



HAL
open science

L'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés

Nicolas Faintrenie

► **To cite this version:**

Nicolas Faintrenie. L'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés. Droit. Université de Limoges, 2015. Français. NNT : 2015LIMO0111 . tel-03347942

HAL Id: tel-03347942

<https://theses.hal.science/tel-03347942v1>

Submitted on 17 Sep 2021

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.

Université de Limoges

École Doctorale Pierre Couvrat - Droit et Science Politique (ED 88)

Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques

Thèse pour obtenir le grade de

Docteur de l'Université de Limoges

Discipline / Spécialité : Droit privé

Présentée et soutenue par

Faintrenie Nicolas

Le 2 novembre 2015

L'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés

Thèse dirigée par **Jean-Pierre MARGUENAUD**, *Professeur à l'Université de Limoges*

JURY :

Rapporteurs

M. **Jean-Sylvestre BERGE**, *Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

Mme. **Judith ROCHFELD**, *Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)*

Examineurs

M. **Fabien MARCHADIER**, *Professeur à l'Université de Poitiers*

M. **Denis MAZEAUD**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)*



A ma tendre épouse
A notre fils, bientôt parmi nous



Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Marguénaud pour la bienveillance qu'il a toujours eue à mon égard. Il m'a ramené dans le droit positif à tous égards et m'a prodigué avec patience ses conseils les plus avisés afin de pouvoir mener ce travail à son terme.



Droits d'auteurs

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :

« **Attribution-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France** »

disponible en ligne : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>



Liste des principales abréviations

AJP :	Actualité juridique, droit pénal
APD :	Archives de philosophie du droit
Bull. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
c/ :	contre
CE :	Conseil d'Etat
CEDH :	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
ch. :	chambre
chron. :	chronique
CA :	cour d'appel
CAA :	cour administrative d'appel
Cass. Ass. plén. :	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies :	Chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. req. :	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCC :	Contrats concurrence consommation
C. civ. :	Code civil
C. cons. :	Code de la consommation
Civ. :	chambre civile de la Cour de cassation
Civ.1 :	première chambre civile de la Cour de cassation
Civ.2 :	deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ.3 :	troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com. :	chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp. :	Comparer
CJUE :	Cour de Justice de l'Union européenne
coll. :	collection



Com EDH :	Commission européenne des Droits de l'Homme
Cons. Const :	Conseil constitutionnel
Contra :	en sens contraire
Cour EDH :	Cour européenne des Droits de l'Homme
C. pén. :	Code pénal
C. rur. :	Code rural
C. trav. :	Code du travail
D. :	Recueil Dalloz
déc. :	décision
dir. :	sous la direction de
Dr et Patr. :	Droit et patrimoine
éd. :	édition
GAJC :	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. :	La Gazette du Palais
GC :	Grande Chambre
ibid. :	ibidem (au même endroit)
infra :	ci-dessous
JCP E :	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition entreprise et affaires
JCP G :	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition générale
JCP N :	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition notariale
JORF :	Journal officiel de la République française
JOUE :	Journal officiel de l'Union européenne
loc. cit. :	loco citato (renvoie à un article déjà cité)
L.P.A. :	Les Petites Affiches
nbp :	note de bas de page
obs. :	observations



op. cit. :	opere citato (œuvre déjà citée)
p. :	page
préc. :	précité
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses universitaires de France
RAE :	Revue des affaires européennes
RIDC :	Revue internationale de droit comparé
RDP :	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFD :	Revue française de droit constitutionnel
req. :	requête
RFDA :	Revue française de droit administratif
RTD Civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH :	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH :	Revue universelle des droits de l'Homme
Soc. :	chambre sociale de la Cour de cassation
spéc. :	spécialement
sq. :	et suivant(e)s
supra :	ci-dessus
T. :	tome
TGI :	Tribunal de grande instance
trad. :	traduction
V. :	Voir
Vol. :	Volume



Sommaire

Partie I - Emergence de Principes européens d'interprétation	59
Titre 1 - L'interprétation conforme.....	61
Chapitre 1 - La directive d'interprétation conforme	62
Chapitre 2 - L'obligation d'interprétation conforme	133
Titre 2 - L'interprétation dynamique	178
Chapitre 1 - L'interprétation évolutive.....	179
Chapitre 2 - La lutte contre l'interprétation mécanique des normes	215
Partie II - Réception des Principes européens d'interprétation	241
Titre 1 - Réception <i>de lege lata</i>	243
Chapitre 1 - L'affirmation du rôle du juge	244
Chapitre 2 - La liberté contractuelle, ligne de partage des interprétations subjective et objective	309
Titre 2 - Réception <i>de lege ferenda</i>	346
Chapitre 1 - Réception de l'interprétation-contrôle	347
Chapitre 2 - Réception de l'interprétation évolutive	398
Chapitre 3 - Réception de l'invocabilité d'exclusion renforcée	415



Introduction

1. L'interprétation est, selon le doyen CORNU, l'« opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur »¹. A cette action s'ajoute son résultat².
2. L'interprétation est une opération qui est guidée par des règles, appelées directives d'interprétation, dont la portée varie d'un exemple à l'autre. En revanche, la réunion de plusieurs de ces règles fournit à l'interprète la méthode³, et forme un système herméneutique⁴.
3. L'existence de règles d'interprétation n'est pas le fruit du hasard. La présence de l'article 1156 du Code civil, première directive d'interprétation du « *petit guide-âne* »⁵ de ce Code, est le reflet du droit civil français, marqué par le principe de l'autonomie de la volonté⁶.

On pourrait en conclure que le juge, interprète des actes juridiques privés, bénéficie d'un rôle de figuration. Or, « *la question de l'interprétation est d'abord une question politique (...) [qui] pose, en amont, un problème de définition du système juridique* »⁷. On pourrait également penser que l'interprétation constitue un acte neutre, dans la mesure où

¹ « *interprétation* », sens 1. CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris : PUF, 10^{ème} éd., 2014, 1360p. (Quadrige).

² *Ibid*, sens 3. Cette définition juridique est proche de celle du langage courant : « *action d'expliquer, de donner une signification claire à une chose obscure, ambiguë ; son résultat* » : « *interprétation* », sens 1. Dictionnaire le Robert. Egalement « *interprétation* ». ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris : Lamy, 1^{ère} éd. 2003 : « *Le mot « interprétation » désigne à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose, qui peut être un objet matériel ou un énoncé, et le produit de cette opération* » : « *interprétation* ».

³ « *interprétation* », sens 2. CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.*

⁴ L'adjectif « *herméneutique* » est la racine grecque du nom « *interprétation* » : η ερμηνεία (*hermeneia*). Hermès, le messager ailé, qui a donné son nom à l'interprétation en grec, et donne toujours son nom à la science – l'art à l'origine – de l'interprétation, l'herméneutique.

⁵ CARBONNIER Jean. *Les obligations*. T4. Paris : PUF, 2000, 22^{ème} éd., n°68 (Thémis Droit Privé).

⁶ « *Notre droit français est axé sur le principe de l'autonomie de la volonté : en cas de doute, c'est la recherche de l'intention des parties qui va être le but des juges* » : BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *Droit civil. Les obligations*. Paris : Sirey, 2012, 13ème éd., §1091.

⁷ MAINGUY Daniel. « *L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II* ». *JCP G* 2011, n°20, p.997-1003, §3.



sa finalité consiste à rendre à l'acte juridique son « véritable sens »⁸. Fondamentalement, il n'en est rien puisque le juge est même, selon l'expression de RIGAUX, « ministre du sens »⁹. Il est en effet acquis « qu'aucun texte (juridique ou autre) ne délivre sa signification de manière immédiate » de telle sorte que « l'interprétation est un pouvoir inhérent à la *jurisdictio* »¹⁰. Dès lors, cette notion de « véritable sens » pour un acte juridique est trompeuse. Utilisée par le doyen CORNU, elle suggère l'existence d'un sens dissimulé, qu'il convient par l'interprétation de recouvrer. Le droit français illustre cette tentation de recherche d'un sens préexistant, au prix d'une fiction juridique qui consiste à présenter comme la commune intention des parties un sens dont on peut, à des degrés divers, douter de son authenticité.

Le Professeur CESARO a montré que, lorsque les parties s'adressent au juge pour interpréter leur contrat, celles-ci ne partagent pas la même vision du sens à conférer au contrat¹¹. Dès lors, elles ne sont pas en mesure d'apprécier la solution du juge au regard de ce « véritable sens ». En réalité, « ce voile d'ignorance réciproque des volontés sert le magistrat »¹², lequel impose un sens aux parties. Cela signifie que le juge a pour mission de conférer au contrat un sens, et que ce dernier doit être considéré comme le « véritable

⁸ « *interprétation* », sens 1. CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.*

⁹ RIGAUX François. *La loi des juges*. Paris : O. Jacob, 1997, 319p. spéc. p.233 (Histoire et document). Non moins pertinente que cette métaphore, pour la comparaison entre les matières du droit et de la musique, celle de l'absence d'interprète rendant le droit « *aphone* » : COMBACAU Jean. *Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit*. In *Mélanges Paul Amselek*. Bruxelles : Bruylant, 2005, p.261-277. Répondant à la conception de Montesquieu des juges, bouches de la loi, un auteur a proposé la métaphore suivante : « *en pratique, le juge n'est pas seulement la bouche de la loi, il en est aussi l'interprète, c'est-à-dire le cerveau qui en détermine le sens au moins lorsqu'elle n'est pas parfaitement claire et elle ne l'est jamais suffisamment pour pouvoir s'adapter de façon automatique à tous les cas d'espèce. Individuellement et collectivement, les juges sont attachés à cette seconde fonction car sans elle, il leur serait difficile de faire preuve de créativité* » : HAMON Francis. « Les pouvoirs respectifs du Conseil constitutionnel et des juges chargés de l'application des lois en matière d'interprétation » *LPA* 19/07/2013, n°144, p.3-8.

¹⁰ CONDE Lycette. « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle ». *Jurisclasseur Droit Civil*, article 4, Fasc. unique, 2013, §31.

¹¹ L'étymologie latine fait ressortir cette situation entre les parties et le juge. Elle prête au terme « *interprétation* » deux origines possibles : *inter partes* – entre deux parties – soit la notion d'intermédiaire entre deux parties pour les départager ; *inter pretium* – entre deux prix – soit le départage des parties en fonction de leurs prétentions.

¹² CESARO Jean-François, TEYSSIE Bernard (Dir.). *Le doute en droit privé*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris II, 2001. Paris : LGDJ, 2003 (Droit privé) §264.



sens ». Ainsi comprise, l'interprétation soit ne connaît que des vérités relatives soit, au contraire, aboutit à conférer un sens certain au regard du droit positif. Quoi qu'il en soit, l'interprète des actes juridiques privés, bénéficie d'un rôle décisif, qu'il ne faut pas négliger.

4. De fait, le juge judiciaire a, en droit interne, fait preuve d'audace en assumant une mission d'interprétation plus importante que ce que les textes et la doctrine semblaient lui reconnaître. Cette jurisprudence apparaît cependant timide en comparaison à d'autres juges, en particulier les juges européens. En effet, tant le juge de Strasbourg que le juge de Luxembourg possèdent des pouvoirs accrus en matière d'interprétation, dont ils tentent de faire usage en droit civil, et plus particulièrement en droit des contrats. Cette rencontre des juges européens et français sur le terrain de l'interprétation est peut-être un exemple du fameux « *dialogue des juges* »¹³. Il incombe toutefois de préciser les raisons qui nous incitent à étudier l'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés (Section I), puis la manière avec laquelle il conviendra de mener la recherche (Section II).

¹³ V. notamment POTVIN-SOLIS Laurence. « Le concept de dialogue entre les juges en Europe ». In *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice, 2004*, n°53. Bruxelles : Bruylant, 2004, p.211. (Nemesis).



SECTION I : Les raisons d'étudier l'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés

5. Le titre de cette recherche ne confronte pas l'action du juge interne¹⁴ et des juges européens, alors que la dissonance porte sur le même objet : l'interprétation des actes juridiques privés. Il ne s'agit pas de se prémunir contre le risque de jugements partisans à l'égard des droits interne et européens. D'ailleurs, ce risque n'est pas entièrement écarté puisque l'on pourrait reprocher au titre de retenir d'emblée l'hypothèse d'une influence du droit européen sur le droit interne, sans s'interroger sur la pertinence de l'hypothèse inverse.

En réalité, ce titre part du postulat selon lequel le système herméneutique français est robuste (§1), tandis qu'il est soumis au dynamisme de contraintes extérieures (§2). Partant, c'est l'influence de ce dernier qui impose une étude. Il convient toutefois d'apporter les éléments susceptibles de fonder ce postulat.

§ 1.- La robustesse du système herméneutique français

6. Le contenu du système herméneutique en droit interne est le fruit d'une longue tradition juridique dont il est possible de rechercher les origines dans le droit romain (A). Malgré les illustres auteurs qui ont modelé l'interprétation française, on ne peut que constater sa désuétude (B).

A/ Les origines romaines de l'interprétation

7. Plus que d'interprétation française, il conviendrait davantage de parler de l'interprétation bonapartiste, tant les dispositions des articles 1156 et suivants du Code civil fleurent bon le XIX^{ème} siècle¹⁵. Les Révolutions industrielles n'étaient pas encore intervenues

¹⁴ Il serait possible de mentionner « *les juges internes* » dans la mesure où le juge du fond et le juge du droit ne disposent pas des mêmes pouvoirs d'interprétation.

¹⁵ avec son atmosphère, c'est-à-dire la reprise des principes hérités du droit romain.

et l'interprétation s'apparente à quelques directives cousues main pour des contrats peu à peu trop à l'étroit. Comme le Professeur DUPICHOT, reprenant le conseil de PORTALIS et l'appliquant à notre sujet, il faut reconnaître que l'on ne peut pas comprendre les dispositions du Code civil relatives à l'interprétation si nous nous contentons d'étudier ce seul texte¹⁶. Par conséquent, il convient d'exposer brièvement l'origine des directives d'interprétation actuelles.

8. Les directives d'interprétation consacrées dans le Code civil apparaissent déjà aux yeux des juristes de 1804 comme des vestiges d'un lointain passé. Sur le fondement de l'ambiguïté d'une convention, dès le droit romain, on doit s'interroger sur la volonté des parties comme le rappelle le Digeste: « *ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est* »¹⁷. Pour établir cette volonté des parties, il convient de rappeler le caractère solennel qui caractérise le droit romain dès l'origine¹⁸. Par principe donc, il s'agissait, à l'aide du concept d'interprétation, de rendre clair l'accord sur lequel étaient tombées les parties, leur volonté déclarée mais mal exprimée. A cette fin, les directives d'interprétation les premières dégagées ont été des directives objectives, fondées sur les usages ou encore sur la nature des choses. En effet, contrairement au droit français actuel, consensuel, dans lequel la recherche de la volonté interne constitue le principe, le droit romain reconnaît cette volonté interne comme une exception, qui peu à peu va se développer. C'est ainsi que, avec l'essor de contrats laissant une place plus importante au consentement des parties, la recherche de la volonté va se faire plus subjective.

9. Pendant la période pré-classique¹⁹, il semble que l'on puisse déduire de la construction de la théorie de la cause en droit romain une recherche limitée à l'existence de cette volonté²⁰. Ensuite, les juristes classiques²¹ n'ont pas hésité à rechercher en quoi consiste la volonté des parties, en allant au-delà des termes utilisés par les parties, voire

¹⁶ DUPICHOT Jacques. *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*. In Etudes J. Flour, Paris : Defrénois. 1979, p.179-206.

¹⁷ « *Lorsque les termes sont ambigus, il convient de s'en rapporter à la volonté des parties* » : D.34, 5, 22 et D. 50, 17, 168, 1, ainsi qu'*a contrario*: D.32, 25, 1.

¹⁸ Ce point de départ a été nuancé par une douzaine de siècles de pratique juridique.

¹⁹ -201 ; -27 av. J.-C.

²⁰ Cette construction de la cause est le fait des *Veteres*, Jurisconsultes des I^{er} et II^{ème} siècles av. J.C.

²¹ -27 av. J.-C. ; environ 250.

contre ceux-ci²². Ainsi, par exemple, le juriconsulte PAPINIEN²³ explique que, en matière de convention, il convient de s'arrêter plus à la volonté de ceux qui contractent qu'aux termes qu'ils ont utilisés²⁴. Cette opinion, appelée à marquer le droit romain²⁵, doit être nuancée.

10. Cette évolution s'est faite croissante jusqu'au Bas-Empire, sans toutefois donner lieu à une théorie de l'interprétation en droit des contrats. Il convient de rajouter en outre que, derrière cette recherche de la volonté, il s'agit de retrouver le plus souvent le résultat contractuel qu'auraient pu atteindre les parties si elles avaient contracté en pleine liberté²⁶. A cet effet, l'action du juge pouvait consister dans l'interprétation de la convention conformément aux critères de la bonne foi – *ex fide bona* – entendu comme « *un sens conforme au Droit* »²⁷. Cette interprétation pleine – *interpretatio plenior* – impose quelque approfondissement.

11. La notion de « *bonne foi* » en droit romain va contribuer à l'essor des contrats. Au départ, Cicéron n'y voit qu'une traduction de la nécessaire fidélité aux engagements²⁸. Puis le développement des contrats *bonae fidei* à côté de ceux *stricti juris* a entraîné une évolution de la notion de bonne foi vers plus d'objectivité. En effet, dans les contrats solennels, le défendeur pouvait user d'une clause, insérée dans la formule adressée au juge. Cette *exceptio* était alors applicable aux accords de *stipulatio*. Le juge était tenu d'interpréter cette clause, lorsqu'elle était présente, de façon littérale. En revanche, dans les contrats consensuels, cette bonne foi est devenue applicable de plein droit²⁹ par le juge³⁰. L'intérêt de cette sentence fondée sur la *bona fides* était de permettre au juge, confronté aux

²² DEROUSSIN David. Histoire du droit des obligations. Paris : Economica, 2007, 860p. spéc. p.454.

²³ Surnommé le « Prince de Juriconsultes », PAPINIEN (v.142-212) dont les *Questions de droit* et les *Avis* sont repris dans le Corpus Iuris Civilis de JUSTINIEN.

²⁴ D.50, 16, 219: « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit (...)*».

²⁵ En effet, l'avis du Juriconsulte permet, à partir de la Loi des citations (426), de trancher la divergence d'opinion des cinq juriconsultes de référence.

²⁶ V. PAUL. D. 18, 5, 7, §1.

²⁷ DEROUSSIN David. *Op Cit.*, p.454.

²⁸ CICERON. *De officiis*, I, VII, 23.

²⁹ Le principe de départ, « *caveat emptor* », obligeant l'acheteur à la vigilance, a été progressivement abandonné en conséquence.

³⁰ Selon les *formulae* utilisées: « *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* ».

conséquences injustes d'une action en justice, de décider en prenant en considération des critères d'équité et de justice³¹. La « *bonne foi* » est alors applicable par principe aux contrats consensuels, à tous les moments de la vie du contrat : au moment de la formation du contrat, de l'exécution du contrat, et plus précisément encore de l'interprétation du contrat.

Ainsi, le juge confronté à un contrat consensuel obscur avait pour tâche de rendre la clarté au *negocium*, en allant éventuellement au-delà de l'écrit des parties pour s'intéresser au résultat recherché. Pour interpréter le contrat, le juge pouvait solliciter des directives d'interprétation objectives mais également subjectives, s'inspirer des termes de la convention comme de la volonté des parties, et sanctionner tant le droit voulu par les parties que le Droit au sens large. Le juge avait l'obligation tant de rendre à l'écrit la réalité de l'accord des parties (*quod actum*) que d'apprécier le respect des éléments légaux du contrat (*naturalia negotii*). L'action du juge était ainsi dominée par une casuistique qui marque encore aujourd'hui l'interprétation des conventions. Son objectif était d'assurer aux parties le résultat qu'elles s'étaient proposé d'obtenir en contractant.

12. Il convient de tirer les conséquences de cette opération d'interprétation. En effet, le juge avait la possibilité d'augmenter ou de réduire les obligations de l'une des parties³². Cette faculté de réfaction reconnue au juge romain renforce encore l'idée d'*interpretatio plenior* du droit romain. Sans nullement reconnaître un pouvoir de légiférer au juge³³, le droit romain montre l'étendue des pouvoirs qui peut être reconnu au juge, sur le fondement de l'interprétation.

13. L'interprétation telle que comprise à la fin de l'Empire romain est reprise par le droit canonique³⁴ puis dans notre ancien droit, avec cette idée de suprématie de l'esprit sur la lettre, et cette notion d'interprétation pleine en matière de conventions³⁵. La redécouverte du

³¹ V. chez GAIUS: « *quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet* » (D. 44, 7, 2, 3), puis dans les *Institutes* de JUSTINIEN : « *in bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat* » (L. IV, t. VI, *De actionibus*, §30).

³² Pour des exemples, GODDARD Jorge Adame. *El principio de la buena fe en el derecho romano y en los contratos internacionales y su posible aplicacion a los contratos de deuda externa. XIV Congrès latino-américain de droit romain, Buenos Aires, 15 au 17 septembre 2004.*

³³ *Contra* : CARCATERRA Antonio. *In torno ai bonae fidei iudicia*. Naples, 1964, p.36 sq.

³⁴ En particulier dans les Décrétales de GREGOIRE IX: « *In contractibus plena (...) interpretatio adhibenda* », X, 3, 24, 6.

³⁵ DEROUSSIN David. *Op. cit.*, p.455.



droit romain consiste en une systématisation des dispositions du Digeste, et particulièrement de la réponse de PAPINIEN.

B/ Les frontières de l'interprétation française

14. Peu à peu, le droit met plus particulièrement l'accent sur la recherche de la commune intention des parties, ou plutôt le concept d'interprétation pleine perd de son influence. L'idée n'est pas directement remise en cause mais, en fondant un droit consensualiste, la volonté des parties écrase la recherche par le juge d'un équilibre entre les prestations. Ce que l'on a analysé consciemment comme la conséquence de la conception rationnelle des Lumières puise ses racines dans la mise en place progressive d'un système consensualiste. Ainsi, lorsque Claude HENRYS, avocat du roi au XVII^{ème} siècle, indique qu'il convient d'interpréter les termes des parties « *dans leur propre signification sans y rien suppléer ni retrancher* »³⁶, on comprend que l'interprétation pleine du juge romain n'est plus d'actualité. Cette constatation s'est faite de plus en plus nette.

Chez DOMAT³⁷, POUILLAIN DU PARC³⁸ ou DENISARD³⁹ s'écrit cette même idée qui sera reprise dans ces termes chez POTHIER : il convient en matière d'interprétation de conventions de rechercher « *la commune intention des parties contractantes* »⁴⁰. Si cette

³⁶ HENRYS Claude. IV, qu. CXVI, n°3, t.3.

³⁷ DOMAT parle ainsi de « *l'intention commune des contractants* ». DOMAT Jean. Les lois civiles dans leur ordre naturel : le droit public et « Legum delectus ». Paris : Despilly, nouvelle éd., 1767, spéc. L.C., I, I, II, I.

³⁸ POUILLAIN DU PARC évoque la « *véritable intention des contractants* ». POUILLAIN DU PARC Auguste-Marie. *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*. Rennes : F. Vatar, 1768, 394p. spéc. II, III. p.378.

³⁹ DENISARD indique qu'en matière d'interprétation « *il y a moins de danger à s'attacher plutôt à l'esprit qu'à la lettre* », V. « *interprétation* », De Ferrière Claude-Joseph. Dictionnaire du droit et de pratique, Paris : Saugrain, 1749. Spéc. Dict., I, p.367.

⁴⁰ POTHIER Robert-Joseph. Traité des obligations. Paris. 1821. Spéc. n°91. V. également, *ibid.* définition de l'interprétation des conventions: « on doit rechercher la commune intention des parties, plus que le sens grammatical des termes ».



directive d'interprétation n'est pas unanimement citée comme le principe⁴¹, l'interprétation subjective semble partout triompher.

15. Les rédacteurs du Code s'inspirent directement de l'œuvre de Pothier s'agissant de l'interprétation. La recherche de la commune intention des parties est reprise comme première directive interprétative à l'article 1156 du Code civil, et s'impose comme principe⁴². Du reste, MALEVILLE, retraçant l'analyse des dispositions du futur Code civil devant le Conseil d'Etat, relate une discussion des articles sur l'interprétation calquée sur les citations du Digeste⁴³. Il mentionne que le Conseil d'Etat relève alors l'absence du fondement de l'obscurité de la convention, mais considère que ce fondement est implicitement inclus dans la règle formulée. Pour le reste, les directives d'interprétation se succèdent, sans autre ordre que celui de l'œuvre de POTHIER. Si la jurisprudence n'avait pas reconnu un rang supérieur à la règle de l'article 1156 du Code civil, un sentiment de confusion plus fort encore qu'aujourd'hui règnerait en la matière. En effet si la règle de l'article 1156 repose implicitement sur le défaut de clarté d'une convention, comment l'articuler avec la règle de l'article 1160 selon laquelle « *ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* »? Force est de constater que, si un tri a pu être opéré parmi les directives d'interprétation proposées par POTHIER⁴⁴, si quelques termes ont pu être modifiés⁴⁵, la discussion de ces textes a été relativement rapide. Aucune hiérarchie ne semble dicter l'articulation des diverses directives d'interprétation⁴⁶.

⁴¹ V. par exemple l'Encyclopédie qui, dans la définition consacrée à la convention, ne cite la règle exposée qu'en deuxième position, la première consistant à interpréter le contrat contre celui « *qui a dû s'expliquer plus clairement* » en faveur de « *l'obligé, et son engagement doit s'entendre de la manière qui est la plus favorable* ».

⁴² Art. 1156 C. civ. : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

⁴³ DE MALEVILLE Jacques. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t.3. Paris : Garnery, 1805.

⁴⁴ Sur les douze règles d'interprétation proposées, neuf ont été retenues, les cinquième, onzième et douzième règles ont été écartées.

⁴⁵ Par exemple, concernant l'article 1158 du Code civil, la « *matière* » du contrat a été préférée à la « *nature* » du contrat. Le plus souvent, il s'agit de modifications destinées à trouver un consensus et clore un débat, comme pour l'article 1156 où l'expression « *sens grammatical des termes* » a été contestée pour proposer « *expressions grammaticales* », l'accord s'opérant finalement sur le « *sens littéral des termes* ».

⁴⁶ V. *infra*.



16. La consécration des directives d'interprétation présentes encore aujourd'hui dans le Code civil est le résultat d'une lente évolution juridique. Il s'agit de conseils adressés aux juges, mais on peine à percevoir une cohérence dans ces règles. Loin de parvenir à un système herméneutique, l'interprétation demeure en 1804 un domaine en devenir. Ainsi, comme le Professeur DUPICHOT⁴⁷, cette étude part du postulat que la consécration de ces directives d'interprétation nécessite une « *lecture moderne* ». Mais il ne s'agit nullement de proposer une lecture de ces directives à l'aune du contexte juridique actuel, et particulièrement européen. A cet instant de l'étude, il s'agit de démontrer que ces textes du Code civil auraient dû connaître, bien plus que cela n'a été le cas, une lecture contemporaine. Ils ont échappé à l'influence des diverses doctrines juridiques qui ont marqué l'évolution du droit français jusqu'à la réforme du droit des obligations. Pour cette raison, l'obsolescence de ces directives d'interprétation – qui n'est pas récente – s'est faite chaque jour plus criante, au point que l'on s'accorde à constater le « *désintérêt* » tant de la doctrine que de la jurisprudence concernant le sens et la portée des directives d'interprétation inscrites dans le Code civil⁴⁸. Or, retracer brièvement les différents courants est indispensable pour démontrer d'une part la richesse des débats qu'il a pu y avoir sur l'interprétation, pour savoir d'autre part si, dans l'influence européenne, une part de l'influence de ces doctrines, non consacrée, n'est pas comprise.

17. L'aura du Code civil est telle en 1804 que l'on s'écarte le moins possible de ses prescriptions. L'École de l'Exégèse⁴⁹ s'applique donc à étudier méthodiquement les articles du Code civil pour en extraire des principes généraux comme autant de principes auxquels il convient de revenir lorsqu'une difficulté se fait sentir concernant l'application – l'interprétation – des textes. En 1804, le parallélisme entre interprétation des textes législatifs et interprétation des textes conventionnels est permis. Il faut bien avouer que les points de comparaison ne manquent pas, alimentés par l'article 1134 du Code civil. Ainsi, tout d'abord, des directives d'interprétation peuvent être communes, notamment la distinction entre interprétation littérale et interprétation fondée sur la volonté de leur(s) auteur(s). Surtout, en

⁴⁷ DUPICHOT Jacques. Op. cit., §1.

⁴⁸ SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil, articles 1156 à 1164, Fasc. 10*, 2015, §33.

⁴⁹ Pour la caractérisation de cette école, voir BONNECASE Julien. *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*. Paris : E. de Boccard Editeur, 2^{ème} éd., 1924.



matière d'interprétation, la distinction fondée sur la clarté du texte à interpréter demeure. La théorie de l'Ecole de l'Exégèse en la matière est toute empreinte de cette idée. En effet, parmi les trois propositions de cette Ecole, la première consiste à indiquer que, lorsque la loi est claire, il convient de l'appliquer de la sorte. Au contraire, nous renseigne la deuxième proposition, lorsque la loi est obscure, il faut en approfondir les dispositions pour en pénétrer l'esprit⁵⁰. Or, l'interprétation des conventions pendant le XIX^{ème} siècle n'a guère suivi d'autres préceptes que ceux-ci. Lorsque la convention est claire, il revient au juge de respecter les termes des parties et, en cas d'obscurité, de ne pas donner au texte une interprétation qui serait contraire à ce qu'auraient pu vouloir les parties, sous peine de dénaturation, sanctionnée par le juge de cassation depuis l'arrêt de principe du 15 avril 1872⁵¹. Lorsque, en revanche, l'acte apparaît comme obscur, on doit en priorité rechercher quelle a été la commune intention des parties.

18. L'interprétation des textes de lois a cependant évolué, sous l'influence de plusieurs auteurs. Si les solutions divergent, le constat de départ demeure le même pour tous : les constructions issues de l'Ecole de l'Exégèse ne sont plus satisfaisantes ; trop abstraites, elles encourent la sanction de l'arbitraire dans leur application. En effet, bien que le Code civil de 1804 demeure d'une portée sans égale, la recherche de l'interprétation du législateur de 1804, qui pouvait projeter l'interprète dans le droit romain, n'apportait plus la même satisfaction et la Révolution industrielle creusait un fossé sans cesse croissant entre les prévisions du Code et les attentes face aux nouvelles problématiques. Ainsi, pour donner une explication historique à la survenance de cette doctrine, il est arrivé un point où il est devenu illusoire de torturer davantage le législateur de 1804 pour lui extorquer une intention imparfaite. Confronté au « *seuil de l'interprétation* », l'Ecole de la Libre recherche scientifique et son promoteur, le Doyen GENY⁵², ont permis de sortir la nécessité de l'opération d'interprétation de cet objet que constitue le Code civil, et de son créateur. L'interprétation du texte n'est alors plus fondée principalement sur l'autorité du législateur, sinon sur la rigueur de l'interprète dans sa démonstration.

19. C'est une évolution semblable que l'on était en droit d'attendre de l'interprétation des conventions. Toutefois, s'il est possible de constater, dans la jurisprudence, une utilisation

⁵⁰ CORNU Gérard. *Droit civil, introduction au droit*. Paris : Montchrestien. 13^{ème} éd., 2007 (Domat droit privé) §369 sq.

⁵¹ Civ. 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, GAJC, 11^{ème} éd., n°160.

⁵² GENY François. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. Paris : LGDJ, 1899, 446p.



des autres directives d'interprétation⁵³, celle-ci semble autant obéir à une démonstration casuistique qu'à la constitution de jurisprudences pour des problèmes spécifiques. Il est possible de se demander si l'on a affaire à une méthodologie fondée sur la dialectique principe / exception, ou à une théorie de l'interprétation en fonction du type de contrat. En s'appuyant sur la querelle des méthodes d'interprétation, il n'est pas possible de répondre à cette interrogation. L'interprétation des textes législatifs et conventionnels, bien qu'elle présente des points communs a, depuis 1804, fait l'objet d'une séparation stricte⁵⁴ et suivi des destinées différentes. Aussi convient-il de trouver une autre influence pour expliquer l'état actuel de l'interprétation.

20. La lecture des articles du Code civil relatifs à l'interprétation donne une impression d'abandon. Aucune modification de ces textes n'a pu être constatée depuis 1804. La proposition de réforme du droit des obligations apparaît comme la réorganisation des directives d'interprétation, comme si l'on avait souhaité pallier un défaut de méthode du législateur de 1804⁵⁵. Il ne s'agit pas de donner une nouvelle portée à ces directives, de leur donner un parfum de modernité. Du reste, les développements jurisprudentiels que l'on peut trouver sous ces articles dans les différentes éditions du Code confirment ce sentiment d'inutilité de ces articles et peut-être, de l'interprétation elle-même. Ainsi, même si des courants doctrinaux ont tenté de remettre en cause la théorie générale des obligations, rares sont ceux qui ont modifié les mécanismes de l'interprétation sans se heurter à la partie immergée de l'iceberg.

21. La théorie générale du droit des obligations s'est construite, puis peu à peu figée dans le temps. Pire, c'est au moment où les auteurs ont essayé de dénoncer ses effets que la mise en forme de cette théorie s'est faite jour, cristallisant l'interprétation comme l'épitaphe

⁵³ Sans pouvoir cependant affirmer que, quantitativement, cette interprétation plus libre a fait usage plus souvent d'autres directives interprétations que celle de l'article 1156 du Code civil.

⁵⁴ V. par exemple SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil, articles 1156 à 1164, Fasc. 10*, 2015.

⁵⁵ Dans le projet Catala, il s'agissait ouvertement de reprendre la structure de l'interprétation de 1804 pour l'insérer de manière plus heureuse, selon les rédacteurs de la réforme, dans le nouveau droit des obligations. GHOZI Alain. *Effet des conventions, Interprétation, Qualification* (art. 1134 à 1143), In CATALA Pierre. Exposé des motifs à l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Rapport remis au Garde des Sceaux le 22/05/2005. p.34.



dans le marbre. Ce réflexe, typiquement français⁵⁶, a été doublement préjudiciable, puisque l'interprétation a été tant affectée par l'idée d'appartenance à la théorie générale des obligations que par ses mécanismes.

22. L'article 1134 du Code civil a consacré, selon la doctrine, le principe d'autonomie de la volonté⁵⁷. Les rédacteurs du Code civil avaient cependant marqué leur méfiance envers les idées philosophiques⁵⁸. Toutefois, dans un contexte de laïcisation d'une société, ce nouveau dogme procurait une légitimité et une portée au contrat dont la vie des affaires avait bien besoin⁵⁹. Or, la question de l'interprétation des conventions est dépendante de cette vision des parties contractantes, qui par leur seule volonté ont formé un contrat⁶⁰. Lorsque l'*instrumentum* se présente obscur aux interprètes, il convient alors de retrouver la volonté des parties. Par conséquent, le siècle qui a vu naître le Code civil ne s'est intéressé pour ainsi dire qu'à la recherche de la commune intention des parties, prévue par l'article 1156 du Code civil et pour laquelle la doctrine y a perçu la « règle des règles »⁶¹.

23. Ce triomphe du consensualisme, et du principe d'autonomie de la volonté, pose deux postulats : le premier que l'individu est doué de raison et contracte pour satisfaire son intérêt, la rencontre des intérêts formant le contrat ; le deuxième que chaque individu contracte librement⁶². Cette liberté de contracter est à rapprocher du concept d'égalité, dans le sens où l'on restreint la liberté de contracter des personnes fragiles, placées dans un état d'infériorité par rapport à leur cocontractant⁶³. Dès l'origine, le Code civil prévoit ces restrictions, en les

⁵⁶ V. en particulier la communication didactique de JAMIN Christophe. « Un modèle original, La construction de la pensée juridique française ». *BICC* n°596, 15 avril 2004.

⁵⁷ RANOUIL Véronique. *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*. Paris : Presses Universitaires De France, 1980.

⁵⁸ L'idée d'autonomie de la volonté est une théorie philosophique d'Emmanuel KANT. *Critique de la raison pratique*, 1788 : « L'autonomie de la volonté est le principe unique de toutes les lois morales et des devoirs qui y sont conformes ».

⁵⁹ KANT Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. 1785.

⁶⁰ Le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, apprécié au moment de la formation du contrat, est présumé.

⁶¹ DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, p.4 n°3.

⁶² Principe de liberté contractuelle, dont le respect est assuré au moment de la formation du contrat.

⁶³ Un chantre un peu trop engagé selon GELOT Bertrand, qui soutient que, pour cette raison, sa thèse n'a pas connu l'influence qu'elle aurait mérité. *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*. Paris : LGDJ, 2003. §13.



enfermant dans de sévères limites. Ainsi, le principe est-il constitué par la liberté de contracter⁶⁴, les exceptions, limitativement énumérées, étant d'interprétation stricte. Ces prévisions de la loi sont cependant insuffisantes et l'expérience s'est chargée d'en montrer les imperfections. Le premier contrat sur lequel cette rupture a été remarquée est le contrat de louage, l'ancêtre du contrat de travail⁶⁵. Avec le développement du salariat de l'ère industrielle, l'inégalité entre les forces en présence, illustrée par les thèses marxistes, a suscité des velléités ou des espoirs d'intervention de l'Etat, de réforme même, du Code civil. D'ailleurs, l'anniversaire du centenaire du Code a représenté pour certains auteurs une occasion unique de réforme du Code civil⁶⁶. En dehors des prévisions du Code, les contrats d'adhésion, dénommés ainsi par SALEILLES⁶⁷, ont été perçus comme une remise en question du dogme de la volonté. Ainsi comprise, la volonté, critère de référence de l'interprétation des conventions, s'est trouvée être un piège pour l'interprète. Encore une fois, si l'on retrouve, à peu près au même moment, l'idée de « *seuil de l'interprétation* » chère au Doyen GENY, les atteintes égratignent le principe d'autonomie de la volonté en lui-même, non véritablement ses conséquences. Si la critique de RANOUIL sur ce principe est cinglante⁶⁸, la doctrine française n'en a pas tiré les conséquences qui s'imposaient.

24. Comme le relève le Professeur JAMIN, les juristes français ont manqué le « *tournant herméneutique* »⁶⁹. Les conséquences sont profondes, et ne se cantonnent pas à la théorie

⁶⁴ V. par exemple concernant les majeurs protégés, l'article 488 alinéa 1 ancien du Code civil.

⁶⁵ V. par exemple RIPERT Georges. « *Si l'un des contractants peut imposer sa volonté, si l'autre est obligé par la nécessité d'adhérer sans discuter, le contrat n'est plus que la loi du plus fort. Si les entrepreneurs capitalistes imposent leurs conditions à leur clientèle et à leur personnel, ils faussent la notion de contrat telle que le Code civil nous l'a donné* ». *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. n°15, p.40, Paris : LGDJ 1951, 2^{ème} éd., réimp. 1995. Ou, de manière plus contemporaine, DUGUIT Léon. *Peut-on parler raisonnablement d'un contrat de louage de service entre l'employeur, puissant capitaliste, et l'ouvrier... De contrat, il n'y en a point*. In *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris : A Fontenoing, 1901. Spéc. p.55.

⁶⁶ V. *Le Code civil, Livre du centenaire*, Paris, 1904 (repr. Duchemin, 1979) ; CARBASSE Jean-Marie. *Introduction historique au droit*. Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 1998, §205 et 215.

⁶⁷ SALEILLES. *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. Paris : Pichon. 1901. Spéc. p.229, n°80.

⁶⁸ On peut notamment relever cet apophtegme : « *Les implications de la doctrine de l'autonomie de la volonté relatives à l'interprétation des actes juridiques ne sont pas fausses, elles sont excessives : le respect de la volonté doit cesser où s'arrête la volonté réelle elle-même* », RANOUIL Véronique. *Op. cit.*, p.135.

⁶⁹ JAMIN Christophe. « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française ». *Op. cit.*

du droit⁷⁰. La conception du contrat en particulier est tributaire d'un débat doctrinal très vif, mais qui n'a laissé place à aucune nuance. De fait, on retrouve une confrontation idée contre idée, terme contre terme, image contre image. Notamment, le contrat serait un monde fermé, hermétiquement clos⁷¹. Seule la conception de l'autonomie de la volonté a triomphé. Cela n'empêche pas la doctrine de s'appuyer sur l'une ou l'autre des conceptions, non sans s'y perdre parfois⁷². On retrouve ces mêmes errements dans la doctrine spécialisée dans l'interprétation des actes juridiques privés. Il en résulte, contre le principe d'autonomie de la volonté, des théories objectives de l'interprétation.

25. Georges DEREUX, dans sa thèse consacrée à *l'Interprétation des actes juridiques privés*⁷³, constatant que la recherche de la volonté des parties relève parfois de la divination, a proposé, en se faisant le chantre de la théorie de l'utile et du juste⁷⁴, de fonder l'interprétation sur des éléments plus objectifs, sur les « *principes d'équité et d'utilité sociale contenus dans le Code civil, notamment dans les articles 1134, 1135 et 1158* »⁷⁵. Toutefois, bien que certains auteurs le rejoignent sur cette nécessité d'accorder une place moins importante à la recherche de la volonté commune des parties, la majorité des auteurs

⁷⁰ La théorie réaliste de l'interprétation proposée par Michel TROPER sera cependant étudiée ultérieurement. Elle éclaire en particulier sur le rôle du juge.

⁷¹ V. notamment DEMOGUE, cité par JAMIN Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Dr. et patr.* mars 1998, n°58, p.46-57. Spéc. p.56 : « *Les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun* ». Contra MARTY Gabriel. *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*. T.1, 1951, p.77 : « *Le contrat n'est plus – s'il l'a jamais été complètement – ce monde clos que les parties peu nombreuses ont librement modelé et individualisé à leur usage* ».

⁷² S'interrogeant sur la « *volonté de contracter* », dans sa thèse, le Professeur JACQUES l'auteur déroule les enseignements de la théorie de l'autonomie de la volonté (§181 sq.) jusqu'à n'y trouver qu'une fiction. Alors, prenant un virage serré, il en dénonce les défaillances (§200 à 200-3), pour rejoindre une explication résolument objective (§201). C'est finalement en note de bas de page qu'il énonce que « *cette présentation, techniquement superflue, ne fait sens que pour respecter le dogme volontariste, contre la lettre même de cette disposition [art. 1135 C. civ.]* ». JACQUES Philippe, CHABAS François (Dir.). *Regards sur l'article 1135 du Code civil*. Thèse de doctorat, droit. Paris : université de Paris, 2003. Paris : Dalloz, 2005 (Nouvelle Bibliothèque de Thèses). Spéc. §181 sq.

⁷³ DEREUX Georges. *L'interprétation des actes juridiques privés*. Paris : A. Rousseau. 1905, 491p.

⁷⁴ Selon cette théorie, le fondement de la force obligation des contrats – conséquence du principe d'autonomie de la volonté – trouve pour partie sa force dans sa conformité à l'utile et au juste, c'est-à-dire à l'ordre public.

⁷⁵ *Ibid*, p.8.

respecte les principes en vigueur et revendique sans triompher en matière d'interprétation le respect d'un ordre public économique et social.

26. Les auteurs se sont en effet heurtés aux fondements de l'interprétation des contrats. Lorsque l'interprète étudie une convention, il respecte la méthode de la commune intention des parties puisque cette directive d'interprétation a acquis naturellement valeur de principe, au regard du principe d'autonomie de la volonté. Or, tant que ce principe n'est pas renversé, il n'y a pas lieu de changer la méthode, sinon éventuellement d'utiliser, d'après une juste motivation, les exceptions. Outre ce principe, c'est la compréhension de la force obligatoire du contrat qui, en droit français, rend illégitime toute appréciation portée par le juge sur l'acte juridique privé des parties⁷⁶. Un autre mécanisme doit en outre être cité : celui de la séparation des juges du fond et du juge du droit. En effet, l'émergence d'un ordre public nécessite l'intervention des autorités étatiques, de deux façons principalement. La première consiste dans l'intervention du législateur, par une réforme des règles applicables en droit des obligations toujours en cours, ou par la multiplication des législations spéciales. Ce phénomène, incontestable, est demeuré toutefois limité dans la première moitié du XX^{ème} siècle. Surtout, il n'a connu qu'une portée relative en raison de la seconde façon pour les autorités étatiques d'agir : l'interventionnisme judiciaire. En effet, le juge, interprète privilégié des conventions privées, pouvait être tenté d'interpréter une convention par référence à l'ordre public. Or, pareille intervention du juge français est impossible⁷⁷. Pour s'en convaincre, il suffit de revenir à la mise en place des juridictions peu après la Révolution française.

⁷⁶ S'agissant des conséquences de la force obligatoire sur le rôle du juge : « *quant au régime tout d'abord, il sera marqué par un refus de toute intervention judiciaire. L'idée-force du XIX^{ème} siècle et de la première moitié du XX^{ème}, tient en ce que tout le contenu et tous les effets du contrat sont dictés par les réalités qui les ont fait naître. En conséquence, d'une part, le rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat sera minoré : toute appréciation qu'il pourrait porter sur ce dernier, sur son équilibre notamment, sera regardée comme illégitime* » : ROCHFELD Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris : PUF 2011, 576p. (Thémis droit). Spéc. p.432.

⁷⁷ S'agissant de la méfiance à l'égard du juge en France, V. de manière générale : MONTESQUIEU. *De l'Esprit des lois*. 1748, Livre XI, Chap. VI ; DE BECHILLON Denys. *Comment traiter le pouvoir normatif du juge*, In *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'hommage de P. Jestaz*. Paris : Dalloz, 2006, p.29-34 ; TERRE François. « Un juge créateur de droit ? Non merci ! ». *APD* 2006 vol.59, p.305 sq.



27. La création de la juridiction de cassation est en effet primordiale. La Cour de cassation trouve son origine dans une section du Conseil du Roi, le « *Conseil des parties* ». Jusqu'en 1947⁷⁸, la Cour de cassation suivra d'ailleurs la procédure de ce Conseil telle que fixée par un règlement de 1738. Avec le contexte révolutionnaire perdure la crainte de l'interprétation *contra legem* du juge et s'accroît la menace du gouvernement des juges. Au 1^{er} décembre 1790 apparaît le Tribunal de cassation⁷⁹, placé sous le contrôle du pouvoir législatif. Son existence s'explique par la volonté de maintenir une législation unifiée, jusque dans son application. Toutefois, pour répondre aux cas nécessitant une interprétation de la loi est institué le « *Référé législatif* », le Tribunal de cassation devant renvoyer la question devant le Corps législatif⁸⁰.

28. Les mains liées s'agissant de l'interprétation des textes législatifs, le juge de cassation l'est également s'agissant de l'interprétation des conventions⁸¹. Ainsi, malgré une tentative d'émancipation tôt combattue, le décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 prévoit dès l'origine la compétence exclusive des Tribunaux et Cours d'appel s'agissant de la constatation et de l'appréciation des faits de chaque espèce⁸². Le juge de cassation, sur le fondement de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, a pu décider que les contrats et les transactions devaient être littéralement exécutés, conformément au principe⁸³. Par conséquent, il s'était permis de casser les décisions qui s'étaient prononcées *contra conventionem*. Par le célèbre arrêt du 2 février 1808⁸⁴, le juge de cassation admettait, selon

⁷⁸ Loi n°47-1366 du 22 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation, JORF 24 juillet 1947, p.7142.

⁷⁹ Loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 portant institution d'un tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, abrogée par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

⁸⁰ Cette procédure est toutefois une rémanence d'une procédure de Louis XIV qui défendait au juge d'interpréter les normes royales.

⁸¹ Sur le fondement du principe « *contractus legem dicti* », repris ensuite par l'article 1134 du Code civil, le juge de cassation affirmait l'assimilation de la loi contractuelle et de la loi générale. TALAMON Christian. *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*. Paris : Masson et Compagnie Editeur, 1926. Spéc. p. 19 sq.

⁸² Décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, article 3 : « *Sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal [de cassation] ne pourra connaître du fond des affaires* ».

⁸³ Des exceptions avaient été prévues par ordonnances s'agissant des cas de fraude, de dol et autres cas de rescision.

⁸⁴ Civ. 2 février 1808, Lubert c/ Wancareghem, GAJC, 11^{ème} éd., n°159.



une jurisprudence jamais démentie depuis, que l'interprétation des contrats relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette défense faite au juge de cassation d'apprécier les éléments de fond d'une affaire a ensuite été réaffirmée par la loi du 20 avril 1810⁸⁵. Selon un raisonnement juridique à présent classique, l'interprétation des conventions constitue une question de fait et, en raison de la séparation des juges du fond et du droit que retient notre système juridictionnel, insusceptible de constituer un moyen de cassation.

29. La conséquence de cette distinction consiste dans l'impossibilité pour le juge du fond de rapprocher la convention ambiguë d'une norme de valeur supérieure. Le contrat se retrouve ainsi recroquevillé sur lui-même. Par un raisonnement logique mais qui aboutit à une monstruosité juridique, le contrat légalement formé par les parties tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait et, si le contrat vient à souffrir d'une ambiguïté, il n'est pas possible de rechercher dans une règle hétéronome un éclaircissement au but recherché par les parties. Par voie de conséquence, malgré les normes juridiques que le législateur a votées pendant le XIX^{ème} siècle aux fins de protéger la partie faible du contrat, rares sont les textes qui ont pu s'appliquer aux parties par le mécanisme de l'interprétation. L'interprétation du contrat est demeurée par principe imperméable à la constitution d'un ordre public opposable aux parties. Il n'est possible de trouver que quelques exceptions, pour lesquelles le législateur a dû prévoir l'application explicite d'une directive d'interprétation dérogoratoire au droit commun. Plus précisément, en raison de l'adage *specialia generalibus derogant*, des directives d'interprétation ont reçu valeur impérative dans certains droits spéciaux. Il en est singulièrement ainsi de l'article L133-2 alinéa 2 du Code de la consommation, qui dispose que l'interprétation des contrats de consommation s'effectue selon le principe de faveur au bénéficiaire du consommateur et du non-professionnel⁸⁶.

30. Sans autorisation expresse du législateur, il apparaît difficile pour le juge de prendre en considération, dans son action d'interprétation, une législation même d'ordre public. Cependant certains feront remarquer que, si l'interprétation d'une convention est une question de fait, les juges du fond ne peuvent être sanctionnés par le juge de cassation. Mais la Cour de cassation, gardienne de l'article 1134 joue les garde-fous. En effet, par un

⁸⁵ Loi du 20 avril 1810.

⁸⁶ Art. L133-2 al. 2 C. cons. : « [Les clauses des contrats de consommation] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel (...) ». V. Civ.1 21 janvier 2003, pourvois n°00-13342 et n°00-19001, Bull. n°19 ; Civ.2 13 juillet 2006, pourvoi n°05-18104, Bull. n°214.



arrêt de principe en date du 15 avril 1872⁸⁷, le juge de cassation contrôle que les juges du fond, interprétant la convention des parties, n'ont pas dénaturé l'instrument contractuel. Ce contrôle de la dénaturation est une limite au pouvoir des juges du fond, une limite sévèrement surveillée par la Cour de cassation.

Les quelques arrêts qui ont semblé déroger à la théorie classique de l'interprétation ont été abondamment commentés. En outre, les auteurs qui se sont intéressés à la notion d'interprétation des actes juridiques privés ont essayé de donner une explication à ces écarts de la juridiction suprême. Dans tous les cas, il s'agit de mettre en application cette idée d'interventionnisme étatique, dont les autorités judiciaires constitueraient un maillon. Ainsi, pour prendre un exemple d'un auteur précurseur en la matière, Christian TALAMON voyait dans l'ordre public la frontière entre le simple contrôle de dénaturation et un contrôle plus poussé du juge de cassation⁸⁸. Autre exemple, plus synthétique : dans une esquisse des divers courants traversés par la théorie de l'interprétation, le professeur GELOT conclut que « *les objectifs de l'interprète sont, en l'absence d'indices de volonté, de satisfaire les besoins de justice de la collectivité, autrement dit, statistiquement, les aspirations des classes les moins favorisées* »⁸⁹. Encore une fois, cette aspiration, bien que tentante, n'est pas de nature à emporter définitivement la conviction. Entre le rôle volontariste du législateur, dont les textes ont pu entraîner la création progressive d'un ordre public social ; et la position des juges en matière d'interprétation, astreints à rechercher la commune volonté des parties et à ne pas se laisser entraîner dans des considérations d'équité ou issues d'un ordre public, il existe un fossé difficile à combler, même intellectuellement. Malgré le constat d'un ordre public plus affirmé, l'interprétation ne prend pas en considération les dispositions qui le constituent afin de combler l'obscurité d'une convention. De toute évidence, la théorie de l'interprétation demeure plus que tout autre mécanisme, la gardienne du contrat, chose des parties.

31. Après le courant classique, qui a donné à la notion d'interprétation le corps d'un concept, après le courant solidariste qui a secoué cette théorie sans l'ébranler, un dernier

⁸⁷ Civ. 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*, *Op. cit.*

⁸⁸ « *Dans ces matières, [touchant à l'ordre public] en effet la Cour de Cassation n'hésite pas à pousser son pouvoir de contrôle beaucoup plus loin que partout ailleurs* », TALAMON Christian. *Op. cit.*, p.67.

⁸⁹ GELOT Bertrand. *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*. *Op. cit.*, §14.



courant peut être suivi⁹⁰. Le Professeur GELOT, dans sa description des différentes époques traversées par notre droit, fait part du commencement d'une nouvelle ère à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, marquée par les théories américaines en matière d'analyse économique du droit⁹¹. Selon l'auteur, il convient de s'intéresser davantage à la finalité que poursuit le contrat, plutôt qu'à la volonté de leurs auteurs. C'est alors non plus la recherche de la commune volonté des parties au contrat qui domine, mais la mesure de l'efficacité de l'*instrumentum*, et les moyens de lui faire parvenir à l'efficacité optimale. Sans aucun doute, il est ainsi possible de parler d'objectivisation du contrat mais, bien que cette recherche de l'utilité du contrat ne puisse être niée, ce courant de pensée ne semble pas prédominant en matière d'interprétation. En effet, la recherche de la commune intention des parties aboutissait, selon la théorie classique, à rendre au contrat son efficacité maximale, chacune des parties étant réputée avoir contracté pour satisfaire ses intérêts. Si ce postulat a pu être questionné, mettre l'accent davantage sur l'efficacité économique de l'*instrumentum* ne renverse pas le principe de l'article 1156 du Code civil⁹². Lorsque les auteurs affirment que ce courant participe d'une objectivisation de l'interprétation, il semble s'agir davantage de vœux que d'un courant bien affirmé qui propose une méthode bouleversant l'économie du « *petit guide-âne* »⁹³. Il conviendra de revenir sur la portée de cette doctrine.

32. Si l'ensemble des courants doctrinaux étudiés n'ont pas été insensibles à la problématique de l'interprétation, et si les décisions de justice rendues au moyen de l'utilisation des mécanismes d'interprétation n'ont pas été unanimes, le système herméneutique français se caractérise toutefois par sa robustesse. Ainsi, en deux siècles, les événements auxquels il a été confronté n'ont pas abouti à sa métamorphose. Même pris à défaut en de nombreux points, notamment sur le caractère aléatoire de la recherche de la commune intention des parties, ou encore la nécessité d'être perméable dans une certaine mesure à des éléments extérieures aux contractants, les points de repère du système

⁹⁰ Dans le sens où le courant classique continue à gouverner notre conception de l'interprétation, et où le courant solidariste de manière générale continue à influencer certains auteurs, il n'est pas possible de qualifier ces époques de « révolues ».

⁹¹ GELOT Bertrand. *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*. Op. cit., §15.

⁹² GELOT Bertrand, étudiant la portée de l'article 1158, ne parvient pas à une autre solution lorsqu'il indique que « *doctrine et jurisprudence se rejoignent donc finalement pour trouver dans l'article 1158 les vertus d'une interprétation tout à la fois respectueuse des buts prévisibles des parties et attentive à l'utilité de l'acte* ». Ibid., §140.

⁹³ CARBONNIER Jean. *Les obligations*. Op. cit.



français n'ont pas vacillé. Certes, il y a quelques exceptions au principe de l'interprétation subjective, quelques écarts dans le contrôle de dénaturation de la Cour de cassation, ainsi que des débats doctrinaux encore vifs⁹⁴. Ces éléments devront être précisément analysés pour décider s'ils sont ou non compatibles avec les droits européens.

Fondamentalement toutefois, force est de constater que le droit français n'utilise pas les mécanismes de l'interprétation lorsqu'il s'agit de trouver une solution à une problématique comme celle rencontrée à l'occasion de l'affaire *Segers*⁹⁵. Dans cette dernière, la police d'assurance souscrite garantissait, en cas de décès, le paiement d'un capital qui était majoré pour chaque enfant à charge vivant au foyer de l'assuré. La Cour de cassation avait alors décidé que la question de la détermination de cet élément devait se conformer aux principes généraux du droit, et en particulier celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Si la Cour se place sur le terrain de la détermination des conditions d'application du contrat d'assurance, elle aurait pu user des mécanismes de l'interprétation pour décider que l'enfant conçu est réputé être un enfant à charge vivant au foyer de l'assuré, au sens du contrat d'assurance, à la condition qu'il naisse vivant et viable⁹⁶. Elle aurait pu décider que cette clause contractuelle ne pouvait être lue sans conférer à cette stipulation le sens le plus conforme au droit objectif, et en particulier le principe général du droit d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Or, la Cour de cassation n'utilise pas les mécanismes de l'interprétation à de telles fins, et la doctrine ne l'y incite guère.

33. Il est pourtant possible de recenser un dernier courant doctrinal en matière contractuelle. Cette étude est en effet l'occasion d'illustrer l'influence européenne sur le droit des obligations. Ce courant prône également l'optimisation de l'instrument contractuel. Il met en œuvre une application des droits fondamentaux en la matière, particulièrement sous l'influence de la Cour EDH. Certaines législations, interprétées et appliquées par la CJUE,

⁹⁴ V. par exemple, s'agissant du contrôle de dénaturation de la Cour de cassation appliqué aux contrats types et aux contrats d'adhésion : REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *RDC* 2015, n°1, p.199-206, §17. V. de manière plus générale, concernant l'actualité des débats doctrinaux sur l'interprétation, *RDC* 2015, n°1, p.146 sq.

⁹⁵ Civ.1 10 décembre 1985, arrêt *Segers c/ Euravie*, pourvoi n°84-14328, Bull. n°339.

⁹⁶ Ce raisonnement est permis sous réserve de la distinction possible entre l'interprétation et la détermination du contenu d'un acte : SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil, articles 1156 à 1164, Fasc. 10, Op. cit.*, §11-13.



veillent à l'équilibre des forces dans le contrat, en protégeant le consommateur, de sorte que le courant solidariste trouve un prolongement de ses conceptions. La Cour EDH développe également une jurisprudence favorable au respect d'un équilibre entre les parties au contrat. Par conséquent, au-delà de la coloration de ce droit européen, il apparaît pertinent en ce qu'il impose des solutions dérogatoires à celles issues des droits nationaux, et propose des mécanismes novateurs pour parvenir à ces solutions. Après l'exposé de ces mécanismes, leur mise en perspectives consistera à indiquer si le droit français a les moyens de faire sortir sa conception de l'interprétation de son immobilisme.

34. Une précision s'impose ici, destinée à établir fermement l'esprit dans lequel cette étude s'inscrit. La frontière est réelle entre, d'une part, les juristes persuadés que les droits nationaux doivent tout mettre en œuvre pour que l'harmonisation opérée par le droit européen soit effective ; d'autre part, les juristes qui refusent ce droit européen, et en particulier ses modalités techniques, perçues comme une capitulation aux conditions de l'ennemi. Cette étude admet par principe la possibilité d'une influence européenne sur le droit français. Elle a pour objet de déterminer si les mécanismes proposés par le droit européen sont susceptibles d'avoir une influence sur l'interprétation des actes juridiques privés. Elle reçoit les critiques des juristes réfractaires au droit européen lorsqu'elle étudie si le droit européen apporte des solutions viables en droit français pour l'interprétation des conventions. Le défi lancé au droit européen consiste à établir si celui-ci est suffisamment rigoureux dans sa méthode pour permettre à l'interprétation française de devenir un instrument privilégié du droit.

§ 2.- Le dynamisme des contraintes extérieures

35. Cette étude – l'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés – a pour objet de s'interroger sur la question de savoir si une influence européenne est possible en droit des contrats, et pourquoi elle emprunterait les mécanismes de l'interprétation. Si cette interrogation première, et primordiale pour une partie de la doctrine, ne pourra décemment trouver réponse qu'au cours de cette étude, il est toutefois possible de s'en tenir à deux explications liminaires tenant d'une part à la vigueur de l'interprétation en droit européen (A), d'autre part à l'importance de l'interprétation comme moyen d'efficacité du droit des contrats (B).

A/ La vigueur de l'interprétation européenne

36. L'interprétation européenne désigne les directives d'interprétation qui sont présentes dans le droit issu de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁹⁷ et dans le droit issu des Traités sur l'Union européenne et des actes dérivés⁹⁸, tels qu'interprétés et appliqués par leurs Cours respectives. La présence de ces directives d'interprétation est le résultat d'un environnement particulier, tant historique que philosophique (1). En outre, parler de « vigueur » à son égard signifie d'abord qu'elle connaît une actualité importante (2), ensuite qu'elle fait preuve d'une spécificité (3).

1) L'environnement de l'interprétation européenne

37. L'idéologie des droits de l'Homme appartient à un univers particulier, et le champ lexical de la Convention (EDH) répond d'abord d'un contexte historique. En droit « français », la reconnaissance de droits et libertés individuelles s'est faite discrète. Les chartes de communes extorquées par les citoyens aux seigneurs ne contenaient pas ou peu de libertés individuelles, écrasées sous la puissance de la Communauté⁹⁹. Prenant une autre dimension, outre-manche, c'est le roi d'Angleterre en personne qui, dès 1215 par la Grande charte, s'engage à respecter un certain nombre de libertés¹⁰⁰. Quelques siècles plus tard, en 1628, il renouvelle et accroît le nombre de ces libertés par la Pétition des droits¹⁰¹. Cinquante ans plus tard, en 1679, l'*Habeas Corpus* constitue une illustration remarquable de garanties

⁹⁷ Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, couramment dénommée Convention Européenne des Droits de l'Homme, ci-après Convention EDH. La Convention a été signée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, suite à la ratification par dix Etats. La France a signé la Convention EDH le 4 novembre 1950 mais ne l'a ratifiée que le 3 mai 1974, date de son entrée en vigueur. Elle a signé le Traité de Rome le 1^{er} mars 1958, son entrée en vigueur intervenant le 1^{er} janvier 1958.

⁹⁸ Traité de Rome signé le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 ; les Traités modificatifs.

⁹⁹ CARBASSE Jean-Marie. *Introduction historique au droit*. Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 1998. \$65 sq.

¹⁰⁰ *Grande Charte*, 15 juin 1215. Pour une traduction, LERUEZ Jacques (documents réunis et commentés par). *Les institutions de la Grande-Bretagne*. Paris : La documentation française, novembre 1994.

¹⁰¹ *Bill of Rights* du 7 juin 1628. Pour une traduction, PACTET Pierre. *Les institutions politiques de la Grande-Bretagne*. Paris : Documentation française, 1960, 30p.

reconnues au citoyen¹⁰². Dans ces textes se retrouve une partie de l'existence des conventions consacrant des droits de l'Homme¹⁰³. Chacun constitue une étape supplémentaire en faveur des droits et libertés fondamentaux.

Ce parcours historique, fait de luttes et de conquêtes parfois sanglantes, n'a pas été ignoré des penseurs, selon des finalités parfois fort différentes de l'idéologie des droits de l'Homme. Malgré des représentations variées, s'est faite jour la théorie du contrat social, qui trouve sa consécration au cours du siècle des Lumières. Développée par plusieurs philosophes¹⁰⁴, l'idéologie des Droits de l'Homme et du citoyen connaît alors un fondement tant historique qu'anhistorique. En effet, bien qu'il s'agisse d'une théorie politique, dans la lignée des revendications rappelées, il est fait référence à un état de nature, dans lequel les hommes vivaient égaux et libres¹⁰⁵, avant de s'engager dans le Contrat social. Cette situation primitive, conceptualisée dans le monde protestant au XVII^{ème} siècle par les partisans de l'Ecole du droit naturel, au nombre desquels HOBBS et LOCKE, mais encore GROTIUS, PUFENDORF ou encore THOMASIIUS, prend pour objet l'Homme, en tant qu'individu paré de sa dignité et qui dispose sur le plan juridique de prérogatives¹⁰⁶. C'est donc la conception de l'Homme qui change, rapporté à l'état atomique et considéré en dehors de toute référence à un espace ou à un temps. Par le passage de l'état de nature à l'état du Contrat social – instant mythique – les individus consentent aux sacrifices nécessaires. De manière plus historique, par la déclaration de droits, sont rappelés les droits et libertés dont bénéficient les Hommes et citoyens.

¹⁰² *Habeas Corpus Act* de 1679. Pour une traduction, LERUEZ Jacques. Op. cit.

¹⁰³ Les déclarations des Etats américains au moment de l'Indépendance se rattachaient, au moins indirectement, au précédent du *Bill of Right* de 1679.

¹⁰⁴ En particulier HOBBS. *Léviathan*, 1651; LOCKE John. *Essais sur le gouvernement civil*, 1680 ; ROUSSEAU Jean-Jacques. *Contrat social*, 1762.

¹⁰⁵ Cette image de l'Age d'or, tirée des mythes grecs, connaît plusieurs déclinaisons, selon l'optimisme ou le pessimisme des auteurs.

¹⁰⁶ Bien entendu, cette pensée n'est pas née du néant. L'avènement du christianisme au sein de l'Empire romain marque le début de cette émancipation de l'Homme au sein de sa Communauté. Le passage d'une société holiste à une société individualiste s'est fait selon un long procédé, à l'intérieur duquel les théories théologiques, souvent condamnées à l'hérésie, à l'instar de Pélage, ont peu à peu pénétré les esprits. Le protestantisme en particulier, avec d'importantes nuances, a globalement valorisé le rôle de l'Homme.



Dans ce contexte, la France se dote pour la première fois d'une déclaration de droits le 26 août 1789 aux accents individualiste et universaliste¹⁰⁷. Fruit de la volonté générale, à laquelle chacun concourt à part égale selon la théorie rousseauiste du Contrat social, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 est décrétée par « *les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale* »¹⁰⁸. L'aspect « *déclaratif* » au sens de « *reconnaître expressément ce qui existe* » prend toutefois l'ascendant sur le caractère obligatoire du texte jusqu'à son intégration dans le bloc de constitutionnalité par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971¹⁰⁹. En 1789 où sont consacrées des idées qui ont circulé pendant tout le siècle des Lumières, la France entame un long processus constitué de progrès et de reculs. Les déclarations se sont donc succédées, plus ou moins ambitieuses, à la portée souvent insatisfaisantes¹¹⁰. L'adhésion à la Convention EDH constitue une étape supplémentaire vers la promotion et la protection des droits de l'Homme en France. En soi, elle ne garantit ni l'impossibilité d'un recul des droits et libertés protégés, ni le développement de ceux-ci.

38. La Convention EDH est l'héritière du courant naturaliste, bien que l'aspect déclaratif soit moins présent. Ainsi, formellement, n'est-elle pas une déclaration – au contraire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 – mais une convention. Elle réunit différents Etats et, par voie de conséquence, différents peuples, partageant de semblables valeurs¹¹¹. Ces valeurs n'empêchent pas des manières très diverses pour évoluer au sein d'un système de protection des droits de l'Homme : la victoire explosive et douloureuse de la Révolution et des droits de l'Homme en 1789 tranche avec l'ambiance plus feutrée et

¹⁰⁷ Sur les divers projets et déclarations de droits en France, voir JAUME Lucien (textes présentés par), *Les déclarations des droits de l'Homme, 1789 – 1793 – 1848 – 1946*. Paris : G.F. Flammarion, 1989, 376p.

¹⁰⁸ Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

¹⁰⁹ Cons. Const. 16 juillet 1971, décision n°71-44 DC, Rec. p.29.

¹¹⁰ Sur les Déclarations des Droits de l'Homme et les différents projets proposés, on peut se reporter à JAUME Lucien. *Op. cit.*

¹¹¹ Il est difficile de lire le préambule de la Convention EDH sans songer que, au-delà des « *gouvernements d'Etats européens* », ce sont bien les peuples qui sont « *animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit* ». En revanche en effet, sur le fondement de la théorie du Contrat social, il revient aux gouvernements de « *prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ».

consensuelle de l'Angleterre¹¹². Cette confrontation pose le problème de l'effectivité et du dynamisme des droits protégés. La réponse se trouve d'une part dans la place accordée aux Etats dans la Convention EDH et, de manière plus générale, dans les textes européens, d'autre part dans la place accordée au juge.

39. L'affirmation du préambule selon laquelle les « *gouvernements d'Etats européens [sont résolus] à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* » suggère clairement un cadre apaisé de dialogue concernant la protection des droits et libertés fondamentaux¹¹³. En outre, au contraire de la conception déclaratoire de la Convention, certains auteurs relèvent que le préambule de la Convention fait référence non seulement à la sauvegarde, mais aussi au « *développement des droits de l'homme* »¹¹⁴. Par conséquent, cet objectif fonderait une interprétation dynamique de la Convention. Dans la logique d'une interprétation évolutive, la Cour EDH dispose d'une habilitation pour que la Convention – instrument vivant – soit interprétée au moment où la Cour statue¹¹⁵.

Ainsi, l'évolution du système européen des droits de l'Homme repose d'abord sur la dimension contractuelle de la Convention. S'agissant de la participation des Etats à l'évolution de la Convention, à aucun moment de la Convention, préambule inclus, il n'est véritablement question de la volonté des Etats tandis que, en qualité de signataires¹¹⁶, ils obtiennent la qualité de « *Hautes parties contractantes* »¹¹⁷. Par conséquent, un Etat, ratifiant

¹¹² S'agissant du contraste entre l'avènement des droits de l'Homme dans les différents pays, on pense aussitôt à la répulsion éprouvée par Benjamin CONSTANT à l'égard des événements de la Révolution française CONSTANT Benjamin. *De la liberté des anciens (Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819)*. In *De la liberté chez les modernes*. Paris : Marcel Gauchet. 1980 (Livre de Poche / Pluriel).

¹¹³ Préambule de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

¹¹⁴ SCHAHRMANECHE Aurélie, SUDRE Frédéric (Dir.). *La motivation des décisions de la Cour EDH*. Thèse doctorale, droit. Montpellier : université de Montpellier 1, 2012. Paris : Publications de l'Institut international des droits de l'Homme, 2014, (A. Pedone).

¹¹⁵ MATSCHER FRANZ. *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la CEDH*. In SUDRE Frédéric (dir.). *L'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 1998, 352p. (Droit et justice). Spéc. p.22.

¹¹⁶ Ainsi ce sont les « *gouvernements signataires* » qui conviennent de droits dont ils entendent assurer le respect sur leur territoire : Préambule de la Convention EDH.

¹¹⁷ Art. 1 de la Convention EDH. Ce même article prévoit l'obligation pour les parties de respecter les droits de l'Homme.

la Convention, s'engage à faire respecter les droits de l'Homme inscrits dans cette dernière, et s'expose en cas de manquements à des décisions rendues contre lui par la Cour EDH. S'il est possible pour un Etat de formuler des réserves à l'égard d'une disposition particulière de la Convention, la Cour interprète de manière stricte les modalités d'application¹¹⁸.

Les Hautes parties contractantes ont la possibilité de négocier la protection de droits fondamentaux supplémentaires à ceux déjà consacrés, ce qui se matérialise par des Protocoles additionnels à la Convention¹¹⁹. Le processus d'évolution des droits qui ne sont pas déjà consacrés dans la Convention est donc nettement identifié, mais doit être relativisé au regard du nombre limité des protocoles négociés et ratifiés par les Etats. Par ailleurs, si l'Etat défend sa position en donnant parfois une interprétation singulière de la Convention, cette interprétation ne lie pas la Cour. En outre, sur le fondement de l'article 36 de la Convention, si le Président de la Cour peut inviter une Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance à présenter des observations écrites, cette prérogative est reconnue à « *toute personne intéressée autre que le requérant* »¹²⁰. Par conséquent, les Hautes Parties contractantes ne sont pas maîtresses de l'interprétation de la Convention. Il est possible d'ajouter que, lorsque la Cour recherche l'existence d'un consensus sur un problème déterminé, les droits internes au sens large, qui comprennent par exemple les pratiques administratives, sont analysés sans que les Etats soient parties au procès. Dans ces conditions, c'est la Cour EDH qui a assumé le développement continu des droits et libertés inscrits dans la Convention.

¹¹⁸ Ainsi la Cour contrôle l'interprétation de ces réserves. Elle exige notamment que la réserve ne soit pas rédigée en des termes trop vagues ou amples afin qu'elle puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts. En matière de déclaration d'interprétation, elle exige que le libellé permette de mesurer la portée de l'engagement de l'Etat contractant, en particulier quant aux catégories de litiges visés, et ne se prête pas à différentes interprétations : CEDH AP 29 avril 1988, arrêt *Belilos c/ Suisse*, req. n°10328/83, §49 ; CEDH 4 mars 2014, arrêt *Grande Stevens e.a. c/Italie*, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §209. En revanche, lorsque la Cour EDH déclare la réserve valable, cela a pour effet de rendre la requête, fondée sur la disposition concernée, irrecevable.

¹¹⁹ C'est ainsi par exemple que, faisant écho au préambule de la Convention elle-même, le préambule du Protocole n°1 additionnel à la Convention EDH indique que « *les gouvernements signataires (...), résolus à prendre des mesures propres à assurer la garantie collective de droits et libertés autres que ceux qui figurent déjà dans le titre I de la Convention [EDH]* » ont convenu de protéger la propriété : Préambule du Protocole n°1 additionnel à la Convention EDH.

¹²⁰ Art. 36 de la Convention EDH.



L'ordre juridique de l'Union fait l'objet, contrairement à la Convention EDH, d'évolutions régulières auxquelles les Etats membres sont parties, qu'il s'agisse de la modification des Traités primaires et de celle des actes dérivés. Il convient d'ajouter que, s'agissant plus particulièrement de la protection des droits fondamentaux, de nombreux exemples montrent que la CJUE reprend la jurisprudence de la Cour EDH. Pour autant, la CJUE, comme la Cour EDH, en leurs qualités respectives d'interprètes des textes de l'Union et de la Convention EDH, possèdent des prérogatives importantes en matière de conciliation des normes des ordres juridiques européens et nationaux. L'action des cours européennes peut être appréhendée au travers de la théorie « réaliste »¹²¹.

40. L'effectivité et le dynamisme des droits protégés par les textes européens s'analyse également comme le résultat de l'activisme des cours européennes, et du rôle assumé par les juges. La théorie *réaliste* du droit a été élaborée pour pallier les insuffisances de la théorie normativiste de KELSEN. Cette théorie connaît de nombreuses nuances mais ont pour point commun de consacrer une place importante au juge. On peut citer des auteurs comme H.L.A. HART, Alf ROSS ou encore Carl SCHMITT pour illustrer les courants de cette conception du droit et de l'interprétation.

Des auteurs américains, plus réceptifs que KELSEN à l'hypothèse d'un rôle important du juge, tels DWORKIN ou HART, ont été embarrassés par la question de l'interprétation. HART en particulier, traducteur de KELSEN, revient sur la délimitation du concept de normativité, et approfondit la question de la marge d'appréciation du juge¹²². Le système juridique selon lui est constitué de normes primaires et de normes secondaires¹²³. La norme, telle que la conçoit KELSEN, est représentée par le concept de règle primaire, en ce qu'il s'agit d'un acte de volonté ayant pour objet de réguler un comportement. Mais cette norme doit être valide

¹²¹ V. notamment MAINGUY Daniel. « L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II ». *JCP G* 2011, n°20, p.997-1003, §4 : « Une conception réaliste considère (...) que le travail d'interprétation est libre, en ce sens que l'interprète souverain dispose d'une liberté totale dans son interprétation, acte de volonté, de sorte que c'est cette interprétation qui donne corps à la norme, voire, chez Michel Troper, qui crée, établit la norme. Dans cette conception, la norme c'est la jurisprudence (...) ».

¹²² HART (1907-1992), classé parmi les *réalistes*, et qui a lui-même décrit sa théorie comme un essai de sociologie descriptive, a réfuté les tentatives de lecture *réaliste* de son travail. HART Herbert Lionel A., *Sur le réalisme scandinave*. In JOUANJAN Olivier (dir.). *Théories réalistes du droit*. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg. Strasbourg, 2000, p.43-50.

¹²³ HART Herbert Lionel A. *Le concept de droit*. trad. VAN DE KERCHOVE Michel, 1961. Bruxelles : PFUSL, 1976, p.130.



dans un système de droit et, à cette fin, une règle secondaire est appelée à la légitimer¹²⁴. Pour expliquer ce passage de la règle primaire au concept de norme, l'auteur se singularise par une autre distinction, entre le point de vue interne et le point de vue externe¹²⁵. Ce dernier correspond à l'étude du concept de norme telle que la conçoit Kelsen, c'est-à-dire une norme juridiquement valide au regard de la hiérarchie des normes. Mais le point de vue interne, ne doit pas être négligé ; il prime même sur le précédent¹²⁶. Il exprime le point de vue de ceux qui adhèrent à une règle parce qu'ils considèrent celle-ci obligatoire par application d'une « *règle de reconnaissance* »¹²⁷. De façon générale, un justiciable dans un pays de *Common law* s'attachera au critère du précédent, un autre dans un pays de droit écrit se fiera au respect de la procédure législative. La règle juridique perçue comme valide d'un point de vue interne, le citoyen l'admet comme norme – valide juridiquement – et admet par conséquent que sa violation soit sanctionnée.

Dans ce système, le rôle du juge est plus important¹²⁸. Par hypothèse, il bénéficie de ce que l'auteur appelle la « *marge d'indétermination* », laquelle désigne la marge existant au

¹²⁴ Cette règle est plus générale et moins fixe dans le temps. Elle a trois objets distincts. D'abord, la règle supérieure peut fixer les conditions d'identification de la règle juridique ; elle constitue une « *règle de reconnaissance* » de la norme. Ensuite, elle peut permettre d'adapter les règles primaires de diverses façons (ce que l'auteur désigne sous la qualification de « *règles de changement* »). Pour cela, une opération intellectuelle est nécessaire puisque, recherchant aux travers de la règle primaire la règle secondaire qui l'anime, on réalise une subsomption du particulier sous le général. Enfin, la règle secondaire peut-être une règle de décision. C'est sa présence qui permet de mettre en œuvre le droit, d'appliquer la norme. Cette distinction a toutefois été critiquée par BOBBIO, qui considère que les règles de reconnaissances caractérisent à elles seules les règles secondaires : V. par exemple MILLARD Eric. « L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio », *Analisi e Diritto*, 2005, p.209-217. Spéc. p.215 sq.

¹²⁵ Sur l'originalité relative de cette distinction, V. MILLARD Eric. « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2007, n°2, p.59-71.

¹²⁶ HART Herbert Lionel. A. *Le concept de droit*. Op. cit.

¹²⁷ Cette « *règle de reconnaissance* », fixée par la règle secondaire, a pour objet de déterminer « *un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant de manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe* » : *Ibid.*, p.120.

¹²⁸ V. notamment, concernant le système juridique de l'Union : LECOURT Robert. *L'Europe des juges*. Bruxelles : Bruylant, 1976, 321p. ; DUBOS Olivier. *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*. Paris : Dalloz 2001, 1015p. De manière très symbolique, V. notamment « la plénitude de compétence du juge national » définie par CANIVET Guy. *Le droit communautaire et l'office du juge national. Droit et Société* 1992, p.143-154. V. également, parmi les techniques permettant une meilleure articulation entre les systèmes juridiques, l'interprétation conforme : SAUVE Jean-Marc. *La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen*. Conférence à l'Université Jagellonne de Cracovie (Pologne), le 22 octobre 2012.



moment où l'on procède à l'opération de rapprochement de la règle primaire avec la règle secondaire afin de vérifier leur filiation¹²⁹. A ce moment, s'opère ce que l'on considère être « l'interprétation du droit »¹³⁰, la règle primaire étant considérée comme le résultat de cette interprétation par le juge. Cela signifie que, de la règle secondaire, il est permis, en raison de l'activité juridictionnelle, de découvrir plus de règles primaires que celle qui était exposée. L'intériorisation par le justiciable, tant des règles secondaires que des règles primaires, justifie cette possibilité de production normative. Elle n'est toutefois pas suffisante. Il est nécessaire de considérer que la règle de reconnaissance ne consiste pas seulement en des règles sur l'activité législative, mais intègre la fonction d'interprétation du droit reconnue au juge¹³¹. En ce sens, la norme est constituée par la règle de droit juridiquement valide et telle qu'interprétée par le juge. La particularité de la théorie de l'auteur américain est de reconnaître la qualification de norme à la règle prononcée par le juge, mais également reconnue comme obligatoire par son destinataire.

41. L'importance accordée à la décision du juge n'est pas propre au modèle anglo-saxon. Une inflexion vers le *réalisme* s'est opérée dans les systèmes de pensée scandinaves¹³². Ainsi Alf ROSS a insisté sur le rôle du juge¹³³. Influencé par la philosophie de HÄGERSTRÖM, ROSS adopte un point de vue empirique au terme duquel toute analyse du droit doit reposer sur les décisions qui traduisent l'effectivité d'un système juridique¹³⁴. Dit autrement, seules les normes effectivement appliquées par les cours et tribunaux constituent le droit positif, de sorte que ce sont les comportements des juges, plutôt que les normes qui s'adressent à eux,

Texte disponible sur le site < <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-dynamique-de-protection-des-droits-fondamentaux-en-droit-national-et-en-droit-europeen#46> > (consulté le 17/09/2015)

¹²⁹ L'auteur ne fournit cependant pas de raison précise à l'existence de cette marge.

¹³⁰ HART Herbert Lionel. A. *Le concept de droit*. Op. cit.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Pour une synthèse, V. MILLARD Eric. *Réalisme scandinave, Réalisme américain : un essai de caractérisation*. In le Réalisme juridique scandinave en question, Actes du colloque de Rouen, 17-18 mai 2002. Rouen : Presses Universitaires de Rouen, 2004.

¹³³ ROSS Alf Niels Christian (1899-1979).

¹³⁴ STOMHOLM Stig. « La philosophie du droit scandinave ». *RIDC*, 1980 n°1, p.13.



qui relèvent de la science du droit. Par conséquent, la norme est toute comprise dans la décision de justice, qui réunit l'existence de la règle et son application¹³⁵.

42. Carl SCHMITT, père du décisionnisme, est parvenu à la même conclusion que les précédents auteurs. Bien qu'il ne consacre pas avec la même force que KELSEN l'autonomie du droit, il réintègre la dimension juridictionnelle dans la recherche de la norme¹³⁶. Il reprend le postulat de la théorie normativiste selon laquelle l'acte de volonté, élément nécessaire à la constitution de la norme, s'exprime au moyen de signes linguistiques. Toutefois, au contraire de KELSEN, il considère que le postulat de la pureté de l'énoncé du droit laisse entrevoir les problèmes liés à son impureté. La problématique de l'application du droit, de son interprétation, devient alors une dimension primordiale. Pour SCHMITT, tout ordre repose sur une décision plus que sur la règle textuelle qui en est la source¹³⁷.

43. La conception *réaliste* de l'interprétation a été introduite dans la doctrine française par le Professeur TROPER, partisan de cette branche du positivisme juridique et artisan de la théorie des contraintes juridiques. S'appuyant sur ses travaux de thèse¹³⁸, il contribue à la « *théorie réaliste de l'interprétation* », d'après laquelle le véritable créateur de la norme est

¹³⁵ La problématique de l'acceptation de la norme a été plus profondément étudiée par Olivecrona, dont le système de pensée est très proche. Voir sur ce point STOMHOLM Stig. *Op. cit.*, p.15. De manière schématique, Ross poursuit toujours une démarche empirique et subjective, de telle sorte que l'acceptation résulte du constat de l'acceptation par le citoyen de la norme. Voir sur ce point, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique. « Alf Ross : droit et logique ». *Droit et Société* 2002, n°50.

¹³⁶ SCHMITT Carl (1888-1985), juriste et philosophe allemand, dont les écrits ont connu un écho en France à partir des années 1980.

¹³⁷ Pour exprimer cette importance, l'auteur revient sur la distinction opérée par KELSEN entre la normativité et l'application, cette dernière représentant le pouvoir discrétionnaire du juge. Or, ce pouvoir contient l'élément décisif. Comme HART pour lequel c'est entre les règles primaires et secondaires que la métamorphose de la norme s'opère, SCHMITT considère que la norme possède un « *moment aléatoire* » irréductible, et que ce moment correspond à son application par le juge. En outre, contrairement à la théorie de KELSEN, le juge n'est pas tenu, pour interpréter une règle juridique, par une règle qui lui est extérieure et s'impose à lui par la force. A cet égard, l'application, et sa dimension prescriptive, l'emporte sur le contenu normatif. L'ordre naît de la décision du juge, qui met fin à l'état de nature. Cette importance du juge s'explique tant par sa liberté à l'égard de normes supérieures – la norme supérieure de KELSEN ou la norme secondaire de Hart – que par l'absence de justification du bien-fondé de la décision, qui repose sur l'autorité du juge. Cette caractéristique du décisionnisme schmittien, allié avec le parcours idéologique de l'auteur, explique la portée relative de cette pensée dans la définition de la norme.

¹³⁸ TROPER Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ, 1^{ère} éd. 1973, 2^{ème} éd. 1980.



l'interprète¹³⁹. Cette doctrine a été rejetée avec force par Otto PFERSMANN¹⁴⁰, adepte de la pensée kelsénienne, ou encore par le Professeur PICARD¹⁴¹. La théorie des contraintes juridiques constitue une transposition de la doctrine *réaliste*¹⁴². Celle-ci a recherché, une fois le constat d'une norme-création du juge, les facteurs susceptibles d'influencer le juge dans sa décision. La méthodologie *réaliste* – dont l'objectif est de prédire le sens des décisions prises par les juges¹⁴³ – se démarque définitivement de la théorie de KELSEN qui procède à une description objective des normes¹⁴⁴. Dans la théorie *réaliste* au contraire, l'ensemble des facteurs, et singulièrement des éléments subjectifs, doivent être recherchés pour expliquer – prédire – le sens de la décision du juge. Les idées politiques du juge, son appartenance à une religion, tous éléments susceptibles d'éclairer la décision prise entrent dans la recherche

¹³⁹ Sa théorie n'a pas fait l'objet d'une démonstration unique mais au travers de divers articles qui doivent être appréhendés comme autant d'occasions d'appliquer la théorie *réaliste* de l'interprétation.

¹⁴⁰ Les deux auteurs ont débattu par articles successifs : PFERSMANN Otto. « Contre le néo-libéralisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation ». *RFDC* 2002, n°4, p.789-836 ; TROPER Michel. « Réplique à Otto Pfersmann ». *RFDC* 2002 n°50, p.335 sq. ; PFERSMANN Otto. « Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper ». *RFD Const.* 2002, n°52, p.759-788.

¹⁴¹ V. par exemple, PICARD Etienne. *Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique*. In L'office du juge, Actes du colloque au Sénat, les 29 et 30 septembre 2006. Ce dernier déconstruit la théorie du Professeur TROPER en trois propositions. La première proposition consiste à affirmer que, lorsque la norme procède d'un texte, le véritable auteur de celle-ci n'est pas l'auteur du texte mais l'interprète ultime de ce dernier. Accordant ainsi au juge un rôle primordial, et traduisant de cette façon une conception empirique du droit, l'auteur se place résolument dans le courant *réaliste*. La qualification de norme est la conséquence de la décision du juge de dernier ressort. La deuxième proposition consiste à relever que « *l'interprétation de chaque norme par son interprète souverain est un acte qui, en droit, est totalement libre : un acte de pure volonté et non de connaissance* » : *ibid.* Il s'agit de tirer les conséquences de la première proposition : puisque la norme naît par l'interprétation, le texte interprété de même que la volonté authentique ne peuvent être considérés comme des normes, et contraignent en cette qualité l'action d'interprétation. La troisième proposition nuance la précédente, en rappelant que « *la liberté de l'interprète est néanmoins enserrée dans des contraintes juridiques* » : *ibid.*

¹⁴² TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, 2005, 201p.

¹⁴³ V. par exemple CHAMPEIL-DESPLATS Véronique. « Alf Ross: droit et logique ». *Op. cit.*, p.37-38 : « (...) Ross ne nie pas que le travail du scientifique puisse exercer une influence sur le juge ou le législateur car il n'est pas exclu de toute portée pratique. D'un côté, la recherche scientifique doit permettre de prédire les décisions futures, tout particulièrement celles des juges. D'un autre côté, elle propose aux praticiens des cadres d'analyse et des modèles de raisonnement ».

¹⁴⁴ *Ibid.* Et l'auteur de rajouter l'opposition formalisée par BOBBIO : « *Cette perspective a conduit Norberto BOBBIO à opposer les conceptions rossienne et kelsénienne de la science du droit : la première serait explicative-prescriptive tandis que la seconde resterait normative-descriptive* », p.38. V. également l'appréciation de l'auteur sur la portée de cette opposition.

du juriste¹⁴⁵. A ces éléments subjectifs, la théorie des contraintes préfère l'analyse des contraintes émanant du système juridique lui-même, que l'on peut qualifier d'« *intersubjectives* »¹⁴⁶. Partant, bien que l'interprète soit souverain, il serait influencé par des éléments issus du système juridique tels que, s'il venait à ne pas les prendre en compte dans sa décision, ceux-ci pourraient être utilisés pour la remettre en considération. Ainsi la solution dégagée par le juge doit-elle toujours être fondée sur une norme supérieure¹⁴⁷, qui peut être appréciée au regard de la norme telle qu'elle résulte du sens conféré par un juge à un texte. De la sorte, l'absence de prise en considération d'un énoncé posant une règle de fond peut être corrigée par une autre juridiction. L'énoncé indiquant la supériorité d'une juridiction sur une autre contribue aussi à cette correction. Une lutte entre des juridictions de même niveau sur un même énoncé peut également se rencontrer, qui trouve sa solution lorsque la signification donnée à l'énoncé par l'une l'emporte sur l'autre¹⁴⁸.

Pour décrire cette théorie au moyen des critères adoptés, la volonté joue également un rôle considérable, mais non la volonté authentique sinon celle de l'interprète qui, dans la mesure où elle contribue à l'application d'un énoncé, produit la norme. Cette volonté, sous réserve des effets de la théorie des contraintes, est souveraine. Le Professeur PFERSMANN considère que seul l'interprète authentique serait capable de connaissance objective¹⁴⁹. Le Professeur TROPER lui a répondu que sa théorie « *soutient que l'activité de ses organes peut être objet de connaissance, non qu'ils sont eux-mêmes capables de connaissance objective* »¹⁵⁰. Le Professeur PICARD reproche quant à lui à cette théorie de permettre au

¹⁴⁵ V. notamment Jérôme FRANK, représentant radical du mouvement *réaliste* américain, qui a élaboré la formule destinée à décrire la marge d'appréciation du juge par rapport aux normes, d'après laquelle $D=P*S$, où D représente la décision de justice, P la personnalité du juge et S les stimuli que celui-ci reçoit : FRANK Jérôme (1889-1957). *Courts on Trial*. Princeton : Princeton University Press, 1949. Selon ce courant du Réalisme, il n'existe pas de règles obligatoires *a priori* mais ces règles découlent d'une application réelle, la décision du juge résultant d'une réaction subjective à des stimuli divers, que la sociologie est en mesure de décrypter.

¹⁴⁶ MILLARD Eric. *Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes*. *Op. cit.*, p.8.

¹⁴⁷ TROPER Michel, « Justice contractuelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n°1, p.31-48.

¹⁴⁸ V. sur ce point, Michel TROPER. « Réplique à Otto Pfersmann ». *Op. cit.*, p.352 et 353.

¹⁴⁹ PFERSMANN Otto. « Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper ». *Op. cit.*, p.327.

¹⁵⁰ TROPER Michel. « Réplique à Otto Pfersmann ». *Op. cit.*, p.347.



volontarisme de déplacer sa « boîte noire », « de la volonté souveraine du constituant à la volonté souveraine du juge interprète »¹⁵¹.

S'agissant du caractère obligatoire, les mêmes questions se posent à Alf ROSS et au Professeur TROPER, sans reprendre toutefois la distinction des règles primaires et secondaires de HART. Ainsi, le caractère obligatoire s'attache aux interprétations données aux énoncés. Ces interprétations constituent les normes valides du système juridique, d'après lesquelles il est permis de caractériser le caractère conforme ou non des comportements observés¹⁵². Adoptant le point de vue interne des interprètes, la validité des normes provient du processus de production des normes inférieures. Toutefois, on retrouve un caractère normatif *a posteriori* ou implicite, lorsque les auteurs ne s'interrogent pas sur la réalité même de la portée normative de cette théorie *réaliste*, peu portée sur le devoir-être¹⁵³.

Cette conception *réaliste*, peu à peu, gagne l'acte juridique privé¹⁵⁴. Cet acte est alors le sens que lui confère le juge, ce dernier ayant pour mission de conférer un sens conforme au droit positif¹⁵⁵. C'est le juge qui, décidant plutôt que constatant, confère sa validité à cet

¹⁵¹ PICARD Etienne. Op. cit.

¹⁵² L'auteur opère cependant une distinction avec la théorie *réaliste*: « Elle [la Théorie réaliste des interprétations] observe en outre que ces décisions, couramment appelées « interprétations » s'imposent en fait, parce que les comportements qui sont réputés obligatoires dans le système sont seulement ceux qui sont prescrits par ces interprétations. Elle est donc fondée à les appeler des « normes » valides. Mais ce terme ne saurait signifier du point de vue d'une théorie réaliste que l'on doit réellement se comporter conformément à ces normes. Il signifie seulement que les comportements tenus pour conformes au droit dans le système considéré sont ceux qui sont conformes à ces normes ». TROPER Michel. « Réplique à Otto Pfersmann ». Op. cit., p.346.

¹⁵³ « En toute hypothèse, on voit mal comment le droit pourrait, dans ces conditions, conserver quelque normativité propre ni comment toutes les contraintes présentées par la théorie réaliste ne se substitueraient pas purement et simplement aux obligations juridiques (...) Et il n'en irait différemment que si la théorie montrait au contraire que nombre de données objectives s'imposent juridiquement au droit, même si la façon dont elles s'imposent ne résulte pas du droit positif, mais de ce qu'est le droit lui-même. Mais, pour cela, il faudrait concevoir différemment les rapports qui doivent s'établir entre le devoir-être du droit et l'être en général ». PICARD Etienne. Op. cit.

¹⁵⁴ « Dépassant la nécessité d'un fondement théorique unitaire, d'aucuns constatent, en prenant appui sur la théorie réaliste du droit, que la reconnaissance d'un contrat revient à une question d'interprétation par le juge d'un contexte donné » : ROCHFELD Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Op. cit. V. également GAHDOUN Pierre-Yves. « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat ». *Dalloz* 2005 n°23, p.1517-1520.

¹⁵⁵ « Finalement, le droit positif des contrats n'est rien d'autre que l'interprétation des textes en vigueur et le contrat ne peut être décrit qu'au regard de cette interprétation (entendu comme l'acte, le fait d'interpréter) ». « Sera a priori considéré comme un contrat un accord de volontés visant à produire des effets de droits,

acte¹⁵⁶. Le pouvoir des parties consiste à conférer un sens à leur engagement, sens valide jusqu'à une interprétation différente fixée par le juge. Par conséquent, cette conception de l'opération d'interprétation est susceptible de faire perdre ses repères au droit français des obligations.

44. Chez l'ensemble des auteurs *réalistes*, la reconnaissance de la qualification de « norme » correspond à son application par le juge au moment où celui-ci rend sa décision. La validité de la norme est appréciée au regard de son effectivité : puisque le juge utilise cette règle, c'est qu'elle existe. Cette conception doit s'accompagner toutefois d'un certain recul sur la décision prononcée par le juge, afin notamment de s'assurer que le modèle démocratique est respecté. Or, cette préoccupation est omniprésente à l'égard de la Cour EDH. Le Professeur Jacques FOYER relève ainsi cette inquiétude : « (...) *on a parfois l'impression d'une machine [la Cour EDH] qui s'emballe et surtout d'une machine sur laquelle nous n'avons aucun contrôle. Et c'est bien ce qui est inquiétant, d'autant plus que (...) la Cour européenne se fonde sur le modèle parfaitement flou de la société démocratique. Ce modèle en soi, est une excellente chose mais il peut revêtir différentes interprétations et il est gênant que seule la sienne soit la bonne par hypothèse, d'autant plus que son interprétation est (...) évolutive. On n'est jamais sûr qu'une solution de la Cour européenne demeurera nevariatur* »¹⁵⁷.

45. Le dynamisme de la protection des droits reposant de manière importante sur le juge – européen comme national¹⁵⁸ – la problématique des directives d'interprétation revêt par

conforme au droit positif et qui s'intègre dans le cadre de certains principes généraux du droit et/ou de la morale » : GAHDOUN Pierre-Yves. « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat ». *Ibid.*

¹⁵⁶ « *Dès lors, le contrat ne tire pas sa validité de l'article 1134, comme une facilité de langage le laisse entendre, mais de telle ou telle interprétation qui en est faite* » : GAHDOUN Pierre-Yves. « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat ». *Ibid.*

¹⁵⁷ FOYER Jacques. *In L'office du juge. Les colloques du sénat, 29 et 30 septembre 2006*. Disponible sur < http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf > (consulté le 17/09/2015).

¹⁵⁸ SUDRE Frédéric. *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*. In *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles : Bruylant, 2000, spéc. p.824.

conséquent un intérêt particulier¹⁵⁹. Dans sa thèse, le Professeur Denys SIMON a démontré une certaine homogénéité des techniques d'interprétation mises en œuvre par les deux Cours¹⁶⁰. L'auteur rappelait en 2001 que « *la place accordée à l'interprétation systématique des textes fondateurs, notamment grâce aux techniques de l'effet utile intensif, de l'interprétation évolutive et du but actualisé, donne une grande homogénéité aux deux jurisprudences, et surtout expriment un souci commun de libérer le sens des traités communautaires comme de la Convention européenne des droits de l'homme d'une vision subjective et rétrospective* »¹⁶¹. Par conséquent, cet environnement de l'interprétation en droit européen exprime la vigueur de l'interprétation, et explique notamment son actualité.

2) L'actualité de l'interprétation européenne

46. En lien avec la conception *réaliste* du droit, l'évolution du droit européen se mesure à l'aune des décisions de justice successives. Il en est particulièrement ainsi de la Cour EDH qui produit régulièrement des décisions relatives au droit des contrats et qui encourage son immixtion toujours plus grande en reconnaissant « *un véritable recours individuel* » plutôt qu'une procédure de question préjudicielle¹⁶².

C'est ainsi que la Cour, par l'arrêt *Pla et Puncernau*, rendu le 13 juillet 2004 contre l'Etat d'Andorre¹⁶³, a émis un « *avis de tempête européenne sur l'interprétation des*

¹⁵⁹ Concernant l'influence du courant réaliste sur l'interprétation de la Cour EDH : DUBOUT Edouard. « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme ». RTDH 2008, n°74, p.383-418. spéc. p.387 sq.

¹⁶⁰ SIMON Denys. *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*. Paris : Pédone, 1981.

¹⁶¹ SIMON Denys. « Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? ». *Pouvoirs* 2001 n°1, p.46-47.

¹⁶² MARGUENAUD, Jean-Pierre (Dir.) e.a. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? » Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges. *RDC* 2011 n°1, p.229-259.

¹⁶³ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, req. n°69498/01, FLAUSS Jean-François. « La Cour européenne, « quatrième degré de juridiction ». *AJDA* 2004 n°33, p.1812 ; POISSON-DROCOURT Elisabeth. « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament ». *D.* 2005, n°27, p.1832-1835 ; BOULANGER François. « *L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH* ». *JCP* 2005, p.744-748 ; SUDRE Frédéric. « Discrimination et droit au respect de la vie familiale ». *JCP* 2005 p.103 ; MARGUENAUD Jean-Pierre. « Avis de tempête sur l'interprétation des testaments et des contrats privés ». *RTD Civ.* 2004, n°4, p.804-



testaments et des contrats privés » selon le Professeur MARGUENAUD¹⁶⁴. Dans cet arrêt, la Cour EDH sanctionne l'Etat andorran pour n'avoir pas correctement interprété un testament. Concrètement, elle reproche aux juridictions andorranes d'avoir interprété le testament de manière à exclure un enfant adoptif de ses droits successoraux, en contradiction avec le principe de non-discrimination. Encouragée par les requérants à se prononcer sur l'interprétation d'un testament par les juridictions internes, elle a accepté d'assumer un tel contrôle. Cette attitude est déjà de nature à provoquer la stupeur, dans la mesure où la Cour de cassation française ne s'autorise pas un pareil contrôle. Cela pourrait signifier que le recours en cassation, s'agissant de l'interprétation d'un acte juridique privé, ne serait pas un recours utile, et par conséquent n'aurait pas à être intenté avant la saisine de la Cour EDH.

L'arrêt est encore remarquable en ce que la Cour a procédé à une interprétation conforme du testament à la Convention EDH. Non seulement il s'agit d'une action inédite pour un acte juridique privé, mais de plus cette interprétation objective ne correspond pas au droit français, qui privilégie l'interprétation subjective.

Enfin, alors que la rédaction du testament datait de 1939, et que l'interprétation s'effectue en droit interne au moment de la formation de la convention, la Cour EDH a réaffirmé le caractère dynamique de la Convention EDH et indiqué que l'interprétation devait s'opérer à la lumière des conditions actuelles.

47. Alors que, selon le Professeur MARGUENAUD, cet arrêt « *n'[avait] peut-être pas fini de hanter les nuits des civilistes* »¹⁶⁵, il a fait l'objet d'une confirmation dans un arrêt *Fabris*, rendu par la Cour réunie en formation de Grande chambre contre la France, la Cour se plaçant cependant sous l'angle de l'interprétation de la loi applicable au contrat¹⁶⁶. Cet arrêt

806 ; ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *RDC* 2005, n°3, p.645-650 ; MALAURIE Philippe. « L'interprétation évolutive d'un testament selon la Convention européenne des droits de l'Homme », *Deffrénois* 2005, n°23, JP n°38285, p.1909-1911.

¹⁶⁴ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Avis de tempête sur l'interprétation des testaments et des contrats privés ». *Op. cit.* p.804.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p.806.

¹⁶⁶ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, req. n°16574/08 ; SIMON Anne. « Convention européenne des droits de l'homme et dispositions transitoires. Le point sur le régime et les effets d'un contrôle de conformité exigeant ». *RTDE* 2014, n°3, p.581-592 ; APCHAIN Hélène. « Succession et enfant adultérin ». *Journal du droit international* 2014, n°3, p.985-989 ; BURGORGUE-LARSEN Laurence. « Autorité de la Cour ». *AJDA* 2013, n°31, p.1794-1795 ; BURGORGUE-LARSEN Laurence. « Interdiction des discriminations ». *AJDA* 2013, n°31, p.1795-1797 ; SUDRE Frédéric. « Droit de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ». *JCP G* 2013, n°29, p.1476-1482 ;



Pla et Puncernau a réveillé l'interprétation européenne. En effet, il était un prolongement de sa jurisprudence applicable en matière d'interprétation de la loi. Par exemple, par un arrêt du Grande Chambre du 19 juin 2006, *Hutten-Czapska contre Pologne*, la Cour EDH, s'intéressant à l'équilibre requis entre la communauté des bailleurs et celle des locataires au sein de la société polonaise, a en effet procédé à une interprétation de la loi applicable au contrat, en l'occurrence la législation en matière de baux d'habitation¹⁶⁷. Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Khurshid Mustapha et Tarzibachi contre Suède* du 16 décembre 2008, dans une affaire où les juges nationaux avaient procédé à l'interprétation d'un contrat de bail qui interdisait au preneur d'apposer sans autorisation une antenne extérieure sur l'immeuble, mais dans laquelle la Cour EDH préfère s'appuyer sur les dispositions du code foncier¹⁶⁸. L'arrêt *Hutten-Czapska* est encore important puisqu'il illustre l'existence de droits réversibles, pour lesquels l'intérêt protégé sera le résultat du contrôle de proportionnalité.

48. Enfin, à l'occasion de l'arrêt *Velcea et Mazare contre Roumanie* du 1^{er} décembre 2009¹⁶⁹, a marqué une « *nouvelle révolution interprétative européenne* »¹⁷⁰. En l'espèce, le

FRICERO Nathalie. « Non-discrimination entre enfants ». *Procédures* 2013 n°4, p.17-19 ; PAULIN Alexandre. « Enfant adultérin et succession : violation de la Convention européenne ». *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n°103, p.57-58 ; LE CHUITON Sandrine. « Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation partage : la France encore condamnée ! ». *JCP N* 2013, n°12, p.45-47 ; ROBBE Charlotte, TRAVADE-LANNOY Stéphanie. « Le principe de non-discrimination à raison de la naissance doit primer sur l'impératif de sécurité juridique », *Gaz. Pal.* 2013, n°79-80, p.11-14 ; DOUCET Myriam. « Extension de la jurisprudence Mazurek aux successions litigieuses », *RJPF* 2013, n°3, p. 37-40 ; SUDRE Frédéric. « Droits successoraux des enfants « adultérins » : zéro pointé pour la Cour de cassation ». *JCP G* 2013, n° 9, p. 425 ; DEVERS Alain. « Inconventionnalité de la règle transitoire de la loi du 3 décembre 2001 ». *JCP N* 2013, n°7, p.11. Cet arrêt censure l'arrêt CEDH 21 juillet 2011, arrêt Fabris contre France, req. n°16574/08 ; MURAT Pierre. « Quelques éléments de l'actualité patrimoniale en droit de la famille ». *Gaz. Pal.* 2012 n°83-84, p.34-45 ; PERES Cécile. « Le principe de sécurité juridique, dont bénéficie le contrat en matière successorale, légitime les discriminations fondées sur la naissance ». *RDC* 2012, n°1, p.32-42 ; HAUSER Jean. « Application dans le temps et égalité des citoyens : droit de succession et droit à la filiation ». *RTD Civ.* 2011, n°4, p.753-754 ; MARGUENAUD Jean-Pierre. « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt Mazurek ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied ». *RTD Civ.* 2011, n°4, p.732-735 ; FRICERO Nathalie. « Le droit transitoire de la loi de 2001 est conforme à la Convention européenne ». *Procédures* 2011, n°10, p. 16-18.

¹⁶⁷ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, req. n°35014/97 ; *RTD civ.*2006, p.719.

¹⁶⁸ CEDH 16 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustapha et Tarzibachi c/ Suède*, req. n°23883/06 ; *RTD Civ.*2009.281, *RDC* 2010.1.131, obs. GRIMALDI Cyril.

¹⁶⁹ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, req. n°64301/01. MARGUENAUD Jean-Pierre. « La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil ». *RDC*, 2010, p.981-986.

juge roumain avait interprété l'article 655 §1 du Code civil, qui concerne l'indignité successorale, dans un sens qui, selon la Cour EDH, avait eu pour effet de permettre au frère du gendre du requérant d'hériter de sa fille décédée, tandis que le gendre était l'auteur de la mort et s'était par la suite suicidé sans avoir par conséquent fait l'objet d'une condamnation de justice définitive, laquelle aurait pu le frapper d'indignité et empêcher son frère de récupérer la partie de succession litigieuse. La Cour prend notamment acte de la modification de cet article avant même qu'elle ne rende sa décision, ce qui ne fait que conforter l'importance d'un système herméneutique dynamique¹⁷¹. Dans sa décision, la Cour encourage clairement pareille interprétation, en fustigeant les interprétations mécaniques.

Cet arrêt *Velcea et Mazare*, s'il ne concerne pas le droit des contrats, consacre la maturité du système herméneutique européen des droits de l'Homme. Or, ce système a vocation à être respecté par les droits des Etats membres car il ne comprend pas de simples conseils, mais des obligations qui engagent la responsabilité de l'Etat membre.

49. Le droit de l'Union européenne est caractérisé par une évolution de son système herméneutique plus lente et qui n'est pas encore parvenue à son terme. Dès l'arrêt *Marleasing* de 1990, la Cour de Luxembourg a consacré l'obligation d'interprétation conforme des règles de droit interne par rapport au droit de l'Union européenne¹⁷². S'agissant de l'application de cette directive d'interprétation aux actes juridiques privés, la Cour demeure encore indécise, l'avocat général Yves BOT, dans ses conclusions sous l'affaire *Seda Kükükdeveci* ayant clairement posé la question de son opportunité, au regard de la jurisprudence de la Cour EDH¹⁷³. La Cour n'a pas encore clairement donné de réponse. Mais la question est posée d'une harmonisation du système herméneutique européen pour les Cours européennes, et d'une articulation avec ceux des Etats.

¹⁷⁰ MARGUENAUD Jean-Pierre. « La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil ». *Op. cit.*

¹⁷¹ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §77 et 134.

¹⁷² CJUE 13 novembre 1990, arrêt *Marleasing S.A. c/ La Comercial Internacional de Alimentacion S.A.*, aff.C-106/89, Rec. p.I-04135.

¹⁷³ Conclusions de l'avocat général Yves BOT dans l'affaire *Seda Kükükdeveci*, présentées le 7 juillet 2009, nbp n°49.



3) La spécificité de l'interprétation européenne

50. L'étude de l'influence européenne sur l'interprétation en droit privé français nécessite de s'intéresser au concept d'interprétation des actes juridiques en droit européen et en droit français. On connaît la théorie européenne des « *notions autonomes* »¹⁷⁴ mais, dans le cas qui nous occupe, telle n'est pas la façon dont les juridictions européennes se sont saisies de la notion. Parmi les acceptions que les cours européennes reconnaissent, celles qui vont influencer en profondeur les droits internes vont répondre de la nature « publiciste » du droit européen.

51. Le raisonnement du juriste français, d'habitude esseulé dans sa distinction entre droit public et droit privé, trouve en la matière une explication intéressante. En effet, le droit européen, qu'il s'agisse de la Convention EDH ou du Traité de Rome et ses Traités modificatifs, est perçu en France comme possédant une nature profondément publiciste. Or, le droit public s'est saisi de la notion d'« *interprétation* » pour lui donner une portée particulière. En effet, « *en droit public, l'interprétation ne consiste pas seulement à dégager le sens exact d'un texte qui serait peu clair, mais aussi à en déterminer la portée, c'est-à-dire le champ d'application temporel, spatial et juridique, ainsi que l'éventuelle supériorité vis-à-vis d'autres normes (...)* »¹⁷⁵.

