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020, *RJPF* 2020-6/23 [DT204]) ; « Contentieux original, solutions classiques : un arrêt deux en un sur la réserve et la notion de libéralité », note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, *RJPF* 2018-12/37 [DT221]), à propos de questions liquidatives (« Éclairages jurisprudentiels sur deux difficultés liquidatives : le rapport de l'avantage indirect et la créance de gestion de l'indivision », note sous Cass. 1^{re} civ., 2 mars 2002, *RJPF* 2022-5/31 [DT171]) ou encore de la demande en réduction des libéralités (« Réduction des libéralités : il faut la demander, au moins tacitement ! », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, et Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018, *RJPF* 2018-4/33 [DT235]). Les décisions commentées illustrent alors avant tout la nature très

contentieuse de la matière et la bonne qualité ordinaire de la norme législative en la matière.

170. Difficultés d'application d'autres textes. Il arrive cependant que les nouveaux textes du droit des successions et des libéralités suscitent de réelles difficultés d'application qui menacent la cohérence de la matière. L'origine de ces difficultés est double : elles proviennent parfois de lacunes ou de malfaçons des textes eux-mêmes, interrogeant la cohérence intradisciplinaire (A) ou de leur combinaison, voire de leur confrontation avec des dispositions issues d'autres domaines du droit civil, testant sa cohérence interdisciplinaire (B).

A. La cohérence intradisciplinaire

171. Plan. Certains textes lacunaires ou ambigus, troublant la cohérence du droit des successions et des libéralités, nécessitent d'être interprétés par les juges. Il en va ainsi, par exemple, des questions relatives aux droits de retour légaux (1) ou aux rapports (2).

1. L'exemple des droits de retour légaux

172. Rédaction imparfaite des textes relatifs aux droits de retour légaux. Le droit de retour légal des frères et sœurs (art. 757-3 c. civ.) et celui des père et mère (art. 738-2 c. civ.) ont été respectivement introduits par les lois des 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 pour contrer, d'une certaine manière, l'essor des droits du conjoint survivant. La doctrine s'accorde quasi-unanimement sur l'imperfection de ces dispositions, que ce soit quant à leur nature, leurs conditions ou leurs effets. La jurisprudence offre de nombreux exemples des difficultés ainsi soulevées.

173. Conditions des droits de retour légaux. Les droits de retour légaux nécessitent pour leur mise en œuvre la réunion de conditions relatives à la fois à la situation de famille du *de cuius* et aux biens objets du retour. Or ces conditions sont parfois discutées.

174. Concernant le droit de retour des père et mère (« Des précisions utiles sur le droit de retour légal des père et mère », note sous CA Chambéry, ch. civ., 1^{re} sect., 31 oct. 2017, *RJPF* 2018-2/35 [DT238]), il joue, selon l'article 738-2 du Code civil, « dans tous les cas », c'est-à-dire aussi bien dans le cadre d'une succession légale ou testamentaire. L'arrêt que l'on vient de signaler apporte une précision importante : le droit de retour légal des père et mère s'applique qu'il y ait présence ou absence de conjoint survivant ou de partenaire de pacs, ce qui avait pu donner lieu à discussion en doctrine. Le risque d'incohérence entre l'esprit de ce droit de retour (protéger les ascendants privilégiés contre la disparition de leur réserve) et son application est ainsi écarté : si le droit de retour remplace la réserve, il doit jouer même en présence d'un conjoint.

175. Concernant le droit de retour des frères et sœurs (« De précieux éclairages sur le droit de retour légal des collatéraux privilégiés », note sous Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, *RJPF* 2018-5/51 [DT230]), était discuté en l'espèce le fait que les biens avaient bien été transmis « *par succession ou donation* », comme l'exige l'article 753-7 du Code civil, du fait qu'ils avaient été obtenus des coindivisaires contre le versement d'une soulte. La Cour de cassation retient que le texte ne faisant aucune distinction selon que les biens reçus par le défunt l'ont été ou non à charge de soulte, le droit de retour des collatéraux privilégiés doit jouer, même lorsque lesdits biens ont été acquis en contrepartie du versement d'une soulte. Ici encore, quoique l'appréciation de la solution soit des plus délicates, on peut estimer qu'une certaine cohérence est maintenue entre la notion de transmission par succession en dehors du droit de retour et au sein du droit de retour : après tout, qu'il y ait paiement d'une soulte ou non, le bien reçu l'est toujours par succession et il s'agit toujours d'une opération de partage, non d'une vente.

176. **Effets des droits de retour légaux.** Les difficultés sont cependant loin d'être toutes résolues. Les textes relatifs aux droits de retour légaux suscitent parfois des interrogations quant à leur effets.