52. La directive d'interprétation conforme traduit cette volonté d'articuler entre elles les normes. Pour exprimer le contenu de cette directive, la Cour de Luxembourg a indiqué qu'« *en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité [de la norme européenne]* »¹⁷⁶. De manière constante, la Cour indique désormais que « *les juridictions nationales sont tenues d'interpréter le droit interne, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité [de la norme européenne pertinente]* »¹⁷⁷. La Cour de Strasbourg se contente de son côté d'indiquer que les juridictions nationales doivent conférer aux actes internes « *le sens le*

¹⁷⁴ MARGUENAUD Jean-Pierre. La Cour Européenne des Droits de l'Homme, Paris : Dalloz, 2011, 5^{ème} éd., 177p. (Connaissance du droit), p.45-46.

¹⁷⁵ « Interprétation » (d'une norme juridique) : GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel. *Lexique des termes juridiques*. Paris : Dalloz, 15^{ème} éd., 2005.

¹⁷⁶ CJUE 13 novembre 1990, arrêt Marleasing S.A, *op. cit.*, §8.

¹⁷⁷ V. pour un exemple, CJUE 24 juin 2010, arrêt Francesca Sorge c/ Poste italiana SpA, aff.C-98/09, §51.



plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour »¹⁷⁸. En conclusion, il est possible de définir la directive d'interprétation conforme comme l'interprétation d'une norme par rapport à une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure dans la hiérarchie des normes. Il nous reviendra de définir plus précisément cette directive quant à son contenu et sa portée.

53. La directive d'interprétation évolutive n'a pas vocation à structurer les normes entre elles. S'appliquant à une norme, elle en permet l'évolution, au regard de sa finalité. Il faut préciser toutefois que les directives d'interprétation conforme et évolutive sont combinées par la Cour EDH, comme, de manière plus discrète, par la CJUE. Pour le Professeur GREWE l'interprétation évolutive consiste « à *apprécier les droits au moment où le juge se prononce* »¹⁷⁹. Comme l'interprétation conforme, cette méthode d'interprétation participe à la volonté d'interprétation dynamique des normes. A l'origine, cette volonté de la Cour EDH s'attachait principalement à faire de la Convention EDH un instrument vivant. C'est toujours cette volonté qui domine la CJUE à l'égard des normes de l'Union européenne. La directive d'interprétation évolutive emporte des conséquences importantes sur les normes de droit interne.

54. Alors que l'interprétation du contrat en droit interne conduit à se désintéresser des autres normes pouvant l'influencer, le système herméneutique européen a pour objet d'articuler les différentes normes, et leurs interprétations. Ainsi, les cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg sont d'abord les interprètes des textes de droit dont elles sont les gardiennes. Dans cette mission de protection, elles imposent un respect de ces normes, notamment par voie d'interprétation. Il est possible dès lors de distinguer, outre l'interprétation des normes européennes, l'interprétation de la loi applicable au contrat et l'interprétation du contrat. La distinction de ces deux dernières hypothèses permet de mesurer dans quelles proportions les Cours européennes influencent le droit interne.

55. Précisément, l'interprétation de la loi applicable au contrat permet d'abord d'affirmer l'effet vertical des normes européennes¹⁸⁰. Au surplus, pareille interprétation entraîne des

¹⁷⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §62.

¹⁷⁹ « Interprétation » (méthodes d') : GREWE Constance. ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*. Paris : PUF, 2012 (Quadrige), p.430.

¹⁸⁰ « L'effet horizontal recouvre la relation nouée entre deux personnes privées, à l'inverse de l'effet vertical qui vise les rapports entretenus entre les particuliers et l'Etat » : MOUTEL Béatrice, Jean-Pierre MARGUENAUD Faintrenie Nicolas | Thèse de doctorat | Université de Limoges | 2015

effets sur le contrat, dans des proportions plus importantes que lorsque la problématique porte sur une stipulation. Ainsi, dans l'arrêt *Hutten-Czapska*, la Cour a indiqué que les faits se prêtaient à l'application de la procédure de l'arrêt-pilote telle que définie dans l'arrêt *Broniowski contre Pologne*¹⁸¹. Indéniablement, l'interprétation de la loi applicable au contrat emporte des obligations à l'égard des juridictions internes, et des conséquences sur les rapports interpersonnels. Par conséquent, il est permis de parler d'effet horizontal, qu'il soit indirect lorsque la cour européenne se prononce, ou direct lorsque ce sont les juridictions internes qui doivent faire appliquer la norme européenne¹⁸². Cette hypothèse permet au droit européen de modeler le droit interne dans le domaine des contrats.

56. L'interprétation du contrat relève de plein droit de l'effet horizontal, qu'il soit direct ou indirect selon la juridiction appelée à interpréter le texte des parties privées. Elle permet de modeler le contrat lui-même, de sorte qu'elle est une étape finale de l'influence européenne sur le droit des contrats. Outre le contrat, cette hypothèse bouleverse un pan entier du droit objectif puisque les cours européennes procèdent en utilisant des directives d'interprétation spécifiques. Par conséquent, l'influence porte, outre sur les actes juridiques privés en eux-mêmes, également sur les règles d'interprétation consacrées par le droit interne.

(Dir.). *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées [En ligne]*. Thèse de doctorat : Droit Privé. Limoges : Université de Limoges, 2006. Disponible sur <<http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf>> (consulté le 17/09/2015)

¹⁸¹ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §227 sq. V. également CEDH GC 22 juin 2004, arrêt *Broniowski c/ Pologne*, req. n°31443/96 et *Rapport du Comité directeur pour les droits de l'Homme* du 4 avril 2003, CDDH(2003)006 final, adopté à l'unanimité par la Cour à sa 43^{ème} session plénière administrative le 12 septembre 2003, §43 à 46, ainsi que la réponse de la Cour EDH au rapport d'activité intérimaire du Comité précité, préparé à l'issue de sa 46^{ème} session plénière administrative tenue le 2 février 2004, CDDH-GDR(2004)001 rév., §37.

¹⁸² « [L'effet horizontal indirect] résulte d'une intervention de l'instance européenne dont la jurisprudence permet d'appréhender les situations litigieuses privées au moyen des obligations que les organes strasbourgeoises mettent à la charge des Etats en vue de sauvegarder les droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles ; l'effet horizontal est alors indirect puisque la solution rendue ne s'adresse pas aux personnes privées et ne résout pas leur désaccord, mais est destinée à l'Etat, qui acquiert ainsi un rôle d'intermédiaire. (...) [L'effet horizontal direct] est mis en œuvre par les juridictions internes et permet certes de résoudre les différends privés, qualifiés d'horizontaux, mais cette application n'est possible que lorsque la Convention bénéficie d'un effet direct dans leur ordre juridique » : MOUTEL Béatrice. *Op. cit.*, §8.

B/ L'interprétation, moyen d'efficacité du droit

57. La conclusion d'un contrat est très différente aujourd'hui et en 1804. Par exemple, les contrats considérés à l'origine comme des contrats d'amis, tels le contrat de prêt ou encore le contrat de louage, sont à présent rédigés principalement par des professionnels. Or, parfois, si les volontés des contractants se sont rencontrées, elles n'ont été qu'imparfaitement comprises pour l'un d'eux au moins. Cette incompréhension ressurgit sur le support consacrant les obligations des parties. Cette évolution de la pratique conventionnelle, que l'on peut constater pour tous les contrats, renforce la fréquence de l'opération d'interprétation.

58. Le Code civil de 1804, sous la double influence du souvenir romain et de l'omniprésence bonapartiste, a consacré, pêle-mêle, quelques directives d'interprétation archaïques et le principe de l'autonomie de la volonté, d'inspiration libérale. Mais, si le principe d'interprétation du contrat selon la commune intention des parties a été érigé en principe¹⁸³, la jurisprudence et la doctrine actuelles, vrais suppléments de la législation¹⁸⁴, ont mis en avant les autres directives d'interprétation du droit commun dans le souci de protéger la partie prétendument faible, le consommateur. Le législateur a d'ailleurs encouragé cette interprétation en la consacrant dans le droit spécial¹⁸⁵ et en lui conférant une portée plus importante que le droit commun¹⁸⁶.

¹⁸³ S'agissant de la portée des articles 1156 et suivants du Code civil, « en réalité seule la première règle est une véritable règle », les autres « ne sont que des recettes qui peuvent servir de guide au juge, mais ne s'imposent pas à lui, car la jurisprudence refuse de reconnaître à ces indications un caractère impératif » : BENABENT Alain. *Droit civil. Les obligations*. Paris : Montchrestien, 2007, 11^{ème} éd. 714p. (Domat droit privé), §273. Comp. : « Ces principes ne sont qu'une indication pour les juges du fond chargés d'interpréter le contrat, et ne sont nullement obligatoires » : FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. Paris : PUF, 2004, 993p. (Thémis droit privé).

¹⁸⁴ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1^{er} pluviôse an IX.

¹⁸⁵ V. art. L133-2 al. 2 C. *consom.*

¹⁸⁶ L'article 1156, qui a valeur de principe, n'est qu'un « *pense-âne* », selon le terme du doyen CARBONNIER. La jurisprudence a d'ailleurs récemment nié la valeur impérative de cette directive d'interprétation : Civ.1 1^{er} mars 2005, pourvoi n°02-16802. Au contraire, la directive d'interprétation du Code de la consommation, dérogatoire, dispose d'une portée impérative : son non-respect est sanctionné par la Cour de cassation : Civ.1 21 janvier 2003, *op. cit.* ; Civ.2 13 juillet 2006, *op. cit.*



59. Quant au droit européen, son intervention en faveur de la partie faible en général¹⁸⁷, ou en faveur du consommateur en particulier¹⁸⁸, n'est pas contestable. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'interpréter le contrat, le juge européen s'en remet au droit national et, pour la France, à l'interprétation de la commune intention des parties. Aussi cette protection passera par l'élaboration d'une législation d'ordre public qui, de prime abord, ne pourra pas emprunter les mécanismes de l'interprétation.

60. Mais, au-delà de l'élaboration d'un ordre public de protection, le droit européen s'emploie à dynamiser le Marché unique, raison première de sa création. Dans un contexte mondial très mouvant, les législations ont des durées de vie courtes et, pour avoir une efficacité, doivent être efficacement assimilées¹⁸⁹ par les Etats membres¹⁹⁰ et appliquées dans les contrats entre particuliers. Ainsi pour ces derniers, les juges européens¹⁹¹ vont-ils être mis à contribution pour faire appliquer le plus rapidement possible la législation européenne, telle qu'interprétée par leurs soins. De nouvelles directives d'interprétation vont ainsi voir le jour, destinées à replacer le contrat, au-delà de la seule intention commune des parties, dans l'environnement économique et social européen. Les droits fondamentaux

¹⁸⁷ V. CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt Pfeiffer e.a., aff.C-397/01 à C-409/01, §82. Le concept de « *partie faible* » est en revanche absent dans ces termes de la jurisprudence de la Cour EDH.

¹⁸⁸ La législation européenne en faveur du consommateur a fait l'objet d'une révision. V. *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur* (COM(2006)0744). Le programme « *Consommateurs* » 2014-2020 a été voté par le Parlement et publié au JOUE du 20 mars 2014.

¹⁸⁹ Pour cela, la Commission mène une action dynamique sur le fondement de son programme « mieux légiférer ». Disponible sur : < http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_fr.htm > (consulté le 18/09/2015). V. dernièrement : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions. *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour L'UE*. COM(2015) 215 final.

¹⁹⁰ La Commission regarde de près le taux de transposition des directives communautaires par les Etats membres. Ainsi, elle a publié une communication sur l'application du droit de l'Union (COM 2007-502 final, 5 septembre 2007). V. par exemple l'article de présentation au titre explicite de SIMON Denys. « Vers l'Europe des résultats ». *Europe*, 2007, p.9. Plus récemment, elle a élaboré un site internet sur lequel apparaissent les « performances » des Etats membres en matière de transposition des directives de l'Union : disponible sur < http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_member_state/index_en.htm > (consulté le 18/09/2015).

¹⁹¹ En premier lieu le juge de l'Union, mais le juge de la Cour EDH va utiliser les mêmes mécanismes, et les affûter, en particulier au moyen de l'interprétation évolutive.

appliqués au contrat constituent également une voie d'efficacité qui consiste à « *encourager la protection de la pérennité contractuelle au prix d'une certaine flexibilité du contrat* »¹⁹².

61. Dans cette course des droits à l'efficacité, le droit français perd des places si l'on en croit le classement annuel *Doing Business*¹⁹³, à relativiser¹⁹⁴. Si le système interprétatif des contrats n'est pas directement mis en cause¹⁹⁵, l'obsolescence du Code de 1804, tempérée par la jurisprudence et la doctrine françaises d'une part, ainsi que le système juridique européen d'autre part, se fait plus cruelle chaque jour avec la réforme du BGB allemand¹⁹⁶. L'avant-projet de Code civil français¹⁹⁷, puis le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁹⁸, ont bien compris que la matière de l'interprétation des contrats nécessitait une profonde réforme, mais on ne décèle guère l'influence de la jurisprudence des cours de Strasbourg et de Luxembourg. Or, ces

¹⁹² MEKKI Mustapha. « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise ». *RDC* 2010, n°1, p.383-407. Spéc. §3 et 18.

¹⁹³ La France se situe en 2015 au 31^{ème} rang, gagnant deux places mais reprenant sa place de 2010. Mal classée s'agissant de la réglementation relative au transfert de propriété (126^{ème} rang), elle est en revanche bien notée pour l'exécution des contrats (10^{ème} rang, contre cependant le 6^{ème} rang en 2010). Pour ce thème, la méthode consiste à évaluer la complexité de l'exécution des contrats en suivant l'évolution d'un litige et en relevant la durée, le coût et le nombre d'étapes nécessaires entre le dépôt de la plainte et le règlement du créancier.

¹⁹⁴ V. en particulier la réponse de l'Association Henri CAPITANT aux rapports « Doing Business » de la Banque Mondiale, et l'ouvrage en deux volumes en résultant, *Les droits de tradition civiliste en question*. Paris : éd. Société de législation comparée, 2006, 143p.

¹⁹⁵ Un auteur affirme tout de même que « *cette exigence ancienne de protection de la partie faible explique également mieux que le droit français soit d'avance disqualifié dans des Rapports Doing business de la Banque Mondiale qui font généralement plus de cas du banquier que du consommateur (...)* », DUPICHOT Philippe, Rapport Henri Capitant, *Les contrats du consommateur*. Disponible sur < <http://henricapitant.org/sites/default/files/France%20revu.pdf> > (consulté le 17/09/2015).

¹⁹⁶ La refonte du Code civil du Québec en 2002 constitue également une source de motivation.

¹⁹⁷ Professeur CATALA (Dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005. Disponible sur < http://henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf > (consulté le 17/09/2015).

¹⁹⁸ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible sur :

< http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf > (consulté le 17/09/2015). V. notamment MOLFESSIS Nicolas. « Droit des contrats : l'heure de la réforme ». *JCP G* 2015, n°7, p.199.

juridictions constituent des repères incontournables en matière de protection des droits de l'Homme et de développement économique. Ainsi, il est raisonnable de se demander si, outre l'engagement de sa responsabilité, le droit interne ne perdrait pas à réformer un droit sans prendre en compte l'influence européenne, en particulier en matière d'interprétation. Avec l'adoption de la loi du 16 février 2015, il est prévu qu'une réforme par ordonnance vienne « clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles propres aux contrats d'adhésion » au plus tard le 17 février 2016¹⁹⁹.

SECTION II : La manière d'étudier l'influence du droit européen sur l'interprétation des actes juridiques privés

62. Il convient de délimiter le sujet (§1), puis de présenter le plan (§2).

§ 1.- Délimitation du sujet

63. Il n'est guère, en droit des obligations, de sujet qui n'ait fait l'objet de multiples études (A). Face aux multiples normes susceptibles d'interprétation, il convient de préciser celles qui entrent dans le champ de cette étude (B).

A/ Les études antérieures

64. Le concept d'« *interprétation des conventions* » a fait l'objet de multiples travaux, de la constatation du « *guide-âne* » à l'exploitation de l'opération d'interprétation pour protéger la partie faible. Cependant, aujourd'hui, l'intérêt tant de la jurisprudence que de la doctrine

¹⁹⁹ Loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF du 17 février 2015, p.2961, art.8.



interne demeure faible²⁰⁰. On peut citer, au cours de ces vingt dernières années, la thèse de Marie-Hélène MALEVILLE qui recense les diverses applications des directives d'interprétation et donne un portrait réaliste de l'interprétation des contrats en France²⁰¹, ou encore la thèse de Bertrand GELOT qui prône un système herméneutique fidèle à la théorie de l'utile et du juste²⁰². Cela s'explique par le fait que l'interprétation des conventions, prisonnière du principe de l'autonomie de la volonté, s'expose, dans ses applications classiques comme audacieuses, aux critiques des partisans et des adversaires de la doctrine autonomiste. Aussi peut-on se reposer sur les acquis de la matière en en relevant les fondements et peut-on analyser les mouvements jurisprudentiels et doctrinaux qui apportent des nuances, sans remettre en cause l'essentiel.

65. L'Europe n'est qu'interprétation : lieu de rencontre des langues²⁰³, carrefour des systèmes juridiques²⁰⁴. L'influence européenne sera principalement concentrée sur les juridictions de Luxembourg et de Strasbourg dans la mesure où elles ont forgé leurs directives d'interprétation. En revanche, l'objectif d'harmonisation des législations des Etats membres présente peu d'intérêt. S'il s'agit d'une mission primordiale de l'Union européenne, l'adoption d'une réglementation n'emprunte pas les mécanismes de l'interprétation. S'agissant de l'harmonisation des systèmes herméneutiques des Etats membres en matière contractuelle, on notera l'absence d'originalité des projets de Code civil européen.

²⁰⁰ On pourra citer l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Agen le 17 mai 2004 (Michèle D. épouse H. C/ Christiane V. RG n°03/00063) qui rappelle le principe de l'interprétation selon la commune intention des parties ainsi que le contrôle de la dénaturation.

²⁰¹ MALEVILLE Marie-Hélène, *Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle*. Thèse de doctorat, droit. Rouen : Université de Rouen, 1990. Rouen : Publications de l'Université de Rouen, 1991. 320p.

²⁰² GELOT Bertrand. *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*. *Op. cit.*

²⁰³ L'Union européenne compte 24 langues officielles. Bien que les institutions européennes se soient d'abord concentrées sur les règles de droit applicables aux contrats transfrontaliers, cela n'empêche pas la possibilité pour les parties d'utiliser la langue de leur choix. Devant la Cour de justice, les justiciables peuvent choisir pour langue de procédure l'une des 24 langues officielles de l'UE.

²⁰⁴ En ce sens, tant les Traités de l'Union que la Convention EDH partent de points communs qui (ré)unissent les Etats. S'agissant plus précisément des systèmes juridiques, il est possible de relever une décision ancienne de la CJUE aux termes de laquelle « conformément à un principe commun aux systèmes juridiques des Etats membres, dont les origines peuvent être retracées jusqu'au droit romain, il y a lieu, en cas de changement de législation, d'assurer, sauf expression d'une volonté contraire par le législateur, la continuité des structures juridiques », CJUE 25 février 1969, arrêt Klomp, aff. 23-68, §13, *Rec.* p.43. Cette décision permettait en l'espèce à la Cour de retenir sa compétence en matière de demande d'interprétation.

66. Concernant la juridiction de l'Union, ses méthodes herméneutiques ont fait l'objet de peu d'études²⁰⁵. Cette remarque est encore plus vraie pour l'interprétation du contrat. Les choses en seraient peut-être restées là si la notion d'« *interprétation conforme* » n'avait pas connu ces dernières années une promotion importante, susceptible de bousculer le droit des obligations des Etats parties aux Traités. Mais cette seule notion n'opère un renversement complet du droit français des obligations qu'après avoir éprouvé des mécanismes qui lui sont étrangers. Par conséquent, dans un strict souci de compréhension, il sera permis d'appréhender certains fondements publicistes du droit de l'Union.

67. Concernant la juridiction européenne des Droits de l'Homme, ses méthodes herméneutiques représentent un intérêt certain. Elle interpelle depuis longtemps le philosophe du droit²⁰⁶ plutôt que le juriste, qui appelle la Cour à plus de sagesse. Toutefois, à la suite des commentaires de l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*²⁰⁷, des études explorent les caractéristiques du système herméneutique de la Cour EDH, et opèrent une comparaison avec les autres systèmes juridiques²⁰⁸.

²⁰⁵ Concernant l'interprétation des directives de l'Union, V. CHAVAROCHE-BOUFFERET Séverine, RICHER Laurent (Dir.). *L'interprétation des directives de l'Union sur les marchés publics par la Cour de justice*. Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris I, 2013. V. également DREXLER Alexandre, FERRAND Frédéric (Dir.). *L'interprétation conforme aux directives de l'Union européenne en Allemagne et en France*. Thèse de doctorat, droit comparé. Lyon : Université Lyon III, co-tutelle Université Augsburg, 2011. Concernant les liens entre le système juridique de l'Union et les autres systèmes : V. SANNA Giangiuseppe. *Les principes généraux et les critères interprétatifs dans la coopération judiciaire communautaire*. Thèse de doctorat, droit de l'Union européenne. Strasbourg : Université de Strasbourg, co-tutelle Université Bologne, 2010.

²⁰⁶ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel. *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*. Bruxelles : Bruylant, 1989 336p.

²⁰⁷ FLAUSS Jean-François. *Op. cit.* ; POISSON-DROCOURT Elisabeth. *Op. cit.* ; BOULANGER François. *Op. cit.* ; SUDRE Frédéric. « Discrimination et droit au respect de la vie familiale ». *Op. cit.* ; MARGUENAUD Jean-Pierre. « Avis de tempête sur l'interprétation des testaments et des contrats privés ». *Op. cit.* ; ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *Op. cit.* ; MALAURIE Philippe. « L'interprétation évolutive d'un testament selon la Convention européenne des droits de l'Homme », *Op. cit.*

²⁰⁸ CAUMES Clémentine, PELISSIER Anne (Dir.). *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*. Thèse de doctorat, droit privé. Avignon : Université d'Avignon, 2010, 333p ; KONSTANTINOS PANOUSSIS Ioannis, COUSSIRAT-COUSTERE Vincent (Dir.). *La combinaison normative : recherches sur une méthode d'interprétation au service des droits de l'Homme*. Thèse de doctorat, droit public. Lille : Université de Lille 2, 2006 ; DESCAUDIN Christophe, PATAUT Etienne (Dir.). *Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*. Thèse de doctorat, droit. Cergy-Pontoise : Université de Cergy-Pontoise, 2009 ; ROTA Marie, REDOR Marie-Joëlle et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.). *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme : Analyse comparée de la jurisprudence des deux Cours de protection des droits de l'homme*. Thèse de

68. Dans cette multiplication des sources, dont il est difficile de faire un tri, nous excluons cependant le droit de l'arbitrage que le droit de l'Union a esseulé en lui refusant en particulier le bénéfice de la question préjudicielle²⁰⁹ et en limitant sa porosité à l'ordre public²¹⁰. On pourra cependant se reporter à la thèse soutenue par Besma ARFAOUI²¹¹.

B/ Distinction parmi les hypothèses d'interprétation

69. Alors qu'il ne faut pas souffrir de claustrophobie pour étudier l'interprétation des contrats en droit français, l'intervention du droit européen en matière contractuelle et par la voie de l'interprétation s'apparente encore à la conquête d'un espace inédit, à défaut d'être inhabité. En effet, au travers de l'étude des articles 1156 et suivants du Code civil, on découvre un contrat refermé sur lui-même, sans qu'une règle de droit objectif ne puisse venir combler ses lacunes, sans que le temps n'ait de prise sur lui. Il s'agit, en partie, d'un effet de perspective. En effet, on pourrait être aveuglé par la liberté laissée aux parties mais, lorsque les parties s'interrogent sur la partie obscure de leur contrat, l'assujettissement de l'interprétation au principe de l'autonomie de la volonté laisse peu de ressources. Le secours de la commune intention des parties renvoie, dans des proportions qu'il est difficile de quantifier, de l'obscurité à la pénombre.

70. Au contraire, le droit européen part d'un postulat radicalement opposé. En effet, il ne s'intéresse pas à ce que les parties ont voulu, mais à ce que le droit leur impose. Il faut, bien sûr, nuancer cette présentation puisque, par exemple, le droit européen protège la volonté des contractants. En outre, le droit européen offre une vision de l'interprétation qui ne

doctorat, droit public. Caen : Université de Caen, 2013 ; GALIE-BLANZE Mahalia, REMY-CORLAY Pauline (Dir.). *La matière contractuelle : pour une lecture renouvelée du droit des obligations*. Thèse de doctorat, droit privé. Paris : Université Paris XI, 2010.

²⁰⁹ CJUE 27 janvier 2005, G. Denuit et B. Cordenier c/ Transorient-Mosaïque voyage et culture S.A., aff.C-125/04 ; REDC 1/2005, p.23. Confirmation de CJUE 23 mars 1982, arrêt Nordsee Deutsche Hochseefischerei, aff.102/81, Rec. p.1095.

²¹⁰ Le droit de l'arbitrage a de toute façon vocation à appliquer le principe classique d'interprétation de la convention selon la commune intention des parties.

²¹¹ ARFAOUI Besma. *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, Thèse de doctorat, droit. Limoges : Université de Limoges. 2008. Disponible sur <<http://epublications.unilim.fr/theses/2008/arfaoui-besma/arfaoui-besma.pdf>> (consulté le 17/09/2015).

connaît pas de distinctions emportant des conséquences déterminées. Ainsi, alors que le droit français distingue clairement l'interprétation de la loi et l'interprétation du contrat, malgré les interrogations suscitées par la formulation de l'article 1134 du Code civil²¹², le droit européen est plus réservé. En réalité, les juridictions européennes étendent l'application des directives d'interprétation des normes dont elles sont les gardiennes aux lois applicables au contrat et jusqu'au contrat. Si, par petites touches, elles précisent les limites pour chaque application des directives d'interprétation, ces aménagements demeurent encore aujourd'hui à la marge. Or, quoique l'on puisse atténuer la distinction entre la loi et le contrat en matière d'interprétation, il n'est pas possible d'affirmer, d'emblée, que le contrat puisse être interprété comme une loi ou un Traité européen.

Par conséquent, il convient d'opérer une distinction entre l'interprétation du droit européen, de la loi applicable au contrat²¹³, et du contrat. L'intitulé de cette recherche – l'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés – ne doit pas être un prétexte pour attribuer à l'interprétation du contrat des effets de l'interprétation de la loi applicable au contrat. Au contraire, elle nécessite de montrer si cette dernière hypothèse peut avoir des conséquences sur le contrat, ou comment il faut contenir les effets d'une pareille interprétation. Par voie de conséquence, il conviendra de s'interroger sur toutes les hypothèses d'interprétation en droit européen.

§ 2.- Plan

71. Le nom commun « *influence* » désigne aujourd'hui l'« *action qu'exerce une chose, un phénomène, une situation sur quelqu'un ou quelque chose* »²¹⁴. Au Moyen-Age, ce terme a été emprunté au latin médiéval « *influentia* » pour désigner la « *qualité, [la] puissance, [la] vertu qui découle des astres sur les corps sublunaires* »²¹⁵. Cette définition emporte une première exigence : l'existence d'un droit européen, et plus précisément de directives d'interprétation susceptibles d'exercer une action sur le droit interne et les contrats. Aussi

²¹² V. notamment AYNES Laurent. « Loi et contrat. Le contrat, loi des parties ». Les nouveaux *cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, 2004, p.77-80.

²¹³ Cette expression renvoie à l'interprétation d'une règle de droit interne.

²¹⁴ « Influence », sens 1. Dictionnaire Le Robert.

²¹⁵ « Influence ». Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694.

est-il nécessaire, dans une première Partie, de relever l'émergence de Principes européens d'interprétation (Partie 1). Les effets du droit européen sur le droit interne ne sont pour autant pas automatiques. Il existe en faveur du droit interne une faculté de résistance, une marge de liberté synonyme d'une capacité d'action pour décider de recevoir – dans quelles mesures et par quels moyens – l'influx européen. L'utilisation de cette faculté nous conduit à étudier, dans une seconde Partie, la réception en droit interne des Principes européens d'interprétation des actes juridiques privés (Partie 2).



Partie I - Emergence de Principes européens d'interprétation



72. Les révolutions interprétatives réalisées en droit européen et ayant franchies les frontières du droit des obligations ont mis en lumière des directives d'interprétation inconnues de celles contenues dans le Code civil français. Il est possible de les rattacher globalement sous le qualificatif de directives « objectives » d'interprétation, lorsque le système herméneutique en droit français des obligations met en exergue des directives « subjectives » d'interprétation. Il conviendra de déterminer en quoi le système herméneutique européen peut être qualifié d'« objectif ».

73. Cette partie adopte pour postulat que des Principes européens d'interprétation existent. Or, les cours européennes (Cour EDH et CJUE) ne partagent ni le même champ géographique d'intervention, ni les mêmes textes de référence, ni les mêmes institutions. Pourtant, toutes deux semblent avoir développé un système herméneutique qui présente de nombreux points communs. Il conviendra d'étudier de quelles manières ces Principes se sont développés et pourquoi, malgré des différences inévitables, ces Principes présentent une certaine homogénéité.

74. Les Principes européens d'interprétation semblent s'être développés vers deux directions opposées. D'une part, elles ont adopté la directive d'interprétation conforme, qui impose une appréhension mécanique d'une norme par rapport à une autre (Titre 1). D'autre part et à l'opposé, elles promeuvent une interprétation dynamique de l'ensemble des textes, tant ceux dont elles sont les interprètes que les textes de droit interne, voire ceux formés par des parties privées (Titre 2).

75. Une telle configuration constitue un défi quand on constate les difficultés du droit français des obligations, dont les directives d'interprétation consacrées dans le Code civil ne sont jamais parvenues à constituer un ensemble homogène, tandis que le courant de l'autonomie de la volonté, représenté par la directive d'interprétation selon la commune intention des parties, a écrasé toute concurrence. Ces circonstances expliquent que ces directives soient présentées avant de prétendre en mesurer les conséquences sur le système herméneutique français.



Titre 1 - L'interprétation conforme

76. L'interprétation conforme est une directive d'interprétation qui a pour vertu d'apporter en elle-même une dimension particulière. En effet, l'étymologie du terme « *interprétation* » évoque une opération qui consiste à trancher entre deux prétentions²¹⁶. L'interprétation d'un acte juridique privé, lorsqu'elle fait prévaloir le sens attribué par les parties à cet acte, semble correspondre à cette conception. En revanche, l'interprétation conforme comporte l'idée de transcendance, dans la mesure où le résultat de l'interprétation doit ne pas contrevenir à un objet qui est désigné comme la référence. Selon l'usage que l'on en fait, l'interprétation conforme n'intervient pas qu'au moment de l'appréciation du résultat, mais guide la manière d'interpréter. Il convient encore de choisir un objet pour cette interprétation. Il est possible, en droit des obligations, d'invoquer l'objectif d'interprétation conforme du contrat à la commune intention des parties²¹⁷, mais cet objet renvoie, en réalité, à rechercher le sens conféré au contrat en lui-même, davantage qu'à se conformer à un objet clairement défini. L'interprétation conforme préconisée par le droit européen prend pour référence la norme qui est supérieure à l'acte interprété. En ce sens, l'interprétation conforme constitue une directive d'interprétation (Chapitre 1).

77. Les directives d'interprétation se voient rarement reconnaître une portée impérative. Bien souvent, c'est davantage la pertinence du système herméneutique qui est mesurée, que les directives d'interprétation le composant. Il faut ajouter que, du moins en droit des obligations, les directives consacrées dans le Code civil sont traditionnellement perçues comme de simples conseils adressés au juge. Juridiquement, un pourvoi en cassation ne peut être fondé sur l'une de ces directives. Même celle consacrée à l'article 1156 du Code civil ne semble plus, aujourd'hui, pouvoir fonder un pourvoi²¹⁸. Pourtant, la directive d'interprétation conforme a été érigée au rang d'obligation, dont le non-respect engage la responsabilité des Etats (chapitre 2).

²¹⁶ V. *supra*, §3.

²¹⁷ V. par exemple, selon des termes proches, Com. 27 juin 1966, Bull. n°322 ; Com. 4 juillet 1967, Bull. n°275.

²¹⁸ Civ.1, 1^{er} mars 2005, *op. cit.*

78. S'agissant d'une étude sur les systèmes herméneutiques dans les droits européens en général, et en droit de l'Union notamment, la qualification de « *directive* » est source de confusion. Il ne s'agit pas, en effet, de désigner une directive de l'Union au sens de la catégorie de normes²¹⁹, mais d'attribuer à l'interprétation conforme les caractéristiques d'une règle générale applicable en matière d'interprétation²²⁰. Il convient de conserver à l'esprit cette distinction, d'autant que la directive d'interprétation conforme – au sens de la règle d'interprétation – a été utilisée en droit de l'Union pour pallier les insuffisances de la directive – au sens de la catégorie de normes. Par conséquent, les deux acceptions du terme « *directive* » seront utilisées dans ce chapitre.

Il est possible d'entrevoir les particularités de la direction d'interprétation conforme en la comparant à la directive d'interprétation consacrée à l'article 1156 du Code civil. Ainsi, alors que cette dernière incite à rechercher la commune intention des parties, la première s'attache à faire respecter le droit objectif. En outre, alors qu'il n'est reconnu qu'une portée très faible s'agissant de la seconde, il est reconnu des propriétés très grandes à la directive d'interprétation conforme. Ces caractéristiques nous incitent à étudier successivement le fondement de la directive d'interprétation conforme (Section 1), puis sa portée (Section 2).

²¹⁹ « *Directive* », sens II : CORNU Gérard. Vocabulaire juridique. *Op.cit.*

²²⁰ « *Directif, ive* », *Ibid.*



Section 1 - Le fondement de la directive d'interprétation conforme : le principe de prééminence du droit

79. Malgré une terminologie variée, le principe de prééminence du droit a été affirmé avec force en droit européen. Il a été tôt consacré tant par le droit issu de la Convention EDH que par le droit de l'Union. L'évolution des concepts dans chaque ordre juridique s'est toutefois fait sous des intitulés distincts. A l'origine, tandis que le préambule de la Convention EDH fait mention du respect de la « *prééminence du droit* »²²¹, le droit de l'Union, dans l'arrêt *Costa contre Enel* – arrêt fondateur en la matière – fait référence à la « *prééminence du droit communautaire* »²²². Si la Cour EDH a continué à utiliser le principe de « *prééminence du droit* »²²³, le droit de l'Union européenne a préféré l'expression de « *primauté du droit communautaire* », aujourd'hui « *primauté du droit de l'Union* »²²⁴.

80. Bien que l'on reconnaisse aujourd'hui les deux termes comme synonymes, il est permis de s'interroger tout d'abord sur cette terminologie. Le terme « *primauté* » tire son origine du superlatif latin *primus*, désignant pour un être ou une chose le fait d'être le premier, le plus en avant²²⁵. Il désigne également l'élément le plus important. Quant au terme « *prééminence* », il provient du verbe latin *præeminere*, désignant au sens premier le fait d'être élevé au-dessus de quelque chose ou de quelqu'un, au sens second le fait de l'emporter sur tous les autres²²⁶. Les deux termes sont donc très proches et les utilisations

²²¹ « *Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe, (...) résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universels (...)* », préambule de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

²²² « *Attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout Etat membre »* », CJUE 15 juillet 1964, arrêt *Costa c/ Enel*, aff.C-6/64, Rec. p.1141.

²²³ A côté de l'utilisation classique du principe de « *prééminence du droit* », il est toutefois possible de trouver des mentions de l'expression « *primauté du droit* » : V. par exemple CEDH GC 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie*, req. n°13279/05, §84.

²²⁴ V. par exemple CJUE GC 8 septembre 2010, arrêt *Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff.C-409/06, §53 ; CJUE GC 22 juin 2010, arrêt *Melki*, aff.C-188/10 et C-189/10, §52. V. plus récemment, CJUE 19 juin 2014, arrêt *Specht e.a.*, aff.C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12, §89.

²²⁵ Le terme « *primauté* » est composé du radical *prim(o)-* signifiant « premier, tout premier ».

²²⁶ Le terme « *prééminence* » est composé de deux préfixes: *pré-* (*præ-*) désignant l'antériorité, *é-* désignant un passage ou une progression vers l'état exprimé par le radical; ainsi que du radical *-min-* désignant la position



qui en ont été faites les ont encore rapprochées de sorte que l'usage effectué par le droit européen ne permet pas de percevoir *a priori* de distinction volontaire. Cette affirmation doit toutefois être combattue. En réalité, l'évolution de ces principes à l'intérieur de leurs sphères d'influences respectives obéit à des contraintes qui modifient leur utilisation. Aussi est-il nécessaire de décrire leurs liens avec la directive d'interprétation conforme, devant la Cour EDH d'une part (§1), devant la CJUE d'autre part (§2).

§ 1 - Utilisation du principe de prééminence du droit devant la Cour EDH

81. Le concept de « *prééminence du droit* » se retrouve dès 1949 dans les statuts du Conseil de l'Europe²²⁷. Sa signification est cependant controversée. D'abord, la version anglaise utilise la notion de « *Rule of law* », qui correspond en droit français au concept d'« *Etat de droit* »²²⁸. Or, ce dernier constitue une conséquence du caractère obligatoire de la règle de droit, d'après laquelle l'Etat est également soumis à la règle de droit qu'il a produit. Il existe donc un décalage entre les concepts de « *prééminence du droit* » et d'« *Etat de droit* »²²⁹. Ensuite, pareil décalage peut se retrouver dans d'autres pays membres du Conseil

« *au-dessus de* » ; et du suffixe *-ence* exprimant la « *qualité de ce qui est* ».

²²⁷ « *Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du Droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » ; « *Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms* », article 3 du Statut de Londres, V. également le préambule.

²²⁸ Il convient de préciser que cette terminologie française a été forgée à partir d'un néologisme allemand : « *Rechtsstaat* ». V., pour l'étude comparative de ces notions, HEUSCHLING Luc. *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris : Dalloz, 2002, vol. 16, 739p. (Nouvelle Bibliothèque de thèses) ; V. également HEUSCHLING Luc. *Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées*, p.103-155, in BAUER Hartmut et CALLIÈS Christian (dir.). *Verfassungsprinzipien in Europa. Constitutional Principles in Europa. Principes constitutionnels en Europe*, 4^{ème} Congrès de la Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) à Göttingen^{éd} 1^{er} au 3 juin 2007, éd. Sakkoulas, Bruylant et Berliner Wissenschafts-Verlag, Athènes, Bruxelles et Berlin, 2008, 350p. ; HEUSCHLING Luc. *Etat de droit*, p.541 sq., in Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, coll. Dalloz, Paris, 2010, 1006p. Spécifiquement à la CEDH : WACHSMANN Patrick. *La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. In *Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de J. Schwob*. Bruxelles : Bruylant, 1997, p.241-286.

²²⁹ La Cour EDH traduit cependant l'expression « *rule of law* » par « *prééminence du droit* » : V. notamment CEDH GC 30 août 2007, arrêt J.A. Pye c/ R.U., req. n°44302/02, opinion dissidente du juge LOUCAIDES. *Contra* : de manière inexplicquée, l'arrêt *Zolotas*, rédigé en français mais qui comporte l'expression « *Etat de droit* », tout en

de l'Europe. En particulier, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est inquiétée de l'acceptation de cette notion de « *Rule of Law* » parmi les démocraties d'Europe de l'Est, qui retenaient une conception formaliste de la notion. Ainsi la « *prééminence des lois* » n'était pas sans poser de problèmes pour la protection des droits fondamentaux au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme et son interprétation. Aussi dans un rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, il a été préconisé l'équivalence des notions incluses dans les versions anglaise et française tout en reconnaissant la nécessité de mener une réflexion approfondie sur le sujet²³⁰. Au-delà de la palette de nuances offerte par ce concept dans les différents Etats²³¹, le Professeur HEUSCHLING soutient l'hypothèse selon laquelle les différents pays partagent une « *convergence de vue sur quelques éléments essentiels du règne du droit, nonobstant la différence des mots et des droits positifs* »²³².

82. Le principe de prééminence est inscrit dans le préambule de la Convention EDH²³³. Depuis la première utilisation par la Cour EDH à l'occasion de l'arrêt *Golder*²³⁴, la Cour a construit sur ce principe une jurisprudence riche. « *Principe fondamental* » dans les arrêts *Sunday Times*²³⁵ ou encore *Salabiaku*²³⁶, « *un des principes fondamentaux d'une société*

se prévalant de l'arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin* qui fait mention du principe de « *prééminence du droit* » : CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce*, req. n°66610/09, §53.

²³⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, L'expression « *principle of the Rule of Law* », document n°11343, 4 juillet 2007.

²³¹ V. en particulier Luc. HEUSCHLING, *Etat de droit*, *op. cit.*, spéc. p.547 ; HEUSCHLING Luc. *Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées*. *Op. cit.*, p.152-155.

²³² HEUSCHLING Luc. *Le regard d'un comparatiste : l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques...* In Société française de droit international (SFDI), *L'Etat de droit en droit international. Colloque de Bruxelles de la SFDI (5 au 7 juin 2008)*, éd. Pedone, Paris, 2009, 437p. Spéc. p.41-42.

²³³ Il est possible de remarquer la nuance apportée par les protocoles n°14 et n°15 (non entré en vigueur) qui ne font pas mention du concept de « *prééminence du droit* » mais de « *rôle prééminent [de la Cour EDH, ndlr] dans la protection des droits de l'homme en Europe* » : Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendement le système de contrôle de la Convention ; Protocole n° 15 (non entré en vigueur) portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, préambule. Cette nuance n'entraîne cependant aucune conséquence sur le préambule de la Convention en lui-même.

²³⁴ CEDH AP 21 février 1975, arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n°4451/70, §34.

²³⁵ CEDH AP, 26 avril 1979, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. n°6538/74, §55.

²³⁶ CEDH 7 octobre 1988, arrêt *Salabiaku c/ France*, req. n°10519/83, §28.



démocratique » dans l'arrêt *Colacrai*²³⁷, « inhérent à l'ensemble des articles de la Convention » dans l'arrêt *Amuur*²³⁸, il irrigue la Convention toute entière selon une jurisprudence constante²³⁹. Dans le cadre du contrôle européen des droits de l'Homme, le concept de « prééminence du droit » revêt la valeur de principe fondamental et connaît une application plus large. « Véritable principe d'interprétation de la CEDH »²⁴⁰, « il est devenu un instrument privilégié d'interprétation extensive »²⁴¹ sous l'effet du travail des juges européens.

S'agissant de la directive d'interprétation conforme, le principe de prééminence du droit n'est pas invoqué par la Cour EDH. Il est en ce pendant le soutien incontestable et donne lieu à deux figures de l'interprétation, comme on s'en convaincra à travers deux arrêts emblématiques : d'une part l'arrêt *Pla et Puncernau*, pour lequel le principe fonde l'« interprétation-contrôle » (A) ; d'autre part l'arrêt *Zolotas*, pour lequel le principe fonde l'« interprétation création » (B).

A - L'arrêt *Pla et Puncernau* : l'interprétation-contrôle

83. L'affaire *Pla et Puncernau contre Andorre* concerne la responsabilité d'un Etat en raison de l'intervention de ses juges à l'occasion de l'interprétation d'un acte juridique privé, plus particulièrement d'un testament²⁴². Elle se place sous l'influence du principe de

²³⁷ CEDH 15 juillet 2005, arrêt *Colacrai c/ Italie* (n°2), req. n°63868/00, §58.

²³⁸ CEDH 25 juin 1996, arrêt *Amuur c/ France*, req. n°19776/92, §50. Voir également CEDH GC 25 mars 1999, arrêt *Iatridis c/ Grèce*, req. n°31107/96, §58, CEDH 15 juillet 2005, arrêt *Colacrai c/ Italie* (n°2), *op. cit.*, §58 ; CEDH GC 9 juillet 2009, arrêt *Mooren c/ Allemagne*, req. n°11364/03, §76 ; CEDH GC 12 février 2008, arrêt *Kafkaris c/ Chypre*, req. n°21906/04, §116 ; CEDH 17 décembre 2009, arrêt *M. c/ Allemagne*, req. n°19359/04, §90 ; CEDH GC 21 octobre 2013, arrêt *Del Río Prada c/ Espagne*, req. n°42750/09, §125 ; CEDH GC 16 juillet 2014, arrêt *Ališić e.a. c/ Bosnie-herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République yougoslave de Macédoine*, req. n°60642/08, §103.

²³⁹ CEDH AP 21 février 1975, arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, §34 ; CEDH AP 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c/ Pays-Bas*, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §69. Plus récemment, V. CEDH 6 novembre 2008, arrêt *Kokkinis c/ Grèce*, req. n°45769/06, §34 ; ou encore CEDH 9 décembre 2008, arrêt *Viașu c/ Roumanie*, req. n°75951/01, §62.

²⁴⁰ MARGUENAUD Jean-Pierre. La Cour européenne des droits de l'Homme. *Op. cit.*, p.45.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² CEDH, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*



prééminence du droit dans la mesure où la Cour a considéré qu'elle est compétente pour contrôler l'interprétation faite par les juridictions nationales d'un tel acte. Pour cela, la Cour EDH utilise la directive d'interprétation conforme afin d'opérer un contrôle du sens conféré à l'acte litigieux par les juges nationaux au regard du contenu de la Convention EDH. C'est pourquoi il est possible de nommer cette utilisation de la directive d'interprétation conforme « interprétation-contrôle ». Il convient dans un premier temps d'établir la réalité de cette interprétation au regard du principe de prééminence du droit (1) avant, dans un second temps, d'en mesurer les conséquences (2).

1 - La réalité de l'interprétation-contrôle

84. L'utilisation la plus classique du principe de « *prééminence du droit* » consiste à s'assurer du respect du principe de légalité²⁴³, protégé par l'article 7 de la Convention EDH²⁴⁴, mais plus généralement selon une acceptation du terme « *loi* » qui est commune à l'ensemble des occurrences dans la Convention²⁴⁵. Ce respect du principe de légalité engendre tant un contrôle formel qu'un contrôle de la qualité de la loi, la Cour s'appuyant pour ce dernier sur les caractères d'accessibilité, de précision et de prévisibilité de la norme interne²⁴⁶. La Cour EDH a également entendu, sous ce principe de légalité, la manière dont les autorités étatiques appliquent et interprètent la « *loi* ». Ainsi, la Cour rappelle de manière constante que « *c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et aux*

²⁴³ Les principes de prééminence du droit et le principe de légalité sont cependant distincts, le premier possédant une portée plus grande et étant utilisée par la Cour à tout moment du raisonnement, tant au moment du contrôle de légalité (V. par exemple CEDH GC 16 juillet 2014, arrêt Ališić e.a. c/ Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et « L'ex-République yougoslave de Macédoine ». Op. cit., §103) qu'au moment du contrôle de légitimité du but poursuivi (V. par exemple CEDH 24 juin 2008, arrêt Ādamsons c/ Lettonie, op. cit., §120).

²⁴⁴ V. pour deux exemples récents CEDH GC 21 octobre 2013, arrêt Del Rio Prada c/ Espagne, op. cit., §77 sq. ; CEDH GC 27 janvier 2015, arrêt Rohlena c/ République tchèque, req. n°59552/08, §50.

²⁴⁵ V. par exemple, s'agissant de l'article 8 : CEDH GC 12 juin 2014, arrêt Fernández Martínez c/ Espagne, req. n°56030/07, §117 sq. V. par exemple, s'agissant de l'article 1 du protocole n°1 : CEDH GC 25 octobre 2012, arrêt Vistiņš et Perepjolkins c/ Lettonie, req. n°71243/01.

²⁴⁶ CEDH AP 8 juillet 1986, arrêt Lithgow e.a. c/ R-U, req. n°9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, §110 ; CEDH 22 septembre 1994, arrêt Hentrich c/ France, req. n°13616/88, §42 ; CEDH 8 décembre 2005, arrêt Guiso-Gallisay c/ Italie, req. n°58858/00, §82.

tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Son rôle se limite donc à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation »²⁴⁷.

85. Sans se référer expressément au principe de prééminence du droit, c'est à cet acquis jurisprudentiel que la Cour se rattache dans l'arrêt *Pla et Puncernau* au paragraphe 46 afin de fonder l'obligation d'interprétation conforme, qu'il s'agisse tant de l'interprétation de la législation interne que de celle d'un acte juridique privé²⁴⁸. Dans ce paragraphe, la Cour insiste sur la « *grande latitude* » dont jouissent les juges nationaux pour interpréter le droit interne, et *a fortiori* les actes juridiques privés²⁴⁹. La formulation est proche de celle proposée pour le préambule de la Convention EDH à l'occasion du protocole n°15 et qui a pour objet du principe de subsidiarité et la marge d'appréciation dont bénéficient conséquemment les Hautes parties contractantes²⁵⁰.

Par contraste avec les autres arrêts dont elle reprend la formulation, la Cour déroge au principe de subsidiarité²⁵¹, non pas dans le même paragraphe, mais au paragraphe 59, ainsi mis en valeur. Elle y poursuit son raisonnement en déclarant que, si elle « *n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés (...), dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale (...) apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec (...) les principes sous-jacents à la Convention* »²⁵². Ce faisant, elle renforce la portée du principe de prééminence du droit en

²⁴⁷ V. notamment CEDH GC 18 février 1999, arrêt *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, req. n°26083/94, § 54 ; CEDH GC 19 septembre 2008, arrêt *Korbely c/ Hongrie*, req. n° 9174/02, § 72-73 ; CEDH GC 17 mai 2010, arrêt *Kononov c/ Lettonie*, req. n°36376/04, §197 ; CEDH GC 27 janvier 2015, arrêt *Rohlena c/ République tchèque*, *op. cit.*, §51.

²⁴⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §46.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (non entré en vigueur), article 1.

²⁵¹ Sur la question du principe de subsidiarité dans l'arrêt *Pla et Puncernau* : V. en particulier SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris : PUF 2015, 12^{ème} éd. (Droit fondamental), §140 : « *Le principe de subsidiarité peut cependant être parfois malmené par le juge européen ; il en va ainsi, par exemple, lorsque ce dernier n'hésite pas à substituer son appréciation à celle du juge interne dans l'interprétation d'un acte éminemment privé, une clause testamentaire* ».

²⁵² CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §59.



instaurant un « *contrôle européen* » en matière d'interprétation des actes juridiques de toute nature, là où elle se contente habituellement de vérifier la compatibilité de l'interprétation des normes de droit interne²⁵³. Tout en se plaçant dans la continuité de sa jurisprudence, la Cour matérialise ainsi les nouveaux contours de son contrôle. Or, ce contrôle européen consiste dans la directive d'interprétation conforme, par laquelle elle analyse si l'interprétation de ces actes juridiques par les juridictions internes aboutit à un manquement aux droits et libertés contenus dans la Convention EDH.

86. Par conséquent, la directive d'interprétation conforme se fonde sur le principe de prééminence du droit. Si cette filiation s'explique au regard de la jurisprudence de la Cour EDH, elle ne manque pas de surprendre en matière d'interprétation des actes juridiques privés. Si l'on constate que l'utilisation par la Cour EDH du principe de prééminence du droit revêt des contours plus larges que les conceptions traditionnelles, le raisonnement qui ressort de l'arrêt *Pla et Puncernau* semble s'affranchir de ses propres considérations. En effet, le contrôle de compatibilité des lois assumé par la Cour s'inscrit dans sa conception du principe de prééminence du droit selon laquelle les autorités étatiques doivent s'appuyer sur le principe de légalité. S'il est possible d'adopter une conception large de ce principe, il est difficile de l'étendre à l'interprétation des actes juridiques privés.

A prendre en considération le paragraphe 62 de l'arrêt, il est permis de considérer que la Cour porte un jugement sur le système herméneutique des Etats, la directive d'interprétation conforme s'analysant comme une directive d'interprétation impérative. Selon cette première lecture, le juge européen appellerait à une détermination plus rigoureuse des directives d'interprétation dans les droits internes. S'agissant du droit positif applicable en matière d'interprétation des actes juridiques privés, la Cour en appellerait ainsi au législateur pour réformer le Code civil.

Il est également permis de considérer que la Cour assoit son contrôle plus directement sur le principe de prééminence du droit. En effet, le principe de légalité traduit l'idée selon laquelle les autorités étatiques ne peuvent agir selon leur plaisir²⁵⁴, et doivent fonder leur décision sur une règle formelle fixée préalablement. Il traduit l'idée de lutte contre

²⁵³ *ibid.*

²⁵⁴ Cette raison est la première citée par Luc HEUSCHLING parmi les exigences que les européens attachent à l'Etat de droit : V. HEUSCHLING Luc. Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées. *Op. cit.*, p.109.



l'arbitraire, exprimée par exemple au paragraphe 59 de l'arrêt *Pla et Puncernau*. Ainsi, il découle du principe de prééminence du droit que, parmi les autorités étatiques, le juge national a pour mission d'opérer un contrôle de conformité entre le sens conféré à un acte juridique et le respect des droits et libertés contenus dans la Convention EDH. En effet, en sa qualité de protecteur du contenu de la Convention EDH, il lui revient le premier d'opérer le contrôle européen et de faire usage de la directive d'interprétation conforme. Si cette conception apparaît en contradiction avec une conception française de lutte contre l'arbitraire (des juges), elle emporte des conséquences importantes.

2 - Les conséquences de l'interprétation-contrôle

87. En inaugurant le contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés et en se fondant sur le principe de prééminence du droit, la Cour EDH a brisé une règle fondamentale du droit français. En effet, les juges du fond opèrent une interprétation souveraine des actes juridiques privés, avec pour seule limite la dénaturation, c'est-à-dire l'interprétation d'un acte clair. Or, par l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour EDH exprime une rupture totale de la conception de l'interprétation en décidant que le sens conféré au testament par les juges nationaux s'analyse en une exclusion judiciaire contraire aux droits fondamentaux de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux. Cela revient à considérer que l'interprétation des conventions n'est plus seulement une question de droit, mais également une question de fait. En outre, cela enjoint la Cour de cassation à contrôler l'interprétation des actes juridiques privés, ce qu'elle a refusé de faire, hors hypothèse de dénaturation. Cette opposition franche entre les positions de la Cour EDH et de la Cour de cassation est l'occasion de démontrer que le fondement de la prééminence du droit confère des particularités à la directive d'interprétation conforme qui bouleversent le système herméneutique français ainsi que la conception du juge.

88. Au paragraphe 59 de l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour EDH affirme d'une part que qu'elle n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés, d'autre part que, en raison de « *l'exercice du contrôle européen qui lui incombe* », lorsque l'interprétation faite d'un acte juridique « *apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire* », l'hypothèse qu'il s'agisse d'un acte privé ne peut constituer une exception suffisante pour limiter son action²⁵⁵.

²⁵⁵ CEDH 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §59.



Or, tant cette mission de contrôle européen – puisque la Cour est garante du respect de la Convention EDH – que la lutte contre l'arbitraire – dont l'acceptation péjorative s'est construite à la Révolution française pour y opposer la notion de droit – participent de l'accomplissement de l'objectif de prééminence du droit. Dans cet arrêt, la Cour ne précise pas ce qu'est une interprétation déraisonnable ou arbitraire.

De manière générale, la Cour relie cette problématique au respect du principe de légalité²⁵⁶, de telle sorte qu'une interprétation arbitraire posséderait une portée large, correspondant au champ d'application de la Convention EDH, tel qu'interprétée par la Cour. Ainsi, tout sens conféré par un juge interne qui se révélerait contraire à un droit protégé par la Cour EDH devrait s'analyser comme une interprétation déraisonnable ou arbitraire, et engager la responsabilité de son Etat. La lecture de l'arrêt *Pla et Puncernau* permet de confirmer cette analyse, puisqu'y est considérée comme une interprétation déraisonnable l'exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux à laquelle aboutit la décision du juge interne. Par conséquent, il faut comprendre que l'interprétation d'un acte juridique privé, qui a pour résultat de contrevenir à une disposition de la Convention EDH, a vocation à être sanctionnée. La défense par la Cour d'un ordre public européen emporte le contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés. Décidant dans un contexte autre, la Cour de cassation a rendu une solution de principe, dont l'application rigoureuse est en opposition frontale avec la solution de la Cour EDH.

89. Dès l'an IV, le Tribunal de cassation, sur le fondement de l'adage *contractus legem dicit* – repris ensuite dans l'article 1134 du Code civil qui représente aujourd'hui le fondement des principes précités – indiquait que, par principe²⁵⁷, les conventions devaient faire loi pour les parties et devaient être littéralement exécutées²⁵⁸. Par voie de conséquence, toute interprétation qui contredisait le sens grammatical d'une convention ouvrait un motif à la cassation. Cette solution a été largement contredite par la doctrine, et notamment le

²⁵⁶ V. récemment l'arrêt *Milhau*, dans laquelle la Cour EDH indique qu'une mesure effectuée dans les conditions prévues par la loi est d'abord une mesure « *qui exclut une action arbitraire de la part des autorités nationales* » : CEDH 10 juillet 2014, arrêt *Milhau c/ France*, req. n°4944/11, §41.

²⁵⁷ Hors les cas de fraude, de dol, et autres cas de rescision pour lesquels les ordonnances avaient édicté des règles spéciales.

²⁵⁸ Voir par exemple Cass. 19 prairial an VII, Lagrange ; 3 prairial an VIII, Breuillard ; 1^{er} ventôse an X ; 30 prairial an XII ; 5 thermidor an XIII.



jurisconsulte Merlin²⁵⁹, qui réclamait que le Tribunal de cassation n'interfère pas dans des différends purement privés, sans contradiction avec l'ordre public.

Ainsi, par un arrêt rendu en 1806 à propos de l'interprétation des statuts d'une société, le Tribunal de cassation avait cassé un arrêt qui avait, selon elle, faussement interprété les statuts d'une société en commandite²⁶⁰. L'affaire revint devant la Cour de cassation, la Cour d'appel de renvoi ayant refusé de s'incliner. Le jurisconsulte MERLIN était alors procureur général auprès de ladite Cour, ce qui lui permit de faire valoir son opinion. C'est ainsi qu'il argua que la Cour de cassation n'avait pas à juger de l'interprétation d'une Cour d'appel, même dans une affaire où, comme en l'espèce, « *la Cour d'appel avait dénaturé le contrat et substitué des conventions imaginaires aux véritables conventions des parties* » et où, selon lui, la Cour de cassation devait être forcée d'admettre qu'il y avait un mal jugé « *évident et fort extraordinaire* ». La Cour de cassation, suivant les conclusions de son procureur général, rejeta le pourvoi dans son arrêté resté fameux de 1808²⁶¹, fondateur pour notre question en droit interne²⁶². Cette solution exprime clairement, à l'opposé de la solution soutenue par la Cour EDH qu'il n'est pas permis au juge, sur le fondement de l'interprétation, de redresser une situation contraire à l'ordre public, offrant l'image d'un juge de cassation inerte face à une interprétation qui, conforme à la commune intention des parties, serait contraire à l'ordre public.

90. C'est cette solution qui est consacrée aujourd'hui tant en jurisprudence qu'en doctrine. Les exemples d'interprétation objective du contrat, en se référant à une disposition d'ordre public, font figure d'exception, dont on perçoit par ailleurs mal le fondement²⁶³. En matière d'interprétation, la loi des parties l'emporte sur la loi du législateur, sur le fondement

²⁵⁹ MERLIN, *Répertoire*, in *Société* Section 2 paragraphe 3 n°2.

²⁶⁰ Cass. 28 mai 1806.

²⁶¹ Il convient toutefois de nuancer les conclusions que l'on peut tirer de ce revirement de jurisprudence. En effet, en l'espèce, aucune loi n'était violée puisqu'il n'existait pas alors de réglementation pour déterminer les caractères distinctifs d'une société en commandite. Cette solution a été par la suite confirmée, la chambre des requêtes indiquant que « *la violation de la loi du contrat, encore qu'elle fût prouvée, ne pouvait établir une ouverture de cassation légale* » : req. 5 juillet 1908, D., Répert. Leg., voir « cassation » n°1573.

²⁶² Cass. Sect. réun. 2 février 1808, arrêt Lubert c/ Wancareghem, Sirey, Chr. Tome I, p.480.

²⁶³ Voir la thèse de Christian TALAMON. *Op. cit.*, qui présente pourtant clairement cette exception, en démontrant et expliquant son origine.

formel de l'article 1134 du Code civil²⁶⁴, et de manière plus conceptuelle sous les augures du principe d'autonomie de la volonté. Sur le fondement du principe de prééminence du droit, la Cour EDH s'insurge par deux fois contre cette solution. D'abord en refusant l'arbitraire, là où la Cour de cassation le tolère, mais aussi en acceptant la directive d'interprétation subjective qu'est la commune intention des parties, tout en y adjoignant la nécessité de la corriger par l'obligation d'interprétation conforme²⁶⁵.

Cette solution semble recevoir les faveurs d'une partie de la doctrine. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Bucias contre Roumanie*, le Professeur MARCHADIER a analysé la jurisprudence de la Cour s'agissant du principe de subsidiarité articulé avec les principes de prééminence du droit et de légalité²⁶⁶. Dans l'affaire commentée, la Cour avait induit d'une violation du droit interne un manquement à la Convention EDH tandis qu'un tel constat devrait être le résultat du contrôle de proportionnalité. Or, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour ne constate pas une violation du droit interne mais analyse l'interprétation du testament par les juridictions internes comme un manquement aux droits fondamentaux protégés sur le fondement de la Convention EDH. Ainsi, ce raisonnement ne semble pas encourir la critique et s'analyse comme un moyen justifié de remédier à une décision arbitraire ou, du moins, mal fondée.

B - L'arrêt *Zolotas* : l'interprétation-création

91. Le principe de prééminence du droit constitue pour la Cour EDH un instrument d'interprétation extensive de la Convention EDH dont elle est l'interprète. Par effet de diffusion et selon des mécanismes pas toujours très explicites, ce principe contribue à accroître le contenu des normes internes, jusqu'aux actes juridiques privés. L'arrêt *Zolotas*

²⁶⁴ Philippe SIMLER indique par exemple que « *le pouvoir souverain ne pouvait cependant signifier pouvoir arbitraire* ». Toutefois, pour expliquer ce qu'il entend par « *arbitraire* », il ajoute que « *les juges du fond ne peuvent, sous le prétexte d'interprétation, modifier le sens ou le contenu d'un contrat dénué de toute ambiguïté. Ils contreviendraient, ce faisant, au principe fondamental de force obligatoire du contrat (...). Ainsi, l'arbitraire dans l'interprétation s'entend pour lui comme la violation de l'article 1134 du Code civil, qui fait écran au respect d'autres dispositions légales qui le prescrit l'interprétation conforme* ». Philippe SIMLER. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisqueuseur répertoire notarial. Fasc. 31, 2015. Spéc. §57.*

²⁶⁵ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

²⁶⁶ MARCHADIER Fabien. « La bonne foi du sous-acquéreur sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme ». *RDC* 2015, n°1, p.137.

contre Grèce illustre comment la directive d'interprétation conforme, sur le fondement de la prééminence du droit, aboutit à accroître les obligations d'un acte juridique privé, de telle sorte que l'on puisse parler d'« *interprétation-crétation* ». Il convient dans un premier temps de constater la réalité d'une telle interprétation (1) avant, dans un second temps, d'en étudier la justification (2).

1 - La réalité de l'interprétation-crétation

92. La jurisprudence de la Cour EDH offre une jurisprudence fournie en matière d'interprétation extensive de la Convention EDH sur le fondement de la prééminence du droit. Ainsi, la Cour exploite pour la première fois la notion de « *prééminence du droit* » à l'occasion de l'arrêt *Golder* de 1975²⁶⁷. La Cour utilise ce concept pour interpréter l'article 6 alinéa 1 de la Convention – applicable expressément en matière pénale – de telle manière que le droit d'accès à un tribunal en matière civile soit protégé par la Convention. Dans cet arrêt de principe, la Cour considère en substance qu'il convient, dans son rôle d'interprète, de définir le contenu de l'article 6 de la Convention en prenant pour référence le principe de « *prééminence du droit* »²⁶⁸. Contre l'interprétation proposée par un Etat signataire de la Convention EDH, elle impose la « *prééminence du droit* » comme un élément de l'objet et du but de la Convention.

93. Toujours dans une logique de développement du contenu de la Convention EDH, la Cour, dans l'arrêt *Malone*, utilise le principe de prééminence du droit et aboutit à développer le contenu normatif du droit interne²⁶⁹. En l'espèce, le requérant, inculpé de plusieurs délits de recel de biens volés apprend qu'il avait fait l'objet d'interceptions téléphoniques et est persuadé que sa surveillance était plus importante que ne le laissaient penser les pièces présentes à son procès. Il s'agit de déterminer si le système d'interceptions téléphoniques dans les législations galloises et anglaises violaient ou non cet article. La Cour, saisie sur le

²⁶⁷ Selon la Cour, il ne faut pas voir dans cette notion « *un simple rappel plus ou moins rhétorique dépourvu d'intérêt pour l'interprète de la Convention. Si les gouvernements signataires ont décidé de prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle, c'est en raison notamment de leur attachement sincère à la prééminence du droit* » : CEDH AP 21 février 1975, arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n°4451/70, §34.

²⁶⁸ *Ibid.*, §34.

²⁶⁹ CEDH AP, 2 août 1984, arrêt *Malone c/ Royaume-Uni*, req. n°8691/79, §67-68.

fondement de l'article 8 alinéa 2 de la Convention EDH, s'appuie sur le principe de prééminence du droit comme sur l'objet et le but de la Convention pour exiger que le droit interne définisse avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'interceptions des communications²⁷⁰. Or, la Convention ne prévoit pas d'exigences spécifiques en matière d'interceptions téléphoniques mais la Cour, en raison des incertitudes de la loi nationale, constate un manquement. Cet arrêt *Malone* a été suivi dans l'année d'une modification législative en Angleterre et au Pays de Galles concernant l'interception des télécommunications. Enfin, peu à peu, la Cour est parvenue à édifier un ensemble de règles concernant un domaine non expressément prévu par la Convention EDH²⁷¹. C'est ainsi qu'en 2008, la Cour s'est appuyée sur cet acquis jurisprudentiel pour constater de nouveau une violation de la Convention EDH en raison de la législation anglaise en matière d'interception²⁷².

94. A l'occasion de l'arrêt *Zolotas contre Grèce*, c'est le contenu d'un acte juridique privé qui est la conséquence d'une interprétation extensive sur le fondement du principe de prééminence du droit²⁷³. Il convient de rappeler que l'utilisation dans cette affaire du principe de prééminence du droit résulte de la lecture combinée de cet arrêt avec l'arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin*²⁷⁴. En l'espèce, le requérant possédait un compte dans une banque et ses droits sur les intérêts comme sur le capital s'étaient éteints sous l'effet de règles légales de prescription de cinq et vingt ans respectivement. La Cour a considéré que l'effet de ces règles avait abouti à un manquement de l'Etat grec sur le fondement de l'article 1 du

²⁷⁰ CEDH AP 2 août 1984, arrêt *Malone c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, §70.

²⁷¹ CEDH 29 juin 2006, décision sur la recevabilité *Weber et Saravia c/ Allemagne*, req. n°54934/00, §95 : « dans sa jurisprudence relative aux mesures de surveillance secrète, la Cour énonce les garanties minimales suivantes contre les abus de pouvoir que la loi doit renfermer : la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception, la définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute, la fixation d'une limite à la durée de l'exécution de la mesure, la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données recueillies, les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties, et les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements ».

²⁷² CEDH 1^{er} juillet 2008, arrêt *Liberty e.a. c/ Royaume-Uni*, req. n°58243/00.

²⁷³ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce (n°2)*, *op. cit.*

²⁷⁴ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce (n°2)*, *op. cit.*, §53 ; CEDH GC 20 octobre 2011, arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie*, *op. cit.*, §57.



Protocole n°1, faute d'une information du requérant et détenteur du compte bancaire sur ces règles de prescription.

Il est utile de préciser que cet article ne prévoit pas explicitement l'existence d'une obligation d'information dans les contrats liant un consommateur et un professionnel notamment. Pour autant, le raisonnement suivi par la Cour s'analyse en une interprétation extensive de la Convention EDH. En outre, cette faute imputée à l'Etat grec consiste à ne pas avoir prévu dans un tel contrat une obligation d'information à la charge du banquier, et appelle par conséquent une modification des règles législatives. En droit interne, la Cour de cassation a pu parvenir à un résultat semblable en consacrant une obligation liant les parties sous l'effet de l'interprétation de leur convention²⁷⁵. Selon les circonstances, il est permis de considérer – sur le fondement de la jurisprudence *Pla et Puncernau* qui encourage l'interprétation des conventions conformément à la Convention EDH – que de tels mécanismes seraient susceptibles de satisfaire la Cour EDH dans sa recherche d'un juste équilibre. Enfin, cette solution a pour effet d'imposer une telle obligation d'information dans la convention privée liant les parties, par l'utilisation des mécanismes d'interprétation conforme. En effet, le principe de prééminence du droit ne peut à lui seul imposer une telle obligation dans les ordres juridiques internes²⁷⁶. C'est par l'effet de l'interprétation des lois et des actes juridiques privés que cette obligation est susceptible de compléter ces normes.

Par conséquent, l'interprétation de la Convention EDH par la Cour développe le contenu de celle-ci, sanctionne un contenu défaillant de l'arsenal législatif de l'Etat et crée une obligation à la charge d'une des parties à un contrat. Saisi d'un litige semblable, il reviendrait au juge interne de déterminer s'il interprète une législation défaillante pour y déceler par voie d'interprétation conforme une telle obligation d'information, ou s'il interprète la convention des parties pour aboutir à un résultat semblable. Ainsi, la directive d'interprétation conforme, sur le fondement du principe de prééminence du droit, aboutit à la

²⁷⁵ V. *infra* §297 sq.

²⁷⁶ « La primauté de la norme internationale protectrice des droits de l'homme ne doit en effet pas être comprise comme impliquant nécessairement que la règle internationale va devoir se substituer à la règle interne de rang inférieur. La CEDH, que l'on peut prendre ici en exemple, confie en premier lieu aux autorités nationales le soin d'assurer, dans leurs rapports avec les individus, le respect des droits qu'elle édicte : ses règles de fond ne visent pas à supplanter le droit interne mais, si besoin, à le compléter ou à pallier ses insuffisances » : SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris : PUF 2015, 12^{ème} éd. (Droit fondamental), §122.



création d'obligations à la charge des contractants dont il convient à présent d'en éprouver la justification.

2 - La justification de l'interprétation-création

95. Le principe de prééminence du droit a pour finalité un contrôle de compatibilité entre les normes nationales et celles issues de la Convention EDH. L'action de la Cour consiste également à créer les conditions de ce contrôle, en interprétant la Convention EDH si besoin, et à apprécier les effets de l'interprétation ou de l'application par les juges de leur droit national. Toutefois, l'utilisation du principe de prééminence du droit comme instrument de supériorité de la Convention EDH sur les droits nationaux ne peut aller jusqu'à créer, au sein de l'ordre juridique interne et selon une jurisprudence constante, un droit qui n'y serait pas reconnu, et ne peut davantage substituer au sens et à l'application conférés à un droit par les juges nationaux sa propre interprétation.

96. En effet, s'appuyant sur l'arrêt *Golder* ayant interprété, avec le soutien du principe de prééminence du droit, l'article 6 de la Convention afin de le rendre applicable aux contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil, l'arrêt *Fayed* a précisé que « *les organes de la Convention ne sauraient créer, par voie d'interprétation [des articles de la Convention EDH], un droit matériel de caractère civil n'ayant aucune base légale dans l'Etat concerné* »²⁷⁷. Concrètement, un justiciable ne peut se prévaloir des normes issues de la Convention EDH afin de bénéficier d'une action non prévue par son droit interne. Il doit rapporter la preuve de l'existence d'une telle action et ne peut reprocher à l'Etat que les restrictions injustifiées au regard de la Convention qui auraient été apportées à l'encontre de ce droit. Cette distinction, entre la restriction apportée au droit et à l'obligation de caractère civil d'une part et la restriction d'ordre procédural à un droit protégé par la Convention d'autre part, avait été remise en question à l'occasion de l'arrêt *Roche contre Royaume-Uni*²⁷⁸. La Cour n'a pas cédé et l'a maintenue, rappelant « *le principe fondamental selon lequel [un article de la Convention EDH] n'assure par lui-même aucun contenu matériel déterminé dans*

²⁷⁷ CEDH 21 septembre 1994, arrêt *Fayed c/ R-U*, req. n°17101/90, §65. V. déjà, mais sans référence à l'arrêt *Golder*, CEDH 21 février 1986, arrêt *James e.a. c/ R-U*, req. n°8793/79, §81.

²⁷⁸ CEDH GC 19 octobre 2005, arrêt *Roche c/ Royaume-Uni*, req. n°32555/96, §118.



l'ordre juridique des Etats contractants »²⁷⁹. Elle a en outre rappelé que la Cour devait « prendre pour point de départ les dispositions du droit national pertinent et l'interprétation [des juridictions internes] » et qu'elle devait disposer de « motifs très sérieux pour prendre le contre-pied de ces juridictions en leur substituant ses propres vues sur une question d'interprétation du droit interne »²⁸⁰. Par principe donc, la Cour EDH ne peut imposer son interprétation d'une norme nationale. Ainsi, la conception amplificatrice du principe de prééminence du droit sur la Convention EDH ne s'étend pas directement au contenu des normes nationales. Il ne peut justifier une interprétation du droit national par le juge de Strasbourg de telle manière à reconnaître un droit matériel non reconnu dans la législation nationale.

97. Il convient toutefois de s'interroger sur la persistance de cette solution en droit positif. Depuis l'origine, la Cour relativise cette distinction entre les droits et obligations de caractère civil reconnus dans la législation des Hautes parties contractantes d'une part, et les droits protégés par la Convention EDH d'autre part. Déjà dans l'arrêt *Fayed*, alors que la Cour prend soin de tracer les limites de la jurisprudence *Golder*, permise par une utilisation audacieuse du principe de prééminence du droit, elle assortit une exception au principe selon lequel le juge européen ne peut interpréter le droit interne pour lui faire produire un droit qui n'y est pas inscrit. Or, elle érige une obligation d'abstention à la charge de l'Etat et fonde cette exception sur le principe de prééminence du droit²⁸¹. Il semble résulter de la jurisprudence de la Cour que, si celle-ci ne peut, par principe, créer un droit non reconnu dans la législation interne, la combinaison du caractère dynamique du système de protection des droits de l'homme et le principe de prééminence du droit dont il bénéficie, mise en œuvre par le contrôle de proportionnalité et la théorie des obligations positives, permet, à titre exceptionnel, d'aboutir à un tel résultat.

Le contrôle de proportionnalité est présent dans l'arrêt *Fayed*, et aboutit en l'espèce à une solution favorable à l'Etat. Dans l'arrêt *Zolotas*, s'y ajoute l'utilisation de la théorie des obligations positives, qui se matérialise en l'espèce par l'obligation pour l'Etat de prévoir une

²⁷⁹ *Ibid.*, §119. V. également CEDH GC 14 décembre 2006, arrêt *Marcovic e.a. c/ Italie*, req. n°1398/03, §93 ; CEDH 3 avril 2012, arrêt *Boulois c/ Luxembourg*, req. n°37575/04, §91.

²⁸⁰ *Ibid.*, respectivement §120, 95 et 91.

²⁸¹ CEDH 21 septembre 1994, arrêt *Fayed c/ R-U*, *op. cit.*, §65. V. également CEDH GC 21 novembre 2001, arrêt *Fogarty c/ R-U*, req. n°31112/97, §25 ; CEDH GC 14 décembre 2006, arrêt *Marcovic e.a. c/ Italie*, *op. cit.*, §97.

obligation d'information à la charge des banques envers leurs clients. La solution rendue dans cet arrêt, prononcée sur le fondement du principe de prééminence du droit²⁸², relativise la distinction traditionnelle du droit européen. Alors que, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, était en cause une barrière procédurale – la façon dont les juges nationaux ont interprété la clause testamentaire, sans que le droit à l'absence de discrimination soit remis en cause en tant que tel dans le droit andorran – l'arrêt *Zolotas* commande la création d'une obligation nouvelle en droit grec. Ainsi, cette solution invite à s'interroger de nouveau sur la portée du principe de prééminence du droit, plus particulièrement dans le cadre de l'utilisation de la directive d'interprétation conforme. Selon cette jurisprudence, la Cour s'autoriserait ainsi, de manière exceptionnelle, à exiger la reconnaissance en droit interne, sur le fondement du droit issu de la Convention EDH, d'un droit ou d'une obligation à caractère civil qui n'y serait pas prévu. Depuis l'arrêt *Zolotas*, la Cour n'a pas rappelé l'impossibilité par principe d'interpréter le droit des Etats membres au regard de la Convention afin de créer dans celui-ci un droit qui n'y est pas consacré. Il a pourtant été invité à le faire à l'occasion de l'arrêt *Süzer et Eksen holding*²⁸³.

98. Si cette solution dégagée à l'occasion de l'arrêt *Zolotas* devait être confirmée, elle consacrerait le principe de prééminence du droit comme un concept permettant la création de droits et obligations de caractère civil directement en droit interne. Sur ce fondement et avec la théorie des obligations positives, la directive d'interprétation conforme semble le mécanisme le plus abouti pour parvenir à un tel résultat. En effet, elle impose à l'Etat, et plus particulièrement au juge, d'interpréter son droit interne ou l'acte juridique privé qu'elle est amenée à interpréter, d'une manière conforme au droit européen, au besoin en dégagant une obligation à la charge d'un contractant afin de respecter ses engagements internationaux²⁸⁴.

²⁸² CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce* (n°2), *op. cit.*, §53 ; CEDH GC 20 octobre 2011, arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie*, *op. cit.*, §57.

²⁸³ CEDH 23 octobre 2012, arrêt *Süzer et Eksen holding c/ Turquie*, req. n°6334/05, §81 et 93.

²⁸⁴ A cet instant de l'exposé, il n'est pas permis d'indiquer plus précisément si la CEDH procède à une interprétation-création de la loi ou de l'acte juridique privé : V. *infra* §115, 120, 189.

§ 2 - Utilisation du principe de primauté du droit de l'Union devant la CJUE

99. Le point commun entre la prééminence du droit européen des droits de l'Homme et la primauté du droit de l'Union réside dans l'existence d'un ordre juridique particulier²⁸⁵. C'est d'abord le juge de l'Union qui en a pris acte, à l'occasion de l'arrêt fondateur *Costa contre Enel* du 15 juillet 1964. Depuis, la CJUE n'a cessé de faire application de ce principe. Ainsi, plus récemment, la Cour a rappelé qu'« *en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, le conflit entre une disposition de la loi nationale et une disposition du traité directement applicable se résout, pour une juridiction nationale, par l'application du droit communautaire, en laissant au besoin inappliquée la disposition nationale contraire, et non par le constat de la nullité de la disposition nationale, la compétence des organes et juridictions étant à cet égard propre à chaque Etat membre* »²⁸⁶.

Cette création prétorienne a connu une consécration plus laborieuse au sein des Traités. Après l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁸⁷, le Traité de Lisbonne a consacré, dans une déclaration spécifique annexée au Traité, ce principe de primauté du droit de l'Union tel qu'il découle de la jurisprudence de l'Union²⁸⁸. Cette difficulté pour consacrer ce principe constitue la marque d'une résistance des Etats membres pour préserver le contrôle de leur ordre juridique interne. Si cette difficulté existe également à l'égard de l'ordre juridique européen des droits de l'Homme, l'ordre juridique de l'Union

²⁸⁵ Il est dommage, à cet égard, s'agissant de son étude sur la Rule of Law, que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'attache tant à ce concept qu'à la prééminence du droit, pour ne relever que l'utilisation de la seule *Rule of Law* dans le système de l'Union : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, L'expression « *principle of the Rule of Law* », *op. cit.*

²⁸⁶ CJUE 19 novembre 2009, arrêt Krzysztof Filipiak, aff.C-314/08, §82. V. plus récemment l'adaptation par l'avocat général à la nouvelle terminologie du droit de l'Union à l'occasion de l'affaire PFE : CJUE 23 avril 2015, affaire PFE, aff.C-689/13, conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET, §92.

²⁸⁷ Le projet consacrait en son corps le principe de primauté du droit de l'Union : Traité établissant une Constitution pour l'Europe, art. I-6, JOUE 16 décembre 2004, p.12: « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres* ». V. sur ce point : « *Primauté* ». DEBARD Thierry, LE BAUT-FERRARESE Bernadette, NOURISSAT Cyril. *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*. Ellipses : Paris 2007, 2^{ème} éd. (Dictionnaires du droit).

²⁸⁸ Déclaration relative à la primauté, annexée au Traité de Lisbonne, JOUE 17 décembre 2007, p.256: « *La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence* ».



poursuit une stratégie qui lui est propre. Par souci de comparaison entre les deux cours européennes, il convient d'analyser d'une part l'usage par la CJUE de l'interprétation-contrôle (A), d'autre part son usage de l'interprétation-création (B).

A - L'interprétation-contrôle et la CJUE

100. La construction du principe de primauté du droit de l'Union, pierre angulaire du droit de l'Union²⁸⁹, poursuit une logique kelsénienne. D'un certain point de vue, la compréhension de ce principe est neutre aux yeux des juristes de l'Union. En effet, cette volonté de hiérarchisation des normes qui anime le droit de l'Union européenne s'effectue d'abord sur ses propres normes²⁹⁰, dans un but de coordination de ses propres sources²⁹¹. Ainsi, dès le début des années 1990, les Etats se sont interrogés sur la pertinence de l'introduction d'une hiérarchie des normes²⁹². L'adéquation terminologique avec la hiérarchie des normes était tentante²⁹³, source de simplification pour la comparaison, et source de clarté pour connaître

²⁸⁹ V. notamment, BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Introduction au droit européen*. Paris : PUF 2008, 552p. (Thémis droit), §670.

²⁹⁰ Ainsi, par exemple, à l'occasion de l'arrêt *Commission contre Allemagne* du 10 septembre 1996, elle a clairement indiqué que « lorsqu'un texte de droit communautaire dérivé exige une interprétation, il doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du Traité. Un règlement d'exécution doit également faire l'objet, si possible, d'une interprétation conforme aux dispositions du règlement de base » : CJUE 10 septembre 1996, arrêt *Commission c/ Allemagne*, aff.C-61/94, §52. Cette formulation est à comparer avec la formule constante de la Cour s'agissant de l'obligation d'interprétation conforme incombant aux juges nationaux et selon laquelle « les juridictions nationales, en appliquant le droit interne, sont tenues d'interpréter ce droit, dans toute la mesure possible, de manière conforme au droit de l'Union afin d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elles tranchent les litiges dont elles sont saisies » : CJUE 18 décembre 2014, arrêt *Larcher*, aff.C-523/13, §44.

²⁹¹ La place de l'acte dans la hiérarchie conditionne son processus décisionnel, les actes de rang constitutionnel requérant une procédure plus contraignante que les actes législatifs, puis les actes d'application.

²⁹² Une note de la délégation italienne, présentée dans le cadre des travaux de la CIG pour la préparation du Traité de Maastricht, avait proposé d'établir une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, législatives, réglementaires et administratives, en différenciant le processus décisionnel selon la matière et le niveau de l'acte à adopter.

²⁹³ Tel était d'ailleurs toujours l'avis d'Alain BARRAU, membre de la Convention sur l'avenir de l'Europe, qui préconisait l'« élaboration d'un nouveau cadre normatif et [l'] introduction d'une hiérarchie des normes : simplification du cadre actuel » ainsi que la distinction entre la Constitution, les lois et les règles administratives ». BARRAU Alain. *Contribution sur l'exercice des compétences*, 22 mai 2002. Disponible sur < <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/convention-travaux-11leg.asp#competences> > (consulté le



enfin les rôles respectifs des autorités de l'Union dans l'élaboration des actes²⁹⁴. M. BOURLANGES, membre du Parlement européen, auteur d'un rapport intitulé « *La typologie des actes communautaires et la hiérarchie des normes* »²⁹⁵ et adopté par le Parlement européen à l'occasion des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, dénonçait encore un chaos²⁹⁶ mettant en cause la transparence démocratique. Par voie de conséquence, le Traité de Constitution pour l'Europe²⁹⁷ prévoyait la consécration d'une nouvelle typologie, fondée sur la distinction entre actes législatifs et actes non-législatifs²⁹⁸. De même, mais de manière plus discrète, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, consacre cette distinction²⁹⁹. Or, cet effort de transparence démocratique emporte également des conséquences juridiques.

Concrètement, là où la Cour EDH utilise le principe de prééminence du droit pour exiger des droits nationaux une norme claire et pourchasser les décisions arbitraires, le système de l'Union s'applique à lui-même cette règle et construit un environnement fondé sur des normes élaborées selon des règles claires et dotées d'une portée précise.

101. La portée de cet alignement de la hiérarchie des actes de l'Union sur le modèle de la hiérarchie des normes doit être relativisée. Sur le plan de la technique décisionnelle, il s'agit pour le législateur de l'Union de restreindre la procédure lourde de la co-décision aux actes

17/09/2015).

²⁹⁴ Pour avoir une vision plus exhaustive des arguments, SERVOIR Anne. « Propositions concernant l'introduction d'une hiérarchie des normes au niveau communautaire ». *Cahiers du GERSE* (Groupes d'Etudes et de Recherches Sur l'Europe). Disponible sur < <http://www.juripole.fr/CEU/Servoir.html> > (consulté le 17/09/2015).

²⁹⁵ BOURLANGES Jean-Louis. *La typologie des actes communautaires et la hiérarchie des normes*, rapport adopté par le Parlement européen le 17 décembre 2002, JOUE.

²⁹⁶ L'auteur caractérisait la situation par un chaos normatif, un chaos procédural et un chaos linguistique (le terme « *terminologique* » étant plus adéquat). BOURLANGES Jean-Louis. *Op. cit.*, exposé des motifs. Il préconisait le regroupement des actes en trois blocs : constitutionnel, législatif et réglementaire d'application.

²⁹⁷ Traité signé à Rome le 29 octobre 2004, rejeté d'abord par la France et les Pays-Bas par référendum, puis approuvé par 18 Etats membres.

²⁹⁸ Le Traité consacrait les trois catégories d'actes suivantes : actes législatifs (loi et loi-cadre européenne) ; actes non-législatifs (règlement européen et décision européenne) ; actes non contraignants (avis et recommandation). Ainsi le règlement serait devenu la « *loi européenne* », la dénomination de « *règlement* » désignant un acte non législatif de portée générale pour la mise en œuvre des actes législatifs, soit l'équivalent de ce qu'il représente dans notre ordre juridique interne.

²⁹⁹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 297. RITLENG Dominique. « La nouvelle typologie des actes de l'Union – un premier bilan critique de son utilisation ». *RTDE* 2015, n°1, p.7-20.



législatifs. Politiquement, il s'agit pour le législateur européen de progresser dans le sens d'une transparence accrue de son système normatif, afin de pouvoir gagner en efficacité. Enfin, sous l'angle de la validité de l'application d'une norme de droit national par rapport à une norme de droit primaire ou dérivé de l'Union, les mécanismes utilisés ne laissent pas percevoir de réelles différences, et en particulier les marges d'appréciation du droit national apparaissent identiques³⁰⁰. Pourtant, fondamentalement, en retenant pour la qualification d'acte législatif un critère organique au terme duquel cet acte revêt cette qualification dès lors qu'interviennent le Parlement européen et le Conseil, le droit de l'Union se dote d'une assise démocratique renouvelée et d'une séparation des pouvoirs plus nette³⁰¹. Par conséquent, le fossé entre les différentes catégories de normes se creuse. Cet élément est déterminant dans la réception de ces normes, alors que la force du droit protégé par la Cour EDH consiste en premier lieu dans le fait que l'ensemble de ses dispositions sont pourvues de l'effet direct³⁰². Au contraire, dans le système juridique de l'Union, la CJUE a réservé, en vertu du principe de primauté, des effets particuliers seulement aux actes directement applicables³⁰³.

102. Ainsi, l'apparition de l'interprétation conforme est liée à cette conception très kelsenienne du droit de l'Union, teintée d'une nuance *réaliste* par la CJUE. Le triomphe de la directive d'interprétation conforme est d'abord le fruit du travail du juge européen sur les normes de l'Union, avant de l'être sur celles des ordres juridiques nationaux. Ainsi, la norme européenne doit disposer d'une justiciabilité, entendue comme la capacité à produire un sens dans une instance (1). Ensuite, la norme doit se prévaloir d'une portée supérieure à l'acte interprété (2).

³⁰⁰ CJUE 9 juillet 1997, arrêt Parodi, aff.C-222/95, §21 et 26 ; CJUE 23 avril 2009, arrêt Dior II, aff.C-59/08, §35.

³⁰¹ RITLENG Dominique. « La nouvelle typologie des actes de l'Union – un premier bilan critique de son utilisation ». *Op. cit.*, p.7.

³⁰² DUPRE DE BOULOIS Xavier. Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme. *RDLF* 2015, chron. n°8. Comp. : « La [Cour EDH] ne rencontre pas les mêmes difficultés que l'Union pour affirmer sa compétence en matière contractuelle, d'un point de vue technique tout au moins. Potentiellement, tout relève de la [Convention EDH] et le droit des contrats n'échappe pas à son empire » : MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.) MARCHADIER, Fabien e.a. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ». *Op.cit.*

³⁰³ CJUE 9 mars 1978 arrêt Simmenthal, *op. cit.*, §17.

1 - La justiciabilité de la norme de l'Union

103. L'arrêt *Van Gend en Loos* présente le droit de l'Union comme un « *nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité (...) leurs droits souverains* »³⁰⁴. C'est donc fort logiquement, par cette adhésion à l'Union, que les droits internes doivent respecter les normes constituant l'ordre juridique de l'Union, et sont soumis à ce droit. Cela est valable tant pour le droit primaire que pour le droit dérivé. En effet, chaque norme de droit dérivé procède d'une délégation consentie par les Etats membres, même si les conditions classiques d'entrée en vigueur d'une norme internationale ne sont pas remplies. En cela réside une grande partie de la spécificité de l'ordre juridique de l'Union en tant qu'ordre juridique hétéronome. Cette primauté protège également les principes généraux du droit de l'Union, tel le principe de sécurité juridique. Elle protège encore la jurisprudence, soit les décisions de justice rendues par la Cour de justice à l'occasion des procédures préjudicielles, des recours en manquement, ainsi que des pourvois à l'encontre de décisions rendues par la juridiction de l'Union de premier degré.

Cette primauté bénéficie aux normes de l'ordre juridique de l'Union, de sorte que le principe sert de fondement pour asseoir l'invocabilité des directives de l'Union, indépendamment de l'absence d'effet direct par principe de ces normes³⁰⁵. En outre, cette primauté s'impose à toutes les normes de droit interne, quel que soit leur rang dans l'ordre juridique interne selon l'arrêt *Costa*³⁰⁶. Elle s'impose notamment aux normes de rang

³⁰⁴ CJUE 5 février 1963, arrêt *Van Gend en Loos*, *op. cit.* Comp. : le droit né du Traité dispose d'une « *nature spécifique originale* » : CJUE 15 juillet 1964, arrêt *Costa c/ E.N.E.L.*, aff.C-6/94, Rec. p.1160.

³⁰⁵ V. la définition de l'invocabilité d'interprétation conforme : « *Référence faite par le juge national aux normes de droit de l'Union européenne afin d'interpréter le droit interne conformément à ces normes en se fondant sur le principe de primauté, et cela même en l'absence d'effet direct reconnu à celles-ci* » : CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*. Paris : LexisNexis, 2014, 6^{ème} éd. 368p. (Objectifs droit), définition d'« *Invocabilité d'interprétation conforme* ». V. également SIMON Denys. *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF, 2001, 3^{ème} éd. 779p. (Droit fondamental), §325 : « *c'est dire également que la primauté du droit communautaire vaut aussi bien pour les normes d'effet direct que pour celles qui en sont dépourvues. Même si cette dernière constatation a pu être manquée par l'« intimité entre effet direct et primauté qui résulte de certaines formulations des arrêts de la Cour, les deux notions sont à la fois théoriquement distinctes et pratiquement autonomes* ». Comp. : « *Il faut souligner que les principes d'effet direct et de primauté se combinent pour assurer une pleine efficacité du droit communautaire qui doit produire ses effets, même en l'absence d'effet direct attaché à une norme communautaire* » : CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick. *L'Union européenne*. Paris : Dalloz-Sirey, 2006, 6^{ème} éd., 905p. Spéc. §287.

³⁰⁶ CJUE 15 juillet 1964, arrêt *Costa c/ Enel*, *op. cit.*, Rec. p.1160 : « *Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature*



constitutionnel³⁰⁷, et notamment aux droits fondamentaux qui y sont consacrés³⁰⁸. Enfin, le principe de primauté du droit de l'Union implique que « *le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié (...) la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire* »³⁰⁹. Ainsi, la Cour s'assure, à côté de la procédure en manquement, la possibilité de se prononcer sur l'interprétation des normes de l'Union et ses conséquences sur les normes de droit interne.

A la vision d'un bloc normatif du droit de l'Union répondent des distinctions qui amenuisent la portée de certaines normes et conditionnent leur utilisation. Ainsi, les distinctions entre le droit primaire et le droit dérivé, entre les actes législatifs et les actes qui ne le sont pas, et plus encore entre les normes possédant un effet direct et celles qui n'en disposent pas, ont apporté une complexité au droit de l'Union et ont restreint son potentiel d'utilisation. C'est ainsi qu'à l'arrêt *Costa* répond de manière plus précise l'arrêt *Simmenthal* d'après lequel le principe de primauté ne protégerait que les normes pouvant se prévaloir d'un effet direct³¹⁰. La directive d'interprétation conforme, fondée sur le principe de primauté, constitue une réponse à la conception kelsenienne du droit de l'Union. Dans la mesure où la norme de l'Union est susceptible, par cette directive, de recevoir une application concrète dans un litige national, en particulier au cours d'un litige, cette norme bénéficie d'une protection proche de celle dont bénéficient les normes pourvues d'un effet direct.

104. Cette reconnaissance de la portée de la norme au moment de son application à l'occasion d'un litige constitue la caractéristique de la directive d'interprétation conforme, et la marque de la conception *réaliste* de l'interprétation développée par la CJUE. Elle permet à la Cour de Luxembourg d'opérer un contrôle préjudiciel de compatibilité au regard des

spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

³⁰⁷ CJUE 17 décembre 1970, arrêt Internationale Handelsgesellschaft, req. n°11-70 ; CJUE 11 janvier 2000, arrêt Kreil, aff.C-285/98, §12 et la solution apportée par la Cour.

³⁰⁸ CJUE GC, 26 février 2013, arrêt Melloni, aff.C-399/11, §60 : « (...) il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ».

³⁰⁹ CJUE GC 22 juin 2010, arrêt Melki et Abdeli, aff.C188/10 et C-189/10, §52. SIMON Denys. « Solange, le mot magique du dialogue des juges ». *Europe* 2010, n°7, p.1-2.

³¹⁰ CJUE 9 mars 1978 arrêt Simmenthal, *op. cit.*, §17.

normes de l'Union, tandis que la Cour de Strasbourg affirme sans condition un contrôle de compatibilité sur l'ensemble des actes produits dans l'ordre juridique interne.

Dès lors, les termes employés par la doctrine pour décrire les mécanismes de l'Union appartiennent davantage à celui des cours de justice qu'à celui des assemblées parlementaires. Le premier est celui d'« invocabilité »³¹¹. La notion d'« invocabilité » renvoie de manière générale à la caractéristique d'un texte d'une part, et à la capacité qui en résulte pour un justiciable de s'en prévaloir d'autre part. Contrairement à l'effet direct³¹², l'invocabilité « est un postulat global, en ce sens qu'elle bénéficie à toutes les normes [de l'Union] »³¹³. Ainsi, le champ d'application de l'invocabilité permet de pallier pour partie les incertitudes pesant sur celui de l'effet direct. La doctrine distingue, de manière générale, l'invocabilité d'interprétation conforme, l'invocabilité d'exclusion, l'invocabilité de substitution et l'invocabilité de réparation, selon une logique de gradation³¹⁴. La première forme recensée correspond à la directive d'interprétation conforme, telle que la formule le justiciable³¹⁵. Lorsque pareille interprétation conforme ne peut être respectée par le juge, il doit laisser inappliquée la norme nationale qui y fait obstacle : c'est l'invocabilité d'exclusion. Lorsque le juge n'y satisfait pas, la responsabilité de l'Etat est engagée, le justiciable se prévalant d'une invocabilité de réparation, sur le fondement de la jurisprudence *Francovich*.

³¹¹ V. notamment MANIN Philippe. « L'invocabilité des directives : quelques interrogations ». *RTDE* 1990, n°4, p.669-692 ; COUTRON Laurent. « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme ». *RTDE* 2015, p.39.

³¹² Comp., insistant sur l'articulation entre les deux concepts : « le thème de l'invocabilité du droit européen s'inscrit dans le prolongement de la question de l'« effet direct » : BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Introduction au droit européen. Op. cit.* §676. En ce sens, le concept d'invocabilité s'analyse comme un contournement des limites de l'effet direct à l'égard des normes de l'Union qui en sont dépourvues.

³¹³ « Invocabilité », paragraphe 2. DEBARD Thierry, LE BAUT-FERRARESE Bernadette, NOURISSAT Cyril. *Dictionnaire du droit de l'Union européenne. Op. cit.*

³¹⁴ SIMON Denys. *Le système juridique communautaire. Op. cit.* §342 ; SIMON Denys. « Obligation du juge national ». *Europe* 2012, n°3, p.13-14.

³¹⁵ S'agissant de l'analyse du concept d'invocabilité comme remède à l'absence d'effet direct : « Ce principe [d'interprétation conforme] a été spécialement conçu pour les normes dont l'invocabilité est réduite : la directive et autres accords internationaux » : BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Introduction au droit européen. Op. cit.* §676.



Ces différentes formes d'invocabilité forment, selon le Professeur Denis SIMON la « *justiciabilité minimale* »³¹⁶, c'est-à-dire celle dont peut se prévaloir tout justiciable sur le fondement de toute norme de l'Union³¹⁷. L'invocabilité d'interprétation conforme participe de cette « *justiciabilité minimale* » et constitue un caractère attaché à l'ensemble des normes de l'Union³¹⁸. Pour expliquer une telle solution, le Professeur Denis SIMON indique que cette « *justiciabilité minimale* » est « *inhérente à la primauté du droit de l'Union* »³¹⁹. S'agissant plus précisément de la directive d'interprétation conforme, la Cour, de jurisprudence constante, ne semble pas dire autre chose lorsqu'elle affirme que « *cette obligation d'interprétation conforme du droit national est en effet inhérente au système du traité TFUE en ce qu'elle permet aux juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elles tranchent les litiges dont elles sont saisies* »³²⁰. Par conséquent, le principe de primauté constitue le fondement de la

³¹⁶ Le Professeur AKANDJI-KOMBE qualifie la justiciabilité de « *notion la plus indéterminée* » ou encore de « *notion la plus large de toutes quant à son étendue* » : AKANDJI-KOMBE Jean-François. De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne. *Droit social* 2012, n°11-12, p.1014-1026. Au-delà des incertitudes entourant la notion et tranchant à dessein avec la rigueur de celle d'effet direct, l'auteur reconnaît qu'elle s'attache davantage à la procédure judiciaire : « *dans les différents usages dont elle fait l'objet, la justiciabilité désigne en effet simplement la qualité de ce qui peut être utilement discuté dans une procédure judiciaire, ce qui peut donner lieu à une appréciation du juge* » : *ibid.*

³¹⁷ SIMON Denys. *Le système juridique communautaire. Op. cit.* ; SIMON Denys. *L'invocabilité du droit communautaire. In* CANIVET Guy, IDOT Laurence, SIMON Denys (dir.). *Lamy procédures communautaires*, 2007, étude 2010. V. également GALMOT Yves et BONICHOT Jean-Claude. « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national ». *RFDA* 1988, p.1-23. La justiciabilité en général se définit comme la « *capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit (...) et l'effectivité de la protection juridictionnelle des sujets* » de droit : SIMON Denys. *Le système juridique communautaire. Op. cit.* p.438.

³¹⁸ La « *justiciabilité minimale* » se distingue de la « *justiciabilité renforcée* », qui ajoute l'invocabilité de substitution, laquelle est réservée aux normes de l'Union pourvues d'un effet direct et permet de remplacer la norme nationale contraire à la norme de l'Union par cette dernière. Sur cette distinction, V. *ibid.* ; SIMON Denys. « L'application des directives par les tribunaux nationaux ». *BICC* 01/10/1993, p.1.

³¹⁹ SIMON Denys. « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? ». *Europe* 2010, n°3, p.4-7, §19.

³²⁰ CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt Pfeiffer e.a.. *Op. cit.*, §121 ; CJUE 23 avril 2009, arrêt Angelidaki e.a., aff.C-378/07 à C-380/07, §197-198 ; CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG, aff.C-555/07, §48 ; CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez, aff.C-282/10, §24.

directive d'interprétation conforme³²¹. Si la directive d'interprétation conforme ne permet pas à la norme de l'Union de bénéficier de l'ensemble des propriétés attachées aux normes pourvues d'un effet direct, le justiciable tire profit d'effets comparables lorsque la norme de l'Union est susceptible d'une interprétation conforme de la norme nationale³²².

2 - La supériorité de la norme de l'Union

105. Les mécanismes de l'interprétation conforme lient deux normes, l'une devenant la norme interprétée, l'autre la norme de référence qui a vocation à guider le sens de la précédente. Ces mécanismes trouvent à s'appliquer dans un même ordre juridique³²³, la condition essentielle étant la capacité à déterminer la norme de référence, qui doit pour cela démontrer sa supériorité dans l'ordre juridique. En ce sens, la directive d'interprétation conforme puise ses racines dans une conception kelsénienne³²⁴. C'est l'utilisation par le juge

³²¹ « Invocabilité », paragraphe 3. Comp. « *Le principe de primauté est le complément naturel du principe d'invocabilité* » : DEBARD Thierry, LE BAUT-FERRARESE Bernadette, NOURISSAT Cyril. *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*. *Op. cit.*

³²² Concernant l'analyse d'un développement du concept de justiciabilité pour contourner celui d'effet direct, en se plaçant sur le terrain de l'efficacité du droit de l'Union devant les juridictions, c'est-à-dire selon une conception réaliste du droit : SIMON Denys. *Le système juridique communautaire*. *Op. cit.* : « *Il apparaît que l'évolution des rapports entre droit communautaire et droits nationaux exprime un « décrochage » entre les deux concepts clés d'effet direct et de primauté, et conduit finalement à structurer les effets, sans autre objectif, du droit communautaire, autour de la notion de justiciabilité conçue comme la capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit communautaire et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets. C'est en fonction de ce dernier paramètre que peut être établie, non pas une distinction binaire, mais une gradation infiniment plus pertinente pour rendre compte de la réalité jurisprudentielle que l'opposition traditionnelle fondée sur une notion, par ailleurs protéiforme, d'effet direct* ».

³²³ Un ordre juridique est « *relativement à une entité (...), l'ensemble des règles de Droit qui la gouvernent* » : CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.*, « *ordre juridique* ».

³²⁴ KELSEN avait usé de sa théorie pure du Droit afin d'affirmer la supériorité du droit international sur les droits nationaux. L'affirmation d'un principe de supériorité d'une norme sur une autre postule l'existence d'un ordre juridique. L'Etat français constitue cette entité, de même que l'Union européenne, de même encore que le groupe formé par les membres du Conseil de l'Europe, signataires de la Convention EDH. A chacun de ces groupes correspond un ordre juridique particulier au sens de la théorie de KELSEN. Comme le rappelle la définition, l'ordre juridique recense les règles de droit qui s'imposent dans un espace déterminé. Cette solution nécessite que les différentes règles de droit soient compatibles, conformes les unes par rapport aux autres. Elle pose, de manière plus générale, le problème de la reconnaissance et de l'acceptation des règles hétéronomes, c'est-à-dire extérieures à leur ordre juridique immédiat.



qui lui confère sa teinte *réaliste*. Toutefois, tout en développant les possibilités de conciliation entre les normes et les ordres juridiques, la directive d'interprétation conforme possède ses limites. En particulier, ses mécanismes doivent s'adapter aux rapports qu'entretiennent les ordres juridiques entre eux. En outre, autorisant une conciliation à l'occasion d'un litige, la directive d'interprétation conforme conforte la possibilité de postuler par principe la supériorité d'un ordre juridique sur un autre, notamment en matière de protection des droits fondamentaux³²⁵. Il convient cependant d'étudier séparément les relations entre le droit de l'Union et le droit international d'une part (a), entre le droit de l'Union et les droits nationaux d'autre part (b).

a - Le droit de l'Union et le droit international

106. Le droit de l'Union constitue un ordre juridique particulier. En effet, la Cour de justice s'est précipitée sur cette qualification à l'occasion de l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963³²⁶. Cette reconnaissance a constitué un préalable indispensable à la consécration l'année suivante par la même Cour du principe de primauté du droit de l'Union.

A l'égard du droit international de manière générale, La CJUE affirme de façon constante que « *la primauté des accords internationaux conclus par l'Union sur les textes de droit dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords* »³²⁷. Par conséquent, comme la doctrine l'a clairement déduit, « *c'est bien le principe d'interprétation conforme qui irrigue l'analyse des rapports du droit de l'Union*

³²⁵ D'AVOUT Louis, Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, in DUBOUT Edouard et TOUZE Sébastien. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre les ordres et systèmes juridiques*, Paris : A. Pedone, 2010, 336p. Spéc. p.165 sq.

³²⁶ Dans cet arrêt, la CJUE affirme que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* » : CJUE 5 février 1963, arrêt Van Gend en Loos, req. n°26-62. Récemment le Conseil d'Etat a qualifié le droit de l'Union d'« *ordre juridique intégré* » : CE 11 avril 2014, à paraître au Rec., paragraphe 5.

³²⁷ V. dernièrement CJUE 11 avril 2013, arrêt HK Danmark, aff.C-335/11, §29. V. déjà CJUE 10 septembre 1996, arrêt Commission c/ Allemagne, *op. cit.*, §52 ; CJUE 14 juillet 1998, arrêt Bettati, aff.C-341/95, §20. V. encore CJUE 7 décembre 2006, arrêt SGAE, aff.C-306/05, §35 ; CJUE 6 juillet 2010, arrêt Monsanto Technology, C-428/08, §72 ; CJUE 14 avril 2011, arrêt British Sky Broadcasting Group et Pace, aff.C-288/09 et C-289/09, §83 ; CJUE 22 novembre 2012, arrêt Digitalnet e.a., aff.C-320/11, C-330/11, C-382/11 et C-383/11, §39.



européenne et du droit international »³²⁸. Elle est même allée jusqu'à affirmer, à propos de la Convention de l'ONU, que, à la suite de la décision 2010/48, « *les dispositions de cette convention font partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci, de l'ordre juridique de l'Union* »³²⁹. Ce cas de figure particulier ne doit pas être considéré comme une condition et, au contraire, la CJUE a eu l'occasion d'exprimer une solution semblable dans l'hypothèse où l'Union n'est pas partie contractante à la norme de droit international, au contraire de certains de ses membres. Elle a considéré que la convention internationale y produisait des « *effets indirects* »³³⁰, au motif que l'objectif assigné par la Cour à la directive applicable est « *d'établir un ensemble de règles compatibles avec celles contenues dans ces conventions [internationales]* »³³¹. Dès lors, la Cour commande l'interprétation des dispositions de la directive « *à la lumière des notions équivalentes contenues dans lesdites conventions internationales et de telle manière qu'elles demeurent compatibles avec ces dernières, en tenant compte également du contexte dans lequel de telles notions s'inscrivent et de la finalité poursuivie par les dispositions conventionnelles pertinentes* »³³².

Cette reconnaissance de primauté du droit international sur le droit de l'Union doit être précisée. En effet, lorsque l'Union est partie à la norme internationale, se pose avec davantage d'acuité la question de la place de ces dispositions à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union. A l'occasion de l'arrêt *Intertanko*, la Cour a affirmé la primauté du droit international sur le droit dérivé de l'Union³³³. Trois mois plus tard, elle a précisé que la primauté du droit international « *ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux* »³³⁴. Par conséquent, la CJUE développe une conception dualiste du droit de l'Union dans ses rapports avec le droit

³²⁸ Lamy Droit économique 2015, §103. V. également SIMON Denys. « Effet des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union ». *Europe* 2012, n°5, p.17.

³²⁹ CJUE 11 avril 2013, arrêt HK Danmark, *op. cit.*, §30.

³³⁰ CJUE 15 mars 2012, arrêt SCF c/ Marco del Corso, aff.C-135/10, §56.

³³¹ *Ibid.*, §54. En l'espèce, trois conventions internationales étaient étudiées, une à laquelle l'Union n'était pas partie, les deux autres conclues par l'Union mais ne pouvant se prévaloir de l'effet direct.

³³² *Ibid.*, §55.

³³³ CJUE GC 3 juin 2008, *Intertanko e.a. c/ Secretary of State for Transport*, aff.C-308/06, §42.

³³⁴ CJUE GC, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil*. aff.C-402/05 P et C-415/05 P, §308.



international³³⁵, et ce dernier occupe dans la hiérarchie des normes une place comprise entre le droit primaire de l'Union et le droit dérivé. En réalité, il est permis de s'interroger, comme une partie de la doctrine, sur cette grille de lecture, qui aboutit à constater les limites d'une approche hiérarchique des normes en droit européen³³⁶. La conception *réaliste* du droit rend davantage compte de l'utilisation pragmatique de la CJUE du principe de primauté et des mécanismes de l'interprétation conforme³³⁷.

Ainsi, la Cour insiste sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union en affirmant que « *la Communauté est une communauté de droit* »³³⁸. Elle se préserve ainsi d'autres ordres juridiques internationaux comme l'ordre onusien par exemple³³⁹. En retour, aucun contrôle n'est porté sur une norme émanant d'un tel ordre juridique³⁴⁰. A cet égard, la Cour de justice est amenée – comme la Cour EDH en la matière – à procéder à l'identification de l'acte litigieux avant de circonscrire la portée de son contrôle³⁴¹. Concrètement, la Cour restreint la

³³⁵ JACQUE Jean-Paul. « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux ». *RTDE* 2009 n°1, p.161-179.

³³⁶ V. en particulier BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Introduction au droit européen. Op. cit.* Les auteurs soulignent en particulier que l'affirmation de la supériorité des Traités européens aux Traités internationaux « *résiste difficilement à l'analyse* » : *ibid.*, §478 ; RITLENG Dominique. « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union ». *RTDE* 2009, n°4, p.677-696.