177. Ainsi, il existe une difficulté tenant à l'assiette du droit de retour des père et mère. On sait que, par renvoi à l'article 738 du Code civil, les parents peuvent chacun exercer leur droit de retour dans la limite du quart. Mais à quoi cette quote-part doit-elle être rapportée : à l'ensemble de la masse successorale ou à la seule valeur du bien donné ? Si la doctrine penche pour la première solution, la jurisprudence ne semble pas toujours aller en ce sens (« Des précisions utiles sur le droit de retour légal des père et mère », note sous CA Chambéry, ch. civ., 1^{re} sect., 31 oct. 2017, *RJPF* 2018-2/35 [DT238]). C'est donc une quête de cohérence qui devrait être lancée à cet égard.

178. Enfin, on sait que le droit de retour constitue, classiquement, une succession à part entière : il donne, par exemple, une option propre et relève des successions anomales. Pourtant, on peut se demander si le droit de retour légal des frères et sœurs constitue une telle succession anormale (« De précieux éclairages sur le droit de retour légal des collatéraux privilégiés », note sous Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, *RJPF* 2018-5/51 [DT230]). La question n'est pas purement théorique puisque, au-delà de de l'option, elle a une incidence sur la question de savoir si les biens faisant l'objet du retour sont pris en compte ou non pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible. Le texte de l'article 757-3 du Code civil n'apporte pas de réponse claire à cette question et la doctrine est divisée. L'arrêt commenté semble répondre indirectement à la question en opposant le droit de retour des collatéraux privilégiés à « *la succession ordinaire* », laissant entendre que ledit droit de retour est une véritable succession anormale. Solution qui est conforme à la nature classique des droits de retour, mais dont on peut se demander si elle l'est désormais à ces droits de retour *new look*.

2. *L'exemple des rapports*

179. Dans la même ligne, la jurisprudence vient éclairer les notions de rapport existant en droit des successions et des libéralités.

180. **Rapport des libéralités versus rapport des dettes.** Le Code civil prévoit le rapport des libéralités aux articles 843 et suivants et celui des dettes aux articles 864 et

suiuants. S'inspirant d'une doctrine autorisée¹⁰⁰, la Cour de cassation a opéré une distinction éclairante entre les deux, dans un arrêt commenté (« Quand le droit des successions et des libéralités rencontre le régime général des obligations », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020 (deux arrêts), *RJPF* 2020-05/31 [DT207]) : le rapport des libéralités intéresse la composition de la masse partageable et constitue une opération préparatoire au partage, il tend à garantir à chacun des héritiers l'égalité entre sa vocation héréditaire et la quote-part lui revenant, étant donné la dévolution légale et les libéralités consenties aux héritiers, tandis que le rapport des dettes concerne la composition des lots et constitue une opération de partage proprement dite : il permet d'assurer l'égalité du partage. L'absence de confusion des notions, l'attribution à chacune de son domaine, permet de respecter une certaine cohérence de régime propre à chacun de ces rapports.

181. Rapport des libéralités faites aux successibles hors conjoint *versus* rapport des libéralités faites au conjoint. Les libéralités faites au conjoint sont-elles soumises au rapport de « droit commun » de l'article 843 du Code civil ? Telle est la question posée à la Cour de cassation dans un arrêt commenté (« Du "rapport spécial" des libéralités adressées au conjoint survivant », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2022, *RJPF* 2022-4/33 [DT174]). Elle y répond négativement à la suite d'un raisonnement parfaitement logique. Les libéralités faites au conjoint survivant ne sont pas soumises aux règles du rapport classique car une disposition particulière, l'article 758-6 du Code civil, qualifiée par la Cour de cassation de « *rapport spécial en moins prenant* », a vocation à s'appliquer à ces libéralités. On pourrait considérer qu'en parlant de « *rapport spécial* », la Cour de cassation entretient la confusion entre le rapport classique des libéralités faites aux successibles et l'imputation des libéralités faites au conjoint sur ses droits dans la succession. Néanmoins, la Cour insiste bien sur les différences existant entre ce rapport spécial et le rapport de droit commun, en délimitant leurs contours respectifs, de sorte qu'on peut y voir une clarification des différents rapports du droit des successions et des libéralités.

¹⁰⁰ M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, Coll. Manuels, 7^e éd., 2017, n° 982.

182. Bilan sur la cohérence intradisciplinaire du droit des successions et des libéralités. Dès lors que les textes ne sont pas – ou ne peuvent pas être – toujours parfaitement rédigés, la cohérence intradisciplinaire de la matière est menacée. C’est alors à la jurisprudence de dissiper les ambiguïtés des textes, conformément à sa mission originelle. Les exemples étudiés montrent que le juge n’a pas failli à sa tâche en droit des successions et des libéralités : en clarifiant les conditions et les effets des droits de retour légaux et en explicitant la distinction entre les différents rapports, il contribue à rendre à la matière toute sa cohérence. Mais la menace vient peut-être plutôt de la confrontation avec des dispositions issues d’autres droits.

B. La cohérence interdisciplinaire

183. Droit des successions et des libéralités et autres matières. Dans certaines hypothèses, la cohérence du droit des successions et des libéralités n’est pas menacée du fait de l’application de ses propres dispositions, mais par l’interaction de ces dernières avec les dispositions d’autres droits. Malgré les réformes du droit des successions et des libéralités, il y a parfois encore des trous dans le filet par lequel s’échappent de belles questions qui se trouvent aux « *coutures du droit* »¹⁰¹.

184. Encore faut-il faire une distinction. Soit le droit des successions et des libéralités entretient avec la matière en cause un rapport de généralité à spécialité, comme c’est le cas avec le droit des assurances-vie : les difficultés d’articulation entre les dispositions sont alors censées se résoudre en application des principes connus, découlant de l’adage *specialia generalibus derogant*, repris à l’article 1105, alinéa 3, du Code civil, selon lesquels les règles spéciales ont vocation à être préférées aux règles générales¹⁰² (1). Soit les dispositions du droit des successions et des libéralités sont appelées à se combiner avec celles d’autres matières, telle la procédure civile¹⁰³ : en l’absence de rapport de généralité à spécialité, il faut alors trouver des solutions originales (2).

¹⁰¹ *Les coutures du droit, Mélanges en l’honneur de Philippe Théry*, LGDJ, 2022.

¹⁰² Voir Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. préc.

¹⁰³ Pour un autre exemple de combinaison, mais avec le droit des personnes, voir « Habilitation familiale par représentation : la donation par la personne habilitée est autorisée mais conditionnée », note sous Cass. 1^{re} civ. avis, 15 déc. 2021, *RJPF* 2022-3/32 [DT178].

1. Avec rapport de généralité à spécialité : l'exemple du droit des assurances-vie

185. Les règles spéciales du droit des assurances-vie dites de capitalisation. Les assurances-vie de capitalisation sont des produits financiers par lesquels l'assureur verse, quoiqu'il arrive (c'est-à-dire que le décès survienne dans les temps ou non), au souscripteur lui-même en cas de survie ou au bénéficiaire désigné en cas de décès du souscripteur, un capital du montant des primes acquises, augmenté des intérêts et diminué des frais de gestion. Dès lors que le capital est versé au bénéficiaire désigné par le contrat d'assurance-vie, qu'il s'agisse d'un héritier (réservataire ou non) ou d'un tiers, le droit de l'assurance-vie rencontre nécessairement celui des successions et des libéralités. Deux questions en particulier ont donné lieu à l'élaboration de règles spéciales aux contrats d'assurance-vie : la désignation du bénéficiaire de la clause d'assurance-vie et le fait que l'assurance-vie soit « hors succession ». Les règles ainsi retenues, dérogeant au droit des successions et des libéralités, ne viennent-elles pas entamer la cohérence de la matière ?

186. Désignation indirecte par référence aux « héritiers » dans la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie. L'article L. 132-8 du Code des assurances permet une désignation indirecte du ou des bénéficiaire(s) de l'assurance-vie par référence aux « héritiers ». En revanche, le texte ne donne aucune indication particulière sur le sens du mot.

187. Or le mot héritier est polysémique en droit des successions et des libéralités. Le terme peut désigner tout à la fois les héritiers par le sang seulement, les héritiers *ab intestat*, y compris le conjoint, ou bien tous ceux-là auxquels s'ajouteraient encore les légataires disposant d'une option parce que tenus du passif, à savoir les légataires universels ou à titre universel (« Vous avez dit héritier ? Ou l'épineuse question de l'identification du bénéficiaire de l'assurance-vie », note sous Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, *RJPF* 2020-12/23 [DT196]). Ainsi, le Code civil emploie lui-même le terme dans des sens différents, parfois pour désigner les héritiers légaux seulement (par exemple, aux articles 724, 724-1, 731 ou 843 c. civ.), parfois pour désigner les successeurs et

légaux et testamentaires (notamment aux articles 768, 785, 804, 833, al. 2 et 1002-1 c. civ.). Face à une telle polysémie, la Cour de cassation a décidé que « *pour identifier le bénéficiaire désigné sous le terme d'héritier, lors de l'exigibilité du capital, il convient de ne s'attacher exclusivement ni à l'acceptation du terme héritier dans le langage courant ni à la définition de ce terme en droit des successions* »¹⁰⁴. L'interprétation de la notion d'héritier pourrait ainsi être « spéciale » au droit des assurances-vie, ce qui n'est guère convaincant en termes de cohérence.