³³⁷ Poursuivant le constat d'une analyse kelsénienne du droit et constant une recherche schmittienne de la norme fondamentale, le Professeur RITLENG recherche la solution dans un approfondissement de la coopération entre les juges et notamment par les mécanismes d'interprétation : « *pour garantir la convergence des droits, le travail interprétatif des juges nationaux et communautaire doit aussi être guidé par un principe d'interprétation conforme* » : RITLENG Dominique. « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union ». *Ibid.*

³³⁸ CJUE GC, 3 septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil. *Op. cit.*, §281.

³³⁹ L'ordre de l'Union revendique ainsi sa part d'autonomie, selon le sens conféré par le Professeur TROPER : « *pour un système normatif, être autonome, c'est donc le fait de n'être pas soumis à des normes externes* » : TROPER Michel. « La constitution comme système juridique autonome », *Droits* 2002, n°35, .63-78. Spéc. p.66.

³⁴⁰ « (...) il importe de souligner que (...) le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en œuvre l'ordre international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel », CJUE GC, 3 septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil. *Op. cit.*, §286.

³⁴¹ « *La question de la compétence de la Cour se pose en effet dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux* », *Ibid.*, §317.



responsabilité de l'Union à la marge d'appréciation dont elle dispose dans la mise en œuvre de l'engagement international³⁴². En outre, elle procède à un contrôle de légalité, afin de déterminer si cet acte est conforme au droit primaire. Dans ce contrôle de compatibilité, la Cour de justice vérifie plus particulièrement le respect des droits fondamentaux tels que protégés par l'ordre juridique de l'Union.

Comme la Cour de Strasbourg, la Cour de Luxembourg s'autorise à contrôler un acte – au contenu déterminé par un acte de droit international qui échappe à sa compétence – au regard des droits fondamentaux qu'elle protège. Dans les deux cas, ce contrôle n'apparaît possible qu'en présence d'une insuffisance manifeste du système de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique hétéronome³⁴³. Ainsi, la Cour prend en compte d'une part le principe de primauté, d'autre part son rôle en matière de protection des droits fondamentaux, afin de moduler l'application de la directive d'interprétation conforme. La marge de manœuvre qu'elle se reconnaît en matière de protection des droits fondamentaux ne doit pas remettre en cause la reconnaissance par l'Union de la primauté du droit international sur son ordre juridique. La Cour s'en tient en effet à une présomption d'équivalence des protections et restreint en conséquence l'utilisation de la directive d'interprétation conforme. Ainsi, en retenant une place intermédiaire aux normes de droit international, la CJUE s'octroie la possibilité d'appliquer le principe de primauté au bénéfice du droit primaire de l'Union, et d'échapper aux mécanismes de l'interprétation conforme auxquels elle serait soumise à défaut. Concrètement et dans une logique *réaliste* du droit, la Cour de Luxembourg tente d'échapper à un contrôle externe d'une juridiction d'un autre système juridique.

107. Cette solution est globalement partagée par les autres ordres juridiques. Il est possible de s'en convaincre en étudiant l'ordre juridique protégé par la Cour EDH, ainsi que certains ordres juridiques nationaux européens.

³⁴² Il est possible d'en trouver une allusion dans l'affirmation suivante: « (...) *la Charte des Nations Unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions* », *Ibid.* §298.

³⁴³ « *En effet, une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle* », *Ibid.* §322.



La Convention EDH constitue un instrument de protection des droits fondamentaux, et peut être considérée comme un ordre juridique³⁴⁴. Devant la Cour, il arrive que les Etats soient tiraillés entre leurs engagements au titre de leur qualité de Haute Partie contractante à la Convention EDH d'une part, et ceux au titre d'un autre engagement international, par exemple en raison de leur appartenance à l'Union européenne. Sur ce point, la Cour EDH analyse le droit de l'Union comme un droit international particulier, de sorte que la même solution s'est imposée à l'égard de l'ordre juridique international en général.

Dans cette hypothèse, la Cour a indiqué que la responsabilité de l'organisation internationale ne peut être recherchée dans la mesure où elle dispose d'une personnalité juridique propre et n'est pas partie contractante³⁴⁵. Quant à la responsabilité d'un Etat membre, elle ne peut être engagée que dans la mesure où cet Etat disposait d'une marge d'appréciation dans l'application de la règle de droit international³⁴⁶. La Cour EDH privilégie par conséquent la solution d'une conciliation des ordres juridiques internationaux et le principe de prééminence du droit s'applique au sein de la marge de manœuvre propre à l'Etat.

108. Toutefois, il convient de distinguer les ordres juridiques de l'Union et européen des droits de l'Homme. Les règles de droit qui les composent n'ont pas la même source d'une part ; elles n'ont pas les mêmes destinataires d'autre part³⁴⁷. Déjà, avant l'entrée en vigueur

³⁴⁴ L'existence de cette norme unique explique que soit rarement évoquée la notion d'ordre juridique à son égard. Pourtant, si l'on s'intéresse aux règles de droit qu'elle comprend, il ne fait pas de doute que l'on puisse lui prêter cette qualification : V. ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël. « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ». *RAE* 1998, p.28 ; COSTA JEAN-PIERRE. *La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ?*. In Mélanges en hommage à L. E. PETTITI. Bruxelles : Bruylant, 1998, p.197 ; KISS Alexander. *La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?*. In Mélanges en hommage à L. E. PETTITI, Bruxelles : Bruylant, 1998, p.493 ; GARCIA Kiteri, Jean-Pierre MARGUENAUD (Dir.). *Le droit civil européen*. Thèse de doctorat : Droit Privé. Limoges : Université de Limoges, 2006. Disponible sur < <http://epublications.unilim.fr/theses/2006/garcia-kiteri/garcia-kiteri.pdf> > (consulté le 18/09/2015), p.11.

³⁴⁵ CEDH GC 2 mai 2007, décision sur la recevabilité Berhami et Berhami c/ France, req. n°71412/01 et CEDH GC 2 mai 2007, décision sur la recevabilité Ruzdhi Saramati contre la France, l'Allemagne et la Norvège, req. n°78166/01.

³⁴⁶ CEDH 30 juin 2005, arrêt Bosphorus c/ Irlande, req. n°45036/98, §149 à 158.

³⁴⁷ Voir toutefois, à propos de l'ordre public européen des droits de l'Homme, un auteur pose la question d'un « ordre juridique européen à deux têtes », Emmanuelle NERAUDAU-D'UNIENVILLE. *Ordre public et droit des étrangers en Europe*. Bruxelles : Bruylant, 2007, 790p. Spéc. p.559 sq.



du Traité de Lisbonne, la question de la validité de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union soulevait de nombreuses incertitudes³⁴⁸. Le dialogue entre les juridictions européennes avait pu être constaté par la consécration sous forme de Principes Généraux du Droit de l'Union de droits et libertés protégés par la Convention EDH. L'ordre juridique de l'Union avait même reconnu une valeur particulière à la Convention EDH, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice, notamment dans l'arrêt *ERT*³⁴⁹. Le Traité de Maastricht avait également « *constitutionnalisé* » cet acquis jurisprudentiel³⁵⁰.

La Cour EDH avait, de son côté, connu une lente évolution jurisprudentielle. Ainsi, l'ancienne Commission des droits d'Homme, dans une décision *M&co contre RFA* avait accordé une immunité quasi-totale au droit de l'Union³⁵¹. Toutefois, par un arrêt *Procola*, la Cour avait accepté de contrôler des actes nationaux relatifs aux quotas laitiers et mettant en œuvre un règlement de l'Union³⁵². La même solution a été retenue par l'arrêt *Cantoni* s'agissant d'actes nationaux mettant en œuvre des directives³⁵³. Dans l'affaire *Matthews*, la responsabilité du Royaume-Uni avait été retenue dans l'hypothèse d'un acte de l'Union dépourvu de mesure nationale d'exécution³⁵⁴. Par l'arrêt *Bosphorus*, la Cour EDH reconnaît sa compétence pour vérifier la conformité à la Convention EDH d'une mesure nationale prise sur le fondement du droit de l'Union³⁵⁵. Elle consacre tant la solution du contrôle des actes

³⁴⁸ RIDEAU Joël. « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne ». *RAE* 2007, p.185-207.

³⁴⁹ La Cour indique dans cet arrêt que la Convention revêt à ses yeux « *une signification particulière* » et qu'« *à cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux comprenant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats ont coopéré ou adhéré* » : CJUE 18 juin 1991, arrêt *ERT c/ DEP*, aff.C-260/89, §41.

³⁵⁰ Traité sur l'Union européenne, art. 6.

³⁵¹ Commission EDH 9 février 1990, décision *M&co c/ RFA*, req. n°13258/87, DR 64 p.138. Décision citée par Françoise TULKENS, l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RUDH* 2000, p.52.

³⁵² CEDH 1^{er} juillet 1993, arrêt *Procola c/ Luxembourg*, req. n°14570/89, DR 75, p.5.

³⁵³ CEDH GC 15 novembre 1996, arrêt *Cantoni c/ France*, req. n°17862/91.

³⁵⁴ CEDH 18 février 1999, arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. n°24833/94. Pour retenir la responsabilité de l'Etat, la Cour relève toutefois la modification apportée selon elle par la ratification du Traité de Maastricht qui devait permettre à l'Etat de déployer les effets du droit de l'Union au territoire de Gibraltar, malgré la lettre de l'acte de 1976.

³⁵⁵ CEDH 30 juin 2005, arrêt *Bosphorus c/ Irlande*, *op. cit.* A l'origine de l'arrêt *Bosphorus*, se posait la question de la saisie litigieuse de l'aéronef par l'Etat irlandais, sur le fondement d'un règlement de l'Union, lequel était pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU. La Cour EDH retient l'absence de pouvoir



de l'Union que de la responsabilité des Etats membres dans la mesure de leur action³⁵⁶. Ainsi, la conciliation des ordres juridiques distincts et des normes les composant s'opère de manière concrète à l'occasion d'un litige.

Dans cet arrêt, la Cour retient que la juridiction irlandaise « *n'avait pas un pouvoir réel d'appréciation* »³⁵⁷. Elle en tire pour conséquence une présomption de respect par l'Etat des dispositions de la Convention EDH. Il n'en irait autrement que si la Cour EDH établissait que le système de protection des droits fondamentaux auquel s'était remis l'Etat n'était pas « *équivalent* » au sens de « *comparable* » à celui offert par la Convention EDH³⁵⁸. Comme la CJUE, la Cour EDH établit une présomption simple d'équivalence des systèmes de protection des droits fondamentaux en droit de l'Union et au sein de la Convention EDH³⁵⁹. Il en résulte que l'Etat n'est responsable de l'acte international qu'il a appliqué que « *si (...) la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste* »³⁶⁰. Ce n'est que dans cette hypothèse que « *le rôle de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale »³⁶¹.

109. Enfin, ce dialogue entre les juges européens des droits de l'Homme a, pour le moment, vocation à demeurer sous la forme d'un dialogue à distance. En effet, si par l'article 6 du Traité de Lisbonne³⁶², « *l'Union adhère à la Convention* » EDH³⁶³ et reconnaît aux droits

d'appréciation de l'Etat irlandais, et l'origine unioniste de l'ingérence. Le problème de droit consistait donc à déterminer si l'Etat irlandais, respectant son engagement envers l'Union, avait manqué au contenu de la Convention EDH.

³⁵⁶ Pour une étude de la jurisprudence de la Cour et démontrant une approche plus pragmatique que systématique : CALLEJON-SERENI Lucille. « La Cour européenne des droits de l'homme et l'imputation aux États parties des actes adoptés en vertu d'obligations internationales : entre labyrinthe méthodologique et effectivité des droits ». *RTDH* 2015, n°102, p.341.

³⁵⁷ CEDH 30 juin 2005, arrêt *Bosphorus c/ Irlande*, *op. cit.*, §147.

³⁵⁸ *Ibid.*, §155.

³⁵⁹ Dans l'affaire *Bosphorus*, cette présomption n'est pas renversée et la requête de la société est rejetée.

³⁶⁰ CEDH 30 juin 2005, arrêt *Bosphorus c/ Irlande*, *op. cit.*, §156.

³⁶¹ *Ibid.*, §156.

³⁶² Par une déclaration, les rédacteurs ont indiqué combien cette décision pouvait emporter des conséquences sur l'ordre juridique de l'Union, et ont précisé la nécessité de renforcer le dialogue des juges pour préserver la spécificité de cet ordre juridique : Déclaration *ad* article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne : « *la*

fondamentaux qui y sont inscrits la valeur de « *principes généraux* »³⁶⁴, la CJUE, par un avis de décembre 2014, s'est prononcée contre l'adhésion de l'Union à la Convention EDH³⁶⁵.

C'est d'abord l'idée d'une spécialisation des juridictions qui s'éloigne³⁶⁶, avec pour effet une unité de jurisprudence en matière de protection des droits fondamentaux au bénéfice de la compétence de la Cour de Strasbourg. Dans cette configuration, la directive d'interprétation conforme demeure un outil doublement pertinent. Ainsi, par principe, chaque juge a vocation à interpréter les textes dont il est le gardien, en commandant une interprétation conforme d'un acte issu de l'ordre juridique d'un Etat membre par rapport à ces textes, selon une démarche pragmatique. Par exception, dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption d'équivalence des systèmes de protection des droits fondamentaux pour chaque juridiction, il revient au juge de prôner l'interprétation des textes dont chacun est le gardien. Cela signifie que, concrètement, le juge de Luxembourg est

Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention ».

³⁶³ Art. 6 paragraphe 2 du Traité de Lisbonne : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les Traités* ».

³⁶⁴ Art. 6 paragraphe 3 du Traité de Lisbonne: « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie de l'Union en tant que principes généraux* ».

³⁶⁵ CJUE AP, avis 2/13 du 18 décembre 2014. DE SCHUTTER Olivier. « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne ». *RTDH* 2015, n°102, p.259 ; DUBOUT Edouard. « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ». *RDLF* 2015, chron. n°9.

³⁶⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, Adhésion de l'Union européenne / Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, doc. n°11533 du 18 mars 2008: « (...) *il n'est pas ici question de subordination d'une cour à une autre mais de spécialisation. Comme l'a fait remarquer le Groupe de travail II de la Convention européenne, « la Cour européenne des Droits de l'Homme ne pourrait en aucun cas être considérée comme une juridiction supérieure, mais plutôt comme juridiction spécialisée exerçant un contrôle externe sur le respect par l'Union des obligations de droit international découlant de son adhésion à la CEDH* ». Citation du Rapport final du Groupe de travail II, CONV 352/02, WGII16, Bruxelles, 22 octobre 2002, p.12.

amené à développer son interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux³⁶⁷, dans une logique de conciliation avec les autres textes et notamment ceux issus des autres ordres juridiques³⁶⁸.

C'est ensuite une décision importante mais pas décisive s'agissant de la problématique de la subordination de l'ordre juridique de l'Union à celui défendu par la Cour EDH. En effet, plus que la question théorique de la supériorité d'un droit sur l'autre, le véritable enjeu consiste, selon une logique *réaliste* du droit et dans une hypothèse où les droits des deux ordres juridiques européens seraient en concurrence, dans la capacité de l'Union à échapper à un contrôle externe de ses normes. Or, le contrôle européen opéré par la Cour EDH apparaît devoir s'imposer – même indirectement – aux normes de l'Union.

Ainsi, il est possible de constater que la Cour EDH, dans son arrêt *Pla et Puncernau*, a dérogé à la formulation classique de l'articulation des principes de subsidiarité et de prééminence du droit afin de démontrer qu'elle détient une compétence spéciale en matière de protection des droits fondamentaux en Europe³⁶⁹. Dès lors, si l'interprétation et/ou

³⁶⁷ Il convient de préciser que le juge de l'Union est tenu, sur le fondement de l'article 52 paragraphe 3 de la Charte européenne des droits fondamentaux, d'opérer une interprétation conforme des dispositions de la Charte par rapport à la Convention EDH. Si cette règle est de nature à faciliter la conciliation entre les deux instruments de protection des droits fondamentaux, la doctrine considère que, d'un point de vue kelsenien, la *grundnorm* du juge de Luxembourg n'est pas la Charte européenne des droits fondamentaux mais les Traités de l'Union, de sorte que le sens conféré aux dispositions de cette Charte peut s'inspirer en réalité davantage de ces Traités que de la Convention EDH : USUNIER Laurence. « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme ». *RTD Civ* 2014, n°2, p.312-318. Concernant la portée des dispositions de la Charte : V. CAVALLINI Joël. « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». *JCP S* 2014, n°23, p.14-20. Il convient d'ajouter que « la jurisprudence de la Cour de justice sur l'invocabilité de la Charte par les justiciables dans les litiges horizontaux montre toute l'ambiguïté qui peut exister entre les droits fondamentaux et le droit du marché intérieur et la volonté de la Cour de justice de ne pas dynamiser la Charte » : COMBET Mathieu. « De l'utilisation de la Charte sur les droits fondamentaux dans la lutte contre les clauses abusives dans les contrats ». *Revue Lamy Droit des affaires* 2015, n°100, p.48-52, spéc. p.52.

³⁶⁸ BERGE Jean-Sylvestre. « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux ». *Journal du droit international (Clunet)* 2013, n°1, p.3-25 ; BERGE, Jean-Sylvestre. Les rapports UE et Conv. EDH en matière de coopération judiciaire civile : entre rétrospective et prospective. *RTDE* 2014, p.361.

³⁶⁹ En effet, dans cette affaire concernant le domaine des conventions privées (même en l'absence de textes de l'Union concurrents), la déclaration de la Cour selon laquelle elle agit « dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe » et dans un paragraphe de principe dont la portée est élargie de la « *clause testamentaire* » au «



l'application du droit national avait comporté pour partie la prise en compte d'un élément du droit de l'Union, il apparaît probable que la Cour EDH aurait de la même manière commandé une interprétation conforme des normes litigieuses au regard de la Convention EDH³⁷⁰. En ce sens, la conception large de la Cour EDH de l'opération d'interprétation – qui recouvre également l'application de la norme – confirme qu'une analyse selon la conception *réaliste* du droit est davantage pertinente. La doctrine a également pu relever que la décision de la Cour EDH dans l'affaire *Tarakhel contre Suisse* peut expliquer le rejet de l'adhésion de l'Union par la CJUE le mois suivant³⁷¹. Le juge de Strasbourg avait défendu une approche individualisée de la question du risque individuel encouru par les requérant, notamment des enfants, face aux dysfonctionnements d'un système national de traitement des demandes d'asile³⁷², tandis que le juge de Luxembourg ne sanctionne que des « *défaillances systémiques* »³⁷³. Or, cette approche individualisée de la Cour EDH serait contraire au principe de confiance horizontale entre Etats³⁷⁴. S'agissant du principe de primauté et par effet de contraste, l'approche systémique du droit de l'Union s'avère moins *réaliste* que celle de la Convention EDH. Il en résulte, relativement à l'opération d'interprétation conforme, un contrôle moins poussé. Enfin, il convient de rappeler que les relations entre le droit de l'Union et les droits nationaux s'obscurcissent lorsque la CJUE fait preuve d'audace dans les litiges horizontaux, ce qui produit des conséquences semblables.

contrat privé », prend alors un sens particulier : CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §59.

³⁷⁰ Sur la probabilité d'interprétations réciproques des décisions des juges européens : DUBOUT Edouard. « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ». *RDLF* 2015, chron. n°9, §2.2. Ce constat actuel est toutefois amené à évoluer avec l'utilisation par la CJUE de la Charte des droits fondamentaux, et avec l'évolution possible de son contrôle de l'interprétation dans les litiges horizontaux.

³⁷¹ DUBOUT Edouard. « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ». *Op. cit.*

³⁷² CEDH GC 4 novembre 2014, arrêt *Tarakhel c/ Suisse*, req. n°29217/12. Si la Suisse n'est pas membre de l'Union, elle est en revanche liée par le Règlement de Dublin dans le cadre d'un accord d'association. Selon la Cour, il revenait à la Suisse d'apprécier, au regard de ses obligations sur le fondement de la Convention EDH, si l'Italie présentait des garanties suffisantes, appréciées concrètement. En ce sens, sa responsabilité était engagée sans qu'elle puisse se prévaloir de la présomption de protection équivalente.

³⁷³ V. par exemple CJUE GC 21 décembre 2011, arrêt *N.S.*, aff.C-411/10, §86.

³⁷⁴ DUBOUT Edouard. « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ». *Op. cit.*, §2.2.2.

b - Le droit de l'Union et les droits nationaux

110. L'affirmation nette et précoce du principe de primauté du droit de l'Union par la CJUE³⁷⁵ est à la mesure de la réticence dont font preuve les ordres juridiques internes³⁷⁶. Deux difficultés se rencontrent, dont la première consiste plus spécifiquement dans l'obligation de transcription de certaines normes de l'Union dans les ordres juridiques internes, ce qui sera étudié dans la section suivante³⁷⁷. La seconde consiste dans la sauvegarde, par les ordres juridiques internes, des valeurs politiques inscrites dans les Constitutions des Etats membres et que le droit de l'Union, tel qu'interprété par la CJUE, est susceptible de bousculer. Ici encore, le modèle de la pyramide des normes trouve ses limites³⁷⁸. Malgré la diversité de ces ordres juridiques, deux modèles de conciliation des ordres juridiques – l'un interne, l'autre international – existent : la conception moniste et la conception dualiste. Le droit français a adopté une conception moniste, selon laquelle droit interne et droit de l'Union sont des manifestations d'un même ordre juridique³⁷⁹. A l'inverse, le Royaume-Uni, comme l'Allemagne, ont adopté une conception dualiste, selon laquelle

³⁷⁵ S'agissant de l'application du principe de primauté relativement aux ordres juridiques internes selon une logique de hiérarchie et de supériorité du droit de l'Union : BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Introduction au droit européen. Op. cit.* §671 : « La primauté renvoie traditionnellement à une idée de supériorité. Dans son rapport à l'ordre interne, elle est synonyme de supranationalité. La norme supranationale prime parce que dans l'hypothèse d'une incompatibilité avec une norme interne, elle a vocation à l'emporter ».

³⁷⁶ S'agissant du lien entre le principe de primauté de l'Union et la reconnaissance en droit national : BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Op. cit.* §642 : « La primauté demeure largement tributaire du droit national. C'est à ce dernier, en effet, qu'il revient de définir, au deuxième niveau, la place occupée par les normes internationales dans l'ordre juridique interne ». Or, cette réticence est d'autant plus surprenante que le droit de l'Union peut se prévaloir, notamment en France, d'une disposition expresse dans la Constitution. Elle aboutit au résultat que le contrôle de l'interprétation de la CJUE est moins poussé que celui de la Cour EDH.

³⁷⁷ S'agissant toutefois de cette question au regard du principe de primauté : SIMON Denys. *Le système juridique communautaire. Op. cit.* §327 : « la spécificité de la prévalence du droit communautaire sur le droit national par rapport aux rapports classiques du droit international et des droits internes apparaît très clairement : l'affirmation de la « primauté internationale » est complétée par la « communautarisation » de la « primauté interne », c'est-à-dire par l'encadrement communautaire de la mission du juge interne en ses qualités de juge communautaire de droit commun ».

³⁷⁸ V. par exemple, à l'occasion d'un arrêt rendu par le Conseil d'Etat : SIMON Denys. « De la pyramide kelsenienne à un pluralisme juridique ordonnée ? ». *Europe* 2008, n°5, p.1-2.

³⁷⁹ « Monisme » : GUINCHARD Serge (dir.). *Lexique des termes juridiques. Op. cit.* : « Conception doctrinale selon laquelle Droit interne et Droit international sont des manifestations d'un même ordre juridique ».

droit interne et droit de l'Union sont deux ordres juridiques distincts, d'égale valeur et indépendants³⁸⁰. Quel que soit le modèle choisi, le résultat emprunte certaines similitudes avec les solutions adoptées par la CJUE relativement à ses relations avec les ordres juridiques internationaux. Ce résultat s'explique par l'enjeu défendu par les juges nationaux et en particulier les juges constitutionnels, garants de la Constitution de l'Etat, porteuse des valeurs de la société³⁸¹.

111. Ainsi, par exemple, le droit français retient, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, place les Traités de l'Union au-dessus de la loi³⁸², mais en-dessous de la Constitution dans la hiérarchie des normes³⁸³. Par application de ces principes, le droit de l'Union connaît des limites importantes³⁸⁴ bien que, dans l'hypothèse où un Traité de l'Union entre en conflit avec la Constitution, c'est cette dernière qui est modifiée afin de pouvoir

³⁸⁰ « Dualisme » *Ibid.* : « Conception doctrinale selon laquelle Droit interne et droit international sont deux ordres juridiques distincts, d'égale valeur et indépendants ».

³⁸¹ « L'importance actuelle du juge dans un système constitutionnel tient à son pouvoir d'interprétation des valeurs contenues dans les droits fondamentaux afin de préserver l'unité du corps social qui fonde un système politique » : DUBOUT Edouard. « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ». *Op. cit.*

³⁸² Cette suprématie des Traités ou accords internationaux sur la loi, même postérieure, a été affirmée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Nicolo* (CE Ass. 20 octobre 1989, arrêt *Nicolo*, n°108243), qui met fin à la théorie de la « loi-écran » affirmée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Syndicat général des fabricants de semoules de France* (CE 1^{er} mars 1968, arrêt *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n°62814). La solution a été étendue au droit de l'Union dérivé : supériorité des règlements de l'Union sur les lois (CE 24 septembre 1990, arrêt *Boisdet*, n°58657), supériorité des directives de l'Union (CE Ass. 28 février 1992, arrêt *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, n°87753).

³⁸³ Arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, 30 octobre 1998, *M. Sarran, Levacher e.a.* : « Considérant que si l'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». Egalement, dans l'ordre judiciaire : Ass. Plé. 2 juin 2000, pourvoi n°99-60274, Bull. n°4.

³⁸⁴ Comme le relève le Lexique des termes juridiques, « le monisme avec primat du Droit interne aboutit à ruiner le caractère obligatoire du droit international, qui se réduit à un droit public externe, que tout Etat peut unilatéralement modifier » : « Monisme », GUINCHARD Serge (dir.). *Lexique des termes juridiques*. *Op. cit.* La définition se poursuit : « Le monisme avec primat du droit international est seul à correspondre à l'état actuel du droit positif ».



appliquer le Traité³⁸⁵. Selon cette conception moniste, postulant la présence d'un seul ordre juridique, composé de sous-systèmes, il convient de régir les rapports qu'entretiennent ces sous-systèmes³⁸⁶, qui sont des rapports normatifs³⁸⁷. Or, le principe de primauté au bénéfice de la norme de l'Union a pour objet de faire prévaloir l'application de cette norme sur celle de droit interne. Le droit national dispose d'une marge d'appréciation afin de mettre en œuvre son droit national, sans heurter le droit de l'Union.

Cependant, cette marge est plus restreinte lorsque la norme de l'Union bénéficie de l'effet direct. En outre, lorsqu'elle n'en bénéficie pas, cette marge tend à se réduire pour les droits nationaux, notamment en raison du développement de l'obligation d'interprétation conforme. Enfin, par plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel a établi une présomption de compatibilité au bénéfice des normes de l'ordre juridique de l'Union, qui peuvent se prévaloir du principe de primauté³⁸⁸. Dans cette hypothèse encore, la directive

³⁸⁵ Par ailleurs, la révision constitutionnelle, avec l'insertion des articles 88-1 et suivants à l'occasion du Traité de Maastricht, a permis de faciliter l'introduction dans le droit interne des normes issues de l'ordre juridique de l'Union.

³⁸⁶ S'agissant de l'articulation entre les juges, la décision rendue par le Tribunal des conflits est très instructive puisqu'elle indique que le respect du droit de l'Union constitue « *une obligation* » et décrit la compétence du juge judiciaire par rapport au juge administratif et au juge européen en matière d'interprétation : TC 17 octobre 2011, req.n°C3828, publié au Recueil.

³⁸⁷ PFERSMANN Otto. « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée ». *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n°18, juillet 2005.

³⁸⁸ Sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a décidé, dans sa décision du 10 juin 2004, qu'il ne contrôlerait plus les lois de transposition des directives de l'Union, sauf disposition expresse contraire de la Constitution : Conseil constitutionnel, décision n°2004-496DC du 10 juin 2004 à propos de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Rec. p.101: « (...) *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution (...)* ». Sur ce même fondement, le Conseil constitutionnel a établi de manière claire dans ses décisions du 27 juillet 2006 et du 28 mai 2014 que « *la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne résulte d'une exigence constitutionnelle* » : Cons. Const., déc. n°206-540 DC du 27 juillet 2006 à propos de la Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec. p.88 ; Cons. Const., déc. n°2014-694 DC du 28 mai 2014 à propos de la loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié, à paraître au Rec. Ainsi, il a indiqué que, s'il lui incombait de contrôler la conformité de la loi de transposition avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, le Conseil constitutionnel se limitait d'une part à l'hypothèse d'une transposition d'une directive contraire à un principe ou une règle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France, et d'autre part, dans le cadre de son contrôle *a priori*, à l'hypothèse d'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. Les autres hypothèses

d'interprétation conforme s'applique, en particulier pour les juridictions administratives et judiciaires.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande illustre le parcours chaotique de la construction européenne dans l'ordre juridique des Etats membres³⁸⁹. La première marque de réticence de la Cour remonte à une ordonnance de la Cour constitutionnelle de 1974 dite « *So Lange I* »³⁹⁰. Dans cette décision, la Cour avait indiqué qu'elle refuserait de reconnaître une primauté du droit européen aussi longtemps que – « *so lange* » – les droits fondamentaux ne bénéficieraient pas d'une protection au moins équivalente à celle dont ils bénéficient en droit interne. Ce raisonnement avait été renversé en 1986 dans une décision surnommée « *So Lange II* »³⁹¹. Ainsi, la Cour admettait le principe de primauté aussi longtemps que la Cour de Luxembourg protégeait les droits fondamentaux³⁹². Si, en pratique, le respect par le droit de l'Union des droits fondamentaux incombait à la Cour de justice, elle se réservait une compétence de principe. Dans un arrêt du 7 juin 2000, la Cour n'exige plus une protection identique dans les deux ordres juridiques mais constate l'existence d'un standard européen des droits de l'Homme³⁹³.

Toutefois, un arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2009, au sujet de la loi d'approbation du Traité de Lisbonne, a créé de nouvelles crispations en remettant en question le cadre institutionnel européen³⁹⁴. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle rappelle

relèvent des juridictions administratives et judiciaires, lesquelles doivent trouver les moyens d'assurer la compatibilité entre les normes de droit interne et les normes du droit de l'Union.

³⁸⁹ Sur cette question, V. notamment DE ARANJO Christophe. *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'Homme, Etude comparée : France-Allemagne*. Bruxelles : Bruylant, 2009, 443p. (Droit public comparé et européen). p.256 sq.

³⁹⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974. On retrouve une solution comparable avec une décision de la Cour constitutionnelle italienne du 27 décembre 1973, Arrêt Pozzani, n°183/73.

³⁹¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986.

³⁹² La portée de cet arrêt était toutefois relativisée à l'occasion de la loi d'approbation du Traité de Maastricht, dans lequel la Cour rappelait qu'il lui incombait de maintenir au bénéfice des résidents allemands un niveau intangible de protection des droits fondamentaux : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993.

³⁹³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 juin 2000.

³⁹⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009. Pour mieux comprendre cet arrêt, il est possible de se référer au rapport sur le sujet remis au Sénat par la Commission des affaires européennes : Commission des affaires européennes, Rapport d'information n°119, enregistré à la Présidence du Sénat le 26 novembre 2009.

que, par la Loi fondamentale, le peuple allemand dispose de la *kompetenz-kompetenz*³⁹⁵, c'est-à-dire de la maîtrise de son ordre juridique et de l'étendue de son intégration européenne. Par voie de conséquence, mais sans se référer aux arrêts « *so lange* », la Cour indique qu'il lui appartient de veiller à ce que le principe de primauté du droit de l'Union s'exerce dans les limites de l'habilitation conférée par le droit constitutionnel. C'est donc une décision décrivant la portée exacte de l'engagement du peuple allemand dans la construction européenne que rend la Cour constitutionnelle. « *Salutaire leçon de démocratie* »³⁹⁶, cet arrêt met sous surveillance le droit de l'Union et ses tentatives – auxquels l'interprétation conforme appartient – de diffusion dans les ordres juridiques internes. Pour autant, aussi éclatante et audacieuse que soit cette décision de justice sur le plan politique, elle maintient une architecture proche de celles précédemment évoquées, avec une reconnaissance de principe de la primauté du droit de l'Union, et une présomption d'équivalence des systèmes de protection des droits fondamentaux, qu'il appartient aux juges de préserver par l'utilisation de la directive d'interprétation conforme.

Enfin, dans son arrêt *Honeywell*, la Cour constitutionnelle allemande a procédé à un contrôle *ultra vires* des actes de l'Union, en réaction à la jurisprudence *Kücükdeveci* de la CJUE qui combine l'effet du principe général du droit de l'Union de non-discrimination à la concrétisation de ce principe dans une directive de l'Union³⁹⁷. Ainsi, la Cour constitutionnelle s'octroie le pouvoir de contrôler une interprétation s'écartant des limites fixées à l'action de l'Union par les Etats membres et contrevenant au principe des compétences d'attribution de l'Union. Par conséquent, malgré les précautions de la CJUE, un contrôle externe de ses décisions est opéré par le juge constitutionnel, sur le fondement de la Constitution. Ce contrôle porte tout particulièrement sur le contrôle porté par la CJUE et qui se résout par

La Commission y rappelle notamment l'influence selon elle de l'arrêt *Mangold*, rendu à propos d'un accord-cadre allemand sur le travail à durée déterminée, et à l'occasion duquel la Cour de justice, en contradiction avec les conclusions de l'avocat général, qui préconisait l'application plus feutrée des mécanismes de l'interprétation conforme, avait consacré l'existence d'un effet direct horizontal. Or, conservant l'idée d'une construction européenne fondée, comme l'avait indiqué l'arrêt *Van Gend en Loos*, sur un abandon limité des droits souverains des Etats, la Cour constitutionnelle allemande aurait entendu rappeler cette limite.

³⁹⁵ Expression que l'on peut traduire par « *la compétence de la compétence* », et qui était utilisée par les juristes du XIX^{ème} siècle pour définir la souveraineté extérieure de l'Etat.

³⁹⁶ Commission des affaires européennes, Rapport d'information n°119. *Op. cit.*, p.40.

³⁹⁷ Décision « *Honeywell* », BVerfG, 2 BvR 2661/06, 6 juillet 2010. V. notamment WALTUCH Jonathan. « La guerre des juges n'aura pas lieu : à propos de la décision *Honeywell* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ». *RTDE* 2011, n°2, p.329-360.



l'obligation d'interprétation conforme, dans les litiges horizontaux. Ainsi, ce contrôle externe est susceptible de freiner l'audace de la CJUE et l'intensité de son contrôle des normes, en particulier des actes juridiques privés.

112. Retenant également une conception dualiste des ordres juridiques, le Royaume-Uni, afin d'intégrer l'Union européenne en 1973, a préalablement procédé à une incorporation des Traités de l'Union dans son ordre juridique au moyen du *European Communities Act* de 1972. Cet Etat se distingue notamment par la doctrine de l'abrogation implicite, qui décrit un droit dans lequel dans l'hypothèse d'un conflit de loi, la loi postérieure prévaut sur la précédente, sauf si elle consiste à abolir la souveraineté absolue du Parlement. A l'occasion de l'affaire *Factortame*³⁹⁸, la chambre des Lords saisie a appliqué la loi nouvelle en attendant la réponse de la Cour de justice à une question préjudicielle³⁹⁹. Sur le fondement de la jurisprudence *Simmenthal*, la Cour de justice a indiqué que le fait de ne pas appliquer le droit de l'Union pendant l'intervalle constituait en soi une violation⁴⁰⁰. Par conséquent, dans un deuxième temps, la Chambre des Lords a accepté de faire prévaloir le droit de l'Union sur le droit anglais, même postérieur⁴⁰¹. Lord Bridge explique cette solution par l'existence du principe de primauté du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour de justice avant que le Royaume-Uni n'adopte l'*European Communities Act* et limite d'autant sa souveraineté⁴⁰². Par conséquent, la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union repose, non sur la spécificité de ce droit et la portée accordée au principe de primauté mais, comme en France, sur une limitation de nature constitutionnelle. Pour autant, les mêmes mécanismes s'appliquent, notamment la directive d'interprétation conforme.

113. En conclusion, tous les ordres juridiques se préservent une compétence, en particulier en matière de droits fondamentaux. Le droit de l'Union notamment l'exerce à l'égard de la Convention EDH, la CJUE étoffant son *corpus* de décisions en matière de droits fondamentaux afin de pouvoir exister d'une part face à la Cour EDH en élaborant un sens qui lui est propre et qu'elle peut donc faire évoluer, afin de pouvoir peser sur le sens des

³⁹⁸ Dans cette affaire, le droit de l'Union incorporé à l'occasion de l'*European Communities Act* de 1972 était potentiellement contredit par le *Merchant Shipping Act de 1988*.

³⁹⁹ Chambre des Lords, *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport* 1990 2 AC 85.

⁴⁰⁰ CJUE 19 juin 1990, R c/ *Secretary of State for Transport*, ex parte *Factortame Ltd*, aff.C-213/89.

⁴⁰¹ Chambre des Lords, *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport* (n°2) 1991 1 AC 603 ou 1 All ER 70.

⁴⁰² *Ibid.*

normes nationales d'autre part. Dans le premier cas, la CJUE s'émancipe de la directive d'interprétation conforme tandis que dans le second cas elle en exploite les mécanismes, sur le fondement du principe de primauté. Confronté à la reconnaissance d'une position semblable dans les ordres juridiques nationaux, la CJUE a précisé la marge d'appréciation des Etats dans l'application des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, par les arrêts *Melloni* et *Åklagaren*, la Cour, confrontée à la question d'une juridiction d'un Etat membre « *appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union* », a indiqué qu'« *il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »⁴⁰³.

Ainsi, « *la Cour admet donc le cumul de protection des droits fondamentaux, et l'application d'une norme constitutionnelle nationale allant au-delà de la protection prévue par la Charte, mais sous la réserve de la primauté du droit de l'Union* »⁴⁰⁴. Concrètement, si la protection prévue par la norme interne est la conséquence d'une norme de l'Union, le standard de protection posé par la Constitution nationale ne peut faire échec au principe de primauté, et aux mécanismes de l'interprétation conforme qui en sont la traduction.

Par conséquent, le principe de primauté de l'Union s'apprécie par rapport aux Traités de l'Union, pour lesquels la Cour doit, dans toute la mesure du possible, assurer la conciliation avec les autres systèmes de protection des droits fondamentaux. Sa jurisprudence démontre d'une part qu'elle ne pose pas les droits fondamentaux au sommet de la hiérarchie des normes, sinon les Traités de l'Union. Elle démontre d'autre part qu'elle

⁴⁰³ CJUE GC 26 février 2013, arrêt *Melloni*, aff.C-399/11, §60 ; CJUE GC 26 février 2013, arrêt *Åklagaren*, aff.C-617/10, §29. LELIEUR Juliette. « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être refusée pour incompatibilité avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution de l'État requis ». *AJDP Dalloz* 2013, n°6, p. 350-352. LEVADE Anne. « Mandat d'arrêt européen : quand confiance et reconnaissance mutuelles font obstacle au « sauf si » ! ». *Constitutions* 2013, p.184. BAILLEUX Antoine. « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin ». *RTDH* 2014, n°97, p.215. RITLENG Dominique. « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union – Les enseignements des arrêts *Akerberg Fransson* et *Melloni* ». *RTDE* 2013, n°2, p.267-292.

⁴⁰⁴ USUNIER Laurence. « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme ». *Op. Cit.*

n'a pas une conception rigide des ordres juridiques, malgré un postulat d'équivalence des systèmes, mais qu'elle concilie de manière concrète les normes qui se rencontrent à l'occasion d'un litige. Elle affirme enfin l'obligation, pour les juridictions nationales, de saisir la Cour à titre préjudiciel afin de s'assurer de la compatibilité du droit interne⁴⁰⁵. Par conséquent, sur le principe de primauté du droit de l'Union, la CJUE assure un contrôle de compatibilité concernant l'interprétation des normes nationales. Toutefois, à mesure que la Cour intervient dans les litiges horizontaux et s'appuie sur les principes généraux du droit ou sur le contenu de la Charte, elle se heurte à la réticence des juges constitutionnels nationaux, notamment le juge allemand. Dès lors, l'interprétation-contrôle des actes juridiques privés s'avère plus risqué pour la CJUE.

B - L'interprétation-crédation et la CJUE

114. De jurisprudence constante depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour indique que « *de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit de l'Union est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. Ces droits naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par les traités, mais aussi en raison d'obligations que ceux-ci imposent d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions de l'Union* »⁴⁰⁶. La directive d'interprétation conforme participe de la définition de ces obligations.

La condition pour que les particuliers puissent se prévaloir de droits issus des normes de l'Union consiste dans l'effet direct reconnu ou non à ces dernières. Lorsqu'un tel droit est constitué mais se heurte à une disposition nationale contraire, le juge national a l'obligation

⁴⁰⁵ CJUE GC 26 février 2013, arrêt Åklagaren, *op. cit.*, §30 et 48. S'agissant du rappel de l'existence d'un contrôle du Conseil constitutionnel à l'intention des juridictions administratives et judiciaires françaises : Cons. Const. 8 avril 2011, déc. n°2011-120 QPC, Rec. p.194, considérant n°9. Ces divers contrôles obligent le juge ordinaire à composer entre l'interprétation conforme à la Constitution, au droit de l'Union et à la Convention EDH : DEUMIER Pascale. « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes ». *RTD Civ.* 2011, p.495. Sur l'interprétation conforme et le dialogue des juges : LUCIANI Massimo. *L'interprétation conforme et le dialogue des juges – Notes préliminaires. In Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois.* Paris : Dalloz-Sirey. 2009. 1216p. Spéc. p.695.

⁴⁰⁶ CJUE 6 juin 2013, arrêt Donau Chemie e.a., aff.C-536-11, §20. V. également CJUE 20 septembre 2001, arrêt Courage et Crehan, aff.C-453/99, §19 ; CJUE 19 novembre 1991, arrêt Francovich e.a., *op. cit.*, §31 ; CJUE 5 février 1963, arrêt Van Gend en Loos, *op. cit.*

de laisser inappliquée le droit interne⁴⁰⁷. La difficulté survient lorsque ce droit est issu d'une directive qui, par principe, ne dispose pas de l'effet direct. Si la CJUE a eu l'occasion de contourner l'obstacle en utilisant un principe général du droit de l'Union comme le principe de non-discrimination – pourvu de l'effet direct – que le juge de Luxembourg estimait concrétisé par le contenu de la directive litigieuse⁴⁰⁸, elle demeure très réticente à ce procédé⁴⁰⁹, sous peine notamment de ruiner un système fondé sur la hiérarchie des normes, avec les conséquences sur le processus législatif de l'Union, et sous peine de porter atteinte au principe de sécurité juridique⁴¹⁰.

115. Un autre moyen de contourner cette difficulté consiste à faire usage de la directive d'interprétation conforme. Il convient de rappeler que l'interprétation-création – telle que l'utilise la Cour EDH – consiste à constater un manquement de l'Etat pour ne pas avoir « prévu » une obligation dans les relations contractuelles entre un banquier et son client⁴¹¹. La Cour de Strasbourg ne précise pas les moyens de cette « création » et il pourrait être admis que – par l'effet des arrêts *Pla et Puncernau contre Andorre* et *Zolotas contre Grèce* combinés – soit le juge national interprète le droit interne de manière à lui faire produire un résultat conforme soit c'est l'acte juridique créé par les parties qu'il interprète pour parvenir à ce résultat.

La CJUE appelle de son côté à garantir la pleine effectivité du droit européen et, pour parvenir à ce résultat, à prendre en considération l'ensemble du droit interne et à faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci⁴¹². Ainsi, la Cour de Luxembourg fait clairement référence à l'interprétation de la loi applicable au contrat pour parvenir à un résultat qui, par principe, n'est pas atteignable lorsque le droit est inscrit dans une directive de l'Union. En revanche, elle ne vise pas expressément l'interprétation

⁴⁰⁷ CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci*, aff.C-555/07, §54 ; CJUE GC 22 novembre 2005, arrêt *Mangold*, *op. cit.*, §77.

⁴⁰⁸ CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci*, *op. cit.* ; CJUE GC 22 novembre 2005, arrêt *Mangold*, *op. cit.*,

⁴⁰⁹ CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt *Dominguez*, aff.C-282/10.

⁴¹⁰ V. notamment les critiques exprimées par l'avocat général dans l'affaire *Dominguez* : conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak sous CJUE GC, affaire *Dominguez*, aff.C-282/10.

⁴¹¹ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce* (n°2), *op. cit.*, §53.

⁴¹² V. notamment CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt *Dominguez*, *op. cit.*



créatrice du juge national à partir de l'acte juridique formé par les parties. Toutefois, en faisant référence aux méthodes d'interprétation, elle ne l'interdit pas non plus de telle sorte qu'il est possible de prétendre que, comme devant la Cour EDH, l'interprétation-création est susceptible d'emprunter deux voies devant la CJUE.



Section 2 - La portée de la directive d'interprétation conforme

116. La portée de la directive d'interprétation conforme est double. D'abord, cette portée s'analyse relativement aux normes qui lui servent de référence (§1). Ensuite, elle s'analyse au regard de la directive elle-même (§2).

§ 1 - Portée relative aux normes de référence

117. La directive d'interprétation conforme a pour effet de conférer des effets plus importants aux normes qui lui servent de référence. S'agissant du droit de l'Union, cette directive d'interprétation s'est même développée pour pallier les insuffisances de la directive de l'Union comme catégorie de norme. Devant la Cour EDH, la directive d'interprétation conforme aboutit à conférer à certaines dispositions un « *effet horizontal extrême* » (A). Devant la CJUE, elle aboutit à constituer une invocabilité extrême à l'égard de certaines normes, sans toutefois parvenir à consacrer « un véritable effet direct horizontal » (B).

A - Reconnaissance d'un « *effet horizontal extrême* » devant la Cour EDH

118. Toutes les dispositions de la Convention EDH possèdent un effet direct⁴¹³. En revanche, s'agissant de l'effet horizontal, seules certaines dispositions peuvent s'en prévaloir⁴¹⁴. Pour celles-ci, le Professeur ROCHFELD s'est interrogée, à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau*, sur leur vocation à bénéficier d'un « *effet horizontal extrême* »⁴¹⁵.

La notion d'« *effet horizontal* » demeure trompeuse. En effet, seules des requêtes dirigées contre un Etat peuvent être déclarées recevables tandis qu'il ne fait plus de doute

⁴¹³ V. notamment : DUPRE DE BOULOIS Xavier. « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme ». *Op. cit.*

⁴¹⁴ Pour connaître si un article de la Convention bénéficie d'un effet horizontal ou vertical, il est permis de s'appuyer sur la jurisprudence qui indique, au cas par cas, l'effet reconnu à chaque disposition. Par exemple, la Cour EDH a reconnu un effet horizontal pour les articles 2 à 5§1, 6, 8 à 11 et I du Protocole n°1 additionnel à la Convention EDH. Voir la thèse de MOUTEL Béatrice. *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des Droits de l'Homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées.* *Op. cit.*

⁴¹⁵ ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *Op. cit.* p.649.



que certaines dispositions de la Convention disposent d'une applicabilité horizontale. Par conséquent, lorsque l'effet horizontal est reconnu à une disposition de la Convention, il faut constater ensuite si l'ordre juridique interne lui reconnaît un effet direct. Ainsi, on parle d'« effet horizontal direct » lorsqu'une juridiction interne a appliqué, à l'occasion d'un litige opposant des particuliers, une disposition de la Convention EDH. Si cette juridiction ne l'a pas fait, mais que la Cour EDH la dément, on parle d'« *effet horizontal indirect* »⁴¹⁶.

119. L'effet horizontal permet à un individu de se prévaloir d'une norme européenne à l'encontre d'un autre individu⁴¹⁷. Celui-ci peut alors revendiquer l'application de cette norme de préférence à la loi interne, ou de préférence à l'acte juridique privé. C'est dans ce dernier cas que l'on peut parler d'effet horizontal extrême. Cette hypothèse conduit à s'interroger sur les obligations imposées par une norme européenne à l'égard des personnes privées et, par voie de conséquence, sur une éventuelle faute de celles-ci dans leur liberté de contracter. Ainsi, l'utilisation de la directive d'interprétation conforme relativement à une norme pourvue d'un effet direct crée des droits et obligations à la charge de personnes privées.

En outre, le Professeur ROCHFELD s'est demandée si la Cour n'avait pas inauguré un contrôle de la « *conformité des actes juridiques à la Convention, seraient-ils particuliers* »⁴¹⁸. Cette hypothèse apparaît plausible dans la mesure où la Cour EDH, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, revendique la mise en œuvre d'un contrôle européen portant tant sur l'interprétation d'une disposition légale que sur l'interprétation d'une clause contractuelle⁴¹⁹. La Cour EDH s'est interrogée sur le bien-fondé de ce contrôle. Ainsi, à l'égard de l'arrêt *Pla et Puncernau*, le juge BRATZA considère que « *le fait qu'au regard de la Convention toute discrimination entre individus (...) soit interdite aux organes législatifs ou judiciaires de l'Etat ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers d'opérer une*

⁴¹⁶ Voir sur cette distinction, MOUTEL Béatrice. *Op. cit.*, §8.

⁴¹⁷ « *En effet, on ne devrait pas négliger qu'il y a une différence structurelle entre l'effet vertical des droits fondamentaux dans la relation entre l'individu et l'Etat et leur effet horizontal : l'effet vertical limite l'ingérence du pouvoir étatique dans la sphère de la liberté individuelle tandis qu'un effet horizontal a pour effet que la protection des droits fondamentaux d'un particulier entraîne forcément une limitation de droits fondamentaux d'un autre particulier impliqué dans un rapport de droit privé* » : SEIFERT Achim. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *RTDE* 2012, n°4 p.801.

⁴¹⁸ ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *Op. cit.* p.649.

⁴¹⁹ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §59.

discrimination en faisant de pareilles distinctions dans la transmission de leurs biens »⁴²⁰. Toutefois la reconnaissance d'un effet horizontal « extrême » réside moins dans le fait de créer des obligations dans le chef des particuliers que de laisser penser qu'une faute dans l'acte juridique a été commise par ces derniers alors que, s'agissant de l'effet horizontal, le juge a pour obligation de redresser la faute présente dans la loi et commise par le législateur. Face à ces opinions dissidentes, la décision de la Cour EDH penche en faveur d'une interdiction pour une partie à un acte juridique privé d'opérer une discrimination.

120. Deux raisons permettent de relativiser l'absence de développement de cette forme extrême d'effet horizontal. D'abord, ce sont les Hautes parties contractantes qui sont signataires de la Convention et qui, à ce titre, sont les seules à engager leur responsabilité⁴²¹. Cette « *irresponsabilité conventionnelle de la personne privée* » a été rappelée par Béatrice MOUTEL dans sa thèse⁴²². Pour autant, les faits à l'origine de l'affaire *Zolotas*, s'ils se résolvent par un engagement de la responsabilité de l'Etat grec, interrogent cependant sur l'auteur de la faute, c'est-à-dire le manque (le manquement à) d'une obligation d'information du banquier envers son client⁴²³.

Ensuite, il ne faut pas être étonné de constater que les affaires comme celles *Pla et Puncernau* ou encore *Khurshid Mustafa et Tarzibachi* ont été dirigées respectivement contre l'Etat d'Andorre et la Suède. La compétence de la Cour EDH est certes le résultat de l'application de la compétence *ratione personae* de la Cour, mais encore le résultat de l'interprétation opérée par les juridictions nationales⁴²⁴.

⁴²⁰ V. l'opinion en partie dissidente du Juge BRATZA Nicolas sous CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.* Le juge GARLICKI développe une idée semblable en affirmant que « *ce qui est interdit à l'Etat n'a pas forcément à l'être aussi aux individus* », opinion dissidente du Juge GARLICKI sous CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*

⁴²¹ Cela résulte de l'application des articles 33 et 34 de la Convention EDH qui déterminent la compétence *ratione personae* de la Cour.

⁴²² MOUTEL Béatrice. *Op. cit.*, §87 sq.

⁴²³ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce* (n°2), *op. cit.*

⁴²⁴ Cette action engage en effet en soi la responsabilité de l'Etat. Pour cette raison, la Cour indique dans l'arrêt *Pla et Puncernau* que « *pareille interprétation s'analyse donc en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux* » : CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §60. De son côté, L'Etat suédois s'était par conséquent maladroitement défendu en indiquant que l'ingérence alléguée « *ne serait apparue que par l'effet de l'interprétation et de l'application faites par la cour d'appel, dans le cadre d'un*



121. Par conséquent, l'effet horizontal extrême constitue une réalité, qui apparaît dans les décisions rendues par la Cour EDH selon certaines formes particulières, de telle sorte qu'il est possible de distinguer, à l'instar de l'effet horizontal, deux sous-catégories : un effet horizontal extrême direct lorsque les juridictions nationales ont imposé la disposition de la Convention EDH à l'acte juridique privé, et un effet horizontal extrême indirect dans le cas contraire. Le premier cas permet aux individus d'invoquer, devant les juridictions internes, les Droits de l'Homme directement contre un acte juridique privé, en invoquant, en matière d'interprétation, la directive d'interprétation conforme. Par conséquent, c'est cette dernière directive qui est l'outil possédant le plus grand effet conféré aux dispositions de la Convention EDH. Elle constitue la marque d'une emprise toujours plus importante de la Convention EDH sur l'acte juridique privé, ainsi qu'une innovation majeure dans la jurisprudence de la Cour.

B - Refus d'un « véritable effet horizontal »

122. La portée des normes européennes se mesure au moyen de l'effet direct ou indirect⁴²⁵, ainsi que de l'effet horizontal et/ou vertical reconnu à une norme⁴²⁶. Ces effets permettent de distinguer les différentes catégories de normes de l'Union : le règlement constitue l'acte juridique parfait puisqu'il est pourvu d'un effet direct complet, à la fois vertical et horizontal ; tandis que la directive est par principe dépourvue tant de l'effet direct que d'un

litige privé, d'une obligation contractuelle entre deux parties privées » : CEDH 16 décembre 2008, arrêt Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède, op. cit., §26.

⁴²⁵ Pour le Doyen CORNU, l'effet direct se définit comme l'« effet (...) reconnu à celles des normes communautaires qui créent des droits dans le chef des particuliers et s'imposent à leurs juridictions » : CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique. Op. cit.*, définition d'Effet (direct). La Cour de justice a dégagé le principe de l'effet direct dès la décision *Van Gend en Loos* du 5 février 1963, en se fondant sur l'article 226 du Traité, devenu aujourd'hui l'article 258 du Traité de Lisbonne. Pour savoir si une disposition est d'effet direct, les juges fondent leur décision sur le contenu de l'acte : si les dispositions de celui-ci sont suffisamment précises et inconditionnelles, la disposition est pourvue de l'effet direct et le justiciable pourra y fonder son argumentation. A ce critère objectif s'ajoute selon la doctrine un critère subjectif, qui commande de s'interroger sur l'intention des signataires de faire produire au traité un tel effet direct.

⁴²⁶ Une disposition est d'effet vertical lorsqu'un particulier peut s'en prévaloir contre l'Etat. Une disposition est pourvue d'un effet horizontal lorsqu'elle concerne les relations entre particuliers.

effet horizontal. Par conséquent, la directive de l'Union doit être transposée par un acte d'application de droit interne⁴²⁷.

123. Or, la directive d'interprétation conforme a été utilisée par la CJUE afin d'accroître l'effet de la directive. La Cour de justice a dégagé le principe d'interprétation conforme dans l'arrêt *Marleasing* de 1990⁴²⁸. Dans cet arrêt, la Cour affirme qu'« *en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité* »⁴²⁹. De manière plus exceptionnelle, la CJUE utilise parfois l'interprétation conforme de manière extensive, en exploitant dans certains cas la présence d'un droit dans la directive qui n'est que la consécration d'une disposition pourvue d'un effet direct complet⁴³⁰. Cette jurisprudence issue des arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* est amenée à perdurer avec des limites importantes depuis l'arrêt *AMS* s'agissant des droits protégés par la Charte européenne des droits fondamentaux⁴³¹. En effet, des deux conditions exigées pour bénéficier de l'invocabilité d'exclusion, si la dimension interindividuelle du droit protégé peut être acquise, il sera plus

⁴²⁷ Ainsi, la directive ne peut être regardée comme une règle « *complète et juridiquement parfaite* », qualité qui, aux côtés des qualités de règle « *claire et précise* » et « *inconditionnelle* » permettent de caractériser l'applicabilité directe d'une norme : CJUE 4 décembre 1974, arrêt Van Duyn, aff.C-41/74.

⁴²⁸ CJUE 13 novembre 1990, arrêt *Marleasing S.A. Contre La Comercial Internacional de Alimentacion S.A.*, *op. cit.*

⁴²⁹ *Ibid.*, §8.

⁴³⁰ A propos du principe général du droit de l'Union de non-discrimination : CJUE GC 22 novembre 2005, arrêt *Mangold*. *Op. cit.*, §70 sq. ; CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*. *Op. cit.*, §50 ; CJUE 19 juin 2014, arrêt *Specht*. *Op. cit.*, §89. A propos de l'article 47 la Charte protégeant le principe du contradictoire, CJUE GC 4 juin 2013, arrêt *ZZ*, aff.C-300/11, §50 sq. De manière plus diffuse, la Cour a également pu se référer au droit de l'Union de manière générale en matière de délai de prescription raisonnable : CJUE 19 mai 2011, arrêt *laia e.a.*, aff.C-483/09.

⁴³¹ CJUE GC 15 janvier 2014, arrêt *AMS*, aff.c-176/12. V. en particulier *CARPANO Eric*. « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges entre personnes privées : à propos du droit à l'information et à la consultation des travailleurs ». *Revue Lamy Droit des affaires* 2014 n°93, p.71-74 ; *SIMON Denys*. « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux ». *Europe* 2014, n°3, p.13-14 ; *SURREL Hélène*. « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux ». *JCP G* 2014, n° 10-11, p.319. *Contra*, avant cet arrêt : « *l'effet horizontal paraît gagner du terrain comme mécanisme pour compenser le défaut d'une application horizontale de directives* » : *SEIFERT Achim*. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *Op. cit.*

difficile de démontrer son caractère « *autosuffisant* »⁴³², en particulier dans les hypothèses de concrétisation de ce droit au travers d'une directive de l'Union⁴³³. Ainsi, la justiciabilité minimale s'en trouve réduite et le juge ne dispose plus que de l'invocabilité d'interprétation conforme, avant d'engager la responsabilité de l'Etat⁴³⁴.

124. La directive d'interprétation conforme régulièrement est rappelée par la CJUE⁴³⁵. Elle permet au particulier de se prévaloir du contenu d'une directive au travers d'une

⁴³² CARPANO Eric. « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges entre personnes privées : à propos du droit à l'information et à la consultation des travailleurs ». *Op. cit.*

⁴³³ Par conséquent, la doctrine loue la logique du droit de l'Union mais concentre ses critiques sur l'insuffisante portée des directives de l'Union : *Ibid.* V. également, CAVALLINI Joël. « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». *Op. cit.* Spéc. §25. Qualifiant cette solution de « plus orthodoxe » et distinguant par conséquent « *selon que le droit fondamental issu de la Charte est apte ou non à créer un authentique droit subjectif au profit des individus* » : LE BAUT-FERRARESE Bernadette. « Le juge judiciaire acteur de l'intégration normative dans nationale ». *RTDE* 2014, n°2 p.435-437.

⁴³⁴ V. notamment : « *Mais cette absence d'effet direct horizontal n'exclut pas pour autant le jeu de l'invocabilité d'interprétation conforme* » : SIMON Denys. « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux ». *Op. cit.*

⁴³⁵ Voir CJUE 10 février 2000, arrêt *Deutsche Post AG c/ Sievers et Schrage*, aff.C-270-97 et C-271-97 ; CJUE 27 juin 2000, arrêt *Océano Grupo Editorial S.A c/ Rocío Murciano Quintero*, aff.C-240/98 à C-244/98 ; CJUE 26 septembre 2000, arrêt *Rijksdienst voor Pensioenen c/ Robert Engelbrecht*, aff.C-262/97 ; CJUE 26 septembre 2000, arrêt *Didier Mayeur contre Association promotion de l'information messine*, aff.C-175/99; CJUE 3 octobre 2000, arrêt *Cinzia Gozza e.a. c/ Università degli Studi di Padova e.a.*, aff.C-371/97; CJUE 10 mai 2001, arrêt *Commission c/ Pays-Bas*, aff.C-144/99; CJUE 27 février 2003, arrêt *Santex Spa c/ Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, aff.C-327/00; CJUE 18 septembre 2003, arrêt *Peter Pflücke contre Bundesanstalt für Arbeit*, aff.C-125/01 ; CJUE 7 janvier 2004, arrêt *Rolex e.a.*, aff.C-60/02 ; CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt *Bernhard Pfeiffer e.a. c/ Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, *op. cit.*; CJUE GC, 16 juin 2005, arrêt *Maria Pupino*, aff.C-105/03 (en matière de décision-cadre) ; CJUE GC, 4 juillet 2006, arrêt *Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos*, aff.C-212/04; CJUE 11 janvier 2007, arrêt *ITC Innovative Technology Center GmbH c/ Bundesagentur für Arbeit*, aff.C-208/05; CJUE 10 mai 2007, arrêt *Commission c/ Autriche*, aff.C-508/04 ; CJUE 5 juillet 2007, arrêt *Hans Marcus Kofoed c/ Skatteministeriet*, aff.C-321/05 ; CJUE 11 octobre 2007, arrêt *Lämmerzahl GmbH c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff.C-241/06; CJUE 18 décembre 2007, arrêt *Frigerio Luigi & C. Snc c/ Commune di Triuggio*, aff.C-357/06; CJUE GC, 15 avril 2008, *Impact c/ Minister for Agriculture and Food e.a.*, aff.C-268/06; CJUE 23 avril 2009, arrêt *Kiriaki Angelidaki et autres contre Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, *op. cit.* ; CJUE 16 juillet 2009, arrêt *Mono Car Styling S.A. contre Dervis Odemis et autres*, aff.C-12/08 ; CJUE GC 27 octobre 2009, arrêt *Land Oberösterreich c/ ČEZ as*, aff.C-115/08 ; CJUE 28 janvier 2010, arrêt *Uniplex (UK)*, aff.C-406/08 ; CJUE 6 juillet 2010, arrêt *Monsanto Technology*, *op. cit.* ; CJUE 21 octobre 2010, arrêt *Accardo e.a.*, aff.C-227/09 ; CJUE 21 octobre 2010, arrêt *Padawan*, aff.C-467/08 ; CJUE 28 octobre 2010, arrêt *Volvo Car Germany*, aff.C-203/09 ; CJUE 3 mars 2011, arrêt *Commission c/ Irlande*, aff.C-50/09 ; CJUE 14 avril 2011, arrêt *British Sky Broadcasting Group et Pace*, *op. cit.* ; CJUE 12 mai 2011, arrêt *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, aff.C-115/09 ; CJUE 26 mai 2011, arrêt *Stichting Natuur en Milieu e.a.*, aff.C-165/09 ; CJUE 28 juillet 2011, arrêt *Samba Diouf*, aff.C-69/10 ; CJUE 15 septembre 2011, arrêt

interprétation des dispositions du droit interne. L'utilisation de l'interprétation conforme a pour effet, non de rajouter une exception, mais de renverser les règles applicables, dans la mesure où il devient rare qu'une directive ne puisse être invoquée par un justiciable contre l'Etat membre. L'interprétation conforme a pu être présentée comme un instrument permettant une « *invocabilité partielle* » de la directive ayant pour effet de « *[diminuer] les chances de contrariété entre la directive et la norme nationale* »⁴³⁶. En ce sens, la directive se prévaut de son appartenance à l'ordre juridique de l'Union et au principe de primauté reconnu à l'ensemble de ses normes afin de compenser l'absence d'effet direct par principe. En outre, la directive d'interprétation conforme n'a pas pour résultat de conférer un effet direct à la directive⁴³⁷. La Cour dissocie en effet l'effet direct d'une part, et l'invocabilité d'autre part, cette dernière étant une conséquence du principe de primauté⁴³⁸. Par conséquent, la directive d'interprétation conforme et son fondement – le principe de primauté du droit – permettent d'assurer la diffusion du contenu des normes de l'Union dans les ordres juridiques internes.

125. La CJUE est plus réticente à contourner⁴³⁹ l'absence d'effet horizontal des directives⁴⁴⁰. En effet, si la Cour de justice a eu l'occasion de nuancer, à la marge, cette

Franz Müscksch, aff.C-53/10 ; CJUE 24 novembre 2011, arrêt Commission c/ Italie, aff.C-379/10 ; CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez, op. cit. ; CJUE 24 mai 2012, arrêt Amia, aff.C-97/11 ; CJUE 22 novembre 2012, arrêt Digitalnet e.a., op. cit. ; CJUE 11 avril 2013, arrêt Rusedespred, aff.C-138/12 ; CJUE 27 juin 2013, arrêt VG Wort, aff.C-457/11 ; CJUE 10 octobre 2013, arrêt Spedition Welter, aff.C-306/12 ; CJUE GC 15 janvier 2014, arrêt Association de médiation sociale, aff.C-176/12 ; CJUE 27 février 2014, arrêt OSA, aff.C-351/12 ; CJUE GC 18 mars 2014, arrêt Z., aff.C-363/12 ; CJUE 30 avril 2014, arrêt Kásler, aff.C-26/13 ; CJUE 15 mai 2014, arrêt Szatmári Malon, aff.C-135/13 ; CJUE 19 juin 2014, arrêt Specht, op. cit. ; CJUE 11 septembre 2014, arrêt Papasavvas e.a., aff.C-291/13 ; CJUE 18 décembre 2014, arrêt Schoenimport « Italmoda » Mariano Previti, aff.C-131/13, C-163/13 et C-164/13.

⁴³⁶ BLUMANN Claude, DUBOIS Louis, « Droit institutionnel de l'Union européenne ». *Jurisclasseur*, Manuels, Paris, 2004, §555.

⁴³⁷ En toute logique, ce ne peut être le résultat recherché par la CJUE dans la mesure où elle utilise la directive d'interprétation conforme à l'égard d'autres normes que les directives. Pour un exemple d'interprétation conforme du règlement aux Traités : CJUE 18 décembre 2014, arrêt Larcher, op. cit. Pour un exemple d'interprétation conforme d'un règlement à la Charte : CJUE 12 juin 2014, arrêt Peftiev, aff.C-314/13. V. également *supra* l'interprétation conforme d'une directive à la lumière d'une convention internationale à laquelle l'Union n'était pas partie : CJUE 15 mars 2012, SCF c/ Marco del Corso, op. cit.

⁴³⁸ Lamy Droit économique. 2015, §144.

⁴³⁹ La Cour estime en particulier que « *même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers* » : CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt

absence d'effet horizontal⁴⁴¹, elle a maintenu le principe de l'absence d'effet horizontal des directives, comme l'illustre l'arrêt *Seda Küçükdeveci* rendu le 19 janvier 2010⁴⁴². La raison en est simple : la directive ne peut, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier puisqu'elle ne dispose pas de l'effet direct⁴⁴³. Ainsi, un contournement de cette solution ruinerait la distinction entre la directive et le règlement et, comme étudié précédemment, toute l'architecture juridique et démocratique construite par le droit de l'Union. Pourtant, l'absence d'un tel effet horizontal reconnu aux droits contenus dans les directives de l'Union emporte d'importantes conséquences, au point que la CJUE a été interrogée pour réétudier sa position.

Ainsi, invitée par l'avocat général dans cette affaire à s'interroger sur sa jurisprudence en matière d'effet horizontal des directives à la lumière de l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre* rendu par la Cour EDH, la CJUE maintient dans un premier temps sa jurisprudence *Faccini Dori* et nie tout effet horizontal à la directive de l'Union⁴⁴⁴. Ce n'est que dans un second temps qu'elle rappelle la nécessité d'atteindre, par tous les moyens possibles, le

Pfeiffer e.a., *op. cit.*, §109. Cette jurisprudence est constante : voir l'argumentation utilisée dans l'affaire CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez, *op. cit.*, §32 sq.

⁴⁴⁰ CJUE 14 juillet 1994, arrêt Faccini Dori, aff.C-91/92, Rec. p.I-3325. Jurisprudence constante, voir par exemple CJUE 7 mars 1996, arrêt El Corte Ingles S.A., aff.C-192/94, Rec. p.I-1281. V. dernièrement CJUE 11 septembre 2014, arrêt Papasavvas e.a., *op. cit.*, §54 ; CJUE 18 décembre 2014, arrêt Scoenimport « Italmoda » Mariano Previti, *op. cit.*, §57.

⁴⁴¹ D'abord, elle a interprété de façon très large la notion d'autorité étatique, contre laquelle il est possible au particulier de se prévaloir d'une directive. Ainsi, sont assimilés à une autorité étatique tous organismes et entités qui, quelle que soit leur forme juridique, sont soumis à l'autorité ou au contrôle de l'Etat ou qui disposent de pouvoirs exorbitants du droit commun : CJUE 22 juin 1989, arrêt Fratelli Costanzo, aff.C-103/88, §31; CJUE 12 juillet 1990, arrêt Foster e.a., aff.C-188/89, §19; CJUE 4 décembre 1997, arrêt Kampelmann e.a., aff.C-253/96 à C-258/96, Rec. p.I-6907. Voir par exemple, CJUE 5 février 2004, arrêt Rieser International Transporte, aff.C-157/02; CJUE 7 septembre 2006, arrêt André Vassalo, aff.C-180/04, §26. Le Professeur Denis SIMON a pu qualifier cette application d'« effet direct oblique » : SIMON Denys. *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF 2001, 3^{ème} éd., §318. Ensuite, la Cour a admis qu'un particulier puisse se prévaloir d'une directive contre un Etat membre, même si l'application de la directive pouvait entraîner des conséquences négatives certaines pour un tiers : CJUE 7 janvier 2004, arrêt Wells, aff.C-201/02.

⁴⁴² CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt Seda Küçükdeveci, *op. cit.*

⁴⁴³ CJUE 14 juillet 1994, arrêt Faccini Dori, *op. cit.*, §20.

⁴⁴⁴ Elle affirme ainsi que, « s'agissant d'un litige entre particuliers, la Cour a constamment jugé qu'une directive ne peut, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre » : CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt Seda Küçükdeveci, *op. cit.*, §46.



résultat prévu par la directive, notamment en mettant à contribution les autorités juridictionnelles par la voie de l'interprétation conforme⁴⁴⁵. L'utilisation de la directive d'interprétation conforme fait l'objet d'une jurisprudence constante, dans laquelle la Cour inclut plus⁴⁴⁶ ou moins⁴⁴⁷ clairement la dimension horizontale du litige. Par conséquent, la directive d'interprétation conforme constitue l'outil créé par la CJUE afin de conférer un effet plus important aux normes de l'Union en général, et aux directives de l'Union en particulier⁴⁴⁸. En revanche, elle a refusé d'assumer à l'égard des actes juridiques privés la même emprise que la Cour EDH s'est octroyée à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau* en utilisant cette même directive d'interprétation conforme.

126. Par conséquent, la CJUE a refusé l'invitation de l'avocat général dans l'affaire *Seda Küçükdeveci* de reconnaître aux normes de l'Union « *un véritable effet direct horizontal* »⁴⁴⁹. Il convient de s'interroger sur la pérennité d'une telle solution. Il y a, dans les conclusions de l'avocat général se référant à la jurisprudence de la Cour EDH et plus précisément à l'arrêt *Pla et Puncernau*, la volonté de ne pas doter le juge de Luxembourg d'un contrôle moindre que le juge de Strasbourg. Les remarques précédentes concernant le refus d'adhésion de la CJUE rejoignent la prudence de la Cour concernant l'effet horizontal. Il s'agit d'abord d'une volonté de ne pas heurter les juges nationaux, et en particulier le juge constitutionnel allemand. Il s'agit encore d'éviter une comparaison avec la Cour EDH qui décuplerait les probabilités de rencontres entre les droits européens. Pourtant, au sein d'une politique de l'Union consistant à assurer l'efficacité la plus grande aux normes de l'Union en développant chaque directive d'interprétation, la justiciabilité des normes, assurée notamment par

⁴⁴⁵ Ibid., §47-48.

⁴⁴⁶ Dans l'arrêt *Pfeiffer*, elle a clairement indiqué que, « *saisie d'un litige opposant exclusivement des particuliers, la juridiction nationale est tenue, lorsqu'elle applique les dispositions du droit interne adoptées aux fins de transposer les obligations prévues par une directive, de prendre en considération l'ensemble des règles du droit national et de les interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de cette directive pour aboutir à une solution conforme à l'objectif poursuivi par celle-ci* » : CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt *Pfeiffer* e.a., *op. cit.*, §121.

⁴⁴⁷ Dans son arrêt *Adeneler*, la CJUE a rappelé que la directive d'interprétation conforme « *a été imposée notamment en cas d'absence d'effet direct d'une disposition d'une directive, (...) le litige [opposant] des particuliers* » : CJUE GC 4 juillet 2006, arrêt *Adeneler* e.a., *op. cit.*, §113.

⁴⁴⁸ SIMON Denys. « Interprétation conforme ». *Europe* 2009, n°10, p.7

⁴⁴⁹ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 7 juillet 2009 sous l'affaire C-555/07, §88.

l'interprétation conforme, a vocation à se développer⁴⁵⁰. L'argument démocratique et le contrôle externe défendu par les juridictions nationales doit être relativisé, dans la mesure où un tel contrôle n'est pas illégitime en soi, et que ce n'est pas en entretenant un contrôle moindre par rapport à celui assumé par la Cour EDH que la CJUE évitera son existence, lequel participe d'un dialogue entre les juges. Or, cette jurisprudence du juge de Luxembourg produit des effets qu'il sera de plus en plus difficile à justifier. Par exemple, la neutralisation de l'invocabilité d'exclusion, dans l'arrêt *AMS*⁴⁵¹, en matière de combinaison des articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des dispositions d'une directive de l'Union est contraire à la construction de la CJUE, qui a reconnu un tel effet pour les principes généraux du droit de l'Union, tels que concrétisés par les directives de l'Union. Par exemple, il s'avèrera difficile de justifier, même au regard du modèle démocratique de l'Union, un effet supérieur aux droits contenus dans le futur règlement européen relatif au droit commun européen de la vente par rapport à ceux issus d'une directive de l'Union relative à un contrat de droit privé⁴⁵². Dès lors, le refus de la CJUE de reconnaître un « véritable effet horizontal » ne semble pas justifié et pérenne. Pour autant, malgré la faiblesse persistante des normes de l'Union, la directive d'interprétation conforme préserve son intérêt.

§ 2 - Portée propre à la directive d'interprétation conforme

127. Si la directive d'interprétation constitue un « faire-valoir » des normes de référence, elle ne peut être réduite à cela. En effet, la jurisprudence des cours européennes a contribué à lui conférer un régime juridique précis et une portée qui lui est propre, indépendamment des normes dont elle dicte le sens ou qui lui servent de référence. Ainsi, la directive d'interprétation conforme possède une invocabilité qui lui est propre (B). En outre, de nombreux arguments permettent de lui reconnaître une portée impérative (B).

⁴⁵⁰ Les méthodes d'interprétation de la CJUE démontrent un « *grand éclectisme des techniques interprétatives utilisées, combiné avec la volonté de tirer de chacune d'entre elles une productivité maximale* » : SIMON Denys. *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF, 2001, 3^{ème} éd. (Droit fondamental), §301.

⁴⁵¹ CJUE GC 15 janvier 2014, arrêt *AMS*, aff.C-176/12. V. *supra* §123.

⁴⁵² Comp. : « *Cette solution d'une implacable logique révèle combien le régime des directives est perturbant dans l'ordre juridique européen. Le maintien d'une telle distinction entre règlement et directive est contestable* » : CAVALLINI Joël. « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». *Op. cit.*

A - Invocabilité d'interprétation conforme

128. Il a été précédemment établi que la directive d'interprétation conforme, sous la forme de l'« invocabilité » par le justiciable, était une conséquence du principe de primauté du droit de l'Union⁴⁵³. Cette idée que l'invocabilité d'interprétation conforme est attachée à toutes les normes de l'Union et peut être invoquée par tout justiciable est le résultat d'une lente construction jurisprudentielle, qui s'est principalement développée en raison des faiblesses normatives attachées à la directive de l'Union⁴⁵⁴.

129. Ainsi, la directive d'interprétation conforme peut être invoquée à l'égard d'une directive de l'Union dès la fin de son délai de transposition⁴⁵⁵, notamment en cas d'absence de transposition ou de transposition incorrecte, alors que l'invocabilité de la directive de l'Union est conditionnée à l'entrée en vigueur d'une norme nationale de transposition⁴⁵⁶. Preuve que les mécanismes de l'interprétation ne se confondent pas avec ceux de la directive de l'Union, la CJUE estime, de jurisprudence constante, qu'une interprétation conforme des normes nationales ne peut satisfaire à la nécessité de transposition⁴⁵⁷.

⁴⁵³ V. *supra*, §103 sq.

⁴⁵⁴ BOFFA Romain, *La force normative des directives non transposées*, in THIBIERGE Catherine (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*. Paris : LGDJ, 2009, 912p. Spéc. n° 10.

⁴⁵⁵ CJUE GC 4 juillet 2006, arrêt Adeneler e.a.. *Op. cit.*, §115 ; CJUE 27 juin 2013, arrêt VG Wort. *Op. cit.*, §26. V. également CJUE 11 septembre 2014, arrêt Papasavvas e.a.. *Op. cit.*, §56. La Cour n'a pu admettre que la mise en œuvre d'une invocabilité d'exclusion dans une hypothèse où la directive pouvait bénéficier d'une invocabilité d'emprunt au travers du principe de non-discrimination, principe général du droit de l'Union et repris dans la directive litigieuse : CJUE GC 22 novembre 2005, arrêt Mangold. *Op. cit.*, §66.

⁴⁵⁶ A l'obligation de transposition, comprise comme l'obligation de prendre les mesures adéquates avant une date donnée, s'ajoute une obligation de bonne foi, au terme de laquelle dès la notification de la directive aux Etats, ces derniers doivent, pendant le délai de transposition, prendre les mesures nécessaires pour assurer que le résultat prescrit par la directive soit atteint et corrélativement « *s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive* » : CJUE 18 décembre 1997, arrêt Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région wallonne, aff.C-129/96, §45 ; CJUE GC 22 novembre 2005, arrêt Mangold, *op. cit.*, §67. V. RIGAUX Anne. « Invocabilité avant expiration du délai de transposition ». *Europe* n°3, 2008, n°3, comm. 74.

⁴⁵⁷ V. par exemple CJUE 3 mars 2011, arrêt Commission c/ Irlande, *op. cit.*, §47 ; CJUE 10 mai 2007, arrêt Commission c/ Autriche, *op. cit.*, §79.



130. En outre, la directive d'interprétation conforme possède une invocabilité qui s'est imposée comme l'aînée des formes d'invocabilité. Il convient de souligner que, si la directive d'interprétation conforme permet d'accroître la portée des normes de l'Union, elle permet, lorsque l'Etat en fait usage, d'échapper en grande partie à sa responsabilité. En effet, l'absence ou la transposition incorrecte de la directive en droit interne constitue en droit une violation du droit de l'Union, engage la responsabilité de l'Etat membre et ouvre un droit à réparation en faveur des particuliers lésés⁴⁵⁸. Cette solution s'impose par principe dès la fin du délai de transposition de la directive et dès lors que les juridictions nationales estiment qu'une interprétation du droit national conformément au droit de l'Union n'est pas possible. Elle démontre que, si la directive d'interprétation conforme s'insère dans une « *justiciabilité minimale* », elle est la première forme d'invocabilité qui doit être sollicitée, avant l'invocabilité d'exclusion⁴⁵⁹ et avant l'invocabilité de réparation, cette dernière constituant le dernier moyen. En revanche, l'interprétation conforme est un remède ponctuel. En effet, selon une jurisprudence constante de la CJUE, l'« *interprétation conforme des dispositions de droit interne ne peut, à elle seule, présenter la clarté et la précision requise pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique* »⁴⁶⁰. Ainsi, malgré la présence d'une interprétation conforme au droit de l'Union, l'Etat est susceptible d'engager sa responsabilité, à l'occasion d'une action en manquement, en raison de l'activité du législateur.

⁴⁵⁸ CJUE 19 novembre 1991, arrêt Francovich e.a. c/ République italienne, aff.C-6/90 ; CJUE 8 octobre 1996, arrêt Erich Dillenkofer e.a. c/ Bundesrepublik Deutschland, aff.C-178-94, C-179/94, C-188/94 à C-190/94, dispositif. Voir plus récemment CJUE 18 janvier 2001, arrêt Svenska staten c/ Stockholm Lindöpark AB, aff.C-150/99, §36; CJUE 28 juin 2001, arrêt Gervais Larys c/ Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, aff.C-118/00, §34 ; CJUE 30 septembre 2003, arrêt Gerhard Köbler c/ Autriche, aff.C-224/01, §30; CJUE GC, 24 mars 2009, arrêt Danske Slagterier c/ Bundesrepublik Deutschland, aff.C-445/06, §19. Cette responsabilité de l'Etat, qui doit être recherchée devant les juridictions de l'ordre administratif : TC 31 mars 2008, n°C3631. Elle a été reconnue par le Conseil d'Etat en 1992 : CE Ass. 28 février 1992, arrêt Société Arizona Tobaccos Products et S.A. Philipp Morris France, pourvoi n°87753.

⁴⁵⁹ Concernant l'invocabilité d'exclusion, V. notamment CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez, *op. cit.*, §23 : « *D'emblée, il y a lieu de relever que la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible* ». SIMON Denys. « Obligation du juge national ». *Op. cit.* Confirmation par CJUE 24 mai 2012, arrêt Amia SpA, *op. cit.*, §27. Sur l'ordre d'utilisation des formes d'invocabilité, l'invocabilité d'interprétation conforme d'abord, l'invocabilité d'exclusion ensuite : ISAAC Guy, BLANQUET Marc. *Droit général de l'Union européenne*. Paris, Dalloz Sirey, 2012 10^{ème} éd., 560p. Spéc. p.404 ; SIMON Denys. « Interprétation conforme ». *Op. cit.*

⁴⁶⁰ V. notamment CJUE 10 mai 2007, arrêt Commission c/ Autriche, *op. cit.*, §79, et la jurisprudence citée.

131. Enfin, il convient de constater que la directive d'interprétation conforme est aujourd'hui préférée à la recherche d'effet direct des règles de l'Union. Si, dès l'arrêt *Van Duyn* de 1974, la Cour de justice a indiqué que les directives, pouvaient produire des « *effets analogues* » aux règlements⁴⁶¹, au nom de l'« *effet utile* » de la directive⁴⁶², et malgré une application constante⁴⁶³, cette applicabilité directe n'en est pas moins limitée à un effet vertical⁴⁶⁴. L'utilisation de la directive d'interprétation conforme semble, dans un premier temps, avoir ajouté une nouvelle exception à l'absence d'effet direct de la directive⁴⁶⁵. Toutefois, la Cour, dans l'exercice de la procédure de question préjudicielle, présente désormais l'utilisation de cette technique comme un préalable à la recherche d'un effet direct au bénéfice de la disposition litigieuse de la directive⁴⁶⁶. Cette formulation n'est pas de

⁴⁶¹ CJUE 4 décembre 1974, arrêt *Van Duyn*. *Op. cit.*, §12.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ Voir notamment CJUE 19 janvier 1982, *Becker*, *op. cit.*, §25; CJUE 4 décembre 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, aff.C-71/85, § 13; CJUE 24 mars 1987, *Mc Dermott et Cotter*, aff.C-286/85, §11; CJUE 17 octobre 1989, *Commune di Carpaneto Piacentino*, aff.C-231/87, §30; CJUE 22 février 1990, *Busseni*, aff.C-221/88, §22 ; CJUE 12 juillet 1990, *Foster*, *op. cit.*, §16; CJUE 19 novembre 1991, *Francovich*. *Op. cit.*, §11; CJUE 23 février 1994, arrêt *Comitato di coordinamento per la difesa della cava e.a.*, aff.C-236/92, §8 ; CJUE 2 décembre 1997, arrêt *Fantask A/S e.a.*, aff.C-188/95, §53 ; CJUE 4 décembre 1997, arrêt *Helmut Kampelmann e.a.*, *op. cit.*, §37 ; CJUE 24 septembre 1998, arrêt *Walter Tögel*, aff.C-76/97, §42; CJUE, 9 février 1999, arrêt *Regina*, aff.C-167/97, §39 ; CJUE 10 avril 2003, arrêt *Joachim Steffensen*, aff.C-276/01, §38 ; CJUE 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, §98; CJUE 29 avril 2004, arrêt *Ingeborg Beuttenmüller*, aff.C-102/02, §54 ; CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt *Pfeiffer e.a.*, *op. cit.*, §103; CJUE 15 avril 2008, arrêt *Impact*, aff.C-268/06, §57 ; CJUE 25 juillet 2008, arrêt *Dieter Janecek*, aff.C-237/07, §36 ; CJUE 12 février 2009, arrêt *Belgische Staat*, aff.C-138/07, §58 ; CJUE 12 mai 2011, arrêt *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, *op. cit.*, §54 ; CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt *Dominguez*, *op. cit.*, §33 ; CJUE 24 mai 2012, arrêt *Amia*, *op. cit.*, §33 ; CJUE 11 avril 2013, arrêt *Rusedespred*, *op. cit.*, §40.

⁴⁶⁴ Ainsi, la CJUE a eu l'occasion récemment de rappeler que « *la directive (...) ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre* » : CJUE 11 septembre 2014, arrêt *Papasavvas e.a.*, *op. cit.*, §57. Arrêt de principe : CJUE 26 février 1986, arrêt *Marshall*, *op. cit.*, §48.

⁴⁶⁵ Dans l'arrêt *Adeneler*, la Cour rappelle que la directive d'interprétation conforme « *a été imposée notamment en cas d'absence d'effet direct d'une disposition d'une directive, (...) la disposition pertinente [n'étant] pas suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour produire un tel effet* » : CJUE GC 4 juillet 2006, arrêt *Adeneler e.a.*, *op. cit.*, §113.

⁴⁶⁶ CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt *Dominguez*, *op. cit.*, §22 sq., partic. §32 : « *Pour le cas où une telle interprétation [conforme] ne serait pas possible, il convient d'examiner si l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 produit un effet direct et, le cas échéant, si M^{me} Dominguez peut s'en prévaloir à l'encontre des parties défenderesses au principal, en particulier de son employeur (...) au vu de la nature juridique de ces*

nature à remettre en cause l'explication de la directive d'interprétation conforme comme remède à l'effet direct. Au contraire, elle démontre que les conditions d'exercice de cette technique sont dorénavant plus aisées que la recherche des conditions d'un éventuel effet direct au bénéfice de normes de l'Union qui en sont par principe dépourvues. Par conséquent, d'une solution ponctuelle à l'absence d'effet direct des directives de l'Union, la directive d'interprétation conforme est devenue une solution privilégiée à l'égard des effets dont elle avait pour objet de remédier. Cette solution traduit la volonté de la Cour de « rompre avec le rapport conflictuel entre les normes pour favoriser celui de leur conciliation »⁴⁶⁷. Par conséquent, la directive d'interprétation conforme est devenue une forme d'invocabilité, disposant d'un champ plus large que l'effet direct et utilisée préalablement aux autres formes d'invocabilité.

B - Portée impérative de la directive d'interprétation conforme

132. Prétendre qu'une directive d'interprétation possède une portée impérative relève *a priori* du non-sens. Il ne s'agit pas de relever que les directives d'interprétation du contrat constituent rarement un ensemble de règles homogènes qui ne se contredisent pas⁴⁶⁸. En réalité, de manière fondamentale, une directive d'interprétation du contrat ne pourrait se prévaloir que d'une portée supplétive⁴⁶⁹, parce que les parties ont toujours la possibilité de stipuler autrement, à la condition d'avoir stipulé clairement⁴⁷⁰. Si cette caractéristique semble

dernières. ». Confirmation par CJUE 24 mai 2012, arrêt *Amia*, *op. cit.* ; BOUHIER Vincent. « La généralisation du caractère préalable de l'obligation d'interprétation conforme ». *RAE* 2012, n°2, p.433-441.

⁴⁶⁷ BOUHIER Vincent. « Interprétation conforme en droit de l'Union et réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel: regards croisés ». *Constitutions*, 2013, p.195.

⁴⁶⁸ En effet, l'absence de caractère impératif reconnu à une règle interprétative constitue une cause autant qu'un effet de l'absence de hiérarchie dans les listes de directives d'interprétation.

⁴⁶⁹ Sur cette problématique, V. dernièrement GRIMALDI Cyril. « La valeur normative des directives d'interprétation ». *RDC* 2015, n°1. p.154-158.

⁴⁷⁰ V. notamment la définition du Doyen CORNU selon laquelle la loi supplétive est « une loi applicable dans le silence des parties, c'est-à-dire, en l'absence d'un choix volontaire différent de leur part, fonction de suppléance qui manifeste la valeur éminente du modèle proposé à défaut de volonté contraire ». « Supplétif, *ive* », sens 2 : CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique. Op. cit.* V. également : les directives comprises dans les articles 1156 à 1164 du Code civil « sont, plutôt que de véritables règles de droit (dont la violation donnerait ouverture à cassation), des maximes d'ordre intérieur, des conseils adressés au juge » : CARBONNIER Jean, *Droit civil, vol. II, Les biens, Les obligations*. Paris : PUF, 2004 (Quadrige) n° 1058.

consubstantielle à la problématique de l'interprétation, c'est précisément les conditions de l'interprétation que les cours européennes bouleversent (1). En outre, elles bouleversent les finalités de l'interprétation (2).

1 - Le bouleversement des conditions de l'interprétation

133. Il convient de rappeler que, de manière générale, l'interprétation est l'« *opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur* »⁴⁷¹. Ainsi, l'interprétation des actes juridiques privés par le juge est conditionnée par la mise en évidence d'une « *nécessité interprétative* », qui constitue une question de droit⁴⁷². La configuration du droit français ne s'explique cependant pas uniquement en raison d'une conception épurée de l'interprétation, mais par une application du principe d'autonomie de la volonté. Ainsi, la question de l'interprétation constitue l'enjeu des parties dans la préservation du contenu de l'acte qu'elles ont formé afin de permettre son exécution. L'ambiguïté est jugée au regard de l'acte interprété lui-même, sous le contrôle de la dénaturation. Au contraire, les cours européennes ont fait de l'interprétation un enjeu qui protège les parties, mais qui dépasse l'acte juridique qu'elles ont formé.

134. Devant la CJUE, la condition d'application de la directive d'interprétation conforme en matière de loi applicable au contrat ne tient pas à l'ambiguïté de l'acte de droit interne interprété, mais d'un litige « *dans lequel il apparaît que la réglementation nationale en cause est contraire au droit de l'Union* »⁴⁷³. La Cour ne s'attache pas tant à l'examen des conditions de déclenchement de l'interprétation que dans les conditions et limites de la mise en œuvre de l'interprétation conforme. Ainsi, l'interprétation conforme de la loi applicable au contrat est confrontée à deux limites⁴⁷⁴, rappelées de manière constante par la CJUE⁴⁷⁵. Selon l'une

⁴⁷¹ « *interprétation* », sens 1. CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.*

⁴⁷² V. notamment EGEA Vincent. « L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil ». Colloque en ligne pour le bicentenaire du Code civil, par l'IDEF, Paris, 2004. Disponible sur < <http://www.institut-idef.org/L-interpretation-des-contrats.html> > (consulté le 18/09/2015).

⁴⁷³ V. par exemple CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt Seda Küçükdeveci, *op. cit.*, §45.

⁴⁷⁴ La première limite consiste à indiquer que l'utilisation de la directive d'interprétation conforme ne peut aboutir à un sens qui entrerait en contradiction avec les principes généraux du droit de l'Union, conformément à la hiérarchie des normes.

d'elles, l'utilisation de cette directive ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national, ce que la CJUE a reconnu dans l'arrêt *Pupino*⁴⁷⁶. Concrètement, lorsque le législateur a formé une règle de droit dont le sens est clairement contraire à la norme de l'Union avec laquelle elle entre en conflit, la directive d'interprétation conforme ne peut jouer son rôle de conciliation. Les éléments traditionnels constitutifs de l'interprétation apparaissent saufs.

Il convient toutefois de relever d'une part que la mise en échec de l'invocabilité d'interprétation conforme n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat sous la forme de l'invocabilité de réparation. D'autre part et surtout, la CJUE ne s'en tient pas au texte interprété mais examine son rapport avec les normes de l'Union. En outre, non seulement le texte interprété ne constitue pas l'enjeu central de son raisonnement, mais il peut être écarté au profit d'autres normes du droit interne susceptibles d'être interprétées et de produire un résultat conforme aux normes de l'Union⁴⁷⁷. Par conséquent, la directive d'interprétation conforme n'a pas pour objet de remédier à l'ambiguïté d'un acte juridique mais de permettre à une situation juridique de s'exécuter dans un sens compatible avec le droit de l'Union.

135. La Cour EDH exerce son contrôle européen tant en matière d'interprétation de la loi applicable au contrat que d'interprétation du contrat lui-même⁴⁷⁸. S'il ressort de la règle énoncée par la Cour que les conditions de l'interprétation n'apparaissent pas déterminantes, il convient d'apporter deux nuances. D'abord, la Cour est susceptible, dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, d'analyser si ces conditions n'ont pas constitué un obstacle injustifié à la protection des droits du requérant, conformément à sa jurisprudence *Velcea et Mazare*⁴⁷⁹. Ensuite, à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour a précisé les conditions

⁴⁷⁵ V. notamment CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez. *Op. cit.*, §25 ; CJUE 28 juin 2012, arrêt Caronna, aff.C-7/11, §52 ; CJUE GC 5 septembre 2012, arrêt Lopes Da Silva Jorge, aff.C-42/11, §55 ; CJUE GC 15 janvier 2014, arrêt AMS, *op. cit.*, §39 ; CJUE 27 février 2014, arrêt OSA, *op. cit.*, §45.

⁴⁷⁶ CJUE GC 16 juin 2005, arrêt Pupino, *op. cit.*, §47.

⁴⁷⁷ Les termes de la Cour sont les suivants : « *Ce principe requiert néanmoins que la juridiction nationale prenne en considération, le cas échéant, l'ensemble du droit national pour apprécier dans quelle mesure celui-ci peut recevoir une application telle qu'il n'aboutit pas à un résultat contraire à celui visé par la décision-cadre* » : *Ibid.*

⁴⁷⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §59.

⁴⁷⁹ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt Velcea et Mazare, *op. cit.*, §129 sq.

de l'interprétation des actes juridiques privés, en énonçant que « *toute interprétation, si tant est qu'elle était nécessaire, doit rechercher quelle était la volonté du de cujus ainsi que l'effet utile du testament, (...) sans oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour* »⁴⁸⁰. Cette rédaction mêle les circonstances de l'espèce aux enseignements plus généraux qu'il est permis de retirer de cet arrêt de principe. Elle laisse le lecteur hésitant sur le point de décider si la Cour considère que le testament ne devait pas être interprété ou s'il revenait au juge de conférer, en toute circonstance, un sens conforme à la Convention EDH. Cela revient à se demander – comme la CJUE – si la directive d'interprétation conforme s'impose dès lors qu'une contradiction apparaît entre un acte juridique et un droit protégé par les textes européens.

S'agissant de l'interprétation de la loi applicable au contrat, il convient de constater que la Cour EDH n'a pas érigé l'interprétation *contra legem* comme un obstacle à la directive d'interprétation conforme. Au contraire, il y a lieu de penser que la Cour commande une mise en balance des intérêts dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité privatisée et que la directive d'interprétation conforme s'articule avec la lutte de Cour EDH contre l'interprétation mécanique des normes⁴⁸¹. A la différence de la CJUE, la Cour EDH ne recherche pas systématiquement une conciliation en utilisant l'ensemble des normes du droit interne⁴⁸², mais n'analyse pas le conflit de normes sous l'angle d'une interprétation *contra legem*, sinon en qualifiant l'interprétation de « *trop restrictive* » ou pas⁴⁸³. Puisque la Cour EDH estime qu'il convient, sous certaines conditions, de faire échec à l'application d'une disposition légale claire en utilisant les mécanismes de l'interprétation, il faut en conclure que le critère de l'ambiguïté ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'opération d'interprétation. Cette même solution semble s'imposer en matière d'interprétation du contrat, la directive d'interprétation conforme s'articulant avec la lutte contre l'interprétation mécanique, de sorte qu'en toute hypothèse la stipulation doit recevoir un sens conforme à la Convention EDH.

⁴⁸⁰ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §62.

⁴⁸¹ V. *infra*, §262 sq.

⁴⁸² CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt Velcea et Mazare, *op. cit.*, §131.

⁴⁸³ *Ibid.*



S'agissant de l'interprétation de l'acte juridique privé, il est possible d'attribuer deux volontés à la Cour EDH au travers de l'incise « *si tant est qu'elle [l'interprétation ndlr] était nécessaire* »⁴⁸⁴. Ainsi, il est possible de considérer que la Cour EDH formule le reproche aux juridictions andorranes d'avoir attribué à la volonté du *de cuius* leur interprétation du testament. Mais il est également possible de considérer que la Cour EDH indique par cette incise qu'elle n'a pas compétence pour opérer un contrôle de dénaturation de l'interprétation, c'est-à-dire pour vérifier si l'acte était clair ou ambigu.

136. Des raisonnements respectifs de la Cour de Luxembourg et de la Cour de Strasbourg, il faut considérer que, dès lors qu'une norme de droit interne entre en contradiction avec une norme du droit européen, la directive d'interprétation conforme peut produire ses effets. Il résulte de ce raisonnement que la condition de « *nécessité interprétative* » ne constitue pas un problème de droit étudié par les cours européennes. En revanche, la directive d'interprétation conforme possède d'autres exigences, qui pèsent sur les juges et bouleversent les finalités de l'interprétation.

2 - Le bouleversement des finalités de l'interprétation

137. Alors que l'interprétation a pour finalité, en droit français, de rendre au texte interprété la clarté qui lui fait défaut, sans modifier le contenu contractuel, la directive d'interprétation conforme a pour finalité de conférer au texte interprété un contenu conforme au droit européen. Ce résultat est contrôlé et sanctionné par les cours européennes, même si les parties en avaient disposé ou stipulé autrement⁴⁸⁵. Dès lors, il n'est plus permis de qualifier la portée de la directive d'interprétation conforme de « *supplétive* » mais bien d'« *impérative* ».

138. Cette modification des finalités de l'interprétation doit néanmoins être approfondie afin de déterminer les liens entre les parties à l'acte juridique et le juge. Une citation sibylline de la Cour EDH dans l'arrêt *Pla et Puncernau* retient à ce titre l'attention : on « *ne peut pas*

⁴⁸⁴ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

⁴⁸⁵ Il convient de réserver le cas, devant la CJUE, de l'Etat qui peut disposer autrement que le droit de l'Union et faire obstacle à la directive d'interprétation conforme, mais qui engage toutefois sa responsabilité.



présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit »⁴⁸⁶. Formulée sous l'apparence de l'évidence, cette citation illustre à elle seule le bouleversement opéré par la Cour en matière d'interprétation.

Il convient d'abord d'indiquer que, à la lecture de l'arrêt, cette citation ne peut être rattachée fermement à aucune source. Il semble toutefois qu'elle puise ses racines dans les sources romaines, plus précisément le jurisconsulte PAPINIEN⁴⁸⁷. Si la citation a obtenu les faveurs de la Cour EDH dans un paragraphe de principe, cette règle a vocation à s'appliquer au testament. Elle a été utilisée par les juridictions de l'Ancien régime⁴⁸⁸, et commentée par les auteurs jusqu'après la Révolution⁴⁸⁹. La formulation du droit romain a été légèrement remaniée et ses silences commentés, de sorte que deux axiomes en ressortent. D'une part, le testateur a pu penser quelque chose de plus que ce qu'il a écrit ou il en avait moins écrit qu'il n'en avait pensé⁴⁹⁰. D'autre part, il est en revanche inconcevable que le testateur ait moins voulu et pensé que ce qu'il a écrit ou qu'il n'ait pas voulu ce qu'il a écrit⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §62.

⁴⁸⁷ Le cas auquel le jurisconsulte PAPINIEN avait été confronté et qui est repris dans le Digeste est le suivant : un aïeul avait institué pour héritiers son fils ainsi qu'un petit-fils d'un fils prédécédé. Il avait chargé ce petit-fils, par fidéicommiss, de remettre à son oncle sa part dans la succession s'il venait à décéder avant l'âge de trente ans. Cette situation se produisit mais le petit-fils était décédé en laissant lui-même des enfants. Selon Papinien, en considération de la piété paternelle, la condition sous laquelle le fidéicommiss avait été fait à l'oncle était réputée ne pas s'être réalisée, de telle sorte que, même si le testament ne parlait pas du cas où le petit-fils mourrait en laissant des enfants, on devait croire que le testateur les avait eus en vue, et qu'il en avait moins écrit qu'il n'en avait pensé : *Digeste* 35.1.102 Papinianus 9 resp.

⁴⁸⁸ V. par exemple JAMET DE LA GUESSIERE François. *Journal des principales audiences du Parlement*. vol. 4. Paris : 1685. 946 p., spéc. p. 139 sq. ; JAMET DE LA GUESSIERE François. *Journal du Palais ou Recueil des principales décisions de tous les parlemens et cours souveraines de France*. vol.2. Paris : 1701. 1013 p., spéc. p.357 sq.

⁴⁸⁹ V. notamment DOMAT Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel : le droit public et « Legum delectus »*. vol.1. Paris : Nyon aîné, 1777, spéc. seconde partie p.28 ; MERLIN Philippe Antoine. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. vol. 17 (5^{ème} éd.). Bruxelles : Tarlier, 1827. 806 p., spéc. p.273 sq. ; POTHIER Robert-Joseph. *Œuvres contenant les traités du droit français*. Vol. 5. Bruxelles : Tarlier, 1831. 538 p., spéc. p.108 sq. ; V. également D'HERICOURT DU VATIER Louis. *Œuvres posthumes*. vol. 3 contenant la suite de ses mémoires sur des questions de droit civil. Paris : 1759. 776 p., spéc. p.509 sq. ; ARNAUD Antoine. *Œuvres*. vol.37 contenant la suite de la sixième classe puis le nombre VII jusqu'à la fin. Paris : 1780. 794p. Spéc. p.338 sq. ;

⁴⁹⁰ Cet axiome est présenté sous la forme latine *plus dictum minus scriptum*. C'est, en substance, la reprise de la règle de PAPINIEN.

⁴⁹¹ Cet axiome est présenté sous la forme latine *minus dictum plus scriptum*. Il s'agit d'une règle dégagée à partir du texte de PAPINIEN.

139. Lorsque la Cour EDH affirme qu'on « *ne peut présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit* »⁴⁹², elle contredit les règles précédemment évoquées, lesquelles affirment que le testateur a pu vouloir davantage qu'il n'a été écrit. L'analyse de différents critères permettent de se convaincre que ces règles ne sont en réalité qu'une autorité légitimant la solution de la Cour.

Ainsi, au travers de ces règles, les auteurs tentent de surmonter deux obstacles : la première consiste à constater la difficulté, en matière successorale, de prévoir pour l'avenir ; la seconde consiste, en matière d'écrit, à prendre en considération les imperfections du langage, et en particulier celles du rédacteur. En comparaison, la citation contenue dans l'arrêt *Pla et Puncernau* s'apparente à une réécriture de la première règle, mais sans partager les mêmes contraintes⁴⁹³.

Les utilisateurs des règles issues du droit romain ont apporté un certain nombre de conséquences. Notamment, il serait possible de suppléer ce qui manque dans la clause du testament, et ainsi étendre la signification des mots, mais on ne pourrait jamais la restreindre, c'est-à-dire retrancher des termes inscrits dans le testament⁴⁹⁴. Sur ce point également, l'arrêt *Pla et Puncernau* est en désaccord, puisqu'il décide que le fait pour le juge d'avoir suppléé l'expression du testateur s'analyse en réalité comme une exclusion judiciaire⁴⁹⁵.

Enfin, dès l'origine, la règle du droit romain s'appuie sur une justification liée à la piété paternelle. De telles considérations apparaissent également dans les écrits ultérieurs, sans toujours convaincre. Par exemple, la grande chambre du Parlement de Paris a eu à interpréter en 1680 un testament rédigé en 1627 et prévoyant une clause de substitution, dans l'hypothèse où l'héritier désigné – fils aîné de la testatrice – viendrait à décéder sans enfants légitimes⁴⁹⁶. Or, l'évènement se produisit alors que l'héritier avait conçu une fille, qui se vit contester l'héritage, ses contradicteurs estimant que la clause renvoyait en réalité aux

⁴⁹² CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

⁴⁹³ En effet, les actions de dire et d'écrire disparaissent au bénéfice de la première action seule.

⁴⁹⁴ JAMET DE LA GUESSIERE François. *Journal des principales audiences du Parlement*. *Op. cit.*, p.141.

⁴⁹⁵ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §60.

⁴⁹⁶ JAMET DE LA GUESSIERE François. *Journal des principales audiences du Parlement*. *Op. cit.*

seuls enfants de sexe masculin. Au soutien de la solution de la Cour qui rejeta cette prétention, le commentateur indique qu'en matière d'interprétation des clauses de substitution, il est seulement permis d'agir en faveur des enfants et non contre, en raison de la piété maternelle⁴⁹⁷. Un autre exemple, concernant la maison d'Egmont et se prévalant également de la règle de PAPINIEN, justifie une solution qui apparaît contraire⁴⁹⁸. En l'espèce, le testament avait été rédigé alors que l'un des trois fils qu'aura le testateur n'était pas encore né, de sorte que celui-ci avait indiqué que ses filles et leurs descendants seraient institués immédiatement après les deux fils nommément désignés et leurs descendants. A l'ouverture de la succession, le troisième fils et les filles du testateur s'opposaient. Or, c'est par des références semblables aux précédentes que la solution au bénéfice du fils est soutenue⁴⁹⁹. Ainsi, il apparaît que la citation présente dans l'arrêt *Pla et Puncernau* répond à d'autres considérations.

140. En réalité, ce ne sont pas les tourments du testateur qui préoccupent la Cour EDH, mais ceux du juge qui a la responsabilité de conférer un sens à l'acte juridique. L'interprétation judiciaire du testament est particulière dans la mesure où elle ne permet pas d'interroger son auteur. Les règles du droit romain permettent, sous couvert de sentiments naturels ou attribués à un testateur de référence, de justifier la solution du juge. A cette interprétation – qui marque les excès de l'interprétation du contrat conformément au principe d'autonomie de la volonté – la Cour marque sa préférence pour une interprétation subjective limitée à ce que le juge est certain de connaître. Au-delà, c'est le règne de l'interprétation objective, et plus précisément de l'interprétation conforme⁵⁰⁰.

Par conséquent, cette mystérieuse citation de la Cour EDH a pour principal objet – loin de ses sources originales – de rappeler que l'interprétation constitue une opération qui engage la responsabilité du juge et qui ne peut avoir pour seule mission de rendre au texte

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ D'HERICOURT DU VATIER Louis. *Œuvres posthumes. Op. cit.*

⁴⁹⁹ Selon l'auteur, « *c'est un sentiment naturel aux personnes qui portent un nom aussi illustre que celui d'Egmont, et qui possèdent des Seigneuries aussi considérables que celle que possédaient le Testateur, de conserver leurs biens à tous leurs descendants mâles préférablement aux filles* », *ibid.*, p.510.

⁵⁰⁰ Il convient de rappeler que, même si le juge parvenait, en référence à ses auteurs, à établir un sens à l'acte juridique privé, il devrait mettre tous les moyens en œuvre pour lui conférer un sens conforme aux textes européens

des parties la clarté qu'elles ont failli à lui conférer. Il est permis de porter un regard sévère à la forme utilisée par la Cour EDH. La recherche de directives d'interprétation dans le domaine testamentaire l'a en effet emportée vers des directives-conseils proposées au juge et qu'elle tente par cet arrêt de supplanter. En outre, en se prévalant de règles préexistantes, elle offre l'image d'un arrêt qui poursuit un mouvement, alors qu'il marque une rupture fondamentale. Aussi faut-il plus sûrement voir dans cette citation une tentative manquée d'ériger une règle selon laquelle la directive d'interprétation est d'essence objective, vaut pour tous les actes juridiques, possède une portée impérative et engage par conséquent la responsabilité du juge.



Conclusion Chapitre 1

141. La directive d'interprétation conforme contribue à une description normativiste et *réaliste* du droit. En effet, elle permet de lier les normes entre elles en exigeant que le contenu de la norme inférieure soit conforme à celui de la norme supérieure. Les principes de prééminence du droit et de primauté du droit de l'Union, fidèles à la culture juridique européenne, se présentent d'abord comme une grille de lecture du droit. Ainsi, ils permettent une meilleure articulation des systèmes juridiques, qui peut aller jusqu'à la recherche d'une intégration toujours plus poussée. La Cour EDH et la CJUE n'hésitent pas à se l'appliquer à elles-mêmes. En retour, elles en font un instrument de supériorité de leur système juridique sur les systèmes juridiques nationaux. Il est révélateur que, pour de tels principes, l'une en ait tôt appelée les gouvernements signataires à leur « *attachement sincère* » au principe⁵⁰¹ ; tandis que l'autre ait vu ses efforts récompensés par une consécration tardive dans le Traité de Lisbonne.

142. La directive d'interprétation conforme qui est issue de ces principes constitue l'instrument de cette supériorité. Elle permet une meilleure diffusion des principes défendus par les systèmes juridiques européens. Elle permet une meilleure application – invocabilité – des normes de droit européen dans les systèmes juridiques nationaux. Elle permet de pallier les insuffisances du législateur en faisant reposer plus globalement la responsabilité de l'articulation des normes sur l'ensemble des autorités étatiques, et notamment sur le juge. De normativiste, la description devient *réaliste*. La confrontation pour la supériorité du droit dont chaque juge est l'interprète devient la problématique du sens des normes, jusqu'aux actes juridiques privés.

Dans ce registre, la CJUE se heurte d'abord aux obstacles du droit de l'Union, qui a consacré une portée moindre à certaines normes comme la directive, de sorte qu'il lui est à présent difficile de les utiliser pour imposer un sens aux actes juridiques privés. Elle se heurte également aux juges constitutionnels nationaux, qui ont perçu dans le rapprochement du droit de l'Union des actes formés par les parties privées une atteinte aux valeurs nationales, et qui ont ressenti le risque de perte d'une part de souveraineté : la détermination du sens des actes juridiques privés.