188. Toutefois, la mise en œuvre jurisprudentielle de cette libre interprétation de la notion d'héritier en droit des assurances-vie est finalement restée assez sobre. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé, comme elle l'avait déjà fait pour le légataire universel, que le terme « héritier » figurant dans la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie pouvait s'entendre d'un légataire à titre universel, si telle est la volonté du souscripteur (« Vous avez dit héritier ? Ou l'épineuse question de l'identification du bénéficiaire de l'assurance-vie », note sous Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, *RJPF* 2020-12/23 [DT196]). L'interprétation retenue de la notion d'héritier ne paraît pas s'abstraire des grands principes du droit des successions et des libéralités : si le légataire à titre universel est considéré comme un héritier, c'est parce qu'il est, comme l'héritier légal, un continuateur de la personne du défunt tenu au passif. La cohérence de la notion d'héritier est ainsi assurée. Une fois le bénéficiaire de l'assurance-vie désigné, comment analyser ce qu'il reçoit ?

189. **L'assurance-vie hors succession (1) : les principes.** L'article L. 132-13 du Code des assurances a pour vocation d'éviter l'application du droit commun des successions et libéralités aux primes versées par le souscripteur ainsi qu'au capital ou à la rente reçus par le(s) bénéficiaire(s) au titre d'une assurance-vie. Le texte, bien connu, dispose en effet que « *Le capital ou la rente payable au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. /Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes,*

¹⁰⁴ Cass. 2^e civ., 14 déc. 2017, n° 16-27.206.

à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés. ». Conçu pour les « véritables » assurance-vie, – celles qui s'analysent comme des produits de prévoyance familiale –, mais appliqué par la jurisprudence aux assurances-vie dites de capitalisation ou mixtes – celles qui constituent des placements financiers –, ce texte fournit un formidable moyen de contourner, consciemment ou non, les règles relatives à la réserve héréditaire en favorisant celui qui est désigné comme bénéficiaire de ce contrat, qu'il s'agisse d'un héritier réservataire préféré aux autres ou d'un héritier non réservataire préféré aux réservataires.

190. L'assurance-vie hors succession (2) : la remise en cause. Un article écrit sur ce sujet entend remettre en cause les solutions jusqu'alors prônées par cette disposition (« L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *Revue de droit d'Assas* 2020, n° 20, oct. 2020, p. 196 s. [DT27]). Jugeant trop forte l'atteinte portée par ce texte non seulement à la réserve héréditaire, pilier de l'ordre public successoral, mais plus largement à la cohérence de la matière dans son ensemble, il propose de soumettre à rapport et réduction, soit au droit commun des successions et des libéralités, les primes versées par le souscripteur, ce qui suppose de les analyser comme une libéralité (soit comme une donation indirecte, soit comme une fiducie-libéralité innommée). Preuve en est que le rapport de généralité à spécialité n'exige pas, à tout crin, une soumission du général devant le spécial. Si la remarque ôte un peu de son efficacité à la maxime selon laquelle le spécial déroge au général, elle permet de se préparer à un autre type de conflit lorsque deux matières s'affrontent, sans rapport de spécialité entre elles.

2. Sans rapport de généralité à spécialité : l'exemple de la procédure civile

191. Transmissions à cause de mort des actions en justice. La transmission à cause de mort des actions en justice fournit un bel exemple du télescopage entre droit des successions et des libéralités et procédure civile. Plutôt que de télescopage, sans doute faudrait-il parler de désintérêt de ces deux matières pour cette question. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les ouvrages : ceux de droit des successions et

des libéralités considèrent qu'il s'agit d'une question processuelle relevant de la procédure civile, ceux de procédure civile que c'est une question substantielle relevant du droit des successions et des libéralités !

192. Distinction entre les actions de nature extrapatrimoniales et les actions de nature patrimoniale. De fait, la question de la transmission des actions à cause de mort n'a été que peu abordée par l'un ou l'autre droit. À nouveau, la jurisprudence a pris le relais pour élaborer les différents principes en la matière qui reposent sur une distinction fondamentale, somme toute assez classique, entre les actions de nature extrapatrimoniales (en principe intransmissibles, puisque la succession ne concerne que le patrimoine) et les actions de nature patrimoniale (en principe transmissibles, puisque la succession concerne tout le patrimoine). Encore faut-il préciser pour ces dernières si elles ont un caractère personnel ou non.

193. Action de nature patrimoniale à caractère personnel : l'exemple de l'action en révocation d'une donation pour ingratitude exercée par un légataire. L'action en révocation pour cause d'ingratitude du donataire est sans aucun doute de nature patrimoniale puisqu'elle tend à la réintégration du bien donné dans le patrimoine du donateur. Comme tous droits patrimoniaux, elle devrait donc être transmise aux héritiers du défunt en vertu du principe de continuation de la personne.

194. Pourtant, aux termes de l'article 957 du Code civil, une telle action ne peut être exercée que par le donateur (al. 1^{er}), et non par ses héritiers (al. 2). En d'autres termes, le principe est celui de l'intransmissibilité de l'action en révocation qui se justifie par le caractère personnel de son exercice qui dépend, en effet, d'un choix éminemment personnel au donateur qui seul peut décider, et selon des motifs qui lui sont intimes, de venger ou non l'injure qui lui est faite, l'atteinte à sa personne ou à son honneur.

195. Par exception néanmoins, l'article 957, alinéa 2, du Code civil admet une transmissibilité de l'action aux héritiers du donateur lorsque l'action a été intentée de son vivant ou que ce dernier est décédé dans l'année du délit. Or dans une espèce

commentée, c'est le légataire universel qui prétendait ainsi agir en tant qu'héritier du donateur (« Le légataire universel a-t-il la qualité d'héritier l'autorisant à agir en révocation pour ingratitude du donataire ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2021, *RJPF* 2021-3/32 [DT193]). Mais le légataire universel est-il un héritier du donateur au sens de ce texte ? La Cour de cassation apporte une réponse positive à cette question qu'il nous faut approuver : la transmissibilité exceptionnelle admise par l'article 957, alinéa 2, du Code civil est une conséquence du principe de continuation de la personne du défunt qui fonde le droit des successions. Dès lors, toute personne qui continue la personne du défunt est susceptible de se voir transmettre l'action en justice : il en va ainsi du légataire universel, comme l'affirme la Cour de cassation, mais sans doute aussi du légataire à titre universel. En revanche, la solution ne devrait pas être étendue aux légataires à titre particulier qui ne continuent pas la personne du défunt et ne sont pas tenus au passif.

196. Action de nature patrimoniale sans caractère personnel : l'exemple de l'action en nullité contre une donation de somme d'argent exercée par un héritier. L'action en nullité contre une donation de somme d'argent exercée par un héritier a un caractère patrimonial. L'affirmation n'est guère douteuse pour cette action dont l'objet est d'obtenir la nullité de la donation et la réintégration, par voie de conséquence, et en raison de la rétroactivité de la sanction, de la somme d'argent dans la communauté.

197. Mais contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation dans un arrêt commenté (« Aspects procéduraux et matériels de l'action en nullité contre une donation de somme d'argent intentée par un héritier du donateur commun en biens – Réflexion à partir d'un arrêt de la Cour de cassation », *RJPF* 2020-2/1 [DT46]), la nature patrimoniale de l'action n'est pas suffisante, comme nous l'avons vu précédemment, pour assurer sa transmission à cause de mort. Seules les actions dépourvues de caractère personnel quant à leur exercice sont effectivement transmises à cause de mort. Qu'en est-il pour l'action en nullité contre une donation de somme d'argent ? On pourrait faire valoir que l'action est réservée à l'article 1427 du Code civil à l'époux « victime » du dépassement de pouvoir, ce qui tend à lui conférer un caractère personnel. Néanmoins, l'action de l'article 1427 du Code civil tend plutôt à

protéger la qualité d'époux que sa personnalité, de sorte que cette action n'a pas de caractère personnel et qu'elle est, par conséquent, transmissible aux héritiers. Si la solution de la Cour de cassation est donc parfaitement admissible, encore fallait-il aller au bout du raisonnement.

198. Bilan sur la cohérence interdisciplinaire du droit des successions et des libéralités. Pour assurer la cohérence du droit des successions et des libéralités avec d'autres matières, le juge s'impose à nouveau comme un acteur clé à chaque fois que les textes sont lacunaires. L'exemple de la notion d'héritier est frappant à ce titre : par-delà les matières et leurs règles spéciales (droit des successions et des libéralités, droit des assurances-vie, procédure civile), le contenu de la notion est unifié, la qualité d'héritier pour agir en justice ou pour bénéficier de l'assurance-vie étant fondamentalement la même. Quand les textes sont clairs, mais que leur application jurisprudentielle porte atteinte à la cohérence de la matière, comme l'application de l'article L. 132-13 du Code civil aux assurances-vie mixtes, seule une réforme législative permettrait d'y mettre fin.