⁵⁰¹ CEDH AP, 21 février 1975, arrêt Golder contre Royaume-Uni. Op. cit., §34.

La Cour EDH s'est contentée de déclarer que, juge des droits de l'Homme contre l'arbitraire des Etats, notamment des juges, elle avait davantage de raisons encore de contrôler l'interprétation des actes juridiques privés qu'elle n'en avait pour contrôler les lois. Pareille solution a pu laisser la Cour de cassation française d'autant plus démunie qu'elle a décidé elle-même de ne pas procéder à un tel contrôle, malgré une conscience du risque encouru. Or, là où la Cour de cassation est en difficulté, la Cour EDH s'avère décomplexée : rempart contre l'arbitraire par l'interprétation-contrôle, juge de l'équilibre contractuel par l'interprétation-création, elle ne se dissimule par derrière la commune intention des parties mais engage la responsabilité des Etats en raison de l'activité interprétative de leurs juges. De directive, l'interprétation conforme devient obligation.



143. Les cours de Strasbourg et de Luxembourg opèrent, selon des procédures différentes, un contrôle des normes internes (Section II). Par conséquent, elles peuvent ériger la directive d'interprétation conforme au rang d'obligation. Cela signifie que cette directive dispose d'une portée impérative, son non-respect emportant la responsabilité de l'Etat en raison de l'activité de ses juridictions. Pour connaître dans quelle mesure l'Etat engage sa responsabilité, il convient de préciser le contenu de l'obligation (Section I).



Section 1 - Le contenu de l'obligation d'interprétation conforme

144. L'obligation d'interprétation conforme peut se décrire comme une obligation positive à la charge de l'Etat (§1), ainsi que comme une obligation de moyens renforcée (§2).

§ 1 - Une obligation positive

145. Tant la Cour EDH (A) que la CJUE (B) décrivent, à défaut de le proclamer, l'obligation d'interprétation conforme comme une obligation positive.

A - L'obligation d'interprétation conforme, une obligation positive dans la jurisprudence de la Cour EDH

146. La Convention EDH a principalement pour objet de prémunir les personnes contre des ingérences commises par les Etats dans leurs droits et libertés fondamentaux. Aussi la Convention comprend-elle essentiellement des obligations négatives mises à la charge des Etats⁵⁰². La Cour EDH, par ses pouvoirs d'interprétation⁵⁰³, a dégagé sur le fondement des articles existant des obligations positives que doivent à présent supporter les Etats⁵⁰⁴. Elle a indiqué que « *la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat ne se prêtent pas à une définition précise* »⁵⁰⁵, ce que confirme la doctrine⁵⁰⁶. Après des années d'une jurisprudence toujours plus riche, la Cour, influencée par la Cour

⁵⁰² Voir en particulier TEITGEN Pierre-Henri. *In* Conseil de l'Europe. Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme. La Haye, 1977, vol.1.

⁵⁰³ La théorie des obligations positives appartient ainsi à la catégorie des concepts amplificateurs : MARGUENAUD Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme. Op. cit.*, p.49-52.

⁵⁰⁴ Evidemment, cette compétence que s'arroge la Cour n'a pas manqué de poser la question de sa légitimité. V. par exemple, VAN DIJK P. *Positive Obligations in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the «Masters» of the Convention?*. *In* Castermans-Holleman M., Van Hoof F. et Smith J. (dir.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century. Essays in honour of P. Baehr*, p.17 sq.

⁵⁰⁵ CEDH 16 février 1996, arrêt Gül c/ Suisse, req. n°23218/94, §38.

⁵⁰⁶ MADELAINE Colombine, SUDRE Frédéric (dir.). *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier I, 2012. Paris : Dalloz, 2014, 673p. (Nouvelle bibliothèque de thèses).



interaméricaine des Droits de l'Homme⁵⁰⁷, tend à fonder la découverte des obligations positives sur le fondement de l'article 1^{er} de la Convention, combiné avec l'article pertinent dans lequel s'inscrit cette obligation⁵⁰⁸.

147. La Cour a fait usage des obligations positives dès 1968 dans les relations verticales⁵⁰⁹ et dès 1981 dans les relations horizontales⁵¹⁰. Toutefois, la Cour EDH n'a pas donné de définition des obligations positives⁵¹¹ tout comme elle s'est refusée à toute théorisation⁵¹², se contentant d'indiquer que, pour décider s'il existe une obligation positive, elle doit prendre en compte le juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts

⁵⁰⁷ Voir notamment la référence dans l'arrêt CEDH GC 18 septembre 2009, arrêt Varnava e.a. c/ Turquie, req. n°16064/90, §93 sq.

⁵⁰⁸ CEDH 28 septembre 2001, arrêt Vgt Verein Gegen Tierfabriken contre Suisse (articles 1 et 10 combinés), req. n°24699/94 ; CEDH GC 21 novembre 2001, arrêt Al-Adsani c/ Royaume-Uni. *Op. cit.*, §37 et s (à propos des articles 1 et 3) ; CEDH GC 22 juin 2004, arrêt Broniowski c/ Pologne. *Op. cit.*, §148 (articles 1 et 1 du Protocole n°1 additionnel à la Convention) ; CEDH GC 20 décembre 2004, arrêt Makaratzis c/ Grèce. *Op. cit.*, §73 articles 1 et 2 combinés). A noter, l'arrêt CEDH 8 juillet 2004, arrêt Ilaşcu e.a. c/ Moldova et Russie, req. n°48787/99, §331 sq., où l'article 1 est employé seul mais l'appréciation de son respect est renvoyé à l'examen de chacun des griefs. Sur cette problématique, V. en particulier Béatrice Moutel. *Op. cit.*, §95 sq.

⁵⁰⁹ CEDH AP 23 juillet 1968, arrêt affaire Linguistique belge c/ Belgique, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

⁵¹⁰ CEDH AP 13 août 1981, arrêt Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, req. n°7601-76 et 7806/77.

⁵¹¹ Elle indique parfois qu'une obligation positive consiste à « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu » ou à « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent [dans la Convention EDH] » : CEDH 9 décembre 1994, arrêt López-Ostra c/ Espagne, req. n°16798/90, §51 ; CEDH 2 novembre 2006, arrêt Giacomelli c/ Italie, req. n°59909/00, §78 ; CEDH 28 juin 2007, arrêt Wagner et JMWL c/Luxembourg, req. n°76240/01, §123 ; CEDH 13 décembre 2007, arrêt Emonet e.a. c/ Suisse, req. n°39051/03, §67 ; CEDH 3 juillet 2012, arrêt Martínez Martínez et Pino Manzano c/ Espagne, req. n°61654/08, §42 ; CEDH 4 octobre 2012, arrêt Harroudj c/ France, req. n°43631/09, §43.

⁵¹² Toutefois, la doctrine a parfois classé les différentes obligations positives dégagées par la Cour en différentes catégories V. par exemple SUDRE Frédéric : Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p.364 ; SPIELMANN Dean. *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention EDH*. Bruxelles : Bruylant, 1998 (Droit et justice) p.133. Par exemple, le Professeur DROOGHENBROECK distingue trois catégories d'obligations positives. Dans la deuxième catégorie, l'auteur regroupe les obligations qui ont pour objet « d'imposer à l'Etat de prévenir, par des moyens adéquats – cadre législatif, actes administratifs ou juridictionnels –, les atteintes aux droits garantis susceptibles de survenir dans les rapports interindividuels » : VAN DROOGHENBROECK Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 2001, §174.



individuels⁵¹³. Il s'agit d'obligations de faire mises à la charge des Etats afin de permettre la réalisation des dispositions de la Convention EDH telle qu'interprétée par la Cour. L'obligation d'interprétation conforme, qui impose au juge une obligation de faire, plus précisément d'interpréter son droit conformément au droit issu de la Convention EDH, est susceptible de constituer une obligation positive. Il convient de distinguer suivant que l'interprétation porte sur une disposition législative ou sur une stipulation contractuelle ou, d'une autre manière, si elle porte sur la loi applicable au contrat (1) ou sur le contrat lui-même (2).

1 - La portée de l'obligation d'interprétation conforme de la loi applicable au contrat

148. La Cour EDH ne s'est pas prononcée de manière claire sur l'existence d'une obligation positive contraignant les Etats par la voix de leurs autorités juridictionnelles à interpréter le droit national de manière conforme à la Cour EDH. Il pourrait sembler de prime abord logique de consacrer une telle obligation positive. D'abord, le principe de prééminence du droit qui en est le soutien « *comporte un grand potentiel, notamment dans le cadre du processus de « procéduralisation » des droits substantiels opéré par le biais de la technique des obligations positives* »⁵¹⁴. Ensuite, l'interprétation conforme apparaît dans les arrêts comme la seule solution qui aurait permis à l'Etat de ne pas engager sa responsabilité.

149. Pourtant, un second point de vue est proposé par la Cour EDH. En effet, celle-ci constate, dans les affaires qui lui sont soumises, que les tribunaux nationaux ont interprété le droit interne en consacrant une violation du contenu de la Convention EDH. Cela est valable par exemple dans l'affaire *Velcea et Mazare* dans laquelle « *l'interprétation de la disposition du code civil régissant les causes d'indignité a été trop restrictive, au détriment de la vie familiale du requérant* »⁵¹⁵. De même, dans l'arrêt *Cordova contre Italie*, la Cour EDH reproche à la Cour constitutionnelle d'avoir interprété la Constitution de manière à conférer

⁵¹³ CEDH AP 17 octobre 1986, arrêt *Rees c/ Royaume-Uni*, req. n°9532/81, §37 ; CEDH AP 7 juillet 1989, arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*, req. n°10454/83, §42.

⁵¹⁴ MADELAINE Colombine. *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Op. cit.*

⁵¹⁵ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §131.

une immunité parlementaire trop large⁵¹⁶. Dans l'arrêt *Pérez de Rada Cavanilles*, la Cour conclut que « l'application particulièrement rigoureuse faite par les juridictions internes d'une règle de procédure a privé la requérante du droit d'accès à un tribunal »⁵¹⁷. Dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*, la Cour observe que « le droit interne, tel que l'a interprété la cour d'appel en dernier ressort, légitime donc le traitement dont se plaignent les requérants »⁵¹⁸. Il est tentant d'en conclure que la Cour EDH reproche aux Etats d'avoir agi.

Ainsi, le Professeur SUDRE affirme que « le recours à la théorie des obligations positives n'est plus ici utile, puisque la violation privée résulte, si ce n'est d'une action proprement dite de l'Etat, du fait que le droit interne a légitimé ou favorisé la violation en cause »⁵¹⁹. Juridiquement fondée, cette remarque est assortie du constat d'une frontière très incertaine entre la « *caution de l'Etat* » à un manquement à la Convention EDH au travers d'un acte juridique privé et la théorie des obligations positives⁵²⁰. Surtout, au regard de la conclusion de la Cour EDH dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, si le manquement à la Convention est consommé en raison d'une exclusion judiciaire provoquée par les juridictions nationales, c'est une obligation positive que la Cour consacre.

150. Ainsi, en réalité, c'est bien une omission que la Cour EDH reproche aux tribunaux nationaux : celle de ne pas avoir interprété le droit interne de manière compatible avec le contenu de la Convention EDH. La Cour s'est montrée plus discrète s'agissant des caractéristiques de l'interprétation conforme de la loi applicable au contrat que s'agissant de l'interprétation conforme actes juridiques privés.

Ainsi, l'arrêt *Fabris contre France* est rendu par la Grande chambre de la Cour EDH, dans le sillon tracé par l'arrêt *Pla et Puncernau*, mais en matière d'application de la loi

⁵¹⁶ CEDH 30 janvier 2003, arrêt *Cordova c/ Italie* (n°1), req. n°40877/98.

⁵¹⁷ CEDH 28 octobre 1998, arrêt *Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne*, req. n°28090/95, §49.

⁵¹⁸ CEDH 16 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, *op. cit.*, §34

⁵¹⁹ SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. *Op. cit.*, §166. V. également SUDRE Frédéric (dir.). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris : PUF, 2015, 7ème éd. (Thémis), p.37 : « les « violations privées sont imputables à l'Etat du fait de son action », ou plus exactement, du fait que l'Etat a donné au particulier « les moyens ou un encouragement » pour porter atteinte au droit garanti d'une autre personne » ; *ibid.*, p.104.

⁵²⁰ SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. *Op. cit.* §166. V. également SUDRE Frédéric (dir.). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. *Op. cit.*, p.37.



applicable au contrat⁵²¹. Toutefois, la Cour ne reprend pas la formulation de cet arrêt et préfère conclure sur les règles applicables aux législateurs en matière de dispositions transitoires⁵²².

A l'occasion de l'arrêt *Velcea et Mazare*, la Cour a tout de même reconnu que les deux points de vue étaient possibles⁵²³, tout en considérant qu'elle « *toutefois laisser cette question ouverte* »⁵²⁴, au motif contestable que les principes applicables étaient les mêmes⁵²⁵. Or, en l'espèce, la Cour sanctionne l'ingérence de l'Etat et privilégie par conséquent l'obligation d'abstention de l'Etat plutôt que l'obligation positive, tout en développant un raisonnement propre aux obligations positives⁵²⁶.

⁵²¹ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §57 et 60.

⁵²² *Ibid.*, §72, 74 et 75.

⁵²³ Elle a indiqué en effet que « *l'affaire pourrait être examinée sous l'angle d'une ingérence des tribunaux nationaux dans le respect de la vie familiale du requérant si l'interprétation donnée par eux aux dispositions légales applicables devait être considérée comme méconnaissant l'article 8 de la Convention ou sous l'angle de l'omission des tribunaux, dans des rapports existant entre personnes privées, de respecter leurs obligations positives découlant de l'article 8 et visant l'adoption de mesures efficaces, raisonnables et adéquates pour la protection du droit à la vie familiale du requérant dans l'application desdites dispositions légales* » : CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §127.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ Selon elle, « *que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que le requérant puise dans le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins* » : *ibid.* Pourtant, il apparaît qu'une distinction s'impose, la responsabilité de l'Etat du fait du législateur ou du fait des juges ne comportant pas les mêmes conditions. En outre, comme l'indique le Professeur MARGUENAUD, « *rationnellement, il ne semble pas que le principe de proportionnalité s'applique ici de la même façon* » : MARGUENAUD Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme. Op. cit.*, p.66.

⁵²⁶ Selon la Cour, qu'il s'agisse de sanctionner une ingérence de l'Etat ou une omission, « *il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* » : CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §127. Au contraire, comme le relève le Professeur MARGUENAUD, « *l'objectif légitime que les obligations positives permettent d'atteindre n'est pas, comme d'habitude, l'intérêt général, mais la protection de l'individu* » : *ibid.* Or, tandis que la Cour mentionne « *les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* », par la suite elle « *relève que deux intérêts concurrents se trouvaient confrontés : d'une part, l'intérêt du requérant (...) et, d'autre part, celui de Lucian L (...)* » : CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §128.



151. Pourtant, il résulte des solutions de la Cour que l'interprétation conforme de la loi envers la Convention EDH est imposée, et que les interprétations contraires sont sanctionnées. Il est possible d'esquisser une explication aux réticences de la Cour à mettre en valeur les mécanismes de l'obligation positive : en matière d'interprétation de la loi applicable au contrat, la Cour utilise une formulation qui pose pour principe la subsidiarité de son action, son contrôle de l'interprétation de la loi apparaissant comme l'exception, alors même qu'il est fondé sur le principe de prééminence du droit. Dès lors, un raisonnement que l'on pourrait qualifier de « minimaliste », au nom des obligations négatives, apparaît plus cohérent à la Cour.

Une telle conception possède cependant ses limites et apparaît en contradiction avec celle développée par ailleurs par la Cour en matière d'interprétation. Ainsi, ce n'est pas parce que les juridictions nationales n'auraient pas interprété la loi que l'Etat n'aurait pas engagé sa responsabilité, mais bien parce qu'elles n'ont pas utilisé la directive d'interprétation conforme, analysée comme une obligation positive. En outre, la Cour EDH développe une vision *réaliste* du droit⁵²⁷, selon laquelle ce sont les juges qui, par voie d'interprétation, déterminent le sens des actes juridiques qu'ils manient. Ce n'est par conséquent pas l'acte d'interpréter qui leur est reproché, mais sa mauvaise exécution.

2 - La portée de l'obligation d'interprétation conforme du contrat

152. L'obligation d'interprétation conforme apparaît plus clairement en matière d'interprétation du contrat, au travers de l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*. Pourtant, La Cour y conteste fermement l'existence d'une obligation positive et la doctrine est portée à suivre cette affirmation.

Ainsi, au paragraphe 45 de l'arrêt, la Cour indique que, dans la mesure où les requérants font seulement grief à une décision de justice d'avoir mal interprété le testament, on ne saurait reprocher « *un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale* »⁵²⁸. Pour le Professeur BOULANGER, face à un litige d'ordre purement privé, « *la cour européenne n'avait pas à*

⁵²⁷ V. *supra* §40 sq.

⁵²⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §45.



astreindre l'Andorre à quelque « obligation positive » »⁵²⁹. Pourtant, on sait que la consécration d'une obligation positive est le moyen utilisé par la Cour pour entraîner l'applicabilité de la Convention aux relations entre particuliers. En l'espèce, il est vrai qu'il s'agit d'un effet horizontal « extrême »⁵³⁰ dans la mesure où le requérant revendiquait la protection de la Convention à l'égard, non de la loi, mais d'un acte juridique privé. Par conséquent, on ne peut retenir l'argument selon lequel « il n'y a pas lieu de se référer à la théorie des obligations positives puisque la loi (...) sur l'adoption dispose (...) que l'enfant adopté a les mêmes droits et obligations au sein de la famille adoptive que l'enfant légitime »⁵³¹.

Ce paragraphe 45 apparaît cependant peu clair, dans la mesure où la Cour poursuit en indiquant que « ne demeure donc que la question de la prétendue incompatibilité avec la Convention de l'interprétation du droit interne faite par les juridictions andorranes »⁵³². Cela signifierait que la Cour écarte la possibilité d'une obligation positive en matière d'interprétation.

153. En réalité, la Cour EDH considère cette problématique comme relevant d'une obligation négative. Ainsi, pour le Professeur SUDRE, « en faisant application de l'article 14 (combiné avec l'article 8), la Cour confère à cette disposition un « effet horizontal » et, pour la première fois, admet que le droit à la non-discrimination trouve à s'appliquer dans le cadre de relations interindividuelles ; nul besoin pour ce faire de recourir à la théorie des obligations positives puisque la violation privée alléguée résulte de ce que le droit interne – les décisions judiciaires interprétant la clause testamentaire – l'a légitimée »⁵³³. D'ailleurs, la Cour constate que « pareille interprétation [du testament par le juge national] s'analyse donc en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux »⁵³⁴.

⁵²⁹ François BOULANGER, note sous CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, p.748.

⁵³⁰ ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *Op. cit.*, p.649. V. *supra*, §118 sq.

⁵³¹ POISSON-DROCOURT Elisabeth, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament ». *Op. cit.*, p.1834.

⁵³² CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §45.

⁵³³ SUDRE Frédéric, note sous CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau contre Andorre. *Op. cit.*, p.83.

⁵³⁴ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §60.

Cette démonstration revient à privilégier la conception minimaliste de la Cour dans l'arrêt *Velcea et Mazare* selon laquelle il suffit de constater que l'interprétation opérée par le juge national aboutit à un résultat contraire à la Convention EDH. S'y ajoute l'absence d'intérêt selon la Cour à distinguer strictement ce qui relève des obligations négatives et des obligations positives.

154. Par ailleurs, pour certains auteurs, l'obligation mise à la charge de l'Etat dans l'affaire *Pla et Puncernau* ne peut être classée ni parmi les obligations négatives ni parmi les obligations positives. Ainsi Jean-François AKANDJI-KOMBE⁵³⁵ ou encore Béatrice MOUTEL⁵³⁶, soulèvent cette hypothèse sans la retenir. L'opération d'interprétation opérée par les juridictions doit s'effectuer de manière conforme au droit issu de la Convention EDH, de sorte qu'il s'agit d'une obligation positive⁵³⁷.

Il est possible de trouver une allusion aux obligations positives dans l'arrêt *Pla et Puncernau* lorsque la Cour rappelle les conséquences attachées à l'interprétation évolutive qu'elle opère s'agissant de la Convention EDH. Elle rappelle en effet que « *la Convention (...) a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives* »⁵³⁸. On ne peut s'empêcher de relever la contradiction, au moins apparente, de la Cour entre les paragraphes 45 et 62 de l'arrêt⁵³⁹. En outre, si le raisonnement du juge de Strasbourg était

⁵³⁵ Voir notamment AKANDJI-KOMBE Jean-François. *Op. cit.*, p.10 : « Telles qu'elles sont conçues, les obligations positives s'ajoutent aux obligations négatives. Mais peut-on dire qu'à elles deux elles occupent tout le champ conventionnel? La réponse à cette question devrait être négative si l'on se réfère à l'arrêt *Pla et Puncernau* contre Andorre. Celui-ci donne en effet à penser qu'il y aurait une troisième voie ».

⁵³⁶ Voir notamment MOUTEL Béatrice. *Op. cit.*, §157. L'auteur relève d'abord que « *l'inadéquation de l'interprétation du droit national, au regard du texte européen, serait donc constitutive d'une nouvelle forme de violation de la CEDH, ne correspondant pas à la classification dichotomique des obligations étatiques* », avant d'infirmar cette hypothèse.

⁵³⁷ Jean-François AKANDJI-KOMBE prétend que « *la distinction obligation positive / obligation négative se retrouve à nouveau (...) selon que la violation de la Convention résulte d'une abstention du juge, voire d'un déni de justice, ou d'un acte juridictionnel* ». En réalité, l'hypothèse est celle d'une obligation positive, le doute étant le fait de l'affirmation trompeuse de la Cour. AKANDJI-KOMBE Jean-François. *Op. cit.*, p.11.

⁵³⁸ *Ibid.*, §62.

⁵³⁹ Sur une pareille conclusion, voir Béatrice MOUTEL. *Op. cit.*, §157 : « *Il serait alors possible d'en déduire qu'il n'existe aucune obligation positive d'interpréter le droit interne en conformité avec les exigences conventionnelles, puisqu'en l'espèce le comportement andorran ne relève pas d'un manquement à une obligation positive. Cette première analyse du raisonnement européen ne résiste pas à la lecture de la suite de l'arrêt* ».

l'absence d'obligation positive, celui-ci n'aurait pas pris soin de préciser, à la fin de l'arrêt qu'il convenait de consacrer une interprétation conforme du testament au contenu de la Convention EDH. Le contrôle de l'interprétation assumé par la Cour a pour objet d'apprécier le résultat obtenu en droit interne, mais a aussi nécessairement pour but d'exiger de la part de l'Etat une interprétation conforme de l'acte juridique privé aux droits protégés par la Convention EDH. Par conséquent, l'obligation d'interprétation conforme, comprise comme celle d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les individus puisent dans la Convention EDH⁵⁴⁰, constitue indéniablement une obligation positive.

155. Enfin, les obligations positives et l'effet horizontal ne sont nullement contradictoires. Au contraire, ces mécanismes s'articulent entre eux. Ainsi, bien souvent, la Cour reconnaît l'existence d'une obligation positive sur le fondement d'une disposition de la Convention, puis en tire les conclusions en reconnaissant à cet article un effet horizontal⁵⁴¹. Ainsi, l'arrêt *Pla et Puncernau* s'analyse comme le prolongement de l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce*⁵⁴², dans lequel la Cour avait consacré une obligation positive à la charge de l'Etat, auquel il incombe d'appliquer un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes⁵⁴³. Il représente la reconnaissance, en matière de droit à l'absence

⁵⁴⁰ V. la tentative de définition de l'obligation positive au paragraphe 150.

⁵⁴¹ Cette stratégie de la Cour a été relevée notamment par Jean-François AKANDJI-KOMBE qui affirme que, « en l'état actuel du droit, on peut (...) affirmer que la consécration et le développement de l'effet horizontal de la Convention par le juge européen est, dans toute son ampleur, une conséquence de la théorie des obligations positives ». L'auteur poursuit en précisant que « l'Etat engage sa responsabilité pour des violations commises entre particuliers parce qu'il y aura eu une carence de l'ordre juridique s'analysant tantôt en une absence pure et simple d'intervention juridique, tantôt en une intervention insuffisante, tant encore en l'absence de mesures tendant à modifier un état du droit contraire à la Convention ». AKANDJI-KOMBE Jean-François. *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Précis sur les droits de l'homme n°7, Conseil de l'Europe, 2006, p.15. Cette stratégie est décrite notamment par GARCIA Kiteri qui établit la chronologie suivante: « protection dans la relation verticale Etat / individu, protection au titre des obligations positives dans la relation verticale Etat / individu, enfin protection au titre de l'effet horizontal indirect » : GARCIA Kiteri. *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*. Op. cit., §529.

⁵⁴² « Cette reconnaissance en cascade se vérifie dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre* qui poursuit la construction entamée par l'arrêt *Thlimmenos contre la Grèce* dans lequel la Cour avait élargi le champ de protection de l'article 14 en exigeant une mesure positive de protection contre les discriminations. L'arrêt *Pla et Puncernau* ajoute le chaînon manquant de l'effet horizontal ». GARCIA Kiteri. *Le droit civil européen*. Op. cit., §529.

⁵⁴³ CEDH 6 avril 2000, arrêt *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n°34369/97, §44 ; JCP 2001, I, 291, n°42, p.194, obs. SUDRE Frédéric. De manière plus précise, dans cet arrêt, la Cour reproche à l'Etat d'avoir adopté une législation

de discrimination, d'une obligation positive à la charge de l'Etat dans les relations horizontales.

B - L'obligation d'interprétation conforme, une obligation positive dans la jurisprudence de la CJUE

156. L'obligation d'interprétation conforme s'analyse comme une obligation positive mise à la charge du juge national (1). Elle précède une obligation négative (2).

1 - Reconnaissance d'une obligation positive

157. L'obligation d'interprétation conforme applique au plan de l'interprétation le principe de la coopération loyale, qui implique pour l'Etat des obligations positives⁵⁴⁴. L'obligation d'interprétation conforme consiste, pour les juridictions nationales, à interpréter leur droit interne, dans toute la mesure du possible, à compter de l'entrée en vigueur dans leur ordre juridique d'un acte de l'Union, à la lumière du texte et de la finalité de ce dernier aux fins d'atteindre les résultats qu'il poursuit, en privilégiant l'interprétation des règles nationales la plus conforme à cette finalité pour aboutir ainsi à une solution compatible avec les dispositions de l'acte concerné⁵⁴⁵. Par conséquent, cette obligation d'interprétation constitue une obligation positive.

2 - Présence subsidiaire d'une obligation négative

158. La volonté de la CJUE de permettre, dans le plus grand nombre d'hypothèses possibles, la primauté du droit de l'Union sur les normes nationales, l'a amenée à prévoir une obligation d'abstention. En effet, toute norme pourvue de l'effet direct engendre une

sans introduire les exceptions appropriées et qui auraient permises au requérant d'exercer la profession d'expert-comptable.

⁵⁴⁴ L'article 4-3 du Traité prévoit que « *les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union* » : Article 4-3 du Traité de Lisbonne.

⁵⁴⁵ Définition reconstituée à partir de l'arrêt Adeneler, *op. cit.*



obligation pour le juge national de laisser inappliquée une norme nationale qui serait contraire⁵⁴⁶. Or, l'obligation d'interprétation conforme a pour limite l'interprétation *contra legem*⁵⁴⁷, ce qui engendre l'impossibilité de faire prévaloir la directive sur la norme nationale, en laissant inappliquée cette dernière.

159. Dans la procédure de demande de décision préjudicielle, la CJUE n'est pas en mesure, au contraire de la Cour EDH, de reprocher à l'Etat d'avoir échoué dans sa mission d'interprétation du droit national conformément au droit européen. C'est pourquoi la reconnaissance d'une obligation positive est plus facilement reconnue, sous la forme d'une invocabilité d'interprétation conforme. Si l'interprétation conforme s'avère impossible, c'est l'invocabilité d'exclusion qui s'applique en présence d'une norme pourvue d'un effet direct. Il ne s'agit pas d'une obligation négative consistant à ne pas interpréter le droit interne en contradiction avec le droit européen, mais d'une obligation négative qui commande à l'Etat de s'abstenir de faire application de la règle de droit interne litigieuse. Il ne s'agit pas non plus d'une obligation qui se rattache à l'obligation d'interprétation conforme, mais qui constitue une obligation subsidiaire, attachée à l'effet direct.

§ 2 - Une obligation de moyens renforcée

160. L'obligation d'interprétation conforme se présente comme une obligation de moyens à la charge des Etats, tant dans la jurisprudence de la CJUE (A) que dans celle de la Cour EDH (B). Celles-ci ont cependant une vision tellement concentrée sur la compatibilité du résultat de l'interprétation du droit interne avec le droit européen que le juge national dispose d'une marge de manœuvre réduite pour refuser d'appliquer l'interprétation conforme.

⁵⁴⁶ Le principe a été établi à l'occasion de l'arrêt *Simmenthal*, dans lequel la Cour affirme qu'« *en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, (...) de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante* » : CJUE 9 mars 1978, arrêt *Simmenthal*, aff.C-106/77, Rec. p.629, §17. Elle en avait conclu, de manière moins précise mais à propos d'un article d'un Traité de l'Union, que « *tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire* » : *Ibid.*, §21.

⁵⁴⁷ V. notamment CJUE GC 16 juin 2005, arrêt *Pupino*, *op. cit.*, §47.

A - L'obligation d'interprétation conforme, une obligation de moyens renforcée dans la jurisprudence de la CJUE

161. L'obligation d'interprétation conforme impose au juge national, selon une jurisprudence constante, d'interpréter le droit national conformément au droit de l'Union dans toute la mesure du possible. En soi, l'obligation d'interprétation conforme s'analyse comme l'un des moyens permettant d'éviter une contradiction entre le droit interne et le droit de l'Union. A défaut, l'Etat engage sa responsabilité. Au fil de ses décisions, la CJUE a développé les contraintes pesant sur l'Etat en s'appuyant sur les mécanismes de l'interprétation conforme. Le résultat consiste en une marge de manœuvre extrêmement étroite pour les Etats membres et, concrètement, à pouvoir apprécier si aucune interprétation n'est possible, sous peine pour les juges nationaux à s'adonner à une interprétation *contra legem*⁵⁴⁸.

Ce résultat apparaît surprenant si l'on se rappelle que l'obligation d'interprétation conforme s'analyse également comme une directive d'interprétation, dont la portée est généralement très faible et connaît des directives concurrentes susceptibles de soutenir un sens opposé. Aussi est-il pertinent d'étudier comme la CJUE restreint la marge d'appréciation de l'Etat.

162. Les Etats membres de l'Union sont soumis, par leur adhésion aux Traités, à un certain nombre d'exigences qui participent à l'obligation générale d'exécution du droit de l'Union. Les Traités expriment le fait que les Etat jouissent du principe d'autonomie procédurale⁵⁴⁹, mais que celui-ci est limité par le principe de coopération loyale⁵⁵⁰, dans des

⁵⁴⁸ Dans ses décisions de demande préjudicielle, la CJUE s'en tient à l'analyse de la juridiction qui lui a transmis la question. V. par exemple CJUE GC, 19 janvier 2010, arrêt Seda Küçükdeveci, *op. cit.*, § 49.

⁵⁴⁹ A l'origine, les rédacteurs des Traités ont refusé de définir le rôle des juridictions nationales dans l'application du droit de l'Union, pour des raisons tenant à la souveraineté des Etats. Aussi la Cour de justice a progressivement formé le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, et a renvoyé aux prescriptions constitutionnelles propres à chaque Etat pour la mise en œuvre en droit interne du droit de l'Union : Voir RIDEAU Joël. « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire ». *AFDI* 1982, p.885.

⁵⁵⁰ Le principe de coopération loyale est consacré à l'article 3bis 3 du Traité de Lisbonne. Sur la jurisprudence se fondant sur cet article, voir en particulier DAUSES Manfred. Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du Traité CE, in R. Bieerbier et G. Ress, *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts / The Dynamics of EC-Law*, Baden-Baden, 1987, p.229 sq. ; Blanquet Marc ISAAC Guy (Dir.). *L'article 5 du Traité CEE*.



proportions de plus en plus importantes⁵⁵¹. Partant du postulat que le droit national offre des garanties suffisantes pour l'application du droit de l'Union, la CJUE a néanmoins été amenée à prescrire de plus en plus des solutions spécifiques⁵⁵².

C'est en vertu de l'alinéa 2 de l'article 3bis 3 du Traité de Lisbonne relatif au principe de coopération loyale que l'obligation d'interprétation conforme intervient à la charge des Etats afin de permettre l'exécution des obligations découlant des normes de l'Union⁵⁵³. En effet, si ce principe n'est pas pourvu de l'effet direct, il peut être une source autonome d'obligations⁵⁵⁴, principalement à la charge des juridictions nationales⁵⁵⁵. Il en va ainsi

Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté. Thèse doctorale droit public. Toulouse : université de Toulouse I, 1992. Paris : LGDJ, 1994. Sur ce principe, se reporter à Voir Louis Jean-Victor et RONSE Thierry. *L'ordre juridique de l'Union européenne*. Bruxelles et Paris : Bruylant et LGDJ, 2005, (Dossiers de droit européen), §101. Si ce principe trouve son origine dans le droit international public, les auteurs rappellent qu'il a été rapproché de celui de la Bundestreue, principe de droit constitutionnel allemand et qui impose à l'Etat fédéral et aux Etats membres de prendre en considération l'intérêt commun dans leur comportement. V. également LENAERTS Koen. *Le devoir de loyauté communautaire*. In La Loyauté. Mélanges offerts à Etienne CEREXHE. Bruxelles : Larcier. 1996, p.229-247. Spéc. p.247.

⁵⁵¹ Sur ces principes, V. LE BARBIER-LE-BRIS Muriel. Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale, les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres. In *Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*. Rennes : Apogée, 2006, p.419 ; Louis Jean-Victor et RONSE Thierry envisagent le principe de coopération loyale comme une limite apportée à l'autonomie procédurale. Louis Jean-Victor et RONSE Thierry. *L'ordre juridique de l'Union européenne*. Op. cit., §159. Si la reconnaissance de l'autonomie procédurale constitue un acquis des Etats membres à l'entrée dans l'Union, cet acquis est en voie de disparition pour certains, le juge national se retrouvant dans la position d'un « *gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire* » : Certains auteurs parlaient en 2005 de « *sérieuses brèches* » : Louis Jean-Victor et RONSE Thierry. *L'ordre juridique de l'Union européenne*. Op. cit., §160. Depuis le phénomène s'est amplifié, selon PERRIN Alix. « Le mythe de l'autonomie procédurale a vécu » : Que reste-il de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », *RDP* 2008, n°6, p.1661-1688. Voir également BLUMANN Claude. « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire ». *JCP* 2007, n°30, p.13-22.

⁵⁵² Pour cela, elle a notamment mis en œuvre les principes d'équivalence et d'effectivité, qui ont eu pour effet de réduire la marge d'appréciation des Etats membres : CJUE 16 décembre 1976, arrêt Rewe, aff.C-33/76 ; CJUE 16 décembre 1976, Comet BV, aff.C-45/76 ; CJUE 9 novembre 1983, arrêt San Giorgio, aff.C-199/82, *Gaz. Pal.* 1984, 3, doct. p.114. Voir en doctrine, GIRERD Pascal. « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? ». *RTDE* 2002, n°1, p.75.

⁵⁵³ C'est sur le fondement de l'alinéa 3 de cet article que les Etats doivent s'abstenir de toute action pouvant constituer un obstacle à l'application du droit de l'Union, conformément à l'invocabilité d'exclusion, qui constitue une obligation négative.

⁵⁵⁴ VICTOR Jean-Louis et RONSE Thierry. *L'ordre juridique de l'Union européenne*. Op. cit., §101. V. en matière d'effet utile du règlement de l'Union : CJUE 17 décembre 1970, arrêt Scheer, aff.30/70, §10 ; s'agissant d'assurer



s'agissant de l'obligation d'interprétation conforme⁵⁵⁶. Ici encore, le principe de primauté a servi à la Cour JUE afin de pallier les insuffisances de certaines normes de l'Union, en développant des contraintes sur le volet procédural⁵⁵⁷.

Il ressort ainsi, par exemple dans l'arrêt *Seda Küçükdeveci*, que la Cour rappelle d'abord l'obligation des Etats membres de prendre toutes mesures générales et particulières propres à atteindre le résultat prévu par la norme de l'Union, avant d'en déduire l'obligation d'interprétation conforme, inhérente au système du traité et qui constitue une obligation imposée à toutes les juridictions de chaque Etat membre⁵⁵⁸.

163. Pour autant, la doctrine relève qu'« *en droit des contrats, le jeu du principe [de l'Union] d'autonomie procédurale est plutôt exceptionnel et présente un caractère subsidiaire* »⁵⁵⁹. Cette position résulte de la méfiance précédemment évoquée des juges nationaux et principalement constitutionnels, lesquels ont préservé un contrôle externe sur les actions de l'Union. Cette prudence de la CJUE relative à l'autonomie procédurale en matière contractuelle traduit donc la recherche d'« *un équilibre entre le principe de « subsidiarité juridictionnelle », qui suppose que soit respectée l'autonomie procédurale du droit national, et le principe de primauté du droit [de l'Union], qui exige que soit assurée une protection juridictionnelle effective des droits issus du droit de [l'Union]* »⁵⁶⁰. Concrètement, dans l'application du droit national dans les litiges contractuels, le juge national bénéficie

« *le plein effet de la directive* » : CJUE 10 avril 1984, arrêt Von Colson et Kamann, aff.C-14/83, §15 et 26.

⁵⁵⁵ V. en particulier LE BAUT-FERRARESE Bernadette. « Le juge judiciaire acteur de l'intégration normative dans le cadre de l'autonomie procédurale nationale ». *RTDE* 2014, n°2, p.435-437. V. également CJUE GC, 27 octobre 2009, arrêt Čez, *op. cit.*, §138 ; CJUE GC 4 juillet 2006, Adeneler, *op. cit.*

⁵⁵⁶ V. notamment Ms. LOUIS et RONSE qui, recensant les hypothèses illustrant les limites imposées à l'autonomie procédurale du juge national au nom du principe de coopération loyale, indiquent que « *il en [est] également ainsi lorsque la Cour de justice, face aux limites du principe de l'effet direct, [dégage] à l'intention du juge national d'autres principes tels celui de l'interprétation conforme (...)* » : Jean-Victor LOUIS et Thierry RONSE. *Op. cit.*, §159.

⁵⁵⁷ SIMON Denys. « Les exigences de la primauté du droit communautaire, continuité ou métamorphoses ? » *in L'Europe et le droit – Mélanges en l'hommage de J. Boulouis*. Paris : Dalloz 1991, p.481-493.

⁵⁵⁸ CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci*, *op. cit.*, §47 et 48.

⁵⁵⁹ BERGE Jean-Sylvestre. « Principe communautaire d'autonomie procédurale et droit national des contrats ». *RDC* 2003, n°1, p.71-79.

⁵⁶⁰ *Ibid.*



d'une marge d'appréciation importante. En présence d'une volonté de conciliation de la CJUE et des spécificités de la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation qui demeure la voie la plus couramment utilisée, l'obligation d'interprétation conforme contribue à renforcer l'obligation de moyens des juridictions nationales, mais selon un rythme lent, en comparaison de la Cour EDH.

B - L'obligation d'interprétation conforme, une obligation de moyens renforcée dans la jurisprudence de la Cour EDH

164. L'obligation faite au juge d'interpréter une convention privée conformément à la Convention EDH permet de qualifier celle-ci d'obligation positive. S'agissant des obligations positives de « *prévention* »⁵⁶¹, la Cour a indiqué qu'il ne pouvait s'agir que d'obligations de moyens, pas de résultat⁵⁶². En d'autres termes, cela signifie que l'Etat doit pouvoir échapper à sa responsabilité s'il démontre qu'il ne pouvait pas procéder à une interprétation conforme de l'acte juridique privé ou du droit interne au contenu de la Convention EDH. En réalité, s'agissant de l'obligation d'interprétation conforme, il faut comprendre que la responsabilité de l'Etat du fait de ses juridictions judiciaires peut être écartée s'il est prouvé que ces dernières ne pouvaient user de l'interprétation conforme. Pour autant, sur un autre grief que le manquement à l'obligation d'interprétation conforme, la responsabilité de l'Etat demeurerait, par exemple du fait du législateur, en présence d'une atteinte à un droit protégé sur le fondement de la Convention EDH.

165. La jurisprudence de la Cour ne donne pas d'exemples pour lesquels la Cour pourrait invoquer l'obligation de moyens. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*, la Cour constate que l'interprétation effectuée par la juridiction nationale « *a eu pour effet de priver le premier requérant de son droit à la succession* »⁵⁶³. Or, elle impose la solution de l'interprétation conforme sans s'interroger sur les obstacles que le juge national aurait pu rencontrer. De même, dans l'arrêt *Velcea et Mazare*, la Cour estime que « *l'interprétation de la disposition du code civil régissant les causes d'indignité a été trop restrictive, au détriment*

⁵⁶¹ Cf. la typologie évoquée précédemment, VAN GROOGENBROECK Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*. *Op. cit.*, §174.

⁵⁶² CEDH 21 juin 1988, arrêt Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche, req. n°10126/82, §34.

⁵⁶³ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §60.

de la vie familiale du requérant »⁵⁶⁴. Bien qu'elle relève l'application d'une jurisprudence constante, conforme au principe de sécurité juridique, elle considère que cet argument n'est pas suffisant pour justifier le résultat de l'interprétation. Dans l'arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibarchi*, le juge de Strasbourg juge que, « en pratique, leur expulsion [celle des requérants, ndlr] a résulté de la décision de la cour d'appel »⁵⁶⁵. L'absence d'exemples dans la jurisprudence de la Cour EDH illustrant la possibilité pour un Etat d'opposer l'impossibilité d'interpréter une norme interne conformément au droit européen ne signifie pas que l'obligation d'interprétation conforme soit une obligation de résultat.

166. En outre, il est possible de trouver une justification à la solution d'une obligation de moyens renforcée. En effet, qu'il s'agisse de l'interprétation d'une loi ou d'un testament, les juges disposent d'une maîtrise importante de cette opération. Cette situation n'est pas comparable avec l'obligation positive qui pèse sur les Etats de prendre des mesures préventives afin que leurs ressortissants puissent jouir de la liberté de réunion ou d'association dans l'hypothèse de manifestations violentes. Ainsi dans l'arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben »*, l'Etat autrichien avait satisfait à son obligation de moyens en interdisant les manifestations qui allaient dégénérer et en postant des policiers sur tout le parcours⁵⁶⁶. Au contraire, dans l'arrêt *Ouranio Toxo*, l'Etat grec, qui n'avait pris aucune mesure préventive, a été sanctionné pour méconnaissance de son obligation positive – obligation de moyens – sur le fondement de l'article 11⁵⁶⁷. L'obligation positive de mener une enquête effective sur le fondement des articles 2, 3 et potentiellement 4 de la Convention, constitue également une obligation de moyens⁵⁶⁸. Celle-ci est appréciée en fonction des circonstances, au regard du recueil de preuves telles le témoignage de témoins, les rapports de police technique et scientifique, une autopsie permettant d'avoir une idée des causes du décès.

167. En comparaison, l'opération d'interprétation d'un acte privé présente moins d'aléas et, malgré l'ambiguïté qui atteint nécessairement l'acte interprété et dont les parties sont à

⁵⁶⁴ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §131.

⁵⁶⁵ CEDH 16 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, *op. cit.*, §34

⁵⁶⁶ CEDH 21 juin 1988, arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche*, *op. cit.*

⁵⁶⁷ CEDH 20 octobre 2005, arrêt *Ouranio Toxo e.a. c/ Grèce*, req. n°74989/01, §37 sq.

⁵⁶⁸ CEDH GC 6 juillet 2005, arrêt *Nachova e.a. c/ Bulgarie*, req. n°43577/98 et 43579/98, §160.

l'origine, les autorités étatiques sont responsables d'une interprétation contraire au droit issu de la Convention. Par conséquent, une obligation de moyens renforcée semble justifiée.

Pourtant, une partie de la doctrine, partant du principe que la combinaison de l'effet horizontal des droits fondamentaux et les obligations positives pesant sur les Etats produit des effets sur les rapports entre les parties à un acte juridique privé qui doivent être maîtrisés, a appelé à la reconnaissance d'une marge d'appréciation étendue⁵⁶⁹. En substance, il s'agit de considérer les droits européens non seulement comme des normes extérieures aux parties, mais également très éloignées de leurs préoccupations, du moins de leur connaissance. Leur rappeler leur existence, au moment de l'exécution du contrat, par voie d'interprétation judiciaire, se révélerait une surprise, du moins pour la partie sanctionnée alors que les droits fondamentaux sont davantage perçus comme protecteurs contre les ingérences de l'Etat. Nul doute que le respect de l'obligation d'interprétation conforme par les juridictions andorranes dans l'affaire *Pla et Puncernau* n'aurait pas manqué de surprendre les bénéficiaires du testament. Toutefois, comme la Cour l'exprime par un argument *a fortiori*, alors qu'elle contrôle l'interprétation des lois applicables au contrat, elle possède une compétence pour contrôler l'interprétation des actes juridiques privés. Dès lors, la diffusion de cette obligation positive dans les litiges horizontaux s'analyse comme une obligation de moyens renforcée pour les autorités étatiques.

⁵⁶⁹ SEIFERT Achim. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *Op. cit.*



Section 2 - Le contrôle de l'obligation d'interprétation conforme

168. Les juges de Strasbourg et de Luxembourg ont proclamé leur volonté de contrôler l'interprétation par les juridictions nationales de leur droit interne lorsqu'une disposition de la Convention EDH ou une norme de l'Union était applicable. L'activité des juridictions démontre que ce contrôle est régulièrement effectué par les cours européennes et globalement compris en France, de sorte que décrire les cas d'application constituerait un exercice vain. A l'opposé, le contentieux européen de l'interprétation des actes juridiques privés demeure discret. Tout en respectant les différences de ces deux contentieux, il est possible de porter un regard sur l'étendue du contrôle de l'obligation d'interprétation conforme par chacune des cours européennes (§1). Puis, il conviendra de constater la préférence pour les juridictions européennes pour le contrôle de l'interprétation de la loi applicable au contrat (§2).

§ 1 - L'étendue du contrôle

169. Cette étude portera d'abord sur le contentieux de la CJUE (A), puis sur celui de la Cour EDH (B).

A - L'étendue du contrôle de la CJUE

170. Il convient de rappeler que la directive d'interprétation conforme a pour fondement le principe de primauté du droit. Ce principe est limité notamment par le principe de subsidiarité⁵⁷⁰, dont la rigueur est atténuée par l'intégration toujours plus grande dans l'Union, et notamment par le concept de « *compétence exclusive* » d'une part⁵⁷¹, par celui de

⁵⁷⁰ Le principe de subsidiarité est défini à l'article 5.3 du Traité de Lisbonne sur l'Union européenne.

⁵⁷¹ En substance, l'article 5.3 TFUE prévoit que l'Union n'intervient, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, que sous certaines conditions. Ainsi, le concept de compétence exclusive de l'Union correspond à la compétence que celle-ci est la seule à pouvoir assumer. Cette notion de compétence exclusive a été éclairée par une communication de la Commission du 27 octobre 1992 lors de la préparation du Conseil européen d'Edimbourg. La notion de compétence exclusive serait définie par deux critères cumulatifs : un critère fonctionnel (l'obligation d'agir pour la Communauté qui est considérée comme seule responsable de l'accomplissement de certaines actions) et un critère matériel (les Etats membres sont dessaisis du droit d'intervenir unilatéralement). En outre, la Commission a considéré que « *la subsidiarité est un concept*



« *compétences partagées* » d'autre part⁵⁷². En outre, la directive d'interprétation conforme est principalement mise en œuvre par la CJUE à l'occasion de la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation⁵⁷³. Or, dans cette procédure, la Cour est compétente pour statuer sur l'interprétation des normes de l'Union⁵⁷⁴. La Cour n'exerce pas un contrôle de l'interprétation et ne statue pas sur la responsabilité d'un Etat membre, mais accomplit sa mission de gardienne des Traités de l'Union tout en essayant de concilier les normes de l'Union avec celles des Etats membres⁵⁷⁵. Il en résulte que l'interprétation conforme n'a pas

dynamique qui devrait être appliqué à la lumière des objectifs définis dans le Traité » : Protocole annexé au Traité d'Amsterdam.

⁵⁷² Le concept de « *compétences partagées* » de l'Union correspond aux compétences que l'Union peut choisir d'exercer, diminuant d'autant la compétence des Etats membres. Parmi les compétences partagées, on relève par exemple « *la protection des consommateurs* » (art. 4.2 f) TFUE). L'article 153 liste par la suite, de manière non exhaustive, les actions à l'intérieur de cette compétence partagée. Dans le corps du Traité, s'agissant de la politique sociale de l'Union, l'article 151 alinéa 2 prévoit que « *l'Union et les Etats membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union* » (art. 2.2 TFUE).

⁵⁷³ S'agissant par exemple du contentieux des clauses compromissaires au bénéfice de la compétence de la juridiction de l'Union, ce sont les directives classiques d'interprétation qui sont appliquées, et notamment le principe de la recherche de la commune intention des parties : « *En effet, les stipulations contractuelles exprimant la commune volonté des parties doivent primer sur tout autre critère utilisable seulement dans le silence du contrat.* », CJUE 26 novembre 1985, Commission c/ CO.DE.MI SpA, §21, aff.C-318/81. V. également TPI 17 février 2006, Commission c/ Transport Environment Development Systems (Trends) e.a., aff. T-448/04 ; TPI 8 mai 2007, Citymo SA contre Commission. *Op. cit.*, §53. On retrouve encore la directive d'interprétation qui incite à prendre en considération les autres clauses du contrat : CJUE 23 janvier 1986, Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH c/ CEE, §21 sq., aff.C-251/84 ; TPI 12 septembre 2007, Commission c/ Transport Environment Development Systems (Trends), aff.T-448/04, §72-75. Il convient d'ajouter que, lorsqu'une partie souhaite engager la responsabilité d'un Etat membre dans le cadre d'une procédure en manquement, la CJUE a précisé que le fait que les juridictions de cet Etat aient pratiqué à l'égard de la règle de droit interne litigieuse une interprétation conforme au droit de l'Union ne constitue toutefois pas « *une exécution conforme au droit communautaire de l'obligation de transposition qui incombe aux Etats membres, destinataires de la directive* » : CJUE 12 juillet 2007, arrêt Commission c/ Autriche, aff.C-507-04, §317.

⁵⁷⁴ Art. 267 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (ancien art. 234). V. également l'art. 19-3 b) du Traité sur l'UE, qui reprend en substance l'ancien article 220.

⁵⁷⁵ Selon une jurisprudence constante de la Cour, « *la procédure instituée par l'article 234 CE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit communautaire dont elles ont besoin pour la solution des litiges qu'elles sont appelées à trancher* » : CJUE 12 juin 2003, arrêt Schmidberger, aff.C-112/00, §30 ; CJUE GC 4 juillet 2006, arrêt Adeneler e.a., *op. cit.*, §40. Ainsi, la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation constitue le moyen



vocation à constituer un concept amplificateur et la CJUE, si elle utilise ses mécanismes au bénéfice de la portée des normes de l'Union, ne cherche pas à en accroître le champ d'application. Il est possible de relever par exemple l'usage prudent de la directive d'interprétation conforme lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le contenu d'une directive, en se prévalant de l'effet d'un principe général du droit de l'Union⁵⁷⁶.

171. La liste des directives prises par l'Union dans le domaine contractuel est déjà longue et ne cesse de s'accroître. Toutefois, il est difficile d'élaborer une théorie générale du droit des obligations à partir de « *l'acquis communautaire* »⁵⁷⁷. Par ailleurs, l'Union ne peut se prévaloir d'une compétence générale dans le domaine contractuel, malgré une volonté déjà ancienne⁵⁷⁸. Cette situation est pour elle d'autant plus un handicap que ses tentatives ont connu des échecs⁵⁷⁹ – et notamment un accueil froid de la part de la doctrine française⁵⁸⁰ –

privilegié du dialogue des juges européen et nationaux : CJUE 5 décembre 1965, arrêt *Hessische Knappschaft*, aff.C-44/65 : « (...) *les auteurs de l'article 177 ont entendu instituer une coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales* ».

⁵⁷⁶ V. notamment CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt *Dominguez*, *op. cit.*, ainsi que les conclusions de l'avocat général.

⁵⁷⁷ Sur cet acquis communautaire, voir l'annexe III de la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement concernant le droit européen des contrats, p.56 et s, COM 2001, 98 final. Pour le Professeur MAZEAUD, les projets s'appuient davantage sur un « *droit européen virtuel* » : Jean-Pierre MARGUENAUD (Dir.) MAZEAUD, Denis e.a. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *RDC* 2011, n°1, p.229-259.

⁵⁷⁸ Dès 1964, le Premier Président de la Commission européenne, Walter HALLSTEIN, avait souligné la nécessité d'une harmonisation dans le domaine du droit privé en Europe. Voir par exemple, Communauté européenne, *Les véritables problèmes de l'intégration européenne* : exposé du Professeur Walter HALLSTEIN, Walter. « Les véritables problèmes de l'intégration européenne ». Exposé à l'Institut d'Economie mondiale de l'Université de Kiel, le 19 février 1965. [s.n.], 1965, 31p.

⁵⁷⁹ Résolution A2-157/89, JO C 158 du 26.6.1989, p. 400 ; résolution A3-0329/94, JO C 205 du 25.7.1994, p. 518, résolution B5-0228, 0229, 0230 / 2000, p. 326, paragraphe 28, JO C 377 du 29.12.2000, p. 323.

⁵⁸⁰ A titre d'exemple, on peut citer CORNU Gérard. « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire ». *D.* 2002, chr. p.351; MALAURIE Philippe. « Le Code civil européen des obligations et des contrats: une question toujours ouverte ». *JCP* 2002, doctrine, I, n°110, p.285. BERNARDEAU Ludovic, « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », *CCC* décembre 2001, chron. 19, page 6 ; CHARBIT Nicolas, « L'espéranto du droit ? , La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP* 2002, doct I, n° 100, page 9 ; DESCHEEMAER Eric, « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, page 791 sq.; HEUZE Vincent, « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, doct, I, n°152, page 1341 sq. ; HUET Jérôme, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, Point de vue, p.2611 sq. ; LEQUETTE Yves, « Quelques remarques à propos du code civil de M. VON BAR », *D.*2002, p.2202 sq. ; MALAURIE Philippe, « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte »,



qui sont de nature à dissuader la CJUE de contourner par elle-même cet obstacle⁵⁸¹. Ce dernier n'est toujours pas levé : alors qu'en 2003 la Commission s'est prononcée pour l'élaboration d'un « *cadre de référence commun* », fondé sur le principe d'un « *instrument optionnel* » en droit des contrats destiné à servir de base de réflexions⁵⁸², elle a transformé cet outil en *Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*⁵⁸³, qui a donné lieu à une proposition de règlement optionnel sur le droit commun de la vente⁵⁸⁴, toujours en discussion⁵⁸⁵.

Sans un tel texte – c'est-à-dire sans une norme de référence permettant à la CJUE de concilier le droit de l'Union avec les droits nationaux sur des domaines clés du droit des contrats – il n'est guère permis d'attendre de la directive d'interprétation conforme une extension des droits protégés par les directives actuelles. En revanche, le projet de texte est prometteur à deux titres : d'une part, il comporte des directives d'interprétation à l'égard des

JCP 2002, Doctr. I, n°110, page 282 ; MALINVAUD Philippe., « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, » *D.2002*, chron, page 2542 sq. Ces contributions sont rassemblées dans FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD Denis. (textes rassemblés par), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, vol. 1. Paris : Société de Législation comparée, 2003, 303p. (Coll. droit privé comparé et européen). Voir aussi : RUFFINI-GANDOLFI Maria-Letizia., « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats, » *RIDC* 2002, n°4, page 1075 sq. ; SONNENBERGER Hans Jürgen, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ?- Réflexions sur la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et la résolution du PE du 15 novembre 2001 ». *RCDIP* 2002, p.405 sq.

⁵⁸¹ Pour une vision complète sur le sujet, voir la thèse de Séverine NADAUD. *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse de doctorat : Droit Privé. Limoges : Université de Limoges, 2007. Disponible sur < <http://epublications.unilim.fr/theses/2007/nadaud-severine/nadaud-severine.pdf> > (consulté le 18/09/2015).

⁵⁸² Commission européenne, Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent, COM 2003, p.68 (JOCE C 63/1, 15 mars 2003).

⁵⁸³ Commission européenne, *Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, COM(2010) 348 final.

⁵⁸⁴ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente, COM(2011)635. Conduit sous la forme de la procédure législative ordinaire, le Parlement européen a adopté en première lecture, en y apportant des modifications, le projet de règlement le 26 février 2014 : Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, T7-0159/2014.

⁵⁸⁵ Au moment de la rédaction de ce travail, la Commission devait se prononcer sur les amendements du Parlement européen en première lecture.

contrats de vente ; d'autre part, il revendique l'interprétation des thèmes entrant dans son champ d'application mais non réglés par le texte à la lumière de ses seules dispositions, « *en s'appuyant sur ses principes fondamentaux, ses objectifs et l'ensemble de ses dispositions* »⁵⁸⁶. Ainsi, ce projet de texte ouvre la perspective à un rôle plus important de la CJUE en matière d'interprétation dans le domaine contractuel⁵⁸⁷, et à un contrôle plus important de la loi applicable au contrat au moyen de la directive d'interprétation conforme. En effet, l'enjeu ne consiste pas tant dans l'émergence d'un code civil européen dans la cohérence du droit de l'Union en lui-même et par rapport aux droits nationaux⁵⁸⁸. Or, c'est le

⁵⁸⁶ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente. *Op. cit.*, exposé des motifs, §29.

⁵⁸⁷ Le Secrétariat général des affaires européennes a ainsi consacré toute une partie de sa réponse au livre vert de la Commission à la question de « *la compétence pour interpréter le règlement instaurant l'instrument optionnel* », considérant notamment qu'« *il semble néanmoins évident qu'il reviendra in fine à la CJUE de se prononcer sur les questions relevant de l'interprétation du règlement* » : Secrétariat général des affaires européennes (SGAE), note de la délégation française – *réponse au Livre vert sur le droit des contrats*, janvier 2011. Disponible sur

<http://www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/04_Consultations_publicques/201104/20110121_Reponse_FR_Livre_vert_droit_des_contrats.pdf> (consulté le 17/09/2015).

V. également PIGNARRE Geneviève. « La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ? ». *RDC* 2014, n°3, p.559-566.

⁵⁸⁸ « *La question est plutôt de savoir comment vont pouvoir coexister le droit civil interne à chaque Etat membre et le droit civil européen commun à l'ensemble de ces Etats, le droit civil européen devant être compris comme une discipline juridique à part entière au même titre que le droit civil français* », Séverine NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. *Op. cit.*, §6. Dans le même sens : BERGE Jean-Sylvestre. « L'acquis communautaire au passé, présent et futur ». *RDC* 2011, n°22, p.575-578 : l'auteur définit notamment comme « *acquis, au sens du droit européen, ce que le droit européen est capable de construire de manière suffisamment autonome pour être identifiable en tant que tel sur la scène juridique* ». Selon lui, au travers de ce terme, le juriste doit être « *capable de nommer les traits caractéristiques qui distinguent cette institution juridique de celles que nous avons l'habitude de rencontrer dans d'autres contextes* ». Par conséquent, « *le contenu d'un texte de droit européen ne peut être pensé autrement qu'au niveau européen. Il ne sert à rien de travestir un règlement de l'Union européenne en lui faisant endosser les attributs d'un droit national qu'il n'est pas. En revanche, il est très important de résoudre, le plus en amont possible, les difficultés évidentes d'articulation que soulève l'application d'un texte européen de ce type dans le contexte national ou même international* » : BERGE Jean-Sylvestre. « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? ». *RDC* 2012, n°2, p.569-573. V. également : « *il faut élever le débat à un niveau qui permette au législateur européen de se prononcer en termes d'enjeux pour la construction européenne* » : BERGE Jean-Sylvestre. Premiers ouvrages consacrés à la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente : entre contextualisation et décontextualisation. *RDC* 2013, n°2, p.667. Sous l'angle de l'appellation « droit commun » : « *On assiste à une sorte de neutralisation des deux niveaux communs du droit national et européen (...): le droit français tiré du Code civil n'a pas la valeur d'un droit commun en droit européen, de même que*



contrôle issu de l'obligation d'interprétation conforme qui permet la conciliation entre les normes de droit interne et celles de l'Union.

B - L'étendue du contrôle de la Cour EDH

172. La jurisprudence se démarque par l'ouverture progressive du contrôle de l'obligation d'interprétation conforme (1). Il est également possible de recenser les droits protégés par la Cour au titre de ce contrôle (2).

1 - L'ouverture progressive du contrôle

173. Le contrôle effectué par la Cour EDH du droit tel qu'appliqué et interprété par les juridictions nationales comporte de nombreux points communs avec celui effectué par la CJUE. Il n'est pas utile de s'attarder sur les perspectives de rapprochement formel entre les deux cours avec, d'une part le Protocole n°15 qui a vocation, lorsqu'il entrera en vigueur, à ajouter le principe de subsidiarité dans le préambule de la Convention EDH⁵⁸⁹ et, d'autre part, le Protocole n°16 qui a vocation à instaurer une procédure par laquelle « *les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante (...), peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* »⁵⁹⁰.

174. Le contrôle de l'interprétation opéré par la Cour EDH a connu une ouverture progressive. Dans un premier temps, à l'occasion de l'arrêt *Winterwerp* de 1979, la Cour

pour le droit national français le droit commun spécial européen n'est pas à classer nécessairement dans le corps des règles générales. Dans l'un et l'autre droit, le droit commun ne désigne tout simplement pas la même chose, l'un est spécifique à la France toute entière, là où l'autre est propre aux vingt-sept Etats membres. (...) Les deux droits sont condamnés durablement à être différents » : BERGE Jean-Sylvestre. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit. Contra*, plaidant pour la « *substitution du droit européen au droit français* » : MAZEAUD Denis. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Ibid.*

⁵⁸⁹ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (non entré en vigueur).

⁵⁹⁰ Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art. 1.



s'est appliquée à délimiter strictement son contrôle de l'interprétation de la loi⁵⁹¹. Dès cet arrêt, la Cour pose le principe qu'« *il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et appliquer le droit interne, même dans les domaines où la Convention s'en « approprie » les normes : par la force des choses, elles sont spécialement qualifiées pour trancher les questions surgissant à cet égard* »⁵⁹². Concrètement, même si l'interprétation porte sur un droit pour lequel la Convention a exercé sa compétence, la Cour EDH n'a pas le pouvoir de contrôler l'interprétation de la législation interne portant sur ce droit. En revanche, la Cour, par exception, retient sa compétence dans les hypothèses dans lesquelles c'est la Convention qui renvoie au droit interne⁵⁹³, ce qui limite considérablement la possibilité pour la Cour EDH de jouer un rôle de conciliation des normes.

175. La règle selon laquelle la Cour « *n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes. C'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne* » est depuis reprise de manière constante par la jurisprudence⁵⁹⁴. Mais, sans développer les conditions d'une exception à ce principe, le contrôle a longtemps consisté en peu de choses⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ CEDH 24 octobre 1979, arrêt Winterwerp c/ Pays-Bas, req. n°6301/73. Notamment, la Cour a rapidement précisé que « *l'économie du système de sauvegarde instauré par la Convention [assignait] des limites à l'ampleur de ce contrôle* » : *ibid.*, §46. En l'espèce, elle a conclu par conséquent que, dès lors que la décision reposait sur des textes juridiques, « *la détention du requérant [avait] eu lieu « selon les voies légales »* », quelle que soit l'interprétation ou l'application faite par les juridictions de ces textes : *ibid.*, §50.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ En effet, La Cour indique que « *s'il ne lui appartient pas d'ordinaire de vérifier le respect du droit interne par les autorités nationales (...), il en va autrement dans les matières où la Convention renvoie directement à ce droit, de sorte que la Cour peut et doit exercer un certain contrôle* » : *Ibid.*, §46.

⁵⁹⁴ CEDH 25 mars 1985, arrêt Barthold, c/ Allemagne, req. n°8734/79, §48 ; CEDH 30 mars 1989, arrêt Chappell c/ Royaume-Uni, req. n°104461/83, §54 ; CEDH 22 juin 1989, arrêt Eriksson c/ Suède, req. n°11373/85, §62 ; CEDH 24 avril 1990, arrêt Kruslin c/ France, req. n°11801/85, §29 ; CEDH 25 juin 1992, arrêt Thorgeir Thorgeirson c/ Islande, req. n°13778/88, §58 ; CEDH 24 février 1994, arrêt Casado Coca c/ Espagne, req. n°15450/89, §43 ; CEDH 22 février 1996, arrêt Bulut c/ Autriche, req. n°17358/90, §29 ; CEDH 16 décembre 1997, arrêt Tejedor García c/ Espagne, req. n° 25420/94, §31 ; CEDH 19 décembre 1997, arrêt Brualla Gómez de la Torre c/ Espagne, req. n°26737/95, §31 ; CEDH 19 février 1998, arrêt Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne, req. n°28028/95, §33 ; CEDH 28 octobre 1998, arrêt Pérez de Rada Cavanilles c/ Espagne, req. n°28090/95, §4 3 ; CEDH GC 18 février 1999, arrêt Waite et Kennedy c/ Allemagne, *op. cit.*, § 54 ; CEDH 30 janvier 2003, arrêt Cordova c/ Italie (n°1), req. n°40877/98, §57 ; CEDH 19 mai 2005, arrêt Kaufmann c/ Italie, req. n°14021/02, §33 ; CEDH 3 octobre 2009, arrêt Selin Asli Öztürk c/ Turquie, *op. cit.*, §37 ; CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt Velcea et Mazare c/ Roumanie, *op. cit.*, §129. Plus récemment, V. CEDH, 6 octobre 2011, arrêt



176. Le tournant jurisprudentiel a été définitivement pris par l'arrêt *Brualla Gomez de la Torre* de 1997 qui, déclarant qu'« *il n'appartient toutefois pas à la Cour d'apprécier l'opportunité des choix de politique jurisprudentielle opérés par les juridictions internes* », ajoute que « *son rôle se limite à vérifier la conformité à la Convention des conséquences qui en découlent* »⁵⁹⁶. Pour parvenir à cette solution, la Cour EDH s'est fondée sur l'arrêt *Cantoni* qui concernait les choix, non pas du juge, mais du législateur, la Cour se limitant à vérifier leur conformité à la Convention⁵⁹⁷. La Cour a confirmé cette solution dans l'arrêt *Edificaciones March Gallego S.A.* de 1998⁵⁹⁸.

177. Par l'arrêt *Pérez de Rada Cavanilles* de la même année, la Cour a, pour la première fois, reconnu une violation de la Convention EDH en raison de l'application trop rigoureuse faite par les juridictions internes d'une règle de procédure⁵⁹⁹. Cette jurisprudence plus sévère a été confirmée dans les arrêts *Cordova*⁶⁰⁰ et *Kaufmann*⁶⁰¹. La Cour apprécie dans chaque

Staszko c/ France, req. n°52124/08, §44 ; CEDH GC 20 octobre 2011, arrêt Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie, req. n°13279/05, §49 ; CEDH 29 janvier 2013, arrêt Zolotas c/ Grèce (n°2), *op. cit.*, §57 ; CEDH 9 avril 2013, arrêt Anđelković c/ Serbie, req. n°1401/08, § 24 ; CEDH 12 novembre 2013, arrêt Söderman c/ Suède, req. n°5786/08, §102 ; CEDH GC 25 mars 2014, arrêt Vučković e.a. c/ Serbie req. n° 17153/11, §80 ; CEDH GC 16 juillet 2014, arrêt Ališić e.a. c/ Bosnie-herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République yougoslave de Macédoine, *op. cit.*, §113 ; CEDH 25 novembre 2014, arrêt Fatma Nur Erten et Adnan Erten c/ Turquie, req. n°14674/11, §26.

⁵⁹⁵ Dans l'arrêt *Bulut* par exemple, la Cour « *observe que le tribunal régional (...) et la Cour suprême ont tous deux interprété la loi comme signifiant qu'une renonciation pouvait valablement être faite. Elle ne voit pas de raison de remettre en question la solution donnée au problème par les juridictions (...)* » : CEDH 22 février 1996, arrêt *Bulut c/ Autriche*, *op. cit.*, §29. Dans l'arrêt *Tejedor García* du 16 décembre 1997, la Cour conditionnait cependant sa solution à une « *interprétation des juridictions internes [qui] ne saurait être qualifiée d'arbitraire, de raisonnable ou de nature à entacher l'équité de la procédure* ». Cette précision venait considérablement nuancer l'affirmation selon laquelle « *de l'avis de la Cour, l'interprétation à donner dans ces conditions de l'article [du Code de procédure pénale] est une question qui relève des cours et tribunaux internes* » : CEDH 16 décembre 1997, arrêt *Tejedor García c/ Espagne*, *op. cit.*, §33.

⁵⁹⁶ CEDH 19 décembre 1997, arrêt *Brualla Gómez de la Torre c/ Espagne*, req. n°26737/95, §32.

⁵⁹⁷ « *Il n'appartient pas toutefois à la Cour de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un Etat contractant ; son rôle se limite à vérifier leur conformité à la Convention* », CEDH 15 novembre 1996, arrêt *Cantoni c/ France*, req. n°17862/91, §33.

⁵⁹⁸ CEDH 19 février 1998, arrêt *Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne*, *op. cit.*, §33.

⁵⁹⁹ CEDH 28 octobre 1998, arrêt *Pérez de Rada Cavanilles c/ Espagne*, *op. cit.*, § 43 et 49.

⁶⁰⁰ La Cour sanctionne dans cette affaire, sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention, l'interprétation de la Cour constitutionnelle qui accordait une immunité aux membres du Parlement couvrant leur

espèce quelles conséquences l'application du droit interne a eues sur le requérant, au regard des droits protégés par la Convention EDH. Elle indique ainsi que « *le rôle de la Cour n'est pas d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont touché un requérant a enfreint la Convention* »⁶⁰². Ainsi, elle est amenée à opérer un contrôle de proportionnalité afin de déterminer si, du fait de l'interprétation par les juges d'une disposition de droit interne, les justiciables ne se sont pas vu imposer une charge disproportionnée⁶⁰³.

L'arrêt *Velcea et Mazare contre Roumanie* ne se prévaut pas expressément de ce courant jurisprudentiel, alors que son appartenance ne fait pas de doute⁶⁰⁴. La Cour annonce dans cet arrêt son contrôle des interprétations mécaniques de la législation nationale, pour lesquelles une appréciation concrète des données du litige aurait permis d'éviter une violation de la Convention⁶⁰⁵. Enfin, l'appréciation concrète de l'interprétation de la loi faite par les juridictions nationales trouve également une application dans la reconnaissance des droits réversibles auxquels aboutit l'arrêt *Hutten-Czapska*⁶⁰⁶.

comportement en dehors du siège du Parlement, même pour des propos indépendants de l'activité parlementaire proprement dite : CEDH 30 janvier 2003, arrêt *Cordova c/ Italie* (n°1), *op. cit.*

⁶⁰¹ La Cour sanctionne dans cette affaire l'interprétation d'un délai de quatre-vingt-dix jours prévu par l'article 331 du Code de procédure civil italien, que la Cour de cassation avait refusé de proroger et avait calculé jusqu'à réception des pièces par les autorités, tandis qu'il eut mieux valu apprécier la notification de l'acte au moment où la partie remet celui-ci à l'huissier de justice, toute activité postérieure étant soustraite au contrôle du justiciable : CEDH 19 mai 2005, arrêt *Kaufmann c/ Italie*, *op. cit.*

⁶⁰² V. notamment CEDH 30 janvier 2003, arrêt *Cordova c/ Italie* (n°1), *op. cit.*, §57 ; CEDH 19 mai 2005, arrêt *Kaufmann c/ Italie*, *op. cit.*, §33 ; CEDH 3 octobre 2009, arrêt *Selin Asli Öztürk c/ Turquie*, *op. cit.*, §37.

⁶⁰³ V. par exemple CEDH GC 16 juillet 2014, arrêt *Ališić e.a. c/ Bosnie-herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République yougoslave de Macédoine*, *op. cit.*

⁶⁰⁴ En effet, par cet arrêt, la Cour sanctionne l'interprétation d'une disposition du Code civil roumain qui, si elle pouvait se prévaloir d'une application constante, a été trop restrictive au regard de la vie familiale du requérant : CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*

⁶⁰⁵ Comme a pu l'affirmer la Cour de manière générale, « *aussi clairement que soit rédigée une disposition juridique, il y a inévitablement une part d'interprétation des tribunaux (...). La détermination de la norme à appliquer de même que ses conditions d'application s'inscrivent en effet dans une démarche d'individualisation du droit* » : CEDH GC 20 octobre 2011, arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie*, *op. cit.*, §85. V. déjà CEDH CG 8 juillet 1999, arrêt *Başkaya et Okçuoğlu c/ Turquie*, req. n°23536/94 et 24408/94, §39. Sur l'interprétation mécanique, Cf. *infra*. §250 sq.

⁶⁰⁶ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §168.

178. Par l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour EDH franchit une nouvelle étape de son contrôle européen de l'interprétation des normes issues du droit interne, puisqu'elle s'estime désormais compétente pour contrôler l'interprétation effectuée par les juridictions internes d'un acte juridique privé⁶⁰⁷. Sur la forme, la Cour reprend et commente sa jurisprudence classique, puis assoit dans un autre paragraphe le principe de ce nouveau contrôle.

Ainsi, au paragraphe 46, la Cour commence par le rappel de la compétence de principe des juridictions pour l'interprétation et l'application du droit interne, avant de considérer que les actes juridiques privés appartiennent au « *droit interne* »⁶⁰⁸. Par cette phrase, la Cour gomme la distinction du droit français entre les questions de droit et les questions de fait, et entre les juges du fond et les juges du droit. La Cour, pour étendre son contrôle, utilise un raisonnement *a fortiori*, estimant que le principe selon lequel les juridictions nationales sont les mieux placées pour interpréter la législation nationale vaut davantage encore s'agissant des actes juridiques privés. Par cet argument, la Cour se prononce sur la compétence de principe du juge, non sur la mission qui lui est assignée.

Au paragraphe 59, la Cour poursuit son raisonnement et indique que, malgré la compétence de principe des juridictions nationales, elle possède par exception une compétence en matière d'interprétation des actes juridiques du droit interne. Ce paragraphe modifie en réalité la portée du paragraphe 46 puisque si, la Cour annonce un contrôle européen de conformité à la Convention EDH en matière d'interprétation, cela signifie qu'elle estime que la Convention EDH comporte une obligation envers les juridictions nationales dans ce domaine. Ainsi, les juridictions nationales, bien qu'elles soient les mieux placées pour interpréter le droit interne, doivent néanmoins veiller à ce que cette interprétation soit conforme à la Convention EDH, et ont donc l'obligation de faire usage de la directive d'interprétation conforme. Ce contrôle est confirmé au paragraphe 62 de l'arrêt.

179. Dans cet arrêt, la Cour EDH sanctionne l'Etat andorran pour n'avoir pas correctement interprété un testament. Concrètement, elle reproche aux juridictions andorranes d'avoir interprété le testament de manière à exclure un enfant adoptif de ses droits successoraux, en contradiction avec le principe de non-discrimination. Il convient de noter qu'aucun article de la Convention EDH ne dispose de règles en matière testamentaire. La Cour se fonde sur

⁶⁰⁷ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, spéc. §46, 59 et 62.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, §46.



sa jurisprudence *Mazurek* en matière d'égalité de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Or, dans les mêmes conditions, la CJUE adopte une attitude plus prudente s'agissant du principe général du droit de l'Union de non-discrimination et dans le cadre de son contrôle d'interprétation conforme⁶⁰⁹. Par conséquent, la directive d'interprétation conforme s'analyse comme un concept amplificateur des droits protégés par la Convention EDH.

Il convient d'ajouter que cet arrêt ne se limite pas à étendre le contrôle de l'interprétation de la loi à celui des actes juridiques privés. En effet, en contrôlant l'interprétation l'acte juridique privé conformément à la Convention EDH, la Cour contrôle les autorités étatiques concernant le sens qu'elles ont conféré à la clause. A ce sujet, elle semble affirmer qu'elle ne s'adonne pas à un contrôle de la dénaturation⁶¹⁰. Mais la Cour EDH inaugure également un contrôle des parties à un acte juridique privé. En effet, elle considère que, dès lors qu'un acte juridique privé entre en contradiction avec un droit protégé par la Convention EDH, les juridictions nationales ont l'obligation de lui conférer un sens conforme au droit européen. Si la responsabilité pèse sur l'Etat dont les juridictions ont interprété (ou n'ont pas interprété) l'acte juridique privé, les effets de ce contrôle portent indirectement sur les parties à cet acte juridique. Par conséquent, contrairement au droit français, la Cour EDH défend l'idée que l'acte juridique privé – par la voie de l'interprétation – échappe à ses auteurs.

⁶⁰⁹ Pour une comparaison du principe de non-discrimination par les juges de Strasbourg et de Luxembourg : POTVIN-SOLIS Laurence. « La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes ». *RTDH* 2009, n°80, p.967 ; MARTIN Denis. « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence? ». *RTDH* 2007, n°69, p.107-134.

⁶¹⁰ En effet, l'incise « *si tant est qu'elle était nécessaire* » renvoie pour partie à l'attitude des juridictions andorranes ayant imputé à la volonté du *de cuius* leur propre interprétation, mais pour une autre partie au fait que, pour la Cour EDH, peu importe que l'acte ait été ambigu ou non : CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §62. V. cette question sous l'angle des conditions de l'interprétation : *supra* §135.

2 - Les droits protégés

180. Le fondement de l'article 1 du Protocole n°1 relatif à la protection de la propriété semble le fondement le plus pertinent pour la Cour pour faire valoir le point de vue des droits de l'Homme dans la sphère contractuelle⁶¹¹. Le juge européen a fait application de l'interprétation conforme début 2008⁶¹², par deux arrêts rendus à peu de jours d'intervalles contre la Turquie et pour des faits similaires.

Dans ces deux espèces⁶¹³, des ressortissants grecs revendiquaient la propriété d'immeubles situés en Turquie après le décès de leur auteur turc. Dans l'affaire *Nacaryan et Deryan*, le contrôle de la Cour s'opère sur l'interprétation des juridictions internes de conclusions du rapport du ministère de la justice. La Cour EDH sanctionne l'Etat turc en estimant que le sens conféré par l'interprétation judiciaire n'est pas avéré et aboutit à « *une ingérence dans le droit des intéressés au respect de leurs biens* »⁶¹⁴. Dans l'affaire *Karaman*, la Cour censure l'interprétation de la Cour de cassation consistant, selon elle, « à tirer bénéfice d'un statut créé par [une disposition de] la loi » litigieuse et qui aboutit « à rompre le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits individuels »⁶¹⁵. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt *Selin Asli Öztürk contre Turquie*⁶¹⁶.

⁶¹¹ Protocole additionnel à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signé le 20 mars 1952, entré en vigueur le 18 mai 1954. Il faut attendre l'arrêt *Sporrong et Lönnreth* du 23 septembre 1982 pour que le juge européen, s'empare de l'article 1 du Protocole n°1, au prix d'une « *réécriture* » pour ne retenir qu'un principe général de protection du droit de propriété, relié au principe de proportionnalité : MARGUENAUD Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme. Op. cit.*, p.135.

⁶¹² Ces arrêts ne sont pas les premiers dans lesquels la Cour fait usage de l'obligation d'interprétation conforme en matière de contrôle de l'interprétation de la loi sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°1 : V. par exemple, dans des affaires dans lesquelles la responsabilité de l'Etat n'a pas été engagée : en matière d'interprétation du droit des brevets : CEDH GC 11 janvier 2007, arrêt *Anheuser-Busch inc. c/ Portugal*, req. n°73049/01 ; en matière de droit des biens : CEDH GC 30 août 2007, arrêt *J.A. Pye c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁶¹³ CEDH 8 janvier 2008, arrêt *Nacaryan et Deryan c/ Turquie*, req. n°19558/02 et 27904/02 ; 15 janvier 2008 *Karaman contre Turquie*, req. n°6489/03.

⁶¹⁴ CEDH 8 janvier 2008, arrêt *Nacaryan et Deryan c/ Turquie*, *op. cit.*, §57.

⁶¹⁵ CEDH 25 janvier 2008, arrêt *Karaman c/ Turquie*, *op. cit.*, §32 et 33.

⁶¹⁶ CEDH 13 octobre 2009, arrêt *Selin Asli Öztürk c/ Turquie*, req. n°39523/03. V. également, sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°1 : CEDH 3 octobre 2009, arrêt *Selin Asli Öztürk c/ Turquie*, *op. cit.* ; CEDH 3 mai 2011, arrêt *Negreponitis-Giannisis c/ Grèce*, req. n°56759/08 ; CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce*

181. L'article 1 du Protocole n°1 n'est toutefois pas le seul fondement permettant à la Cour de contrôler l'interprétation par le juge interne d'une loi applicable au contrat. Dans l'arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*, la Cour se fonde sur l'article 10 de la Convention protégeant la liberté d'expression et, plus particulièrement en l'espèce, le droit de recevoir des informations, les requérants souhaitant recevoir des programmes télévisés en arabe et en farsi⁶¹⁷. Dans l'affaire *Velcea et Mazare contre Roumanie*, c'est le droit à la vie familiale protégé par l'article 8 qui est concerné, le juge national ayant interprété une disposition du Code civil de manière à permettre au frère du meurtrier d'hériter de la victime⁶¹⁸. Dans l'affaire *Fabris contre France*, c'est le principe de non-discrimination de l'article 14 qui est utilisé en combinaison avec l'article 1 du Protocole n°1⁶¹⁹. Par conséquent, nombreux sont les articles de la Convention qui sont susceptibles de susciter un contrôle de l'interprétation conforme

182. En outre, la Cour a eu l'occasion de considérer que le contrôle de l'obligation relève de sa compétence *ratione materiae*. Ainsi, dans l'arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi contre Suède* du 12 décembre 2008, le rappel de la jurisprudence *Puncernau* intervient au stade de l'admissibilité de la requête, sur le fondement de l'article 35 §3 de la Convention⁶²⁰. Il ne s'agit pas en soi d'une nouveauté dans la mesure où, dès l'arrêt *Winterwerp*, la Cour n'avait pas déclaré la requête irrecevable, mais se reconnaissait un contrôle en la matière insuffisant pour pouvoir aboutir à une reconnaissance de violation de la Convention. En revanche, le raisonnement mené dans cet arrêt par la Cour EDH apparaît différent de celui utilisé dans l'arrêt *Pla et Puncernau*. Ainsi, alors que, dans ce dernier arrêt, la Cour utilise un argument *a fortiori* pour fonder son contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés, la Cour semble, dans l'arrêt *Khurshid*, faire valoir que l'espèce concerne non seulement l'interprétation d'un acte juridique privé, mais davantage encore l'interprétation d'une loi⁶²¹.

(n°2), *op. cit.*

⁶¹⁷ CEDH 12 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, *op. cit.* Il est également possible de citer l'arrêt, moins clair, en matière de publicité : CEDH 28 juin 2001, arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse*, req. n°24699/94.

⁶¹⁸ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*

⁶¹⁹ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*

⁶²⁰ CEDH 12 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, *op. cit.*, §33 sq.

⁶²¹ « En l'espèce, la Cour note que la cour d'appel a, dans sa décision du 20 décembre 2005, appliqué et interprété non seulement le contrat de bail conclu entre les requérants et le propriétaire, mais aussi le chapitre 12 du code foncier » : *ibid.*, §34.



En réalité, ce raisonnement de la Cour démontre qu'elle préfère fonder son contrôle de l'interprétation sur la loi plutôt que sur un acte juridique privé.

§ 2 - La préférence pour le contrôle de l'interprétation de la loi

183. L'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH démontre combien le contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés est l'aboutissement d'un long processus, qui a nécessité le franchissement de nombreuses problématiques. Cette étape franchie, il convient de constater que, lorsqu'elle en a l'occasion, la Cour EDH préfère utiliser d'autres mécanismes, de sorte que, sur ce point, les suites de l'arrêt *Pla et Puncernau* apparaissent décevantes (A). La CJUE a eu l'occasion de s'interroger sur l'opportunité d'aligner l'étendue de son contrôle sur celui de la Cour EDH, mais elle demeure réticente (B).

A - Les suites décevantes de l'arrêt *Pla et Puncernau*

184. Par l'arrêt fondateur *Pla et Puncernau contre Andorre*, la Cour EDH a consacré le contrôle qu'elle entendait assumer en matière d'interprétation des actes juridiques privés. Après cet arrêt, la Cour ne s'est pas montrée téméraire.

185. Moins de deux ans après l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour EDH a eu l'occasion de faire application de son nouveau contrôle lors de l'affaire *Upton contre Royaume-Uni*⁶²². Dans cette affaire similaire⁶²³, un testateur avait établi en 1930 un testament, complété par un codicille de 1935, aux termes duquel ses enfants pourraient hériter de ses biens et, lorsqu'une branche viendrait à s'éteindre, les biens passeraient aux autres. Au décès du testateur, l'aîné hérite des trois cinquièmes des biens du testateur. Il conçoit un fils d'une union naturelle avec l'épouse de son plus jeune frère, fils qu'il adoptera. A son décès, il transmet par testament les biens reçus de son père à ce fils adoptif. Mais les exécuteurs testamentaires refusent au motif qu'il ne constitue pas un enfant au sens du testament de 1930 et de son codicille. Il convient de préciser que le *Human Rights Act* de 1988 était entré

⁶²² CEDH 11 avril 2006, décision sur la recevabilité *Upton c/ Royaume-Uni*.

⁶²³ Le requérant fondait sa demande sur les articles 8 et 14 combinés, ainsi que sur l'article 1 du Protocole additionnel n°1.



en vigueur au Royaume-Uni le 2 octobre 2002⁶²⁴. Cette législation prévoit notamment que, dans la mesure du possible, une juridiction ayant affaire avec une question qui a fait l'objet d'une décision de la Cour EDH doit prendre en considération cette décision et interpréter la législation primaire et dérivée conformément à la Convention EDH. La jurisprudence devait par la suite relever que le Parlement n'avait pas entendu appliquer rétroactivement cette législation aux contrats privés⁶²⁵.

La Cour EDH, outre des irrégularités de procédure rédhitoires, reproche au requérant, fils adoptif du fils aîné du testateur, de n'avoir pas invoqué les mécanismes utilisés par la Cour dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, ce qui a valu au requérant de voir sa requête déclarée irrecevable⁶²⁶. La Cour termine sa décision en des propos assez provocateurs. En effet, elle reproche au requérant de ne pas avoir soulevé, à la lumière de la jurisprudence *Pla et Puncernau*, la question des effets que les cours internes ont fait produire aux actes et faits juridiques avant l'entrée en vigueur de la législation sur les Droits de l'Homme⁶²⁷.

Dans l'affaire *Pla et Puncernau*, l'interprétation conforme à une loi applicable au contrat n'a pas été soulevée. La Constitution andorrane notamment ne contenait pas de discrimination et la loi contemporaine de la formation du testament faisait l'objet d'une utilisation partagée parmi les juridictions internes. Chacun des juges andorrans revendiquait la découverte de la volonté de la testatrice. Cette circonstance a entraîné le juge européen dans un contrôle de l'interprétation du testament, sans égard pour la loi applicable. Dans l'affaire *Upton*, l'applicabilité d'une loi modifie déjà considérablement les données du litige et, tout en invoquant l'arrêt *Pla et Puncernau*, le juge désigne en réalité la pertinence qu'aurait pu revêtir le contrôle de l'interprétation de la loi applicable au contrat.

⁶²⁴ The Human Rights Act de 1998, entré en vigueur le 2 octobre 2002.

⁶²⁵ House of Lords 2003, *Wilson and others v. Secretary of State for Trade and Industry*, 2003 UKHL 40.

⁶²⁶ « *There is, however, no indication that the applicant raised the case of Pla (...). Therefore, (...) he also failed to raise an essential point in his favour (...)* », CEDH 11 avril 2006, déc. sur la recevabilité *Upton c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁶²⁷ CEDH 11 avril 2006, déc. sur la recevabilité *Upton c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, « *Therefore, in addition to failing to comply with the domestic procedural rules for applying for leave to appeal, he also failed to raise an essential point in his favour, namely, the question of how, in the light of a recent Convention answer to broadly the same question, the domestic courts would approach the question of whether the way the Convention rights were incorporated into domestic law applied to transactions and events predating the coming into force of the Human Rights Act, so as to alter the legal consequences of those transactions and events* ».



186. Dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*, les juges nationaux ont procédé à l'interprétation d'un contrat de bail qui interdisait au preneur d'apposer sans autorisation une antenne extérieure sur l'immeuble. Ils se sont notamment intéressés à certaines dispositions du code foncier, mettant à la charge du locataire une obligation de prendre soin de l'appartement, de réparer les dommages causés par imprudence ou négligence et éventuellement de rendre caduc le contrat de bail. Le Gouvernement défendeur mettait l'accent sur l'interprétation par les juridictions nationales du contrat de bail, afin de ne pas engager sa responsabilité⁶²⁸. On aurait pu penser, après l'arrêt *Pla et Puncernau*, que la Cour n'aurait pas hésité à contrôler l'interprétation du contrat de bail par les autorités étatiques et qu'elle aurait apprécié les conséquences concrètes de cette interprétation au regard des exigences de la Convention EDH. Si elle a veillé à la compatibilité de la solution des juges internes, elle n'a en revanche pas retenu l'interprétation du contrat mais celle de la loi applicable au contrat⁶²⁹.

187. L'affaire *Fabris contre France* comporte des éléments de fait très proches de l'affaire *Pla et Puncernau*, mais deux éléments les distinguent : d'abord il ne s'agissait pas d'un testament rédigé en des termes généraux, mais d'une donation-partage entre les deux enfants légitimes ; ensuite cette affaire se présentait comme la suite de l'arrêt *Mazurek contre France* qui avait valu une avait engendré une remise en cause important de la législation interne et dont il était permis au juge, par cette affaire, d'en mesurer l'effectivité. Ainsi, si deux éléments ont heurté les juges européens – l'absence d'application effective de la jurisprudence *Mazurek* en l'espèce et le manquement à l'application du principe de non-discrimination⁶³⁰ – ceux-ci se sont rapportés à l'interprétation de la disposition transitoire de la loi du 4 décembre 2001, et non aux stipulations de la donation-partage, qui sont absentes de l'arrêt.

⁶²⁸ « L'ingérence alléguée ne serait pas due à une règle adoptée par les pouvoirs publics qui restreindrait le droit de recevoir des informations ou même le droit d'utiliser ou de détenir une antenne satellite ; elle ne serait apparue que par l'effet de l'interprétation et de l'application faites par la cour d'appel, dans le cadre d'un litige privé, d'une obligation contractuelle entre deux parties privées » : CEDH 16 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, *op. cit.*, §26.

⁶²⁹ La Cour a effectué un choix puisqu'elle « note que la cour d'appel a, dans sa décision (...), appliqué et interprété non seulement le contrat de bail conclu entre les requérants et le propriétaire, mais aussi le chapitre 12 du code foncier », ce dernier élément motivant la reconnaissance de manquement à la Convention EDH : *ibid.*, §34.

⁶³⁰ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §72.



188. L'affaire *consorts Richet et Le Ber contre France* utilise l'opération d'interprétation, mais ne fait pas usage des mécanismes d'interprétation conforme⁶³¹. En l'espèce, les requérants étaient les héritiers de celui qui, en 1912, acquit l'île de Porquerolles. En 1969, l'Etat français manifesta son intérêt pour l'acquisition de l'île et, ne pouvant rivaliser avec les offres d'achat privées, il aurait précisé aux propriétaires qu'il garantissait la valeur de la part de la propriété non vendue en figeant et garantissant les droits de construire. Les 4 et 17 mai 1971, des actes de vente furent signés, prévoyant notamment que les consorts auraient la « *faculté* » de construire sur les parcelles. En 1985 toutefois, un plan d'occupation des sols fut approuvé et l'île fut classée en zone inconstructible en raison de sa valeur environnementale. En vertu de ces nouvelles règles d'urbanisme, les demandes respectives de permis de construire des consorts Richet et de Madame Le Ber furent refusées. Ils saisirent en vain les juridictions internes. La Cour de cassation, notamment, jugea que l'ambiguïté des termes des actes de vente avait rendu nécessaire l'interprétation de la cour d'appel, interprétation souveraine et sans dénaturation. Elle approuva son analyse, aux termes de laquelle l'Etat avait consenti la possibilité de construire en fonction de la réglementation applicable au moment de l'échange des consentements, sans garantir des droits à construire définitifs, quelle que pût être l'évolution ultérieure des règles d'urbanisme.

La Cour EDH s'est interrogée sur le terme « *faculté* » pour décider qu'il renvoyait, en l'espèce, « *uniquement au choix dont dispose tout titulaire d'un droit d'en faire usage ou non, dans les limites de ce droit* », la présence d'un cocontractant comme l'Etat étant suffisante pour garantir toute remise en cause par des règles ultérieures d'urbanisme⁶³². Elle aurait pu prétendre que les actes de vente devaient par conséquent être interprétés conformément à l'article 1 du Protocole n°1, de sorte que les requérants étaient effectivement titulaires de droits à construire sur les parcelles litigieuses et non, comme jugé par les juridictions internes, qu'ils pouvaient se voir privés de leurs droits du fait de règles d'urbanisme ultérieures contraires. Si la jurisprudence *Pla et Puncernau* n'a pas été utilisée, il semble que ce soit parce que la problématique de l'interprétation n'était pas centrale en l'espèce, au bénéfice de la question de la capacité de l'autorité étatique à revenir sur son engagement contractuel, c'est-à-dire d'une inexécution ou d'une permanence de la cause dans le contrat

⁶³¹ CEDH 18 novembre 2010, arrêt *Affaire consorts Richet et Le Ber c/ France*, req. n°18990/07 et 23905/07.

⁶³² *Ibid.*, §93.



formé par les parties⁶³³. La question de l'interprétation est alors une vaine possibilité pour l'Etat de démontrer qu'il n'avait rien promis, ce que la Cour tranche *in limine litis*.

189. L'affaire *Zolotas contre Grèce* constitue également, d'une certaine manière, une occasion manquée⁶³⁴. La Cour EDH estime que la responsabilité de l'Etat est engagée pour ne pas avoir prévu une obligation d'information à la charge du banquier dans le contrat le liant à son client. Il convient de remarquer que la Cour ne précise pas quelle autorité étatique est à l'origine de la faute constatée. Devant les juridictions françaises confrontées à un contrat déséquilibré et pour lequel la loi n'est d'aucun secours, ce sont parfois les juges qui utilisent des mécanismes d'interprétation créatrice. Or, l'occasion était donnée à la Cour de faire valoir d'une part sa conception *réaliste* du droit, d'autre part l'obligation d'interprétation conforme, en décidant que les juridictions internes n'avaient pas conféré au contrat un sens conforme à la Convention EDH en ne dégagant pas une telle obligation d'information. Il est possible de soulever deux raisons qui ont contraint la Cour EDH à renoncer à cette solution : d'un côté cela aurait mis en évidence de façon trop importante une faute du banquier devant une juridiction qui contrôle des obligations incombant aux Etats, d'un autre côté l'obligation d'information se rattachait à une loi et prévoyait des règles de prescription au bénéfice de l'Etat grec.

190. Il ressort ainsi clairement de la jurisprudence de la Cour EDH que l'arrêt *Pla et Puncernau*, dans son aspect relatif au contrôle de l'interprétation d'interprétation conforme des actes juridiques privés, demeure encore sans réelle confirmation. Il est permis de considérer également que, lorsque l'interprétation du contrat a donné lieu à l'interprétation du droit interne dans un litige, la Cour préfère contrôler l'interprétation de la loi plutôt que celle du contrat. La CJUE retient une solution comparable.

⁶³³ Sur le concept de cause dans cet arrêt, MARCHADIER Fabien. « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme ». *RDC* 2014, n°3, p.553-558. V. également ROCHFELD Judith. « Le contrat et la Cour européenne des droits de l'homme (I) : interrogations prospectives sur la possibilité de saisir la cause de l'obligation comme un bien, ou avis aux amateurs de nouvelles argumentations ». *RDC* 2012, n°1, p.23-29.

⁶³⁴ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce* (n°2), *op. cit.*

B - La réticence de la CJUE

191. Le juge de Luxembourg s'est interrogé sur la jurisprudence *Pla et Puncernau*. On peut remarquer une tentation pour assumer un contrôle comparable à celui de la Cour EDH (1). De manière plus claire encore que cette dernière, il préfère se fonder toutefois sur l'interprétation de la loi applicable au contrat plutôt que sur l'interprétation du contrat lui-même (2).

1 - La tentation d'un contrôle comparable à celui de la Cour EDH

192. C'est à l'occasion de l'affaire *Seda Küçükdeveci*, tranchée par la CJUE le 19 janvier 2010, que le droit de l'Union s'est interrogé sur la pertinence d'un alignement des Cours européennes concernant le contrôle de l'interprétation⁶³⁵. En l'espèce, la requérante avait été embauchée dès ses dix-huit ans dans la société Swedex. Dix ans plus tard, par courrier du 19 décembre 2006, la salariée avait été licenciée, son délai de préavis avait été fixé à un mois conformément à la législation. Or, selon la loi applicable, les périodes d'emploi effectuées avant l'âge de vingt-cinq ans ne sont pas prises en compte dans le calcul de la durée d'emploi, de sorte que la salariée invoquait une discrimination et se prévalait d'une directive de l'Union⁶³⁶, mise en œuvre en droit interne par une loi d'août 2006⁶³⁷. La salariée espérait ainsi exclure la disposition discriminatoire et se voir appliquer le BGB qui prévoyait un délai de préavis de 4 mois pour les salariés bénéficiant d'une ancienneté de dix ans.

Suivant les conclusions de l'avocat général⁶³⁸, la CJUE combine le principe général du droit de l'Union de non-discrimination mis en œuvre par la directive applicable afin d'utiliser la directive d'interprétation conforme aux dispositions nationales susceptibles de supporter un tel contrôle, et commande l'application de l'invocabilité d'exclusion pour le

⁶³⁵ CJUE GC, 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci*, *op. cit.* SIMON Denys. « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? ». *Op. cit.*

⁶³⁶ Directive n°2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁶³⁷ Cette directive avait été introduite dans l'ordre juridique allemand par la loi du 14 août 2006 dite loi générale sur l'égalité de traitement.

⁶³⁸ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 7 juillet 2009 sous l'affaire C-555/07.



reste. Concrètement, la disposition du BGB, ne prenant pas en considération pour le calcul de la durée de travail les années d'emploi avant l'âge de vingt-cinq ans, pourrait être exclue, mais le barème du délai de préavis en fonction de l'ancienneté demeurerait applicable.

193. Cette solution se situe dans un contexte favorable à la reconnaissance d'une diffusion accrue du droit de l'Union dans les situations entre particuliers⁶³⁹. Dans cette affaire, l'avocat général prévient que, « *eu égard à l'immixtion toujours croissante du droit communautaire dans les relations entre personnes privées, la Cour sera, à notre avis, inévitablement confrontée à d'autres hypothèses posant la question de l'invocabilité dans le cadre de litiges entre particuliers de directives qui contribuent à garantir des droits fondamentaux* »⁶⁴⁰. Il préconise par conséquent que, « *dans cette perspective, la Cour doit dès aujourd'hui réfléchir au point de savoir si l'identification de droits garantis par des directives comme constituant des droits fondamentaux permet ou non de renforcer l'invocabilité de celles-ci dans le cadre de litiges entre particuliers. La présente affaire offre à la Cour l'occasion de préciser la réponse qu'elle souhaite apporter à cette importante question* »⁶⁴¹.

Ainsi, l'avocat général s'interroge sur la solution du droit de l'Union en raison de « *la décision que prendrait un employeur de ne pas embaucher les travailleurs âgés de 45 ans ou de moins de 35 ans* »⁶⁴². Pour apporter une réponse, il fait référence à l'arrêt *Pla et Puncernau* par lequel la Cour a ouvert « *la voie à un contrôle de la compatibilité des actes purement privés au regard [du principe de non-discrimination]* »⁶⁴³. Si un litige mettant directement en cause un comportement privé autonome au regard du droit de l'Union, une solution comparable à celle retenue dans l'arrêt *Pla et Puncernau* pourrait être retenue. Il conviendrait, dans l'hypothèse imaginée par l'avocat général, de s'interroger sur l'effet de la directive sur la décision discriminatrice de l'employeur. Devrait-on essayer d'interpréter de

⁶³⁹ Ainsi, l'arrêt de la Cour ajoute l'expression « *saisie d'un litige entre particuliers* », qui n'apparaissait pas dans l'arrêt *Mangold*, malgré la question préjudicielle posée par la juridiction de droit interne qui mettait l'accent sur cette circonstance : CJUE GC, 22 novembre 2005, arrêt *Mangold*, *op. cit.*, §30.

⁶⁴⁰ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 7 juillet 2009 sous l'affaire C-555/07, §90.

⁶⁴¹ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 7 juillet 2009 sous l'affaire C-555/07, §90. La conclusion finale était sans appel, selon laquelle « *il incombe à la juridiction nationale de laisser inappliquée cette législation nationale, y compris dans le cadre d'un litige entre particuliers* ».

⁶⁴² *Ibid.*, §88.

⁶⁴³ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 7 juillet 2009 sous l'affaire C-555/07, §88, n°49.

manière conforme au droit de l'Union cette décision ou devrait-on la laisser inappliquée pour la partie incompatible avec ce droit ? A l'impossibilité d'opérer une interprétation conforme, il faudrait retenir, non pas la responsabilité de l'Etat en raison de la mauvaise transposition de la directive, mais la responsabilité de l'employeur. Dans ces conditions, l'avocat général propose, dans la mesure où les droits fondamentaux compris dans la directive ne seraient que des applications des droits contenus dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶⁴⁴, la reconnaissance d'une invocabilité renforcée sur le modèle de la jurisprudence *Mangold*.

194. Si les perspectives ouvertes par l'avocat général répondent expressément à l'inauguration d'un contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés par la Cour EDH, elles peuvent également se prévaloir de fondements solides en droit de l'Union. Ainsi, dans le deuxième arrêt *Defrenne*, la Cour avait franchi une étape importante en décidant les dispositions de l'Union possédant un caractère impératif s'imposait non seulement aux autorités publiques, mais « également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers »⁶⁴⁵. Il y a lieu de relever que, dans cet arrêt, la Cour écarte « l'objection tirée du fait que l'application, par les juridictions internes, du principe d'égalité de rémunération aurait pour effet de modifier ce que les parties ont convenu par des actes relevant de l'autonomie privée ou professionnelle, tels que les contrats individuels et les conventions collectives du travail »⁶⁴⁶. Cela démontre la conscience précoce de la Cour selon laquelle le contrôle de l'application du droit de l'Union emporte des obligations pour les parties à un acte juridique privé⁶⁴⁷, et sa conception selon laquelle les parties demeurent tenues de respecter les dispositions impératives.

⁶⁴⁴ A condition que lui soit reconnue une force juridique contraignante. Le Traité de Lisbonne lui a conféré en son article 6 « la même valeur que les traités » mais certains Etat comme le Royaume-Uni ont fait valoir une clause de dérogation.

⁶⁴⁵ CJUE 8 avril 1976, arrêt *Defrenne c/ Sabena*, aff.C-43-75, §39.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, §38.

⁶⁴⁷ L'un des arguments qui a décidé la CJUE à étendre son contrôle des actes des autorités publiques à ceux des personnes privées a consisté à souligner le risque d'inégalités que cette absence de contrôle aurait créées : CJUE 12 décembre 1974, arrêt *Walrave et Koch*, aff.C-36/74, §19 ; CJUE 15 décembre 1995, arrêt *Bosman*, aff.C-415/93, §84.



Selon une logique très proche, à l'occasion de l'arrêt *Angonese* et contre l'avis de l'avocat général⁶⁴⁸, la Cour a considéré qu'il lui revenait d'interpréter les dispositions du Traité même dans les litiges concernant des personnes privées⁶⁴⁹. Elle a décidé que l'obligation imposée par un employeur pour l'accès d'un candidat à un recrutement de faire la preuve de ses connaissances linguistiques au moyen d'un unique diplôme, délivré dans une seule province d'un Etat membre, constituait une discrimination sur le fondement des textes de l'Union. Si la CJUE ne précise pas les conséquences de cette décision dans l'affaire en cours, les données du litige démontrent que le droit italien prévoit la nullité *erga omnes* de la clause litigieuse s'il est établi qu'elle porte atteinte aux droits de tiers.

Dès lors, la solution rendue par la Grande chambre dans l'arrêt *AMS* apparaît « *relativement déceptive* »⁶⁵⁰. Toutefois, il apparaît raisonnable d'imaginer que, dans le prolongement de ces arrêts, la Cour puisse décider que certaines dispositions de l'Union puissent engendrer des obligations à l'égard des parties à un acte juridique privé et que les juridictions nationales, interprétant cet acte, aient l'obligation d'en conférer un sens conforme au droit de l'Union. Or, en comparaison de la richesse des conclusions de l'avocat général, la décision de la CJUE apparaît particulièrement sobre.

2 - La préférence du contrôle de l'interprétation de la loi

195. La CJUE, dans l'affaire *Seda Küçükdeveci*, répond dans le dispositif en interprétant d'une part la directive litigieuse, d'autre part en rappelant l'obligation pour la juridiction nationale d'appliquer la règle de l'invocabilité d'exclusion. Il convient de remarquer que la directive d'interprétation conforme, pourtant applicable au litige comme le révèle le raisonnement de la Cour⁶⁵¹, n'apparaît pas dans le dispositif⁶⁵². En outre, s'agissant des

⁶⁴⁸ Conclusions de l'avocat général Nial FENNELLY présentées le 25 novembre 1999 sous l'affaire C-281/98.

⁶⁴⁹ CJUE 6 juin 2000, arrêt *Angonese*, aff.C-281/98.

⁶⁵⁰ SIMON Denys. « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux ». *Op. cit.*

⁶⁵¹ CJUE GC, 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci*, *op. cit.*, §48.

⁶⁵² Cette formulation s'explique en partie parce que la Cour considère comme acquis, en se fondant sur les éléments transmis par la juridiction nationale, le fait que le droit interne ne soit pas susceptible d'interprétation conforme.



opportunités soulevées par l’avocat général, la CJUE n’en fait aucune allusion, alors que la Cour aurait pu, par exemple, relever que la deuxième branche de la première question ne mentionnait pas que la discrimination avait pour fondement une disposition légale, mais le motif de l’employeur dans une perspective de gestion flexible du personnel. Il est donc possible de considérer que la Cour, tout en répondant à la question préjudicielle, ne saisit pas l’occasion qui lui est offerte pour se prononcer en matière d’interprétation des actes juridiques privés.

196. Aux conclusions de l’avocat général Yves BOT dans l’affaire *Seda Küçükdeveci*, il faut adjoindre les conclusions de l’avocat général Niilo JÄÄSKINEN dans l’affaire *Sorge* tranchée par la CJUE le 24 juin 2010⁶⁵³. En l’espèce, Madame Sorge contestait la rédaction de son contrat de travail qui la liait à son employeur, la Poste italienne. En effet, ce contrat ne comportait pas la mention des noms des travailleurs remplacés, ni les motifs pour lesquels ces derniers étaient absents. Or, en vertu de la loi italienne du 18 avril 1962, ces indications auraient dû figurer tandis que, depuis le décret législatif du 6 septembre 2001, applicable au litige, une telle obligation n’existait plus. La requérante demandait à bénéficier de la clause 8 l’accord-cadre contenu dans la directive 1999/70 d’après laquelle « *la mise en œuvre du présent accord ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord* »⁶⁵⁴.

Ainsi, le contrat de travail de la requérante était valide au regard du décret législatif italien. Se posait en revanche la question de la conformité de ce dernier avec l’accord-cadre. Devant la CJUE saisie selon la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation, une confusion est apparue entre l’effet reconnu à l’accord-cadre et les conséquences sur l’activité tant législative que juridictionnelle des Etats membres⁶⁵⁵. Ainsi, bien que l’accord-cadre litigieux ne dispose pas d’un effet direct, les juges nationaux ont l’obligation d’interpréter le droit interne de manière conforme à celui-ci. L’avocat général précise que « *l’accord-cadre peut faire l’objet de litiges non seulement concernant les particuliers mais aussi concernant les partenaires sociaux* », ce qui revient à signifier que le contrat de travail

⁶⁵³ CJUE 24 juin 2010, arrêt Francesca Sorge ; conclusions de l’avocat général Niilo JÄÄSKINEN sous cette affaire, présentées le 22 avril 2010.

⁶⁵⁴ Clause 8 point 3 de l’accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999, lequel figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999, concernant l’accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JO L 175, p.43).

⁶⁵⁵ Conclusions de l’avocat général Niilo JÄÄSKINEN présentées le 22 avril 2010 sous l’affaire C-98/09, §70.



de la requérante doit être interprété de manière conforme au droit de l'Union⁶⁵⁶. Ainsi, un choix est possible entre l'interprétation conforme de la loi applicable au contrat et l'interprétation du contrat lui-même, en l'occurrence un contrat de travail. Toutefois, l'avocat général indique que l'« *interprétation des dispositions législatives et des accords collectifs conforme à la clause 8, point 3, dudit accord-cadre me paraît avoir davantage de pertinence à ce niveau que s'agissant d'apprécier des stipulations de contrats de travail individuels* »⁶⁵⁷. Par conséquent, d'une façon similaire à la Cour EDH dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*, on peut considérer que le contrôle de l'interprétation de la loi applicable au contrat est privilégié à celui de l'interprétation du contrat dans le système juridique de l'Union.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, §7, n°59.

⁶⁵⁷ *Ibid.*



Conclusion du Chapitre 2

197. L'obligation d'interprétation conforme a été consacrée par les deux Cours européennes. Plusieurs obstacles se dressaient pourtant pour empêcher qu'elles puissent être comparables : les droits protégés, la procédure de renvoi préjudiciel pour l'une, contentieuse pour l'autre, et une construction décalée. Aujourd'hui les deux obligations jouissent d'un régime juridique très proche. Toutes deux sont des obligations positives et de moyens mises à la charge des Etats.

198. L'obligation d'interprétation conforme porte de manière indubitable sur l'interprétation de la loi applicable au contrat. Si l'application à l'interprétation du contrat lui-même demeure exceptionnelle, il ne fait guère de doute que les cours européennes n'hésiteront pas à s'y employer. La Cour EDH a ainsi sanctionné l'Etat d'Andorre, tandis que, du côté du système juridique de l'Union, on s'est interrogé sur la pertinence d'une uniformisation de l'obligation d'interprétation conforme. Après l'échec d'un code civil européen, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, de manière directe ou utilisé comme un relai pour certaines dispositions de directives de l'Union, s'inscrit dans ce projet. Si le respect de cette obligation relativement à la loi applicable au contrat ne fait guère de doute sur le principe, la réception de cette directive d'interprétation relativement au contrat lui-même se heurte à des difficultés qui seront analysées dans la deuxième partie de cette étude.



Conclusion Titre 1

199. L'interprétation conforme constitue une directive qui déroge en tous points au sens conféré en droit interne à cette qualification. Alors que les directives françaises de droit commun se raccrochent à la règle d'interprétation subjective de l'article 1156, l'interprétation conforme constitue une directive objective. Elle rapproche, selon une conception normativiste, deux catégories de normes que l'on considère parfois comme n'appartenant pas à un même ordre juridique : la loi au sens général et le contrat⁶⁵⁸. L'interprétation conforme participe en ce sens d'un respect des règles d'ordre public, et en particulier des droits fondamentaux, là où la Cour de cassation a pu tolérer des entorses, matérialisées par une inaction judiciaire. L'interprétation conforme adopte alors une conception *réaliste* du droit, qui place le juge au cœur du problème, lorsque la Cour de cassation s'en était extirpée. En outre, là où la figure du juge en France est traditionnellement effacée, elle constitue tantôt le sauveur, permettant par son action et son agilité à rétablir une situation, tantôt celle par lequel le manquement est constaté. Ainsi, de directive, l'interprétation conforme acquiert le statut d'obligation pour le juge, ce qui constitue une nouveauté en droit commun des obligations.

200. Ce résultat auquel les deux cours européennes sont parvenues constitue la concrétisation d'un projet politique⁶⁵⁹. Il s'analyse également comme une conséquence des conceptions européennes de l'interprétation et du rôle du juge. En effet, en articulant selon un critère hiérarchique les normes entre elles, et en désignant le juge comme le garant d'une interprétation respectueuse de cette articulation, le droit européen a d'abord contourné les difficultés issues de l'action souveraine des législateurs. Mais, en faisant du juge un « *ministre du sens* »⁶⁶⁰, le droit européen a également mis à la charge des Etats une responsabilité plus importante encore, le juge devenant le garant de l'interprétation de toutes les « *lois* », y compris la loi formée par les parties.

⁶⁵⁸ PIGNARRE Geneviève. « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? ». *RDC* 2013, n°1, p.251-290, spéc. p.1.

⁶⁵⁹ Sur le concept de « *politique jurisprudentielle* » – concept *réaliste* – et ses conséquences en matière d'interprétation : DUBOUT Edouard. « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme ». *Op. cit.*

⁶⁶⁰ RIGAUX François. *La loi des juges*. *Op. cit.*

201. Ces potentialités de l'interprétation conforme, telles qu'elles peuvent être dégagées dans les droits européens, ne doivent pas masquer les difficultés rencontrées par les cours européennes, dont la conception pragmatique du droit est peu propice à la théorisation, et a pour effet de ne pas mobiliser des moyens disproportionnés pour parvenir au résultat recherché. En outre, les résistances sont importantes du côté des juridictions nationales, qui ont à cœur de défendre, comme les juges européens, leur mission d'interprète authentique des textes dont la garde leur a été confiée. S'ajoute pour la CJUE une structuration complexe du droit de l'Union qui, partant de considérations démocratiques louables, place celle-ci dans des positions acrobatiques, et l'empêche à ce jour de parvenir à franchir le seuil d'un contrôle européen de l'interprétation des actes juridiques privés.

202. A ces difficultés, il revient toutefois de relever les nombreux points communs développés par les cours européennes s'agissant du régime juridique de l'obligation d'interprétation conforme, obligation positive et obligation de moyens renforcée. Ces éléments constituent un avantage indéniable dans la poursuite inexorable de cette directive d'interprétation si particulière.

203. Après avoir impressionné par leurs mécanismes d'orfèvre en matière d'interprétation conforme, les cours européennes s'appêtent à faire perdre ses aiguilles à la juridiction du quai de l'Horloge, en promouvant une interprétation dynamique.



Titre 2 - L'interprétation dynamique

204. A l'interprétation conforme répond l'interprétation dynamique. Alors que la première contribue à rigidifier les systèmes juridiques et à assurer leur cohérence – à l'instar d'un squelette – la seconde se veut porteuse de souplesse et de réactivité, comme le serait une structure musculaire. Si l'interprétation conforme possède dorénavant des repères stables, l'interprétation dynamique apparaît plus diffuse.

205. La directive d'interprétation évolutive est certainement la figure la plus illustre de cette conception dynamique de l'interprétation du droit. Elle est d'abord l'outil privilégié de la Cour EDH⁶⁶¹. Elle a également été adoptée, dans une moindre mesure, par la CJUE au fur et à mesure que cette dernière s'est engagée dans la protection des droits fondamentaux et pour l'interprétation de notions au contenu sociétal⁶⁶². La CJUE emploie des méthodes très proches de la CJUE⁶⁶³, allant jusqu'à faire référence directement aux solutions dégagées par la Cour EDH. Ainsi, dans l'analyse des mécanismes de la directive d'interprétation évolutive, nous nous appuyerons sur la jurisprudence de la Cour EDH.

206. La Cour EDH a également constaté des violations de la Convention EDH en raison d'une interprétation mécanique de leur droit national par les juges. Ce nouveau contrôle inauguré par la Cour a donné naissance à deux figures distinctes, incarnées par les arrêts *Velcea et Mazare contre Roumanie* d'une part, et *Hutten-Czapska contre Pologne* d'autre part, qui sont appelés à devenir autant de Principes d'interprétation susceptibles d'engager la responsabilité des Etats en raison de l'activité de leurs juridictions. Ainsi, il convient d'étudier dans un premier temps la directive d'interprétation évolutive (Chapitre 1), puis la lutte engagée par la Cour EDH contre les interprétations mécaniques (Chapitre 2).

⁶⁶¹ OST François. *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*. In DELMAS-MARTY Mireille. *Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*. Paris : PUF, 1989, 512p.

⁶⁶² TINIERE Romain, SUDRE Frédéric (Dir.). *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*. Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier I. 2006. Bruxelles : Bruylant, 2008 (Droit et Justice).

⁶⁶³ *Ibid.*

Chapitre 1 - L'interprétation évolutive

207. La directive d'interprétation évolutive consiste, selon la définition proposée par le Professeur GREWE, « à apprécier les droits au moment où le juge se prononce »⁶⁶⁴. Elle participe à l'interprétation dynamique des textes en les adaptant aux conditions de vie actuelles. La directive d'interprétation évolutive constitue, sans en être l'apanage⁶⁶⁵, un outil

⁶⁶⁴ « Interprétation » (méthodes d'), définition par GREWE Constance. ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*. Paris : PUF, 2012 (Quadrige). La définition de l'« interprétation évolutive » ainsi proposée constitue un progrès dans la connaissance de cette directive d'interprétation. En 1989, malgré les développements des Professeurs OST et VAN DE KERCHOVE, aucune définition n'a été proposée : OST François et VAN DE KERCHOVE Michel. *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*. Bruxelles : Bruylant, 1989, p.295 sq. Dans la définition proposée par le Professeur GREWE, Le choix du verbe « apprécier » pour remplacer le terme « interprétation » laisse apparaître un glissement terminologique dont il convient de saisir la portée. L'étymologie met en lumière cet aspect : l'interprétation pourrait provenir du latin « inter-pretor », de telle sorte que ce terme désignerait le choix de l'interprète entre deux prix ou deux valeurs qui lui seraient proposés (V. supra §3). L'« appréciation » provient du latin « ad-pretium » (« appretiatio, onis » et « appretio, are ». GAFFIOT Félix. *Dictionnaire latin-français*. Paris : Hachette, 2000, 1531p.), l'interprète ayant alors pour mission d'évaluer quelque chose ou quelqu'un conformément à sa valeur ou son prix. Le juge n'est alors plus tant un arbitre des parties qu'une autorité publique disposant d'une habilitation du rédacteur de la norme. En réalité, plus qu'un choix entre les termes « interprétation » et « appréciation », c'est sur le résultat qu'il convient d'insister. En ce sens, il s'agit d'affirmer que la directive d'interprétation évolution a pour vocation de déterminer les droits dont le juge doit assurer la protection.

⁶⁶⁵ La CJUE utilise des mécanismes très proches : SIMON Denys. L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle. *Op. cit.* Il est possible également de se fonder sur la Convention de Vienne, conclue en 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, contient en ses articles 31 à 33 les directives d'interprétation pertinentes en matière de Traités internationaux : Convention de Vienne sur le droit des Traités, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Mais ces règles sont très générales, de sorte qu'elles font l'objet d'une application qui diffère d'un système à l'autre : V. en particulier : « Interprétation » (Méthodes d') : GREWE Constance. *Op. cit.* Avant même son entrée en vigueur, la Commission avait, à propos de l'affaire *Golder*, évoqué cette source. Elle avait toutefois tempéré son application au regard de la « nature particulière » de la Convention EDH, de telle sorte que ces dispositions devaient permettre de « l'interpréter de manière objective, et non en fonction de ce qu'une Partie a pu comprendre au moment où elle l'a ratifiée » : Affaire *Golder*, Rapport de la Commission du 1^{er} juin 1973, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, série B, vol.16, Strasbourg, 1975, p.34. Ainsi, si les directives contenues dans la Convention de Vienne ont pu faire l'objet d'une utilisation explicite comme implicite (Voir les arrêts cités par OST François et VAN DE KERCHOVE Michel. *Op. cit.*, p.261), Elles ne rendent toutefois pas compte de la particularité du système herméneutique strasbourgeois. Pour le Professeur GREWE, l'origine culturelle de la méthode d'interprétation dynamique est à rechercher dans la conception italienne du droit vivant, mise en pratique par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, mais également allemande ou encore suisse : GREWE Constance. *Op. cit.* Concrètement, l'argumentation de la Cour EDH repose en grande partie sur le préambule de la Convention et l'engagement des Etats « à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains



privilegié de la Cour EDH, destiné à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. Cette directive est utilisée par la Cour EDH, dans son rôle d'interprète de la Convention EDH, selon une conception progressiste⁶⁶⁶ dans laquelle la Convention constitue « *un instrument visant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles* »⁶⁶⁷. Après une lente maturation⁶⁶⁸, la Cour en fait un usage constant et cette affirmation est réitérée par la Cour EDH à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau*⁶⁶⁹.

208. L'arrêt *Pla et Puncernau* constitue cependant une application horizontale de la Convention à des personnes liées par un acte juridique privé. La problématique est donc de savoir si, et comment, comme le soutient la majorité de la doctrine, la Cour EDH a pu faire application de la directive d'interprétation évolutive en matière de relations interindividuelles⁶⁷⁰. Il faut concéder que l'arrêt s'avère d'une densité qui, dans une décision d'une telle richesse, aurait pu justifier quelques explications supplémentaires. C'est pourquoi il est nécessaire d'identifier les ambiguïtés de l'arrêt *Pla et Puncernau* (Section 1) avant d'en déterminer les enseignements (Section 2).

des droits énoncés dans la Déclaration universelle » : CEDH 21 février 1975, arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁶⁶⁶ Pour la Commission, la Convention EDH ne doit pas s'analyser comme un Traité entre plusieurs Etats, s'interprétant de manière restrictive. Il s'agit, au contraire, de privilégier une interprétation extensive des droits et obligations contenus dans la Convention, dont la « *fonction primordiale* » consiste à protéger les droits de l'individu : *Affaire Golder*, Rapport de la Commission, *op. cit.*, p.40.

⁶⁶⁷ CEDH 25 avril 1978, arrêt *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n°5856/72, §31 ; CEDH AP 13 juin 1979, arrêt *Marckx c/ Belgique*, *op. cit.*, §41 ; CEDH 9 octobre 1979, arrêt *Airey c/ Irlande*, *op. cit.*, §26.

⁶⁶⁸ Si l'origine de la directive d'interprétation évolutive dans la jurisprudence de la Cour EDH remonte à l'arrêt *Tyrer* de 1978, elle a franchi le pas à l'occasion de l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson* du 30 juin 1993, se prononçant sur le droit d'association négatif, ce qu'elle avait refusé de faire quelques mois plus tôt : CEDH 20 avril 1993, arrêt *Sibson c/ Royaume-Uni*, req. n°14327/88.

⁶⁶⁹ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

⁶⁷⁰ V. en particulier : SUDRE Frédéric. *Op. cit.*, §15 ; BOULANGER François. *Op. cit.*, §8 ; POISSON-DROCOURT Elisabeth. *Op. cit.*



Section 1 - Les ambiguïtés de l'arrêt *Pla et Puncernau*

209. L'analyse de l'application de la directive d'interprétation évolutive à un acte juridique privé à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau* est difficile pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la Cour se prononce en 2004 sur un testament conclu en 1939 et ouvert en 1949, tandis que la Convention EDH est entrée en vigueur en 1953. Ensuite, une part non négligeable des mécanismes de l'interprétation évolutive présents dans l'arrêt *Pla et Puncernau* provient en réalité de la jurisprudence *Mazurek*, pourtant brièvement évoquée dans le paragraphe 62. Aussi est-il nécessaire d'étudier dans un premier temps ce qui fonde la compétence *ratione temporis* de la Cour dans l'affaire *Pla et Puncernau* (§1), avant d'analyser l'articulation de cet arrêt avec l'arrêt *Mazurek* (§2).

§ 1 - La compétence *ratione temporis* de la Cour EDH

210. S'agissant de l'interprétation d'un testament rédigé en 1939 et exécuté en 1949, il était sans doute opportun de préciser pour quelles raisons la Cour était compétente *ratione temporis* pour connaître de l'affaire. Il est possible de penser que l'Etat andorran était loin de s'imaginer que sa responsabilité pouvait être engagée en raison de l'interprétation d'un acte juridique privé, de telle sorte que le moyen tiré d'une incompétence *ratione temporis* n'a pas été soulevé.

Si la compétence de la Cour *ratione temporis* doit être reconnue dans l'affaire *Pla et Puncernau*, au regard de la jurisprudence de celle-ci en la matière, il est toutefois intéressant de l'établir. En effet, elle met en valeur la position singulière du juge et permet de comprendre comment la Cour ne peut qu'imaginer que l'interprétation s'effectue au moment où le juge interprète le contrat, selon une conception *réaliste*.

Ainsi, l'étude de la compétence *ratione temporis* impose dans un premier temps d'identifier un acte imputable à l'Etat, qui n'est autre, dans l'affaire *Pla et Puncernau*, que l'interprétation du testament par le juge andorran (A). Elle impose, dans un second temps, d'apprécier l'environnement de la décision qui a consacré le manquement au contenu de la Convention EDH (B).

A - L'identification d'un acte imputable à l'Etat : l'interprétation judiciaire du testament

211. S'agissant de l'engagement de la responsabilité d'un Etat, Haute Partie contractante à la Convention EDH, la Cour recherche un acte imputable à cet Etat. Mais cet acte doit revêtir certaines qualités.

Il résulte d'abord des articles 32 et 59 de la Convention EDH que la compétence *ratione temporis* est, comme toutes les questions liées à la compétence de la Cour EDH⁶⁷¹, du ressort de cette dernière, et que, à compter de l'entrée en vigueur de la Convention dans dix Etats, toute Haute Partie contractante supplémentaire est tenue par la Convention à compter du « *dépôt de l'instrument de ratification* »⁶⁷². En outre, l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, auquel la Convention dépend en raison de sa qualité de Traité international, prévoit en substance la compétence de la juridiction à partir de l'entrée en vigueur du Traité ou en présence d'une situation dont les effets perdurent après l'entrée en vigueur⁶⁷³.

212. Cette règle a implicitement scellé le sort de l'affaire *Kadikis contre Lettonie*⁶⁷⁴. La Cour, dans son arrêt *Blečić contre Croatie*, l'a expressément citée au nombre des éléments

⁶⁷¹ La question de la compétence *ratione temporis* de la Cour n'est pas seulement une condition nécessaire à la recevabilité de la requête. Ainsi la Cour indique qu'elle n'est pas une question de recevabilité au sens étroit du terme mais une question de compétence au sens de l'article 32 de la Convention : CEDH GC 8 mars 2006, arrêt *Blečić c/ Croatie*, req. n°59532/00, *op. cit.*, §67. Ainsi par exemple, il n'est pas nécessaire pour l'Etat de soulever cette question au moment de la recevabilité : *ibid.*, §69. Ainsi encore, la Cour a l'obligation de déterminer, à tout moment, l'étendue de sa compétence. Le fait de relever un acte ou une omission de l'Etat retenant la compétence – au sens de recevabilité – de la Cour ne signifie pas que la question de la compétence *ratione temporis* est close.

⁶⁷² Art. 32 et 59 de la Convention EDH.

⁶⁷³ « *Les dispositions d'un Traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce Traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date* » : Convention de Vienne sur le droit des Traités, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, art. 28. V. également le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite établi par la Commission du droit international, selon lequel « *la violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale* » : art. 14 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite établi par la Commission du droit international, 53^{ème} session, 2001. Ce projet n'a pas donné lieu à un instrument disposant d'une force contraignante.

⁶⁷⁴ CEDH 29 juin 2000, décision sur la recevabilité *Kadikis c/ Lettonie*, req. n°47634/99. V. également la jurisprudence citée dans cette décision.

de droit pertinent⁶⁷⁵. Dans certains arrêts, la formule n'en subit pas moins quelques adaptations et englobe tant les situations continues que les actes instantanés⁶⁷⁶. Il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que les « *situations continues* » - c'est-à-dire les situations entamées avant l'entrée en vigueur de la Convention EDH au regard de l'Etat défendeur mais dont les effets perdurent après – constituent une limite importante au principe mais qui demeure quantitativement faible.

Par exemple, dans l'affaire *Yağci et Sargin contre Turquie*, les requérants avaient été arrêtés et placés en garde à vue à leur descente d'avion le 16 novembre 1987, et acquittés le 9 octobre 1991. Or, la Turquie avait ratifié la Convention EDH le 18 mai 1974 – laquelle entrait en vigueur le jour même – mais, par une déclaration du 22 janvier 1990, l'Etat turc reconnaissait la juridiction obligatoire de la Cour EDH tout en minimisant la portée de ce caractère obligatoire. Dans cette affaire⁶⁷⁷, au moyen d'incompétence *ratione temporis* soulevé par l'Etat⁶⁷⁸, la Cour retient le fait que les requérants, à la date du 22 janvier 1990, date de la déclaration de l'Etat turc concernant la compétence de la Cour, étaient en détention provisoire, pour conclure à sa compétence *ratione temporis*.

213. La catégorie des actes instantanés se rencontre plus fréquemment dans la jurisprudence de la Cour. Un acte instantané au sens où l'entend la Cour EDH est un acte faisant grief au requérant et dont la réalisation est ponctuelle dans le temps. Il s'agit

⁶⁷⁵ CEDH GC 8 mars 2006, arrêt *Blečić c/ Croatie*, *op. cit.*, §45. V. dans les paragraphes suivants les autres éléments de droit international pertinents selon la Cour.

⁶⁷⁶ Ainsi, selon la Cour, à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention ou d'un de ses Protocoles à l'égard d'un Etat, « *tous les actes et omissions prétendument imputables à l'Etat doivent se conformer à la Convention ou à ses protocoles* » : CEDH 8 juin 1995, *Yağci et Sargin c/ Turquie*, req. n°16419/90 et 16426/90, §40. En outre, les faits postérieurs relèvent de la compétence de la Cour même « *lorsqu'ils ne sont que les prolongements d'une situation préexistante* » : *Ibid.* V. également la décision *Broniowski*, qui concerne les actes instantanés et qui reprend la formulation large précitée : CEDH GC 19 décembre 2002, décision sur la recevabilité *Broniowski c/ Pologne*, *op. cit.*, §74.

⁶⁷⁷ Déjà dans l'arrêt *Loizidou*, l'Etat turc avait tenté de limiter *ratione loci* la portée de son engagement, sans succès : CEDH GC 23 mars 1995, arrêt *Loizidou c/ Turquie* (exceptions préliminaires), req. n°15318/89, §89.

⁶⁷⁸ La Cour ne pouvait être compétente, selon le gouvernement turc, ni à l'égard de faits antérieurs à sa déclaration de 1990, ni à l'égard de ceux qui lui sont postérieurs dans la mesure où, par nature, ils ne constituent que « *des prolongements des premiers* » : CEDH 8 juin 1995, arrêt *Yağci et Sargin c/ Turquie*, *op. cit.*, §37.

d'identifier un acte emportant, par lui-même, un manquement à la Convention EDH, qu'il s'agisse d'une loi⁶⁷⁹ ou, comme dans l'affaire *Pla et Puncernau*, d'une décision de justice⁶⁸⁰.

C'est à l'occasion de son arrêt *Blečić contre Croatie* que la Cour, réunie en Grande chambre, a indiqué la méthode à suivre afin de statuer sur la compétence *ratione temporis* de la Cour dans ces hypothèses. Parmi celles-ci, la compétence de la Cour en raison d'une décision de justice, prise au regard de situations formées avant l'entrée en vigueur de la Convention EDH mais rendue postérieurement, concerne la problématique de l'interprétation par le juge d'un acte juridique privé.

La distinction entre la catégorie des situations continues et des actes instantanés n'est cependant pas toujours facile d'utilisation, dans la mesure notamment⁶⁸¹ où elle subit l'influence des obligations positives. Si par exemple, de manière générale, l'homicide constitue un acte instantané, la disparition illustre une situation continue, il n'en va pas toujours ainsi. La règle se vérifie par exemple dans l'affaire *Moldovan et autres contre Roumanie*⁶⁸², comme dans l'affaire *Šilih*⁶⁸³. Il n'en est pas de même des disparitions où, par

⁶⁷⁹ V. par exemple CEDH GC 19 décembre 2002, décision sur la recevabilité Broniowski c/ Pologne, *op. cit.* ; CEDH GC 22 juin 2004, arrêt Broniowski c/ Pologne, *op. cit.* ; CEDH GC 22 février 2005, arrêt Hutten-Czapska c/ Pologne, *op. cit.*, §140 ; CEDH 11 janvier 2000, arrêt Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e.a. c/ Portugal, req. n°29813/96 et 30229/96.

⁶⁸⁰ V. par exemple, bien que la Cour n'ait pas reconnu sa compétence *ratione temporis* dans ces affaires : CEDH 28 février 2002, décision sur la recevabilité Jovanović c/ Croatie, req. n°59109/00 ; CEDH GC 8 mars 2006, arrêt Blečić c/ Croatie, req. n°59532/00.

⁶⁸¹ Dans sa démonstration, la Cour oscille parfois entre l'intérêt du contexte historique et la nécessité de fonder sa solution sur des décisions des autorités étatiques, comme l'illustre l'arrêt *Hutten-Czapska*. Ainsi, la Cour EDH, saisie par le requérant, constate que sa demande porte « sur l'impossibilité continue où elle se trouve de recouvrer la possession de son bien et de percevoir un prix adéquat pour la location de sa maison » Mais la Cour, à l'instar de l'arrêt *Broniowski*, précise que c'est la loi entrée en vigueur le 12 novembre 1994, soit après l'entrée en vigueur le 10 octobre 1994 du Protocole n°1 en Pologne, qui sert de fondement à la reconnaissance d'une violation de l'article 1 du Protocole n°1 : CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne, op. cit.*, §148.

⁶⁸² CEDH 13 mars 2001, décision sur la recevabilité, *Moldovan e.a. et Rostas e.a. c/ Roumanie*, req. n°41138/98 et 64320/01 ; CEDH 12 juillet 2005, arrêt *Moldovan e.a. c/ Roumanie*, req. n°41138/98 et 64320/01. En l'espèce, une rixe avait éclatée dans un village de Roumanie au soir du 20 septembre 1993. Trois Roms avaient connu la mort mais, la Roumanie n'ayant ratifié la Convention que le 20 juin 1994, la Cour s'est déclarée incompétente *ratione temporis*: « It [the Court] observes however that the alleged obligation under the Convention of the Romanian authorities to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of all individuals responsible for the deaths of the applicants' relatives is derived

hypothèse, le décès fait l'objet d'un doute, comme dans l'affaire *Varnava et autres contre Turquie*⁶⁸⁴.

214. La Cour considère en effet que, malgré sa connaissance du sort des disparus, il s'agit de « *situations continues* », en raison de l'absence persistante d'enquête de la part de l'Etat défendeur⁶⁸⁵. En réalité, lorsqu'une personne est portée disparue⁶⁸⁶, l'Etat concerné a l'obligation de mener une enquête afin d'apporter des explications à cette disparition ainsi que sur l'endroit dans lequel elle se trouve. La qualité de « *personne disparue* » - situation continue⁶⁸⁷ – fait naître à la charge de l'Etat une obligation continue jusqu'à ce que des éléments probants sur le sort de la personne soient fournis, en retenant sa compétence sur

from the aforementioned killings whose compatibility with the Convention cannot be examined by the Court », CEDH 13 mars 2001, décision sur la recevabilité Moldovan e.a. et Rostas e.a. c/ Roumanie, *op. cit.*

⁶⁸³ CEDH 28 juin 2007, arrêt Šilih c/ Slovénie, req. n°71463/01; CEDH GC 9 avril 2009, arrêt Šilih c/ Slovénie. En l'espèce, les requérants avaient amené, le 4 mai 1993 leur fils âgé de vingt ans à l'hôpital de Slovenj Gradec, où il décédé après avoir reçu une substance auquel il était allergique. L'Etat slovène ayant ratifié la Convention EDH le 28 juin 1994, la Cour s'est déclarée incompétente *ratione temporis* sur le volet matériel de l'article 2, puisque le grief reposait « *de toute évidence sur des faits qui sont survenus et se sont achevés avant le 28 juin 1994* » : CEDH 28 juin 2007, arrêt Šilih c/ Slovénie, *op. cit.*, §89-90. Cette solution a été confirmée par CEDH GC 9 avril 2009, arrêt Šilih c/ Slovénie, *op. cit.*, §139. Par ces mots, la Cour désigne l'homicide comme constitutif d'un acte instantané, strictement limité dans le temps.

⁶⁸⁴ CEDH GC 18 septembre 2009, arrêt Varnava e.a. c/ Turquie, req. n°16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90. L'affaire remonte à l'été 1974, au moment de l'assaut donné par les troupes turques sur le territoire de Chypre. Les neuf requérants avaient été faits prisonniers par l'armée turque. Détenus provisoirement, ils n'étaient jamais reparus jusqu'à l'été 2006 dans un charnier. V. également Commission 26 mai 1975, décision sur la recevabilité Chypre c/ Turquie, req. n°6780/74, 6950/75, 8007/77, 25781/94, ainsi que CEDH 10 juillet 1978, décision sur la recevabilité Chypre c/ Turquie, req. n°8017/77, §44-45. Egalement, Dans l'arrêt rendu par la Grande chambre le 10 mai 2001, la Cour a reconnu l'existence de multiples violations continues de la Convention EDH et de son Protocole n°1 : CEDH GC 10 mai 2001, arrêt Chypre c/ Turquie, req. n°25781/94.

⁶⁸⁵ CEDH GC 18 septembre 2009, arrêt Varnava e.a. c/ Turquie, *op. cit.* §148-150. Par conséquent, si elle se place au moment de la disparition des individus pour apprécier leur chance de vie et attribuer à ceux-ci la qualification de « *personne disparue* », elle considère que cette hypothèse donne lieu à une situation continue.

⁶⁸⁶ A l'inverse, lorsqu'il y a présomption de décès, le décès constitue, dès la date fixée pour celui-ci, un acte instantané. Intervenues avant l'entrée en vigueur de la Convention EDH dans le pays concerné, les griefs sur le fondement des articles 3 et 5 doivent être considérés comme irrecevables *ratione temporis*. En revanche, il est possible de formuler une demande sur le fondement de l'article 2 de la Convention dans son volet procédural.

⁶⁸⁷ V. notamment *ibid.*, §96.



le volet procédural des articles de la Convention EDH⁶⁸⁸, et en s'appuyant sur la notion de « *détachabilité des obligations procédurales* »⁶⁸⁹.

Par conséquent, Comme le rappelle l'arrêt *Blečić*, se fondant sur une jurisprudence abondante, « *la compétence temporelle de la Cour doit se déterminer par rapport aux faits constitutifs de l'ingérence alléguée* »⁶⁹⁰. En outre, il convient d'être attentif dans l'hypothèse d'une obligation positive, susceptible d'entraîner la compétence *ratione temporis* de la Cour EDH.

215. Dans l'affaire *Pla et Puncernau*, la rédaction du testament en 1939 et sa mise en œuvre en 1949 au décès de son auteur se situaient à une période largement antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention EDH en Andorre, le 22 janvier 1993. En outre, la solution de la Cour aboutit à imposer la lecture de la juridiction européenne concernant cet acte unilatéral, formé à une époque où la Convention, non seulement ne s'imposait pas à l'Etat andorran, mais n'était pas même encore rédigée.

La jurisprudence de la Cour en matière de compétence *ratione temporis* incite à respecter une distinction entre la formation du testament et son interprétation. En effet, si les requérants s'étaient contentés de dénoncer le caractère discriminatoire du testament au moment de sa formation, la Cour EDH aurait été fondée à se déclarer incompétente. L'interprétation de ce même testament par le Tribunal supérieur d'Andorre le 8 mai 2000, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention EDH, est de nature à modifier la

⁶⁸⁸ C'est ainsi que, dans l'affaire *Šilih contre Slovaquie*, la Cour, après avoir rejeté sa compétence *ratione temporis* quant au volet matériel de l'article 2, retient sa compétence sur le volet procédural : CEDH GC 9 avril 2009, arrêt *Šilih c/ Slovaquie*, *op. cit.*, §153 sq. Il s'agit en réalité de la même obligation positive que celle révélée pour la première fois par l'arrêt *Mc Cann* : CEDH GC 27 septembre 1995, arrêt *Mc Cann e.a. c/ Royaume-Uni*, req. n°18984/91, §153 sq. A défaut d'y satisfaire, l'Etat engage sa responsabilité sur le fondement de l'article 2, comme dans les affaires *Timurtaş, Cicek, Akdeniz et autres* et *Kurt* : CEDH 13 juin 2000, arrêt *Timurtaş c/ Turquie*, req. n°23531/94 ; CEDH 27 février 2001, arrêt *Cicek c/ Turquie* ; req. n°25704/94 ; CEDH 31 mai 2001, arrêt *Akdeniz e.a. c/ Turquie*, req. n°25165/94 ; CEDH GC 25 mai 1998, arrêt *Kurt c/ Turquie*, req. n°24276/94.

⁶⁸⁹ SURREL Hélène. « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention ». *RTDH* 2012, n°90, p.271.

⁶⁹⁰ CEDH GC 8 mars 2006, arrêt *Blečić c/ Croatie*, *op. cit.*, §77.

solution. En effet, l'acte d'interprétation par le juge nationale constitue un acte susceptible d'entraîner la compétence de la Cour au sens de la jurisprudence *Blečić contre Croatie*⁶⁹¹.

B - L'appréciation de l'environnement de la décision judiciaire litigieuse

216. Selon la Cour, « *pour établir la compétence temporelle de [celle-ci], il est donc essentiel d'identifier dans chaque affaire donnée la localisation exacte dans le temps de l'ingérence alléguée* »⁶⁹². La Cour ne s'est jamais privée, sa compétence établie par un acte ou une omission de l'Etat postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention EDH à son égard, de prendre en considération des événements antérieurs à cette date⁶⁹³. Mais la reconnaissance d'une violation de la Convention EDH demeure subordonnée aux conséquences attachées à l'acte postérieur⁶⁹⁴.

217. L'interprétation du testament par le juge national peut s'analyser comme un acte instantané. En effet, il s'agit d'un acte dont il est possible de déterminer si l'apparition, précisément définie dans le temps, est ou non postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat défendeur. Encore convient-il que la décision du juge soit déterminante dans la violation alléguée de la Convention. Or, la Cour dans son arrêt *Blečić* a instauré des conditions relativement protectrices pour les Etats.

La solution du Tribunal d'Andorre retient que l'enfant adopté ne pouvait être considéré comme un « *enfant d'un mariage légitime et canonique* » au sens du testament de 1939. La Cour estime que cette interprétation doit s'analyser comme une exclusion judiciaire

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *Ibid.*, §82.

⁶⁹³ Ainsi dans l'affaire *Sovtransavto Holding contre Ukraine*, la Cour avait affirmé qu'elle tenait compte d'événements antérieurs « *dans le contexte de l'examen des griefs dont elle se [trouvait] saisie* » : CEDH 25 juillet 2002, arrêt *Affaire Sovtransavto holding c/ Ukraine*, req. n°48553/99, §57. Dans l'affaire *Broniowski*, la Cour assurait également tenir compte du contexte mais en limitant sa portée à la compréhension de « *la situation juridique et factuelle complexe qui se présente aujourd'hui* » : CEDH GC 22 juin 2004, arrêt *Broniowski c/ Pologne*, *op. cit.*, §124.

⁶⁹⁴ Dans l'affaire *Broniowski*, le contexte a été utilisé afin de déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation à reconnaître à l'Etat défendeur : CEDH GC 22 juin 2004, arrêt *Broniowski c/ Pologne*, *ibid.*, §163.

de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux⁶⁹⁵. Mais on pourrait également affirmer que c'est la décision judiciaire, une fois revêtue de l'autorité de la chose jugée, qui produit l'exclusion judiciaire. En l'espèce, les divers recours intentés par les requérants ayant été rejetés, la décision de justice leur faisant grief était revêtue de l'autorité de la chose jugée le 17 novembre 2000, date de la décision du Tribunal constitutionnel, aucune autre voie de recours interne n'étant possible. Or, la jurisprudence de la Cour EDH commande de déterminer précisément quelle est la dernière décision faisant grief pour retenir sa compétence. S'agit-il du 18 mai 2000, date de la décision du Tribunal supérieur d'Andorre, ou du 17 novembre 2000, date à laquelle cette décision est devenue exécutoire ?

218. Pour se déterminer, la Cour EDH apprécie la capacité de la juridiction à redresser le tort subi par le requérant pour décider si cet acte est, non seulement imputable à l'Etat, mais également est un acte qui fait grief.

Plus précisément, la Cour, dans son arrêt *Blečić*, a fait une interprétation particulière de l'adage « *tempus regit actum* ». Habituellement utilisé en matière contractuelle, afin d'indiquer que l'acte est régi, quant à sa forme, par la loi en vigueur lors de sa formation, l'adage ne s'attache pas ici à l'acte juridique au sens d'une convention mais au sens de l'ingérence commise par les autorités étatiques. Ainsi dans l'arrêt *Blečić*, la Cour indique que l'octroi d'une voie de recours présuppose normalement un constat selon lequel l'acte était contraire au droit tel qu'il était en vigueur au moment de l'ingérence « *tempus regit actum* »⁶⁹⁶. Il s'agit par conséquent de s'assurer que, lorsque le juge apprécie la situation juridique, celui-ci peut se prévaloir d'outils disponibles quand l'ingérence a été commise. S'agissant d'une violation de la Convention commise à l'occasion d'une décision de justice, le juge qui a commis l'ingérence devait pouvoir utiliser le droit dont on lui reproche à présent la méconnaissance. En l'espèce, lorsque le juge avait commis l'ingérence, la Convention EDH n'était pas applicable en Croatie, de sorte que la Cour constitutionnelle ne pouvait sanctionner la juridiction précédente de ne pas l'avoir utilisée.

Dans l'affaire *Pla et Puncernau*, l'utilisation de cet adage par la Cour EDH n'aurait pas produit de résultats supplémentaires. En effet, la Convention étant entrée en vigueur en Andorre lorsque le juge national a statué, il revenait à ce dernier de conférer une interprétation conforme à la Convention EDH telle qu'interprétée par la Cour. Bien que la

⁶⁹⁵ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §60.

⁶⁹⁶ CEDH GC 8 mars 2006, arrêt *Blečić c/ Croatie*, *op. cit.*, §80.



solution puisse paraître sévère, dans la mesure où l'ingérence est constituée par la décision de justice, son auteur disposait des outils pertinents pour empêcher la survenance de la violation de la Convention EDH. On se détache ainsi de l'affaire *Blečić*, dans laquelle on pouvait s'interroger sur les possibilités du juge pour redresser un tort occasionné par une loi.

Dans cette affaire *Pla et Puncernau*, c'est le juge qui a occasionné la violation de la Convention EDH. La Cour identifie, dans le paragraphe 60 de son arrêt, la décision du Tribunal supérieur de justice du 18 mai 2000 comme la source du manquement à la Convention EDH. C'est par conséquent cette date qu'il convient de retenir pour établir la compétence *ratione temporis* de la Cour.

219. Par ailleurs, la Cour EDH apprécie la connaissance que la juridiction pouvait avoir du contenu du droit de la Convention EDH à protéger. Cela signifie concrètement que, tant que les droits issus du testament n'ont pas été liquidés et n'ont pas été contestés, leurs créanciers « *savaient – ou auraient dû savoir – que leurs droits pouvaient se voir remis en cause* »⁶⁹⁷.

Cette hypothèse quitte les rivages de la problématique de la compétence *ratione temporis* de la Cour EDH pour entrer dans les mécanismes de l'interprétation évolutive. Pourtant, dans l'hypothèse où la juridiction nationale ne pouvait pas connaître au moment où elle jugeait le contenu de la Convention EDH, la Cour ne pourrait constater un manquement. Elle ne se fonde alors pas sur la compétence *ratione temporis* mais, dans le cadre du contrôle de proportionnalité mené par la Cour, les intérêts du requérant sont supplantés. Concrètement, il convient de reprendre les éléments dégagés à l'occasion de l'examen de la compétence *ratione temporis* de la Cour, et notamment, l'acte qui justifie sa compétence. Puis, il convient de comparer la date de cet acte avec l'évolution du contenu de la Convention EDH. La démarche la plus rigoureuse consiste à retenir la date à laquelle l'arrêt de la Cour EDH actant l'évolution du contenu de la Convention est devenu définitif, mais la Cour s'inspire parfois des mécanismes de la directive d'interprétation conforme pour retenir une date antérieure. Elle se fonde alors notamment sur les caractéristiques de la tendance qui l'a conduite à l'interprétation évolutive, ainsi que sur les signes d'évolution propres à l'Etat défendeur.

⁶⁹⁷ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §68.



Une fois encore, le contenu de l'arrêt *Pla et Puncernau* n'est perceptible qu'au travers d'autres arrêts rendus sur la même problématique. La finalité est de déterminer si, au moment où le Tribunal supérieur de justice andorran statue, le 18 mai 2000, il pouvait éviter le manquement au contenu de la Convention EDH qui s'appuie sur l'arrêt *Mazurek* qui a consacré le principe d'égalité des enfants en matière de droits à caractère civil. Ainsi, dans l'arrêt *Fabris*, la Cour s'attache à identifier dans le contexte procédural de l'affaire la survenance de l'arrêt *Mazurek*⁶⁹⁸. Dans l'arrêt *Brauer contre Allemagne*, la Cour « rappelle à cet égard que dès 1979, elle avait considéré dans son arrêt *Marckx [contre Allemagne]*, que la distinction établie en matière successorale entre enfants « naturels » et enfants « légitimes » posait un problème sur le terrain des articles 14 et 8 combinés »⁶⁹⁹.

Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, le raisonnement de la Cour EDH est maladroit, ou du moins en construction, puisqu'elle prend pour référence l'ouverture de la succession, en 1996, la jurisprudence *Mazurek* étant postérieure. En réalité, deux semaines après que l'arrêt *Mazurek* soit devenu définitif, la juridiction d'appel andorrane estimait qu'il « n'existe aucun argument favorable à l'inclusion des enfants adoptifs de l'héritier fiduciaire »⁷⁰⁰. En outre, comme dans l'affaire *Fabris*, le requérant était connu des autres bénéficiaires des libéralités litigieuses, de sorte que, selon la Cour, « cela suffisait à nourrir des doutes justifiés sur la réalité du partage »⁷⁰¹. Par conséquent, non seulement la Cour EDH était compétente pour se prononcer sur un testament conclu en 1939 et ouvert en 1949, mais l'évolution de la Convention EDH opérée par l'arrêt *Mazurek* en 2000 était opposable à l'Etat andorran, avec les conséquences qu'il convient d'analyser concernant les parties à l'acte juridique privé.

§ 2 - L'interprétation évolutive et l'acte juridique privé

220. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, le rappel du caractère dynamique de la Convention est bref et s'articule avec la jurisprudence *Mazurek* (A). Ce n'est qu'après avoir déterminé

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ CEDH 28 mai 2009, arrêt *Brauer c/ Allemagne*, *op. cit.*, §43.

⁷⁰⁰ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §18.

⁷⁰¹ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §68. Cet argument vient également contrebalancer l'argument de la « paix des familles ».



précisément l'apport de cette jurisprudence qu'il est possible d'identifier, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, les éléments spécifiques de l'interprétation évolutive de l'acte juridique privé (B).

A - L'articulation de la jurisprudence *Mazurek*

221. L'utilisation de la jurisprudence *Mazurek* permet à la Cour EDH de faire l'économie de certaines démonstrations utiles au soutien de la solution à laquelle elle parvient dans l'arrêt *Pla et Puncernau* (1). Il convient d'en mesurer les conséquences sur ce dernier arrêt (2).

1 - Les éléments de l'arrêt *Mazurek*

222. La directive d'interprétation évolutive permet à la Cour EDH d'interroger le contenu de la Convention EDH et de l'adapter aux évolutions qu'elle peut constater en matière de protection des droits fondamentaux⁷⁰². Elle permet l'accroissement des droits protégés sur le

⁷⁰² La doctrine relève que, si la Convention EDH obéit à une double logique en qualité d'une part de sa nature de Traité international, d'autre part de sa mission en matière de protection des droits de l'Homme, la Cour EDH a « fait primer la dimension « droits de l'homme sur la dimension « traité international », contribuant à une interprétation « dynamique » favorable au développement des droits de l'individu, au détriment d'une interprétation conservatrice : SUDRE Frédéric. *L'interprétation dynamique de la cour européenne des droits de l'homme*. In L'office du juge. Les colloques du sénat, 29 et 30 septembre 2006, p.224-242, spéc. p.225. Disponible sur < http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf > (consulté le 18/09/2015).

La doctrine a pu rapprocher la directive d'interprétation évolutive de l'interprétation téléologique : V. notamment OST François et VAN DE KERCHOVE Michel. *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit*. Op. cit., p.295. Cette dernière consiste à prendre « pour principe qu'une règle doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités » : « téléologique ». CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. Op. cit. La Cour interprète de façon large les finalités de de la Convention EDH et ne recherche pas dans la volonté des auteurs de la Convention, pour chaque droit, les moyens de son interprétation dynamique. La Cour EDH ne s'arrête par conséquent pas à l'environnement des Etats parties à la Convention mais la doctrine considère en outre que, de manière générale, « la pratique jurisprudentielle montre assez nettement que l'interprétation évolutive n'est qu'exceptionnellement « consensuelle » » : SUDRE Frédéric. « Convention Européenne Des Droits De L'homme – Caractères généraux ». *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 6500, 2013, §64 ; SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Op. cit., §154. *Contra*, constatant une évolution : PASTRE-BELDA, Béatrice. « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? ». *RTDH* 2015, n°101, p.89-113. Décelant une volonté de coopération plutôt qu'un affrontement entre la jurisprudence de la Cour EDH les cultures nationales : GARAPON Antoine. « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne ». *RTDH* 2011, n°87, p.439.



fondement de ce texte⁷⁰³. Pour se décider, elle effectue une opération de connaissance⁷⁰⁴, qui guide son action sans totalement l'expliquer⁷⁰⁵.

223. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, la problématique portait sur l'application du principe de non-discrimination en matière d'égalité des filiations. Le raisonnement de la Cour se

⁷⁰³ Dans l'arrêt *Siliadin* par exemple, la Cour se penche sur la problématique des formes modernes d'esclavage : CEDH 26 juillet 2005, arrêt *Siliadin c/ France*, req. n°73316/01, §89 et 112. V. également, pour des faits proches : CEDH 7 janvier 2010, arrêt *Rantsev c/ Chypre et Russie*, req. n°25965/04, §285. Sur l'évolution du texte de la Convention EDH : MARGUENAUD, Jean-Pierre. « Les mutations de la convention : le texte initial, les protocoles et l'interprétation jurisprudentielle ». LPA 22/12/2010, n°254, p.5-8.

⁷⁰⁴ Cette opération peut consister dans la comparaison des législations des Etats signataires de la Convention EDH, mais également les règles de droit inscrites dans l'ordre juridique international, en particulier les instruments de protection des droits fondamentaux. Par exemple, dans l'arrêt *Vô contre France*, la Cour s'intéresse, s'agissant de la question de la nature et du statut de l'embryon et du fœtus, à la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine : CEDH GC 8 juillet 2004, arrêt *Vô c/ France*, req. n°53924/00, §84. Dans l'arrêt *Christine Goodwin*, la Cour observe l'évolution de la législation sur le transsexualisme à « *Singapour (...), au Canada, en Afrique du Sud, en Israël, en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans tous les Etats d'Amérique sauf deux* » : CEDH GC 11 juillet 2002, arrêt *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n°28957/95, §56. Dans l'arrêt *Siliadin* par exemple, la Cour recense le contenu des autres instruments de protection contre le travail forcé et l'esclavage, qu'ils aient ou non été signés par la France, relève les évolutions du droit international sur le sujet posé et précise, dans cette affaire, qu'elle a opéré une interprétation de la disposition concernée de la Convention EDH en prenant en compte une Convention issue de l'Organisation Internationale du Travail : CEDH 26 juillet 2005, arrêt *Siliadin c/ France*, op. cit. La Cour EDH ne se limite pas à cette recherche et apprécie l'existence d'un consensus européen de façon qualitative : « *l'importance des facteurs juridiques de convergence ne s'apprécie pas de manière quantitative (...) mais de façon qualitative* », MARGUENAUD Jean-Pierre. « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange ». *RTD Civ.* 2002, p.862. C'est ainsi par exemple que, dans l'arrêt *Goodwin*, un consensus s'était formé pour un petit nombre d'Etats, mais suffisant pour représenter une « *tendance internationale continue* » et emporter un revirement de jurisprudence de la Cour en matière de reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés : CEDH GC 11 juillet 2009, arrêt *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, op. cit., §85.

⁷⁰⁵ Par exemple, dans l'arrêt *Hirst*, la Cour devait décider si une interdiction absolue de voter imposée automatiquement et en toutes circonstances à un détenu condamné était contraire à la Convention. Or, alors que la Cour ne constate « *aucune approche européenne commune en la matière* », elle considère que le critère du consensus n'est pas déterminant et constate une violation de l'article 3 du Protocole n°1 : CEDH GC 6 octobre 2005, arrêt *Hirst c/ Royaume-Uni (n°1)*, req. n°74025/01. Selon le Professeur SUDRE, cette jurisprudence constitue une dérive en ce qu'elle porte atteinte au principe de subsidiarité : SUDRE Frédéric. *L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme*. Op. cit. Même constat à l'égard de l'arrêt *Pla et Puncernau* : SUDRE Frédéric (dir.). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris : PUF, 2015, 7^{ème} éd. (Thémis), p.81. Dans l'affaire *B. et L.*, c'est cette fois contre l'existence d'un consensus que la Cour procède à une interprétation évolutive de la Convention : CEDH 13 septembre 2005, arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni*, req. n°36536/02.



caractérise par deux éléments : elle invoque d'abord ce principe au paragraphe 43 afin de justifier sur quel fondement textuel elle entend se fonder, puis y fait référence au paragraphe 62, qui résume sa démonstration. Ainsi, s'agissant de l'application du principe de non-discrimination à l'espèce, la plupart des éléments doivent être recherchés dans les arrêts dont la Cour EDH se prévaut.

L'arrêt *Marckx*, sur lequel la Cour s'appuie pour rappeler qu'elle a déjà pu se fonder sur les articles 8 et 14 combinés de la Convention, a posé le principe général d'égalité entre les enfants quelle que soit la nature de leur filiation, au terme d'une utilisation de la directive d'interprétation évolutive⁷⁰⁶.

L'arrêt *Mazurek* auquel elle fait référence au paragraphe 62 a poursuivi l'arrêt précédent au terme d'une nouvelle utilisation de la directive d'interprétation évolutive au terme de laquelle la Cour estime que « *les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage* »⁷⁰⁷. Si, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour rappelle le caractère dynamique de la Convention, elle n'effectue pas de démonstration fondée sur les mécanismes de l'interprétation évolutive⁷⁰⁸. La Cour n'effectue aucune opération de connaissance susceptible de dégager un nouveau droit et/ou de nouvelles obligations à la charge des Etats contractants.

⁷⁰⁶ S'agissant de l'opération de connaissance, la Cour analyse la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 sur l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels et la Convention du 15 octobre 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, deux instruments internationaux spécifiques au droit soulevé non ratifiés par l'Etat défendeur. Elle en déduit que ces Traités traduisent « *en la matière une communauté de vues certaine entre les sociétés modernes* ». Elle s'appuie également sur un projet de loi de l'Etat dont l'exposé des motifs considère que « *les juristes et l'opinion publique sont de plus en plus convaincus qu'il y a lieu de mettre fin à la discrimination* » à l'égard des enfants « *naturels* » : CEDH AP, 13 juin 1979, arrêt *Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74, §41.

⁷⁰⁷ La Cour « *rappelle que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des Etats, est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Ainsi, seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage* » : CEDH 1^{er} février 2000, arrêt *Mazurek c/ France*, req. n°33406/97, §52.

⁷⁰⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

Ainsi, la Cour EDH se contente, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, de reprendre l'acquis de la jurisprudence *Mazurek* en matière d'« *égalité de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage* »⁷⁰⁹.

224. La réutilisation des éléments issus de l'arrêt *Mazurek* s'observe également dans la fixation de la marge nationale d'appréciation. La marge nationale d'appréciation⁷¹⁰ résulte, comme la directive d'interprétation évolutive, d'une opération de connaissance⁷¹¹. Toutefois, il n'est pas toujours aisé d'établir précisément comment les deux mécanismes interagissent⁷¹². De manière fondamentale, ils agissent en sens opposé puisque la marge nationale d'appréciation est un concept modérateur tandis que l'interprétation évolutive est

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Cette technique fait l'objet d'une utilisation très fréquente, au point de laisser les juges eux-mêmes : V. l'opinion partiellement dissidente du juge DE MEYER dans CEDH 25 février 1997, arrêt *Z c/ Finlande*, req. n°22009/93 : « *Je crois qu'il est grand temps de bannir [la marge d'appréciation des autorités nationales] de nos raisonnements : nous avons déjà trop tardé à nous débarrasser de cette rengaine et à abjurer le relativisme qu'elle implique* ».

⁷¹¹ Sur la marge nationale d'appréciation, DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHE Marie-Laure. « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste ». *RIDC* 2000, n°4, p.753-780. La marge nationale d'appréciation est souvent le fruit d'une comparaison de règles de droit : DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHE Marie-Laure. *Ibid.*, spéc. p.756. Ainsi la Cour rappelle selon une jurisprudence constante que « *l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard* » : V. par exemple CEDH 26 février 2002, arrêt *Fretté c/ France*, *op. cit.*, §40.

⁷¹² Par exemple, dans l'arrêt *Hirst*, la Cour indique qu'elle ne perçoit pas de consensus pour la reconnaissance du droit de vote pour les condamnés mais affirme que, « *si la marge d'appréciation est large, elle n'est pas illimitée* » : CEDH GC 6 octobre 2005, arrêt *Hirst c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, §82. De manière plus logique, dans l'arrêt *Vô*, la Cour observe une absence de consensus, puis indique qu'« *il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention* » : CEDH GC 8 juillet 2004, arrêt *Vô c/ France*, *op. cit.*, §82. Dans l'arrêt *Fretté*, la Cour note la division de la communauté scientifique, ainsi que de profondes divergences des opinions politiques nationales et internationales. Elle conclut donc logiquement à la présence d'une « *grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats* » : CEDH 26 février 2002, arrêt *Fretté c/ France*, *op. cit.*, §42. Plus récemment, dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour mentionne l'existence d'un consensus européen en construction mais pas encore affirmé, de sorte que les Etats disposent d'une marge d'appréciation pour introduire les modifications législatives s'agissant de la reconnaissance du mariage homosexuel : CEDH 24 juin 2010, arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n°30141/04, §105.



un concept amplificateur à la Convention EDH⁷¹³. A tout le moins, l'accroissement de la protection des droits issus de la directive d'interprétation évolutive contribue à amoindrir la marge nationale d'appréciation⁷¹⁴. En outre, même lorsqu'il n'existe pas de consensus, la marge d'appréciation possède des limites au-delà desquelles l'Etat engage sa responsabilité⁷¹⁵. Au contraire, en présence d'un consensus, l'Etat dispose d'une marge d'appréciation réduite, et engage plus facilement sa responsabilité⁷¹⁶.

225. Dans l'arrêt *Mazurek*, consacrant la prohibition des discriminations fondées sur la naissance hors mariage, en particulier en matière de droits de caractère civil, la Cour indique que « *seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage* », ce qui signifie que la marge d'appréciation des Etats est faible⁷¹⁷. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, c'est la même formulation que reprend la Cour⁷¹⁸. Ainsi, il était difficile pour l'Etat andorran de ne pas engager sa responsabilité.

2 - Les conséquences sur l'arrêt *Pla et Puncernau*

226. Certains auteurs voient dans l'arrêt *Pla et Puncernau* une application de la directive d'interprétation évolutive au testament. Ainsi, pour le Professeur Sudre, « *l'interprétation évolutive fait une entrée fracassante en matière de droit successoral : si l'on en croit la Cour,*

⁷¹³ MARGUENAUD Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*. *Op. cit.*, p.39 et 43.

⁷¹⁴ Par exemple, en matière de reconnaissance de la conversion transsexuelle, dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour reprend le principe d'une « *ample marge d'appréciation* » en faveur des Etats avant de noter la « *tendance internationale continue* » en faveur de la reconnaissance et d'en conclure que « *l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention* », ce qui laisse à penser que l'ample marge d'appréciation est devenue réduite : CEDH GC 11 juillet 2002, arrêt Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, *op. cit.*, §85 et 93.

⁷¹⁵ CEDH, GC 6 octobre 2005, arrêt Hirst c/ Royaume-Uni, *op. cit.*

⁷¹⁶ CEDH 1^{er} février 2000, arrêt Mazurek c/ France, *op. cit.*

⁷¹⁷ CEDH 1^{er} février 2000, arrêt Mazurek c/ France, *op. cit.*, §49.

⁷¹⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §61.



le testament est, à l'instar de la Convention, « un instrument vivant » ! »⁷¹⁹. De même, pour le Professeur MARGUENAUD, la Cour soumet dans cet arrêt le « *contrôle inédit de l'interprétation des actes juridiques privés au principe d'interprétation évolutive que la Cour applique à la Convention elle-même et qui conduit à déterminer le sens de l'acte non plus à la lumière exclusive du contexte en vigueur au moment où il a été conclu mais en fonction des profonds bouleversements juridiques économiques et sociaux survenus depuis* »⁷²⁰.

L'argumentation de la doctrine consiste par conséquent à affirmer que la Cour s'est adonnée, en dépit des apparences, à une interprétation évolutive du testament. Cela signifie qu'elle se serait reconnue le pouvoir, non seulement de contrôler l'interprétation d'un acte juridique privé, mais encore d'en fixer elle-même le contenu au regard du contenu de la Convention EDH telle qu'elle l'interprète, et sans égard pour la volonté de la testatrice. Une telle appréciation relève des courants les plus forts de la théorie *réaliste* de l'interprétation, tandis qu'il est possible de remarquer que la Cour EDH doit composer avec quelques contraintes juridiques⁷²¹.

227. Le premier argument consiste à relever les contraintes matérielles rencontrées par le juge et qui trouvent une solution dans la jurisprudence *Mazurek*. Ainsi, la Cour est confrontée à un testament qui a fait l'objet d'interprétations divergentes par les juridictions andorranes et qui lui commandent de se prononcer sur le sens conféré à cet acte juridique privé. Or, comme elle le constate, « *de profonds changements sont survenus dans les domaines tant social qu'économique et juridique* »⁷²². Ces changements contraignent la Cour à ne pas pouvoir interpréter – ou effectuer un contrôle de l'interprétation des juridictions nationales – le testament comme elle aurait hypothétiquement pu le faire plusieurs années auparavant. En effet, avant d'avoir des incidences sur l'acte juridique privé, ces bouleversements ont eu un impact sur la Convention EDH dont elle est la gardienne et l'interprète. Or, la Cour, à l'occasion de l'arrêt *Mazurek*, en a tiré une partie des conséquences relativement à la

⁷¹⁹ SUDRE Frédéric. « Discrimination et droit au respect de la vie familiale ». *Op. cit.*, §15. La formulation est reprise par BOULANGER François. *Op. cit.*, §8.

⁷²⁰ MARGUENAUD Jean-Pierre. La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil. *Op. cit.*

⁷²¹ Sur les différents courants doctrinaux de la théorie *réaliste* de l'interprétation, V. *supra* §40.

⁷²² CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §62. Si cet argument figure postérieurement à la référence à la jurisprudence *Mazurek*, c'est parce que la Cour mentionne cet élément à l'égard des juges nationaux. Pourtant, il est évident que cet élément la concerne également.

Convention EDH. Cela signifie techniquement que, si la Cour n'avait pas préalablement eu l'occasion de dégager le principe d'égalité des filiations, en particulier en matière de droits de caractère civil, l'arrêt *Pla et Puncernau* aurait d'abord fait apparaître les mécanismes de l'interprétation évolutive à l'égard de la Convention EDH.

228. Afin d'utiliser le droit dégagé par l'arrêt *Mazurek* sur le fondement de la Convention EDH mais en utilisant les mécanismes de l'interprétation évolutive, la Cour n'a pas à reprendre l'ensemble du raisonnement déjà opéré. Pour pouvoir imposer le sens qu'il a conféré à la Convention, le juge européen se prévaut de manière générale d'une « *autorité propre de la jurisprudence de la Cour européenne en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention ; (...) il s'agit de l'autorité dite de la « chose interprétée des arrêts* »⁷²³, qui doit être distinguée de l'autorité de la chose jugée. Alors que « *la première est une autorité a priori, préventive, la seconde est une autorité a posteriori, curative* »⁷²⁴. L'autorité de la chose interprétée des arrêts, également appelée « *autorité de chose interprétée* » par la doctrine⁷²⁵, signifie que « *l'interprétation donnée aux dispositions de la Convention n'est qu'un élément indissociable de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour* »⁷²⁶. C'est en ce sens que la Cour EDH s'inscrit dans une logique *réaliste* de l'interprétation⁷²⁷. En outre, le sens conféré par la Cour aux dispositions de la Convention à l'occasion d'une décision de justice a vocation à être reconnu, non seulement par l'Etat

⁷²³ MARGUENAUD Jean-Pierre (dir.). *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*. Paris : La documentation française. 2001, p.18 (Mission de recherche « Droit et Justice »). V. également : SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Op. cit., §122 : « Cela conduit à accorder crédit à la doctrine selon laquelle les arrêts de la Cour seraient revêtus de l'« autorité de la chose interprétée », qui est l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention ».

⁷²⁴ *Ibid.*, p.19.

⁷²⁵ *Ibid.*, p.20.

⁷²⁶ *Ibid.*, p.20. S'agissant de la pertinence de ce concept pour répartir les prérogatives du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : HAMON Francis. « Les pouvoirs respectifs du Conseil constitutionnel et des juges chargés de l'application des lois en matière d'interprétation » *LPA* 19/07/2013, n°144, p.3-8.

⁷²⁷ V. *supra* §40.

partie au litige au-delà de l'espèce concernée, mais plus largement par tout Etat partie à la Convention⁷²⁸.

C'est pourquoi la Cour EDH cite l'arrêt *Mazurek* en exprimant qu'elle se fonde sur un droit inscrit dans la Convention EDH, telle qu'elle l'a interprétée au moyen de la directive d'interprétation évolutive. Cela ne signifie pas qu'elle fasse usage, dans cet arrêt, de cette directive qu'il convient de distinguer de l'autorité de la chose interprétée attachée aux arrêts de la Cour. La portée de cette distinction est conséquente en l'espèce puisqu'elle contribue à décider si l'interprétation du testament, formé en 1939 et interprété plusieurs dizaines d'années après, est le résultat ou non de la directive d'interprétation évolutive. Pour répondre à cette question, après avoir relevé les éléments issus de la jurisprudence *Mazurek*, il convient d'identifier les éléments spécifiques à l'arrêt *Pla et Puncernau*.

B - La spécificité de l'interprétation évolutive de l'acte juridique privé dans l'arrêt *Pla et Puncernau*

229. S'agissant d'une situation opposant des personnes privées, la Cour EDH a mis en œuvre un contrôle de proportionnalité privatisée, c'est-à-dire qu'elle a mis en balance les intérêts privés en présence et a étudié si les juridictions internes avaient respecté un juste équilibre. En l'espèce, la mise en œuvre de ce contrôle se résume à peu de choses puisque, selon la Cour, « rien n'indique que des motifs d'ordre public exigeaient que le niveau de protection accordé par la juridiction d'appel andorrane aux demanderessees à l'action en justice prévale sur celui dont bénéficiait le requérant »⁷²⁹. Il convient d'abord de préciser que, bien que la Cour fasse mention de motifs d'ordre public, elle fait référence en réalité aux intérêts privés des parties dans la mesure où elle évoque d'un côté les demanderessees à l'action en appel – c'est-à-dire les sœurs du requérant – et de l'autre le fils adoptif, requérant devant la Cour. Il convient ensuite de relever que la Cour, bien souvent, se contente

⁷²⁸ La doctrine prend soin de préciser que cette autorité est liée aux prérogatives des juges, non le résultat immédiat du texte tel que signé par les Hautes parties contractantes : « cette interprétation (ou plus exactement la jurisprudence) s'imposait aux Etats membres car la Cour dispose de la compétence pour connaître de toutes les questions d'interprétation sur l'application de la Convention ; la Convention telle qu'interprétée ou appliquée s'imposait en vertu du principe *pacta sunt servanda*. », MARGUENAUD Jean-Pierre (dir.). *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*. Op. cit.

⁷²⁹ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, op. cit., §61.



d'indiquer qu'aucun motif soulevé n'était susceptible en l'espèce de justifier la solution retenue devant les juridictions internes⁷³⁰.

Pourtant, dans l'affaire *Pla et Puncernau*, le gouvernement andorran avait soulevé plusieurs arguments. Il avait en particulier fait valoir que l'interprétation des juridictions internes correspondait tant à la volonté de la testatrice qu'à la législation en vigueur, et tendait à la protection des droits et libertés d'autrui en protégeant les « véritables héritiers fidéicommissaires »⁷³¹. Si, en réalité, la Cour répond à ces arguments, elle ne le fait pas dans la démonstration relative à la marge nationale d'appréciation des Etats en matière d'égalité de droit de caractère civil entre les enfants, mais dans celle spécifique relative au contrôle de l'interprétation des juridictions nationales. Il s'agit d'une question de forme, et il est possible de considérer que, la Cour EDH estimant l'interprétation des juridictions nationales superfétatoires, exclusive de la volonté de la testatrice et à l'origine de l'exclusion judiciaire du requérant dans ses droits successoraux, elle a purgé le contrôle de proportionnalité de son contenu⁷³².

230. Dans d'autres affaires, la Cour a cependant eu l'occasion de confronter deux intérêts opposés : la protection de la confiance du *de cuius* et de sa famille d'une part, l'égalité de traitement entre enfants d'autre part⁷³³. Or, la Cour a considéré que le premier devait s'effacer devant le second. Cela signifie concrètement que le testateur et les bénéficiaires qu'il désigne ne peuvent être certains que les règles qu'ils forment ou dont ils sont virtuellement les créanciers ne seront pas remises en cause par des règles postérieures à la conclusion de l'acte juridique privé. Il n'est pas pour autant permis de considérer qu'il s'agit

⁷³⁰ V. par exemple : « *Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale* » : CEDH 1^{er} février 2000, arrêt *Mazurek c/ France*, *op. cit.*, §54.

⁷³¹ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §38-40.

⁷³² Dans l'arrêt *Fabris*, la Cour, dans l'énoncé des principes généraux applicables à l'espèce, cite successivement l'interprétation évolutive de la Convention, la marge nationale d'appréciation et ses conséquences et enfin la problématique de l'interprétation des actes par les juridictions nationales : CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §58-60.

⁷³³ V. en particulier : CEDH 28 mai 2009, arrêt *Brauer c/ Allemagne*, req. n°3548/04, §43 ; CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §68.



d'une application de la directive d'interprétation évolutive à l'acte juridique privé, mais davantage d'une conséquence. En effet, c'est bien l'interprétation évolutive de la Convention EDH qui produit des conséquences sur la portée de l'acte juridique privé et les rapports d'obligations qui y sont attachés. Cela est visible dans l'arrêt *Brauer* dans lequel « *La Cour estime en particulier qu'eu égard à l'évolution du contexte européen en la matière qu'elle ne saurait négliger dans son interprétation nécessairement dynamique de la Convention, l'élément de protection de la « confiance » du de cujus et de sa famille doit s'effacer devant l'impératif de l'égalité de traitement entre enfants nés hors mariage et enfants issus du mariage* »⁷³⁴.

Cela ne signifie pas que la directive d'interprétation évolutive ne puisse pas produire des effets plus directement sur l'acte juridique privé. Cependant, cela nécessiterait que l'opération de connaissance porte, non pas sur les bouleversements pouvant avoir des conséquences sur la Convention EDH, mais sur l'acte juridique privé lui-même.

⁷³⁴ CEDH 28 mai 2009, arrêt *Brauer c/ Allemagne*, *op. cit.*, §43.



Section 2 - Les enseignements de l'arrêt *Pla et Puncernau*

231. La directive d'interprétation évolutive est, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, utilisée afin de rappeler l'évolution du contenu de la Convention EDH opérée aux travers des arrêts *Marckx et Mazurek*. Cela ne signifie pas que cette directive soit sans effet en l'espèce. Il est possible de relever deux types d'enseignements de cet arrêt : d'abord concernant la problématique de l'interprétation évolutive de l'acte interprété (§1), ensuite en observant les effets combinés des directives d'interprétation évolutive et d'interprétation conforme sur le testament (§2).

§ 1 - La problématique : l'interprétation évolutive de l'acte juridique interprété

232. L'arrêt *Pla et Puncernau* permet de mieux appréhender les conditions de l'interprétation évolutive d'un acte juridique privé. Il convient cependant de distinguer les conditions de l'interprétation évolutive d'un acte juridique privé (A) et la portée de l'interprétation évolutive de la Convention EDH sur les parties à un acte juridique privé (B).

A - Les conditions de l'interprétation évolutive d'un acte juridique privé

233. Les mécanismes de l'interprétation évolutive ont été évoqués, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, afin de rappeler le contenu de la Convention EDH tel qu'interprété par la Cour à l'occasion des arrêts *Marckx et Mazurek*. Cela ne signifie pas que la directive d'interprétation évolutive ne puisse être appliquée directement à l'égard de la convention privée des parties. Mais cela emporterait des conséquences sur le raisonnement utilisé. Tout d'abord, dans la mesure où la directive porterait, non plus sur la Convention dont la Cour EDH est l'interprète, mais sur un acte juridique privé, cette directive serait utilisable par l'ensemble des juridictions nationales, alors qu'elle est l'apanage de la Cour dans le premier cas. Ensuite, l'opération de connaissance ne porterait pas sur les changements survenus dans les domaines sociaux, économique et juridiques relatifs aux thèmes protégés par la Convention EDH, mais relatifs aux données qui peuvent paraître déterminantes pour le projet formé par les parties. Ainsi, l'examen devrait porter d'une part sur les données qui ont pu déterminer le choix des parties, d'autre part sur l'évolution de ces données, dans des proportions telles que leurs projet doit être réétudié, sinon remis en cause. Du point de vue du juge national, l'évolution de la Convention EDH – qu'elle soit l'effet de l'entrée en vigueur de protocoles ou de



l'interprétation de la Cour EDH – constitue un élément susceptible d'avoir, comme dans l'affaire *Pla et Puncernau*, une incidence sur l'acte juridique privé.

234. Ensuite, comme en matière d'interprétation évolutive de la Convention, il est nécessaire de mettre en balance les intérêts des parties à l'acte juridique. L'examen de la Cour EDH se limite souvent à peu de choses, notamment parce que celle-ci exerce un contrôle. Elle a pu s'approcher d'une telle mise en balance à l'occasion de l'affaire *Hutten-Czapska* par exemple, mais en opérant un contrôle sur la législation de l'Etat polonais, non directement sur les contrats de bail⁷³⁵. Elle a toutefois suivi l'environnement social, économique et juridique depuis la fin du régime communiste jusqu'au jour de la décision, en recensant les modifications successives de la législation et en observant les conséquences sur les contrats de bail conclus ou susceptibles de l'être. En revanche, dans la perspective d'une utilisation par le droit français, cette opération est essentielle pour les juges du fond et représente en droit français, une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation.

235. Cette perspective pose la question de savoir si les juges nationaux possèdent une obligation, sanctionnée sur le fondement de la Convention EDH, pour intervenir dans les relations contractuelles privées afin de rétablir un équilibre contractuel. Or, il ressort tant de la structure des droits nationaux que de la jurisprudence de la Cour EDH que cette question a vocation à être étudiée, au moins dans un premier temps, au regard de la loi nationale dans le cadre de la lutte contre les applications mécaniques de la loi applicable au contrat. En effet, les droits nationaux européens reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté – comme le droit français sur le fondement de l'article 1134 du Code civil – sans toujours prévoir une exception dans l'hypothèse de bouleversements de diverses natures et susceptibles de rendre nécessaire une renégociation de la convention privée des parties, voire une interprétation évolutive assumée par le juge⁷³⁶.

⁷³⁵ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*

⁷³⁶ V. *infra*, §438 sq.



B - La portée de l'interprétation évolutive de la Convention EDH sur l'acte juridique privé

236. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, la doctrine a relevé certains effets produits sur l'acte juridique privé et qui dérogent aux règles habituelles. L'une de ces règles concerne le moment de l'interprétation de l'acte juridique privé. Une partie de la doctrine a ainsi procédé à la recherche d'un consensus s'agissant du moment de l'interprétation des testaments⁷³⁷. Celle-ci a amené le Professeur BOULANGER à révéler « *un assez large « consensus » dans les droits positifs européens pour s'en tenir à la date de la confection* »⁷³⁸. L'emploi du terme « *consensus* » correspond à ce qu'aurait recherché la Cour si elle avait utilisé la directive d'interprétation évolutive pour déterminer la règle de droit que devait adopter la Convention EDH en la matière. Ainsi, l'arrêt *Pla et Puncernau* « *donne l'impression d'estimer que l'interprétation des actes juridiques privés doit être soumise à la même méthode d'interprétation évolutive que la Cour applique elle-même à la Convention depuis l'arrêt Marckx* »⁷³⁹.

237. Toutefois, pareille recherche de la Cour aurait porté sur le contenu de la Convention EDH, sans qu'il soit aisé de déterminer le fondement qu'elle aurait choisi. Force est de constater qu'en l'espèce cette recherche n'a pas été menée par la Cour EDH. En outre, la Cour ne semble pas être en contradiction totale avec l'affirmation de la doctrine. En effet, elle n'indique pas que le juge doit interpréter l'acte juridique privé en référence à l'environnement social, économique et juridique au moment où elle statue. Elle indique en revanche que, entre l'instant de la formation du contrat et celui de son appréhension par les autorités juridictionnelles, certains bouleversements relatifs à cet environnement s'imposent aux juges et, par voie de conséquence aux parties. Par principe, l'interprétation de l'acte juridique privé s'effectue toujours au moment de la formation du contrat. Par exception cependant, certains évènements peuvent avoir une influence sur le contenu de l'acte. Ainsi, cela impose de poser des conditions pour la caractérisation de ces bouleversements, ce que la Cour a fait en l'espèce en appliquant la jurisprudence *Mazurek*.

⁷³⁷ BOULANGER François. *Op. cit.*, §4 ; POISSON-DROCOURT Elisabeth. *Op. cit.*

⁷³⁸ BOULANGER François. *Op. cit.*, §5.

⁷³⁹ MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.). « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit.*

Par ailleurs, il convient de relever que le principe de survie de la loi ancienne aux situations déjà engagées constitue une règle d'actualité en droit interne⁷⁴⁰ mais qui a déjà fait l'objet d'évolutions. A cet égard, l'application de ce principe en matière contractuelle apparaît comme un dernier bastion qu'il convient, au regard de l'arrêt *Pla et Puncernau*, de restreindre encore. A l'origine, la théorie des droits acquis, aujourd'hui minoritaire, proposait que « *les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans notre domaine [au sens de patrimoine] et que ne peut plus ôter celui de qui nous les tenons* »⁷⁴¹. Cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques : théorie libérale et conservatrice selon le doyen CORNU⁷⁴², elle est le « *reflet de l'individualisme libéral du XIX^{ème} siècle* » selon les Professeurs TERRE et LEQUETTE⁷⁴³. La théorie moderne du doyen ROUBIER⁷⁴⁴, majoritaire et de droit positif⁷⁴⁵, repose sur l'article 2 du Code civil et pallie les difficultés de la précédente en étant bâtie « *en contemplation des situations légales* »⁷⁴⁶. Elle postule le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle à l'égard des conditions de validité et les effets passés d'une situation juridique, et s'intéresse aux situations juridiques en cours afin, dans certaines circonstances, de faire produire ses effets à la loi nouvelle à l'égard des événements qui ne se sont pas encore réalisés. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une situation contractuelle en cours, s'impose

⁷⁴⁰ En droit français, s'applique de manière générale le principe de non-rétroactivité de la loi. Le Code civil, en son article 2, précise que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » : art. 2 du C. civ.

⁷⁴¹ Répertoire de MERLIN, « effet rétroactif ». Le jurisconsulte MERLIN, qui nous donne cette définition, prend ainsi l'exemple des droits d'un héritier qu'il tient d'une succession déjà ouverte. Ces droits, qu'il tient de la loi ancienne, lui demeurent acquis, quand bien même la loi nouvelle aurait aboli le droit d'aînesse. L'exemple donné par MERLIN s'inscrit en réaction aux solutions du droit révolutionnaire qui avait rendu ses réformes successorales applicables aux successions déjà ouvertes.

⁷⁴² CORNU Gérard. *Droit civil, Introduction au droit. Op. cit.*, §369.

⁷⁴³ TERRE FRANÇOIS, CAPITANT HENRI, LEQUETTE YVES. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, t.1. Paris : Dalloz-Sirey. 2007. 816p.

⁷⁴⁴ ROUBIER Paul. *Les conflits de lois dans le temps*, 1929. ROUBIER Paul. *Le droit transitoire*, 1960. Cette théorie est également appelée la théorie de l'effet immédiat de la loi.

⁷⁴⁵ La jurisprudence s'est ralliée à cette théorie nouvelle, par deux arrêts. Le premier, rendu le 29 avril 1960, a consacré la distinction entre d'une part « *les conditions de validité et les effets passés* », soumis à la loi ancienne ; d'autre part « *les effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours, soumis à la loi nouvelle* » : Civ. 1 29 avril 1960, D. 1960, 429, note HOLLEAUX Georges. Le second, rendu le 15 juin 1962, a affirmé le principe de survie de la loi ancienne pour les situations contractuelles en cours : Com. 15 juin 1962, Bull. n°313. Cela ne signifie pas que la théorie des droits acquis ne soit plus invoquée par certaines décisions : voir sur ce point BACH Louis. « Conflits de loi dans le temps ». *Rép. civ. D.*, §557 sq.

⁷⁴⁶ CORNU Gérard. *Op. cit.*, §373.

toujours le principe de survie de la loi ancienne. Cette solution constitue, au regard de l'évolution rappelée, le dernier bastion de la toute-puissance de la volonté individuelle, en matière d'application de la loi dans le temps. Elle s'explique parce que, à l'opposé des situations juridiques extra-contractuelles pour lesquelles la théorie des droits acquis aboutissait à des strates dans le droit⁷⁴⁷, la matière contractuelle est plus encline à accueillir cette diversité⁷⁴⁸. Ainsi, s'agissant de l'instrument forgé par les parties, il est normal, d'une part que celles-ci puissent individualiser leur convention, et d'autre part demeurent régies par la législation qui a consacré leur consentement. La jurisprudence de la Cour EDH est respectueuse de cette conception. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Brauer* concernant le statut légal des enfants nés hors mariage, elle a indiqué que « *le but poursuivi par le maintien de la disposition litigieuse, à savoir assurer la sécurité juridique et la protection du de cuius et de sa famille, peut être considéré comme légitime* »⁷⁴⁹.

Pour autant, ce principe souffre d'exceptions. Selon certains auteurs, ce principe dispose de la même autorité que, en droit transitoire, celui de la non-rétroactivité⁷⁵⁰. Ainsi, affirmer que, par principe, la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours, signifie que le droit reconnaît force obligatoire à la convention formée par les parties, conformément à l'article 1134 du Code civil. Cela ne préjuge pas de la possibilité pour le législateur ou le juge de décider qu'une loi nouvelle, par exception, s'applique aux contrats en cours. Ce statut d'exception impose, à l'égard du législateur, que l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours soit motivée. S'agissant du juge et lorsqu'il s'agit d'appliquer à des contrats en cours un droit fondamental, celui-ci doit opérer un contrôle de proportionnalité. C'est selon cette technique que la Cour EDH a pu décider que, certes les parties ayant formé une convention peuvent se prévaloir du principe de sécurité juridique,

⁷⁴⁷ Sur ce point, V. par exemple TERRE François et LEQUETTE Yves, commentaire sous Civ. 1 29 avril 1960. *Op. cit.*, p.34. Les auteurs concluent que, de l'application de cette théorie « *résulterait (...) un système juridique complexe, à strates multiples, où chacun vivrait avec le droit de sa génération* ».

⁷⁴⁸ Comme le rappelle le doyen ROUBIER, le contrat est « *le moyen par lequel la diversité pénètre dans le monde juridique* » : ROUBIER Paul. *Le droit transitoire. Op. cit.*, n°70 et n°78.

⁷⁴⁹ CEDH 28 mai 2009, arrêt *Brauer c/ Allemagne*, *op. cit.*, §41. V. également, CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §66.

⁷⁵⁰ BACH Louis. *Op. cit.*, §558, 560 et 561.



mais que ce principe doit s'effacer devant l'impératif d'égalité de traitement entre enfants nés hors mariage et enfants issus du mariage⁷⁵¹. Cette solution est conforme au droit français⁷⁵².

Par conséquent, la Cour ne s'inscrit pas en opposition des règles de droit français en matière d'application de la loi dans le temps. S'agissant de la règle d'application en matière d'interprétation objective des actes juridiques privés, il est donc possible d'établir, conformément à l'arrêt *Pla et Puncernau* et aux règles de droit rappelées ci-dessus, que le juge doit, par principe, prendre pour référence la loi qui a vu naître cet acte, conformément au principe de sécurité juridique mais que, par exception et après la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, il doit parfois appliquer la règle de droit postérieure à la formation de l'acte.

238. La doctrine a également stigmatisé une atteinte à la prévisibilité et à la volonté des parties. Ainsi, pour Madame POISSON-DROCOURT, « *cette interprétation évolutive porterait atteinte à la légitime prévision des parties et à la liberté contractuelle ou testamentaire* »⁷⁵³. En d'autres termes, la doctrine reproche à l'arrêt *Pla et Puncernau* de porter atteinte au dogme de l'autonomie de la volonté. Ainsi, Pour le Professeur SUDRE, la solution de la Cour en matière d'interprétation évolutive conduit à « *faire bon marché du principe de l'autonomie de la volonté du testateur et [à] limiter singulièrement la liberté des particuliers dans la transmission de leurs biens* »⁷⁵⁴. Ce reproche est partagé par tous les commentateurs de l'arrêt *Pla et Puncernau*. Le juge Nicolas BRATZA, dans son opinion en partie dissidente, rappelle par ailleurs que, « *en principe, il doit être loisible à un testateur, dans l'exercice de son droit de propriété, de choisir à qui il lègue ses biens et, par le contenu de son testament, de faire la différence entre ses héritiers potentiels, notamment en distinguant entre, d'une part, enfants et petits-enfants biologiques et, d'autre part, enfants et petits-enfants*

⁷⁵¹ CEDH 28 mai 2009, arrêt Brauer c/ Allemagne, *op. cit.*, §43. V. également, CEDH GC 7 février 2013, arrêt Fabris c/ France, *op. cit.*, §68.

⁷⁵² V. *infra* concernant la liberté contractuelle, §335 sq. Il est possible de citer : CE Ass. 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux (CGE) et Commune d'Olivet, req. n°271737 et 271782 : « *Dans le cas où une loi n'a pas expressément prévu, sous réserve, le cas échéant, de mesures transitoires, l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant, lié à un impératif d'ordre public, le justifie, et que s'il n'est pas dès lors porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle* ».

⁷⁵³ POISSON-DROCOURT Elisabeth. *Op. cit.*

⁷⁵⁴ SUDRE Frédéric. « Discrimination et droit au respect de la vie familiale ». *Op. cit.*, §15.

adoptifs »⁷⁵⁵. Corrélativement, avec le juge GARLICKI, ils argumentent en faveur d'un moindre contrôle des actes juridiques privés⁷⁵⁶. Enfin, tirant les conséquences de l'arrêt, le Professeur MARGUENAUD estime qu'« *en matière contractuelle, la transposition de cette méthode d'interprétation évolutive (...) retirerait son caractère prioritaire à l'analyse de la volonté interne* »⁷⁵⁷.

Il est d'abord possible de convenir, avec la Cour EDH, qu'il n'est pas avéré que le testament ait connu, en l'espèce, une évolution de son contenu, en raison de l'ambiguïté du testament, du moins telle qu'elle pouvait résulter après les interprétations divergentes des juridictions internes. Surtout, dans la mesure où l'évolution procède de la jurisprudence consacrée par l'arrêt *Mazurek*, la Cour n'a pas procédé, à l'occasion de cet arrêt, à un revirement de jurisprudence. Enfin, il convient de reconnaître que, en présence d'une évolution du contenu de la Convention EDH, la Cour considère, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, que l'élément de protection de la confiance des parties à l'acte juridique privé doit s'effacer devant le droit fondamental de l'égalité des filiations⁷⁵⁸. Le raisonnement de la Cour est double : le premier s'adresse aux juridictions nationales, qui doivent être en mesure de connaître le contenu de la Convention EDH, en particulier à la suite d'une utilisation de la directive interprétation évolutive ; le second s'adresse aux personnes privées, pour lesquelles la Cour considère que, en raison de l'évolution du contenu des droits et libertés fondamentaux, le contenu des actes qu'elles ont pu former peut subir des évolutions imposées par les autorités étatiques, notamment à l'occasion d'un litige. C'est en

⁷⁵⁵ Opinion en partie dissidente du juge Nicolas BRATZA sous CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §4. Le juge GARLICKI reprend des arguments semblables mais au regard de l'effet horizontal de la Convention EDH.

⁷⁵⁶ Ainsi par exemple, à la suite de l'arrêt *Pla et Puncernau*, le juge Nicolas BRATZA développe une opinion en partie dissidente, dans laquelle il prétend que l'interdiction aux organes législatifs ou judiciaires de l'Etat d'opérer toute discrimination entre individus ne s'applique pas aux testateurs : opinion en partie dissidente du juge Nicolas BRATZA sous CEDH GC 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.* Dans son opinion dissidente, le juge GARLICKI développe une argumentation similaire en indiquant qu'« *il semble (...) évident que le niveau de protection contre un acte privé ne saurait être équivalent au niveau de protection contre un acte de l'Etat. Le simple fait qu'au regard de la Convention il puisse être interdit à l'Etat de prendre certaines mesures (...) ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers de prendre de telles mesures. En d'autres termes, ce qui est interdit à l'Etat n'a pas forcément à l'être aussi aux individus* » : opinion dissidente du juge GARLICKI sous CEDH GC 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*

⁷⁵⁷ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Avis de tempête sur l'interprétation des testaments et des contrats privés ». *Op. cit.*, p.806.

⁷⁵⁸ V. *supra* §230.



ce sens que la directive d'interprétation évolutive a pour effet de primer la directive d'interprétation selon la commune intention des parties, et même de primer la volonté clairement exprimée par ces parties. Pour parvenir à ce résultat, il apparaît toutefois que la directive d'interprétation évolutive a recours à la directive d'interprétation conforme.

§ 2 - La conséquence : l'interprétation conforme de l'acte juridique interprété

239. La directive d'interprétation évolutive a pour objet premier d'adapter le contenu de la Convention EDH – instrument international de protection de droits et libertés fondamentaux – aux standards modernes de protection de ces droits et libertés. Son intérêt consiste dans la diffusion du résultat de cette interprétation évolutive mais ce rôle incombe à la directive d'interprétation conforme, dont l'objet est d'assurer un contrôle de compatibilité entre la règle de droit national et la règle de droit européen, que cette dernière ait fait ou non l'objet d'une interprétation évolutive. Pour s'en convaincre, il apparaît pertinent d'analyser l'utilisation de la directive d'interprétation conforme par la CJUE dans le cadre de la procédure préjudicielle (A) afin d'éclairer le raisonnement suivi par la Cour EDH dans l'arrêt *Pla et Puncernau* (B).

A - Une conséquence claire dans le modèle préjudiciel en interprétation de la CJUE

240. Les arrêts rendus par la CJUE saisie pour une question préjudicielle en interprétation constituent un modèle de rigueur. La Cour y combine toujours l'opération d'interprétation de la norme européenne avec l'obligation d'interprétation conforme de la même façon. D'abord, la Cour interprète de manière circonstanciée le droit de l'Union, puis elle rappelle l'obligation d'interprétation conforme. Ce mode de raisonnement justifie qu'il puisse servir pour éclairer le raisonnement suivi par la Cour EDH dans l'arrêt *Pla et Puncernau*.

241. Lors d'une première étape, la Cour répond à la ou aux questions préjudicielles qui lui ont été posées, en qualité de gardienne de l'application et de l'interprétation des Traités de l'Union et de leurs actes dérivés⁷⁵⁹. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Lange*, la Cour, invitée à

⁷⁵⁹ S'agissant des méthodes d'interprétation de la CJUE et notamment de l'interprétation finaliste : ROSA Audrey. « La détermination du lieu de livraison d'un bien : le juge livre ses méthodes d'interprétation ». *Revue Lamy Droit des affaires* 2015, p.60-62. Sur la « compétence exclusive de la CJUE pour délivrer l'interprétation authentique du droit de l'Union » : LE BAUT-FERRARESE Bernadette. « Le juge judiciaire acteur de l'intégration



interpréter la directive 91/533 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, a répondu qu'aucune disposition de cette directive « *n'impose de considérer comme inapplicable un élément essentiel du contrat ou de la relation de travail qui n'a pas été mentionné dans un document écrit remis au travailleur salarié ou n'y a pas été mentionné avec une précision suffisante* »⁷⁶⁰.

Il convient de noter que la Cour ne s'en tient pas à une réponse générale, uniquement destinée à préciser la norme européenne, et dépourvue de toute référence au litige. Certes, par principe, seule est concernée l'interprétation du droit de l'Union, non son application dans le litige pendant devant le juge national⁷⁶¹. En outre, c'est ce dernier qu'il appartient « *d'appliquer les règles de droit communautaire telles qu'interprétées par la Cour à un cas concret* »⁷⁶² et il « *devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir* »⁷⁶³. Mais l'intérêt commun de la juridiction nationale et de celle de l'Union réside dans la formulation d'une règle de droit précise, facilement applicable au cas litigieux. Aussi la Cour a-t-elle exigé du juge de renvoi qu'« *il définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées* »⁷⁶⁴.

242. La Cour précise que l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁷⁶⁵ ne lui permet ni « *de statuer sur la validité d'une mesure de droit national au regard* » du droit de l'Union, ni d'appliquer celui-ci à une espèce déterminée⁷⁶⁶. Cela ne

normative ». *Op. cit.*, p.435. Sur les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ainsi que les conséquences sur le rôle des juges en leur qualité d'interprète authentique : LEVADE Anne. « Le droit de l'Union ne régit pas les relations entre Convention européenne des droits de l'homme et droit national ». *Constitutions* 2012, p.290.

⁷⁶⁰ CJUE 8 février 2001, arrêt Lange, aff.C-350/99.

⁷⁶¹ CJUE 18 décembre 1986, arrêt VAG France, aff.10/86.

⁷⁶² CJUE 8 février 1990, arrêt Shipping and Forwarding Enterprise Saff., aff.C-320/88.

⁷⁶³ CJUE 21 avril 1988, arrêt Pardini, aff.338/85, Rec. p.2041.

⁷⁶⁴ CJUE 26 janvier 1993, arrêt Telamarsicabruzzo, aff.C-320/90 à C-322/90.

⁷⁶⁵ Ex-art. 234 du Traité CE.

⁷⁶⁶ CJUE 12 novembre 1992, arrêt Kerafina-Keramische, aff.C-134/91 et C-135/91.



l'empêche toutefois pas, interprétant le droit de l'Union, de faire valoir de manière claire son appréciation sur la situation litigieuse.

Ainsi par exemple dans l'arrêt *Deutsche Post AG* du 10 février 2000, la Cour a indiqué que « *l'article 119 du traité ne s'oppose pas à des dispositions d'un Etat membre énonçant un principe d'égalité en vertu duquel, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, tous les travailleurs à temps partiel ont le droit d'être affiliés rétroactivement à un régime professionnel de pensions et de percevoir une pension au titre de ce régime, nonobstant le risque de distorsions de concurrence entre opérateurs économiques des différents Etats membres au détriment des employeurs établis dans le premier Etat membre* »⁷⁶⁷.

Par conséquent, lorsqu'elle interprète la réglementation européenne, la Cour porte une appréciation sur la situation litigieuse, et en particulier sur la législation interne. Bien que le juge nationale soit seul responsable de la décision qu'il prendra, la Cour indique la solution qui est conforme, selon elle, à la norme telle qu'elle l'a interprétée. Encadré par un *corpus* normatif plus fourni et un rôle en matière d'interprétation évolutive par nature moins important, le juge de Luxembourg utilise toutefois la procédure préjudicielle afin d'affiner l'interprétation du droit de l'Union, restreignant dans les mêmes proportions la marge d'appréciation des Etats membres. Pour conférer une portée au sens tel qu'il résulte de son action d'interprétation, la CJUE rappelle l'obligation d'interprétation conforme qui incombe au juge national.

243. En effet, dans un second temps, la Cour rappelle l'obligation d'interprétation conforme. Cela ne contraint pas l'Etat à faire prévaloir l'interprétation conférée par la Cour à la norme européenne. En effet, l'obligation d'interprétation conforme comporte certaines limites, notamment l'impossibilité pour le juge national de procéder à une interprétation *contra legem*. La solution à laquelle doit parvenir ce dernier, « *dans toute la mesure du possible* » selon une jurisprudence constante, est toutefois livrée par la Cour.

⁷⁶⁷ CJUE 10 février 2000, arrêt *Deutsche Post AG*, aff.C-271/97. De même, dans l'arrêt *Adeneler*, la Cour juge notamment que « *la clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui considère que seuls les contrats ou relations de travail à durée déterminée qui ne sont pas séparés les uns des autres par un laps de temps supérieur à 20 jours ouvrables doivent être regardés comme ayant un caractère « successif » au sens de ladite clause* » : CJUE GC 4 juillet 2006, arrêt *Adeneler e.a.*, aff.C-212/04. V. encore, sans être exhaustif : CJUE 24 juin 2010, arrêt *Sorge*, aff.C-98/09.



244. Certains arrêts de la CJUE illustrent de manière claire les deux étapes de ce raisonnement. Dans l'arrêt *Čez* par exemple, la Cour interprète le principe de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité dans le domaine d'application du traité CEEA avant de rappeler l'obligation d'interprétation conforme⁷⁶⁸. De même, dans l'arrêt *Seda Küçükdeveci*, la Cour interprète le principe de non-discrimination en fonction de l'âge avant de faire application de la même obligation⁷⁶⁹.

Dans le cadre de la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour ne tranche pas le litige. Toutefois, les éléments nécessaires à la décision du juge national ont été précisés par la Cour, de même que la marge dont bénéficie ce juge pour mettre en œuvre la solution préconisée. Bien que le juge de Strasbourg tranche le litige qui lui est porté, il est possible de comparer l'ordre qu'il a observé dans la combinaison de l'interprétation de la norme européenne et de l'obligation d'interprétation conforme.

B - Une conséquence éclairée dans le raisonnement suivi par la Cour EDH

245. Si l'analyse du raisonnement de la Cour EDH a nécessité celle de la CJUE, c'est parce que la Cour EDH dispose d'un modèle moins affirmé, du moins formellement. Afin de comparer le modèle de la Cour luxembourgeoise et le raisonnement suivi par la Cour strasbourgeoise, il est opportun de faire porter cette comparaison sur un arrêt de la Cour EDH. Dans la mesure où cette dernière a porté le plus loin son contrôle sur l'interprétation des actes à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*, la démonstration qui suit s'appuiera sur cet arrêt afin de procéder à cette comparaison.

La Cour EDH rend, par l'arrêt *Pla et Puncernau*, une décision de principe. Par cet arrêt, elle inaugure son contrôle européen sur l'interprétation des actes juridiques privés. On a également observé que, se fondant sur l'arrêt *Mazurek*, elle en reprenait les enseignements pour décider, en substance⁷⁷⁰, que la Convention protège les individus

⁷⁶⁸ CJUE GC 27 octobre 2009, arrêt *Čez*, aff.C-115/08.

⁷⁶⁹ CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt *Seda Küçükdeveci*, *op. cit.*

⁷⁷⁰ Sur les griefs que l'on peut formuler sur ce point dans la construction de cet arrêt, V. *supra*, §222 sq.

contre les discriminations fondées sur la naissance hors mariage, en particulier en matière d'égalité de droits de caractère civil. Dans cet arrêt, s'agissant de la combinaison des directives d'interprétation, la Cour EDH suit le même ordre que la CJUE.

246. La Cour EDH combine les directives d'interprétation au paragraphe 62 de sa décision. En effet, elle y rappelle que la Convention, à la suite d'une interprétation évolutive de celle-ci pratiquée dans l'affaire *Mazurek*, prohibe les discriminations fondées sur la naissance hors mariage. Elle poursuit en indiquant que la clause testamentaire ne peut consacrer une telle discrimination. Enfin, pour lutter contre pareille atteinte aux articles 8 et 14 combinés de la Convention EDH, la Cour précise que, si le juge national estimait que le testament nécessitait une interprétation, il aurait dû conférer à la disposition testamentaire, puisque dans cette affaire la volonté du *de cuius* était demeurée équivoque, « *le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour* »⁷⁷¹. Ainsi, l'obligation d'interprétation conforme confère une sanction aux normes issues de la Convention EDH, qu'elles aient ou non fait l'objet d'une interprétation évolutive⁷⁷².

247. La différence entre la combinaison qu'effectue la CJUE et celle constatée dans l'arrêt *Pla et Puncernau* réside dans la conclusion à laquelle chaque cour parvient. Pour la Cour de Luxembourg, il s'agit d'encourager le juge national à user de la directive d'interprétation conforme, le litige étant pendant. En revanche, la Cour de Strasbourg tranche le litige, et constate que le juge national n'a pas fait usage de cette directive.

Par conséquent, La directive d'interprétation évolutive consiste à interpréter la Convention EDH. Elle reçoit application, comme toute règle comprise dans cette Convention, par le principe de prééminence du droit. Lorsqu'il était permis au juge national de parvenir à

⁷⁷¹ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

⁷⁷² L'obligation d'interprétation conforme, particulièrement attachée aux normes protégeant des droits et libertés fondamentaux, prend l'ascendant sur la dimension évolutive. Ainsi, lorsque de tels droits ne sont pas en jeu, l'intention du testateur est prise en considération afin de faire produire à *l'instrumentum* le résultat souhaité par celui-ci, même en présence d'une modification de la législation : V. par exemple Civ.1 17 décembre 2014, pourvoi n°13-25610 ; Nicod Marc. « Interprétation souveraine des juges du fond quant à l'étendue d'un testament en faveur du conjoint survivant ». *Droit de la famille* 2015, p.40-41. V. également l'interprétation selon l'intention du testateur produisant des conséquences fiscales défavorables pour les bénéficiaires : LEDUCQ Xavier. « Réintégration d'un contrat d'assurance-vie dans la succession par interprétation de la volonté du testateur, selon les termes mêmes du testament olographe ». *Gaz. Pal.* 2012, n°335-336, p.38-39.

une solution conforme, notamment par voie d'interprétation de sa législation nationale ou d'un acte juridique privé, il est sanctionné s'il n'y a pas procédé sur le fondement de l'obligation d'interprétation conforme. Demeure la question des effets de la directive d'interprétation évolutive dans certains cas comme dans celui où la règle de droit ne s'en trouve pas modifiée mais influence certains mécanismes de telle sorte à aboutir à une reconnaissance de manquement à la Convention EDH.



Conclusion du Chapitre 1

248. La directive d'interprétation évolutive est un outil à la disposition des juges européens destiné à faire évoluer les normes dont ils sont les gardiens. Prétendre que le juge peut interpréter les normes dont il doit assurer le respect est loin d'être une évidence, en particulier pour un juriste français. Le juge européen a puisé dans ses racines anglo-saxonnes pour rechercher, sinon une légitimité, du moins des techniques susceptibles de lui conférer pareille prérogative. Toutefois, cette capacité a été encadrée et la doctrine lui reconnaît un effort de motivation de ses décisions, plus conforme à un esprit cartésien.

Doté d'un texte très épuré au regard de la diversité à laquelle elle a été confrontée, la Cour a trouvé dans cette directive d'interprétation le moyen d'adapter le contenu de son fondement juridique pour en faire un des instruments de protection des droits fondamentaux les plus ambitieux, lui permettant ainsi de remplir le but très général que les Hautes parties contractantes s'étaient assignées. Ainsi cette directive a-t-elle démontré sa capacité à faire surmonter à un acte juridique des bouleversements politiques, économiques et sociaux.

249. S'il est permis d'espérer qu'un acte juridique privé soit un instrument vivant, il n'en appelle pas moins une protection contre les ingérences intempestives de l'Etat, sur le fondement du principe de sécurité juridique. Aussi, en soit, il n'est pas permis d'invoquer une interprétation évolutive de l'acte juridique privé. En revanche, la combinaison de l'interprétation conforme au droit européen, et l'interprétation évolutive des normes composant ce droit, aboutit à un résultat très proche.

Il convient toutefois de respecter un certain nombre de conditions qui, condensées dans l'arrêt *Pla et Puncernau* qui s'appuie sur l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH, n'en sont pas moins présentes. Ainsi, non seulement le résultat auquel la Cour parvient apparaît justifié, mais le raisonnement intellectuel pour y parvenir convainc. Par conséquent, alors que la doctrine s'est interrogée sur la rigueur intellectuelle de l'interprétation évolutive appliquée à la Convention EDH⁷⁷³, les conséquences de cette directive d'interprétation appliquée aux actes juridiques privés possèdent de solides arguments, que la Cour EDH aurait pu mettre davantage en valeur dans son arrêt *Pla et Puncernau*. Elle aurait ainsi pu rassurer la doctrine française sur la possible articulation entre sa jurisprudence et le principe de sécurité juridique tel que le droit français le met en œuvre.

⁷⁷³ SCHAHRMANECHE Aurélie, SUDRE Frédéric (Dir.). *La motivation des décisions de la Cour EDH*. Op. cit.

Chapitre 2 - La lutte contre l'interprétation mécanique des normes

250. Enoncer que les règles de droit ne doivent pas être appliquées de manière mécanique peut avoir de quoi surprendre, en particulier lorsqu'il s'agit de protéger des droits et libertés fondamentaux. Ce terme « *mécanique* » a été utilisé dans l'arrêt *Velcea et Mazare contre Roumanie*⁷⁷⁴. Une application ou une interprétation mécanique est une décision qui se contente d'une solution contraire à la Convention EDH, sans mobiliser des moyens exceptionnels pour l'empêcher⁷⁷⁵. L'obligation mise à la charge des Etats n'est peut-être, en outre, pas tant de moyens que de résultat. En un sens, la Cour promeut une interprétation dynamique des normes internes. Toutefois, ne pouvant y procéder par elle-même, elle sanctionne l'Etat en raison de l'activité de ses tribunaux. Si la directive d'interprétation évolutive ne peut produire ce résultat, il convient d'observer quels sont les instruments utilisés par la Cour. La lutte engagée par la Cour ne fait pas encore l'objet d'une jurisprudence abondante, mais chaque arrêt marque « *une nouvelle révolution interprétative européenne* »⁷⁷⁶.

Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Velcea et Mazare contre Roumanie*, la Cour EDH a reproché à la juridiction roumaine de ne pas avoir interprété de manière plus souple une disposition du Code civil, consacrant une forme d'invocabilité d'exclusion exceptionnelle (Section 1). En outre, à l'occasion de l'arrêt *Hutten-Czapska contre Pologne*, c'est un pan entier du droit polonais que la Cour a remis en question, consacrant une forme d'invocabilité d'exclusion renforcée (Section 2).

⁷⁷⁴ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §133.

⁷⁷⁵ Le Professeur MARGUENAUD propose deux autres définitions : « *A s'en tenir à l'arrêt du 1^{er} décembre 2009, une interprétation mécanique serait au moins une interprétation qui ne serait pas conforme au but de la disposition législative appliquée. (...) Une interprétation mécanique d'un article d'un Code civil semble aussi pouvoir être une interprétation qui ne tient pas le moindre compte des bouleversements économiques et sociaux survenus depuis son entrée en vigueur* ». MARGUENAUD Jean-Pierre. « La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil ». *Op. cit.*

⁷⁷⁶ MARGUENAUD Jean-Pierre. « La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil ». *Ibid.*

Section 1 - Une forme d'invocabilité d'exclusion exceptionnelle : l'arrêt *Velcea et Mazare*

251. L'arrêt *Velcea et Mazare* constitue l'arrêt dans lequel la Cour a le plus clairement mis en exergue une interprétation mécanique d'une norme, et le manquement au contenu de la Convention EDH qui en résultait. Pourtant, la Cour a mené un contrôle similaire dans d'autres affaires, à partir desquelles il est possible de dégager les conditions d'invocabilité de cette forme particulière d'invocabilité d'exclusion (§1). Si ces affaires ne concernent pas directement un acte juridique privé, il est possible de transposer ces conditions à cet acte (§2).

§ 1 - Les conditions de l'invocabilité

252. Il est tout d'abord permis de noter que la lutte menée par la Cour EDH contre les interprétations mécaniques d'une norme s'applique à l'égard de la Convention EDH elle-même⁷⁷⁷. Ensuite, il apparaît que cette forme d'invocabilité puise sa source dans le contrôle exercé par la Cour EDH relatif à l'impartialité des juridictions sur le fondement de l'article 6 alinéa 1 de la Convention EDH⁷⁷⁸. Cette jurisprudence sert à la Cour de référence pour mettre en œuvre un contrôle de compatibilité *in concreto* (A). Dans l'hypothèse d'un litige confrontant des personnes privées, la Cour met également en œuvre un contrôle de proportionnalité privatisée (B).

⁷⁷⁷ Sa jurisprudence a principalement porté sur la mise en œuvre de l'article 34. Ainsi à l'occasion de l'arrêt *Karner contre Autriche* du 24 juillet 2003, la Cour a justifié sur ce fondement l'examen d'une requête dont le demandeur était décédé. Elle a ainsi décidé que « *si, d'après l'article 34 de la Convention, l'existence d'une « victime d'une violation », c'est-à-dire qui est personnellement touchée par une violation alléguée d'un droit garanti par la Convention, est nécessaire pour que soit enclenché le mécanisme de protection prévu par celle-ci, ce critère ne saurait être appliqué de façon rigide, mécanique et inflexible tout au long de la procédure* » : CEDH 24 juillet 2003, arrêt *Karner c/ Autriche*, req. n°40016/98, §25. V. également CEDH 24 novembre 2005, arrêt *Capital Bank AD c/ Bulgarie*, req. n°49429/99, §78 ; CEDH GC 15 octobre 2009, arrêt *Micallef c/ Malte*, req. n°17056/06, §44.

⁷⁷⁸ En effet, l'arrêt *Kaufmann* renvoie à l'arrêt CEDH 26 février 1993, arrêt *Padovani c/ Italie*, req. n°13396/87, §24. V. également CEDH AP 24 mai 1989, arrêt *Hauschildt c/ Danemark*, req. n°10486/83, §45.



A - Mise en œuvre d'un contrôle de compatibilité *in concreto*

253. L'interprétation mécanique consiste dans l'absence de prise en compte des circonstances exceptionnelles afin d'éviter la consécration d'un résultat contraire au contenu de la Convention EDH. Ainsi, cette méthode d'appréhension des litiges présente une grande casuistique, et a pour finalité de retenir des solutions d'exceptions, à la mesure des circonstances. Aussi convient-il de donner un bref aperçu des circonstances ayant amené la Cour EDH à exercer le contrôle de l'interprétation mécanique des normes.

254. De nombreuses affaires portent sur la mise en œuvre de délais. Ces délais sont en outre souvent prévus par la loi, et s'appliquent aux procédures juridictionnelles. Ainsi, à l'occasion d'un arrêt *Jabari contre Turquie* du 11 juillet 2000, la Cour a estimé que les autorités avaient effectué une application automatique et mécanique d'un règlement relatif à l'asile⁷⁷⁹. En l'espèce, une ressortissante iranienne accusée d'adultère avait fui son pays mais s'était faite arrêter en Turquie en possession d'un faux passeport. N'ayant pas respecté le délai de cinq jours prévu par le règlement turc sur l'asile afin de se voir reconnaître le statut de réfugiée, elle devait être expulsée vers l'Iran. Saisie du litige, la Cour a indiqué que « *l'application automatique et mécanique d'un délai aussi bref pour soumettre une demande d'asile doit être jugée incompatible avec la protection de la valeur fondamentale consacrée par l'article 3 de la Convention* »⁷⁸⁰. Aussi elle en conclut que la décision d'expulser l'intéressée vers l'Iran constituait un manquement à cet article si elle était mise à exécution. De même, dans l'affaire *Kaufmann*, la cour de cassation italienne avait ordonné au requérant de notifier son pourvoi à toutes les parties dans un délai de 90 jours, certaines parties résidant à l'étranger⁷⁸¹. Très tôt, le requérant avait indiqué les difficultés qu'il rencontrait et avait sollicité une prorogation, qui lui avait été refusée. S'il avait accompli toutes les tâches qui lui incombait, celles accomplies par les huissiers pour les notifications à l'étranger avaient occasionné un dépassement du délai. La Cour a considéré que « *l'application particulièrement rigoureuse faite par les juridictions internes de cette règle de procédure a pénalisé le requérant de manière déraisonnable, le tenant, de facto, en partie pour responsable pour les retards provoqués tant par les huissiers de justice italiens que par*

⁷⁷⁹ CEDH 11 juillet 2000, arrêt *Jabari c/ Turquie*, req. n°40035/98.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, §40.

⁷⁸¹ CEDH 19 mai 2005, arrêt *Kaufmann c/ Italie*, req. n°14021/02.



les autorités allemandes »⁷⁸². La Cour a pris une décision similaire dans les affaires *Staszkw contre France* et *Fatma Nur Erten et Adnan Erten contre Turquie*⁷⁸³.

La Cour a confirmé cette solution dans l'arrêt *Schlumpf* du 8 janvier 2009, à l'égard d'un autre délai⁷⁸⁴. En l'espèce, la requérante était née en 1937 sous le nom de Max Schlumpf, de sexe masculin. Elle s'était mariée et avait eu des enfants. Vers l'âge de quarante ans, elle eut l'assurance d'être transsexuelle mais attendit que ses enfants aient atteints l'âge de la majorité et que son épouse décède en 2002 pour entamer sa conversion sexuelle. Dès cette date, elle se mit à vivre au quotidien comme une femme, commença une thérapie hormonale en 2003 et, avant de subir une opération, elle demanda à sa compagnie d'assurance-maladie une attestation de prise en charge des dépenses. Celle-ci refusa au motif que le diagnostic de transsexualisme ne pouvait intervenir qu'après un délai d'observation de deux ans, ce qu'elle contestait en l'espèce. Le 30 novembre 2004, la requérante subit toutefois l'opération. La compagnie réitéra son refus de prendre en charge les frais d'opération. La Cour EDH, amenée à se prononcer sur cette affaire, a estimé que « le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l'avis des experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans »⁷⁸⁵. Elle reconnut une violation de l'article 8 de la Convention EDH. Il convient de signaler que cette affaire se situe dans la continuité de l'arrêt *Van Kuck*, qui opposait une personne transsexuelle à sa compagnie d'assurance⁷⁸⁶. Si, en l'espèce, la Cour ne s'est pas prévalu de l'interprétation mécanique, les mécanismes utilisés sont très proches et sont appliqués à des termes contractuels, de telle sorte que les deux arrêts pourront être combinés.

Dans l'affaire *Emonet et autres contre Suisse* du 13 décembre 2007, la Cour a eu l'occasion une nouvelle fois de réclamer une application moins rigoureuse de la loi⁷⁸⁷. En l'espèce, un couple avait eu un enfant avant de divorcer. La mère s'était mise en

⁷⁸² *Ibid.*, §39.

⁷⁸³ CEDH 6 octobre 2011, arrêt *Staszkw c/ France*, req. n°52124/08 ; CEDH 25 novembre 2014, arrêt *Fatma Nur Erten et Adnan Erten c/ Turquie*, req. n°14674/11.

⁷⁸⁴ CEDH 8 janvier 2009, arrêt *Schlumpf c/ Suisse*, req. n°29002/06.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, §115.

⁷⁸⁶ CEDH 12 juin 2003, arrêt *Van Kuck c/ Allemagne*, req. n°35968/97.

⁷⁸⁷ CEDH 13 décembre 2007, arrêt *Emonet e.a. c/ Suisse*, req. n°39051/03.



concubinage avec un homme, qui éleva l'enfant comme sa fille. Lorsque cette dernière est devenue paraplégique et a nécessité des soins constants, tous trois décidèrent que l'homme adopte la fille, sans savoir que cela aurait pour conséquence la suppression du lien de filiation maternelle, de sorte que la fille devrait à présent porter le nom de son père adoptif, ce que personne ne souhaitait. La Cour a considéré que « *le respect de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues* »⁷⁸⁸. Elle a ajouté que « *l'absence de cette prise en compte a heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne* »⁷⁸⁹.