Conclusion sur la cohérence matérielle du droit civil

199. Conclusion de la section. Les règles du droit commun des contrats, comme celles du droit des successions et des libéralités, ne sont pas toujours parfaitement cohérentes : en témoignent la définition du contrat d'adhésion ou l'instauration des droits de retour légaux. Mais la cohérence parfaite de l'un ou l'autre des blocs du droit civil sera-t-elle jamais atteinte ? La cohérence juridique est un horizon à ne pas perdre de vue, mais sans doute « *un idéal inaccessible* »¹⁰⁵. Comme l'écrivait Carbonnier, « *le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »¹⁰⁶ et probablement aussi pour prétendre à l'harmonie cohérente d'un puzzle parfaitement ordonné.

200. Ce constat étant dressé, et pour ce qui nous a été donné d'observer, il faut remarquer que législateur et jurisprudence tendent à assurer, de manière

¹⁰⁵ G. Boland, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in Ch. Perelman (dir.), *Les antinomies du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 183 s., spéc. p. 203.

¹⁰⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1^{re} éd., 1969, préface.

complémentaire, une meilleure cohérence matérielle du droit civil. Les réformes étudiées, qu'il s'agisse de celles du droit commun des contrats ou du droit des successions et des libéralités, se sont imposées comme des réformes de fond qui ont chacune et respectivement refondé leur matière en tentant – de manière plus ou moins réussie – de leur rendre leur cohérence. Et là où le législateur n'est pas parvenu à ses fins, le juge est là pour éclairer, préciser, et même parfois proposer, conformément à ce que Portalis avait prévu : dès lors que la loi ne peut « *tout régler et tout prévoir* », « *une foule de choses sont nécessairement abandonnées... à l'arbitrage des juges* »¹⁰⁷.

¹⁰⁷ J.-E. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX, par la commission nommée par le Gouvernement consulaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

201. Manifestement, la cohérence matérielle du droit civil est un idéal sans doute plus facile à atteindre, ou du moins à approcher, que celui de sa cohérence temporelle. La conclusion étonne finalement assez peu. La cohérence matérielle du droit civil nécessite en effet, pour être atteinte, d'unifier ou de répartir par catégories, ce qui est déjà à l'œuvre dans notre droit organisé en différentes branches qui sont plutôt cohérentes en elles-mêmes, de sorte que les questions les plus délicates de cohérence matérielle résident aujourd'hui plutôt entre les branches (comme entre le droit des successions et la procédure civile) qu'au sein de chaque branche. Pour parvenir à la cohérence temporelle, les contraintes sont en revanche plus pesantes. Ainsi, lorsqu'une loi nouvelle entre en vigueur, il n'est pas toujours évident de résister à l'envie d'une unification totale par souci d'égalité ou de pénétration immédiate de la nouvelle règle jugée meilleure (comme le font les arrêts d'anticipation de la Cour de cassation). Quant à l'élaboration d'un guide-âne de l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle, elle est complexe : parce qu'abroger une loi dans une matière (comme en matière pénale, par exemple) ne présente pas les mêmes enjeux ni n'emporte les mêmes conséquences que dans une autre (comme en matière contractuelle, par exemple). On comprend donc pourquoi ces questions de cohérence temporelle sont encore plus aux prises de considérations politiques que celles de cohérence matérielle.

202. Quoi qu'il en soit, la mise en cohérence temporelle ou matérielle passe nécessairement par un dialogue entre les différents acteurs du droit : le législateur qui réforme, le juge dont le pouvoir de contrôle sur l'ordre juridique n'est pas douteux, et espérons-nous, parce qu'elle agit comme un révélateur de ces différentes dynamiques et comme une source de propositions, la doctrine.

Conclusion générale

203. À la question de savoir ce que nous apprend l'approche transversale du droit civil, deux réponses peuvent être apportées. La première, scientifique, concerne la discipline en elle-même, la seconde, plus personnelle, l'expérience dans l'organisation d'une recherche.