D'autres affaires pourraient encore être évoquées⁷⁹⁰. L'originalité de l'affaire *Velcea et Mazare* est d'engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH en raison de l'application d'une loi du fait de son interprétation par le juge⁷⁹¹. En l'espèce était interprété l'article 655 §1 du Code civil roumain, qui concerne l'indignité successorale. L'interprétation du juge national avait eu pour effet de permettre au frère du gendre du requérant d'hériter de sa fille décédée, tandis que le gendre était l'auteur de la mort et s'était par la suite suicidé sans avoir par conséquent fait l'objet d'une condamnation de justice définitive, laquelle aurait pu le frapper d'indignité et empêcher son frère de récupérer la partie de succession litigieuse. Par la solution qu'il propose, l'arrêt oscille entre l'arrêt d'espèce et l'arrêt de principe.

255. Ces affaires illustrent des hypothèses dans lesquelles les juridictions ont décidé de l'application ou de l'interprétation d'une règle de droit. C'est donc tout naturellement que la Cour rappelle, comme dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, le principe selon lequel « *c'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et aux tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne* »⁷⁹². Par exception cependant, la Cour « *se limite*

⁷⁸⁸ *Ibid.*, §86.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ Pour un exemple concernant la répression des professionnels des médias exercée de manière mécanique, V. CEDH 6 juillet 2010, arrêt Gözel et Özer c/ Turquie, req. n°43453/04 et 31098/05, §63.

⁷⁹¹ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare* c/ Roumanie, *op. cit.*

⁷⁹² V. par exemple, CEDH 19 mai 2005, arrêt Kaufmann c/ Italie, *op. cit.*, §33.

à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation »⁷⁹³. Par conséquent, la Cour assume le même contrôle en matière d'interprétation des actes juridiques de toutes natures et en matière d'interdiction des interprétations mécaniques.

Toutefois, la Cour insiste davantage sur le fait qu'il s'agit d'un contrôle *in concreto*, en recherchant la manière dont l'application de la norme a touché le requérant et a potentiellement enfreint la Convention EDH⁷⁹⁴. Pour autant, le contrôle de compatibilité porte les mêmes fruits. Ainsi, lorsque la Cour constate, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, que l'interprétation de juge national « s'analyse (...) en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux »⁷⁹⁵, elle constate, dans l'arrêt *Kaufmann* par exemple, que « l'application particulièrement rigoureuse faite par les juridictions internes de cette règle de procédure a pénalisé le requérant de manière déraisonnable » et que, « dans ces circonstances, (...) le rejet du pourvoi du requérant pour tardiveté s'analyse en une entrave injustifiée »⁷⁹⁶.

256. Cette proximité avec l'arrêt *Pla et Puncernau* provient en partie de l'application horizontale de la Convention EDH dans l'affaire andorrane. S'agissant du contrôle portant sur l'interprétation mécanique, dans les exemples ci-dessus, le récit des faits pourrait apparaître comme un divertissement. Au contraire, il est primordial, tout d'abord parce que la règle appliquée et/ou interprétée n'est pas, en soi, contraire au contenu de la Convention EDH. Ainsi, dans l'affaire *Staszkow*, la Cour indique que « la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice » et qu'elle ne conteste pas « la légitimité du formalisme institué par le droit interne »⁷⁹⁷. En outre, elle ne considère pas, contrairement à l'arrêt *Pla et Puncernau*, que le sens conféré à la norme heurte de manière générale la Convention EDH. Elle considère que le sens conféré en l'espèce porte atteinte au contenu de la Convention. C'est pourquoi un contrôle *in concreto* s'impose. Ainsi, s'agissant de l'application des lois, il

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ « Il convient de rappeler que le rôle de la Cour n'est pas d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont touché le requérant a enfreint la Convention » : *ibid.*

⁷⁹⁵ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §60.

⁷⁹⁶ CEDH 19 mai 2005, arrêt *Kaufmann c/ Italie*, *op. cit.*, §39 et 41.

⁷⁹⁷ CEDH 6 octobre 2011, arrêt *Staszkow c/ France*, *op. cit.*, §44 et 46.

n'est pas exigé que l'acte litigieux reçoive une interprétation conforme, mais qu'il reçoive une interprétation plus souple, dans le seul cadre du litige concerné, voire qu'il soit écarté pour ce litige. A ce contrôle de comptabilité *in concreto* s'ajoute, en présence de parties privées aux intérêts contraires, un contrôle de proportionnalité privatisée.

B - Mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité privatisée

257. Le contrôle de proportionnalité est un instrument permettant d'apprécier si le comportement de l'Etat a été satisfaisant pour la mise en œuvre concrète et effective des droits contenus dans la Convention EDH. A l'origine, le contrôle de proportionnalité était l'apanage des paragraphes seconds des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention et du paragraphe 3 de l'article 2 du protocole n°4, qui autorisent les ingérences de l'Etat à la condition notamment qu'elles soient nécessaires « *dans une société démocratique* ». Ainsi, l'Etat qui n'avait pas respecté son obligation négative pouvait échapper à l'engagement de sa responsabilité s'il établissait que son intervention était nécessaire « *dans une société démocratique* ». Le critère de proportionnalité permet d'affirmer que l'Etat s'est limité à ce qui est strictement nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'en a pas trop fait. La Cour a par la suite décidé d'appliquer un tel contrôle s'agissant des obligations positives, qui exigent que l'Etat mette en œuvre certains moyens afin de protéger l'individu. Dans ces hypothèses, l'Etat doit en faire suffisamment et le principe de proportionnalité a pour objet d'opérer un tel contrôle. Dans tous les cas, ce contrôle est étroitement lié à l'intensité de la marge nationale d'appréciation dégagée préalablement par la Cour⁷⁹⁸. Ces deux instruments appartiennent aux concepts modérateurs de la Convention⁷⁹⁹. Toutefois, le contrôle de proportionnalité privatisée va plus loin que la théorie des obligations positives, en opérant un contrôle sur l'office particulier du juge interne, et en restreignant l'autonomie procédurale ou la marge d'appréciation des Etats⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ « *Le principe de proportionnalité, qui traduit une exigence d'adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre, se situe donc au cœur du contrôle de la marge nationale d'appréciation* » : SUDRE Frédéric. Droit européen et international des droits de l'homme. *Op. cit.*, §143.

⁷⁹⁹ MARGUENAUD Jean-Pierre. La Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Op. cit.*, p.48 sq.

⁸⁰⁰ V. notamment DUBOUT Edouard. « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme ». *RTDH* 2007, n°70, p.397-425, spéc. p.422.



L'utilisation du contrôle de proportionnalité en matière d'obligations positives est utilisée par la Cour sans que la doctrine parvienne encore à rédiger le mode d'emploi⁸⁰¹. A l'occasion d'un colloque en 2007 consacré au principe de proportionnalité, la doctrine a tracé les figures qu'il était possible de distinguer quant au contrôle du même nom⁸⁰². Ainsi, le contrôle de proportionnalité appliqué aux relations verticales compte d'abord la figure classique, lorsque l'Etat défendeur est débiteur d'une obligation d'abstention. Dans cette hypothèse, on doit distinguer « *l'intérêt supérieur protégé, de l'intérêt particulier sacrifié et de l'atteinte à l'intérêt particulier considérée comme le moyen de réaliser l'objectif, par hypothèse légitime, de protection de l'intérêt supérieur* »⁸⁰³. Ensuite, lorsque l'Etat est débiteur d'une obligation positive, le contrôle de proportionnalité n'a plus pour objet de décider si l'intérêt supérieur protégé n'a pas donné lieu à des mesures trop importantes pour le protéger, mais a pour mission d'établir s'il a été assez fait pour que l'intérêt particulier soit assuré. Selon cette figure inversée, on retrouve « *l'intérêt particulier à rendre concret et effectif, les moyens publics à mobiliser et l'obligation positive d'affecter ces moyens publics à cette fin particulière* »⁸⁰⁴.

Le contrôle de proportionnalité privatisée enfin suit une toute autre logique⁸⁰⁵. Il apparaît moins influencé par la théorie des obligations positives que par la dimension horizontale que revêt le litige. La mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité appliqué aux relations horizontales confronte cependant la doctrine à des « *paradoxes* », et se limite

⁸⁰¹ Sur le principe de proportionnalité, V. en particulier les « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. LPA 5 mars 2009, n°46. V. également, concernant le droit de l'Union, MARZAL YETANO Antonio, MUIR WATT Horacia (Dir.). *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*. Thèse de doctorat, droit. Paris : Université de Paris 1, 2013, 547p.

⁸⁰² MARGUENAUD Jean-Pierre. Conclusions générales. « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *Op. cit.*

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ Cette logique participe de la singularité du droit européen par rapport au droit commun : « *c'est ainsi que le contrôle du contrat opéré sur le fondement de l'ordre public et des bonnes mœurs au sens de l'article 6 du Code civil change de nature lorsqu'il se nourrit des droits fondamentaux. Il ne relève plus d'une logique binaire, mais d'une logique floue, une logique de gradation. L'issue du contrôle ne repose plus sur l'alternative oui/non, licite/illécite. Elle dépend d'un jugement de proportionnalité et d'une mise en balance de deux intérêts privés, d'une licéité sous condition de proportionnalité* » : MARCHADIER Fabien. « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme ». *Op. cit.*

pour le moment à des « tâtonnements »⁸⁰⁶ Cette mise en image du contrôle de proportionnalité constitue un progrès pour la compréhension de la jurisprudence de la Cour EDH. Elle a toutefois pour effet d'esseuler les hypothèses d'application de ce contrôle aux relations horizontales. La mise en place d'un « *contrôle de proportionnalité privatisée* » distingue encore difficilement les intérêts propres des individus et les intérêts supérieurs⁸⁰⁷. Par conséquent, l'argumentation de la Cour n'est pas exempte d'approximations, qui se concilient mal avec les conséquences décisives que le contrôle de proportionnalité emporte pour la solution du litige.

258. Parce que le contrôle de l'interprétation mécanique constitue une forme d'invocabilité exceptionnelle, lorsque le litige oppose des personnes privées, la Cour vérifie comment l'Etat a mis en balance les intérêts privés concurrents pour estimer si l'Etat est fautif de ne pas avoir fait droit au requérant dans cette situation exceptionnelle⁸⁰⁸. Il s'agit donc d'un « *contrôle de proportionnalité privatisée* »⁸⁰⁹. Le comportement de l'Etat n'est pas exempt mais, déterminé par la marge nationale d'appréciation, il demeure à relativiser dans la mesure où cette marge est déterminée par le droit dont le requérant réclame le respect et qui est étroitement lié aux intérêts qu'il place dans son plateau.

259. L'arrêt *Velcea et Mazare*, en indiquant que la problématique peut être prise soit sous l'angle d'une ingérence soit sous celle d'une omission, semble prendre la mesure du contrôle de proportionnalité privatisée⁸¹⁰. Toutefois, la Cour poursuit en déclarant que le contrôle de proportionnalité confronte l'intérêt général d'un côté et le droit fondamental du requérant de l'autre, sans que le type de contrôle de proportionnalité appliqué aux relations verticales soit

⁸⁰⁶ MARGUENAUD Jean-Pierre. Conclusions générales. « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *Op. cit.*

⁸⁰⁷ *Ibid.* V. également SEUBE Jean-Baptiste. « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale ». « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *Op. cit.*

⁸⁰⁸ Concernant les liens entre le principe de proportionnalité et la mise en balance des intérêts, du moins dans la jurisprudence de l'Union : MARZAL YETANO Antonio, MUIR WATT Horacia (Dir.). *Op. cit.*, p.94 sq.

⁸⁰⁹ Sur le contrôle de proportionnalité privatisée, V. en particulier les « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *Op. cit.*

⁸¹⁰ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §127.

précisé⁸¹¹. Or, dans cette affaire, le contrôle de proportionnalité n'est plus vertical mais horizontal.

L'arrêt *Velcea et Mazare* conclut qu'« un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts du successeur d'Aurel A., d'une part, et les intérêts du requérants, d'autre part »⁸¹². On est tenté de trouver dans cette conclusion le signe d'une utilisation du contrôle de proportionnalité privatisée, dont les mécanismes sont encore mal connus⁸¹³. Ainsi, l'annonce de la Cour selon laquelle « il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »⁸¹⁴, comme en matière de contrôle de proportionnalité appliqué aux relations verticales, serait machinale. En réalité, la Cour ne confronte pas un intérêt supérieur contre les intérêts particuliers, mais relève que « deux intérêts se trouvaient confrontés : d'une part, l'intérêt du requérant qui entendait voir Aurel A. déclaré indigne d'hériter de sa fille, et, d'autre part, celui de Lucian L. d'hériter de son frère, y compris la partie des biens qui avait appartenu à Tatiana A, en l'absence d'une décision définitive de condamnation visant son frère »⁸¹⁵.

260. Dans l'arrêt *Schlumpf*, la Cour était confrontée à l'application d'un critère jurisprudentiel pour déterminer les conditions de prise en charge des frais médicaux liés à une opération de conversion sexuelle. Il convient toutefois de noter la proximité avec l'affaire *Van Kuck*, bien que dans la première la requérante relève de l'affiliation obligatoire au régime général d'assurance maladie, tandis que dans la seconde elle relevait d'un régime d'assurance maladie privée. Dans cet arrêt *Schlumpf* encore, les intérêts particuliers se parent parfois des vertus de l'intérêt général⁸¹⁶. Toutefois, la Cour met en balance d'une part

⁸¹¹ Comp. CEDH 2 mai 2013, arrêt *Panteliou-Darne et Blantzouka c/ Grèce*, req. n° 25143/08 et 25156/08, §41.

⁸¹² CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §133.

⁸¹³ A propos de cet arrêt, le professeur MARGUENAUD n'hésite en effet pas à parler de « renforcement général des exigences du contrôle de proportionnalité privatisée, c'est-à-dire de la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts explicitement présentés par l'arrêt *Velcea et Mazare* comme des intérêts privés concurrents » : MARGUENAUD Jean-Pierre. La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil. *Op. cit.*

⁸¹⁴ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §127.

⁸¹⁵ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §128.

⁸¹⁶ Ainsi, lorsque la Cour le délai de deux ans s'explique par le fait qu'« il garantit un équilibre entre les intérêts de la personne concernée, d'une part, et l'intérêt public visant à éviter les opérations inutiles, d'autre part » : CEDH 8 janvier 2009, arrêt *Schlumpf c/ Suisse*, *op. cit.*, §109. Pour ce tâtonnement caractéristique de



l'intérêt pour la compagnie d'assurance à prendre en charge des dépenses nécessaires, correspondant à des choix mûrement réfléchis, d'autre part l'intérêt de la requérante à ne pas se voir opposer un tel délai pour la prise en charge de ses frais médicaux. Cette appréciation intervient alors même que le litige trouve son origine dans l'application d'un délai de deux ans d'origine prétorienne. La Cour démontre ainsi son intention portée aux conséquences de ce litige pour les parties, bien que ce soit l'Etat qui engage sa responsabilité et supporte le coût de cette reconnaissance de manquement à la Convention EDH. Aussi ce contrôle de proportionnalité privatisée constitue non seulement un mécanisme de la Cour dans l'application de la Convention EDH, mais également un mécanisme des juges nationaux, appelés à trancher des litiges au moyen de règles globalement satisfaisantes mais pour lesquelles il convient d'étudier les effets dans chaque litige⁸¹⁷. En l'espèce, la Cour conclut, de la même manière que dans l'arrêt *Van Kuck*, qu'« un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part »⁸¹⁸.

§ 2 - Transposition à l'acte juridique privé

261. Afin d'entrevoir les modalités d'application de cette forme d'invocabilité d'exclusion exceptionnelle à l'acte juridique privé, il convient d'abord d'articuler les arrêts *Pla et Puncernau* et *Velcea et Mazare (A)* avant d'en mesurer les conséquences sur l'interprétation d'un tel acte (B).

l'utilisation de l'utilisation du contrôle de proportionnalité privatisée : MARGUENAUD Jean-Pierre. Conclusion générale. « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *Op. cit.*

⁸¹⁷ « Ce n'est donc pas une question d'étiquette et de qualification juridique (...), mais une question d'analyse au plus près des réalités » : MARGUENAUD Jean-Pierre. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit.*

⁸¹⁸ CEDH 8 janvier 2009, arrêt *Schlumpf c/ Suisse*, *op. cit.*, §115. A comparer avec CEDH 12 juin 2003, arrêt *Van Kuck c/ Allemagne*, *op. cit.*, §84 : « Au vu de ces divers éléments, la Cour estime qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part ».

A - Articulation des arrêts *Pla et Puncernau* et *Velcea et Mazare*

262. Dans ses arrêts relatifs à l'interprétation mécanique, comme dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour possède une conception large de l'interprétation. Ainsi, elle assimile l'interprétation comme l'application d'une règle de droit, suivant une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Winterwerp*. Quelles que soient les vertus de la règle de droit mobilisée, la Cour considère que, dès lors que les juges nationaux en ont fait application, ils ont participé de manière décisive au sens conféré à l'acte dans l'affaire, et dans les effets dont le requérant se plaint. Cela même si la règle de droit est claire et que le juge national en a fait une application la plus neutre possible. Dans une telle hypothèse, la Cour a recours à la théorie des obligations positives pour faire grief à la juridiction nationale de ne pas avoir saisi l'occasion pour influencer l'application de la règle de droit afin de produire un effet conforme au contenu de la Convention EDH. C'est une hypothèse classique du contrôle de la Cour EDH concernant l'interprétation des normes.

263. En outre, les arrêts relatifs à la lutte contre l'interprétation mécanique prennent pour point de départ, comme l'arrêt *Pla et Puncernau*, la règle selon laquelle l'interprétation et l'application de la norme incombent au premier chef aux juridictions nationales⁸¹⁹. Ils assignent à ce principe une exception comparable, parfois fondée sur l'arbitraire comme dans l'arrêt *Velcea et Mazare*⁸²⁰, parfois en rappelant que la Cour protège des droits concrets et effectifs⁸²¹, toujours en assumant un contrôle de compatibilité entre la Convention EDH et les effets de l'interprétation par les juridictions de la règle de droit interne. A ce titre, il convient de faire application de la jurisprudence *Pla et Puncernau* selon laquelle le contrôle qui porte sur la loi doit, *a fortiori*, porter sur un acte juridique privé. Concrètement, si le contrôle de l'interprétation mécanique du Code civil dans l'arrêt *Velcea et Mazare* devait porter sur une clause contractuelle, la combinaison des deux arrêts permet d'établir que la Cour exercerait son contrôle.

264. Le rapprochement des arrêts *Schlumpf* et *Van Kuck* permet de s'en convaincre⁸²². Dans la première affaire, le litige portait sur l'application d'un critère jurisprudentiel, respecté

⁸¹⁹ V. *supra* §255.

⁸²⁰ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §129.

⁸²¹ CEDH 8 janvier 2009, arrêt *Schlumpf c/ Suisse*, *op. cit.*, §112.

⁸²² Si l'affaire *Schüth* aurait permis de constater l'utilisation du contrôle de proportionnalité privatisée, la Cour constate que le gouvernement n'a pas, en l'espèce, suffisamment étayé les intérêts de l'autre partie afin de



par une compagnie d'assurance dans le cadre du régime général d'assurance maladie. Dans la seconde affaire, le litige portait sur la charge de la preuve de la nécessité des mesures de conversion sexuelle prévue par les conditions générales du contrat d'assurance. Or, dans les deux cas, la Cour opère un contrôle comparable. Et, si la Cour dans l'arrêt *Van Kuck* ne s'était pas placée sur le terrain de la charge de la preuve, elle aurait pu appréhender comme un manquement à la Convention EDH une application trop stricte du caractère « *nécessaire* » des mesures de conversion sexuelle, prévu par le contrat d'assurance. Par conséquent, le contrôle de l'interprétation mécanique a vocation à porter sur toutes les normes, y compris sur les actes juridiques privés.

B - Conséquences sur l'interprétation des actes juridiques privés

265. L'application du contrôle sur l'interprétation mécanique des normes aux actes juridiques privés produit d'abord des effets similaires à ceux constatés dans l'arrêt *Pla et Puncernau*. Ainsi, peu importe que la norme soit ambiguë ou non, dans la mesure où la Cour reconnaît sa compétence afin de contrôler la compatibilité de son application concrète avec le contenu de la Convention EDH, conformément à sa conception *réaliste* de l'interprétation. S'agissant de normes destinées à être répétées à plusieurs situations, comme la loi ou les conditions générales du contrat d'assurance, l'interprétation pourra être différente d'un cas à l'autre. C'est précisément le sens du contrôle de l'interprétation mécanique, puisque la Cour ne stigmatise pas l'interprétation habituelle d'une norme, mais ses effets dans une situation

pouvoir contrôler la mise en balance qui incombe aux autorités nationales : CEDH 23 septembre 2010, arrêt *Schüth c/ Allemagne*, req. n°1620/03, §74.



particulière, et qui aurait appelé une application différente⁸²³. Dès lors, l'application du contrôle de proportionnalité privatisée s'avère être un élément décisif⁸²⁴.

L'interprétation mécanique se distingue de la jurisprudence *Pla et Puncernau* qui appelle à une interprétation conforme de la norme. Dans les hypothèses recensées, il semble qu'une interprétation conforme n'était pas possible, soit que la règle dispose un délai exprimé en mois, soit que les termes apparaissent incontournables, comme dans l'affaire *Velcea et Mazare*. Pour autant, il est difficile d'en conclure, au regard du paragraphe 62 de l'arrêt *Pla et Puncernau*, que la Cour reconnaisse ainsi pour limite à l'obligation d'interprétation conforme, l'interprétation *contra legem*, comme le précise la CJUE. Il apparaît plus probable que, confronté à des affaires qui nécessitent, d'une manière exceptionnelle, que la règle habituellement appliquée soit écartée, la Cour EDH préfère la solution d'une invocabilité exceptionnelle d'exclusion. Cette solution n'est pas une solution par défaut par rapport à l'invocabilité d'interprétation conforme et ne semble pas correspondre à la méthode d'interprétation de la CJUE.

Pourtant, les deux cours européennes renvoient, par ces mécanismes, à la responsabilité au juge national de conférer aux dispositions et stipulations un sens conforme au droit européen, en utilisant toutes les méthodes d'interprétation reconnues dans leur système herméneutique. Par la directive d'interprétation mécanique, la Cour EDH s'avère plus exigeante à l'égard des juridictions nationales, et désigne cette directive comme un outil à intégrer dans les systèmes herméneutiques des Etats parties à la Convention. Or, le droit romano-germanique, auquel appartient le droit français, demeure plus attaché tant à l'adage « *dura lex, sed lex* » qu'à l'adage « *pacta sunt servanda* ». Il appartient donc d'étudier dans la deuxième partie si le droit français, directement concerné dans l'arrêt *Staszkow*, a adopté cette directive d'interprétation.

⁸²³ C'est ainsi par exemple que, dans l'arrêt *Schlumpf*, la Cour indique que « *le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique (...) pour éviter une application mécanique du délai de deux ans* » : CEDH 8 janvier 2009, arrêt *Schlumpf c/ Suisse*, *op. cit.*, §115. Egalement : « *le respect de la vie familiale du requérant aurait exigé la prise en compte des circonstances particulières et, pour ainsi dire exceptionnelles, de l'affaire pour éviter une application mécanique des principes d'interprétation des dispositions de l'article 655 §1 du Code civil* » : CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §133.

⁸²⁴ Comp. : « *le défaut de rapport raisonnable de proportionnalité est le critère décisif permettant de qualifier de discrimination une inégalité de traitement* » : SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. *Op. cit.*, §287.

Section 2 - Une forme d'invocabilité d'exclusion renforcée : l'arrêt *Hutten-Czapska*

266. A l'occasion de l'affaire *Hutten-Czapska*, la Cour EDH semble avoir dégagé une seconde hypothèse par laquelle elle lutte contre l'interprétation mécanique des normes⁸²⁵. Alors que, dans la première hypothèse symbolisée par l'arrêt *Velcea et Mazare*, elle ne fait que souligner la légitimité de la norme dont elle contrôle *in concreto* la conformité à la Convention EDH, la Cour dans cette hypothèse s'intéresse à la proportionnalité de cette norme de manière générale, l'affaire de la requérante devenant le support particulier d'une démonstration plus générale.

267. Cette affaire se situe dans une longue suite d'arrêts de la Cour EDH dans laquelle celle-ci apprécie les politiques législatives en matière de logement⁸²⁶. Cet arrêt de principe, met en place la procédure des arrêts pilotes qui a été utilisée dans d'autres domaines comme la surpopulation carcérale⁸²⁷. Par conséquent, les mécanismes utilisés ne sont pas propres aux actes juridiques privés. Il convient d'ajouter qu'ils ne relèvent pas, de prime abord, de l'interprétation. C'est pourquoi il convient de relever dans l'arrêt *Hutten-Czapska* les éléments propres à l'interprétation, en expliquant en quoi ils concernent une opération d'interprétation objective (§1) et en quoi ils constituent une interprétation dynamique (§2).

§ 1 - Une interprétation objective

268. L'affaire *Hutten-Czapska*, comme les autres affaires précitées en matière de logement, concerne des requérants possédant la qualité de propriétaires de biens

⁸²⁵ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*

⁸²⁶ V. notamment CEDH GC 22 juin 2004, arrêt *Broniowski c/ Pologne*, req. n°31443/96 ; CEDH 21 décembre 2010, arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal*, req. n°41696/07 ; CEDH 12 juin 2012, arrêt *Lindheim e.a. c/ Norvège*, req. n°2139/10. MARCHADIER Fabien. « La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation ». *D.* 2012, n°30, p.2007-2011. ROCHFELD Judith. « CEDH et sources du droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens en matière contractuelle et jugement d'équilibre des contrats dans la durée ». *RDC* 2013, n°1, p.31. CEDH 10 juillet 2014, arrêt *Statileo c/ Croatie*, req. n°12027/10.

⁸²⁷ CEDH 27 mai 2013, arrêt *Torreggiani e.a. c/ Italie*, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10 ; CEDH 27 janvier 2015, arrêt *Neshkov e.a. c/ Bulgarie*, req. n°36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 et 9717/13 ; CEDH 10 mars 2015, arrêt *Varge e.a. c/ Hongrie*, req. n°14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13.



immobiliers et bailleurs. Dans l'exercice de ses prérogatives, le législateur avait établi des règles concernant les relations contractuelles entre les bailleurs et les locataires. Le juge des droits de l'Homme remet en cause ces règles par une interprétation objective. L'activité législative en matière de logement n'est pas reniée par la Cour EDH. De manière fondamentale, la Cour estime que l'intervention de l'Etat constitue un but légitime conforme à l'intérêt général, pour lequel l'Etat jouit d'une ample marge nationale d'appréciation⁸²⁸. Selon une jurisprudence constante, la Cour affirme qu'elle « *ne saurait mettre en cause un tel choix politique du législateur, dès lors qu'il s'agit là d'une mesure d'intérêt général qui ne semble pas manifestement dépourvue de base raisonnable* »⁸²⁹. La Cour reconnaît même que l'Etat doit « *arbitrer sur des questions extraordinairement complexes et socialement sensibles* »⁸³⁰. Au travers des critères qui guident son appréciation du juste équilibre, on comprend que la Cour EDH permet que les droits des bailleurs puissent être écornés afin de répondre à une situation économique et sociale particulière. La Cour EDH prend en considération ces éléments sans toutefois les épouser. Cela signifie qu'elle ne s'assigne pas pour objectif l'application ou l'interprétation des règles en la matière dans le sens d'une politique législative favorable à une catégorie d'individus, et défavorables à une autre.

269. Cette méthode est de nature à produire des conséquences importantes si on transpose la solution à la politique législative menée tant par le droit interne que le droit de l'Union s'agissant de la protection des consommateurs par exemple. Elle fait du juge un acteur apolitique des conflits, susceptible de faire basculer un pan entier du droit, construit comme elle l'admet sur des conciliations sensibles⁸³¹. Cela signifie que, tant du point de vue de l'interprétation des lois applicables aux actes juridiques privés que de l'interprétation des actes eux-mêmes, il n'est pas permis au juge de prendre appui sur des règles favorisant une catégorie d'individus au détriment d'une autre, conformément au principe de réversibilité des

⁸²⁸ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, spéc. §66. Sur ce point, V. également ROCHFELD Judith, « CEDH et sources du droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens en matière contractuelle et jugement d'équilibre des contrats dans la durée ». *Op. cit.*, §2.

⁸²⁹ CEDH 21 décembre 2010, arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal*, *op. cit.*, §34 ; confirmation de CEDH AP 19 décembre 1989, arrêt *Mellacher e.a. c/ Autriche*, req. n°10522/83, 11011/84 et 11070/84, §45.

⁸³⁰ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §225.

⁸³¹ Sur l'avantage de cette méthode au regard de l'élaboration des lois sous la pression des organisations représentant des intérêts privés : MARGUENAUD Jean-Pierre. « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes ». *RTD Civ.* 2006, n°4 p.719-721, note sous CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*

droits. La réversibilité des droits signifie que les droits protégés par la Convention EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH peuvent être invoqués par tous, et plus particulièrement par des catégories d'individus qui s'opposent généralement, salariés ou syndicats comme employeurs, locataires comme bailleurs⁸³². Il ne s'agit pas véritablement d'une création prétorienne et la doctrine a pu utiliser une terminologie proche pour exprimer une utilisation de règles du droit social par les salariés, qui viennent à être mises à profit par les employeurs⁸³³. En considération de ce caractère réversible des droits, il n'est pas permis de faire reposer la charge (sociale, financière, ...) sur un groupe social particulier, cette règle ne souffrant pas d'exception⁸³⁴. Ainsi, la jurisprudence de la Cour conduit à bannir tout raisonnement reposant sur des catégories abstraites de contractants⁸³⁵. En matière d'interprétation, ce principe trouve application à l'égard de l'ensemble des lois thématiques, mais également des directives composant le système herméneutique.

270. Il découle de cette règle d'interprétation que, comme l'indique la Cour EDH elle-même, la procédure de l'arrêt-pilote constitue une « *approche juridictionnelle* »⁸³⁶. Premiers juges protégeant les droits fondamentaux, il apparaît que cette approche juridictionnelle doit être appliquée par les juridictions internes. C'est également ce qui découle de l'opinion du juge ZUPANCIC lorsque, critiquant la solution sur le fondement du principe de subsidiarité, il indique que le rôle assumé par la Cour EDH dans l'arrêt *Hutten-Czapska* est « *le rôle qui est à juste titre réservé aux juridictions constitutionnelles nationales* »⁸³⁷. Cet arrêt démontre

⁸³² Selon la définition donnée par le Professeur JAMIN, la réversibilité signifie que les droits et libertés fondamentaux tels que ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme peuvent servir plusieurs maîtres : JAMIN Christophe, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in LEWKOWIKZ G. et XIFARAS M. (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2009, p.1775-220. Comp. « *Ce ne sont pas vraiment les droits de l'homme qui sont réversibles, c'est la faiblesse* », c'est-à-dire la remise en cause du postulat de la loi lorsque celle-ci s'appuie sur la plus grande force supposée d'une catégorie de personnes à un acte juridique privé : MARGUENAUD, Jean-Pierre. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit.*

⁸³³ LYON-CAEN Gérard. *Le droit du travail, une technique réversible*. Paris : Dalloz, 1995 (Connaissance du droit).

⁸³⁴ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §225.

⁸³⁵ ROCHFELD Judith. « CEDH et sources du droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens en matière contractuelle et jugement d'équilibre des contrats dans la durée ». *Op. cit.*, §2. MARGUENAUD Jean-Pierre, « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale ». *RDC* 2009, n°4, p.1211-1217.

⁸³⁶ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §233.

⁸³⁷ *Ibid.*, opinion partiellement concordante et partielle dissidente du juge ZUPANCIC.

également la position très critique de la Cour constitutionnelle polonaise qui avait jugé les dispositions litigieuses inconstitutionnelles car incompatibles avec le principe de protection du droit de la propriété, de proportionnalité, de prééminence du droit et de justice sociale⁸³⁸. Par cet arrêt, la Cour confère d'autres outils aux juridictions nationales, et notamment constitutionnelles, aux fins de remédier à des législations susceptibles d'emporter les droits fondamentaux.

En outre, il résulte de la combinaison des arrêts *Pla et Puncernau* et *Hutten-Czapska* que la Cour EDH s'autorise à opérer un contrôle européen sur l'interprétation, et donc sur la façon dont les juridictions nationales se saisissent des lois applicables au contrat⁸³⁹. Pourtant, et de manière maladroite, la Cour n'a pas saisi l'occasion qui s'est présentée dans l'affaire *Almeida Ferreira et Melo Ferreira*, en indiquant : « *il est vrai que la limitation en cause est appliquée de manière automatique, les juridictions saisies ne pouvant pas peser les intérêts respectifs du propriétaire et du locataire. La Cour estime cependant que le caractère absolu d'une loi n'est pas, en soi, incompatible avec la Convention* »⁸⁴⁰. Pourtant, cette forme d'invocabilité d'exclusion a précisément pour objet d'éviter toute interprétation mécanique. Par conséquent, la logique développée par la Cour EDH consiste à exiger des juges nationaux un contrôle de proportionnalité pour déterminer si la loi ne heurte pas dans sa substance un droit fondamental d'une catégorie d'individus sur laquelle repose une charge plus importante. Si les juges nationaux viennent à constater des difficultés, la Cour EDH insiste sur le caractère dynamique de l'interprétation.

§ 2 - Une interprétation dynamique

271. Il convient de rappeler qu'une interprétation dynamique, à l'opposé de l'interprétation mécanique, consiste pour le juge à ne pas se contenter d'une solution contraire à la Convention EDH, mais à mobiliser des moyens exceptionnels pour l'empêcher. En ce sens,

⁸³⁸ *Ibid.*, §199.

⁸³⁹ L'arrêt *Hutten-Czapska*, selon le Professeur SUDRE, a donné « à la Cour de Strasbourg l'occasion de transformer la réglementation de l'usage des biens en un redoutable instrument de contrôle de proportionnalité des lois qui organisent les relations contractuelles » : SUDRE Frédéric (dir.). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. *Op. cit.*, p.801.

⁸⁴⁰ CEDH 21 décembre 2010, arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal*, *op. cit.*, §33.

l'invocabilité d'exclusion renforcée répond à cette exigence en décelant, à l'occasion d'une affaire, une atteinte aux droits fondamentaux qui dépasse le seul litige et est susceptible d'entraîner un flot de requêtes. Dès lors, l'enjeu n'est pas tant d'aboutir à une interprétation conforme aux droits fondamentaux de la loi applicable aux contrats que de permettre une remise en cause fondamentale de la loi. Ainsi, cette invocabilité se distingue de la précédente dans laquelle la loi n'était pas en soi contraire aux droits fondamentaux mais se révélait, en raison des circonstances exceptionnelles, critiquable. De manière comparable à la procédure de question préjudicielle de la CJUE, la Cour EDH se trouve confrontée à une situation dans laquelle une législation se trouve contraire au droit européen et n'est pas susceptible d'une interprétation conforme⁸⁴¹. Or, tandis que la CJUE doit se contenter de rappeler l'invocabilité de réparation, la Cour EDH utilise l'invocabilité d'exclusion renforcée. Concrètement, l'affaire en cours ainsi que les autres requêtes qui seraient déposées devant la Cour EDH sont gelées, le temps pour le gouvernement concerné de faire valoir les mesures prises pour remédier à l'atteinte constatée⁸⁴².

Ainsi, ce n'est pas un manquement du juge qui est constaté, comme dans la forme d'invocabilité précédente ni, de manière plus générale, s'agissant de l'obligation d'interprétation conforme. Toutefois, conformément à la conception *réaliste* de la Cour EDH, la diffusion de cette forme d'invocabilité pourrait se transformer en un engagement de la responsabilité de l'Etat, les juridictions nationales n'ayant pas tenté de redresser les manquements constatés pouvant participer à cette mise en jeu de la responsabilité.

272. Dans le cadre de l'invocabilité d'exclusion renforcée, le juge des droits de l'Homme tend à saisir la législation dans son ensemble⁸⁴³. Ainsi, bien que saisi dans le cadre d'un litige entre des personnes privées, il ne va pas faire utilisation du contrôle de proportionnalité privatisée mais du contrôle de proportionnalité opposant le droit fondamental dont peut se prévaloir le requérant d'une part, à l'intérêt général de la collectivité d'autre part⁸⁴⁴. Dès lors,

⁸⁴¹ Si elle est susceptible d'une interprétation conforme, pareille interprétation ne s'analyse pas, selon la CJUE, comme une correcte application du droit européen, de sorte qu'une action en manquement peut être engagée contre l'Etat membre. V. *supra*, §170.

⁸⁴² Ainsi, selon une partie de la doctrine, « *le juge déborde là incontestablement sa compétence de rendre des arrêts déclaratoires* » : SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. *Op. cit.*, §247.

⁸⁴³ ROCHFELD Judith, « CEDH et sources du droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens en matière contractuelle et jugement d'équilibre des contrats dans la durée ». *Op. cit.*, §6.

⁸⁴⁴ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §225.



l'impact de la procédure de l'arrêt-pilote sur les mécanismes contractuels est puissant quant à ses effets sur la situation litigieuse mais maigre quant à la compréhension des mécanismes contractuels. En outre, s'agissant du règlement amiable, la Cour EDH requiert l'examen de « *mesures générales pertinentes* »⁸⁴⁵. Par conséquent, moins que la remise en cause d'un acte juridique privé à l'occasion d'un litige, cette forme d'invocabilité se singularise par ses conséquences possibles sur tout un pan du droit. Si le juge interne a la possibilité d'opérer une interprétation conforme, cette situation s'apparente à la situation de l'Etat membre de l'Union faisant l'objet d'une procédure en manquement et qui ne peut valablement se prévaloir d'une interprétation conforme. Concrètement, dans cette hypothèse, il ne reste au juge que la possibilité d'attirer l'attention du législateur sur ce manquement, ce qu'avait fait en vain le juge constitutionnel polonais.

⁸⁴⁵ CEDH GC 28 avril 2008, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, règlement amiable, req. 35014/97, §32. MARGUENAUD Jean-Pierre. « Un nouvel instrument de conquête du droit des contrats par la Cour EDH : le règlement amiable pilote ». *RTD Civ.* 2008, p. 641.



Conclusion du chapitre 2

273. La lutte contre l'interprétation mécanique des normes internes n'en est encore qu'à ses balbutiements. Il est pourtant déjà possible de dessiner les grands Principes directeurs, et de distinguer deux figures distinctes.

L'arrêt *Velcea et Mazare* illustre la forme d'invocabilité exceptionnelle d'exclusion, c'est-à-dire une interprétation-dérogação. Son objectif est, à l'égard d'une norme, la détermination d'un sens conforme aux textes européens, selon des mécanismes similaires au Principe d'interprétation conforme. Toutefois, alors que le Principe d'interprétation conforme promeut une interprétation mécanique des normes en faveur des normes hiérarchiquement supérieures, la prohibition de l'interprétation mécanique a pour objet de nuancer cette automaticité, tout en sauvegardant les normes supérieures, singulièrement celles européennes, et en particulier celles protégeant des droits fondamentaux.

Pour parvenir à un tel contrôle, cette technique d'interprétation repose sur une conception *réaliste* du droit, dans laquelle le juge est l'acteur principal. Il identifie les règles de droit applicables, les interprète, les articule et les applique, ou est au contraire amené à les écarter pour sauvegarder les droits et libertés fondamentaux. Alors que l'obligation d'interprétation conforme peut se présenter comme une opportunité pour le juge de réparer en partie une faute commise par le législateur, le juge est dans cette hypothèse l'autorité publique par qui survient la faute.

Alors qu'il bénéficie d'une marge d'appréciation conséquente et que, confronté à une règle de droit qui conserve une valeur de principe mais devrait être écartée dans un cas d'espèce, cette marge semblerait ne pouvoir se réduire, c'est bien l'inverse que décide la Cour EDH et, dans le cadre préjudiciel, la CJUE. Ainsi, si le juge ne démontre pas qu'une interprétation conforme n'était pas possible en l'espèce, c'est son inaction qui engendre la responsabilité de l'Etat.

Pour opérer un tel contrôle, le juge doit effectuer un contrôle de proportionnalité privatisée, c'est-à-dire une mise en balance des intérêts privés. Cette figure du contrôle de proportionnalité, dont la doctrine estime qu'elle est la plus mal comprise, trouve dans ce Principe d'interprétation la fluidité de l'évidence.

274. L'arrêt *Hutten-Czapska* illustre la forme d'invocabilité d'exclusion renforcée. Cette forme appartient à la lutte contre les interprétations mécaniques dans la mesure où, confronté à un résultat fondé au regard de la loi nationale mais contraire au contenu du droit européen, il appartient au juge national de prendre du recul sur cette solution et de neutraliser l'application du droit national, du moins d'en souligner la faiblesse et le risque d'un engagement de la responsabilité de l'Etat. Si la Cour EDH s'est gardée d'être trop critique envers le juge dans cette hypothèse, elle met, par la procédure de l'arrêt-pilote, une charge importante à l'endroit du législateur, de sorte que cette forme se situe à la frontière de l'opération d'interprétation, déjà largement entendue sur le fondement de prééminence du droit et de l'effet utile des droits contenus dans la Convention EDH. Ainsi, dans cette hypothèse, le contrôle de proportionnalité ne porte plus sur les intérêts concrets des parties. Toutefois, cette forme d'invocabilité emporte des conséquences importantes sur le système herméneutique, en dissuadant contre le recours aux catégories abstraites d'individus.



Conclusion Titre 2

275. La directive d'interprétation évolutive constitue d'abord l'instrument par les Cours européennes d'évolution des normes dont elles sont les gardiennes. Par combinaison avec l'obligation d'interprétation conforme, le sens ainsi conféré se diffuse dans l'ensemble des normes, contribuant à un dynamisme de l'ensemble, jusqu'aux actes juridiques privés.

Cette directive peut être qualifiée d'« *objective* », comportant le risque d'être dépendante de réalités sociologiques et/ou politiques. En réalité, la Cour EDH l'a domptée par une opération de connaissance de l'ensemble du droit, qui est appelée à constituer une motivation s'agissant de l'évolution ou non des normes contenues dans la Convention EDH. Pour autant, cette directive permet à la Cour de ne pas être tenue par les volontés initiales des Hautes Parties contractantes à la Convention EDH. Ainsi, l'interprétation évolutive participe d'une conception des normes ouvertes sur leur environnement.

Enfin, cette directive comportait par nature le risque d'une imprévisibilité. Or, elle s'articule avec les autres mécanismes de la Cour afin d'échapper à ce grief. De manière plus générale, cela signifie que le principe de sécurité juridique possède une moindre prégnance en présence d'une nécessité motivée de procéder à une interprétation évolutive. Pour autant, cette directive doit s'accompagner de mécanismes clairs permettant de démontrer l'évolution du droit sur un sujet déterminé.

276. Le Principe selon lequel il convient de ne pas interpréter de manière mécanique les normes repousse encore plus loin les limites de la conception européenne de l'interprétation. Il va de l'interprétation exceptionnellement dérogatoire de la loi applicable au contrat, à la remise en cause de cette loi, au motif que le résultat de l'interprétation ou de l'application de la loi au contrat aboutit à un sens contraire au contenu de la Convention EDH. Il exige que le juge s'interroge sur le résultat que produit son interprétation et/ou son application d'une règle de droit et, le cas échéant, puise dans les moyens qui lui sont reconnus celui qui lui permet d'aboutir à un résultat conforme aux engagements européens de son Etat.

Cette démarche casuistique est par principe opposée à l'exigence de sécurité juridique et, à la préservation de l'intérêt général face aux revendications individualistes, s'impose un contrôle de proportionnalité privatisée, c'est-à-dire soupesant les intérêts particuliers des parties au litige. Si la procédure suivie devant la Cour EDH voit s'affronter un



requérant face à son Etat, c'est une procédure et des mécanismes adaptés qui doivent être mis en œuvre devant les juridictions nationales, en maîtrisant les figures du contrôle de proportionnalité.



Conclusion de la Partie I

277. Confrontées selon diverses modalités à l'adoption, à l'évolution et à la diffusion des normes dont elles sont les gardiennes, les cours européennes se sont appuyées sur une conception normativiste du droit, dont la directive d'interprétation conforme, parée de la portée obligatoire, constitue le bras armé. Ce mécanisme représente un véritable rapport de force entre ces cours – gardiennes des engagements européens des Etats – et les représentants des Nations membres. Ce rapport de force s'est estompé, notamment par un dialogue entre les juges, sans toutefois disparaître. La procédure préjudicielle pratiquée quotidiennement par la CJUE, et que la cour EDH est amenée à suivre prochainement selon des modalités proches, en constitue le meilleur exemple. L'interprétation conforme qui y est régulièrement rappelée place le juge comme la figure centrale de ce rapport de force.

278. Les cours européennes ne se sont cependant pas satisfaites de la conception normativiste du droit. Elles considèrent ainsi chacune que l'interprétation est inhérente à l'application du droit, et que le rôle du juge est primordial. Il lui revient selon elles de faire évoluer les normes dont elles sont les gardiennes, et de contrôler que les normes qui lui sont soumises sont conformes. La combinaison des interprétations évolutives et conformes constituent un levier puissant de dynamisme du droit, auquel les actes juridiques privées ne peuvent plus demeurer à l'abri. Dans une conception du juge européen de défense de droits concrets et effectifs, la distinction entre le fait et le droit se brouille et le juge est appelé à contrôler les effets de son interprétation et de son application du droit sur les situations qui lui sont soumises. Afin de respecter les engagements européens, le juge national doit, le cas échéant, redresser une situation non conforme, fruit d'une application ou d'une interprétation mécanique du droit. Si la Cour EDH s'est engagée de manière tempétueuse et quelque peu brouillonne dans ce combat, la CJUE, en analysant les situations qui lui étaient soumises de manière préjudicielle, donne du poids à un contrôle auquel le système juridictionnel français n'est pas préparé.

279. En effet, il n'est guère possible de contester l'émergence de Principes européens d'interprétation, assis sur de solides fondements et dotés de mécanismes puissants. S'il peut être observé une acceptation des normes européennes dans le système juridique français, la réception de ces Principes, et des conséquences qu'ils sont susceptibles de produire en

matière d'interprétation des actes juridiques privés, constitue la deuxième Partie de cette étude.



Partie II - Réception des Principes européens d'interprétation



280. La confrontation entre le système herméneutique national concernant les actes juridiques privés et le contrôle de l'interprétation assumé par les juridictions européennes augure de fortes tensions. En effet, le juge interne a une conception minimaliste de son rôle en matière d'interprétation. Il n'est que la « *bouche des parties* », en comparaison à la « *bouche du législateur* » qu'il est s'agissant de la loi. Or, le juge européen lui impose des obligations exigeantes. Le juge est en effet obligé d'interpréter de manière conforme les contrats, de surveiller les évolutions de la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE, et de veiller au résultat de son interprétation.

281. Pourtant, dans l'application quotidienne du droit, les juges français ont pu aussi faire preuve d'audace, rejoignant pour partie les résultats des cours européennes. Ces décisions, plus ou moins rattachées formellement à l'interprétation et selon des mécanismes à analyser, laissent augurer pour partie d'une réception *de lege lata* des Principes européens d'interprétation (Titre 1). Au-delà, dès les premières lignes de cette étude, c'est la perspective d'une réception *de lege ferenda* qui est apparue et qu'il conviendra de démontrer (Titre 2).



282. Si l'arrêt *Pla et Puncernau* marque l'engagement de l'Etat en raison de l'activité des autorités juridictionnelles, cela ne signifie pas une diminution du rôle des juges ou une dégradation de leur image, et réciproquement un renforcement des prérogatives des parties à l'acte juridique privé. Au contraire, l'ensemble des obligations mises à la charge du juge et recensées dans la première partie a pour effet une affirmation du rôle du juge (Chapitre 1). En outre, les conditions du respect de la volonté des parties sont redéfinies au travers du principe de liberté contractuelle, appelé à devenir la ligne de partage entre les interprétations subjective et objective (Chapitre 2).

283. La conception de la figure du juge en France est loin de celle d'un « *ministre du sens* » mais est tributaire de la crainte d'un « *gouvernement des juges* ». Le choc de la Révolution française a transformé un droit français morcelé et commenté au travers de l'héritage romain en un droit codifié unitaire et placé sur un piédestal. Là où la Cour constitutionnelle fédérale voit dans la protection de la Loi fondamentale la protection des valeurs politiques de la Nation, la conception légicentriste française et son attachement au Code civil produisent des réflexes semblables au regard de ce dernier. Dès lors, l'activisme judiciaire s'annonce compliqué.

Pourtant, la contextualisation d'un Code civil rédigé en 1804 et éprouvé par le temps a conduit le juge, dans certaines circonstances, à mobiliser des ressources qui s'attachent de façon plus ou moins franche à l'opération d'interprétation, afin de faire produire à l'acte juridique privé un résultat dont il n'est pas certain qu'il soit le résultat d'une recherche de la commune intention des parties. La Cour de cassation, sous l'égide de son Président, a engagé une réflexion pour s'approcher des mécanismes de décision des juges européens. Dès lors, la réception des Principes européens d'interprétation peut se prévaloir d'un courant jurisprudentiel favorable (Section 1), mais demeure confronté à une tradition doctrinale hostile (Section 2).



Section 1 - Un courant jurisprudentiel favorable

284. Si, de longue date, certaines décisions ont démontré une audace souvent saluée par le législateur, ces dernières années l'activisme des juges connaît au pic d'activité assumé, qui permet à la jurisprudence française de prétendre à la reconnaissance en droit interne de deux figures de l'interprétation : l'interprétation-dérogação (§1) et l'interprétation-contrôle (§2).

§ 1 - L'interprétation-dérogação

285. La Cour EDH a développé, dans le cadre de sa lutte contre les interprétations mécaniques, une forme d'invocabilité exceptionnelle. C'est cette hypothèse qui est évoquée ici sous l'appellation d'interprétation-dérogação, dans la mesure où elle a pour effet de déroger à la norme applicable, selon des circonstances exceptionnelles appréciées par le juge. La reconnaissance de cette forme d'invocabilité exceptionnelle en droit interne a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 (A), dont il convient d'esquisser les conséquences en matière d'interprétation des actes juridiques privés (B).

A - L'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013

286. L'hypothèse de l'interprétation-dérogação consiste à déterminer si, alors que l'application de la loi au contrat occasionne une violation des droits et libertés, le juge posséderait un autre choix que d'appliquer tout de même cette loi, du moins selon son interprétation habituelle. Depuis un arrêt du 4 avril 2013, le juge français est en mesure, de manière exceptionnelle, d'évincer la loi litigieuse pour lui substituer la norme consacrant ce droit fondamental⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ Civ.1 4 décembre 2013, pourvoi n°12-26066, Bull. n°234 ; CHENEDE François. « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) ». *D.* 2014, n°3, p.179-182 ; FULCHIRON Hugues. « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? ». *D.* 2014, n°3, p.153-154 ; LEMOULAND Jean-Jacques, VIGNEAU Daniel. *D.* 2014, n°23, p.3142 ; MARGUENAUD Jean-Pierre. « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre allés en ligne directe ». *RTD Civ.* 2014, n°2, p.307-312 ; HAUSER Jean. « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil ». *RTD Civ.* 2014, p.88-89 ; CHENEDE François. *AJ. Fam.* 2013, p.663.



S'agissant de la remise en cause d'une norme élaborée par le pouvoir législatif, cette problématique relève par principe de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité⁸⁴⁷, bien que le Conseil constitutionnel ait rappelé que le juge judiciaire demeurerait compétent pour apprécier la compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, la question portant en l'espèce sur une contrariété d'une loi à la Convention EDH⁸⁴⁸. L'arrêt rendu le 4 décembre 2013 correspond, non pas à la remise en cause de la règle de droit de manière fondamentale, mais dans son impossible application dans une affaire, sous peine de porter atteinte aux engagements internationaux de la France. Dans cette hypothèse, c'est la Cour de cassation qui a soulevé d'office le moyen, et qui a statué sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH. Or, pour parvenir à un tel résultat par cet arrêt de principe, il a fallu la mise en place d'un contexte favorable.

287. La première étape franchie a été la reconnaissance de l'absence de droit à une jurisprudence figée, que la Cour de cassation a admise, dans le sillage de la Cour EDH⁸⁴⁹, par un arrêt du 7 janvier 2003⁸⁵⁰, et qui a fait l'objet depuis d'une jurisprudence constante⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ Le juge ne peut relever d'office le moyen tiré de la contrariété aux droits et libertés garantis par la Constitution d'une disposition législative : article 23-1 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, tel que modifié par l'article 1 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. V. également, s'agissant de la question plus générale des possibilités de contestation d'une interprétation au travers de la procédure de QPC : DEUMIER Pascale. « L'interprétation, entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle » ». *RTD Civ.* 2015, n°1, p.85-90. S'agissant du statut de l'interprétation de la Cour de cassation par rapport à la loi dans la procédure de QPC : DEUMIER Pascale. « QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) ». *RTD Civ.* 2010, n°3, p.508-513 ; DEUMIER Pascale « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? ». *RTD Civ.* 2011, n°1, p.90-96. En substance, le juge ordinaire dispose d'un pouvoir normatif au travers de l'opération d'interprétation de la loi, le Conseil constitutionnel ayant un rôle de contrôle sur cette interprétation.

⁸⁴⁸ Cons. Const. 22 juillet 2010, déc. n°2010-4/17 QPC, §10 et 11.

⁸⁴⁹ « *Les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante* » : CEDH 18 décembre 2008, arrêt Unedic c/ France, req. n°20153/04, §74. V. de manière générale : LUCAS Katia. « *Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la « loi » : la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap jurisprudentiels* ». *RTDH* 2012, n°92, p.747.

⁸⁵⁰ « *La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable (...), ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'appréciation dans l'application du droit* » : Soc. 7 janvier 2003, pourvoi n°00-46476.



Cette affirmation du rôle du juge, en contrepoint de la consécration du principe de sécurité juridique sur le fondement de l'article 6 alinéa 1 de la Convention EDH⁸⁵², connaît des mécanismes différents qu'un changement de législation⁸⁵³, et appelle à une articulation précisément définie⁸⁵⁴. Elle doit, de manière générale, satisfaire à des exigences de

⁸⁵¹ Cette solution a été confirmée à de nombreuses reprises, par la chambre sociale : Soc. 25 juin 2003, pourvoi n°01-46479, Bull. n°206 ; Soc. 26 novembre 2003, pourvoi n°01-45486 ; Soc. 25 février 2004, pourvoi n°02-41306 ; Soc. 18 janvier 2005, pourvoi n°02-46737 ; Soc. 27 septembre 2006, pourvoi n°04-47484 ; Soc. 3 juillet 2008, pourvoi n°06-43241 ; Soc. 8 avril 2009, pourvoi n°08-42182. V. dernièrement Soc. 8 avril 2014, pourvoi n°13-11133. Elle a également été adoptée par la deuxième chambre civile : Civ.2 18 juin 2009, pourvoi n°08-14795 ; Civ.2 19 novembre 2009, pourvoi n°08-21230, pourvoi n°09-19459 ; pourvois n°08-20528 et 08-21220 ; Civ.2 3 juin 2010, pourvoi n°09-13579. La première chambre civile et la chambre commerciale préfèrent l'affirmation selon laquelle « *la sécurité juridique (...) ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* » : Civ.1 21 mars 2000, pourvoi n°98-11982, Bull. n°97 ; Civ.1 11 juin 2009, pourvoi n°08-16914 et n°07-14932, Bull. n°124. Com 12 novembre 2008, pourvoi n°08-10138. Egalement, de manière moins solennelle, Civ.1 9 octobre 2001, pourvoi n°00-14564, Bull. n°249. Pour une utilisation de l'expression « *jurisprudence figée* » par la Chambre sociale, V. Soc. 12 novembre 2002, pourvoi n°00-45414. Enfin, la première chambre civile s'est montrée plus timorée jusqu'à présent : Civ.1 5 février 2009, pourvoi n°07-20196, Bull. n°21 : « (...) *l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1997 ne constituait ni un revirement, ni même l'expression d'une évolution imprévisible de la jurisprudence, de sorte que l'avocat ne pouvait s'en prévaloir pour s'exonérer de sa responsabilité* ». V. sous un autre angle, la décision du Conseil constitutionnel selon laquelle l'interprétation des juges du fond ne peut constituer une jurisprudence constante, ce qui permet une marge d'appréciation plus grande dans l'opération d'interprétation, les juridictions placées au sommet des ordres juridictionnels judiciaire et administrative ayant un rôle de contrôle de la conformité de la jurisprudence à la Constitution : Cons. Const. 8 avril 2011, déc. n°2011-120 QPC, Rec. p.194, considérant n°9 ; DEUMIER Pascale. « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes ». *Op. cit.* Toutefois, l'interprétation « *constante* » fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, encore balbutiant : DEUMIER Pascale. « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? ». *RTD Civ.* 2014, n°1, p.71-77.

⁸⁵² V. notamment, évoquant aussi des fondements nationaux : DEUMIER Pascale. « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption ». *RTD Civ.* 2013, n°3, p.557-561.

⁸⁵³ Ainsi, Comme le fait remarquer le Professeur MALINVAUD comparant la rétroactivité engendrée par le législateur et celle affirmée par le juge, « *l'application dans le temps d'une loi ou d'une jurisprudence nouvelle obéit à des règles radicalement inverses : pour la loi nouvelle, le principe est la non-rétroactivité sauf exception, cependant que pour la règle jurisprudentielle nouvelle le principe est la rétroactivité, sans exception* ». Il ajoute que, « *alors que le législateur est soumis au contrôle du juge, la jurisprudence n'est soumise à aucun contrôle, si ce n'est un auto-contrôle, pour ne pas dire une autosatisfaction* » : MALINVAUD Philippe. « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence ». *RTD Civ.* 2005, n°2, p.312-318. Pour le Professeur MORVAN, « *la rétroactivité, qui est une faute pour législateur, relève de l'office naturel du juge et participe donc, en principe, de son devoir* » : MORVAN Patrick. « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable ». *D.* 2007, n°12, p.835-841.

⁸⁵⁴ Du point de vue de la responsabilité, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer notamment que, devant les juridictions nationales et s'agissant d'une loi non conforme aux engagements internationaux de la France, il

prévisibilité⁸⁵⁵, tout en pouvant s'appliquer à l'instance en cours⁸⁵⁶ et tout en n'étant pas soumise au principe de non-rétroactivité⁸⁵⁷. Cette jurisprudence a permis une diffusion des droits fondamentaux dans le droit privé, et la reconnaissance d'un pouvoir d'interprétation au bénéficiaire du juge, avec la responsabilité qui en est la nécessaire conséquence. Le contrôle des cours européennes sur l'interprétation opérée par les juges internes⁸⁵⁸ porte notamment sur une obligation de motivation des décisions⁸⁵⁹.

n'est pas permis de se fonder sur l'interprétation juridictionnelle pour mettre en cause la responsabilité de l'Etat : CE 23 juillet 2014, arrêt SEPR, req. n°354365, à paraître au Rec. ; RITLENG Dominique. « Responsabilité du fait des lois ou du fait de la justice pour violation du droit de l'Union ». *RTDE* 2015, n°2, p.431-433 ; LALLET, Alexandra. « La responsabilité du fait de l'interprétation jurisprudentielle d'une loi ». *RFDA* 2014, n°6, p.1178-1185 ; BLANDIN, Amandine. *RFDA* 2014, n°6, p. 1186-1192.

⁸⁵⁵ Ainsi la Cour de cassation est en mesure d'user de la technique du revirement prospectif, un choix s'offrant alors au juge. Pour l'ancien Président de la Chambre sociale, M. SARGOS, « c'est seulement lorsqu'un revirement n'est pas fondé sur un (...) impératif de protection de la personne humaine que peut se poser la question de la limitation dans le temps des effets d'un revirement » : SARGOS Pierre. « L'horreur économique dans la relation de droit ». *Dr. soc.* 2005, n°2, p.124-126. Le rapport MOLFESSIS concernant les revirements de jurisprudence préconise une meilleure prise en compte de ses conséquences et donc une modulation de ses effets, la rétroactivité devant demeurer le principe : MOLFESSIS Nicolas, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET*. Paris : Litec, 2005. Sur les liens entre sécurité juridique et prévisibilité, V. notamment PIAZZON Thomas. *La sécurité juridique*. Paris : Defrénois, 2009, 630p. (Doctorat et notariat).

⁸⁵⁶ C'est ainsi par exemple que la Cour de cassation a pu décider que « l'application immédiate de cette jurisprudence à l'instance en cours n'a pas pour effet d'attenter à la sécurité juridique, invoquée comme l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit à la lumière de laquelle s'interprète le droit à un procès équitable (...) dès lors qu'elle ne prive pas le saisi (...) de son droit d'accès au juge » : Civ.1 11 mars 2014, pourvoi n°13-15052.

⁸⁵⁷ La jurisprudence de la CJUE exprime ainsi le caractère exceptionnel du principe de non-rétroactivité en la matière : CJUE 8 avril 1976, arrêt Defrenne, aff. 43/75 ; CJUE 15 janvier 1986, arrêt Pinna I, aff. 41/84 ; CJUE 17 mai 1990, BARBER, aff.C-262/88, *D.* 1991, Somm. 130, obs. PRETOT. V. également la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation selon laquelle « le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle » : Crim. 30 janvier 2002, pourvoi n°01-82593, Bull. n°16 ; Crim. 5 mai 2004, pourvoi n°03-82801.

⁸⁵⁸ Bien entendu, les Cours pratiquent elles-mêmes le revirement de jurisprudence. Voir la typologie dressée à partir de la jurisprudence de la Cour EDH par LUCAS-ALBERNI Katia. *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier. Bruxelles : Bruylant, 2008 (Nemesis). Egalement LUCAS-ALBERNI Katia. « La Cour européenne des droits de l'homme face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence ». *JCP* 2007, n°37, p.38-39.

⁸⁵⁹ La doctrine parle même d'« obligation de motivation renforcée en cas de revirement de jurisprudence » : FLAUSS Jean-François. « Actualité de la Cour européenne des droits de l'homme, septembre 2009 - février 2009 »

Néanmoins, la Cour EDH a démontré dans son arrêt *Velcea et Mazare* l'importance qu'elle accordait à cette exigence. Selon cet arrêt, si le juge doit avoir égard pour les conséquences de l'application d'une jurisprudence constante⁸⁶⁰, il assimile cette hypothèse à celle de l'interprétation d'un texte existant⁸⁶¹. Par conséquent, cet arrêt ouvre la voie à une liberté plus grande du juge dans l'interprétation d'un texte de loi.

288. La seconde étape franchie a été la reconnaissance de l'autorité des arrêts rendus par les cours européennes. En effet, par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a formulé une solution qui dépasse la matière criminelle dans laquelle elle a été formulée⁸⁶². Dans un attendu de principe, elle a indiqué que « *les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »⁸⁶³. Cette solution est conforme aux engagements internationaux et aux principes de prééminence et de primauté du droit. Elle formalise une nouvelle étape dans le dialogue des juges, et traduit une vision *réaliste* du droit. Bien qu'elle ne mentionne que l'engagement de l'Etat français envers la Convention EDH, il ne fait pas de doute que, par analogie, cette solution concerne l'ensemble des décisions rendues par les cours européennes. Ainsi, ces

AJDA 2010, n°18, p.997-1009. Par exemple, à l'égard de la France, la Cour EDH avait déjà pu être critique face à un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui avait imposé sa solution « *au demeurant sans réellement expliquer les raisons de sa différence d'appréciation avec la chambre sociale et les cours d'appel concernées* » : CEDH 9 janvier 2007, arrêt Arnolin c/ France, req. n°20127/03, §80. A l'occasion de l'arrêt *Atanasovski*, la Cour a reconnu une violation de l'article 6 alinéa 1 de la Convention au motif que « *l'existence d'une jurisprudence établie sur la question en jeu imposait à la Cour suprême une obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer ce revirement de jurisprudence* » : CEDH 14 janvier 2010, arrêt *Atanasovski* c/ ex-République yougoslave de Macédoine, req. n°36815/03, §36. Une telle obligation est partagée par les juridictions de l'Union européenne, qui ont eu l'occasion de critiquer une juridiction qui « *aurait dû motiver de manière plus détaillée* » un revirement de jurisprudence : Tribunal UE, chambre des pourvois, 17 mars 2010, Parlement européen c/ Laurent Collée, aff. T-78/09 P, §45.

⁸⁶⁰ « *Une telle décision de condamnation apporte en principe un gage de sécurité juridique par rapport à tout autre constat de culpabilité de la personne prétendument indigne, ce qui sert les intérêts de la société* », CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare* c/ Roumanie, *op. cit.*, §128.

⁸⁶¹ *Ibid.*, §131 et 133.

⁸⁶² Cass. Ass. Plé. 15 avril 2011, pourvoi n°10-17049, Bull. n°1, pourvoi n°10-30242, Bull. n°2, pourvoi n°10-30313, Bull. n°3, pourvoi n°10-30316, Bull. n°4. Il convient de signaler que ces décisions expriment la même solution mais selon une formalisation qui présente des différences, la décision la plus claire étant la dernière.

⁸⁶³ Cass. Ass. Plé. 15 avril 2011, pourvoi n°10-30316.

arrêts ouvrent la voie à une meilleure reconnaissance des solutions rendues par les juridictions européennes, et à une diffusion des mécanismes qu'elles utilisent. Par exemple, la combinaison de ces deux jurisprudences de 2003 et 2011 aurait certainement amené la Cour de cassation à prendre une autre solution que celle rendue en 2013 dans l'affaire *Fabris* et, à défaut de possibilité d'interprétation conforme, à déroger à la disposition transitoire. Cette jurisprudence ouvre la voie à une solution inédite en France : « *il faut appliquer la jurisprudence européenne avant la loi nationale* », c'est-à-dire reconnaître au juge une obligation d'interprétation conforme et, à défaut, d'exclusion de la loi nationale⁸⁶⁴.

De manière plus fondamentale, ce pouvoir reconnu au juge judiciaire en matière d'interprétation de la loi permet d'échapper à un constat de manquement à une disposition européenne et, plus particulièrement s'agissant de la figure de l'interprétation-dérogação, de sauver la loi. Peu importe pour cela qu'une portée normative soit reconnue au sens issu de l'interprétation, selon une logique *réaliste*, tant que la tradition légaliste française soit sauvée en apparence⁸⁶⁵. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel fait preuve « *de prudence et de respect à l'attention du juge judiciaire, en refusant de critiquer l'imprévisibilité alléguée de sa jurisprudence et en reportant l'entière faute sur le législateur* », ce qui témoigne d'un troublant renversement de perspectives⁸⁶⁶. Pour parvenir à ce résultat, le raisonnement du juge judiciaire en matière contractuelle s'en trouve bouleversé et la réception des Principes européens d'interprétation est susceptible d'emprunter en partie la voie du contentieux⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Mazurek revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg ». *RTD Civ.* 2013, p.333.

⁸⁶⁵ « *Il était pourtant impossible d'oublier les expériences étrangères, qui témoignent que tous les systèmes se sont retrouvés confrontés à ce dilemme et que tous les juges constitutionnels y ont répondu en substituant une interprétation conforme à l'interprétation des juges de la loi, lorsqu'il y avait là le seul moyen de sauver la disposition législative. (...) La tradition légaliste française, suffisamment bousculée ces derniers temps, s'accommoderait assez mal de voir une loi succomber du fait de son interprétation par le juge* » : DEUMIER Pascale « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? ». *Op. cit.*

⁸⁶⁶ DEUMIER Pascale. « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? ». *RTD Civ.* 2014, n°1, p.71-77.

⁸⁶⁷ MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.), BERGE Jean-Sylvestre, MAZEAUD Denis, e.a. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit.*



289. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a rendu l'arrêt du 4 décembre 2013⁸⁶⁸. La Cour de cassation, relevant que le mariage dont il était demandé l'annulation avait été célébré sans opposition et avait duré plus de vingt ans, a considéré que la nullité du mariage revêtait, pour l'épouse, le « *caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale* »⁸⁶⁹. Dans un communiqué, la Cour de cassation précise que, « *en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question* »⁸⁷⁰. Ainsi, la figure tracée par la Cour de cassation, excluant l'application d'une règle en raison des circonstances de l'espèce, correspond à celle de l'interprétation-dérogação.

C'est un contrôle nouveau pour la Cour de cassation, qui lui a valu de la part d'une partie de la doctrine, s'agissant de la remise en cause, par un juge, d'une règle législative, en raison des faits de l'espèce et seulement pour les faits de l'espèce, le reproche d'être « *sortie de son lit* » et d'avoir manqué tant au respect de la tâche du législateur qu'à son propre rôle de respect et d'unité du droit⁸⁷¹. Une autre partie de la doctrine donne raison à la Cour de cassation sur le fond, mais s'inquiète des mécanismes utilisés⁸⁷². En réalité, par la

⁸⁶⁸ En l'espèce, les parties avaient été unies par les liens du mariage de 1969 à 1980, date de leur divorce. Puis, l'ex-épouse s'était mariée avec le père de son ex-mari, lequel avait institué son épouse légataire universelle. A la mort du père, le fils avait demandé l'annulation du mariage consenti entre son ex-femme et son père, sur le fondement de l'article 161 du Code civil. La Cour d'appel, tout en relevant l'existence d'une jurisprudence pertinente de la Cour EDH sur la problématique, avait appliqué de manière rigoureuse la règle du Code.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ Cour de cassation, communiqué relatif à l'arrêt n°1389 du 4 décembre 2013 de la première chambre civile. Disponible sur :

< https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_27992.html >
(consulté le 17/09/2015).

⁸⁷¹ CHENEDE François. « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) ». *Op. cit.*

⁸⁷² « *Sur le fond on ne peut qu'approuver pour les raisons évoquées. Quant à la méthode ce n'est pas sans inquiétude que l'on voit la Cour de cassation se mettre à juger en équité de la valeur du droit positif alors qu'on pouvait estimer qu'on en avait déjà assez avec le Conseil constitutionnel et la Cour EDH malgré les références textuelles formelles de ces juridictions !* » : HAUSER Jean. « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil ». *Op. cit.* « *On glissera pudiquement sur le fait que la Cour de cassation, perdant de vue la mission qui est la sienne et qu'elle affiche fièrement dans les premières lignes de présentation de son site internet, ait cru devoir juger les faits et non le droit. On insistera davantage sur le fondement retenu qui conduit la Cour à évincer une disposition légale considérée comme étant d'ordre public en s'appuyant sur les*

nature même du contrôle aboutissant à l'interprétation-dérogação, il s'agit d'ériger, au-dessus de la mission d'unité du droit, celle du respect des droits fondamentaux, en écartant si besoin la règle de droit interne. Concrètement, « *de fait, la question se déplace d'un contrôle de conventionnalité de la règle vers un contrôle de conventionnalité d'une décision prise dans un cas particulier* »⁸⁷³. Cette mission résulte tant du contrôle de la CJUE, au moyen de l'invocabilité d'exclusion, à défaut de pouvoir utiliser la directive d'interprétation conforme, que du contrôle de la Cour EDH, tel que l'illustre l'arrêt *Velcea et Mazare*. Pour une autre partie de la doctrine, cet arrêt démontre la difficile articulation des sources européennes et le travail d'adaptation de la règle générale et abstraite à des situations concrètes⁸⁷⁴. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence en matière d'interprétation des actes juridiques privés. Toutefois, il est possible de tirer certaines conséquences de cet arrêt.

B - Les conséquences en matière d'interprétation des actes juridiques privés

290. L'arrêt du 4 décembre 2013 est susceptible de produire plusieurs effets en matière contractuelle. Un premier effet consiste dans la transposition de cet arrêt à la loi applicable au contrat, de telle sorte que le juge est saisi d'un litige dans lequel l'application de la loi produit des effets contraires aux droits fondamentaux. Dans une telle hypothèse, il revient au juge d'opérer une interprétation plus souple, limitée à cette affaire, ou, à défaut, d'exclure l'application de la loi dans les mêmes conditions. A la différence de l'arrêt commenté, un contrôle de proportionnalité privatisée s'impose.

291. Un deuxième effet consiste dans la transposition de l'arrêt à l'interprétation de l'acte juridique privé. Il résulte des arrêts *Pla et Puncernau* et *Velcea et Mazare* que le contrôle de l'interprétation s'effectue *a fortiori* sur celui-ci. Pour autant, l'interprétation-dérogação ne

*dispositions de la Convention EDH, opérant ainsi un contrôle fort intéressant de conventionnalité. On peut penser que le spectre d'une condamnation de la France sur ce sujet au niveau européen n'y a pas été étranger. (...) Il y aura sans doute quelques civilistes grincheux, soucieux d'intérêt général, pour s'en émouvoir encore. Cela ne devrait pas entraver l'évolution résolument progressiste, libérale et individualiste de notre droit de la famille » : LEMOULAND Jean-Jacques, VIGNEAU Daniel. *Op. cit.**

⁸⁷³ FULCHIRON Hugues. « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? ». *Op. cit.*

⁸⁷⁴ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre allés en ligne directe ». *Op. cit.*

trouve pas à s'appliquer dans la mesure où chaque acte juridique est unique par nature, même en matière d'actes rédigés à plusieurs milliers d'exemplaires. Au regard de la mission assumée en particulier par la Cour de cassation, il n'est pas permis de parler d'interprétation d'un acte juridique privé de telle manière que l'on déroge au sens habituellement retenu. En revanche, le juge peut être confronté à l'interprétation d'un acte juridique privé aboutissant à un résultat déséquilibré entre les parties. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, même en présence d'une interprétation des juges du fond aboutissant à un résultat déraisonnable, elle n'assume pour seul contrôle que celui de la dénaturation⁸⁷⁵.

A cette décision de principe, la doctrine relève et classe différents cas dans lesquels la Cour s'adonne à un contrôle lourd de l'interprétation⁸⁷⁶. Dans certaines de ces hypothèses, ce n'est pas tant la réalité d'un contrôle plus poussé qui importe que la possibilité qui en résulte pour l'ensemble des juges de conférer un sens qui déroge au sens que les parties semblent lui avoir conféré, au nom du rétablissement d'un équilibre contractuel. Dans cette hypothèse, l'interprétation-dérogation revient à écorner l'article 1134 du Code civil et le principe de l'autonomie de la volonté.

292. Il est possible d'en trouver un exemple en droit social, dans une affaire tranchée par l'Assemblée plénière le 30 novembre 2007⁸⁷⁷. En l'espèce, un employé de banque mis à la retraite prétend qu'il a été licencié, sans motifs et demande le bénéfice d'une indemnité de licenciement prévue par la convention collective. La convention collective applicable est toutefois ambiguë dans la mesure où, dans les différents cas qu'elle prévoit, ne figure pas celui pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges du fond faisaient une interprétation stricte de la convention collective pour refuser l'octroi de l'indemnité conventionnelle. Cette solution a été censurée par la Cour de cassation, l'Assemblée plénière, sur le fondement des articles de la convention collective litigieuse, s'adonnant à un « *un contrôle lourd sur l'interprétation de la convention collective, comme elle le fait pour les lois [et] a [procédé] à sa propre interprétation* » selon les termes du Rapport annuel de la

⁸⁷⁵ V. *supra* §89.

⁸⁷⁶ V. notamment SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 20, 2015, §82.

⁸⁷⁷ Ass. plé. 30 novembre 2007, pourvoi n°06-45365, Bull. n°9, Rapport annuel 2007 de la Cour de cassation, p.358-359 ; *JCP S.* 2008, n°22, p.33-35, note VERKINDT Pierre-Yves ; PANSIER Frédéric-Jérôme. « Convention collective obscure s'interprète contre le créancier ». *Cahiers sociaux du barreau de Paris* 2008, n°198, p.109-111 ; *JCP E* 2008, n°2, p.44 ; *Lexbase hebdo S* 13 décembre 2007, n°285, note TOURNAUX Sébastien.



Cour de cassation⁸⁷⁸. Pour asseoir sa solution, si la Cour de cassation s'éloigne de l'article 1134 du Code civil, elle raisonne par analogie avec les règles légales concernant l'indemnité de licenciement⁸⁷⁹.

293. Or, si la Cour s'écarte ainsi de sa mission habituelle pour assumer un contrôle renforcé, c'est qu'en l'espèce le résultat produit par les règles d'interprétation classiques et utilisées par les juges du fond aboutissait à un résultat déséquilibré au détriment du salarié⁸⁸⁰. En effet, celui-ci se voyait refuser l'indemnité conventionnelle de licenciement, après avoir été licencié sans cause réelle et sérieuse après avoir travaillé pour l'entreprise pendant trente-cinq années. En outre, il résultait de l'interprétation habituelle qu'il appartenait au salarié de démontrer qu'il avait été licencié pour un des motifs évoqués par la convention collective⁸⁸¹. C'est pourquoi, dès 2002, la Cour de cassation avait modifié son interprétation

⁸⁷⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007, p.359.

⁸⁷⁹ Selon le conseiller rapporteur, Madame BELLAMY, « une convention [doit] être interprétée en fonction de la loi ayant le même objet, en vigueur au moment de sa conclusion » : Rapport précité. Dans sa conclusion, Madame BELLAMY prévient pourtant que, rechercher le sens de l'indemnité conventionnelle de licenciement « au sens du droit positif » risquerait de rompre l'équilibre d'un texte négocié par les partenaires sociaux. Un autre danger guette toutefois l'interprète qui aurait préféré rechercher la commune intention des parties, « qui est un élément incertain » : *ibid.* A s'en tenir aux pistes évoquées par le conseiller rapporteur, la Cour a opté pour une interprétation de la convention collective en recherchant un sens conforme au droit positif. V. également TOURNAUX Sébastien. Lexbase n°285, *Op. cit.*

⁸⁸⁰ Il convient en outre de souligner la continuité de l'interprétation judiciaire stricte de la convention dans le secteur litigieux. Ainsi, sous l'empire de la convention collective du travail du personnel des banques du 28 août 1952, plus claire que celle de 2000, la Cour a indiqué que l'indemnité conventionnelle de licenciement n'était pas due lorsque le licenciement résultait d'une cause autre que celle énumérée à l'article 48 de la convention. Dans un arrêt du 20 juin 1995, c'est au visa des articles 1134 du Code civil et 58 et 48 de la convention collective que la Cour a rendu sa décision : Soc. 20 juin 1995, pourvoi n°92-40049. Sur le fondement des seuls textes conventionnels, cette solution a été confirmée et constante jusqu'en 2001 : Soc. 28 octobre 1997, pourvoi n°94-45242 ; Soc. 23 mars 1999, pourvoi n°97-41096 ; Soc. 17 janvier 2001, pourvoi n°97-45011. Cette jurisprudence n'empêchait nullement d'accorder au salarié le bénéfice de cette indemnité lorsque les juges faisaient apparaître comme véritable motif du licenciement l'une des causes prévues par le texte conventionnel : Soc. 12 mars 1997, pourvoi n°94-42465, Bull. n°104 ; Soc. 9 juillet 1997, Bull. n°264 ; Soc. 13 mars 1999, pourvoi n°95-43391 ; Soc. 28 juin 2001, pourvoi n°99-41094 ; Soc. 29 janvier 2002, pourvoi n°99-45206, Soc. 20 mars 2002, pourvoi n°99-46201.

⁸⁸¹ Aussi la Cour de cassation avait eu l'occasion de fustiger la légèreté d'un employeur qui n'avait énoncé aucun motif dans la lettre de licenciement. Elle avait déclaré irrecevable l'employeur à « prétendre que le licenciement a été prononcé pour un motif étranger à ceux prévus par l'article 48 de la convention collective nationale du personnel des banques du 20 août 1952 pour le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement » : Soc. 6 avril 1999, pourvoi n°97-41566. V. également : Soc. 28 mars 2000, pourvoi n°97-44309 ; Soc. 4 juillet 2001, pourvoi n°99-42038.

de la convention collective en indiquant, à partir des cas mentionnés dans cet acte et ouvrant droit à l'indemnité « *qu'il en résulte nécessairement que ces dispositions sont applicables lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse* »⁸⁸². Présentant les enjeux de l'arrêt rendu en 2007, l'avocat général indique que la solution est « *placée sous le sceau de la nécessité – nécessité n'a pas de loi* »⁸⁸³, justification comprise par la doctrine⁸⁸⁴.

294. Par conséquent, la Cour de cassation assume un contrôle plus poussé de l'interprétation en raison de la rigueur de la solution proposée par la méthode classique d'interprétation. Dans cette affaire, la solution dégagée a vocation à s'appliquer au-delà des particularités de l'espèce. Toutefois, cet effet tient davantage à l'application d'une norme qui, dans de nombreuses occasions, produit des résultats contraires aux droits fondamentaux. Le fait que l'acte interprété soit une convention collective et ait fait l'objet d'interprétations judiciaires à de multiples reprises ne constitue pas un élément susceptible de restreindre la portée de l'arrêt. Il apparaît préférable de remarquer que, dans l'ensemble des faits évoqués et en particulier dans ceux jugés en 2007, la solution ménage un meilleur équilibre entre le salarié et son employeur, ce dernier se retrouvant en situation de supériorité dans la maîtrise des conditions de départ de son salarié. Il est possible d'analyser également les arrêts opérant un contrôle de l'interprétation dans les contrats reproduits à de nombreux exemplaires comme des tentatives d'interprétation-dérogação, à l'opposé de l'explication

⁸⁸² Soc. 15 mai 2002, pourvoi n°99-46160, Bull. n°159 ; Lamy Social 2002, p.29-30, note REROLLE Nathalie. Confirmation par Soc. 1^{er} avril 2003, pourvoi n°01-40590 ; Soc. 30 avril 2003, pourvoi n°01-42139 ; Soc. 21 juin 2006, pourvoi n°05-40648 ; Soc. 31 octobre 2006, pourvoi n°04-45342 ; Soc. 31 mai 2006, pourvoi n°04-45917 ; Soc. 27 juin 2007, pourvoi n°06-44348. *Contra* : Soc. 7 juillet 2004, pourvoi n°02-42821. Il revient au Professeur VERKINDT d'avoir critiqué le plus clairement cette solution, en relevant que l'adverbe « *nécessairement* » employé par la Cour reliait deux propositions indépendantes : « *1- le licenciement quelle que soit sa cause n'est pas justifié, 2- donc, l'indemnité conventionnelle est due* ». Pour l'auteur, cette décision ne consiste nullement interpréter le texte conventionnel mais « *ressemble à s'y méprendre à l'instauration d'une peine privée* » : VERKINDT Pierre-Yves. « Résiliation judiciaire du contrat de travail et versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement ». *JCP S.* 2005, n°13, p.28-29.

⁸⁸³ Avis de M. l'avocat général ALLIX. *Op. cit.*

⁸⁸⁴ Le Professeur TOURNAUX trouve dans la lutte contre « *toute velléité de contournement de la disposition conventionnelle* » la justification la plus solide de la solution : TOURNAUX Sébastien. LexBase n°285. *Op. cit.* De même, le Professeur VERKINDT indique que « *la position adoptée est parfaitement légitime ; elle est la seule à même d'éviter les stratégies de contournement du paiement de l'indemnité conventionnelle par l'usage de motifs de rupture non disciplinaires mais non fondés sur l'insuffisance professionnelle* » : VERKINDT Pierre-Yves. « Indemnité conventionnelle de licenciement : les dispositions de la convention collective s'appliquent strictement ». *JCP S.* 2008, n°22, p.33-35.

selon laquelle la Cour de cassation effectuerait ce contrôle au titre de sa mission d'unité du droit⁸⁸⁵.

Il convient de signaler en conclusion que l'utilisation de l'interprétation-dérogação n'est pas l'apanage de la Cour de cassation mais a vocation à concerner les juges du fond également, qui sont les mieux placés pour opérer un contrôle de proportionnalité privatisée dont on perçoit le caractère décisif en la matière. En outre, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations prévoit la possibilité, sur le fondement de la liberté contractuelle, de déroger aux règles d'ordre public ou aux droits et libertés fondamentaux, sous réserve que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché⁸⁸⁶. Il est très probable que cette disposition n'ait pas pour finalité de permettre aux parties elles-mêmes de disposer des droits fondamentaux de leurs cocontractants, mais qu'elle fasse l'objet d'un contrôle rigoureux par les juges, au moyen notamment du contrôle de proportionnalité privatisée que cet article prévoit. En outre, opérant un contrôle sur l'acte juridique des parties, et au regard de la conception *réaliste* développée notamment dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, les juges seront amenés à apprécier une telle dérogation dans le cadre d'une opération d'interprétation. Par conséquent, c'est au travers du sens conféré à une stipulation qu'ils opéreront un contrôle pour savoir s'il y a la possibilité de déroger à une disposition d'ordre public. Ce projet d'article concernant la liberté contractuelle constitue donc en réalité un fondement pour que le juge apprécie, au moyen d'un contrôle de proportionnalité privatisée, dans quelle mesure une stipulation doit recevoir un sens conforme aux textes d'ordre public, et dans quelles conditions il peut déroger à l'un de ces textes.

§ 2 - L'interprétation-crédation

295. Par l'arrêt *Zolotas*, la Cour EDH a reproché à l'Etat grec de ne pas avoir prévu une obligation d'information dans le contrat liant le banquier à son client. Il résulte de cet arrêt combiné avec l'arrêt *Pla et Puncernau* que le juge constitue une autorité de l'Etat susceptible

⁸⁸⁵ V. *infra*, §358 sq.

⁸⁸⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, art. 1102. Sur les imperfections de rédaction de ce projet d'article : ΜΕΚΚΙ Mustapha. « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels ». *RDC* 2015, n°3, p.651.



de prévenir une reconnaissance en manquement de la Convention EDH en conférant par voie d'interprétation une telle obligation à la convention des parties. C'est ce qui a été dénommé dans une première partie l'« *interprétation-crétation* », et que la doctrine nomme généralement l'« *interprétation créatrice* »⁸⁸⁷.

Une telle interprétation induit des prérogatives importantes dans les mains du juge. En effet, habituellement, lorsque le juge applique aux parties une obligation issue du droit objectif, il en rappelle – à raison – le fondement textuel. Si le droit objectif dans la tradition romano-germanique est considéré comme la cristallisation d'une « *nature des choses* », il n'en demeure pas moins un droit positif, soumis à l'épreuve du temps. Lorsque le fondement textuel dont le juge constate la nécessité pour rendre une décision équilibrée vient à manquer, deux solutions s'offrent à lui. D'une part, il peut rendre une décision parfaitement fondée au regard du droit qu'il a pour mission d'appliquer, l'insatisfaction qui pourrait résulter de la solution pouvant attirer l'attention du législateur, éventuellement *via* une décision en manquement de l'une des cours européennes. D'autre part, il peut prendre l'initiative de forger la règle de droit adéquate, en s'appuyant sur un fondement plus ou moins convaincant. Le choix opéré s'expose à la critique sur le rôle du juge, théoriquement plus restreint en droit français des obligations.

Les règles consacrées dans le Code civil en 1804, antérieurement aux révolutions industrielles, ont fréquemment mis le juge devant ce choix, avec des succès et des échecs lourds de conséquences. Aujourd'hui encore, le débat reste entier et la doctrine divisée sur le fait de savoir si le juge peut, de manière générale, créer des obligations, et plus particulièrement déduire des obligations qui seraient implicitement contenues dans la convention des parties. Le droit européen apporte toutefois depuis plusieurs années un vent nouveau et qui s'intensifie, avec les obligations positives des Etats membres d'une part, avec un effet horizontal toujours plus puissant d'autre part. Ce mouvement conforte l'activisme des juges qui ont fait le choix de ne pas rester inertes face à une situation juridique insatisfaisante. Leurs décisions démontrent une utilisation ancienne de la jurisprudence *Zolotas* en droit français (A). Le bien-fondé de ces décisions demeure conditionné à la reconnaissance des prérogatives qui leur sont encore aujourd'hui refusées en droit interne (B).

⁸⁸⁷ V. dernièrement : ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne. « L'« *interprétation créatrice* » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat ». *RDC* 2015, n°1, p.166.

A - L'utilisation ancienne de la jurisprudence Zolotas

296. La comparaison de la jurisprudence européenne et de la jurisprudence interne permet de démontrer une utilisation de concepts proches (1) et la réalisation de résultats comparables (2).

1 - Des concepts proches

297. Les concepts de « *bonne foi* » et d'« *équité* » présentent une certaine parenté, un « *cousinage* » selon certains⁸⁸⁸. Aussi est-il difficile de les distinguer⁸⁸⁹, soit que l'équité ne puisse s'entendre sans la bonne foi⁸⁹⁰, soit qu'elle la complète⁸⁹¹. Reconnus par l'ensemble des droits étudiés, ces concepts constituent des fondements, ou du moins des références permettant, de manière plus ou moins adroite, de justifier une solution à défaut de fondement plus classique.

298. Il en va d'abord ainsi de l'équité. A l'origine, c'est la procédure formulaire du droit romain qui a permis aux préteurs de compléter le droit civil sur le fondement de l'équité⁸⁹²,

⁸⁸⁸ Christophe ALBIGES, *Rép. D.*, « Équité », §2. En droit français, ils forment un couple dont le caractère inséparable a été révélé au moment de la promulgation du Code civil, lorsque la bonne foi a été isolée à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, l'équité étant embarquée dans la même charrette que la loi et l'usage à l'article 1135.

⁸⁸⁹ « La bonne foi se distingue mal de l'équité ». TALLON Denis. *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*. Conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto, 1994, Rome, p.11.

⁸⁹⁰ BREDIN Jean-Denis. *La loi du juge*. In *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold GOLDMAN. PARIS : LITEC, 1982, p.15-27, spéc. n°14.

⁸⁹¹ PICOD Yves. « Contrats et Obligations. - Effet obligatoire des conventions. - Exécution de bonne foi des conventions. » *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1134 et 1135, Fasc. Unique, 2013, n°9. 1. Il est également possible de mentionner le préambule de la directive relative aux clauses abusives qui utilise les deux concepts de façon complémentaire, puisque la bonne foi est définie comme l'obligation pour le professionnel de traiter « *de façon loyale et équitable avec l'autre partie* » : préambule de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁸⁹² PAPINIEN, *Adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis*, Digeste, 1, 7, 1.



avant que ceux-ci élargissent leurs pouvoirs sur d'autres fondements⁸⁹³. Ainsi, les racines de ce concept démontrent que l'équité constitue un fondement aussi puissant qu'éphémère. Lorsque, dans l'arrêt *Zolotas*, la Cour appelle à la création en droit grec d'une obligation d'information, elle se prévaut ainsi, d'une certaine manière, de l'équité.

Sous l'Ancien régime, en France, l'équité est regardée avec méfiance, car elle est synonyme de pouvoirs accrus pour les Parlements⁸⁹⁴, puis pour les juges⁸⁹⁵. Aussi le recours à l'équité a pu être limité aux cas où la loi manquait de clarté⁸⁹⁶. L'équité revêt alors une connotation péjorative, même si elle échappe au sort du concept proche d'arbitraire. Or, c'est au travers du concept d'arbitraire que la Cour EDH, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, fonde son contrôle de conformité de l'interprétation. La Cour exprime en substance l'idée qu'il revient au juge, confronté à une situation déraisonnable ou arbitraire, d'user de ses prérogatives en matière d'interprétation et de conférer à toute norme, y compris à un acte juridique privé, un sens conforme au contenu de la Convention EDH. L'arrêt *Zolotas*, en rétablissant un équilibre contractuel par la création d'une obligation d'information, concrétise cet appel.

Il convient de noter toutefois que le droit européen fait également preuve de réticence à l'égard de l'équité. Ainsi, il semble proscrire, de manière générale, l'utilisation par les autorités étatiques de l'équité pour intervenir dans des rapports entre des particuliers. On connaît la lutte menée par la Cour EDH contre l'arbitraire de l'Etat, dont le juge est le représentant⁸⁹⁷. Selon le même souci, l'interprétation selon l'équité pourrait justifier un contrôle de la Cour de cassation⁸⁹⁸. Cette lutte contre l'arbitraire constitue une déclinaison du

⁸⁹³ AGOSTINI Eric. « L'équité ». *D.* 1978, chr.7.

⁸⁹⁴ V. notamment l'adage attribué au chancelier SEGUIER « Dieu nous garde de l'équité des parlements », cité in ROLAND Henri, BOYER Laurent. *Adages du droit français*. Paris : Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 163.

⁸⁹⁵ Le chancelier D'AGUESSEAU parlait de « *dangereux instrument de la puissance du juge* », D'AGUESSEAU H.-F. *Mercuriale sur l'autorité du magistrat*, T. 1, IXe Mercuriale, 1759, p. 127.

⁸⁹⁶ Définissant l'équité, le dictionnaire De Ferrière affirmait que le juge devait suivre la loi lorsqu'elle est « *claire et certaine* », de FERRIÈRE Claude-Joseph. *Dictionnaire du droit et de pratique*. *Op. cit.*

⁸⁹⁷ V. notamment CEDH GC 19 octobre 2005, arrêt Roche c/ Royaume-Uni, pourvoi n°32555/96, § 116 ; également, à propos de la nécessité de comprendre la décision de justice rendue contre soi : CEDH GC 16 novembre 2010, arrêt Taxquet c/ Belgique, pourvoi n°926/05, §90.

⁸⁹⁸ « *Il semble que, par moments, la Cour de cassation veuille ressaisir un contrôle sur les juges du fond, afin de les empêcher de refaire le contrat en équité, sous couleur de l'interpréter* » : CARBONNIER Jean, *Droit civil*, vol. II, Les biens, Les obligations. PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 1059.



principe de prééminence du droit⁸⁹⁹, dont le principe de sécurité juridique représente la déclinaison positive⁹⁰⁰. Dès lors, ce concept ne semble pas le plus approprié pour permettre au juge d'intervenir dans une relation contractuelle. On se souvient toutefois de l'opinion dissidente commune aux juges SPIELMANN et COSTA dans l'arrêt *Fabris* rendu le 21 juillet 2011 et censuré par la Grande chambre. Les juges déclaraient ainsi : « *Nous ne sommes pas convaincus par cette argumentation, si séduisante soit-elle au premier abord. Le principe de non-discrimination nous paraît plus important en droit et en équité que ceux des droits acquis et de la sécurité juridique* »⁹⁰¹. Surtout, dans l'arrêt *Zolotas*, après avoir rappelé combien il apparaît légitime que toute information menaçant les intérêts du déposant lui soit signalée, la Cour rappelle le principe de sécurité juridique avant d'indiquer que l'Etat aurait dû prévoir une telle obligation d'information⁹⁰². Il est possible d'en déduire soit que ce principe s'efface devant le droit de propriété, soit que, au regard des circonstances de l'espèce, ce principe fonde la solution de la Cour. Dans une telle hypothèse, la Cour justifierait par le principe de sécurité juridique une création prétorienne de l'obligation d'information, qui tombe généralement sous le concept contraire d'arbitraire.

S'agissant du droit de l'Union, si la CJUE reconnaît au droit objectif un statut particulier⁹⁰³, encore convient-il que la règle opposée aux parties soit clairement inscrite. Toutefois, en raison de l'autonomie procédurale que reconnaît la Cour aux Etats membres, l'équité semble rester une possibilité, qui n'est cependant pas encouragée. Ainsi, dans l'affaire *Specht*, dans laquelle était en cause la législation fédérale sur la rémunération des fonctionnaires, la législation applicable jusqu'au 1^{er} août 2011 opérait un classement en fonction de l'âge de référence, déterminé à partir de l'âge réel, et donc contraire au principe de non-discrimination. La nouvelle législation s'appuyait sur la durée des périodes de services accomplies conformément aux exigences requises d'expérience. Dans ses conclusions, l'avocat général s'appuie sur les observations du gouvernement allemand pour proposer une solution interprétative destinée à remédier à l'application de la législation

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ V. notamment CEDH GC 28 octobre 1999, arrêt *Brumărescu c/ Roumanie*, pourvoi n°28342/95, §61 : « Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques ».

⁹⁰¹ CEDH 21 juillet 2011, arrêt *Fabris c/ France*, pourvoi n°16574/08, opinion dissidente des juges SPIELMANN et COSTA.

⁹⁰² CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce*, *op. cit.*, §53.

⁹⁰³ Il n'est, par principe, pas soumis au contrôle au titre des clauses abusives.



discriminatoire : « *Dans un tel cas, il reviendrait au juge national de décider en toute équité de la solution la plus à même, selon lui, de parvenir à une prise en compte la plus juste possible de la carrière d'un tel fonctionnaire. Par exemple, il pourrait se baser, à cet égard, sur le nouveau système de rémunération qui, lui, permet le classement en fonction de l'expérience professionnelle* »⁹⁰⁴.

En droit français, associer l'équité avec l'opération d'interprétation a de quoi faire bondir nombre d'auteurs qui luttent pour l'autonomie de l'article 1135 du Code civil⁹⁰⁵. S'agissant de l'opération d'interprétation, « *l'équité, lorsqu'elle est mentionnée, apparaît comme un critère d'interprétation subalterne* »⁹⁰⁶. Toutefois, malgré la méfiance envers la figure du juge⁹⁰⁷, et le concept d'équité, certains juges ont usé de l'équité afin de redresser une solution fondée en droit mais qui n'apparaissait pas satisfaisante. C'est ce concept notamment qui a permis de dégager de manière prétorienne l'obligation d'information, ou encore les obligations de sécurité et de formation professionnelle. Il est possible de distinguer deux temps : le premier est celui par lequel le juge interroge le contrat silencieux sur une obligation. Le juge trouve dans la convention – ou importe selon le point de vue – cette obligation pour la mettre à la charge d'une partie. Le second temps est celui par lequel, avec le recul, on peut estimer que le juge a créé une obligation qui s'impose à présent dans un type de contrat, sauf stipulation contraire⁹⁰⁸. Ainsi, cette jurisprudence correspond à la démarche identifiée dans l'arrêt *Zolotas*.

⁹⁰⁴ Conclusions de l'avocat général Bor Yves, aff. Specht e.a., aff.C-501/12 à 506/12, C-540/12 et C-541/12, présentées le 28 novembre 2013, §107. La Cour s'appuie quant à elle sur les observations de la juridiction qui a posé la question préjudicielle et qui est amenée à trancher le litige. Or, celle-ci considère que les dispositions litigieuses ne peuvent faire l'objet d'une interprétation conforme. Confronté à l'opinion de cette juridiction, la Cour se contente alors de rappeler les règles de l'obligation d'interprétation conforme, et les conséquences encourues par l'impossibilité de se saisir de cette opportunité pour éviter ou redresser une situation non conforme au droit de l'Union : CJUE, 19 juin 2014, arrêt Specht e.a, aff.C-501/12 à 506/12, C-540/12 et C-541/12, §87 sq.

⁹⁰⁵ V. par exemple JACQUES Philippe. *Regards sur l'article 1135 du Code civil. Op. cit.*

⁹⁰⁶ DRAND Céline. « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVIème au XVIIIème siècle ». *RDC* 2015, n°3, p.611.

⁹⁰⁷ Les juges de la Cour de cassation censurent eux-mêmes les utilisations intempestives de l'équité. Par exemple, au visa des articles 1134 et 1135, ensemble l'article 12 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a rappelé que « *l'équité n'est pas une source de droit* » : Soc. 4 décembre 1996, pourvois n°94-40693 et 94-40701, Bull. n°421.

⁹⁰⁸ V. sur la particularité de l'article 1135 du Code civil, sauvegardée dans l'article 135 de l'avant-projet de la Faintrenie Nicolas | Thèse de doctorat | Université de Limoges | 2015

A la puissance du concept d'équité correspond son caractère éphémère. Force est de constater qu'aujourd'hui l'équité, mentionnée à l'article 1135 du Code civil, ne fait pas l'objet d'un usage intensif pour découvrir de nouvelles obligations. S'il est parfois rappelé que c'est sur le fondement de l'article 1135 qu'une obligation a pu être découverte⁹⁰⁹, la majorité du contentieux porte sur la preuve de cette obligation sur le fondement de l'article 1315 du Code civil⁹¹⁰, ainsi que sur l'inexécution de l'obligation, sur le fondement des articles 1147⁹¹¹ et 1184⁹¹² du Code civil. En outre, les juridictions européennes demeurent très compréhensives concernant l'autorité qui peut être attachée aux décisions de justice⁹¹³ et il est possible de considérer que l'audace dont pourrait faire preuve le juge – dans l'hypothèse d'une application de l'obligation à l'instance présente – au regard de l'article 1134 du Code civil ne le serait plus pour les actes conclus après cette date, voire pour les actions entamées après cette date, notamment sur le fondement des arrêts *Mazurek* et *Pla et Puncernau*⁹¹⁴. Surtout, sur le seul fondement de la jurisprudence *Pla et Puncernau*, il est permis de considérer que, l'activité du juge interprétant l'acte juridique privé afin d'y adjoindre une obligation à la charge d'une partie, ne constituerait pas une faute dans la mesure où cela serait conforme au contenu de la Convention EDH et résulterait d'un contrôle de proportionnalité privée convaincant.

chancellerie, ANCEL Pascal, BRUN Philippe, FORRAY Vincent, GOUT Olivier, PIGNARRE Geneviève, PIMONT Sébastien. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats ». *JCP* 2008, n°48, p.18-23. V. également le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. *Op. cit.*, art. 1195.

⁹⁰⁹ Pour une application récente, Civ.1 28 mai 2009, pourvoi n°08-14421.

⁹¹⁰ V., bien que ne comportant pas de visa, Civ.3 19 mai 2009, pourvoi n°08-13207. Au visa des articles 1147 et 1315, voir Civ.1 25 février 2010, pourvoi n°09-11591.

⁹¹¹ Fondement très fréquent. V. par exemple Com. 19 janvier 2010, pourvoi n°09-10627; Civ.3 25 février 2009, pourvoi n°07-21194.

⁹¹² Fondement plus rare, voir par exemple Civ.1 28 mai 2009, pourvoi n°08-14421.

⁹¹³ La CJUE notamment indique notamment que « *si l'interprétation que la Cour donne d'une règle du droit de l'Union, dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle, éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée [d'une règle], telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur (...), il revient au juge national d'apprécier si, néanmoins, la nature et l'étendue des obligations qui incombent aux États membres en vertu [de cette règle] ne pouvaient être considérées comme claires et précises qu'à compter de l'arrêt (...). Le cas échéant, il y aurait lieu de conclure à l'absence de violation suffisamment caractérisée avant cette date* » : CJUE 19 juin 2014, arrêt Specht e.a, aff.C-501/12 à 506/12, C-540/12 et C-541/12, §105. V. également CJUE 21 mars 2013, arrêt Vertrieb, aff.C-92/11, §58.

⁹¹⁴ V. *supra* §219.

299. La bonne foi est explicitement mentionnée dans l'arrêt *Zolotas*⁹¹⁵, sans toutefois être directement à l'appui de la solution de la Cour⁹¹⁶. Dans la mesure où la Cour considère qu'elle traduit l'attente légitime du consommateur et sous-entend que le banquier doit s'attendre à être débiteur d'une obligation correspondante, elle combine ce concept avec le principe de sécurité juridique. Ainsi, une telle articulation aurait permis au juge de créer une obligation d'information sans trahir les relations inhérentes aux opérations bancaires.

Le droit de l'Union a érigé la bonne foi en obligation autonome. La directive 93/13 concernant les clauses abusives a consacré l'exigence de bonne foi à l'article 3.1⁹¹⁷. Il est possible de remarquer que le préambule de la directive définit la bonne foi comme l'obligation pour le professionnel de traiter « *de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes* »⁹¹⁸. Ainsi, cette définition est proche de celle utilisée par la Cour EDH à l'occasion de l'arrêt *Zolotas*. Sans expliquer la création d'obligations par la commune intention des parties, le droit européen considère ainsi, par le concept de « *bonne foi* », que les parties doivent satisfaire aux obligations qui peuvent légitimement être attendues par leur cocontractant. Cette conception permet au juge d'apprécier la relation contractuelle afin de rétablir un équilibre, par voie d'interprétation.

⁹¹⁵ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce*, *op. cit.*, §52.

⁹¹⁶ De manière générale, La Cour EDH utilise peu le concept de bonne foi, si ce n'est en matière de liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention, ou pour apprécier le comportement des Etats membres dans la mise en œuvre de la Convention.

⁹¹⁷ Art. 3 paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : « *Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ».

⁹¹⁸ Préambule de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Il est possible d'ajouter que la base de données CLAB, dont la Commission européenne est à l'origine, qui a pour but de répertorier les décisions de justices rendues par les juges nationaux relatives aux clauses abusives, recense « *d'autres dispositions ou principes juridiques généraux (bonne foi, équité, abus de droit, ...)* » qui participent de la thématique des clauses abusives : Commission européenne, Rapport sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM(2000) 248 final, 27 avril 2000, p.12. Enfin, le concept de « *bonne foi* » est classé dans un document parmi les « *normes d'équité* », pour lesquelles il est précisé qu'elles peuvent se présenter, en droit des contrats, sous forme explicites ou implicites : Direction générale des politiques internes de l'union, département thématique a : politiques économiques et scientifiques, Document d'information sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs : Harmonisation complète du Chapitre V, octobre 2010, p.175. Il est précisé que ce document ne reflète pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.



Ce pouvoir créateur du juge est antique. Emanation juridique de la *fides*, la *bonae fides* a permis au juge de porter un regard sur le comportement du cocontractant. Ainsi, c'est avec le développement des contrats *bonae fidei* que les pouvoirs du juge en matière d'interprétation se sont accrus, justifiant que l'on parle en matière de contrat de droit strict d'*interpretatio plenior*⁹¹⁹.

En droit français, la doctrine se divise pour savoir s'il convient de conférer à la bonne foi la portée d'une obligation autonome, et pour savoir quelle appréciation elle permet sur la relation des parties à un acte juridique privé. Héritier de la tradition romaine ayant transité par le droit canonique, le droit français est enclin à reconnaître l'obligation de bonne foi dans tous les contrats, sans lui conférer la portée d'une obligation autonome⁹²⁰ et, à compter de 1804⁹²¹, en faisant produire à la bonne foi un résultat conforme à la commune intention des parties⁹²². Ainsi enserrée, la bonne foi s'analyse traditionnellement comme un principe fondamental applicable à l'exécution du contrat, appréciée en fonction de la commune intention des parties, à la manière des sources évoquées par l'article 1135 du Code civil, rapproché de l'article 1156 du Code civil⁹²³, lui-même inféodé à une interprétation de l'article

⁹¹⁹ En effet, alors que dans les contrats solennels le juge était tenu par la présence d'une clause insérée dans le contrat, qu'il interprétait de manière littérale, le juge peut dans ces contrats rechercher le résultat poursuivi par les parties et apprécier, *ex bono et aequo*, le comportement de ces dernières : V. les citations de GAIUS et JUSTINIEN, *supra* §11.

⁹²⁰ LOYSEL énonce ainsi que « toutes actions sont de bonne foi » : LOYSEL. *Institutes coutumières*, Livre V, titre 1^{er}, règle 1^{ère}. DOMAT, à la fin du XXVIII^{ème} siècle, consacre cette même idée selon laquelle la bonne foi est sous-entendue dans chaque convention : DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd., 1767, partie 1, livre 1er, titre 1er, sect. 3 : « Il n'est aucune convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant dans la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes ses suites ».

⁹²¹ La présence du concept de « bonne foi » dans le Code civil a été l'objet de plusieurs interprétations : V. par exemple LE TOURNEAU Philippe et POUmarede Olivier. « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, §2 sq.

⁹²² V. les explications claires de MARCADE. *Éléments du droit civil français*, T. 4, 2e éd., 1846, p. 461, « Le code civil dans notre 3^{ème} alinéa, pose comme principe fondamental que la bonne foi devra toujours présider à l'exécution des conventions. Il n'y a donc pas chez nous d'actions de droit strict ; il n'y a plus de ces règles, de ces formules dont la rédaction doit emporter sur la volonté des contractants ; le juge doit toujours prononcer *ex aequo et bono*, en recherchant par tous les moyens possibles quelle a été la commune intention des parties, pour donner tout son effet à cette intention ».

⁹²³ Une partie de la doctrine affirme que la règle de l'article 1156 du Code civil « trouve son inspiration dans la notion de bonne foi » : MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique. *Droit des obligations*. Paris : LexisNexis, 2012, 12^{ème} éd., 160p. (Manuels), §491.

1134 alinéa 1 du même code. Par conséquent, en ce sens, la bonne foi énoncée dans l'alinéa 3 de ce dernier article constituerait une règle d'interprétation subjective des contrats.

Cette variation de la « *bonne foi* » au gré des contrats – contraire aux droits européens - est contestée par JOSSERAND et DEMOGUE⁹²⁴. En particulier, DEMOGUE perçoit dans la « *bonne foi* » une notion autonome, qui doit faire l'objet d'une appréciation objective, guidée par l'utilité sociale⁹²⁵. En outre, il voit en effet dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil le fondement des « *obligations secondaires* », c'est-à-dire des obligations complétives. Cette argumentation, fondée sur la théorie de l'utile et du juste, est critiquée par la doctrine normativiste, qui voit dans cette conception une « *confusion de l'obligatoire et de l'obligationnel* »⁹²⁶. Malgré cela, force est de constater que le juge a consacré sur ce fondement des obligations à la charge des parties au contrat. Par exemple, en droit du travail, le juge a pu estimer que l'employeur était tenu à une obligation de reclassement et d'adaptation⁹²⁷. Comme on a pu l'observer dans d'autres hypothèses, le législateur, par la loi du 17 janvier 2002, a consacré cette obligation⁹²⁸. Il convient également de mentionner que

⁹²⁴ DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t.VI. 1931, n°3 sq., spéc. n°12-16.

⁹²⁵ Cette qualification met mal à l'aise la doctrine, qui préfère employer le terme « *devoir* » ou « *exigence* », quand elle ne préfère pas la « *loyauté* » à la « *bonne foi* », quand la jurisprudence de son côté se contente parfois du fondement de l'article 1134 alinéa 3 : Pour ce dernier cas, voir Civ.3 28 janvier 2009, pourvoi n°07-20891, Bull. n°22. Selon le Professeur STOFFEL-MUNCK, la bonne foi dans l'exécution des conventions serait un devoir de morale sociale, extérieure au contrat. Selon une conception proche, le Professeur JACQUES prétend que la « *bonne foi* » ne peut être une obligation précise dans la mesure où elle s'analyse davantage en un comportement général, qui dicte la manière dont l'exécution des obligations s'apprécie. Les écrits du Professeur ANCEL ont d'abord laissé penser que la bonne foi ressortait de la force obligatoire de la norme contractuelle et ne pouvant donc s'analyser en une obligation. Mais l'auteur a depuis indiqué que « *la notion d'obligation [lui apparaissait] être la moins mauvaise possible pour rendre compte [de sa structure et de son contenu, nldr]* »

⁹²⁶ JACQUES Philippe. *Regards sur l'article 1135 du Code civil*. *Op. cit.*, §168.

⁹²⁷ Ainsi, par un arrêt du 25 février 1992, la Cour de cassation a indiqué que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* » : Soc. 25 février 1992, pourvoi n°89-41634, Bull. n°122 ; D.1992, 390, note Défossez. Cette solution a été solution confirmée la même année au visa de l'article 1134 du Code civil : Soc. 8 avril 1992, pourvoi n°89-41548, Bull. n°258.

⁹²⁸ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF 13 février 2002 p.2851.

l'obligation d'information est parfois fondée sur la « *bonne foi* », maintenant la confusion entre cette notion et celle d'« *équité* »⁹²⁹.

Aussi n'est-il pas inconcevable de placer parmi les sources d'obligations complémentives la bonne foi, au même titre que la loi, les usages ou l'équité de l'article 1135 du Code civil. Le rapprochement de ces deux articles ne s'opère cependant pas sans risque de commettre des confusions, de telle sorte que l'on est amené à se demander si l'article 1135 du Code civil n'est pas suffisant pour faire produire les obligations décrites jusqu'à présent⁹³⁰. Ainsi, il n'y a aucun grief à formuler contre la consécration de l'obligation d'information sur le fondement de l'équité de l'article 1135 du Code civil. Pourtant, il revient à deux décisions de la Cour de cassation d'avoir encadré l'utilisation de la bonne foi en décidant d'abord qu'« *elle n'autorise pas [le juge] à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »⁹³¹, puis qu'elle ne l'autorise pas non plus à s'affranchir des dispositions impératives⁹³². Il en résulte que la « *bonne foi* » en droit français dispose d'une portée moindre que le pouvoir créateur des parties consacré à l'article 1134 du Code civil, et moindre également que les dispositions impératives⁹³³.

300. Ce constat n'est pas très encourageant, alors même que les cours européennes en ont fait un concept susceptible d'être le fondement d'obligations objectives. Il convient toutefois de mentionner le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, qui consacre, dans son chapitre relatif aux dispositions préliminaires, que « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* », et qui est par conséquent susceptible de conférer au concept de bonne foi le statut d'obligation autonome⁹³⁴. Dans sa présentation pédagogique des relations contractuelles, ce projet n'apporte toutefois aucune indication sur la manière dont les juges vont pouvoir se saisir de ce concept, et alors que celui d'équité demeure

⁹²⁹ V. LE TOURNEAU Philippe et POUmarede Olivier. « Bonne foi ». *Op. cit.*, §42 sq.

⁹³⁰ Comme le relève M. STOFFEL-MUNCK, « *lorsque l'on aborde l'article 1134 alinéa 3 dans sa potentialité interprétative, l'article 1135 n'est jamais bien loin* ». *Op. cit.*, n°85.

⁹³¹ Com. 10 juillet 2007, pourvoi n°06-14768, Bull. n°188.

⁹³² Civ.3 9 décembre 2009, pourvoi n°04-19923, Bull. n°275.

⁹³³ Dans certaines hypothèses, la bonne foi peut même faire l'objet de clauses contraires : V. LAITHIER Yves-Marie. « L'obligation d'exécuter le contrat est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives ». *D.* 2014, n°1 p.33.

⁹³⁴ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 1103.



enserré dans sa rédaction actuelle à l'article 1195 du Code civil⁹³⁵. Par conséquent, pour pouvoir répondre à l'appel des cours européennes, il reviendra au juge de se saisir de ces concepts comme d'obligations autonomes susceptibles de créer des obligations secondaires par voie d'interprétation objective.

2 - Des résultats comparables

301. L'école byzantine du droit a légué une présentation pédagogique des obligations qui ont été reconnues au cours de la période antique romaine. Le Code civil, ainsi que les autres codes qui regroupent des règles de droit privé, présentent des règles de droit objectif et positif. Derrière ces règles se dissimulent une histoire du droit des contrats dont le juge a été le témoin, et parfois l'acteur. Cette histoire poursuit sa marche, sous le regard du juge européen qui incite les juges nationaux à prendre davantage d'initiatives dans une société démocratique dans laquelle la responsabilité de l'Etat peut être engagée. Avant d'étudier plus précisément selon quelles méthodes le juge peut user de tels pouvoirs, quelques remarques s'imposent pour apprécier le rôle du juge dans l'émergence et la consécration des obligations de sécurité d'une part (a), d'information d'autre part (b). Ces éléments doivent permettre de saisir l'enjeu d'une conception dynamique des droits et du rôle déterminant du juge.

a - L'obligation de sécurité

302. L'obligation de sécurité est déjà ancienne, mais toujours d'actualité. Si le droit interne a connu des bouleversements intenses au siècle dernier, et dispose de ressources importantes pour faire face à ses enjeux, l'Etat français n'est pas à l'abri d'un engagement de sa responsabilité.

Le droit de l'Union européenne s'est depuis longtemps saisi de la problématique de la santé et de la sécurité des travailleurs⁹³⁶. Cette matière constitue en enjeu politique pour

⁹³⁵ *Ibid.*, art. 1195.

⁹³⁶ V., concernant les principes généraux, la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOUE L183



l'Union européenne⁹³⁷, dont les règles et objectifs sont périodiquement rediscutés⁹³⁸. Par conséquent, cette forte présence du politique laisse peu de place au pouvoir créateur du juge européen. Ainsi, pour l'application des règles contenues dans le droit de l'Union en matière de santé et de sécurité au travail, la CJUE fait application des règles classiques, notamment de l'effet direct et de l'obligation d'interprétation conforme⁹³⁹.

La Cour EDH s'est saisie plus récemment de cette problématique, sur le fondement de l'article 2 de la Convention, qui défend le droit à la vie. Elle a d'abord précisé que cet article ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'Etat mais implique aussi, dans la première phrase de son premier paragraphe, l'obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Elle a ajouté que cette obligation « *doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie* », dans une affaire où le sinistre était intervenu « *sous la responsabilité des pouvoirs publics* » à l'occasion de l'explosion dans un dépôt d'ordures municipal⁹⁴⁰.

du 29 juin 1989. Cette directive a été modifiée par le règlement (CE) n°1882/2003 du 20 novembre 2003, JOUE L284 du 31 octobre 2003 ; la directive 2007/30/CEE du 28 juin 2007, JOUE L165 du 27 juin 2007 ; le règlement (CE) n°1137/2008 du 22 octobre 2008, JOUE L311 du 21 novembre 2008.

⁹³⁷ V. notamment MOREAU Marie-Ange. « L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes) ». *Dr. Soc.* 2013, p.410.

⁹³⁸ La Commission européenne a adopté un nouveau cadre stratégique en matière de santé et de sécurité au travail pour la période 2014-2020 : COM(2014) 332 final, 6 juin 2014.

⁹³⁹ V. pour un exemple concernant la législation française, CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez, aff.C-282/10.

⁹⁴⁰ CEDH GC 30 novembre 2004, arrêt Öneriyildiz c/ Turquie, req. n°48939/99, §93. V. également, dans une hypothèse où la responsabilité de l'Etat était moins importante (sur le volet de l'atteinte au droit des biens protégé sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°1, la Cour ayant reconnu la responsabilité de l'Etat sur le volet de l'article 2) du fait de dommages consécutifs à une catastrophe naturelle : CEDH 20 mars 2008, arrêt Boudaïeva e.a. c/ Russie, req. n°15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02. V. également, dans l'hypothèse d'une crue consécutive à des intempéries exceptionnelles ayant justifié l'ouverture des vannes du barrage, la responsabilité de l'Etat étant reconnue sur les fondements de l'article 2, ainsi que des articles 8 et 1 du Protocole n°1 combinés : CEDH 28 février 2012, arrêt Kolyadenko e.a. c/ Russie, req. n°17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 et 35673/05.



A l'occasion de l'arrêt *Vilnes*⁹⁴¹, la Cour a étendu son contrôle aux relations de droit privé, et a de ce fait déplacé son contrôle de l'article 2 de la Convention à l'article 8 qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale et que la Cour utilise également pour les restrictions apportées à la vie professionnelle⁹⁴². Dans cet arrêt, la Cour consacre une « obligation précontractuelle »⁹⁴³ d'information à la charge de l'Etat en présence d'un dommage commis à l'occasion de l'exécution d'un acte juridique privé. Il convient d'abord de souligner que la consécration de cette obligation liée à la sécurité ne remet pas en cause l'obligation de sécurité de résultat dont est débiteur l'employeur vis-à-vis de son salarié. En outre, l'obligation de sécurité consacrée à la charge de l'Etat, qui s'analyse en une obligation de moyens, se décline dans la présente affaire en une obligation d'information de nature extra-contractuelle⁹⁴⁴, dans la continuité de la jurisprudence de la Cour concernant le « droit du public à l'information »⁹⁴⁵. Surtout, la Cour pourrait, selon les règles de l'application horizontale des droits protégés par la Convention EDH, dégager prochainement une obligation contractuelle de sécurité à la charge de l'employeur, dans des conditions similaires à celles de l'arrêt *Zolotas*.

⁹⁴¹ CEDH 5 décembre 2013, arrêt *Vilnes e.a. c/ Norvège*, req. n°52806/09 et 22703/10, MARGUENAUD Jean-Pierre. « Consécration européenne d'une obligation précontractuelle d'information des salariés exerçant une activité intrinsèquement dangereuse ». *RDC* 1er juillet 2014, p.285 ; HERVIEU Nicolas. « L'émergence laborieuse mais prometteuse d'une obligation européenne de protection des travailleurs », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 décembre 2013.

⁹⁴² CEDH 16 décembre 1992, arrêt *Niemietz c/ Allemagne*, req. n°13710/88, §29 ; CEDH 23 mars 2006, arrêt *Campagnano c/ Italie*, req. n°77955/01, §53 ; CEDH 28 mai 2009, arrêt *Bigaeva c/ Grèce*, req. n°26713/05, §22 ; CEDH 19 octobre 2010, arrêt *Özpınar c/ Turquie*, pourvoi n°20999/04, §45.

⁹⁴³ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Consécration européenne d'une obligation précontractuelle d'information des salariés exerçant une activité intrinsèquement dangereuse ». *RDC* 2014, n°2, p.285-287.

⁹⁴⁴ L'emploi du terme « obligation » fait référence aux obligations positives dont l'Etat est débiteur. Ce devoir d'information incombe à l'Etat, soit à une partie extérieure au contrat de travail. En outre, ce devoir se situe en amont de la formation du contrat de travail. Ainsi, le sens de cette décision est questionner l'Etat sur les activités qui se déroulent sur son sol et sur les conditions dans lesquelles il les autorise et permet leur développement. Ainsi, s'agissant d'une obligation secondaire d'information la personne est créancière de cette obligation, ce n'est en l'occurrence pas l'employeur qui est chargé d'éclairer ainsi la personne en amont de la signature du contrat de travail, sinon l'Etat. En outre, au regard des évolutions scientifiques et technologiques en la matière et qui appellent une surveillance continue de l'Etat concernant les activités dangereuses, une obligation pendant le contrat – mais toujours de nature extra-contractuelle – de mise à disposition du public de ces informations devrait être reconnue à la charge de l'Etat.

⁹⁴⁵ CEDH 18 juin 2002, arrêt *Öneryıldız c/ Turquie*, *op. cit.*, §67 et 82 sq. ; CEDH 5 décembre 2013, arrêt *Vilnes e.a. c/ Norvège*, *op. cit.*, §235.

Dans son arrêt *Brinca* concernant des travailleurs exposés à l'amiante sur un chantier naval dirigé par l'Etat, la Cour s'est fondée sur l'article 2 pour la victime depuis décédée et sur l'article 8 pour les autres⁹⁴⁶. Cette dernière décision démontre combien les solutions de la CEDH et celles qui ont pu être dégagées par le juge administratif français sont comparables, la France ayant également reconnu la responsabilité de l'Etat français en matière d'amiante⁹⁴⁷. Elle laisse intacte la responsabilité qui pèse sur l'employeur en vertu du contrat de travail, et dont la Cour de cassation a fait la démonstration dans les arrêts du 28 février 2002⁹⁴⁸. Cette responsabilité contractuelle est cependant davantage assise sur la nature du contrat de travail que sur les stipulations expresses des parties. Et la Cour EDH a reproché aux Etats d'avoir adopté de manière trop tardive des règles de droit pertinentes⁹⁴⁹. Ces reproches adressés aux Etats rappellent les circonstances de l'élaboration de l'obligation de sécurité en droit français.

303. L'obligation de sécurité constitue, selon certains, « *la meilleure illustration de ces conséquences que la jurisprudence ajoute à certains contrats sans que les parties les aient prévues* » mais par l'utilisation de l'« *interprétation créatrice* »⁹⁵⁰, c'est-à-dire par un forçage du contrat⁹⁵¹. Ce n'en est pas moins en utilisant l'« *équité* », sur le fondement de l'article 1135, que cette obligation trouve sa source textuelle⁹⁵².

⁹⁴⁶ CEDH 24 juillet 2014, arrêt *Brinca* e.a. c/ Malte, req. n°60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 et 62338/11.

⁹⁴⁷ V. de manière générale, Sénat, rapport d'information n° 37 (2005-2006) par DERIOT Gérard et GODEFROY Jean-Pierre au nom de la mission commune d'information, *Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir*, déposé le 26 octobre 2005 ; spéc. p.99 sq. et les arrêts cités.

⁹⁴⁸ Soc. 28 février 2002, pourvois n°00-10051, 00-11793, 99-18390, 99-21255, 99-17201 et 00-13172 : « *Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ».

⁹⁴⁹ CEDH 24 juillet 2014, arrêt *Brinca* e.a. c/ Malte, *op. cit.*, §110-112.

⁹⁵⁰ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Op. cit.*, §428 et 429.

⁹⁵¹ BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*

⁹⁵² ALBIGES Christophe. *Op. cit.*, §53.

304. Si le droit français reconnaît dans plusieurs natures de contrats cette obligation de sécurité, et peut globalement se prévaloir de résultats à la hauteur des exigences européennes, l'émergence de cette obligation démontre les difficultés auxquelles il a été confronté. En effet, cette obligation a connu en France une consécration difficile s'agissant du contrat de travail, laquelle a mobilisé le législateur, le juge et le jurisconsulte⁹⁵³. Ainsi, à la fin du XIX^{ème} siècle, le droit a été confronté à la problématique de la sécurité des ouvriers, le développement de l'industrie s'étant accompagné de nombreux accidents du travail⁹⁵⁴. Or, alors qu'un certain nombre de systèmes juridiques comparables au droit français, comme le droit luxembourgeois, belge, suisse ou encore québécois ont consacré, au milieu des années 1880, une obligation de sécurité⁹⁵⁵, en France en revanche, pareille consécration ne s'est pas produite, malgré un mouvement entamé par certaines juridictions du fond et par une partie importante de la doctrine⁹⁵⁶. Par ailleurs, l'intervention du législateur en 1898, prévoyant une responsabilité patronale forfaitaire, a semble-t-il ralenti la consécration de cette obligation⁹⁵⁷.

C'est par conséquent la Cour de cassation qui a été fortement sollicitée afin de procéder à l'émergence de l'obligation de sécurité au bénéfice des salariés. Or, la Cour avait, sous la plume du conseiller COTELLE, dénié toute possibilité de fonder une obligation

⁹⁵³ JACQUES Philippe. *Op. cit.*, §325-1 sq. V. la bibliographie citée par l'auteur, spéc., §325-4.

⁹⁵⁴ V. notamment BENZACAR Joseph. *Les accidents du travail manuel dans le louage de services en droit français*. Thèse doctorale, droit. Bordeaux : Université de Bordeaux. Cadoret, 1890 ; ESMEIN, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Rousseau, 1895 ; SALEILLES Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. 1897.

⁹⁵⁵ JACQUES Philippe. *Op. cit.* §325-4.

⁹⁵⁶ BENZACAR avance le fondement de l'article 1134 du Code civil tout en s'inspirant du contenu de l'article 1135 du Code civil. LABBE toujours avance également le fondement des articles 1135 et 1156 du Code civil Pour une autre partie de la doctrine, notamment GLASSON et VAVASSEUR, l'intervention du législateur était nécessaire pour pouvoir protéger l'ouvrier et responsabiliser le patron : V. Philippe JACQUES, *ibid.*

⁹⁵⁷ SARGOS Pierre. « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité ». *JCP G* 2003, n° 4, p.121-128.

de sécurité sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, en particulier de l'« *équité* »⁹⁵⁸. Rejetant toute obligation fondée sur le contrat en général, sur le contrat de louage de services en particulier, il ne retenait que l'hypothèse d'un engagement de la responsabilité du patron sur le fondement d'une hypothétique clause insérée par les parties dans le contrat, ou sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁹⁵⁹. Ainsi, il est possible de considérer que la Cour de cassation française, contrairement à ce qu'exige à présent la Cour EDH par ses arrêts *Pla et Puncernau* et *Zolotas*, n'a pas alors mobilisé les moyens à sa disposition pour consacrer dans le contrat liant l'employeur et son salarié une obligation de sécurité.

305. A l'inverse de ce qui s'est passé pour le contrat de travail, l'obligation de sécurité s'est trouvée consacrée par une décision de justice du 21 janvier 1911 en matière de transport de voyageurs, au terme de laquelle le transporteur « *a l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination* »⁹⁶⁰. Ainsi, la jurisprudence a admis, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, et plus particulièrement en exploitant la notion d'« *équité* »,

⁹⁵⁸ « *Sans doute, à défaut d'une clause expresse du contrat de louage d'ouvrage, imposant au patron le risque des accidents, l'article 1135 permet au juge de suppléer au silence de la convention pour lui faire produire tels effets que commandent l'usage et l'équité ; mais si où chercherons-nous ici les témoignages de ce qu'exigent l'usage et l'équité, si ce n'est dans votre propre jurisprudence, laquelle, tout en se montrant aussi humaine, aussi sympathique que possible au travail manuel, n'a jamais admis qu'un patron fût passible de dommages et intérêts (...)* », Rapp. COTELLE sur req. 31 mai 1886, S. 1887, 1, 209.

⁹⁵⁹ L'avocat général près la Cour de cassation DESJARDINS expliquaient en substance que, l'ouvrier ayant pu participer à l'accident dont il était victime, on ne pouvait imputer la faute de cet accident au patron et lui en faire supporter les conséquences : V. JACQUES Philippe. *Op. cit.*, §325-4, spéc. p.684. En l'absence de clause contractuelle, c'est la responsabilité délictuelle qui a été développée, sur le fondement d'une interprétation de l'article 1384 alinéa 1, avec l'arrêt *Teffaine* du 16 juin 1896 : Civ. 16 juin 1896, DP 1897, 1, 433, note SALEILLES Raymond ; S. 1897, 1, 17, note ESMEIN Adhémar. Sur ce fondement, la présomption de faute du patron a été acceptée, qui est devenue au fil des espèces quasi-irréfragable : TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Op. cit.*, §722 sq., spéc. §725.

⁹⁶⁰ Civ. 21 novembre 1911 ; DP 1913, 1, 249, note SARRUT ; S. 1912, 1, 73, note LYON-CAEN ; Grands arrêts, n°88. Confirmation par req. 1er août 1929, DP 1930, 1, 25, note JOSSERAND Louis ; Civ. 21 décembre 1949, D. 1950, 242 ; Civ.1 20 mars 1989, D. 1989, 381, note MALAURIE Philippe ; *RTD Civ.* 1989, 756, obs. JOURDAIN Patrice. Aucune explication fondée sur la nature du contrat ne peut expliquer cette consécration par la jurisprudence, si ce n'est celle, insuffisante, selon laquelle le contentieux était moins politique. Ainsi, Joseph BENZACAR fait remarquer que le nombre d'accidents dans l'exécution d'un contrat de transport était bien moins important que celui dans l'exécution du contrat de travail : BENZACAR Joseph. *Op. cit.*, p.3 ; cité par JACQUES Philippe. *Op. cit.*, §325-4, spéc. p.685. Cette obligation prétorienne est devenue une obligation légale depuis l'intervention du législateur par la loi du 5 juillet 1985 qui permet aux victimes de demander réparation pour un accident survenu avec les véhicules à moteur autres que les trains et les tramways circulant sur des voies qui leur sont propres.



qu'une obligation de sécurité existait dans ce contrat, bien que les parties ne l'aient pas prévue expressément⁹⁶¹. Depuis, cette obligation a continué de se diffuser, par voie judiciaire, à d'autres contrats⁹⁶², comme le contrat de vente⁹⁶³.

306. Ces exemples démontrent la complémentarité entre le pouvoir législatif et la jurisprudence pour la reconnaissance de l'obligation de sécurité dans les contrats. Ils illustrent ce que la Cour EDH a érigé en obligation : le juge est souvent le mieux placé pour rétablir un équilibre contractuel et ne peut demeurer inerte face une telle situation. La CJUE exige une semblable démarche, en particulier confrontée à la mise en œuvre défectueuse d'un droit compris dans une norme de l'Union dépourvue d'un effet direct suffisant. Ainsi, elle exige que le juge national mette en œuvre l'ensemble des moyens à sa disposition afin de rendre une décision conforme au droit de l'Union.

⁹⁶¹ Ce fondement n'est toutefois pas exclusif d'un rapprochement de la commune intention des parties, de sorte que les réticences d'une partie de la doctrine ont pu s'exprimer : V. notamment JOSSERAND Louis. « Le contrat dirigé ». *DH* 1933, p.89 ; LEVENEUR Laurent. « Le forçage du contrat ». *Dr. et Patr.* Mars 1998, p. 69.

⁹⁶² On pourrait également citer le contrat de soin, de l'hôtellerie et de restauration, contrats relatifs au sport, spectacle et jeu, aux contrats d'agence de voyage, ...

⁹⁶³ Dès un arrêt du 31 janvier 1973, la Cour de cassation a imposé à tout fabricant ou vendeur d'un produit dangereux d'avertir les acheteurs éventuels : Civ.1 31 janvier 1973, Bull. n°40. Cette décision a été suivie d'une jurisprudence constante : Civ.1 11 décembre 1990, Bull. n°289 ; 22 janvier 1991, Bull. n°30, *RTD Civ.*1991, 539, obs. JOURDAIN Patrice ; 11 juin 1991, Bull. n°201, *D.* 1993, somm., 24, obs. TOURNAFOND Olivier. *JCP* 1993, Bull. n°44, *Resp. civ. et assur.* 1993, 130, obs. GROUTEL HUBERT. *RTD Civ.* 1993, 592, obs. JOURDAIN Patrice ; 15 oct. 1996, Bull. n°354, *D. affaires* 1996, p.1288, *Res. civ. et assur.* 1997, comm. 28, *D.* 1997, somm. com. 28, obs. JOURDAIN Patrice. *JCP* 1997, I, 4025, n°13, Chr. VINEY Geneviève.; 3 mars 1998, Bull. n°95, *JCP* 1998, II, 10049, rapp. SARGOS Pierre. *RTD Civ.* 1998, 683, obs. JOURDAIN Patrice. *D.* 1999, 36, note PIGNARRE Geneviève et BRUN Philippe. V. également, « La naissance de l'obligation de sécurité ». *Gaz. Pal.* 1997, 2, *Doctr.* 1176 et s ; GROUTEL Hubert. « Vers un « chambardement » de l'obligation de sécurité dans les contrats ? ». *Resp. civ. et assur.*, déc. 1998, p. 125 sq. ; MAINGUY Daniel. « L'avenir de l'obligation de sécurité dans la vente ». *Dr. et Patr.*, décembre 1998, p. 68 sq. Egalement CALAIS-AULOY Jean. « Ne mélangeons plus conformité et sécurité ». *D.* 1993, Chr. 130 sq. Elle n'est cependant plus d'actualité depuis l'intervention du législateur en matière de responsabilité du fait des produits défectueux avec la directive du 25 juillet 1985, transposée en droit interne par la loi du 19 mai 1998. Aujourd'hui, c'est en effet sur ce fondement que l'obligation de sécurité, mise à la charge du fabricant ou du vendeur, est sanctionnée.



b - L'obligation d'information

307. L'idée de l'obligation d'information consiste pour le cocontractant à avertir l'autre « *des évènements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »⁹⁶⁴. Cette obligation se décline suivant l'intensité qu'on entend lui conférer. On désignera une obligation de conseil ou de renseignement s'il s'agit de présenter l'intérêt de l'acte juridique, et de mise en garde lorsqu'il s'agit de souligner un risque que comporte l'opération⁹⁶⁵. Ces distinctions ne sont pas toujours respectées par la jurisprudence qui cite l'une ou l'autre de ces obligations⁹⁶⁶. En outre, la jurisprudence s'est montrée particulièrement active en matière de contrats de services, en imposant une obligation d'information à la charge des professionnels tels que les notaires, les avocats, les architectes, les entrepreneurs, les professionnels de la santé, les assureurs, les agents immobiliers ou encore les garagistes.

308. Le droit de l'Union est particulièrement actif dans l'utilisation de l'obligation d'information, instrument de protection du consommateur. A la suite du sommet de Paris des 7 et 8 novembre 1972, le Conseil adoptait le premier programme de la CEE « *pour une politique de protection et d'information des consommateurs* », qui repose sur cinq piliers dont le droit à l'information et à l'éducation⁹⁶⁷, aussitôt décliné par la Commission européenne⁹⁶⁸. Ce programme a été mis en œuvre à l'occasion de plusieurs directives, à commencer par celle relative aux contrats de vente à distance⁹⁶⁹, instaurant un « *système de double détente en matière d'information du consommateur* »⁹⁷⁰ composée d'une première information avant

⁹⁶⁴ DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t.VI, 1931, n°29.

⁹⁶⁵ V. la distinction tripartite que privilégie TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Op. cit.*, §430 : « *Parfois, le débiteur de l'obligation d'information sera tenu de délivrer des informations à l'état brut, et on parle alors d'obligation de renseignement ; parfois il sera en plus tenu d'appeler l'attention de son partenaire sur les risques encourus par celui-ci s'il ne se conforme pas aux indications fournies, et c'est l'obligation de mise en garde ; parfois enfin, il devra orienter positivement l'activité de son partenaire, et c'est le devoir de conseil* ».

⁹⁶⁶ V. LE TOURNEAU Philippe et POUMARÈDE Matthieu. *Op. cit.*, 78.

⁹⁶⁷ Résolution du Conseil, du 14 avril 1975, concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, JOUE n° C 092 du 25 avril 1975.

⁹⁶⁸ Commission européenne, Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour l'information et la protection des consommateurs, reproduit dans JOCE n° C 092 du 25 avril 1975, p.2.

⁹⁶⁹ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p.803.

⁹⁷⁰ GATSI Jean. « La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai



la conclusion du contrat, puis d'une confirmation par écrit de ces informations dans un délai raisonnable. De manière générale, le droit de l'Union considère que le consommateur, confronté à un professionnel, se situe dans une situation d'infériorité qu'il revient à ce dernier de réduire au moyen d'obligations à sa charge. C'est ainsi que la CJUE, a précisé que « *le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci* »⁹⁷¹. Elle a rattaché cette obligation d'information à l'exigence de clarté mentionnée à l'article 5 de la directive et a précisé qu'elle revêtait une « *importance fondamentale* »⁹⁷².

309. La Cour EDH a développé une obligation d'information en matière environnementale⁹⁷³. Par l'arrêt *Vilnes*, elle a opéré une « *mutation contractuelle de la jurisprudence environnementale* »⁹⁷⁴ en se plaçant sur le fondement de l'article 8 de la Convention. La Cour a établi l'obligation positive pour l'Etat consistant pour celui-ci à délivrer une information avant que le travailleur ne s'engage dans une activité professionnelle dangereuse et afin que celui-ci soit en mesure d'évaluer les risques pour sa santé et pour sa vie. Ainsi définie, cette obligation crée un lien particulier entre l'Etat (non employeur en l'espèce) et le travailleur, en amont de l'engagement contractuel de celui-ci et de nature à influencer sur son autonomie personnelle, conformément à l'interprétation par la Cour des garanties protégées par l'article 8⁹⁷⁵.

La Cour EDH a également consacré une obligation d'information et a conféré à celle-ci, sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n°1, un effet horizontal dans les relations entre un banquier et son client à l'occasion de l'arrêt *Zolotas*. Dans cette affaire, le requérant avait perdu les sommes déposées sur son compte en raison des règles de la prescription. La

1997 ». *D. Affaires* 1997, n° 42, p.1378.

⁹⁷¹ CJUE 14 juin 2012, arrêt *Banco Español de Credito SA*, aff.C-618/10, §39.

⁹⁷² CJUE 21 mars 2013, arrêt *Vertrieb*, aff.C-92/11, §44.

⁹⁷³ CEDH 19 février 1998, arrêt *Guerra c/ Italie*, req. n°14967/89, §57-60.

⁹⁷⁴ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Consécration européenne d'une obligation précontractuelle d'information des salariés exerçant une activité intrinsèquement dangereuse ». *Op. cit.*

⁹⁷⁵ *Ibid.*



Cour a indiqué que le requérant, en sa qualité de client, pouvait s'attendre à ce que la situation dans laquelle il se trouvait – et les conséquences qui pouvaient en découler – lui soient signalées par la banque. A défaut d'obligation d'information spécifiée dans l'acte juridique liant le client et son banquier, la Cour EDH a conclu à la violation par l'Etat grec de l'article 1^{er} du Protocole n°1, celui-ci ayant manqué à « *l'obligation positive de protéger le citoyen et de prévoir ainsi l'obligation pour les banques (...) d'informer le titulaire (...) et de lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription (...)* »⁹⁷⁶. S'agissant du fondement de l'obligation d'information, la Cour a recours à celui qui gouverne l'espèce jugée.

310. En France⁹⁷⁷, cette obligation d'information est protégée au moment de la formation du contrat par la théorie des vices du consentement ou par les règles de la responsabilité délictuelle. Elle l'est également lors de l'exécution du contrat. En effet, pareille obligation peut avoir été prévue par les parties⁹⁷⁸ mais les juges peuvent également la mettre à la charge des parties. Cette obligation est raccrochée par certains auteurs à l'exigence de loyauté, qui participe de la bonne foi contractuelle⁹⁷⁹. Elle procède, sans que la jurisprudence française ait dévoilé ses mécanismes, d'un contrôle de proportionnalité privatisée.

A l'origine, l'obligation d'information était, selon la doctrine comme la jurisprudence, une obligation accessoire à une obligation principale⁹⁸⁰. Mais plusieurs auteurs, et en

⁹⁷⁶ CEDH 29 janvier 2013, arrêt Zolotas c/ Grèce, req. n°66610/09, §53.

⁹⁷⁷ La présente étude n'a pas vocation à être exhaustive concernant l'obligation d'information. V. pour une étude plus complète : Cour de cassation Rapport annuel 2010, troisième partie, Le droit de savoir.

⁹⁷⁸ V. ainsi l'arrêt cité par LE TOURNEAU Philippe et POUmarede Matthieu. *Op. cit.*, §77: CA Nîmes 14 décembre 2004, Juris-Data n°2004-3928. A noter que dans cette affaire l'obligation d'information est mise à la charge de l'abonné d'un contrat de sauvegarde information, le manquement même partiel à cette obligation exonérant le prestataire de sa responsabilité.

⁹⁷⁹ V. par exemple LE TOURNEAU Philippe et POUmarede Matthieu. *Op. cit.*, §77. La Cour de cassation a pu reprocher aux juges du fond de n'avoir pas recherché si un gérant et associé d'une société « *n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant d'informer la société [à qui il avait cédé ses parts] des conséquences probables d'un accident du travail intervenu avant la cession litigieuse* » : Civ.1 15 mars 2005, pourvoi n°01-13018, Bull. n°136. Cet arrêt n'est pas exempt de critiques puisqu'il n'est pas rendu au visa de l'article 1134 alinéa 3 consacrant l'exigence de bonne foi contractuelle, mais au visa de l'article 1382, de sorte qu'est reprochée une faute en dehors d'un lien contractuel.

⁹⁸⁰ V. par exemple Civ.1 27 février 1985, pourvoi n°84-10022, Bull. n°82 ; GHESTIN Jacques. *Traité de droit civil, La formation du contrat. Op. cit.*, n°598. Dans cet arrêt de rejet, la Cour indique qu'« *il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné; que,*



particulier le Professeur FABRE-MAGNAN, ont considéré que l'exigence d'information constituait une obligation autonome⁹⁸¹. D'abord Impératif moral⁹⁸², au sein du mouvement doctrinal du solidarisme, Il s'agit d'exiger davantage des parties. Ainsi, plus qu'une obligation négative de ne pas tromper autrui, les parties sont tenues d'une obligation positive d'aider autrui⁹⁸³. Il est évident que la délimitation des contours de cette obligation revêt une grande importance au regard des solutions qu'elle peut justifier. Or, il ressort de l'arrêt *Zolotas* que la Cour EDH possède une conception large de cette obligation. En effet, si elle avait considéré que chaque partie demeurerait garante de la correcte exécution du contrat en poursuivant ses intérêts propres, elle ne serait pas parvenue à la solution rendue contre l'Etat grec. Au contraire, c'est une véritable obligation positive d'informer son cocontractant sur les informations qu'il détient relativement aux intérêts de ce dernier que la Cour a consacrée. Bien que la Cour EDH, dans l'arrêt *Zolotas*, s'adonne à un contrôle de proportionnalité verticale, une telle conception de l'obligation d'information conduit à un contrôle de proportionnalité privatisée très poussé.

Or, tandis qu'une partie de la doctrine, réfractaire à la reconnaissance de l'obligation d'information à tous les contrats, se fondait sur l'hypothèse du banquier dépositaire de titres dont la Cour de cassation avait décidé qu'il n'était tenu, ni par les usages, ni par l'équité, ni par la loi, d'informer le déposant d'un évènement affectant la vie de la société émettrice⁹⁸⁴, il est aujourd'hui requis du banquier de s'enquérir du niveau de connaissances de son cocontractant en matière de niveau de risques des produits financiers, d'ouvrir le champ des produits pouvant être acquis sur le compte mis à disposition si celui-ci estime que son client est suffisamment averti en rapportant la preuve qu'il l'a mis en garde au regard de sa situation financière⁹⁸⁵. Ainsi, selon une lente évolution, il est permis de considérer que le droit

pour l'exécution de ces accessoires de l'obligation de délivrance posant sur lui, le vendeur professionnel ne peut invoquer, vis-à-vis de son acheteur profane, une information insuffisante du fabricant du matériau incriminé ».

⁹⁸¹ FABRE-MAGNAN Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Paris : LGDJ, 1992.

⁹⁸² V. notamment DE JUGLART Michel. « L'obligation de renseignements dans les contrats ». *RTD Civ.* 1945, n°3, p.1.

⁹⁸³ FABRE-MAGNAN Muriel. *Op. cit.*

⁹⁸⁴ Com. 9 janvier 1990, pourvoi n°88-17291, Bull. n°2, D. 1990, 173, note BRILL Jean-Pierre. *RTD Civ.* 1990, p.649, obs. MESTRE Jacques. Cité notamment par TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Op. cit.*, §430.

⁹⁸⁵ V. notamment Ch. Mixte 29 juin 2007, pourvoi n°05-21104, Bull. n°7 ; Ch. Mixte 29 juin 2007, pourvoi n°06-11673, Bull. n°8. V. également Civ.1 30 avril 2009, pourvoi n°07-18334, Bull. n°85. Les deux arrêts sont rendus au visa de l'article 1147 du Code civil.

français possède une conception de l'obligation d'information conforme à la Convention EDH et est en mesure, par l'action de la jurisprudence, d'user des mécanismes de l'interprétation-création.

311. De fait, quoi qu'il en soit de la reconnaissance de l'autonomie de l'obligation d'information, on remarque que cela n'en libère pas moins les juges de la nécessité de trouver un fondement pour cette obligation. Parmi ceux exploités par le juge⁹⁸⁶, on retrouve essentiellement des fondements du droit commun. Outre la bonne foi, les juges ont pu se fonder sur l'article 1135 du Code civil. Ainsi, dans un arrêt qui fait le lien entre l'obligation d'information en tant qu'obligation accessoire et obligation autonome, la Cour de cassation a indiqué dans un attendu de principe, au visa des articles 1604 et 1135 du Code civil, que « *l'obligation de délivrance du vendeur d'un matériel s'étend à sa mise en point, et comporte une obligation accessoire d'information et de conseil du client* »⁹⁸⁷. Ce glissement n'est cependant pas fermement établi et la Cour multiplie les doubles fondements pour exprimer l'obligation d'information : ainsi a-t-elle pu combiner les articles 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil⁹⁸⁸, ou encore les articles 1134 et 1135⁹⁸⁹. Dans l'arrêt du 8 novembre 2007, c'est au triple fondement des articles 1134 alinéa 3, 1135 et 1147 du Code civil que la Cour s'est vouée⁹⁹⁰. Si le fondement de l'obligation d'information n'est pas fermement établi, les différents articles mobilisés ont pour point commun de ne pas faire application de la volonté des parties et donc des mécanismes de l'interprétation⁹⁹¹. Lorsqu'elle en a la possibilité, la

⁹⁸⁶ FABRE-MAGNAN Muriel. *Op. cit.* n°342. On trouvera un contre-exemple dans Com. 24 juin 2008, pourvoi n°06-21798, Bull. n°127, arrêt rendu au visa des articles 1147 du Code civil et 33 alinéa 2 du règlement n°89-02 de la Commission des opérations de bourse modifiée par le règlement n°98-04 alors applicable.

⁹⁸⁷ Civ.1 25 juin 1996, pourvoi n°94-16702, Bull. n°274. V. également dans une rédaction singulière l'arrêt rendu au visa de l'article 1135 du Code civil: « *Attendu que l'obligation de conseil et d'information qui pèse sur le vendeur professionnel à l'égard d'un client profane, lui impose de se renseigner sur les conditions dans lesquelles ce dernier sera normalement amené à utiliser la chose vendue* » : Civ.1 28 février 1995, pourvoi n°92-15436. V. encore Civ.1 11 octobre 1989, 88-14815, également rendu au visa de l'article 1135 du Code civil.

⁹⁸⁸ Civ.1 10 mai 1989, pourvoi n°87-14294, Bull. n°187 : « *attendu cependant que manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* ».

⁹⁸⁹ Civ.1 7 novembre 2006, pourvoi n°04-13454.

⁹⁹⁰ Civ.1 8 novembre 2007, pourvoi n°05-14745.

⁹⁹¹ V. MALAURIE Philippe, AYNES Laurent. *Droit civil, Obligations*, T.2, Contrats et quasi-contrats. Paris : Cujas, 2001, 11^{ème} éd., n°379 ; PETIT Bruno. « Contrats et obligations. Obligation d'information. » *Jurisclasseur Droit civil*, Fasc. 50. Articles 1136 à 1145, 2011, n°17.

Cour se fonde sur l'article 1147 du Code civil, qui lui évite de s'interroger sur l'origine précise de l'obligation contractuelle d'information⁹⁹². Il convient d'en conclure que, sans fondement textuel suffisant, le juge se trouve en difficulté pour asseoir son raisonnement et, à l'invitation de la Cour EDH, opérer un contrôle de proportionnalité privatisée.

Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour consacrer ponctuellement l'obligation d'information. Le Code civil en son article 1768 prévoit depuis l'origine que « *le preneur d'un bien rural est tenu (...) d'avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur les fonds* ». Mais le législateur est intervenu en matière de baux d'habitation par la loi du 6 juillet 1989 en obligeant le propriétaire à porter à la connaissance du locataire un certain nombre d'informations concernant les charges au cours de l'exécution du contrat⁹⁹³. Le législateur est également intervenu en matière de contrats d'assurance pour imposer à l'assuré de tenir au courant l'assureur des événements de nature à aggraver les risques en cours de contrat⁹⁹⁴. L'attention est aujourd'hui portée sur le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, qui prévoit un « *devoir d'information* » au moment de la formation du contrat, sanctionné par les règles de la responsabilité extracontractuelle⁹⁹⁵. Il est permis d'émettre quelques doutes sur le caractère satisfaisant de la reconnaissance de l'obligation d'information dans ce projet. Transposée à l'affaire *Zolotas*, ce projet de disposition aurait pour conséquence de dégager le banquier de sa responsabilité s'il démontre avoir averti au moment de la formation du contrat, soit vingt ans auparavant, des

⁹⁹² V. par exemple Cass. Ass. Plé. 2 mars 2007, pourvoi n°06-15267, Bull. n°4. On pourrait toutefois soutenir que la Cour de cassation utilise l'article 1147 du Code civil pour décider de la sanction de l'inexécution du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 20 octobre 2009, c'est au visa de cet article que la Cour a indiqué que « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* » : Com. 20 octobre 2009, pourvoi n°08-20274, Bull. n°127. Dans un arrêt du 17 mars 2009, la Cour de cassation censure la Cour d'appel, au visa de l'article 1147 du Code civil, au motif que « *l'expert-comptable qui a reçu la mission de rédiger les bulletins de paie et les déclarations sociales pour le compte de son client a, compte tenu des informations qu'il doit recueillir sur le contrat de travail pour établir ces documents, une obligation de conseil afférente à la conformité de ce contrat aux dispositions légales et réglementaires* » : Com. 17 mars 2009, pourvoi n°07-20667, Bull. n°40. Il en va de même s'agissant de l'obligation de sécurité : ainsi, dans un arrêt du 7 mars 1989, la Cour indique que « *l'obligation de sécurité consistant à conduire le voyageur sain et sauf à destination [résulte] de l'article 1147 du Code civil* » : Civ.1 7 mars 1989, pourvoi n°87-11493, Bull. n°118.

⁹⁹³ Art. 23 de la loi du 6 juillet 1989.

⁹⁹⁴ Art.L113-4, 3° C. assur.

⁹⁹⁵ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, art. 1129.



règles de la prescription préjudiciables pour les intérêts de son client. Or, dans l'affaire *Zolotas*, la Cour EDH indique expressément que l'information doit être transmise à « *l'approche de la fin du délai de prescription* », selon les règles de la responsabilité contractuelle⁹⁹⁶. Cette différence de contenu renforce la nécessité de reconnaître au juge les moyens de dégager à partir des contrats qui leur sont soumis des obligations susceptibles de restaurer un équilibre contractuel.

B - Les conditions d'une reconnaissance du rôle du juge

312. Bousculé par les droits européens, le droit français se trouve confronté à une profonde remise en cause de sa conception du rôle du juge. La Cour de cassation a déjà entamé cette démarche, par des arrêts fondateurs et par une réflexion sur une meilleure coordination des juridictions, en particulier avec les cours européennes⁹⁹⁷. Le projet d'ordonnance portant réforme au droit des obligations est une occasion offerte aux autres pouvoirs de l'Etat français de concrétiser cette reconnaissance. La doctrine est le témoin de la difficile conciliation entre l'interprétation et la commune intention des parties d'une part, la détermination du contenu des actes juridiques privés d'autre part. A l'heure des choix, c'est le sens même de l'interprétation qu'il convient de définir (1). L'appropriation de la théorie des « *obligations implicites* » constituerait une solution en droit français et européen si elle ne subissait pas, au moment de sa consécration, une profonde dénaturation (2).

1 - Les éléments d'une définition renouvelée de l'interprétation

313. Inféodée au dogme de l'autonomie de la volonté, l'opération d'interprétation a pour finalité exclusive, en droit français, de révéler la commune intention des parties. Si les cours européennes défendent avec force le concept de volonté, elles en ont perçu et accepté les

⁹⁹⁶ CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas* c/ Grèce (n°2), *op. cit.*, §53.

⁹⁹⁷ LOUVEL Bertrand. « *Vers un office renouvelé de la Cour de cassation. Les défis posés par la prise de pouvoir juridique des juridictions constitutionnelle et européenne* ». Discours prononcé lors du colloque sur « les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire », organisé en partenariat avec l'université Panthéon-Assas (Paris 2) et l'association française pour l'histoire de la justice (AFHJ) le 11 décembre 2014. Disponible sur < https://www.courdecassation.fr/IMG///source_droit_aune_pratique_judiciaire_20141211.pdf > (consulté le 17/09/2015).



limites. Lorsque le juge français se trouve confronté au « *seuil de l'interprétation* », c'est toujours la commune intention des parties que sa solution traduit. Pourtant, ce seuil ne signifie pas qu'il y a un moment où l'interprétation n'est plus possible, mais que l'on ne peut plus se prévaloir de l'intention de l'auteur de la norme. S'agissant des parties à un acte juridique privé, il ne s'agit pas d'indiquer, comme cela s'est fait sentir pour le Code civil, un siècle après que le législateur ait reposé sa plume, qu'il n'est plus possible de se référer à une intention obsolète. Mais deux arguments permettent de souligner la nécessité de ne pas s'en remettre uniquement à la règle d'interprétation inscrite à l'article 1156 du Code civil. D'abord, le contractant, formant le contrat, s'est dessaisi de la norme qu'il a contribué à créer. Cet argument de la doctrine normativiste n'est pas unanimement partagé mais connaît une nouvelle vigueur. Ensuite, depuis longtemps la doctrine a souligné que la recherche de la commune intention des parties ne permettait pas toujours de parvenir à un résultat certain et que, toute tentative de forcer cette limite avait pour résultat une volonté « *présumée, fictive, voire divinatoire* »⁹⁹⁸.

Le Professeur SIMLER indique que, « *en stricte orthodoxie, cette mission prioritaire des juges du fond [la recherche de l'intention des parties] est très délicate, voire, dans bien des cas, impossible* »⁹⁹⁹. Pourtant elle est le plus souvent mise en avant. L'auteur décrit ensuite les directives d'interprétation entre celles permettant la recherche de la commune intention des parties, celles recherchant l'intention la plus probable, et enfin l'application subsidiaire de critères objectifs¹⁰⁰⁰. De longue date, la troisième catégorie, qui recouvre par exemple l'utilisation de la loi, de la bonne foi ou encore de l'équité, est perçue par la doctrine comme une fiction et un forçage du contrat¹⁰⁰¹. De façon comparable, la catégorie intermédiaire constitue dans la pratique un passage entre l'interprétation subjective et celle

⁹⁹⁸ IVAINER Théodore. « La lettre et l'esprit de la loi des parties ». *JCP* 1981, n°48, p.3023. Selon DAVID René, « *En France même, nous avons un certain mal à nous dégager de l'idolâtrie du volontarisme, et à reconnaître que les dispositions du droit supplétif sont autre chose que la volonté présumée des parties* », DAVID René. *Les contrats en droit anglais*, Paris : LGDJ, 1973, 477p. Spéc. p.332.

⁹⁹⁹ SIMLER Philippe. *Jurisclasseur civil*, Articles 1156 à 1164, Fasc.10, §14.

¹⁰⁰⁰ SIMLER Philippe. *Jurisclasseur civil*, Articles 1156 à 1164, Fasc.10, §12 sq.

¹⁰⁰¹ V. notamment SALEILLES Raymond, pour lequel la notion de disposition légale interprétative n'a « *que par fiction le caractère d'une interprétation de volonté : il n'y a pas d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non-sens ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus* » : SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand. Op. cit.* V. également JOSSE RAND LOUIS. « Le contrat dirigé ». *Op. cit.*



objective, étroit et couvert. Si bien que souvent il est nécessaire de se débarrasser du masque de la volonté des parties qui dissimule en réalité une interprétation à l'aune de directives d'interprétation et de critères objectifs. Ainsi, fort de la conscience de la doctrine du caractère inapproprié de cette démarche, et encouragé par les cours européennes, il convient de remettre en cause le lien entre l'interprétation et la volonté des parties, que le Doyen CARBONNIER résume ainsi : « *l'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté* »¹⁰⁰².

314. Si l'interprétation ne s'arrête pas à l'échec de la recherche d'un sens au regard de la commune intention des parties, il convient d'expliquer comment rechercher ailleurs un sens, et ce que ce sens ainsi conféré représente. Il n'est pas inutile de rappeler que, selon la conception kelsénienne du droit, chaque norme doit être conforme à celle qui lui est immédiatement supérieure dans la hiérarchie des normes, et que l'interprétation constitue un acte de volonté du juge destiné à conférer ce sens à la norme interprétée¹⁰⁰³. Ainsi, la doctrine considère que le juge, s'appuyant sur les concepts de bonne foi ou d'équité, ne dégage pas des obligations élaborées par les parties mais imposées par la loi, d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent s'y soustraire¹⁰⁰⁴. Cette conception rompt avec la doctrine classique, puisque ces concepts du droit ne servent plus à dégager une commune intention des parties mais sont utilisés comme des concepts de droit objectif, utilisés dans le cadre d'une interprétation objective, au service d'une justice contractuelle aux mains du juge¹⁰⁰⁵. Ainsi, le forçage du contrat constitue une méthode valable d'interprétation du

¹⁰⁰² CARBONNIER Jean, Droit civil, vol. II, Les biens, Les obligations. *Op. cit.*

¹⁰⁰³ Ainsi, KELSEN « *refuse catégoriquement de considérer l'interprétation comme un acte de connaissance du droit et la définit à l'inverse comme un acte de volonté, un acte de politique juridique* », GENY FRANÇOIS. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Op. cit.*, n° 156.

¹⁰⁰⁴ « *Le fait même qu'il s'agit au besoin d'arrêts de cassation révèle que l'obligation est d'origine légale et non volontaire. (...) Il en résulte que ce genre d'obligations est d'ordre public ; on ne saurait, par une clause du contrat, exclure « l'équité » et donc les obligations de sécurité, de renseignement ou de conseil, pas plus que la bonne foi* » : BENABENT Alain. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §286. « *Comment faut-il expliquer ces « découvertes » ? Comme une simple interprétation de la volonté implicite des parties au contrat ou comme une véritable construction fondée sur l'équité et la bonne foi ? En étudiant les différents cas où elles apparaissent, on doit constater que ce sont bien des considérations d'équité objective qui ont conduit la jurisprudence à une œuvre véritablement créatrice et non la volonté implicite des parties* » : BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAUTERNEYRE Virginie. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*

¹⁰⁰⁵ « *Aussi bien la méthode objective préconise-t-elle que le juge interprète le contrat, non en s'épuisant à rechercher une commune intention inexistante ou hypothétique, mais en faisant appel à la bonne foi, à l'équité contractuelle et aux usages des affaires. Alors que, pour la doctrine classique, ces notions constituent un simple*



contrat¹⁰⁰⁶. En outre, dans la conception *réaliste* du droit, si certains courants reconnaissent au juge une marge de décision très conséquente, il a été observé que les juges européens se fondent sur les textes dont ils sont les gardiens et motivent – en particulier le juge de Strasbourg – toute décision susceptible d’en accroître le champ d’application ou la portée, selon une méthode comparable à la théorie des contraintes juridiques¹⁰⁰⁷. Ainsi, conformément à ces éléments, le droit français doit-il parfois abandonner le masque de la volonté des parties pour assumer celui par lequel, sur mandat du législateur, il est susceptible, en interprétant l’acte juridique privé, d’en déterminer le contenu.

La Cour EDH, au travers principalement des arrêts *Pla et Puncernau*, et *Zolotas*, a émis des signaux concernant la conciliation qu’elle opère entre l’interprétation objective et le respect de la volonté des parties. Dans l’arrêt *Pla et Puncernau*, elle a sous-entendu que la recherche de la volonté du *de cuius* n’était en l’espèce pas nécessaire et qu’il incombait en toutes hypothèses au juge de conférer à l’acte juridique un sens et une portée conformes aux droits fondamentaux¹⁰⁰⁸. Elle a également indiqué, de façon sibylline, que l’on ne pouvait imputer aux parties formant un acte juridique privé un sens dont il n’était pas établi qu’il était le leur, engageant d’une part la responsabilité de l’Etat, et appelant d’autre part les juges à assumer un contrôle de l’interprétation empruntant les moyens d’une interprétation objective¹⁰⁰⁹. Par l’arrêt *Zolotas*, la Cour a appelé à une interprétation objective du contrat, créatrice d’obligations à la charge d’une partie.

prolongement de la volonté des contractants, qui sont censés s’y être référés tacitement, elles acquièrent avec la doctrine moderne une existence propre. Plutôt que d’essayer de découvrir la commune intention des parties, on recherchera ce qui est juste, ce qui est habituellement protégé » : TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §448. Pour un cas particulier d’interprétation selon la recherche d’une « *intention collective* » afin de sauvegarder un équilibre entre chacune des parties : ROCHFELD Judith. « L’obligation transversale ? ». *D.* 2007, n°29, p.2068-2072.

¹⁰⁰⁶ « *Un premier sens de l’interprétation du contrat par les juges renvoie à l’interprétation constructive dont ils font preuve lorsque, par un forçage du contrat, ils y introduisent des obligations que les parties n’avaient pas expressément convenues* » : FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations. Op. cit.*, §164.

¹⁰⁰⁷ V. *supra* §40, 222 sq.

¹⁰⁰⁸ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §57 et 62.

¹⁰⁰⁹ S’agissant du commentaire de la citation selon laquelle on « *ne peut présumer que le testateur aurait voulu ce qu’il n’a pas dit* », V. *supra*, §138 sq.



Toutefois, la doctrine française, dans la tradition de l'école byzantine qui avait lissé le rôle des prêteurs, demeure très attachée à distinguer, à l'exemple de la doctrine normativiste, ce qui relève de la force obligatoire du contrat de ce qui appartient au contenu obligationnel. C'est ainsi également qu'une partie de la doctrine s'emploie à distinguer d'une part l'opération d'interprétation – entendue classiquement comme l'opération destinée à rendre sa clarté à un texte obscur – et d'autre part la problématique de la détermination du contenu du contrat, qui s'appliquerait en raison du silence des parties et par application d'une règle de droit objectif¹⁰¹⁰. Ainsi, s'agissant de l'interprétation-création, il ne s'agirait pas tant d'une interprétation que d'une opération de détermination du contenu du contrat dans la mesure où cette opération n'ajoute pas à l'acte juridique privé mais au contenu légal de la catégorie d'actes concernée. Cette analyse n'est pas en soit erronée et il a déjà été mentionné que les cours européennes avaient développé une conception large de l'interprétation qui, s'agissant de la loi applicable au contrat notamment, liait les opérations d'interprétation et d'application. En outre, lorsque la Cour EDH dans l'arrêt *Zolotas* fait émerger une obligation d'information dans le contrat liant le banquier au consommateur par l'utilisation de l'interprétation-création, il n'est guère contestable que cette opération est destinée à aboutir à la reconnaissance de cette obligation dans l'ensemble des actes juridiques privés similaires. Il a également été expliqué au moyen de la conception *réaliste* du droit que, dans ce dialogue des juges réunissant les juges des cours européennes et les juges nationaux détenant certains moyens destinés à ne pas engager la responsabilité de leur Etat, il est vain de vouloir expliquer l'interprétation sans prendre en considération les divers mécanismes animant ces relations. Par conséquent, il apparaît incontournable, dans l'objectif d'une redéfinition de l'interprétation, d'en adopter une conception large dans laquelle le juge, en se fondant sur des règles de droit objectif, peut, dans certaines circonstances, interpréter de manière créatrice un acte juridique privé, sans référence à la commune intention des parties, tout en participant à la détermination du contenu de l'acte juridique privé formé par ces dernières.

¹⁰¹⁰ V. notamment ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne. « L'« interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat ». *Op. cit.*

2 - Les conditions de l'utilisation de la théorie des obligations implicites

315. La reconnaissance d'un rôle au bénéfice du juge en matière de détermination du contenu du contrat à partir d'éléments objectifs est permise par la théorie des obligations implicites – ou *implied terms* – qui est à l'étude dans le cadre de la proposition de règlement de droit commun européen de la vente, et dont les mécanismes rappellent ceux utilisés par la Cour EDH dans l'affaire *Zolotas*. En outre, cette théorie reprend certains des mécanismes ayant permis la production d'obligations en droit romain.

La théorie des *implied terms* provient du droit anglais¹⁰¹¹. A l'origine, la vente de marchandises ne pouvait que comporter des garanties expressément stipulées par les parties. Hors l'hypothèse de fraude, si les parties n'avaient rien prévu, l'acheteur se retrouvait démuné dans l'hypothèse où le vendeur n'était pas le propriétaire de la chose vendue ou si cette dernière n'avait pas la qualité attendue. Ces garanties ont été d'abord fait l'objet d'une reconnaissance prétorienne, tant pour la qualité du vendeur¹⁰¹² que pour celle de la chose¹⁰¹³. Au XIX^{ème} siècle, elles trouvent leur source dans une intention implicite des parties selon une fiction assumée d'après laquelle « *the parties themselves had reached an implied agreement* »¹⁰¹⁴. Cette fiction s'explique par la nécessité de contourner le principe de liberté contractuelle lorsqu'elle participe à asservir la partie faible à un contrat. Elle est devenue inutile lorsque ce principe a été, selon les juges, brisé au tournant des années 1970¹⁰¹⁵. Les *implied terms* ont connu de multiples utilisations, et le lien avec la volonté des parties ne s'est pas toujours imposé, par hypothèse.

¹⁰¹¹ De manière générale le droit anglais et l'opération d'interprétation des actes juridiques privés : V. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. « *Les arrêts « Paragon Finance » et « Rice contre Great Yarmouth Borough Council » : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels* ». *RDC* 2004, n°2, p.483-495 ; USUNIER Laurence. « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance ». *RDC* 2012, n°4, p.1372-1383. V. également FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. « L'interprétation du contrat : observations comparatives ». *RDC* 2007, n°2, p.481 ; FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations. Op. cit.*, §171.

¹⁰¹² Décision *Eicholz v. Bannister*, (1864) 17 C.B. (N.S.) 708.

¹⁰¹³ Décision *Laing v. Fidgeon*, (1815) 6 Taunt. 108; décision *Jones v. Bright*, 1829, 5 Bing. 533.

¹⁰¹⁴ V. sur ce point FERRERI Silvia. « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux ». *RIDC* 2001, p.56-57. L'auteur y rappelle l'éclosion de cette fiction à la faveur du bref succès de la théorie de la volonté en Angleterre.

¹⁰¹⁵ V. les citations de FERRERI Silvia. *Ibid.*

Lorsque la volonté des parties est concernée, celle-ci est interrogée à l'occasion de tests. La recherche des *implied terms* relève donc bien d'une opération d'interprétation des contrats¹⁰¹⁶. D'ailleurs, à l'origine, l'inclusion d'une garantie dans le contrat par cette technique était opérée par les juges dans une partie de leur décision intitulée « *interpretation or construction* »¹⁰¹⁷. Ainsi, dans l'affaire *The Moorcock* a été consacré le test suivant : les juges se posent la question de savoir si le contrat peut revêtir un sens économique sans cette obligation¹⁰¹⁸. Ils n'imposent l'obligation que si la réponse est négative. Dans l'affaire *Shirlaw v. Southern Foundries*, s'est ajouté le test du spectateur fictif selon lequel si un observateur suggérait l'obligation pendant la négociation du contrat, les parties seraient-elles tombées immédiatement d'accord pour les inclure¹⁰¹⁹ ? Une réponse positive entraîne la reconnaissance de l'obligation dans la convention des parties.

Par conséquent, le droit anglo-saxon ne perçoit dans le contrat que l'expression d'une norme dont il convient de préserver une efficience économique plutôt que l'intention de ses auteurs¹⁰²⁰. La technique des *implied terms* consiste donc à prendre les obligations ou les clauses d'un contrat afin de déterminer leur utilité pour l'existence du contrat. Les directives d'interprétation se combinent différemment selon le type de contrat¹⁰²¹ et, lorsqu'une utilité est appréciée par rapport à une volonté, c'est celle d'un « *reasonable man* » plutôt que celle des parties véritables au contrat¹⁰²². Cette technique des *implied terms* fait l'objet cependant de critiques sévères, et on lui reproche, œuvrant clause par clause, de ne pas respecter suffisamment parfois l'économie de la convention, et d'aller à l'encontre de son contenu. Aussi cette interprétation est-elle combinée avec d'autres

¹⁰¹⁶ ALPA Guido. « Le contrat individuel et sa définition ». *RIDC* 1988, n°2, p.327-350, spéc. p.346 sq. SALVAT Odile, TALLON Denis. « Royaume-Uni ». *RIDC* 1982, n°3, p.959-1058, spéc. p.969 sq.

¹⁰¹⁷ FERRERI Silvia. *Op. cit.*, p.56.

¹⁰¹⁸ Décision *The Moorcock*, (1889) 14 P.D. 64.

¹⁰¹⁹ Décision *Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd* [1939] K.B. 206-227.

¹⁰²⁰ COHEN George M. *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*. Essay. University of Virginia School of Law, 1999, n°4400, p.79 sq. D'ailleurs, selon un dicton, l'état de l'esprit d'un homme est un fait autant que l'état de sa digestion : « *The state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion* », cité par ALPA Guido. *Op. cit.*, p.348.

¹⁰²¹ Domestic agreement, commercial agreement, gentleman agreement, ...

¹⁰²² Le concept d'« *attentes légitimes* » découle de l'appréciation de cette normalité en droit anglais, et d'une recherche objective du contenu du contrat. V. par exemple LOKIEC Pascal. « Le droit des contrats et la protection des attentes ». *D.* 2007, p.321.

directives afin de protéger les intérêts de la partie faible sans courir le risque de détruire les affaires¹⁰²³.

316. La technique des *implied terms* s'avère toutefois une solution efficace pour déterminer le contenu du contrat. En l'utilisant, on peut prendre pour référence des éléments objectifs comme la loi ou encore l'usage. Ainsi, dans l'arrêt *Esso Petroleum* de 2004, il était demandé à une compagnie des dommages-intérêts¹⁰²⁴. Celle-ci livrait de l'essence à des stations-services en mesurant la quantité au moment du chargement des camions-citernes depuis le terminal, mais pas au moment de la livraison. Or, il s'est avéré que l'essence était à une température plus importante que la température ambiante, réduisant le volume livré. Le problème était de savoir par rapport à quoi il était possible de décider que le volume livré était moindre, en l'absence de stipulations contractuelles. L'acceptation de la livraison n'a pas été convaincante aux yeux des juges. De même, le secours de la loi, se contentant d'indiquer pour quelques cas que l'appréciation devait se faire en « *litres standard* », n'était pas satisfaisant. Les juges se sont donc accordés pour une obligation implicite et ont donc décidé que celle-ci reposait sur un usage industriel d'après lequel les mesures des volumes s'effectuent du distributeur aux détaillants (et des détaillants aux automobilistes), sur la base des volumes observés. On perçoit par cet exemple qu'il peut y avoir une compatibilité des solutions entre les obligations implicites de la *Common Law* et les obligations complétives de l'article 1135 du Code civil.

Cet exemple démontre une évolution vers une prise en compte d'éléments objectifs pour interpréter le contrat et définir son contenu. Aussi le pouvoir créateur du juge est-il encadré. En outre, les garanties initialement découvertes par le juge ont ensuite été consacrées par le législateur. Cet environnement juridique lorsque les parties contractent devient dès lors déterminant, et les *implied terms* ont pu être comparé aux règles supplétives de volonté, qui s'imposent par conséquent dans le silence des parties¹⁰²⁵. En cela, ils se rapprochent de la problématique de la détermination du contenu du contrat, qu'une partie de la doctrine française tente de retrancher aux mécanismes de l'interprétation. Quoi qu'il en

¹⁰²³ « Aussi recourt-on à des principes élastiques d'interprétation pour protéger les intérêts du « little man without incurring the risk of being the destroyer of the commercial bargains » », ALPA Guido. *Op. cit.*, p.350.

¹⁰²⁴ Décision *Esso Petroleum Co Ltd v. Addison*, (2004) EWCA Civ 390.

¹⁰²⁵ V. notamment DAVID René. *Les contrats en droit anglais*. *Op. cit.*, p.330.



soit, débarrassée de la fiction de la volonté des parties, cette théorie correspond à l'acquis des jurisprudences *Pla et Puncernau* et *Zolotas*.

317. Le droit de l'Union s'est emparé de la technique des obligations implicites au prix d'une remise en cause des progrès auxquels cette théorie était parvenue en se détachant de la commune intention des parties. L'étude des Principes européens du droit des contrats, comme de la proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente, permet de s'en persuader.

Pour chacun, c'est l'interprétation « *selon la commune intention des parties* » qui est érigée comme principe dans le système herméneutique¹⁰²⁶, ce qui correspond au principe retenu par chacun des droits européens. L'existence d'obligations implicites est consacrée dans un chapitre consacré au « *contenu* » et aux « *effets* » du contrat¹⁰²⁷. L'article 6.102 des Principes européens du droit des contrats prévoit qu'« *en plus de clauses expresses, un contrat peut contenir des clauses implicites qui découlent de l'intention des parties, de la nature et du but du contrat et de la bonne foi* »¹⁰²⁸. La proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente prévoit que « *lorsqu'il est nécessaire de régler une question qui n'est pas expressément régie par la convention des parties ni par un usage, une pratique ou une disposition du droit commun européen de la vente, une clause contractuelle implicite peut être déduite, compte tenu, en particulier, de la nature et de l'objet du contrat ; des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ; et du principe de bonne foi et de loyauté* »¹⁰²⁹.

Contrairement aux Principes européens du droit des contrats dont on pouvait regretter l'absence de lien entre le chapitre contenant les obligations implicites et le chapitre précédent relatif à l'interprétation, le projet de règlement établit un lien dans la mesure où les critères qui sont requis pour déduire l'existence de ces obligations comptent parmi les éléments pertinents pour l'interprétation des contrats¹⁰³⁰. Cette conception du contrat dans

¹⁰²⁶ Art. 5.101 des Principes européens du droit des contrats. Art.58.1 de la proposition de règlement de droit commun européen de la vente.

¹⁰²⁷ Art. 6.102 des Principes européens du droit des contrats. Art. 68 de la proposition de règlement de droit commun européen de la vente.

¹⁰²⁸ Art. 6.102 des Principes européens du droit des contrats.

¹⁰²⁹ Proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente. *Op. cit.*, art. 68.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, art.59.

laquelle il est pris conscience des limites de l'interprétation de la commune intention des parties n'est cependant pas parfaite. D'abord, en posant le principe de l'interprétation de la commune intention des parties sans en marquer précisément la limite, ces règles sont susceptibles d'entretenir la confusion à laquelle elles souhaitaient remédier. Ensuite, en ne précisant pas que c'est le juge qui est chargé de l'opération de déduction de ces obligations¹⁰³¹, ces règles gommant le rôle du juge, alors que la jurisprudence de la CJUE est tournée vers sa mise en valeur. Enfin, les espoirs contenus dans l'article 68 paragraphe 1 du Projet de règlement sont anéantis par l'article 68 paragraphe 2 qui pose une présomption d'interprétation selon la commune intention des parties et transforme une directive d'interprétation objective en directive d'interprétation subjective¹⁰³².

Il revient alors au droit interne, dans son mouvement réfléchi du droit des obligations, de proposer une conception moderne de l'interprétation et plus en adéquation avec les droits fondamentaux et le droit de l'Union et des tels que protégés respectivement par la Cour EDH et la CJUE. Le projet de réforme tel qu'il figurait dans le document de travail de la Chancellerie en date du 23 octobre 2013 apportait peu de nouveauté sur ce point. En revanche, l'avant-projet élaboré par la Chancellerie suscitait davantage d'espoirs en prévoyant que « *les obligations contractuelles sont expresses ou implicites* »¹⁰³³. Il s'agissait avant tout de marquer la conception du contrat aux travers du projet de réforme. Une partie de la doctrine, à l'instar du Professeur MALINVAUD, a pu regretter que cette présentation fasse l'objet d'une disposition dans un Code plutôt que d'un chapitre dans un manuel de cours¹⁰³⁴. Toutefois, cette disposition possédait l'avantage de relativiser le pouvoir créateur des parties et d'asseoir celui du juge. En effet, si cet article ne pouvait fonder une demande de nullité d'un contrat ou d'une clause, il appelait un rôle accru du juge en matière d'interprétation. Toutefois, le projet d'ordonnance n'a pas repris cette proposition.

¹⁰³¹ V. en particulier l'article 68 du Projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente qui indique qu'« *une clause contractuelle implicite peut être déduite* » sans apporter de précisions.

¹⁰³² Article 68.2 du Projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente : « *Toute clause contractuelle implicite déduite en vertu du paragraphe 1 doit, dans la mesure du possible, être de nature à donner effet à ce dont les parties seraient probablement convenues si elles avaient pourvu à la question* ».

¹⁰³³ Art. 79 de l'avant-projet de réforme de la Chancellerie. *Op. cit.*

¹⁰³⁴ MALINVAUD Philippe. « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes ». *D.* 2008, n°36, p.2551-2552.

Au regard des exigences des cours européennes, une valeur de principe reconnue à la directive d'interprétation selon la commune intention des parties est souhaitable, même pour décider de l'existence d'une obligation implicite¹⁰³⁵. Mais, lorsque son résultat n'est pas satisfaisant, les autres directives n'interviennent pas pour exprimer la volonté des parties mais participer à la détermination du contenu du contrat. C'est précisément ce que prévoit l'article 80 de l'avant-projet, d'après lequel « *les obligations implicites se déterminent par référence à l'intention des parties et à leurs relations habituelles, mais également en considération de la nature du contrat éclairées par la loi, les usages et l'équité* »¹⁰³⁶. Il ne fait guère de doute que l'article reprend en substance l'article 1135 du Code civil¹⁰³⁷. En vertu des règles actuelles en la matière, il est possible d'arguer tant d'une objectivisation de l'interprétation que d'une subjectivisation de l'article 1135 du Code civil¹⁰³⁸. Aurait pu être ajoutée également à cette liste de références objectives la « *bonne foi* », conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil et aux Principes de droit européen du contrat¹⁰³⁹, comme le projet de réforme du Code civil espagnol l'a proposé¹⁰⁴⁰. Au-delà d'un rapprochement entre les articles 1134 alinéa 3, 1135 et 1156 et suivants du Code civil, c'est l'occasion de déterminer comment décider du contenu du contrat et quelles directives d'interprétation sont pertinentes pour parvenir à ce résultat. La consécration d'un tel article dans le projet de réforme serait de nature, en considération des obligations mises par les cours européennes à la charge des juges nationaux, de recevoir une application respectueuse de ces obligations, du moins en ce qui concerne l'interprétation-création.

¹⁰³⁵ Ainsi, dans son paragraphe 62 consacrant l'obligation d'interprétation conforme, la Cour EDH mentionne d'abord la volonté des parties : CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, *op. cit.*, §62.

¹⁰³⁶ Article 80 de l'avant-projet de réforme de la chancellerie. *Op. cit.*

¹⁰³⁷ V. par exemple PICOD Yves. *Rép. Civ. D., Obligations. Op. cit.*, §25 ; ANCEL Pascal, e.a. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats ». *Op. cit.*, §13 ; AMRANI MEKKI Soraya, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. « *Droit des contrats, septembre 2007 – septembre 2008* ». D. 2008, n°42, p.2965-2974.

¹⁰³⁸ V., à propos des *implied terms*, ANCEL Pascal e.a., Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats. *Op. cit.*, §13: « *on peut s'interroger sur l'utilité de cette importation, qui ne semble être qu'une nouvelle version, plus subjectiviste, de l'article 1135* ».

¹⁰³⁹ V. notamment PICOD Yves. *Rép. Civ. D., Obligations. Op. cit.*, §25 : « *On aurait pu ajouter la formule à la lumière de l'exigence de bonne foi (article 1134 alinéa 3), futur principe directeur du droit français des contrats et source de l'obligation implicite dans les Principes européens du droit des contrats* ».

¹⁰⁴⁰ V. l'article 1244 de la proposition de modernisation du Code civil en matière d'obligations. Sur ce point, voir PICOD Yves, « Les projets français sur la réforme du droit des obligations ». *Revista para el análisis del derecho*, octobre 2009, InDret 4/2009, p.8.



L'utilisation de la commune intention des parties ainsi que des références objectives dans cet article inscrit dans la partie relative à la formation du contrat démontrent que, dès l'origine, la convention constitue un tout cohérent, selon un point de vue normativiste. Toutefois, la place des articles 79 et 80 de cet avant-projet traduit incontestablement un rôle important au juge, selon un point de vue *réaliste*. S'agissant de la problématique concernant les contours de l'interprétation, la doctrine a plaidé pour une conception large, estimant l'article 80 de l'avant-projet comme « *un instrument entre les mains du juge du fond chargé d'interpréter tel ou tel contrat particulier* »¹⁰⁴¹, tout en précisant que « *ce texte aurait sans doute été mieux placé dans la section relative à l'interprétation* »¹⁰⁴².

Cette remarque avait, de manière plus générale, vocation à remettre en cause une opération d'interprétation placée depuis 1804 dans l'exécution du contrat, mais qui peut s'apprécier comme fondamentalement définie dès la formation, le juge étant en effet tenu, soit par la volonté des parties, soit par des références objectives¹⁰⁴³. Selon cette analyse, la consécration de l'opération d'un chapitre III relatif à l'interprétation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, entre un chapitre consacré à la formation du contrat, et un autre relatif aux effets, constitue un premier signe d'émancipation de l'opération d'interprétation et, avec elle, de la figure du juge dans l'appréciation des actes juridiques privés. Pour répondre pleinement aux attentes européennes, sur la forme, l'introduction de l'article relatif aux obligations implicites, dans le chapitre consacré à la formation ou dans celui relatif à l'interprétation serait une heureuse idée¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹ ANCEL Pascal e.a. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats ». *Op. cit.*, §13.

¹⁰⁴² *Ibid.*, nbp n°16.

¹⁰⁴³ Ainsi, l'avant-projet se présente comme définissant de manière fondamentale le contrat, et décrivant une opération d'interprétation chronologiquement inscrite dans l'exécution du contrat. Cet écartèlement, aussi douloureux soit-il, permet toutefois d'apporter davantage de dynamique que la présentation actuelle, l'article 1156 étant, avec l'article 1135, soumis à l'article 1134 du Code civil.

¹⁰⁴⁴ Il convient de signaler que la proposition de règlement de droit commun européen de la vente consacre les obligations implicites dans le chapitre consacré au contenu et aux effets du contrat, à la suite du chapitre consacré à l'interprétation. Toutefois, ce projet n'est pas uniquement conçu sur une vision chronologie du contrat.



Section 2 - Une tradition doctrinale hostile

318. La possibilité pour le juge de s'appuyer sur le droit objectif pour participer à la détermination du contenu de l'acte juridique privé des parties constitue une hérésie pour une partie de la doctrine. Cela pour plusieurs raisons, dont certaines ont été évoquées comme la méfiance à l'égard des juges, le poids du dogme de l'autonomie de la volonté. Une autre raison tient à la conception de la loi applicable au contrat en droit interne. Or, il est possible de constater que cette conception est très différente de celle développée par les droits européens (§1). Pourtant, l'ensemble de ces droits produisent des résultats compatibles en utilisant l'opération d'interprétation (§2).

§ 1 - Des conceptions différentes de la loi applicable au contrat

319. Les conditions d'élaboration du droit français et du droit européen ont été très différentes, de telle sorte qu'il n'est pas étonnant qu'ils ne partagent pas une conception en tous points identiques du droit objectif. Ainsi, le droit interne développe une appréciation du droit objectif fondée sur un équilibre théorique (A). Les droits européens, de leur côté, ont développé une appréciation portant tant sur un équilibre fondamental que sur un équilibre concret (B).

A - Un équilibre théorique

320. Les règles édictées par le droit positif français des contrats sont le résultat d'une longue tradition qui remonte au droit romain¹⁰⁴⁵. Les règles élaborées sont le fruit de l'évolution d'un système juridique contraignant qui a accompagné chaque innovation contractuelle par la reconnaissance d'une action reconnue par le droit¹⁰⁴⁶. A la suite d'un

¹⁰⁴⁵ V. sur cette évolution, Cuq Edouard. *Les Institutions juridiques des romains envisagées dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence*. Paris : Plon, 1891, 816p.

¹⁰⁴⁶ Il est fait particulièrement référence à la fin de période républicaine et à la période classique du droit romain, pendant lesquelles se développe le système des formules (*formulae*), dans lequel les préteurs reconnaissent une *actio in factum* ou *praescriptis verbis* pour un nombre de plus en plus important d'obligations. Ces *formulae* sont rédigées à l'avance, incorporées dans la jurisprudence, inscrites sur l'*album* et exposées au public. Ainsi, de nombreuses règles se voient reconnaître une protection juridique par le préteur –



travail de compilation sous le règne de Justinien et après la redécouverte de ces règles au Moyen-Age et le travail de la doctrine, c'est un ensemble de règles ordonnées décrivant les mécanismes des principaux contrats qui est consacré aux articles 1582 et suivants du Code civil.

321. Aux origines romaines du droit français s'ajoute l'influence de la philosophie grecque. En effet, s'il est aisé de constater l'existence de l'*actio* dans l'*album* du préteur, l'existence d'une obligation l'est moins, en particulier en présence du silence gardé par les parties sur un point de droit. Parallèlement, le développement des types de contrat accroît cette difficulté¹⁰⁴⁷. La force obligatoire des actes juridiques, acquise en bloc, demandait davantage de précisions. L'idée que ces *obligatio* ressortent de la nature du contrat s'est faite jour. C'est ainsi que l'influence grecque, et notamment les écoles stoïcienne et aristotélicienne, s'est faite sentir sur le droit romain. C'est chez cette dernière que le droit romain a puisé le concept de « *nature* », transcrite dans une règle d'ULPIEN¹⁰⁴⁸, juriconsulte du III^{ème} siècle, et qui, après avoir été codifiée dans le Digeste et développée par l'Ecole de Byzance¹⁰⁴⁹, a retenu l'attention des glossateurs¹⁰⁵⁰. Par *natura contractus*, il faut entendre l'« *essence* » ou

actionem dare. Puisque les parties disposent d'une protection juridique, elles peuvent se prévaloir de l'exécution d'une obligation. Le développement des *actio* conduit à une multiplication des *obligatio* susceptibles d'être sanctionnées en justice. Une *obligatio* consiste en un droit de créance, une prestation dont il est possible de demander en justice l'exécution. Par conséquent s'établit ainsi un lien fort entre l'*obligatio* et l'*actio* : dans un premier temps, de l'*actio* découle l'*obligatio*, avant que Dioclétien, par une Constitution de 294 ne renverse les procédures, le demandeur se prévalant d'une *obligatio* pouvant assigner directement le défendeur devant la juridiction compétente.

¹⁰⁴⁷ En effet, lorsque, peu à peu émancipées du carcan des contrats types, les parties ont pu s'en inspirer, en adaptant le modèle à leurs besoins, la « *liberté des types* » a laissé place à de nouvelles interrogations : BÄRMANN Johannes. *Op. cit.*, p.31, p. 58 a).

¹⁰⁴⁸ D. 19, 1,11,1.

¹⁰⁴⁹ Selon les sources, l'Ecole de Beyrouth ou encore de Bologne ont participé à ce travail de rationalisation des règles du droit romain. V. par exemple, ROTONDI Gianfranco. *Natura contractus*. extrait du *Bullettino dell' Instituto di diritto romano*. Roma, 1911 ; COING Helmut et SIMON Dieter. *A typical development in the Roman Law of Sales*. In *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, T.1, p.72, Vitorio Klostermann, 1982.

¹⁰⁵⁰ Avec la redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* au Moyen-Age, les glossateurs, d'abord italiens, redécouvrent ce concept de *natura contractus*, dont ils font une lecture à la lumière d'une distinction D'ARISTOTE dans ses *Topics* : ARISTOTE, *Les Topiques*, 1.5.102a. Ainsi, *essentielle* est ce qui détermine l'essence ou la substance de quelque chose, *proprium* ou *naturale* est ce qui, l'essence une fois déterminée, permet de déterminer ses caractères, *accidens* enfin est ce qui peut faire partie ou non de l'objet étudié mais qui n'en fait pas naturellement parti.



la « *substance* »¹⁰⁵¹. Par extrapolation de l'exemple d'ULPIEN concernant le contrat de vente, il ressort de cet exemple une méthodologie précise qui préside à la recherche du contenu obligationnel du contrat : il faut d'abord rechercher quel contrat a été conclu, et vérifier si les obligations essentielles¹⁰⁵² – *essentialia negotii* – ont été valablement exprimées, puis en déduire les obligations naturelles – *naturalia negotii* – que les parties peuvent moduler ou écarter de manière expresse, enfin rechercher si les parties n'ont pas décidé d'obligations particulières, dites accidentelles – *accidentalia negotii* – que les parties doivent avoir exprimées de manière expresse pour avoir force obligatoire, ne pouvant être suppléées¹⁰⁵³. Ainsi, cette distinction et cette méthodologie ont constitué une caractéristique de la théorie continentale du droit des obligations¹⁰⁵⁴. Elle permet d'abord de définir les caractéristiques, selon divers degrés, d'un contrat spécifique.

322. Enfin, les règles issues du droit romain ont vocation à aider les contractants dans la formation des principaux contrats. Comme l'explique GOUNOT, « *notre volonté est souvent infirme, paresseuse, lente dans ses manifestations juridiques* »¹⁰⁵⁵, le droit objectif ayant pour objet d'aider les contractants au moment de la formation de l'acte juridique. Par conséquent, le droit interne repose sur un socle de droit objectif fort décrivant une nature des choses qui doit inspirer les parties et, par leur entremise, le juge.

¹⁰⁵¹ Ce qu'il convient de différencier de la *natura rerum* utilisée par les juristes de l'époque classique afin de déterminer quelles étaient les qualités que devaient revêtir l'objet.

¹⁰⁵² Il convient de distinguer parmi les obligations essentielles celles que l'on peut qualifier d'« *objectives* », c'est-à-dire celles pour lequel le droit objectif considère qu'elles sont essentielles pour la formation du contrat nommé en question, et celles « *subjectives* », c'est-à-dire les obligations qui sont désignées comme telles par le choix des parties. Parmi les obligations objectives, il est encore possible de distinguer entre les obligations qualifiantes, c'est-à-dire celles qui participent à la qualification du contrat, et les obligations statutaires, c'est-à-dire celles qui participent à sa définition mais pas à sa qualification. Les *essentialia negotii*, que l'on appelle ici « *obligations essentielles* » doivent être entendues comme les obligations qualifiantes. Au regard de la doctrine du Professeur ANCEL, il serait permis de critiquer la traduction des *essentialia negotii*, dans la mesure où l'obligation est, selon la terminologie respectée par cet auteur, un lien unissant un débiteur et son créancier, non une règle du droit objectif.

¹⁰⁵³ Si la terminologie romaine distinguait mal les obligations essentielles des obligations naturelles, les obligations accidentelles existaient sous le terme d'*adminicula* : V. PAPINIEN, Loi 72, D., *De contrahenda emptione*, XVIII, 1.

¹⁰⁵⁴ V. par exemple le point de vue de ZIMMERMANN Reinhard. *The Law obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996, p. 234, qui envisage également le cas des *accidentalia negotii* : « *We shall deal first with the essentialia and then with the naturalia negotii* ».

¹⁰⁵⁵ GOUNOT Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme*. Thèse doctorale, droit. Dijon : université de Dijon, 1912, p.86 sq.

B - Un équilibre concret

323. Le droit européen s'est développé plus tardivement, avec la volonté de créer un droit au-dessus des droits des Etats malgré des systèmes juridiques aussi divers que matures. Il en résulte une spécialisation, sous le regard du principe de subsidiarité. Ainsi notamment, le droit de l'Union élabore une proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente qui a vocation à s'appliquer aux contrats transfrontaliers¹⁰⁵⁶. Pour la Cour EDH, lorsque, à l'occasion de l'affaire *Zolotas*, elle reproche à l'Etat grec de ne pas avoir prévu une obligation d'information dans les contrats liant un banquier et son client, elle n'a pas vocation à appréhender l'ensemble des règles constituant ce contrat.

324. En outre, si le droit de l'Union use parfois du concept de « *nature* », il ne reprend pas les références du droit romano-germanique. Ainsi, l'article 59 de la proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente indique que, « *dans l'interprétation du contrat, il est tenu compte en particulier (...) de la nature et de l'objet du contrat (...)* »¹⁰⁵⁷. De même, à l'article 68 consacré aux clauses contractuelles implicites susceptibles d'être ajoutées, il est préconisé qu'une « *clause implicite peut être déduite, compte tenu, en particulier (...) de la nature et de l'objet du contrat (...)* »¹⁰⁵⁸. Bien qu'il soit admis que ce projet possède une inspiration plus grande que le seul contrat de vente (transfrontalier), il est possible de se demander pourquoi il est fait référence de façon très générale à la nature du contrat.

L'origine de cette expression est peut-être une reprise de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ Commission européenne, proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final, p.10.

¹⁰⁵⁷ Commission européenne, proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente. *Op. cit.*, art. 59.

¹⁰⁵⁸ Commission européenne, proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente. *Op. cit.*, art. 68.

¹⁰⁵⁹ Au terme de l'article 4.1 de cette directive, « *le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend* » : directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. *Op. cit.*, art. 4.1. Or, ce critère des « *circonstances* » entourant la conclusion du contrat est également mentionné aux articles précités du projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente.



Cette disposition de la directive 93/13 est régulièrement citée par la CJUE afin de rappeler au juge interne les critères qui doivent lui permettre de détecter une clause abusive, cette mission relevant de la compétence des juges internes. Toutefois, dans les diverses espèces qui ont été étudiées par la CJUE à l'occasion de questions préjudicielles, il est difficile de discerner ce qui relève du critère de « *la nature des biens ou services* » de ce qui relève du critère des « *circonstances* » entourant la conclusion du contrat, voire même de l'objet du contrat au sens de l'article 4.2 de la directive 93/13¹⁰⁶⁰. La Cour, à partir de ces notions, affirme toutefois que « *les clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même du rapport contractuel ne sauraient relever de la notion d'« objet principal de contrat* », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 »¹⁰⁶¹. L'avocat général Nils WAHL, à l'occasion de l'arrêt *Kásler* a même effectué une analyse exégétique de cette disposition pour rappeler qu'« *il ressort clairement de la position commune adoptée le 22 septembre 1992 qu'elle a été ajoutée afin d'exclure « tout ce qui résulte directement de la liberté contractuelle des parties* ». En d'autres termes, le souhait a été exprimé que le cœur de la relation contractuelle (*essentialia negotii*), à partir du moment où il a été défini en des termes clairs et compréhensibles, ne soit pas affecté »¹⁰⁶².

Toutefois, l'utilisation de ces notions ne revêt pas la même signification – ou du moins pas la même rigueur¹⁰⁶³ – que la distinction tripartite dégagée à partir du droit romain et de la *natura rerum*, les concepts évoqués étant des « *concepts de droit communautaire qui, à ce titre, doivent être interprétés de façon autonome* »¹⁰⁶⁴. A l'occasion de l'arrêt *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, la CJUE a indiqué que l'article 4.2 de la directive 93/13 – qui

¹⁰⁶⁰ V. dernièrement CJUE 30 avril 2014, arrêt *Kásler*, aff.C-26/13, §43 sq. et §59.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, §50.

¹⁰⁶² Conclusions de l'avocat général WAHL Nils, *Kásler*, aff.C-26/13, §33.

¹⁰⁶³ L'affaire *Aziz* en fournit une illustration. Ainsi, l'avocat général conclut, de manière générale qu'il convient « *de considérer que l'obligation de paiement des échéances constitue l'obligation contractuelle essentielle de l'emprunteur* » : conclusions de l'avocat général Juliane KOKOTT, aff. *Aziz*, aff.C-415/11, 8 novembre 2012, §77. La Cour, en revanche, se livre à un raisonnement plus proche du contenu obligationnel choisi par les parties en indiquant que « *s'agissant, tout d'abord, de la clause relative à l'échéance anticipée, dans les contrats de longue durée, en raison de manquements du débiteur pendant une période limitée, il incombe au juge de renvoi de vérifier notamment (...) si la faculté du professionnel de déclarer exigible la totalité du prêt dépend de l'inexécution par le consommateur d'une obligation qui présente un caractère essentiel dans le cadre du rapport contractuel en cause (...)* », CJUE, 14 mars 2013, arrêt *Aziz*, *op. cit.* §73.

¹⁰⁶⁴ Conclusions de l'avocat général Verica TRSTENJAK, Aff.*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, aff.C-484/08, §68 ; conclusions de l'avocat général Nils WAHL, Aff. *Kásler*, aff.C-26/13, §39.



contient la référence à l'« *objet principal du contrat* » – concernait les « *prestations essentielles* »¹⁰⁶⁵. Elle a apporté des précisions dans l'arrêt *Kásler*, en procédant à une opération de définition du concept d'« *objet du contrat* » au terme de laquelle les clauses qui relèvent de cette catégorie « *doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci. Par contre, les clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même du rapport contractuel ne sauraient relever de la notion d'« objet principal de contrat », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13* »¹⁰⁶⁶. A cette définition est associée une méthode proposée par l'avocat général : « *A mon sens, aux fins de déterminer ce qui constitue l'objet principal d'un contrat, il appartient au juge de décider, dans chaque cas d'espèce, la ou les prestations essentielles qui doivent objectivement être considérées comme essentielles dans l'économie générale du contrat. Cette appréciation, qui ne peut se concevoir de manière abstraite, ne peut se limiter à un examen des paramètres qui définissent un contrat donné au regard du droit national, mais doit tenir compte des spécificités qui ressortent des termes mêmes du contrat* »¹⁰⁶⁷. Ainsi, loin de refléter une nature des choses et malgré une appréciation objective, c'est une approche casuistique que préconise la Cour, qui a vocation à rechercher l'intérêt économique pour les parties¹⁰⁶⁸. En revanche, La Cour précise, de manière constante, que, « *dans ce contexte, doivent également être appréciées les conséquences que ladite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat, ce qui implique un examen du système juridique national* »¹⁰⁶⁹, ce qui démontre les liens qu'entretiennent selon la Cour les stipulations des parties et le droit objectif.

¹⁰⁶⁵ CJUE 3 juin 2010, Arrêt *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, aff.C-484/08, §34.

¹⁰⁶⁶ CJUE 30 avril 2014, arrêt *Kásler*, aff.C-26/13, §49 et 50.

¹⁰⁶⁷ Conclusions de l'avocat général WAHL Nils, *Kásler*, aff.C-26/13, §49.

¹⁰⁶⁸ On note que la CJUE mêle les différents concepts en indiquant dans le dispositif de son arrêt *Kásler* que : les termes « *objet principal du contrat* » ne recouvrent une clause, intégrée dans un contrat de prêt libellé dans une devise étrangère conclu entre un professionnel et un consommateur et qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle le cours de vente de cette devise s'applique aux fins du calcul des remboursements du prêt, que pour autant qu'il est constaté, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier eu égard à la nature, à l'économie générale et aux stipulations du contrat ainsi qu'à son contexte juridique et factuel, que ladite clause fixe une prestation essentielle de ce contrat qui, comme telle, caractérise celui-ci », CJUE, 30 avril 2014, arrêt *Kásler*, aff.C-26/13, dispositif.

¹⁰⁶⁹ V. en particulier CJUE 1^{er} avril 2004, arrêt *Freiburger*, aff.C-237/02, §21 ; CJUE 14 mars 2013, arrêt *Aziz*, *op. cit.*, §71.

La Cour considère que les droits objectifs nationaux comprennent des règles qui sont par nature équilibrées et qui ont vocation à produire un certain nombre d'effets sur l'acte juridique conclu par les parties. C'est pourquoi le droit de l'Union prévoit que ces règles échappent par principe à un examen du juge pour décider si elles produisent ou non un déséquilibre significatif dans une affaire déterminée¹⁰⁷⁰. La CJUE a également eu l'occasion d'affirmer que la mesure de ce « *déséquilibre significatif* » s'opérait en comparant la clause litigieuse avec la règle de droit objectif ayant le même objet¹⁰⁷¹. Cette solution démontre que le droit européen perçoit le droit objectif comme porteur d'un équilibre entre les obligations des contractants. Il n'offre pas tant une « *nature des choses* » qu'une vision équilibrée des relations contractuelles, qui sert d'étalon¹⁰⁷² et de règle de substitution dans l'hypothèse de relations déséquilibrées et exclusives de la bonne foi.

325. En revanche, le droit européen des contrats s'inscrit davantage dans une démarche pragmatique. C'est ainsi que, à l'occasion de l'affaire *Vertrieb*, l'avocat général a rappelé que l'« *on ne doit pas oublier (...) que les conditions générales et les clauses contractuelles ont pour vocation première de remplacer les solutions juridiques conçues par le législateur (...)* »¹⁰⁷³. En outre, loin de l'idée qui pouvait encore perdurer il y a un siècle, le droit n'a plus tant vocation à remédier à la paresse des parties qu'à maîtriser la capacité de la partie professionnelle au contrat à élaborer des normes en sa faveur, et en défaveur du consommateur.

¹⁰⁷⁰ Ce principe n'ôte pas la possibilité pour les Etats membres d'offrir une protection supérieure en soumettant une disposition législative ou réglementaire à la législation des clauses abusives, c'est-à-dire à un examen du caractère équilibré ou non de la règle. Cette possibilité a été rappelée par les services du Parlement européen : Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'union département (thématique a: politiques économiques et scientifiques), Document d'information sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs: Harmonisation complète du Chapitre V, PE 447.503, octobre 2010, p.12. Il est probable que la Cour EDH, comme la CJUE, pose une exigence plus grande en décidant, qu'en toute hypothèse, le sens conféré à l'acte juridique des parties par le juge ne doit pas produire une situation déséquilibrée au seul motif que celle-ci procède d'une règle de droit objectif.

¹⁰⁷¹ CJUE 14 mars 2013, arrêt *Aziz*, *op. cit.*, §68.

¹⁰⁷² Avant cet arrêt la doctrine s'interrogeait quant à l'appréciation de ce déséquilibre significatif entre les droits et obligations de chacune des parties et en l'absence d'éléments de comparaison : V. notamment. STOFFEL-MUNCK Philippe, BOUT Roger (Dir.). *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*. Thèse doctorale, droit. Aix-Marseille : Université d'Aix-Marseille 3, 1999. Paris : LGDJ, 2000, 651p. (Bibliothèque de droit privé), n°419-420.

¹⁰⁷³ CJUE RWE Vertrieb AG, conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak, aff.C-92/11, 13 septembre 2012, §49.

326. Par ailleurs, si le droit de l'Union apporte des limites à la capacité normative des parties, il se situe dans un cadre politique libéral dans lequel la liberté (contractuelle) et l'autonomie de la volonté occupent une part centrale. La description des différents contrats et la détermination de leur contenu n'est pas la vocation première du droit objectif élaboré par l'Union. Enfin, si, dans le champ de sa compétence, elle a vocation à uniformiser l'application du droit de l'Union dans l'ensemble des Etats membres, la réglementation de l'Union, en raison notamment de la portée des actes élaborés, laisse une marge d'appréciation importante aux systèmes juridiques nationaux pour parvenir à l'objectif fixé. Ainsi, pour remplir leur mission, c'est bien sur le concept d'« *équilibre* » que les cours européennes fondent leur conception.

327. En réalité, pour traduire sa conception du droit objectif au regard des obligations convenues par les parties, la CJUE a opté pour le concept d'« *équilibre* ». Elle ne s'est pas directement prononcée sur la portée du droit objectif au regard du contenu obligationnel d'un acte juridique mais a développé sa conception à l'occasion de l'appréciation du « *déséquilibre significatif* » qui caractérise la clause abusive. Lorsqu'il lui est donné l'occasion de se prononcer sur la portée des dispositions législatives et réglementaires d'un Etat membre en l'absence d'invocation d'une clause abusive, la CJUE se prévaut des « *principes du droit de l'Union relatifs à la protection des consommateurs et à l'équilibre contractuel* »¹⁰⁷⁴.

De façon comparable, la Cour EDH recherche, au moyen du contrôle de proportionnalité en particulier, si un juste équilibre a été ménagé. Il lui arrive, sur le fondement de la jurisprudence *Hutten-Czapska*, d'observer si, au regard des défis rencontrés par l'Etat, un type de contrat a bénéficié de règles permettant, de manière générale, une répartition équitable des charges entre différents groupes sociaux particuliers. Le plus souvent, c'est selon une appréciation concrète qu'elle s'assure du respect d'un juste équilibre. Par la voie de l'interprétation-création, elle consacre une obligation positive de prévoir une obligation supplémentaire dans un contrat particulier. Par la voie de l'interprétation-dérogation, elle commande qu'une règle permettant habituellement d'assurer un équilibre soit écartée dans un cas particulier.

On perçoit le décalage qui existe entre la description d'une « *nature des choses* » définie comme un ensemble de règles offrant une vision claire des mécanismes d'un contrat,

¹⁰⁷⁴ V. notamment CJUE 30 avril 2014, Barclays Bank SA, aff.C-280/13, dispositif.

et un droit objectif perçu comme une succession de règles qui ne visent pas l'exhaustivité mais qui possèdent les qualités de clarté et d'équilibre. Si ces conceptions sont distinctes, elles produisent cependant des solutions qui sont compatibles.

§ 2 - Des solutions compatibles

328. Dans l'hypothèse où les parties sont demeurées silencieuses sur une problématique, il revient au juge de combler l'acte juridique privé. Or, celui-ci a recours au concept de nature des choses, et aux catégories qui la composent, et à l'opération d'interprétation. Selon la règle d'ULPIEN¹⁰⁷⁵, il convient de s'interroger sur les obligations qui ont été conclues et, lorsque rien n'a été convenu entre les contractants, s'imposent alors les obligations qui sont conformes à la nature du contrat formé¹⁰⁷⁶. En effet, une fois le concept implanté dans les institutions romaines, la question est de savoir si la garantie d'éviction ressort de la nature du contrat de vente. Or, la nature des contrats est déterminée par les règles de droit positif qui la gouverne¹⁰⁷⁷. La garantie d'éviction ayant été reconnue pour l'acheteur qui bénéficiait d'une *actio*, elle concourt à la nature du contrat de vente. Par conséquent, les parties au

¹⁰⁷⁵ D. 19, 1,11,1 « *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate* ».

¹⁰⁷⁶ Exprimée à propos du contrat de vente, cette règle peut se lire selon deux sens. Le premier, fidèle à la rigueur du droit classique, indique que, si les parties n'ont pas expressément modifié l'acte de vente, celui-ci emporte toutes et n'emporte que les obligations qui sont naturellement contenues dans l'acte de vente. Mais c'est déjà sous-entendre que les parties peuvent déroger à ces obligations, peuvent aménager le contrat de vente. Cette idée a été le fruit d'un processus de création, le Jurisconsulte interprétant la *formulae* du préteur.

¹⁰⁷⁷ ROTONDI Gianfranco. *Natura contractus. Op. cit.*, p.18. Selon l'auteur, la *natura contractus* désigne la « *structure concrète imposée par la loi à un rapport déterminé, ou la synthèse des éléments positifs qui servent à lui donner une figure autonome, ou encore certains de ces éléments pris individuellement, en tant qu'ils déterminent le contenu du rapport et, spécialement, en tant qu'ils sont plus ou moins susceptibles de recevoir des modifications par la volonté des parties* », cité par PERES-DOURDOU Cécile, VINEY Geneviève (Dir.). *La règle supplétive*. Thèse doctorale, droit. Paris : université de Paris I, 2003. Paris : LGDJ, 2004, 688p. L'auteur cite également GEORGESCO Al. *Essai d'une théorie générale des « leges privatae »*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris. Paris : A. ROUSSEAU, 1932, n°88, selon lequel la *natura contractus* désigne « *l'ensemble des règles positives qui régissent un rapport contractuel, sans qu'il soit nécessaire, pour leur mise en mouvement, d'autre manifestation expresse de volonté à part celle qui suffit d'une façon générale à créer le rapport lui-même, à condition toutefois qu'aucune manifestation contraire n'ait écarté ou remplacé l'une des règles en question* ».



contrat de vente n'ont pas besoin de s'exprimer sur cette règle au moment de la formation du contrat : la garantie d'éviction est implicitement incluse dans le contrat de vente¹⁰⁷⁸.

La « *nature des choses* », forgée dans l'atelier romain et aiguisée dans celui byzantin, n'orne pas le Code civil¹⁰⁷⁹ mais inspire davantage la doctrine par ses vertus pédagogiques. Cette dernière a toujours connu des divergences sur son utilisation, CUJAS étant plus proche du droit romain¹⁰⁸⁰, POTHIER s'inscrivant davantage dans cette distinction tripartite¹⁰⁸¹, DOMAT établissant des distinctions au sein des obligations naturelles¹⁰⁸². Elle se

¹⁰⁷⁸ Le juriste STEPHANUS, contemporain de JUSTINIEN, affirme ainsi que ce qui appartient à la nature d'un contrat ne requiert pas un accord exprès, ou encore qu'il est superflu de poser de manière expresse ce qui découle de la nature du contrat : V. COING Helmut et SIMON Dieter. *Op. cit.*, p. 73, et les références sous nbp n°40 et 41.

¹⁰⁷⁹ Si le Code comprend un chapitre intitulé « *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* », il s'agit d'intégrer les vices du consentement, les règles de capacité, l'objet et la cause. Il ne s'agit pas d'une recherche propre à un contrat déterminé, de la comparaison du contrat conclu par les parties avec la nature de ce contrat. S'agissant du droit des contrats, on retrouve quelques traces formelles de la référence à la nature des contrats : V. Art. 1719 du C. civ. s'agissant du contrat de bail.

¹⁰⁸⁰ CUJAS, qui bâtit d'abord sa réputation sur son commentaire des Institutes, a repris cette distinction en restant relativement fidèle au texte de droit romain. Sa méthode, consistant à replacer le droit romain dans son contexte historique, a abouti à rétablir le flou entre les obligations essentielles et naturelles, ces dernières n'apparaissant tout simplement pas. POTHIER rappelle ainsi que « *Cujas ne distinguait dans les contrats, que les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui lui sont accidentelles* », *Traité des obligations. Op. cit.*, p.33.

¹⁰⁸¹ POTHIER se détache du droit romain et s'inscrit dans l'évolution de la distinction tripartite. Dans son *Traité des obligations*, il consacre un paragraphe aux « *trois choses que l'on doit distinguer dans chaque contrat* ». Il définit ainsi les obligations essentielles comme « *celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister* ». Les obligations qui ressortent de la nature du contrat sont « *celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues* ». Enfin, les obligations accidentelles sont « *celles qui n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat* » : POTHIER, *Traité des obligations op. cit.*, p.11 sq.

¹⁰⁸² DOMAT postule qu'il est des « *engagements qui suivent naturellement des conventions, quoiqu'ils n'y soient pas exprimés* ». A propos du contrat de vente, il indique ainsi que « *le vendeur doit garantir ce qu'il a vendu, quoique les conventions n'en expriment rien* » ou encore que « *dans le louage d'une maison, quelques coutumes continuent le bail au-delà du terme pendant un certain temps, si les contractants n'y ont dérogé ; et toutes ces suites des conventions sont comme des pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie ; car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leurs engagements* ». Pour autant, DOMAT convient que les parties peuvent stipuler autrement, « *changer les éléments naturels et ordinaires des conventions, et les augmenter ou diminuer, et même y déroger* ». Souhaitant attacher au terme « *essentielle* » une connotation juridique, il faut considérer qu'il y a par conséquent une distinction parmi les « *éléments naturels* », à savoir d'un côté ceux ordinaires, auxquels il est permis de déroger ; d'un autre côté ceux pour lesquels il n'est pas permis de porter atteinte : DOMAT. *Les lois civiles*, Livre I, section III. *Op. cit.*, p.134 sq.

prévaut encore d'une ou plusieurs de ces catégories d'obligations, et plus généralement de ce qui constitue la nature des contrats. Par exemple¹⁰⁸³, empreinte de la méthode exégétique, le Professeur PERES use de ces notions et range au compte des obligations essentielles les obligations naturelles¹⁰⁸⁴. L'idée qui sous-tend cette classification consiste à indiquer que les obligations naturelles sont celles qui, sans être exprimées, sont incluses dans la convention et, partant, font parties de son essence en tant qu'elles définissent la normalité de l'acte juridique formé. Elle qualifie les obligations naturelles de règles supplétives, ces obligations, non remises en cause par les parties, retrouvant leur appartenance à l'essence de l'acte juridique.

329. L'idée que les règles de droit objectif contenues dans le Code décrivent une « *nature des choses* » produit ainsi des conséquences dans la façon dont les juges rendent le droit et déterminent le contenu de l'acte juridique des parties, en particulier en présence d'une ambiguïté. POTHIER définit les obligations naturelles comme « *celles qui, sans être de l'essence du Contrat, font partie du Contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du Contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues* »¹⁰⁸⁵. C'est la conception que retient le droit positif lorsqu'il s'agit d'interpréter le silence des parties sur un sujet pour lequel le droit objectif propose une règle de droit.

Dans l'hypothèse des contractants silencieux dans l'acte juridique qu'ils ont formé, la jurisprudence interne s'appuie en effet sur le droit objectif d'une part, et sur le pouvoir normatif des parties d'autre part, afin de déterminer d'un côté de quelle manière le droit objectif peut apporter un éclairage sur la portée de leur engagement, et rappeler les limites de ce droit objectif lorsque l'une des parties se prévaut d'une obligation qui ne peut être issue du droit objectif sans pour autant avoir été partagée par les cocontractants. Les décisions de justice démontrent ainsi une interprétation restrictive des juges à l'égard des clauses contractuelles¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ V. également les auteurs cités par JACQUES Philippe. *Op. cit.*, §205.

¹⁰⁸⁴ PERES-DOURDOU Cécile, VINEY Geneviève (Dir.). *La règle supplétive. Op. cit.*

¹⁰⁸⁵ POTHIER. *Traité des obligations. Op. cit.*, p.14.

¹⁰⁸⁶ V. par exemple, s'agissant du contrat de bail : SEUBE Jean-Baptiste. « Les clauses aménageant les obligations de délivrance et d'entretien du bailleur sont d'interprétation restrictive ». *RDC* 2013, n°2, p.633 ; s'agissant de la transaction : GAUTIER Pierre.-Yves. « DOMAT toujours tenu en échec : l'interprétation de la transaction au regard de sa « suite nécessaire ». *RTD Civ.* 2012, p.335 ; s'agissant du pacte de préférence : FAGES Bertrand. « L'interprétation du pacte de préférence ». *RTD Civ.* 2012, p.525. Dans le dernier cas, l'auteur rappelle la



330. Dans la multitude des décisions de justice disponibles, il convient de se limiter à quelques exemples révélateurs¹⁰⁸⁷. Très souvent, le juge s'appuie plus particulièrement sur la règle édictée par le droit objectif pour décider si la prétention de l'une des parties pour interpréter le contrat est fondée. C'est ainsi que, au visa de l'article 1719 2° du Code civil, la Cour de cassation a rappelé que « *le bailleur est obligé, par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, d'entretenir la chose louée en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée* » afin de censurer la décision des juges du fond d'avoir condamné les locataires au paiement des travaux de ravalement en s'appuyant sur deux clauses imprécises du bail¹⁰⁸⁸. Pour la Cour, « *les travaux prescrits par l'autorité administrative sont à la charge du bailleur sauf stipulation expresse contraire, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le bail contenait une telle stipulation, a violé le texte susvisé* »¹⁰⁸⁹. Par conséquent, lorsque les stipulations contractuelles ne permettent pas de connaître l'étendue des obligations des parties sur un point précis déterminé par le droit objectif, c'est la règle édictée par ce dernier qui s'impose aux parties. Dans un arrêt du 19 décembre 2012 rendu au visa de l'article 1720 du Code civil et pour des faits très proches, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel pour avoir mis à la charge des locataires les dépenses de ravalement alors que celles-ci « *qui ne constituent pas des charges locatives, incombent, sauf stipulation expresse contraire, au bailleur et que le seul paiement de provisions ne suffisait pas à caractériser un accord du preneur pour les prendre à sa charge* »¹⁰⁹⁰. L'explication donnée par une partie de la doctrine reposerait moins sur les règles d'interprétation des contrats que sur une politique jurisprudentielle contre le bailleur, lequel est à l'initiative de la détermination du contenu contractuel¹⁰⁹¹. Il semble pourtant possible de ne pas opposer les deux, bien que cet exemple démontre qu'en présence d'une

jurisprudence classique en matière d'interprétation restrictive des pactes de préférence ou clauses de préemption, en offrant un exemple d'exception concernant un arrêt de rejet, non publié au Bulletin et dans lequel la Cour de cassation aurait pu, par une solution plus compliquée, parvenir au même résultat en mettant en valeur l'obligation d'information.

¹⁰⁸⁷ Pour des exemples dans lesquels la doctrine perçoit la volonté des juges de contrebalancer la rigueur de l'article 1134 du Code civil en interprétant les clauses contractuelles animées d'un « *esprit d'équilibre* » : BARBIER Hugo. « La lutte discrète contre l'analogie dans l'interprétation des obligations contractuelles ». *RTD Civ.* 2014 n°3, p.647-650.

¹⁰⁸⁸ Civ.3 13 juillet 1994, pourvoi n°91-22260, Bull. n°143.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ Civ.3 19 décembre 2012, pourvoi n°11-25414, Bull. n°188.

¹⁰⁹¹ V. la doctrine citée par SEUBE Jean-Baptiste. *RDC* 2013, n°2. *Op. cit.*



règle de droit objectif – source d’obligations – il soit difficile pour le débiteur de ces obligations de démontrer que les parties avaient convenu de les amoindrir.

Un arrêt rendu en matière de contrat de vente confirme cette vision ainsi que la conception du droit européen selon laquelle le droit objectif est généralement plus équilibré que les stipulations des parties. En l’espèce, la promesse de vente signée entre un particulier et une société civile immobilière prévoyait le versement d’arrhes par la société. Au décès du particulier, les ayants droits ont proposé le versement du double des arrhes, à titre de dédit. La société s’y est opposée, cette faculté n’ayant pas été prévue dans l’acte juridique initial. La Cour de cassation a confirmé la solution de la Cour d’appel en faveur des ayants droits, en rappelant d’une part que l’article 1590 du Code civil prévoit une possibilité de dédit par les deux parties, d’autre part que l’acte juridique ne précise pas que la faculté de dédit était réservée à la société seule¹⁰⁹².

Dans de plus rares cas, le juge se fonde sur l’article 1134 du Code civil, pour sanctionner par exemple un tribunal d’avoir mis à la charge du preneur, s’agissant d’un bail commercial, la taxe d’enlèvement des ordures ménagères alors que cette possibilité ne peut être ouverte qu’en vertu d’une stipulation contractuelle¹⁰⁹³. Quel que soit le fondement utilisé, il s’agit, dans l’hypothèse du silence des parties ou de l’absence de preuve d’une commune intention des parties, des deux faces d’une même réalité. En effet, si le contractant ne peut s’appuyer sur une stipulation claire ou démontrer une commune intention des parties en sa faveur, conformément à l’article 1134 du Code civil, la règle de droit objectif s’applique. La jurisprudence est constante et rigoureuse.