204. **Conclusion scientifique.** L'étude menée au prisme de nos activités de recherche permet d'abord d'illustrer certaines dynamiques contemporaines du droit civil relatives à la fois à ses sources (internationalisation et fondamentalisation) et à son contenu (recherche de cohérence). Elle confirme que ces dernières, déjà connues et identifiées en doctrine, sont toujours vigoureuses. Certaines se sont même accentuées : on pense, par exemple, à l'alourdissement du poids du droit de l'Union européenne en droit de la consommation, à la constitutionnalisation du droit civil sous l'effet de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ou encore au renouveau des questions concernant les effets du temps sur le droit avec la problématique de l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle.

205. Au-delà de la description de ces différentes dynamiques innervant le droit civil, la présente étude dresse l'inventaire provisoire de leurs conséquences sur la matière. Ni tout noir, ni tout blanc, le tableau ainsi révélé affiche toutes les nuances de gris, qu'on l'observe de près ou de plus loin.

206. Ainsi, lorsqu'on passe à la loupe ces différentes dynamiques, des effets néfastes aussi bien que positifs peuvent être constatés. Tel est le bilan de leur appréciation critique. Tantôt elles sont sources de confusions en droit civil (comme c'est le cas de la transposition de la notion européenne de contrat de prestation de service) ou menacent la cohérence de la matière (comme la règle selon laquelle l'assurance-vie est hors succession). Tantôt elles aboutissent à des solutions harmonisées ou harmonieuses (qu'il s'agisse de l'interprétation du critère du déséquilibre significatif en matière de clauses abusives, de l'explicitation des différents

mécanismes de rapport du droit des successions et des libéralités ou de la transmission à cause de mort des actions en justice).

207. Avec davantage de recul, l'approche transversale conduit aussi logiquement à des conclusions plus globales qui touchent à la culture civiliste. La première tient à la ligne commune que dessine le croisement de différentes matières du droit civil qui ont pourtant chacune leur logique propre : la prédominance des droits fondamentaux qui, désormais, chapeautent tout. L'exemple du droit transitoire est probant à ce titre : quoi que fasse le législateur pour élaborer des dispositions transitoires techniques, nécessaires et souvent équilibrées, ces solutions sont écartées dès lors qu'elles ne sont pas jugées conformes aux droits fondamentaux, qu'ils soient conventionnels ou constitutionnels. On croit percevoir néanmoins, au fil de l'étude, que le droit civil est sur le point de parvenir à maîtriser le processus de fondamentalisation, à le civiliser¹⁰⁸, ou du moins qu'il a su s'y adapter en trouvant une cohérence nouvelle, plus politisée sans doute. Finalement, il y a bien *a minima* un lien de corrélation entre les dynamiques relatives aux sources, notamment la fondamentalisation du droit civil, et celle relative au contenu, la recherche de cohérence. Comme un auteur l'a souligné, « *l'irradiation* » des droits fondamentaux s'impose comme « *un moyen d'assurer une harmonie menacée* »¹⁰⁹. L'approche transversale révèle ainsi un droit civil qui, par l'intermédiaire de ses sources, est de plus en plus perméable, dans son contenu, à une donnée politique (et parfois économique). La seconde conclusion transversale, plus processuelle que matérielle, réside dans la mise en lumière, par notre étude, de la place prédominante, elle aussi, du juge en droit civil – s'il fallait encore s'en convaincre. Il faudrait d'ailleurs plutôt parler de la place des juges, qu'ils soient nationaux (judiciaires ou constitutionnels) ou supranationaux (Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne). Ces juges, observe-t-on encore, dialoguent d'ailleurs de plus en plus souvent à l'unisson.

¹⁰⁸ Rapp. Ph. Rémy, « Cent ans de chroniques », *RTD civ.* 2002, p. 665 s., spéc. p. 680, qui écrivait que « *Pour que cette intrusion du "fondamental" dans le droit civil ne tourne pas au fondamentalisme, il faudra bien essayer de maîtriser le processus, de le civiliser* ».

¹⁰⁹ V. Lasserre, « L'ordre des sources et le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

208. Encore faut-il garder à l'esprit que ces conclusions, ponctuelles comme plus globales, ne constituent qu'un bilan d'étape. Les dynamiques étudiées sont, en effet, toujours à l'œuvre, de sorte que nous sommes au cœur d'une évolution dont il est sans doute difficile de pronostiquer comment elle finira. Au moins peut-on soutenir, à l'aune de nos conclusions, que le grand soir du droit civil n'est pas venu¹¹⁰.

209. **Conclusion personnelle.** Dans la perspective de l'habilitation à diriger des recherches, l'approche transversale du droit civil ainsi que le croisement de disciplines variées du droit civil témoignent, nous l'espérons, de notre « *aptitude à maîtriser une stratégie de recherche dans un domaine scientifique [...] suffisamment large* »¹¹¹ démontrant, outre une ouverture à des matières nouvelles, des compétences pluridisciplinaires.

210. Au-delà, des enseignements généraux peuvent être retirés de notre approche transversale. Elle offre, dans une certaine mesure, une vue d'ensemble de la matière civile permettant, dans le cadre de la direction de travaux, d'éclairer le potentiel candidat sur le positionnement ou l'environnement scientifique de son sujet, mais aussi de l'aider à prendre de la distance par rapport à ce dernier. Surtout, en tant qu'observateur du droit civil, il nous appartient de pointer du doigt régulièrement les défauts et les incohérences, s'il y en a, du système juridique dont il constitue l'une des pièces essentielles à raison de sa place centrale ; la critique se faisant – espérons-nous – toujours avec raison et jamais avec excès. Néanmoins, peut-être qu'à dénoncer systématiquement ce qui va mal, l'on a tendance à perdre de vue ce qui va bien. Savoir prendre du recul et être juste, dans le sens d'être capable de reconnaître les défauts comme les mérites, voilà les leçons que nous retirons, pour notre part, de cette étude et qui nous semblent utiles à l'objectif poursuivi, à savoir démontrer notre « *capacité à encadrer de jeunes chercheurs* »¹¹².

¹¹⁰ Dans le même sens, voir J.-S. Borghetti, « Propos conclusifs », in *Les métamorphoses du droit civil*, ss dir. L. Leveneur, Cl.-M. Péglion-Zika et A. Touzain, actes à paraître aux Éditions Panthéon-Assas.

¹¹¹ Arrêté du 23 nov. 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches, préc., art. 1^{er}.

¹¹² Arrêté du 23 nov. 1988, préc., art. 1^{er}.

Table des matières

Introduction	4
Chapitre I. Le droit civil ressourcé	10
Section I. L'internationalisation du droit civil	11
§ 1. Le constat de l'internationalisation du droit civil	11
A. L'influence des droits étrangers.....	12
B. L'influence du droit de l'Union européenne.....	13
1. L'origine européenne du droit de la consommation.....	14
2. Le contrôle européen du droit de la consommation	19
§ 2. Les limites à l'internationalisation du droit civil.....	25
Conclusion sur l'internationalisation du droit civil	27
Section II. La fondamentalisation du droit civil	28
§ 1. La conventionnalisation du droit civil.....	29
A. La conventionnalisation du droit de la consommation	29
B. La conventionnalisation du droit des successions et des libéralités.....	29
§ 2. La constitutionnalisation du droit civil.....	33
A. Les juges constitutionnels du droit civil.....	34
1. Le Conseil constitutionnel, nouveau juge civil	34
2. Le juge du filtre, nouveau juge constitutionnel	39
B. Les droits à valeur constitutionnelle en droit civil.....	41
1. Le droit au respect de la vie privée	42
2. Le droit de propriété.....	44
3. La garantie des droits et le droit au maintien des conventions légalement conclues.....	46
Conclusion sur la fondamentalisation du droit civil	49
Conclusion du Chapitre I	51
Chapitre II. Le droit civil en recherche de cohérence	54
Section I. La cohérence temporelle du droit civil	55
§ 1. Le droit transitoire.....	56
A. L'édiction de dispositions transitoires par le législateur	56
B. La mise en œuvre judiciaire du droit transitoire	59
§ 2. L'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle.....	63
A. L'abrogation à effet différé.....	65
1. Les cas d'abrogation à effet différé	65
2. La loi applicable pendant la période transitoire	69
B. L'abrogation à effet immédiat	71
1. Les cas d'abrogation à effet immédiat	71
2. L'effet utile de l'abrogation à effet immédiat	73
Conclusion sur la cohérence temporelle du droit civil.....	75
Section II. La cohérence matérielle du droit civil	75
§ 1. La recherche de cohérence en droit commun des contrats.....	76
A. L'introduction du contrat de prestation de service.....	77
B. L'introduction de la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion	79
1. La définition du contrat d'adhésion	80
2. La prohibition des clauses abusives.....	82
§ 2. La recherche de cohérence en droit des successions et des libéralités	85
A. La cohérence intradisciplinaire	86
1. L'exemple des droits de retour légaux	86
2. L'exemple des rapports	88

B. La cohérence interdisciplinaire	90
1. Avec rapport de généralité à spécialité : l'exemple du droit des assurances-vie	91
2. Sans rapport de généralité à spécialité : l'exemple de la procédure civile	93
Conclusion sur la cohérence matérielle du droit civil	96
Conclusion du Chapitre II.....	98
 <i>Conclusion générale.....</i>	 <i>99</i>