331. La CJUE développe une conception très proche, dans le champ de sa compétence. Dans la méthode préconisée pour décider de l’existence ou non d’un « *déséquilibre significatif* » dans le cadre du contrôle des clauses abusives, elle a indiqué qu’il convenait d’opérer « *une analyse des règles nationales applicables en l’absence d’accord entre les parties* »¹⁰⁹⁴. C’est reconnaître que, si la clause n’existait pas, ce sont les règles du droit objectif qui auraient vocation à s’appliquer. Peu importe dès lors que ce droit s’applique

¹⁰⁹² Civ.1 13 juillet 1960, Bull. n°400.

¹⁰⁹³ Civ.3 13 juin 2012, pourvoi n°11-17114, Bull. n°92.

¹⁰⁹⁴ CJUE 14 mars 2013, arrêt *Aziz*, *op. cit.*, §77.



parce que l'on considère qu'il décrit la « *nature des choses* » ou qu'il peut se prévaloir d'un partage équilibré des obligations des parties.

La CJUE est allée jusqu'à accepter de déroger à la sanction des clauses abusives en substituant à la clause litigieuse une disposition nationale à caractère supplétif, dans l'hypothèse où la décision de réputer la clause non écrite obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble et exposerait le consommateur à des conséquences préjudiciables¹⁰⁹⁵.

332. Le droit européen s'est interrogé sur le champ d'application de la réglementation des clauses abusives. Il prévoit que les « *clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont parties, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive* »¹⁰⁹⁶. Rapidement, la question s'est posée de déterminer la signification du qualificatif « *impératif* », et notamment s'il renvoyait aux règles impératives et/ou supplétives au sens du droit civil. Le Parlement européen notamment avait déposé des amendements sur ce sujet, auxquels la Commission avait répondu que « *les amendements n°1 et 2 se basent sur la considération que le terme « impératives » est employé dans un sens qui se réfère à la distinction entre les normes « impératives » et « supplétives » de droit civil et visent ainsi à éliminer la contradiction décelée entre l'article 1 paragraphe 2 et le considérant n°13. Cette contradiction n'est néanmoins qu'apparente car le terme « impératives » contenu à l'article 1 paragraphe 2 ne se réfère nullement à cette distinction civiliste mais vise d'autres buts à caractère plus général* »¹⁰⁹⁷. C'est une réponse semblable qui figure dans le rapport de la Commission européenne concernant l'application de la directive¹⁰⁹⁸. Ainsi, la Commission a estimé que la distinction entre ces règles n'était pas utile en la matière.

¹⁰⁹⁵ CJUE 30 avril 2014, arrêt Árpád Kásler, aff.C-26/13, §78 à 85.

¹⁰⁹⁶ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, *op. cit.* art. 1.2.

¹⁰⁹⁷ Commission européenne, Proposition réexaminée de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM(93) 11 final – SYN 283, 26 janvier 1993, p.3.

¹⁰⁹⁸ Commission européenne, Rapport sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM(2000) 248 final, 27 avril 2000, p.15.



Le treizième considérant auquel fait référence la Commission précise que « l'expression « dispositions législatives ou réglementaires impératives » figurant à l'article 1^{er} paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu »¹⁰⁹⁹. Cette définition a été reprise à l'occasion de l'arrêt *Vertrieb*¹¹⁰⁰, tandis que l'arrêt *Kušionová* a précisé que cette exclusion supposait la réunion de deux conditions : « d'une part, la clause contractuelle doit refléter une disposition législative ou réglementaire et, d'autre part, cette disposition doit être impérative »¹¹⁰¹. Par conséquent, que la portée de la règle de droit objectif soit impérative ou supplétive, à la condition que les parties n'y aient pas apporté de modification et que l'éventuelle inclusion dans leur *instrumentum* corresponde au type de contrat conclu, cette règle a vocation à s'appliquer à la relation contractuelle sans que le juge puisse modifier l'équilibre voulu par le législateur.

333. Cette solution est la même en droit interne. En effet, les diverses distinctions entre les *essentialia* et les *naturalia negotii*, les règles impératives et supplétives, ne parviennent pas à offrir des repères stables¹¹⁰². La distinction entre les obligations essentielles et celles naturelles trouve un sens lorsqu'il s'agit de déterminer respectivement si les parties sont tenues par leur accord, puis l'étendue de cet accord. En outre, coexistent à l'intérieur de la catégorie des *naturalia negotii* des règles impératives et des règles supplétives de volonté. Par exemple, l'article 1590 du Code civil concernant la promesse de vente assortie d'arrhes est supplétif de volonté¹¹⁰³. Au contraire, l'article L131-3 du Code de la consommation prévoit expressément qu'il ne peut être dérogé par des conventions particulières au contenu de l'article L131-1 relatif aux arrhes et acomptes, ce dernier ayant par conséquent valeur impérative. La distinction entre les règles impératives et supplétives s'impose dès lors que

¹⁰⁹⁹ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. *Op. cit.*, treizième considérant.

¹¹⁰⁰ CJUE, arrêt *Vertrieb*, 21 mars 2013, aff.C-92/11, §26. Sur ce point : ROCHFELD Judith. « La protection du consommateur-contractant dans l'Union européenne : quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée ». *RDC* 2013, n°3, p. 843-848.

¹¹⁰¹ CJUE 10 septembre 2014, arrêt *Kušionová*, aff.C-34/13, §78.

¹¹⁰² V. sur ce point la thèse de PERES-DOURDOU Cécile. *Op. cit.* ; celle de JACQUES Philippe. *Op. cit.*, §347 sq. Chez ce dernier auteur, il ne convient pas de parler d'accord lacunaire dans la mesure où l'accord sur les *essentialia negotii* dispose de la force obligatoire et les *naturalia negotii* règlent l'étendue des obligations de l'acte juridique, à défaut de stipulations claires dérogoires.

¹¹⁰³ Solution acquise notamment par Civ.1 16 juillet 1956, D.1956, 609.

l'on souhaite déterminer la capacité des parties à influencer sur ces règles de droit. En présence du silence des parties, les deux règles produisent le même effet.

Il est tentant de procéder à une identification entre les *naturalia negotii* et les règles supplétives. Toutefois, en raison du rôle que l'on assigne aux règles supplétives, cette opération relève d'une fiction. Ainsi le Professeur PICOD, reprenant une solution largement acquise, indique que la position du Code civil sur le silence consiste à faire valoir que, « *par leur silence, les contractants ont entendu se référer aux dispositions légales supplétives* »¹¹⁰⁴. Cette solution repose sur le postulat d'une identité des *naturalia negotii* avec les règles supplétives ; elle repose sur la fiction de la commune volonté des parties ; elle s'achève sur une erreur en précisant que le silence masque une règle de droit supplétive. Par conséquent, malgré des conceptions différentes et une autonomie des termes employés, les droits français et européens parviennent à des solutions compatibles.

¹¹⁰⁴ PICOD Yves. Articles 1134 et 1135. *Op. cit.*, §54. V. également TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil, les obligations. Op. cit.*, §428 : « *pour les contrats les plus usuels, les contrats nommés, la loi définit l'essentiel du régime juridique de chacun d'eux au moyen de dispositions supplétives de volonté. Les parties peuvent les écarter, mais en cas de silence du contrat ces dispositions viennent le compléter* ».



Conclusion du Chapitre 1

334. Les juges sont, dans la tradition juridique française, les héritiers d'un lourd passif qui constitue un handicap au regard de la conception volontariste du droit européen. En matière d'interprétation, le poids du droit objectif est paradoxalement rendu plus présent par l'obligation faite au juge d'en traduire l'effet sous couvert de la commune intention des parties. Il n'est pas inutile de rappeler qu'en matière d'interprétation, la Cour de cassation s'est historiquement cantonnée par principe à un contrôle de la dénaturation des actes juridiques privés commise par les juges du fond. Un tel contrôle ne favorise pas le développement de mécanismes susceptibles d'assurer un équilibre concret dans les relations contractuelles, mais renforce le poids des règles de droit objectif. Toutefois, en de rares occasions, la Cour de cassation a pu adopter des solutions clandestinement, sous couvert de la commune intention des parties. Il apparaît aujourd'hui que la Cour de cassation revendique de telles solutions, au nom de la compatibilité avec les juridictions européennes et de la recherche d'un équilibre dans les relations contractuelles.

Si la Cour de cassation s'émancipe d'un passé pesant en matière d'interprétation, la doctrine apparaît finalement comme la plus attachée à la conception traditionnelle du juge et de l'opération d'interprétation. Tenante d'augustes théories en droit des obligations et représentante de la fine fleur de la doctrine européenne, sa conception dépassée de l'autonomie de la volonté l'entraîne cependant à avoir une influence déterminante sur les projets de droit européen des contrats et à dénaturer les conceptions qui permettraient au droit français de sortir d'une conception du contrat trop axée sur la commune intention des parties, et pas assez sur le rôle des autorités étatiques, et notamment du juge.



Chapitre 2 - La liberté contractuelle, ligne de partage des interprétations subjective et objective

335. Le respect de la volonté des parties à l'acte juridique privé est assuré en droit français sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Cet article guide le contenu et le sens du système herméneutique français et la rigidité de son interprétation constitue un obstacle à la réception des Principes européens d'interprétation. C'est pourquoi un mouvement se dessine afin de fonder les règles d'interprétation sur le principe de liberté contractuelle, lequel a vocation à devenir la ligne de partage entre les interprétations subjective et objective¹¹⁰⁵.

En effet, face aux excès du principe de l'autonomie de la volonté, parfois qualifié de « *dogme* », la jurisprudence et la doctrine ont déplacé leur analyse de l'interprétation sur le principe de la liberté contractuelle afin de promouvoir le respect du droit objectif. Il est possible de définir le principe de liberté contractuelle comme le droit, pour un individu, d'opérer des choix¹¹⁰⁶. Le principe de liberté contractuelle comporte plusieurs applications : c'est la possibilité de nouer des liens contractuels avec ses semblables ou liberté positive de contracter, mais aussi la possibilité de ne pas en nouer ou liberté négative de contracter. C'est également la possibilité de choisir son cocontractant. C'est enfin la possibilité de personnaliser son contrat. Ce principe a comme limite l'ordre public¹¹⁰⁷.

Il ne faut pas y voir une contradiction dans le fait que la liberté contractuelle est utilisée afin de faire contrepoids au principe de l'autonomie de la volonté, mais constater que

¹¹⁰⁵ Il ne s'agit pas de prétendre que ce principe a vocation, à lui seul, à distinguer les deux types d'interprétation, mais que ce fondement permet d'atténuer la rigueur du principe d'autonomie de la volonté. La doctrine rappelle les résultats mitigés de la liberté contractuelle : « *pendant longtemps, la liberté contractuelle a été considérée comme le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers et par là même de satisfaire l'intérêt général. L'expérience a démontré que c'était une utopie. Les intérêts particuliers sont nécessairement égoïstes et, comme les puissances économiques respectives des cocontractants sont rarement identiques, il s'ensuit que les plus puissants seront tout naturellement conduits à user et même abuser de leur puissance* » : MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique. *Droit des obligations*. Paris : LexisNexis, 2012, 12^{ème} éd., §37. Elle constate également que, s'agissant de l'opération d'interprétation, le principe de liberté contractuelle cède le pas à celui du principe de l'autonomie de la volonté : *Ibid.*, §83. Une meilleure articulation et un meilleur équilibre entre ces principes semble possible.

¹¹⁰⁶ Sur les difficultés à proposer une définition de la « liberté contractuelle » en droit européen, V. DEPREZ Emmanuel. *Liberté contractuelle et le droit européen*. Thèse doctorale, droit. Lyon : Université Lyon III, 2011.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

ce fondement est plus pertinent pour assurer un équilibre entre l'opposabilité du droit objectif aux parties, et le respect de la liberté de contracter en faveur de ces dernières. En outre, ce principe permet une meilleure appréciation des rapports de force, qui passe par la distinction entre l'application verticale du principe de liberté contractuelle d'une part (Section 1), l'application horizontale de ce principe d'autre part (Section 2).



Section 1 - Application verticale du principe

336. L'application verticale du principe de liberté contractuelle a pour objet d'apprécier l'autonomie du contractant face à l'Etat (§1). Elle emporte des conséquences en matière d'interprétation des actes juridiques privés (§2).

§ 1 - Appréciation de l'autonomie du contractant face à l'Etat

337. Au travers du principe de liberté contractuelle, c'est une nouvelle définition des relations entre le contractant et l'Etat qui s'établit, plus proche de la notion protégée par la Cour EDH d'autonomie personnelle (A), plus éloignée de la notion du droit français d'autonomie de la volonté (B).

A - Un rapprochement avec la notion d'autonomie personnelle

338. Selon la Cour EDH, droit d'opérer un choix, la liberté contractuelle permet d'abord de consacrer la liberté de contracter ou, au contraire de ne pas contracter. La jurisprudence de la Cour EDH apparaît aujourd'hui encore dans une phase d'« *acclimatation de la liberté contractuelle à la Convention européenne des droits de l'homme* »¹¹⁰⁸.

La liberté négative de contracter a été reconnue sur fondement de l'article 11 de la Convention EDH depuis l'affaire *Sigurdur A. Sigurjónsson* du 30 juin 1993¹¹⁰⁹. La Cour, interprétant de manière dynamique la Convention a consacré un droit d'association négatif, « *c'est-à-dire la liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer* »¹¹¹⁰. Elle a réitéré cette solution à l'égard de la législation française relative aux Associations

¹¹⁰⁸ MARGUENAUD Jean-Pierre. « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale ». *Op. cit.*, spéc. p.1215.

¹¹⁰⁹ CEDH 30 juin 1993, arrêt *Sigurdur A. Sigurjónsson c/ Islande*, req. n°16130/90, §35. En l'espèce, le titulaire d'une licence d'exploitation d'un taxi s'était vu infliger le retrait de sa licence au motif qu'il avait quitté une association de propriétaires de taxis. Or, son adhésion à cette dernière résultait d'une obligation imposée par la loi postérieurement à l'obtention de sa licence.

¹¹¹⁰ CEDH 30 juin 1993, arrêt *Sigurdur A. Sigurjónsson c/ Islande*, *op. cit.*, §35.



Communes de Chasse Agréées¹¹¹¹, et a plus récemment appliqué cette solution en matière de liberté syndicale¹¹¹².

La Cour EDH a affirmé la liberté positive de contracter à l'occasion de l'arrêt *Demir et Baykara contre Turquie*, qui concernait « le droit de conclure des conventions collective »¹¹¹³. Opérant un revirement de jurisprudence au nom de son approche dynamique et évolutive de la Convention EDH, elle décide, sur le fondement de l'article 11, que le droit de négocier et de conclure des conventions collectives constitue un élément inhérent à la Convention EDH¹¹¹⁴. En extrapolant cette solution, la doctrine a considéré que la Cour a consacré de manière générale la liberté de conclure un contrat¹¹¹⁵.

Ces décisions, rendues sur le fondement de l'article 11 de la Convention EDH, s'inscrivent dans une logique collective, que le contrat ne partage pas¹¹¹⁶. En réalité, le seul obstacle à cette reconnaissance à la liberté de conclure le contrat consiste dans le fondement choisi par la Cour, l'article 11 utilisé en l'espèce pouvant difficilement franchir le contrat d'association et les relations individuelles et collectives de travail. S'interrogeant longuement sur l'opportunité d'étendre sa jurisprudence aux syndicats, la Cour EDH a

¹¹¹¹ En l'espèce, la législation française obligeait les propriétaires de terrains d'une superficie inférieure à un certain seuil, variable selon les départements, à devenir membre de l'ACCA constituée dans leur commune et de lui faire apport de leur fonds pour créer un territoire de chasse à l'échelle communale : CEDH 29 avril 1999, arrêt Chassagnou e.a. c/ France, req. n°25088/94, n°28331/95 et n°28443/95, spéc. §103.

¹¹¹² CEDH 11 janvier 2006, arrêt Sørensen et Rasmussen c/ Danemark, req. n°52562/99 et n°52620/99, §54 sq.

¹¹¹³ CEDH GC 12 novembre 2008, arrêt Demir et Baykara c/ Turquie, req. n°34503/97. MARGUENAUD Jean-Pierre. Note sous CEDH GC 12 novembre 2008, arrêt Demir et Baykara c/ Turquie. *Op. cit.*; VAN DROUGHENBROECK Sébastien. « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites ». *RTDH* 2009 n°79, p.811.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, §153.

¹¹¹⁵ V. notamment MARGUENAUD Jean-Pierre. « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale ». *Op. cit.*, p.1213. Analysant l'arrêt *Pla et Puncernau* sous l'angle de la liberté contractuelle et du droit de choisir son cocontractant et, plus particulièrement son héritier : SEIFERT Achim. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *RTDE* 2013, p.801.

¹¹¹⁶ « La Cour rappelle (...) que, bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante », *Ibid.*, §58. Ce passage s'inspire de CEDH, arrêt Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, *op. cit.*, §63 et CEDH 29 avril 1999, arrêt Chassagnou e.a. c/ France, *op. cit.*, §112-113.

toutefois précisé dès 2006, à l'occasion de l'arrêt *Sørensen et Rasmussen*, les raisons de la protection d'un droit d'association négatif. Elle a ainsi indiqué que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention. Cette notion doit donc être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition* »¹¹¹⁷. Ainsi elle a utilisé le concept d'« *autonomie personnelle* » qui permet la prise en compte de la logique individuelle, et a reconnu l'aspect négatif de la liberté de choix¹¹¹⁸.

339. Il convient de rappeler que la notion d'« *autonomie personnelle* » consiste, de manière générale, dans le droit d'opérer des choix¹¹¹⁹. La Cour EDH a consacré le principe de l'autonomie personnelle dans l'arrêt *Pretty* s'agissant du droit d'opérer des choix concernant son corps¹¹²⁰. Elle en a fait usage par exemple dans l'affaire *KA. et A.D.*¹¹²¹. Il a été consacré sur le fondement de l'article 8 paragraphe 1, cette disposition protégeant plus généralement, pour la Cour, « *le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* »¹¹²². Dans l'arrêt *Niemietz*, pour définir le concept de « *vie privée* », elle a précisé que « *le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* »¹¹²³. Par conséquent, l'évolution de la

¹¹¹⁷ CEDH 11 janvier 2006, arrêt *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n°52562/99 et n°52620/99, §54 ; CEDH 27 avril 2010, arrêt *Vörður Ólafsson c/ Islande*, req. n°20161/06, §46.

¹¹¹⁸ Dans l'affaire *Sørensen*, le juge relève que l'Etat engage sa responsabilité alors qu'en l'espèce il n'a pas agi directement : *ibid.*, §57. Nul doute cependant que, si l'Etat venait à enfermer contre son gré un requérant dans des liens contractuels, le juge de Strasbourg sanctionnerait cette ingérence de l'Etat.

¹¹¹⁹ Ainsi, la liberté contractuelle se présente comme une « *parente* » de l'autonomie personnelle » : MARGUENAUD, Jean-Pierre. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit.*

¹¹²⁰ CEDH 29 avril 2002, arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n°2346/02.

¹¹²¹ CEDH 17 février 2005, arrêt *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n°42758/98 et 45558/99, §.83.

¹¹²² CEDH 29 avril 2002, arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n°2346/02, §61. V. également CEDH 23 mars 2006, arrêt *Campagnano c/ Italie*, req. n°77955/01, §63-64 ; CEDH 23 mars 2006, arrêt *Vitello c/ Italie*, req. n°77962/01, §47-48 ; CEDH 23 mars 2006, arrêt *Albanese c/ Italie*, req. n°77924/01, §53-54 ; CEDH GC arrêt *Fernández Martínez c/ Espagne*, req. n°56030/07, §126.

¹¹²³ CEDH 16 décembre 1992, arrêt *Niemietz c/ Allemagne*, req. n°13710/88, §29.

jurisprudence de la Cour semble devoir converger vers une reconnaissance de la liberté contractuelle sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH¹¹²⁴.

Il convient toutefois de prendre en compte les décisions rendues par la Cour dans des hypothèses où l'Etat avait mené une politique en faveur des locataires telle que la Cour s'est interrogée pour savoir si les propriétaires avaient conclu librement le bail avec leurs locataires¹¹²⁵. Alors que la Cour aurait pu se fonder utilement sur l'article 8 pour reconnaître une violation du principe de liberté contractuelle, elle s'est fondée sur l'alinéa 2 de l'article 1 du Protocole n°1 en raison d'autres circonstances qui faisaient apparaître ces hypothèses comme une violation du droit à la propriété privée. Opérant un contrôle de proportionnalité, la Cour a indiqué que, « *dans ces affaires concernant le fonctionnement d'une législation de grande ampleur sur le logement, cette appréciation peut porter non seulement sur les conditions de réduction du loyer perçu par les particuliers propriétaires et l'étendue de l'ingérence de l'Etat dans la liberté contractuelle et les relations contractuelles sur le marché locatif mais aussi sur l'existence de garanties procédurales et autres destinées à assurer que le fonctionnement du système et son impact sur les droits patrimoniaux du propriétaires ne soient ni arbitraires ni imprévisibles* »¹¹²⁶.

340. Le principe de liberté contractuelle s'apprécie au moment de la formation de l'acte juridique privé. Ainsi, les éléments exigés dans l'arrêt *Hutten-Czapska* sont appréciés au

¹¹²⁴ L'affaire *Zolotas* était peut-être l'occasion de franchir cette étape, à la condition de considérer que, l'Etat de n'ayant pas prévu dès la conclusion du contrat une obligation d'information à la charge de la banque à l'égard de son client, il n'avait pas permis à l'épargnant d'effectuer un choix éclairé. Il est également possible de considérer que l'Etat, en n'ayant pas instauré ni réparé le dommage par une obligation d'information, n'a pas permis au client d'effectuer le choix qui lui aurait permis d'échapper aux règles de prescription. Ces interprétations n'emportent cependant pas la conviction et il convient notamment de relever que la Cour EDH ne répond à l'évocation par le requérant de « *l'esprit de la liberté contractuelle* » : CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce*, *op. cit.*, §35.

¹¹²⁵ V. en particulier CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §224.

¹¹²⁶ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §168. V. également CEDH 26 septembre 2006, arrêt *Fleri Soler et Camilleri c/ Malte*, req. n°35349/05, §70 ; CEDH 8 février 2007, arrêt *Cleja et Mihalcea c/ Roumanie*, req. n°77217/01, §42 ; CEDH 7 février 2008, arrêt *Tarik c/ Roumanie*, req. n°75849/01, §48 ; CEDH 7 février 2008, arrêt *Arsenovici c/ Roumanie*, req. n°7721/01, §38 ; CEDH 4 mars 2008, arrêt *Burzo c/ Roumanie*, req. n°75240/01, §56 ; CEDH 14 octobre 2008, arrêt *Vînătoru c/ Roumanie*, req. n°18429/02, §31 ; CEDH 14 octobre 2008, arrêt *Maria Dumitrescu et Sorin Mugur Dumitrescu c/ Roumanie*, req. n°7293/02, §47 ; CEDH 12 juin 2012, arrêt *Lindheim e.a. c/ Norvège*, req. n°13221/08 et 2139/10.

moment de la conclusion du bail, comme l'illustre l'arrêt *Ferreira contre Portugal*¹¹²⁷. En l'espèce, la Cour a attaché une importance décisive au fait que la limitation litigieuse était en vigueur au moment où le bail avait été signé de sorte que, par comparaison avec l'affaire *Hutten-Czapska*, elle a pu constater que les propriétaires avaient pu librement conclure le contrat de bail en cause et fixer un loyer, négocié en toute liberté avec les locataires sans aucune intervention de l'Etat¹¹²⁸. Ainsi, selon la Cour, l'individu doit pouvoir accéder aux règles de droit imposées par l'Etat lors de la formation de l'acte juridique privée, sous réserve de la marge bénéficiant à l'Etat pour moduler la protection à chaque catégorie d'acteurs au regard des impératifs sociaux et économiques. Cela signifie par conséquent que, en formant cet acte, chaque partie prend connaissance des règles de droit préconçues par l'Etat et auxquelles elle se soumet.

341. Le droit de l'Union européenne ne propose pas de définition de la liberté contractuelle, ni même un fondement textuel¹¹²⁹. Si, dans l'affaire *Caja de Ahorros*, l'avocat général a pu s'appuyer sur un auteur pour estimer que « *le droit communautaire a déjà reconnu la liberté contractuelle en tant que principe général* »¹¹³⁰, la réalité demeure pour le moment moins tranchée. En outre, si l'« *autonomie personnelle* » a pu être considérée comme une « *valeur (...) qui doit être prise en compte* », ce concept, celui de la liberté contractuelle et celui de l'autonomie de la volonté n'entretiennent pas les mêmes liens que devant la Cour EDH¹¹³¹.

En effet, la CJUE semble s'appuyer davantage sur une conception civiliste du droit selon laquelle liberté contractuelle est une « *émanation de l'autonomie de la volonté* »¹¹³².

¹¹²⁷ CEDH 21 décembre 2010, arrêt Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal, req. n°41696/07. MARGUENAUD Jean-Pierre, « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise ». *RDC* 2011, n°3, p.949-954.

¹¹²⁸ *Ibid.*, §34.

¹¹²⁹ Sur les difficultés à proposer une définition de la « liberté contractuelle » en droit européen, V. DEPREZ Emmanuel, CARA Jean-Yves (Dir.). *Liberté contractuelle et le droit européen*. Thèse doctorale, droit. Lyon : Université Lyon III, 2011.

¹¹³⁰ CJUE, conclusions de l'avocat général Verica TRSTENJAK, aff.Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, aff.C-484/08, n°9.

¹¹³¹ Sur la différence des approches entre la Cour EDH et la CJUE : BERGE Jean-Sylvestre. « Droit européen de la libre circulation, liberté de ne pas contracter et contrôle du pays d'origine ». *RDC* 2009 n°4, p.1565-1572.

¹¹³² *Ibid.*

C'est ainsi que, à l'occasion de l'arrêt *Werhof*, la Cour a indiqué que, « *de manière générale, (...) un contrat se caractérise par le principe d'autonomie de la volonté selon lequel, notamment, les parties sont libres de s'engager l'une envers l'autre* »¹¹³³. Quant à l'autonomie personnelle, elle a pu être définie, dans les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Coleman*, comme le fait pour les individus de pouvoir « *définir le cours de leur propre existence et de mener celle-ci en effectuant des choix successifs entre plusieurs options valables* »¹¹³⁴. Elle a pu être rattachée plus directement à l'exercice d'une liberté de choix¹¹³⁵, mais sans rattacher formellement le concept avec celui de la liberté contractuelle.

Il apparaît pourtant possible de faire le lien entre ces concepts. Si en effet l'autonomie personnelle consiste à permettre aux individus d'être en situation de faire des choix parmi des options valables, le lien semble évident avec la liberté de contracter, et les exigences qui pèsent en la matière sur l'Etat. La jurisprudence offre des hypothèses dans lesquelles la CJUE protège cette liberté. Par exemple, la Cour protège le repreneur d'une entreprise contre les clauses de renvoi dynamique aux conventions collectives négociées et adoptées postérieurement à la date du transfert, lorsque celui-ci n'a pas la possibilité de participer au processus de négociation de telles conventions collectives conclues postérieurement au transfert¹¹³⁶. Elle a ainsi jugé que, « *dans ces conditions, la liberté contractuelle dudit cessionnaire est sérieusement réduite au point qu'une telle limitation est susceptible de porter atteinte à la substance même de son droit à la liberté d'entreprise* »¹¹³⁷.

B - Un éloignement avec la notion d'autonomie de la volonté

342. En droit interne, le principe de liberté contractuelle constitue d'abord la protection des contractants contre les ingérences de l'Etat¹¹³⁸. C'est d'ailleurs la portée que lui confère le

¹¹³³ CJUE 9 mars 2006, arrêt *Werhof*, aff.C-499/04, §23.

¹¹³⁴ CJUE conclusions de l'avocat général M. Poiras Maduro, aff.*Coleman*, aff.C-303/06, §9.

¹¹³⁵ CJUE conclusions de l'avocat général E. Sharpston, aff. *Bartsch*, aff.C-427/06, §98.

¹¹³⁶ Il s'agit d'une hypothèse particulière en droit britannique.

¹¹³⁷ CJUE 18 juillet 2013, arrêt *Alemo-Herron e.a.*, aff.C-426/11, §35.

¹¹³⁸ Pour une étude d'ensemble, voir IZORCHE Marie-Laure. *La liberté contractuelle*. In Cabrillac Rémy, Frison-Roche Marie-Anne, Revet Thierry (dir.). *Liberté et droits fondamentaux*. Paris : Dalloz, 12^{ème} éd., 2008.

Conseil constitutionnel¹¹³⁹, après une évolution jurisprudentielle tardive¹¹⁴⁰. En effet, le Conseil constitutionnel a d'abord refusé de reconnaître au principe une valeur constitutionnelle¹¹⁴¹, avant d'hésiter longuement à en faire application¹¹⁴². Par une décision

¹¹³⁹ Sur le principe de liberté contractuelle et le droit constitutionnel, voir LAJOYE C. « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ». *CREDHO* 2202, n°1, p.9. V. plus récemment MODERNE Franck. « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ». *RFDA* 2006, p.2.

¹¹⁴⁰ Le Conseil d'Etat avait déjà érigé le principe de liberté contractuelle parmi ses principes fondamentaux en 1969 : CE 14 février 1969, arrêt Syndicat national des médecins exerçant en groupe ou en équipe. Puis il lui avait reconnu la valeur d'un Principe Général du Droit : CE 20 janvier 1989, arrêt Société GBA Berry-Loire, Rec. p.26 ; CE 29 janvier 1998, arrêt Société Borg Warner, Rec. p.20 ; s'agissant plus particulièrement des personnes privées : CE 27 avril 1998, arrêt Cornette de Saint Cyr. Le Conseil d'Etat a sous-entendu en 2000 que ce principe pouvait bénéficier d'une protection constitutionnelle, sur le fondement du préambule de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : CE 28 juillet 2000, Laboratoire Paucourt e.a., req. n°208.108.

¹¹⁴¹ A l'origine, l'invocation de ce principe a pu être suggérée par l'article 34 de la Constitution qui place dans le domaine de compétence du pouvoir législatif le soin de déterminer « *les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales* ». Toutefois, le Conseil constitutionnel a dans un premier temps répondu « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle* » : Cons. Const. 3 août 1994, déc. n°94-348 DC, Rec. p.117. Puis, le Conseil a laissé entendre que, si ce principe ne pouvait être protégé seul, il pouvait l'être dès lors qu'un autre moyen était mobilisé à l'appui de la demande : Cons. Const. 9 avril 1996, déc. n°96-375 DC : Rec. p. 60, « *le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité* » ; Cons. Const. 20 mars 1997, déc. n°97-388 DC : Rec. p.31, « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* ». V. à cette époque MATHIEU Bertrand. « La liberté contractuelle et sécurité juridique, les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier ». *LPA* 1997, n°29, p.5 ; TERNEYRE Philippe. « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel ». *AJDA* 1998, n°9 p.667-675. En 1998, les commentateurs décèlent une première reconnaissance du principe dans une décision où le Conseil déclare que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » et ouvre la voie à un contrôle portant sur les modalités d'application dans le temps de la loi aux contrats en cours : Cons. Const. 18 juin 1998, déc. n°98-401 DC, Rec. p.258.

¹¹⁴² La consécration du principe est intervenue par la décision du Conseil du 19 décembre 2000 aux termes de laquelle « *la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » : Cons. Const. 19 décembre 2000, déc. n°2000-437 DC, Rec. p.176. La décision du 27 novembre 2001 a confirmé cette solution : Cons. Const. 27 novembre 2001, déc. n°2001-451 DC, Rec. p.145. La décision du 13 janvier 2003 y a adjoint l'article 16 de la Déclaration de 1789 : Cons. Const. 13 janvier 2003, déc. n°2002-465 DC, Rec. p.43. Il convient d'ajouter que la jurisprudence du Conseil constitutionnel laisse apparaître que sa jurisprudence de 2000 n'est valable qu'en matière de formation du contrat, sa jurisprudence de 1998 demeurant applicable à l'exécution du contrat : V. la jurisprudence abondante citée par GAHDOUN Jean-Yves. « Libertés, liberté contractuelle. » *Jurisclasseur Civil*, Fasc. 20, 2008, annexe, §16. V. également GAHDOUN Pierre-Yves. « La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ». Paris : Dalloz, 2008, Vol. 76, 436p. (Nouvelle bibliothèque de thèses).

du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce principe et celui de la liberté d'entreprendre afin de censurer la loi sur la sécurisation de l'emploi aux motifs que « *si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques (...), il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini* »¹¹⁴³. Cette décision doit beaucoup au principe de la liberté d'entreprendre¹¹⁴⁴. Elle semble également maintenir la distinction entre la protection des contrats en cours sur le fondement des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 d'une part, et la protection au titre de la liberté contractuelle sur le fondement du seul article 4 de cette Déclaration¹¹⁴⁵. Par conséquent, il résulte de l'ensemble de ces éléments que c'est selon une conception étroite que le Conseil constitutionnel consacre une portée constitutionnelle au principe de liberté contractuelle.

343. La Cour de cassation est assez réticente à consacrer le principe de liberté contractuelle¹¹⁴⁶, à l'image du Code civil¹¹⁴⁷, en raison des liens qu'elle entretient avec les

¹¹⁴³ Cons. Const. 13 juin 2013, déc. n°2013-672DC, JORF du 13 juin 2013 p.9958, considérant n°11. Pour un commentaire, V. notamment GHESTIN Jacques. « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ». *JCP G* 9 septembre 2013, n° 37, p. 1614 ; BARBIER Hugo. « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat ». *RTD Civ.* 2013, n° 4, p. 832 ; PÉRÈS Cécile. « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel ». *RDC* 2013, n°4, p.1285-1298.

¹¹⁴⁴ Les débats autour de cette règle ont démontré l'importance des enjeux pour les professionnels de la prévoyance. Sur l'importance du principe de liberté d'entreprise dans cette décision, PÉRÈS Cécile. « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel ». *Op. cit.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, considérant n°6. Si les contentieux sur chacun des sujets se présentent de manière très spécifique, ils ont en commun la façon dont l'Etat doit se comporter afin de permettre aux parties à un contrat de s'engager dans les meilleures conditions.

¹¹⁴⁶ GADHOUN Pierre-Yves. *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. *Op. cit.* Spéc. no 23 sq. L'auteur relève que les demandeurs au pourvoi invoquent régulièrement ce principe, mais avec peu de succès devant la Cour de cassation. Il est en outre possible de constater que, depuis la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel, c'est le plus souvent dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité que ce fondement est mentionné : V. par exemple pour des décisions dans lesquelles la Cour répond à l'argument de la liberté contractuelle : Soc. 7 juillet 2015, pourvoi n°15-12417, à paraître au Bull. ; Civ.2 12 février 2015, pourvoi n°14-40049, à paraître au Bull. ; Soc. 10 juillet 2014, pourvoi n°14-40024, Bull. n°198.

¹¹⁴⁷ Pour le projet de réforme du Code civil proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, « *le principe de liberté contractuelle ne fait aucun doute, même s'il n'a pas été affirmé dans le Code civil de 1804* ». TERRE François (dir.). *Pour une réforme du droit des contrats*. Paris : Dalloz-Sirey 2008, 310p. (thèmes et commentaires).

principes du consensualisme et de l'autonomie de la volonté¹¹⁴⁸. Pour autant, elle reconnaît les différents aspects de cette liberté. Par exemple, s'agissant de la liberté de choisir son cocontractant, la Cour a pu décider que « *le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels son choix s'est exercé* »¹¹⁴⁹. S'agissant de la faculté pour les parties de déterminer la forme et le contenu du contrat, la Cour place le principe de la liberté contractuelle entre le contrôle du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et le respect du principe d'autonomie de la volonté. Cette jurisprudence est illustrée par un arrêt dans lequel un mannequin avait conclu un contrat de cession de droits à l'image par lequel elle avait cédé en des termes très larges l'exploitation des photographies de sa personne. Confrontée à la contestation du débiteur, la Cour de cassation rejette le pourvoi et se fonde sur le principe d'autonomie de la volonté, mais après avoir relevé l'absence de protection légale ou réglementaire du mannequin dans cette hypothèse¹¹⁵⁰. De façon comparable, dans un arrêt rendu la veille, la chambre sociale avait eu l'occasion d'indiquer que « *le système de rémunération (...) ressortissait de la liberté contractuelle sous réserve de ne pas contrevenir aux dispositions légales ou réglementaires (...)* »¹¹⁵¹.

344. L'éloignement avec la notion d'autonomie de la volonté se mesure davantage encore avec la proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente d'une part, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations d'autre part. Il est possible de trouver un indice sur le caractère personnel du principe dans la formulation du projet d'ordonnance selon laquelle « *chacun est libre de contracter* »¹¹⁵². En outre, chaque projet

¹¹⁴⁸ « *Liberté contractuelle et consensualisme sont tous deux en relations avec l'autonomie de la volonté, principe philosophique selon lequel la volonté humaine peut constituer elle-même sa propre loi. Ce lien est complexe ; l'autonomie de la volonté a eu son apogée à la fin du XIX^{ème} siècle, alors que le consensualisme est lui antérieur ; de même, le déclin contemporain de la volonté n'a guère affecté la liberté contractuelle* » : MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations*. Paris : Defrénois, 2011, 5^{ème} éd., 856p. (Droit Civil), §455.

¹¹⁴⁹ Com. 7 avril 1998, pourvoi n°93-13219, Bull. n°126. V. également Com. 1^{er} mars 2011, pourvoi n°10-12144

¹¹⁵⁰ Civ.1 11 décembre 2008, pourvoi n°07-19494, Bull. n°282.

¹¹⁵¹ Soc. 10 décembre 2008, pourvoi n°07-43873. V. également Civ.3 20 mai 2009, pourvois n°07-22051, n°01-10043 et 08-10495, Bull. n°113.

¹¹⁵² Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, art. 1102. Le projet de règlement européen préfère la formulation, moins claire à notre sens, selon laquelle « *les parties sont libres de conclure un contrat* » : Projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente, *op. cit.*, art. 1 al. 1.

définit le principe s'agissant de la possibilité de conclure et de déterminer le contenu de l'acte juridique privé, accréditant l'hypothèse d'une appréciation lors de la formation de l'acte. Cela ne signifie pas que le principe d'autonomie de la volonté, compris dans l'article 1134 du Code civil, n'emporte pas pour partie une appréciation lors de la phase de formation du contrat, dans la mesure où cet article mentionne la condition de conventions « *légalement formées* », mais il est aisé de constater qu'une telle condition ne reçoit pas d'effet sur ce fondement. Enfin, les deux projets assignent expressément au principe la limite constituée par le respect des règles impératives. Cela signifie notamment que certaines règles élaborées par des autorités extérieures aux parties à l'acte s'imposent à ces dernières, participent à la détermination du contenu de l'acte.

345. Ainsi, s'il est possible de concevoir, par contraste avec le principe de proportionnalité, que la liberté contractuelle « *est au contraire le recul de l'ordre public et de l'ordre public de protection (...) donc de l'abandon de la socialisation des contrats* »¹¹⁵³, il est également possible de concevoir l'introduction du principe de liberté dans le Code civil comme une meilleure prise en considération des règles d'ordre public¹¹⁵⁴. Or, dès lors que de telles règles entrent en conflit dans des litiges horizontaux, il convient d'opérer un contrôle de proportionnalité. Ainsi, l'introduction du principe de liberté contractuelle constitue d'abord, en droit français, l'opportunité d'une socialisation des contrats, et l'appropriation de la technique du contrôle de proportionnalité et de ses conséquences, et notamment un effet additif¹¹⁵⁵.

Par conséquent, au fur et à mesure que le principe de liberté contractuelle se rapproche du concept d'autonomie de la volonté, il s'éloigne de la conception française du

¹¹⁵³ MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.). « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op.cit.*

¹¹⁵⁴ Sur une « *dualité fondamentale de vision* » du droit européen moderne au travers de la liberté contractuelle, et plus généralement sur la possibilité de concevoir et d'utiliser différemment le principe de liberté contractuelle selon le droit considéré : WHITTAKER Simon. « L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle ». *RDC* 2011, n°2, p.579-604. V. également le rappel : « *l'ordre public constitue tout à la fois la limite de la liberté contractuelle et une proclamation a contrario de cette liberté* » : PIGNARRE Geneviève. « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ». *Op. cit.*, §1.

¹¹⁵⁵ « *D'un autre côté, la liberté contractuelle peut au contraire être vue comme un principe moral, selon lequel la justification des obligations contractuelles se trouve dans le choix (« la volonté ») des individus parties au contrat, une vision de la liberté contractuelle souvent exprimée en Europe continentale sous l'expression « autonomie contractuelle » ou « autonomie de la volonté, qui trouve ses racines de manière évidente dans la philosophie de Rousseau et Kant : on peut la nommer vision « volontariste » de la liberté contractuelle* » : WHITTAKER Simon. « L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle ». *Op. cit.*

dogme de l'autonomie de la volonté. Or, un tel mouvement est lourd de conséquences en matière d'interprétation des actes juridiques privés.

§ 2 - Conséquences sur l'interprétation de l'acte juridique privé

346. La promotion du principe de liberté contractuelle n'a pas pour effet d'ôter à l'interprétation subjective sa valeur de principe en droit des obligations (A). En revanche, elle trace de manière plus précise l'exception que constitue l'interprétation conforme de l'acte juridique privé (B).

A - Le principe : l'interprétation subjective de l'acte juridique privé

347. Dans la mesure où, par principe, l'individu est libre de former un acte juridique privé, il convient de se référer à son intention au moment de la conclusion de cet acte. L'application verticale du principe de liberté contractuelle emporte la nécessité d'apprécier cette intention au regard de chaque individu par rapport à l'Etat. Les circonstances de l'arrêt *Pla et Puncernau* ont abouti à l'affirmation selon laquelle il convient, en matière d'interprétation du testament, de rechercher la volonté du *de cuius*¹¹⁵⁶. En matière d'application de la loi applicable au contrat de bail d'habitation, l'arrêt *Ferreira* démontre que c'est bien la situation des propriétaires au moment de la formation du contrat qui est prise en considération¹¹⁵⁷. Ainsi, il résulte de ces deux arrêts que l'interprétation des actes juridiques privés, dans les rapports entre le contractant et l'Etat, est par principe de nature subjective¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/Andorre*, *op. cit.*, §62.

¹¹⁵⁷ CEDH 21 décembre 2010, arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal*, *op. cit.*, §34.

¹¹⁵⁸ En droit français, pareille interprétation s'effectue *in concreto*, tandis que le droit de l'Union et les projets de réglementation du droit des contrats autorise de manière expresse, à titre subsidiaire, une *interprétation in abstracto* : V. notamment BENABENT Alain. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §273.



B - L'exception : l'interprétation conforme de l'acte juridique privé

348. Au principe de l'interprétation subjective de l'acte juridique privé, l'arrêt *Pla et Puncernau* assigne une exception, lorsque le résultat de l'interprétation subjective heurte une règle d'ordre public. Dans cette hypothèse, c'est la directive d'interprétation conforme qui s'impose, au détriment de la volonté du requérant ayant endossé le rôle de justiciable. C'est cette même limite qu'assignent les projets de réforme en droit des obligations et en droit de la vente, respectivement au niveau national et européen.

349. En tant que telle, cette expression du principe de la liberté contractuelle ne doit pas surprendre, la doctrine relevant que celui-ci est « *surtout la connaissance de ses limites : l'abus de droit, l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹¹⁵⁹. Ainsi, l'interprétation conforme au droit interne en présence d'une règle d'ordre public ne pose pas de difficultés majeures dans la doctrine française¹¹⁶⁰. Toutefois, cette dernière considère qu'en présence d'une règle d'ordre public, c'est la problématique de l'application ou de l'interprétation de cette règle qui est susceptible de se présenter, non celle de l'interprétation de l'acte juridique privé¹¹⁶¹. Il résulte toutefois de la combinaison du principe d'autonomie de la volonté et de l'opération d'interprétation des conventions en droit français que, lorsque le litige se présente sous la forme d'un acte ambigu, selon un moyen soulevé par une partie à cet acte, les règles actuelles sont impuissantes à conférer un sens conforme à la règle d'ordre public. Ainsi, s'il est possible de convenir, avec la doctrine, que dès lors que les parties ont pu contracter en respectant les règles légales, il serait incohérent d'exiger davantage sur le fondement du principe d'autonomie de la volonté à l'exécution du contrat qu'au moment de sa formation, sous prétexte d'interprétation ; ce principe ne reçoit pas une application suffisante au moment – conceptuel – de la formation pour s'en prévaloir lors de l'exécution¹¹⁶². Au

¹¹⁵⁹ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations. Op. cit.*, §455.

¹¹⁶⁰ S'agissant des clauses d'interprétation, V. MAZEAUD Denis, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation ». *RDC* 2015 n°1, p.187-192, §16 : « *De façon plus générale encore, il semble possible d'affirmer qu'une clause d'interprétation bute contre l'ordre public et l'impérativité contractuelle. Ainsi, fût-elle claire et précise, une clause d'interprétation ne saurait être instrumentalisée de telle sorte qu'elle conduise à contourner une règle frappée du sceau de l'ordre public* ».

¹¹⁶¹ V. notamment SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 10. *Op. cit.*, §25.

¹¹⁶² « *Au contraire, pour le surplus [hors application de règles impératives ou supplétives], c'est-à-dire dans la mesure, qui reste très large, où les parties ont pu librement déterminer le contenu et les effets de leur contrat, il y aurait incohérence à respecter le principe d'autonomie de la volonté au moment de la formation du contrat et*

contraire, le principe de liberté contractuelle, compris parmi les dispositions préliminaires et appliqué de façon horizontale, est susceptible d'asseoir plus fermement le principe d'interprétation subjective de l'interprétation.

350. Il convient néanmoins de ne pas sous-estimer l'application des règles procédurales. Ainsi, si les cours européennes ont érigé une obligation d'interprétation à la charge du juge, il demeure loisible aux parties de soulever un moyen d'interprétation, qui nécessitera, dans l'hypothèse d'une contrariété entre la loi et le contrat, que le juge soulève d'office et préalablement l'interprétation conforme. Cette nécessité a été traduite d'une autre manière par le Professeur Cyril GRIMALDI qui propose que « *si l'obligation trouve sa source dans une règle de droit, il faut rechercher l'intention de l'auteur de celle-ci* »¹¹⁶³. En soi, cette règle d'interprétation n'indique pas l'effet de cette recherche d'intention sur l'acte juridique privé¹¹⁶⁴. Il faut considérer soit que ce sens va s'imposer à l'acte juridique privé sur le fondement général du principe de liberté contractuelle, soit que ce sens va s'imposer selon la technique particulière de l'interprétation conforme. Dans les deux hypothèses, les deux éléments sont liés et la directive d'interprétation conforme dispose pour fondement civiliste le principe de liberté contractuelle. Par conséquent, s'agissant de l'application des règles impératives au contractant, il convient de faire application de la directive d'interprétation conforme, assise en droit des obligations sur une application verticale du principe de liberté contractuelle.

de l'écarter au contraire, au profit d'un critère objectif, dès qu'une difficulté d'interprétation surgit. L'interprétation suivant l'intention des parties est le corollaire indissociable du principe d'autonomie » : Ibid.

¹¹⁶³ GRIMALDI Cyril, « La valeur normative des directives d'interprétation ». *Op. cit.*, §4.

¹¹⁶⁴ Il est permis de remarquer que cette règle d'interprétation ne précise pas quel acte est ambigu pour emporter, selon la conception classique de l'interprétation en France, l'opération d'interprétation.

Section 2 - Application horizontale du principe

351. L'application horizontale du principe de liberté contractuelle a pour objet d'apprécier l'autonomie du contractant face à son cocontractant (§1). Elle emporte des conséquences en matière d'interprétation des actes juridiques privés (§2).

§ 1 - Appréciation de l'autonomie du contractant face à son cocontractant

352. L'appréciation de l'autonomie du contractant face à son cocontractant résulte de deux critères, selon que la stipulation litigieuse a été négociée (A), et en raison de la source de la stipulation qui peut être une règle de droit objectif (B).

A - Le critère de la négociation de la stipulation

353. Si la Cour EDH a insisté sur l'appréciation de la capacité de l'individu à former un acte juridique privé face aux interventions des autorités étatiques, il revient au droit de l'Union d'avoir insisté sur l'appréciation de la capacité du contractant à influencer sur le contenu de l'acte face à la force de son cocontractant¹¹⁶⁵. Ainsi, la réglementation de l'Union relative aux clauses abusives prévoit qu'« *il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties* »¹¹⁶⁶, les clauses non négociées constituant le champ d'application de la directive en vertu de l'objectif d'harmonisation minimale. Le droit de l'Union considère en effet que, lorsqu'une clause n'a pas été négociée, « *le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu* »¹¹⁶⁷. En d'autres termes, le consommateur n'a pas eu la possibilité d'opérer un choix, alors que le résultat définitif peut ne pas constituer une solution valable au regard du droit objectif.

¹¹⁶⁵ Il convient de mentionner, dans ce paragraphe, la situation des parties qui n'ont pas pu négocier le contenu de l'acte en raison d'un type de contrat rééquilibré par la loi. Dans ces hypothèses, « *la liberté contractuelle ne subsiste que pour les clauses ne faisant pas l'objet de dispositions impératives* » : CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri. *Droit de la consommation*. Paris : Dalloz-Sirey, 2015, 9^{ème} éd. (Précis. Droit privé), §186. Sur les origines allemandes du critère de la négociation pour moduler la protection : ROCHFELD Judith. « Droit commun et droit spécial du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? ». *RDC* 2013, n°2, p.489-195.

¹¹⁶⁶ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. *Op. cit.*, préambule, considérant n°16.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 3.2.

Le droit de l'Union en conclut une obligation positive pour l'Etat membre de procéder à un contrôle de ces clauses pour déterminer la présence ou non d'un déséquilibre significatif. Dans ses conclusions sous l'affaire *Caja de Ahorros*, l'avocat général relève que « la directive 93/13 traite d'un problème fondamental du droit privé : il s'agit de l'antagonisme entre l'autonomie de la volonté, d'une part, et la protection du cocontractant le plus faible, c'est-à-dire le consommateur, d'autre part »¹¹⁶⁸. Toutefois, elle en conclut que « la directive 93/13 restreint considérablement le principe de la liberté contractuelle en faveur du consommateur en ce qu'elle permet un contrôle juridictionnel des clauses abusives »¹¹⁶⁹. En réalité, il est possible de considérer que la finalité du droit de l'Union aboutit à considérer que c'est parce que le consommateur n'a pas été mis en mesure de faire un choix que le principe de liberté contractuelle intervient pour fonder une obligation de contrôle à la charge de l'Etat¹¹⁷⁰. En revanche, la directive précitée use du principe de liberté contractuelle pour limiter l'impact du principe d'autonomie de la volonté¹¹⁷¹. Par conséquent, le droit de l'Union développe, en matière d'application horizontale du principe de liberté contractuelle, une conception comparable à celle de la Cour EDH s'agissant du même principe dans son application verticale. De même, cette conception emporte de lourdes conséquences sur l'interprétation des actes juridiques privés.

¹¹⁶⁸ CJUE, conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak, aff. *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, aff. C-484/08, §39.

¹¹⁶⁹ *Ibid.* Dans le même sens, GICQUIAUD Emilie. « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif ». *RTD Com* 2014, p.267 sq.

¹¹⁷⁰ Comp., sous un autre angle, le Professeur ROCHFELD considère que, dans cette hypothèse, la liberté du consommateur « se trouve disqualifiée » mais que celui-ci, en retour, doit bénéficier de protections renforcées : ROCHFELD Judith. « La protection du consommateur-contractant dans l'Union européenne : quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée ». *Op. cit.*, §4. Comp. : selon le Professeur LEQUETTE, dès lors que le contrat a été négocié, une appréciation subjective des prestations des prestations s'impose et une appréciation objective sur le fondement des clauses abusives s'avère contradictoire : LEQUETTE Yves. « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? ». *RDC* 2015, n°3, p.616. Dans le même sens : CHENEDE François. « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme ». *RDC* 2015, n°3, p.655.

¹¹⁷¹ Sur l'effet protecteur produit par l'effet horizontal en présence d'un déséquilibre structurel de négociation : SEIFERT Achim. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *Op. cit.* L'auteur est cependant particulièrement attentif à ce que les juges, se fondant sur des normes bénéficiant d'un effet horizontal, ne ruinent pas l'autonomie de la volonté des parties. Dans cette perspective, il propose l'application des droits fondamentaux dans les rapports privés uniquement pour protéger les droits de la personne en situation de faiblesse dans les rapports contractuels : V. *supra*, §167.

B - Le critère de la source objective de la stipulation

354. Il convient d'ajouter un second critère concernant l'appréciation du critère des contractants, celui du respect des dispositions légales. Si ces règles sont élaborées et imposées par des autorités extérieures aux parties, elles emportent des conséquences dans les relations entre celles-ci. Cela n'est pas surprenant concernant les dispositions impératives, dans la mesure où l'existence de telles règles ne s'explique pas seulement par un impératif de protection de la collectivité toute entière, mais également afin de protéger les parties elles-mêmes. Cette solution doit tout particulièrement s'appliquer en matière de droits fondamentaux. Pourtant, une partie de la doctrine suggère que, en matière d'effet horizontal des normes européennes, l'application des droits fondamentaux respecte l'autonomie du droit privé¹¹⁷². Cette solution s'imposerait afin de faire un « *instrument de protection de la liberté individuelle* » et non, à défaut « *un instrument qui restreint la liberté de l'individu dans ses rapports avec d'autres particuliers* »¹¹⁷³. Dès lors, l'effet horizontal serait restreint à une utilisation pour la protection des droits de la personne contre un cocontractant plus fort. Si pareille analyse peut se prévaloir de la solution *Zolotas* par exemple, elle confond toutefois le pouvoir législatif dans son rôle d'adoption de règles générales et impersonnelles, susceptibles de protéger les intérêts du plus fort, et celui du pouvoir judiciaire dans son rôle de conciliation concrète d'intérêts antagonistes et de droits fondamentaux. C'est ainsi que, si chaque partie peut se prévaloir du principe de liberté contractuelle, son application est susceptible d'être appréciée par les juges au moyen du contrôle de proportionnalité privatisée.

355. S'agissant des dispositions supplétives, l'avocat général dans l'affaire *Aziz* rappelle dans ses conclusions que « *les parties ont souvent un intérêt légitime à ce que leurs relations contractuelles n'aient pas la même configuration que la situation légale* » et que la directive concernant les clauses abusives garantit le principe de liberté contractuelle en posant les critères du contrôle du caractère abusif des clauses¹¹⁷⁴. Par conséquent, davantage qu'une application mécanique de la loi aux actes juridiques privés, c'est un

¹¹⁷² SEIFERT Achim. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *Op. cit.*, §3.

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ CJUE 14 mars 2013, arrêt *Aziz*, conclusions de l'avocat général Julianne Kokott, *op. cit.*, §73.

contrôle *in concreto* que la CJUE pose afin d'assurer le respect du principe de liberté contractuelle, et le respect des règles légales. C'est selon une conception semblable que la Cour EDH, au moyen du contrôle de proportionnalité privatisée, concilie les intérêts des parties en s'appuyant sur le droit objectif. Une telle appréciation emporte des conséquences importantes en matière d'interprétation des actes juridiques privés.

§ 2 - Conséquences sur l'interprétation de l'acte juridique privé

356. Au cœur de la relation contractuelle et dans l'objectif de respecter la faculté de personnalisation des contractants au côté des règles préexistantes qui leur sont extérieures, le principe demeure celui de l'interprétation subjective de l'acte juridique privé (A). Par exception, au regard des critères précédemment dégagés, les directives d'interprétation objective s'appliquent, mais rencontrent des difficultés de mise en œuvre (B).

A - Le principe : l'interprétation subjective de l'acte juridique privé

357. Le principe de l'interprétation selon la commune intention des parties est reconnu par l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour ayant indiqué que sa jurisprudence s'appliquait, au-delà du testament, à tout acte juridique privé. L'application de ce principe est visible également au niveau des textes. Ainsi, en droit de l'Union, le projet de règlement consacre comme première règle générale d'interprétation celle selon laquelle « *le contrat s'interprète selon la commune intention des parties* »¹¹⁷⁵, de façon comparable à la règle de l'article 1156 du code civil français¹¹⁷⁶.

A ce principe, la doctrine a cru repérer, de longue date, une succession d'arrêts rendus par la Cour de cassation par lesquels elle aurait assumé sa mission d'unité du droit, appliquée à l'égard des actes juridiques privés. Une brève analyse démontre en réalité l'absence d'interprétation uniforme des actes juridiques privés, conformément au principe d'interprétation subjective de ces actes (1). En outre, les clauses aménageant une garantie

¹¹⁷⁵ Art.58 al. 1.

¹¹⁷⁶ Soulignant ce point : MILLEVILLE Sébastien. « L'interprétation des contrats dans la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente ». *LPA* 24/12/2013, n°256, p.35-37.

légale soulèvent une problématique particulière, pour laquelle la jurisprudence a opté pour l'absence d'interprétation conforme (2).

1 - L'absence d'interprétation uniforme des actes juridiques privés

358. Sur le fondement du principe de liberté contractuelle, les parties peuvent forger leurs propres clauses. Le principe de l'application de la directive d'interprétation selon leur commune intention met en œuvre cette liberté dans l'hypothèse d'une clause qui se révélerait ambiguë. Face à la multiplication des contrats et des clauses types, certains auteurs en ont appelé à un contrôle de ces clauses par la Cour de cassation, en raison de sa mission d'uniformisation du droit.

Par exemple, Professeur SIMLER rappelle que, au sujet des clauses de contrats standardisés ou de contrats-type, reproduits à de multiples exemplaires, « *la question est depuis fort longtemps posée de savoir si, dans certains cas, la mission de la Cour de cassation ne doit pas aller au-delà du simple contrôle de dénaturation et si elle ne doit pas comprendre le contrôle de l'interprétation elle-même* »¹¹⁷⁷. Pour Marie-Hélène MALEVILLE, c'est à partir des années 1940 que la Cour de cassation a « *progressivement (...) accepté d'unifier la lecture de certains stipulations contractuelles dans le cas où l'intérêt général est concerné, où les interprétations divergentes d'une même clause risquent de nuire à la*

¹¹⁷⁷ SIMLER Philippe. Jurisclasseur Civil, articles 1156 à 1164, Fasc. 20, *op. cit.* §82. Egalement BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §1113 : « *en présence de contrats-types, standardisés, contenant des formules identiques, la Cour de cassation intervient dans un but d'unification car des interprétations différentes de certaines clauses sont possibles, notamment dans le contrat d'assurance ou encore dans les conventions collectives de travail* » ; BENABENT Alain. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §274 : les contrats types « *sont en principe soumis au même régime [contrôle de dénaturation, ndlr] mais ils mériteraient un contrôle plus poussé car l'unification est nécessaire* ». V. également la mise en garde du doyen CARBONNIER selon laquelle « *la même convention, tirée à des milliers d'exemplaires pouvant donner lieu à des procès identiques, on pourrait craindre que la diversité des solutions ne fût (...) sentie comme une (...) insupportable inégalité entre citoyens (...)* » : CARBONNIER Jean. *Droit civil, Les obligations. Op. cit.*, p.272. Comp. « *De même, la cour a un rôle à jouer en ce qui concerne l'interprétation des contrats-types diffusés à des milliers ou millions d'exemplaires (...). Il y a en cette matière un besoin d'unité d'interprétation parce que, comme pour la loi, il serait très regrettable que plusieurs interprétations puissent coexister en France. Cela mènerait droit à l'injustice puisque la solution de chaque litige dépendrait du tribunal compétent, c'est-à-dire, en définitive, des règles de compétence territoriale* » : MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique. *Droit des obligations. Op. cit.*, §496.

sécurité des transactions »¹¹⁷⁸. Une telle évolution ne présente toutefois pas la régularité qu'on lui prête parfois¹¹⁷⁹. Plus catégorique aujourd'hui, le Professeur REVET appelle à « [officialiser] cette interprétation régulatrice, ce qui permettrait la généralisation de la mission d'unification de la Cour de cassation de l'interprétation des stipulations contractuelles reproduites en de multiples exemplaires »¹¹⁸⁰. Une telle jurisprudence s'avèrerait contraire au principe précédemment énoncé.

359. De fait, on constate des arrêts dans lesquels la Cour de cassation a semblé assumer un contrôle de l'interprétation de certaines clauses. Il convient toutefois de remarquer en préalable que les hypothèses dans lesquelles la Cour est intervenue sont, de l'aveu de la doctrine, « exceptionnelles et chargées d'hésitation »¹¹⁸¹. Elles sont au surplus déjà anciennes et l'exemple cité par le Professeur REVET de la définition la Cour de la « pénétration clandestine » d'une police d'assurance date de 1984¹¹⁸². Parmi les différents exemples de proposition de définition qu'aurait proposés *erga omnes* la Cour¹¹⁸³, celle de l'« *effraction* » retiendra l'attention. L'enjeu est de décider si la Cour de cassation opère dans cette hypothèse un contrôle approfondi de l'interprétation, reposant sur des éléments

¹¹⁷⁸ MALEVILLE Marie-Hélène. *Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle*. *Op. cit.*, n°164, §176.

¹¹⁷⁹ S'appuyant sur une série d'arrêts de 1950, 1960 et 1991, une partie de la doctrine constate qu'« en dépit de quelques arrêts isolés qui avaient pu laisser croire que la Cour de cassation s'orientait vers un contrôle de l'interprétation des contrats types afin d'assurer l'uniformité de celle-ci, la jurisprudence s'était fixée en sens contraire ». Elle ajoute, s'appuyant sur des arrêts de 1984 à 2009 que, « se refusant à traiter de manière identique la « confection » et le « cousu main », la Cour de cassation a récemment entrepris de procéder, sous couvert de dénaturation, à une interprétation de clauses reproduites à des milliers d'exemplaires dans des contrats d'assurances » : TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les obligations*. *Op. cit.*, §460.

¹¹⁸⁰ REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *RDC* 2015, n°1, p.199-206, §17.

¹¹⁸¹ AUBERT Jean-Luc. « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile ». *D.* 2005, p.1115 sq.

¹¹⁸² REVET Thierry. « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *Op. cit.*, §8.

¹¹⁸³ Outre la définition de l'« *introduction clandestine* » (Civ.1 24 janvier 1984, Bull. n°28), il est possible de citer celle du « *permis régulier* » (Civ. 18 mars 1942, S.1943, 1, 13, note HOUIN Roger. Civ. 27 avril 1963, RGAT 1964, 50. Civ. 4 mai 1964, Bull. n°226. V. sur cette notion MALEVILLE Marie-Hélène. *Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle*. *Op. cit.*, §179), de la « *direction de procès* » (Civ. 4 mai 1942 ; RGAT 1942, 168 ; JCP 1942, II, 1885. req. 20 juillet 1942, JCP 1942, II, 2004. V. sur cette notion MALEVILLE Marie-Hélène. *Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle*. *Op. cit.*, §179), ou encore de l'« *incendie* » (Civ.1 25 mars 1991, IR, p.105)

objectifs, en contradiction avec l'interprétation selon la commune intention des parties, qui constitue pour la Cour un contrôle allégé.

360. Dans un arrêt du 28 juin 1983, la Cour a pu ne pas se limiter à constater l'insuffisante précision de la garantie et le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond, mais a repris laborieusement les faits au sein de sa solution¹¹⁸⁴. La Cour en conclut que la garantie n'est pas due¹¹⁸⁵, solution critiquée par la doctrine selon laquelle la Cour opère « *masquée, s'immisçant par détournement du contrôle de dénaturation* »¹¹⁸⁶. Puis, dans un arrêt remarqué du 16 mai 1995, la Cour de cassation a pu affirmer que « *le fait de voler par effraction les clés d'un véhicule, puis de les utiliser pour le dérober, équivaut à l'effraction du véhicule lui-même* »¹¹⁸⁷, solution défendue par le rapporteur Pierre SARGOS¹¹⁸⁸ et mise en lumière par le rapport annuel de la Cour¹¹⁸⁹. Il convient toutefois de relever que, dans cette affaire, la Cour était en présence d'une clause d'exclusion de garantie ne définissant pas la

¹¹⁸⁴ Civ.1 28 juin 1983, pourvoi n°82-11289, Bull. n°187 (2) : « *Mais attendu que l'arrêt attaqué énonce qu'il résulte de l'enquête de police qu'un premier individu est entré dans le magasin de M.X... en paraissant s'intéresser à des tableaux exposés dans la vitrine, qu'il a ensuite braqué un revolver sur Mme.X... en disant « bijoux-caisse » et qu'à ce moment-là deux autres individus sont entrés et se sont emparés de bibelots et de bijoux* ».

¹¹⁸⁵ « *Que c'est, dès lors, sans dénaturer le contrat d'assurance que la cour d'appel a admis que le vol avait été commis dans les conditions prévues à ce contrat* », *Ibid.*

¹¹⁸⁶ ROCHFELD Judith, Jacques GHESTIN (Dir.). *Cause et type de contrat*. Thèse de doctorat, droit privé. Paris : Université de Paris I, 1997. Paris : LGDJ, 1999, 632p. (Bibliothèque de droit privé), n° 381, cité notamment par REVET Thierry. « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *Op. cit.*, §8.

¹¹⁸⁷ Civ.1 16 mai 1995, pourvoi n°92-15310, Bull. n°208 ; *D.* 1995, rapp. SARGOS Pierre, p.349 ; *RGAT* 1995, p.533. En l'espèce, le contrat d'assurance comportait une clause d'exclusion de la garantie s'agissant des « *vols sans effraction du véhicule* ». Or, l'assuré avait laissé sa voiture dans le garage d'une société et en avait remis les clés à l'un des responsables. Un vol par effraction avait été commis dans les locaux de cette société et les voleurs s'étaient enfuis avec les clés du véhicule ainsi que, peu après, avec le véhicule lui-même. Disposant des clés, les voleurs n'avaient pas fracturé la porte de l'automobile, de sorte que l'assurance avait refusé sa garantie. La Cour d'appel avait condamné l'assureur à exécuter la garantie, lequel avait formé un pourvoi en cassation sur le fondement de l'article 1134 du Code civil pour dénaturation de la clause d'exclusion de garantie. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

¹¹⁸⁸ « *Devant les contradictions multiples tenant à des divergences d'interprétation d'une clause fréquente dans les polices d'assurance, nous avons décidé (...) de définir nous-même l'introduction clandestine comme étant « toute entrée intervenue à l'insu de l'assuré et dans un but illicite »* » : SARGOS Pierre, rapporteur, *D.* 1995. *Op. cit.*

¹¹⁸⁹ Le rapport annuel, tout en laissant apparaître le caractère peu orthodoxe d'une telle définition d'une clause contractuelle donnée par la Cour de cassation, soulignait qu'elle était « *reproduite à des milliers d'exemplaires dans les polices, ce qui impliquait une unité d'interprétation* » : Cour de cassation, Rapport annuel 1995.



notion d'« *effraction* ». Aussi cette espèce doit être distinguée des hypothèses dans lesquelles le contrat définit la notion¹¹⁹⁰. Ainsi par exemple, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1981, alors que le contrat délimitait de manière claire et précise l'étendue de la garantie, la clause a été intégralement reportée dans la solution de la Cour de cassation qui, confrontée à un cas de contrainte qui n'était pas compris dans la garantie, a confirmé le rejet par la Cour d'appel des prétentions de l'assuré¹¹⁹¹. Ainsi, l'acte juridique, malgré sa reproduction à des milliers d'exemplaires, demeure une norme individuelle¹¹⁹².

361. Ces arrêts mis en valeur par la Cour et par la doctrine, s'ils illustrent un contrôle poussé en matière d'interprétation, dans des circonstances précises, n'emportent pas la conviction que le Cour de cassation assume une mission d'unité d'interprétation des actes juridiques privés. D'abord, en attribuant un sens clair et exclusif de toute dénaturation alors qu'il est manifestement différent de celui qui résulte de la commune intention des parties, la Cour de cassation prend le risque d'attribuer aux parties une volonté qui n'est pas celle partagée à l'origine. Or, la Cour EDH a précisé que cette utilisation de l'interprétation était contraire au contenu de la Convention EDH, à l'occasion de l'arrêt *Pla et Puncernau*¹¹⁹³. En outre, ce contrôle ne prend pas en compte deux critères. Le premier est celui de la négociation, pour lequel le droit de l'Union indique qu'à défaut d'une telle opération, il emporte un contrôle portant sur l'équilibre de la clause et son caractère potentiellement abusif. Il convient de rappeler que ce contrôle s'effectue *in concreto*.

En outre, à défaut de négociation, le droit de l'Union utilise, dans un objectif de protection du consommateur, le critère de l'information communiquée par le professionnel à destination du consommateur, avant la formation de l'acte juridique privé. Selon la CJUE,

¹¹⁹⁰ Civ.2 13 octobre 2005, pourvoi n°04-13048 ; Civ.2 24 mai 2006, pourvoi n°04-20804 ; Civ.2 14 juin 2007, pourvoi n°06-15670, Bull. n°154 ; Civ.2 12 mars 2009, pourvoi n°08-12652.

¹¹⁹¹ Civ.1 1^{er} juillet 1981, pourvoi n°80-12656, Bull. n°240.

¹¹⁹² « *La fréquence d'application des contrats concernés est sans commune mesure avec la généralité de la loi* » de sorte qu'« *il demeure que la Cour de cassation apprécie ainsi des éléments contractuels* » : AUBERT Jean-Luc. « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile ». *Op. cit.* V. également, rappelant la justification de la position traditionnelle de la Cour de cassation, REVET Thierry. « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *Op. cit.*, §2 : « *La Cour de cassation n'a pas à assurer l'unité d'interprétation des clauses contractuelles puisqu'elles ne se rapportent qu'à un acte unique ; le particularisme du contrat rend inconcevable une divergence d'interprétation de la même clause dans le cadre de contentieux différentes (compte tenu, par ailleurs du mécanisme de l'autorité de la chose jugée)* ».

¹¹⁹³ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62. Sur ce point V. *supra*, §138 sq.

« en effet, l'information, avant la conclusion d'un contrat, sur les conditions contractuelles et les conséquences de ladite conclusion est, pour un consommateur, d'une importance fondamentale. C'est, notamment, sur la base de cette information que ce dernier décide s'il souhaite se lier par les conditions rédigées préalablement par le professionnel »¹¹⁹⁴. Par conséquent, le critère de l'information participe de l'essence du principe de liberté contractuelle. Au travers de certaines espèces ayant donné lieu à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, il est possible de prétendre que l'absence de définition du terme interprété constituait un manquement au critère de l'information et aurait dû guider le juge dans sa recherche de solution. D'une certaine manière, au-delà de l'existence même de l'obligation spécifique d'information, c'est le sens l'arrêt *Zolotas* de la Cour EDH que d'exiger d'un professionnel qu'il partage les informations dont il a connaissance et qui sont susceptibles de porter préjudice à son cocontractant. De manière comparable, la CJUE, dans un arrêt *Van Hove*, a indiqué que l'exigence de rédaction « *claire et compréhensible* » au sens de la directive relative aux clauses abusives s'entendait comme une clause par laquelle « *le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui* »¹¹⁹⁵. Par conséquent, à défaut pour le contractant d'avoir clairement exposé ce à quoi il s'engageait, il revient au juge d'intervenir dans la relation contractuelle afin de rétablir un équilibre contractuel. Si une obligation générale peut être dégagée en raison de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH, comme dans l'arrêt *Zolotas*, ce n'est pas pour autant une définition contractuelle qui, par voie d'interprétation, doit être posée par le juge pour restaurer cet équilibre contractuel.

Enfin, si la Cour s'autorise un contrôle plus poussé en présence d'un acte juridique privé ambigu, à l'égard duquel le contractant a consenti en pensant être garanti, il est possible que la Cour apprécie les faits afin d'opérer elle-même le contrôle de proportionnalité privatisée, avant de conférer un sens à l'acte des parties. Cette hypothèse revient à prétendre que cette jurisprudence de la Cour de cassation, sous réserve d'appropriation des mécanismes de cette forme d'interprétation, s'analyse comme une application de

¹¹⁹⁴ CJUE 21 mars 2013, arrêt *Vertrieb*, aff.C-92/11, §44.

¹¹⁹⁵ CJUE 23 avril 2015, arrêt *Van Hove*, aff.C-96/14, dispositif.



l'interprétation-dérogation¹¹⁹⁶. Elle s'inscrit dans ce que la doctrine repère comme l'« existence de politiques d'interprétation »¹¹⁹⁷, et pour laquelle elle constate que « le contrôle de la dénaturation est donc loin d'avoir le caractère quasi mécanique que l'on pouvait, au premier abord, imaginer. La marge d'appréciation est telle qu'elle réduit d'autant, ou du moins corrige celle, qui reste cependant importante, laissée aux juges du fond »¹¹⁹⁸. En accord avec cette affirmation, ce contrôle de la Cour de cassation contraint les juges du fond à prendre en considération les circonstances de chaque affaire et, lorsque le principe de l'interprétation selon la commune intention des parties aboutit à un résultat déséquilibré, à conférer un sens à la clause plus respectueux de cet équilibre.

362. A ces arguments, il convient de noter un reflux de cette jurisprudence, aujourd'hui achevé¹¹⁹⁹ mais que la doctrine n'a pas toujours validé¹²⁰⁰. Ainsi, par deux arrêts du 2 mars et du 8 juillet 1994, la Cour a mis fin aux espoirs de contrôle de la définition contractuelle de la notion d'« accident » dans les contrats d'assurance¹²⁰¹. Par trois arrêts du 9 février 1999, c'est de manière laconique qu'elle a mis fin au contrôle de dénaturation des définitions contractuelles de l'« invalidité » dans les contrats d'assurance de groupe¹²⁰². Ce reflux d'un contrôle de la Cour de cassation peut encore être perçu s'agissant de la notion d'« aléa » par

¹¹⁹⁶ V. *supra*, §285 sq.

¹¹⁹⁷ SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 20, *op. cit.* §62. La doctrine définit l'existence de ces politiques de la manière suivante : « Suivant ce qui lui paraît juste, ou équitable, ou conforme à l'intérêt général, [la Cour de cassation] peut ou non qualifier de claire et précise telle clause usuelle ou telle stipulation ».

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ Nombreux en effet sont les auteurs à expliquer que le reflux de cette jurisprudence par la volonté de la Cour de ne pas assumer un contentieux important en nombre, et à mettre par conséquent les assureurs face à leurs responsabilités : V. par exemple MALEVILLE Marie-Hélène. Note sous Civ.1 9 février 1999, *D.* 1999, p.399, *op. cit.* ; Rapport SARGOS Pierre, *JCP* 1999, II, n°10047.

¹²⁰⁰ Concernant la doctrine qui considère que la Cour de cassation opère un contrôle plus poussé ou devrait franchir le pas, V. *supra* §358. En sens contraire : « Cette jurisprudence est intermittente et contestée » : MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations. Op. cit.*, §773. Comp. « On constate en fait une tendance (légère) de la Cour de cassation à admettre plus facilement à leur égard le contrôle de la dénaturation » : BENABENT Alain. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §274.

¹²⁰¹ Civ.1 2 mars 1994, pourvoi n°92-13266, Bull. n°80 ; Civ.1 8 juillet 1994, pourvoi n°92-16204, Bull. n°236.

¹²⁰² Civ. 1 9 février 1999, pourvois n°96-22513, 96-20882, 97-10810, Bull. n°45, *D.* 1999, p.339, note MALEVILLE Marie-Hélène ; *JCP* 1999, II, 10047, Rapport SARGOS Pierre ; *RCA* 1999, Chron. n°11, GROUTEL HUBERT ; Rapport de la Cour de cassation 1999, p.405.

l'arrêt du 10 juin 2000¹²⁰³ ainsi que de la faute intentionnelle par un arrêt du 4 juillet 2000¹²⁰⁴. En matière d'effraction, confronté à un contrat plus précis qu'en 1995 mais pour des circonstances similaires, elle a sèchement censuré une Cour d'appel pour avoir étendu la garantie du vol avec effraction du véhicule au vol des clés permettant de dérober le véhicule¹²⁰⁵.

363. Il est possible d'ajouter l'hypothèse – proche – dans laquelle la Cour opère un contrôle plus poussé sur l'interprétation de la clause des parties, mais en se fondant sur un texte légal¹²⁰⁶. En effet, toujours s'agissant de la définition de l'effraction, le juge s'est parfois reporté au Code pénal¹²⁰⁷. C'est sur le fondement exprès de cet article que la Cour d'appel de Reims s'est prononcée dans un arrêt du 3 décembre 2007¹²⁰⁸. Or, cet arrêt de la Cour d'appel de Reims a été cassé par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 1134 du Code civil¹²⁰⁹. Par ailleurs, la Cour eu l'occasion de préciser que, en cas de présence d'une définition contractuelle de l'effraction, une contrariété peut apparaître entre les juridictions

¹²⁰³ Civ.1 20 juin 2000, pourvoi n°97-22681, Bull. n°189.

¹²⁰⁴ Civ.1 4 juillet 2000, pourvoi n°98-10744, Bull. n°203.

¹²⁰⁵ Civ.2 12 mars 2009, *op. cit.*

¹²⁰⁶ S'agissant d'une affaire singulière, V. la solution rigoureuse de la Cour de cassation fondée sur l'acte juridique privé et l'article 1134 du Code civil : LE GALLOU Cécile. « Interprétation du contrat d'assurance : rien que le contrat ! ». *Revue Lamy Droit Civil* 2012, n°97, p.13-14.

¹²⁰⁷ Art. 132-73 C. pén. Bien que la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 mai 1995 précité, ne fasse pas mention de ce fondement légal de la définition de l'effraction, sa solution est conforme à la définition de l'effraction donnée par le Code pénal, qui mentionne l'hypothèse d'un forcement obtenu par des clés indûment obtenues.

¹²⁰⁸ A noter que cet arrêt est rendu sur le double fondement des articles 1134 et 1135. Il s'agissait en l'espèce du vol d'un véhicule commis au moyen de clefs dérobées dans le hall d'entrée du domicile de l'assuré. Les juges du fond précisent dans cette espèce que « *l'effraction, à défaut de définition contractuelle, doit être comprise au sens de l'article 132-73 du Code pénal* », de sorte que l'usage de fausse clé est assimilable légalement à une effraction : CA Reims, 1^{ère} chambre civile, 3 décembre 2007, RG n°06/03209. V. également les arrêts censurés par la Cour de cassation : Civ.1 2 mai 1990, pourvoi n°87-18825, Bull. n°89, Civ.1 17 juillet 1990, pourvoi n°89-15081.

¹²⁰⁹ Civ.2 12 mars 2009, *op. cit.* En outre, s'inspirant de l'arrêt du 17 juillet 1990, un assuré s'était fondé, dans son pourvoi en cassation, sur les articles 1134, 1135 ensemble l'article 132-73 du Code pénal pour reprocher à la Cour d'appel de n'avoir pas interprété correctement le terme d'« *effraction* » qui figurait dans sa police d'assurance. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, confirmant le bien-fondé de la solution des juges du fond qui avaient appliqué le terme « *effraction* » au sens de la définition qu'en donnait le contrat d'assurance : Civ.2 13 octobre 2005, *op. cit.*

civiles et pénales¹²¹⁰. Ainsi, il ne reste donc plus grand chose de la jurisprudence aventureuse interprétant une clause des parties conformément à une règle de droit objectif. Si un contrôle plus poussé de la Cour de cassation devait se développer, il ne devrait pas poursuivre l'objectif d'uniformisation des clauses contractuelles mais, au contraire et conformément aux droits européens, être investi dans une appréciation concrète limitée aux faits de l'espèce, au service de la détermination d'un sens équilibré à l'acte juridique privé formé par les parties.

364. Par principe, la règle de l'article 1134 du Code civil s'impose donc. Et la Cour de cassation le rappelle avec fermeté aux juges du fond qui n'ont pas suffisamment analysé le texte conventionnel. L'arrêt du 2 octobre 2008 est révélateur en la matière, puisque la Cour censure le juge de proximité pour n'avoir pas « *[analysé] les stipulations contractuelles* »¹²¹¹, ce qui ne permet pas à la Cour d'exercer pleinement son contrôle de la dénaturation¹²¹². En outre, la Cour de cassation censure au motif que la juridiction de proximité a tranché « *sans rechercher si les circonstances ayant entouré le vol entraient dans le champ de la garantie ou en étaient exclues* », confirmant que chaque acte juridique privé et unique et appelle une appréciation *in concreto*¹²¹³.

Par conséquent, le contrôle de l'interprétation par les juges du fond de clauses reproduites à plusieurs milliers d'exemplaires n'a rien de systématique. Le principe demeure l'interprétation subjective, selon une appréciation *in concreto*. Si certains arrêts peuvent apparaître dérogatoires, il est soutenu que ce n'est pas parce que la Cour de cassation cherche à conférer une interprétation à une clause allant au-delà de la chose jugée, mais parce qu'elle opère un contrôle, au-delà de la problématique de la dénaturation, sur le

¹²¹⁰ Ainsi, dans une espèce où un cambrioleur avait été condamné pour vol avec effraction par les juridictions pénales, les juridictions civiles ont refusé de contraindre l'assurance à garantir la victime. En effet, le contrat d'assurance exigeait la preuve d'une effraction de la maison d'habitation elle-même, tandis que le cambrioleur s'était introduit dans la propriété en enfonçant le portail de la villa avec une voiture bélier, puis en utilisant la porte-fenêtre dont la serrure n'avait pas été verrouillée : Civ.2 24 mai 2006, pourvoi n°04-20804.

¹²¹¹ Civ.2 2 octobre 2008, pourvoi n°07-17315.

¹²¹² Comme le relève AUBERT, le contrôle de la dénaturation « *amène le juge de cassation à des investigations qui débordent son rôle habituel : il lui faut se saisir de l'écrit et en apprécier la rédaction comme la construction. C'est bien là un contrôle du fait – de certains éléments du fait de l'espèce* » : AUBERT Jean-Luc. « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile ». *Op. cit.*

¹²¹³ Civ.2 2 octobre 2008, *op. cit.*

contrôle de proportionnalité privatisée effectué par les juges du fond. Il en résulte alors un sens conféré à la clause, qui s'impose seulement entre les parties.

2 - L'absence d'interprétation conforme des clauses aménageant une garantie légale

365. Stipulant sur un objet pour lequel le droit objectif effectue une proposition, les parties ont le choix de suivre celle-ci, notamment par leur silence, ou de l'aménager en tout ou partie. Cette possibilité est conforme au droit européen qui fait de la volonté des parties, au travers du principe de liberté contractuelle, un droit protégé. Dans l'appréciation d'un équilibre contractuel, les clauses dites « mixtes », c'est-à-dire combinant des extensions et des restrictions par rapport à la garantie légale, posent un cas particulier et révélateur de la protection de la liberté contractuelle des parties au travers de l'interprétation¹²¹⁴.

La problématique qui se pose est de savoir si, en présence d'une ambiguïté affectant la clause mixte, il est permis de prendre pour référence la garantie légale. La doctrine demeure partagée. Une partie d'entre elle, s'inscrivant dans une logique d'interprétation objective, soutient qu'il faut partir de la garantie légale et observer les modifications apportées par les parties. Si sur un point les parties ne se sont pas exprimées, la garantie légale trouve à s'appliquer, en sa qualité de règle supplétive de volonté. Pour permettre aux garanties de se compléter l'une l'autre, elle explique qu'elles sont de même « *nature* », au motif que la garantie légale participe, comme la garantie conventionnelle, du contrat¹²¹⁵. Une autre partie de la doctrine est encline à préconiser une comparaison du contenu de chacune des garanties conventionnelle et légale. En effet, d'une certaine manière, la clause mixte est une qualification intermédiaire, avant une requalification en clause extensive ou exclusive ou

¹²¹⁴ Sur les clauses mixtes, V. notamment HUET Jérôme. « Vente. Garantie légale contre les vices cachés. Domaine de la garantie. Généralités. » *Jurisclasseur Droit Civil*, articles 1641 à 1649, Fasc. 60, 2012, §63 sq. ; BARRET Olivier. *Rép. D. Civil*, Vente, 3^e Effets, §640 sq.

¹²¹⁵ « *Mais la garantie ne change pas pour autant de nature, le seul fait de l'avoir conventionnellement réglée ne transforme pas l'obligation de garantie en une « obligation contractuelle » quelconque (...). La garantie « contractuelle » est une garantie, comme la garantie « légale ». Pour éviter le piège de ces qualificatifs approximatifs, il suffit de cette constatation élémentaire que la garantie dite « légale » est tout aussi « contractuelle » que la garantie dite « contractuelle » : elle naît de la vente* » : REMY Philippe. *Commentaire sous Com. 2 mai 1990, RTD Civ.* 1991, p. 136. *Contra* : DUGORNE-LABBE Yannick. *Note sous Com. 2 mai 1990, LPA* 29 mars 1991, n°38, p.16.

limitative de garantie. L'utilisation des termes appelle cette opération puisque la clause, pour être qualifiée, doit être comparée aux règles de droit objectif.

366. La Cour de cassation retient cependant une solution différente. Par exemple, en matière de dénaturation, la Cour de cassation a rendu une décision à propos d'une garantie en responsabilité civile après livraison d'un bien vendu, comportant une clause qui excluait le défaut de conformité. La Cour d'appel avait étendu le champ d'application de cette clause d'exclusion au motif que la directive européenne du 25 mai 1999 fusionnait la garantie des vices cachés et le défaut de conformité. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa notamment de l'article 1134 du Code civil au motif « *qu'en étendant ainsi le champ d'application de cette clause, claire et précise, qui n'excluait pas les dommages immatériels non consécutifs résultant de vices cachés, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹²¹⁶. Ainsi, la Cour de cassation rappelle que, par leurs stipulations, les parties se soustraient – hors les règles de droit impératives – à la sphère de droit objectif.

Dans une autre affaire concernant des problèmes de corrosion de citernes, la garantie conventionnelle protégeant contre les vices prévoyait un délai de dix ans mais sans mentionner de délai pour la formation de l'action¹²¹⁷. Les sociétés en garantie, déclarées responsables du préjudice en appel, ont formé un pourvoi, soutenant qu'« *à défaut de stipulation contractuelle contraire* », la garantie conventionnelle obéissait au bref délai de la garantie légale¹²¹⁸. Elles considéraient ainsi que le silence des parties devait être comblé par les dispositions de la garantie légale. La Cour de cassation n'a pas fait droit à la demande, affirmant que, par principe, le bref délai de l'article 1648 ne pouvait recevoir une application conventionnelle, sauf en présence d'une stipulation expresse dans le contrat¹²¹⁹. Ainsi, dès lors que les parties ont introduit dans leurs prévisions contractuelles une garantie possédant le même objet que la règle proposée par le droit objectif, elles ne peuvent plus en réclamer

¹²¹⁶ Civ.1 12 juillet 2012, pourvoi n°11-23088. HELLERINGER Geneviève. « Avec quelle force le collier de la directive « vente » enserme-t-il la liberté contractuelle ? ». *RTDE* 2013, n°2, p.39-41.

¹²¹⁷ Com. 2 mai 1990, pourvoi n° 88-15930, Bull. n°132 ; *RTD Civ.*1990, p.136, obs. REMY Philippe; *LPA* 29/03/1991, p.16, n°38, note DAGORNE-LABBE Yannick.

¹²¹⁸ *Ibid.*

¹²¹⁹ La Cour de cassation indique précisément que « *sauf stipulation contraire, les dispositions de l'article 1648 du Code civil ne s'appliquent pas à l'action tendant à faire sanctionner l'inexécution par le vendeur d'une obligation contractuelle de garantie* ».



le secours pour interpréter leur création¹²²⁰. Formulé autrement, le régime de la garantie légale ne peut venir pallier l'absence de détermination de durée de la garantie conventionnelle¹²²¹. Cette solution fait l'objet d'une jurisprudence constante¹²²².

367. Ainsi, la jurisprudence décide que la directive d'interprétation conforme ne s'applique pas. Cette solution est logique au regard du droit de l'Union. En effet, à suivre le raisonnement du droit européen, le législateur national a élaboré les règles pour chaque garantie et chaque contrat après avoir mis en balance les intérêts légitimes de tous les cocontractants¹²²³. Ainsi, opérer une interprétation conforme relativement à une partie de la garantie légale n'aurait pas de justification. Aussi, plutôt que d'affirmer, comme une partie de la doctrine, que « *la Cour de cassation se fait (...) juge du degré de densification normative de la règle à laquelle se sont soumises les parties* », il est préférable de considérer que le juge distingue ce qui peut relever d'une recherche de la commune intention des parties d'une part, ce qui ne peut relever que d'une interprétation objective d'autre part¹²²⁴.

¹²²⁰ En l'espèce, en l'absence de stipulation expresse des parties et à défaut de pouvoir opérer une interprétation conforme à la règle possédant le même objet que la stipulation, demeurerait possible le recours aux règles de droit commun de la prescription : V. en ce sens : BARRET Olivier. *Op. cit.*, §660 : « *si l'acheteur choisit d'exercer l'action fondée sur la garantie contractuelle, cette action n'est pas soumise à la règle du bref délai, mais à la prescription de droit commun* ». A la suite de la réforme, le délai de prescription avec un commerçant est de cinq ans selon l'article L110-4 du Code de commerce, comme entre particuliers selon l'article 2224 du Code civil. En outre, cette règle peut faire l'objet d'aménagements. A défaut de stipulation comme en l'espèce, elle s'impose de plein droit.

¹²²¹ Comme le démontre le Professeur GHESTIN, le régime juridique de la garantie conventionnelle n'a cessé de progresser vers un régime autonome, excluant par conséquent toute interprétation par référence à la garantie légale. Selon lui, les actions fondées sur la garantie légale et la garantie conventionnelle ne sont pas dépendantes l'une de l'autre, la mise en œuvre de la garantie conventionnelle ne constituant pas un préalable à celle de la garantie légale. Par conséquent, il faut considérer les garanties légale et conventionnelle comme strictement distinctes. GHESTIN Jacques. *Les articles 1622 et 1648 du Code Napoléon*. In Mélanges offerts à Marcel Fontaine. Paris : Larcier, 2003, 889p. Spéc. p.167 sq.

¹²²² Ainsi, elle a été confirmée en des termes identiques en matière de vente de menuiseries de portes et fenêtres dont le mastic avait causé des désordres : Civ.1 6 juillet 1999, pourvoi n°97-19847. Elle a été confirmée également en matière de vente d'un véhicule automobile : Civ.1 22 juin 2004, pourvoi n°01-14696.

¹²²³ CJUE conclusions de l'avocat général Verica TRSTENJAK, aff.C-92/11, §47.

¹²²⁴ PIGNARRE Geneviève. « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ». *Op. cit.*, §40.



En revanche, la jurisprudence considère que ces garanties contractuelles ne se substituent pas mais s'ajoutent à la garantie légale¹²²⁵. Ainsi, les tribunaux ne se livrent pas à une appréciation globale des garanties légales et conventionnelles, mais distinguent parmi les stipulations celles qui sont plus favorables que la garantie légale, elles seules étant considérées comme licites. La principale conséquence consiste pour le bénéficiaire d'une clause¹²²⁶ à se prévaloir de la règle la plus avantageuse pour lui¹²²⁷.

B - Les difficultés de l'interprétation objective

368. Au principe de l'interprétation subjective de l'acte juridique privé, les cours européennes prévoient par exception l'application d'une interprétation objective dans deux hypothèses¹²²⁸. La première résulte, dans les contrats de consommation, de l'absence de négociation de la clause, dont le droit de l'Union en particulier prévoit l'application de la règle la plus favorable au consommateur¹²²⁹. La seconde résulte de la confrontation d'une clause avec un élément essentiel du contrat. Dans cette hypothèse, si les cours européennes prévoient la possibilité d'une interprétation conforme, il apparaît toutefois que cette directive ne s'applique qu'après avoir recherché la commune intention des parties. C'est ce qui résulte tout spécialement de l'arrêt *Pla et Puncernau*, qui précise que toute interprétation conforme est précédée de la recherche de la volonté des parties¹²³⁰. Or, le respect de cette étape se

¹²²⁵ Com. 30 mai 1967, Gaz. Pal. 1967, 2, 79, cité par BARRET Olivier. *Ibid.*, §659.

¹²²⁶ V. pour une interprétation contre le vendeur : ANCEL Pascal. « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière ». *RTD Com.* 1979, p. 203 sq. L'auteur critique la solution jurisprudentielle selon laquelle il ne faut pas, en cas de silence des parties, rechercher le délai de la garantie conventionnelle dans le bref délai de la garantie légale. Il s'impose selon lui que ce délai s'applique dans un but de sanction du vendeur.

¹²²⁷ V. notamment Civ.1 5 mai 1982, pourvoi n°81-10315, Bull. n°163 ; cité par BARRET Olivier. *Op. cit.*, §660. Cette solution se fonde plus particulièrement sur l'option offerte à l'acheteur entre l'action réhibitoire et l'action estimatoire, qui ne peut être refusée à celui-ci sur le fondement d'une garantie conventionnelle. V. Civ.2 11 juillet 1974, pourvoi n°73-10415, Bull. n°231, la décision étant rendue au visa de l'article 1644 du Code civil et comportant un attendu de principe.

¹²²⁸ Le droit interne également prévoit également des exceptions, tant en droit commun (art. 1162 C. civ.) qu'en droit spécial (art. L133-2 al. 2 C. cons.).

¹²²⁹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *op. cit.*, art. 5.

¹²³⁰ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.



heurte à la difficulté de la reconnaissance même de l'opération d'interprétation, confondue avec l'opération de qualification.

369. Lorsqu'une convention soulève à la fois un problème d'interprétation et de qualification juridique, il convient donc tout d'abord d'apprécier ce que les parties ont souhaité réaliser¹²³¹. En cas d'équivocité, l'interprétation de la commune intention des parties s'impose. Cependant, le raisonnement du juge est formalisé par un syllogisme, ce raisonnement déductif ayant pour effet de faire davantage ressortir l'opération de qualification¹²³².

370. Le syllogisme est le fruit d'une réflexion préalable, dont il n'est que le résultat. Il permet de faire comprendre le raisonnement retenu, non la méthode ayant permis ce résultat. MOTULSKY, au cours de la critique d'une thèse portant sur le droit suisse, indique qu'« *après un vague regard « synchrétique » sur l'ensemble de la situation, le juge doit d'abord « élucider les notions légales » afin de pouvoir se rendre compte des faits dont l'existence est nécessaire (...) »*¹²³³. La définition même de la qualification juridique laisse présager de la solution. Ainsi, l'élément de fait est comparé aux éléments essentiels d'une catégorie juridique préexistante pour en vérifier l'adéquation. Pourtant, le syllogisme peut apparaître exact dans son expression. La méthode, quant à elle, révèle clairement un forçage de l'interprétation des éléments essentiels lorsque la commune volonté des parties n'est pas établie. C'est ainsi que le juriste, confronté à un syllogisme dont la majeure porte sur le contrat d'échange, non de vente¹²³⁴, sa conclusion s'impose d'elle-même¹²³⁵.

¹²³¹ V. notamment SIMLER Philippe. *Jurisclasseur Code civil* : art. 1156 à 1164, Fasc. 10, *op. cit.*, §19 à 21.

¹²³² Par exemple, Toute cession réciproque de choses est un contrat d'échange (*Majeure*)

Or, les parties ont opéré une cession réciproque de choses (*mineure*)

Donc les parties ont formé un contrat d'échange (*conclusion*)¹²³²

dans lequel « les parties » est le sujet; le « contrat d'échange » le prédicat; « la cession réciproque » le moyen terme.

¹²³³ Au contraire de ce que défendait la thèse critiquée, MOTULSKY ajoute que le juge « *ne peut pas et ne va pas constater « les faits » sans connaître ceux dont la loi est disposée à faire découler les conséquences* ». MOTULSKY Henri. *RIDC* 1949, p.206 sq.

¹²³⁴ Cette méthode est confirmée notamment par RABAULT Hubert. *L'interprétation des normes: les limites du pouvoir du juge*. Thèse doctorale, droit. Paris; Université de Paris I, 1994, p.129. « *Il est possible (...) de concevoir que les éléments de la démarche, les prémisses soient inversés. La mineure correspondant au fait est portée en tête, puis vient la majeure comprenant la règle de droit; enfin la conclusion* » ; COËT Philippe. *Les*



371. La validité de la conclusion est subordonnée à la véracité de la mineure. Ainsi, un second syllogisme s'impose, mais qui ne fait que déplacer la difficulté¹²³⁶. Si la recherche de la commune intention des parties aboutit, la mineure s'en trouve vérifiée. A défaut, le système juridique français a favorisé le développement d'un syllogisme « régressif » ou « ascendant »¹²³⁷. Cette inversion du raisonnement logique s'explique par deux raisons. L'une d'elle reprend l'argument selon lequel le syllogisme se construit *a posteriori* en droit. L'autre raison est fondée sur la portée de l'opération d'interprétation – question de fait¹²³⁸ – tandis que la question de la qualification juridique – question de droit – est contrôlée par le juge de cassation¹²³⁹. Ainsi, l'opération d'interprétation est pervertie par les juges du fond qui,

notions-cadres dans le Code civil, Etude des lacunes intra-legem. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris II, 1985, p.218. « Dans le raisonnement juridique, la conclusion est bien souvent posée d'avance, et il s'agit de trouver les moyens permettant de la justifier en procédant « à rebours » ». « Il arrive fréquemment que le juge parte de la solution qui lui apparaît plus ou moins intuitivement comme juste et qu'il n'utilise le raisonnement syllogistique qu'au stade de la rédaction formelle de la décision », GHESTIN Jacques, GOUBEUX Gilles, et avec la collaboration de FABRE-MAGNAN Muriel. *Traité de droit civil, Introduction générale.* Paris : LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n°55.

¹²³⁵ Le syllogisme ne laisse une option qu'à deux branches La première branche consiste pour la mineure à nier le conséquent – la cession équivoque de choses dans le syllogisme n°2 – de sorte que la conclusion niera l'antécédent – toute cession d'un cheval contre un livre – pareille solution n'étant guère satisfaisante. La seconde branche consiste pour la mineure à confirmer l'antécédent, et par conséquent à affirmer le conséquent.

¹²³⁶ Toute cession d'un cheval contre un livre est une cession réciproque de choses (Majeure)

Or, les parties ont cédé le cheval pour l'un contre le livre pour l'autre (mineure)

Donc les parties ont opéré une cession réciproque de choses (conclusion)

dans lequel « les parties » est le sujet; la « cession réciproque de choses » le prédicat; « la cession d'un cheval contre un livre » le moyen terme.

¹²³⁷ « Lorsqu'une convention soulève à la fois des problèmes d'interprétation et de qualification, ce qui est relativement fréquent, les juges du fond disposent d'un moyen d'imposer la qualification à laquelle correspond nécessairement la qualification voulue ». SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 10. *Op. cit.*, §21.

¹²³⁸ L'auteur relève ce pouvoir souverain comme un élément important mais n'en tire pas de conclusions sur son influence dans le processus décisionnel des juges du fond. BILON Jean-Louis. « L'aide informatisée à la décision judiciaire ». *RIDC* 1990, n°2, p.855-861. Spéc. p.860.

¹²³⁹ MOTULSKY dans l'article précité met l'accent sur la distinction entre le fait et le droit, affirmant que « prendre un fait et essayer de le faire entrer dans une catégorie juridique par la voie de la fameuse « subsumption » (...), c'est du tâtonnement; rechercher les conditions de la règle et vérifier si elles trouvent un écho dans les faits, c'est de la méthode. Et il suffit, à mon sens, de prendre conscience de ce mécanisme pour que la distinction entre le fait et le droit s'opère sans difficulté », MOTULSKY Henri. *Op. cit.*, p.206.

retenant l'interprétation qui leur permet d'aboutir à la qualification juridique souhaitée, sont tout de même à l'abri de la censure de la Cour de cassation. Le raisonnement prend alors la forme d'un poly syllogisme régressif¹²⁴⁰.

372. Le syllogisme n'est plus déductif mais inductif. Surtout, par ce raisonnement, la véracité des précédentes *mineures* ne sont pas davantage vérifiées, mais posées en qualité de *Majeures*. Ce raisonnement constitue une critique à l'égard de la qualification des faits, question de fait, puisqu'il n'est pas réservé aux hypothèses dans lesquelles la commune intention des parties n'est pas décelable, mais se présente selon nos auteurs souvent lorsque les questions de qualification et d'interprétation se mêlent.

Il est par ailleurs permis de se demander si les faits de l'arrêt *Pla et Puncernau* n'ont pas en partie pour origine un syllogisme inductif. En effet, selon le gouvernement andorran, « l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice correspond parfaitement à la volonté exprimée par la testatrice en 1939 et à la législation telle qu'en vigueur en Andorre lors du décès de celle-ci en 1949 »¹²⁴¹. Aussi est-il permis de se demander si le juge national n'a, en réalité, pas considéré que, parce que les fils adoptifs n'avaient pas les mêmes droits que les fils légitimes dans le cadre du fidéicommiss familial, et parce que le testateur instituait une substitution fidéicommissaire, le testateur avait formé un testament discriminatoire en défaveur du fils adoptif. Pour la Cour, ce raisonnement consiste à « présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit »¹²⁴², et aboutit à consacrer une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux.

¹²⁴⁰ Les parties ont cédé le cheval pour l'un contre le livre pour l'autre (mineure)

Toute cession d'un cheval contre un livre est une cession réciproque de choses (Majeure)

Donc les parties ont opéré une cession réciproque de choses (conclusion et mineure)

Toute cession réciproque de choses est un contrat d'échange (Majeure)

Donc les parties ont formé un contrat d'échange (conclusion)

dans lequel « les parties » est le sujet; « le contrat d'échange » est le prédicat ; la « cession réciproque de choses » le moyen terme.

¹²⁴¹ Le Gouvernement andorran ajoute que, « selon la tradition juridique applicable à l'époque, les fils adoptifs n'avaient pas les mêmes droits que les fils légitimes dans le cadre du fidéicommiss familial dans la mesure où l'objectif de cette institution était de préserver le patrimoine dans la famille » : CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau* c/ Andorre, *op. cit.*, §39.

¹²⁴² *Ibid.*, §62.



Par conséquent, ces raisonnements inductifs n'apportent pas de solution satisfaisante. En outre, prenant de manière déguisée, voire franche, une norme de référence pour décider quelles obligations essentielles les parties ont pu contracter, on peut se demander si ce ne sont pas les mécanismes de l'interprétation conforme qui sont, en réalité, utilisés pour être dénaturés, tandis que la doctrine normativiste gomme jusqu'à l'opération même d'interprétation¹²⁴³. Or, plus encore que la confusion des opérations d'interprétation et de qualification, c'est une atteinte au principe de liberté contractuelle qui doit être relevée.

¹²⁴³ V. notamment Nélia CARDOSO-ROULOT qui, dans sa thèse portant sur les obligations essentielles, décrit comment les parties se comportent à l'égard du droit objectif, non pas tel qu'elles le créent au travers d'une convention, mais tel qu'il s'impose à elles lorsqu'elles contractent. Selon l'auteur, les parties doivent exprimer un « *consentement élémentaire* », distinct du consentement traditionnel ou, d'après elle, inclus dans celui-ci. Par ce consentement, les parties ne créent pas de droit, mais ne font qu'adhérer à une norme pré-constituée, qui leur est extérieure. Cela signifie que, en contractant, chacune des parties au contrat s'engage à respecter le droit objectif quant aux éléments essentiels qu'il attribue au contrat qu'elles projettent. Sans ce consentement, le contrat n'existe pas. Par ce consentement, les parties reconnaissent l'application du droit objectif. Par conséquent, lorsqu'un contrat apparaît ambigu, elle considère que la recherche de la commune volonté des parties est impuissante à établir si les parties ont souhaité contracter : CARDOSO-ROULOT Nélia. LOQUIN Eric (Dir.). *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*. Thèse de doctorat, droit privé. Dijon : Université de Dijon, 2006. Paris : L'Harmattan, 2009, 652p., §275 sq.

Conclusion du Chapitre 2

373. Dans les litiges tels qu'ils se présentent devant les juridictions françaises, le respect de la commune intention des parties apparaît naturellement plus présent que devant la Cour EDH. La liberté contractuelle ne constitue alors pas tant un droit opposable à l'Etat qu'un secours face à son cocontractant. Confronté avec le principe d'autonomie de la volonté qui domine l'opération d'interprétation, ce principe possède des vertus pédagogiques et constitue un instrument d'équilibre contractuel. Ce principe de la liberté contractuelle est appelé à jouer un rôle cardinal dans la réforme en cours du droit des obligations. Ce principe est déjà largement utilisé par les juridictions européennes comme françaises. Il nous rappelle que, bien qu'elles puissent être accompagnées par le législateur, ce sont les parties qui décident ou non de contracter, et selon quelles modalités. En ce sens, l'interprétation selon la commune intention des parties n'est pas morte, et les Cours européennes ne disent pas autre chose.

374. Cette conception n'est pas sans poser problème au regard de la mission d'uniformité du droit à laquelle chaque juridiction – garante de l'application de textes généraux – s'astreint. Toutefois, en raison de cette liberté des parties à décider des termes et conditions de leur engagement, l'interprétation uniforme des contrats conformément aux textes de droit objectif est à proscrire. Confrontée à la jurisprudence européenne, une interprétation plus poussée ne pourrait être justifiée qu'en raison de la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité privatisée, en particulier dans les contrats de consommation.

De même, lorsque les cocontractants ont décidé de s'écarter des règles de droit objectif proposées à leur situation, il convient de respecter l'exercice de cette faculté de personnalisation de l'acte juridique. On relève toutefois que les juges se sentent souvent investis d'une mission qui les pousse à rétablir un équilibre – le cas échéant par voie d'interprétation – dans la relation contractuelle. L'utilisation d'une telle prérogative doit correspondre à un choix politique matérialisé par des règles juridiques permettant de prendre en considération la qualité des parties à l'acte juridique.

375. Un premier regard sur le droit français des obligations ne montre ni une différence irrémédiable dans le contentieux ni une contradiction totale entre les solutions dégagées. Au contraire, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation démontre que les mécanismes du droit européen constituent un appui solide à ses solutions et une source

d'efficacité dans la manière de rendre la justice. Il demeure toutefois des problématiques préoccupantes dans la réception des Principes européens d'interprétation, qui nécessitent une rupture franche avec les solutions du passé.



376. Il a été analysé en première partie de cette étude des Principes européens d'interprétation qui, malgré une évolution en cours et des différences de degrés, possèdent déjà des contours affinés et des régimes juridiques unifiés et aiguisés, susceptibles d'engager sans surprise la responsabilité d'un Etat, comme l'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour EDH dans l'affaire *Fabris contre France*. Ainsi, il est possible d'identifier à partir de ces Principes européens d'interprétation les points du droit interne qui sont sous la menace d'une sanction des juridictions européennes, en particulier de la Cour EDH. Ainsi, le contrôle de la dénaturation de la Cour de cassation s'analyse comme un défaut de réception de l'interprétation-contrôle (Chapitre 1), l'absence de reconnaissance de l'imprévision comme le refus de l'interprétation évolutive appliquée à l'acte juridique privée (Chapitre 2). Il conviendra enfin d'étudier la directive d'interprétation en faveur du consommateur afin de la rapprocher de la forme d'invocabilité d'exclusion renforcée (Chapitre 3).



Chapitre 1 - Réception de l'interprétation-contrôle

377. La Cour de cassation a adopté une position de principe à l'égard de l'interprétation des actes juridiques privés¹²⁴⁴. Cette position ne souffre que peu d'exceptions, qui justifient toutefois que l'on s'y attarde afin d'apprécier le contenu exact de ce contrôle (Section 1), mais également sa portée (Section 2).

¹²⁴⁴ V. *supra* §28.



Section 1 - Le contenu du contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation

378. L'interprétation des conventions est analysée comme une question de fait, qui relève par conséquent du pouvoir souverain des juges du fond¹²⁴⁵. Cette solution a été posée très tôt par la Cour de cassation¹²⁴⁶, et formellement confirmée par la loi¹²⁴⁷.

Par principe, la Cour de cassation se contente de sanctionner les juges du fond qui – en présence d'une stipulation obscure – n'auraient pas recherché la commune intention des parties. C'est la sanction pour dénaturation du contrat, jurisprudence constante depuis l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 15 avril 1872¹²⁴⁸.

379. Ce principe est assorti d'un certain nombre d'exceptions, qui apparaissent anecdotiques et sans lien les unes avec les autres. Dans un souci de rationalisation et de conceptualisation, la doctrine a évoqué les critères de l'ordre public ou de l'intervention étatique pour décrire des hypothèses où la Cour de cassation, à titre exceptionnel, contrôle l'interprétation de certains actes¹²⁴⁹. Selon cette doctrine¹²⁵⁰, « *c'est particulièrement lorsqu'elle se trouve en présence d'une disposition légale qui annule ou prohibe que la Cour de cassation a l'occasion d'exercer ce pouvoir plus étendu de censure* »¹²⁵¹. Ou encore : l'« *ingérence d'une autorité publique* »¹²⁵², en conférant une portée quasi-réglementaire à l'acte concerné, justifierait un contrôle plus poussé de la Cour de cassation en matière d'interprétation. Ce faisant, les décisions de justice mises en exergue ont pour effet de

¹²⁴⁵ Comp. : « *On peut hésiter sur le point de savoir si l'interprétation des contrats relèvent du fait (auquel cas la Cour de cassation serait compétente pour l'effectuer) ou du droit. La réponse est nuancée* » : FABRE-MAGNAN Muriel. *Op. cit.*, §165.

¹²⁴⁶ Cour de cassation, 2 février 1808, Lubert c/ Wancareghem, GAJC, 11^{ème} éd., n°159.

¹²⁴⁷ Loi du 20 avril 1810.

¹²⁴⁸ Civ. 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault, GAJC, 11^{ème} éd., n°160 ; DP 1872, I, 176 ; S. 1872.1.232.

¹²⁴⁹ SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur répertoire notarial* Fasc. 31, 2015, §93 et 99.

¹²⁵⁰ Outre le Professeur SIMLER, V. notamment GHESTIN Jacques, avec le concours de JAMIN Christophe et BILLIAU Marc. « Les effets du contrat ». *LGDJ*, 2^{ème} éd., 1994, n°14 sq.

¹²⁵¹ TALAMON Christian. *Ibid.*, p.67.

¹²⁵² SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur répertoire notarial* Fasc. 31. *Op. cit.*, § 98 sq.

permettre un contrôle, non en raison de l'influence du droit objectif sur l'acte juridique privé après l'engagement contractuel, mais parce que le droit objectif aurait empêché l'acte de devenir la chose des parties.

Ces décisions de justice, soigneusement identifiées par la doctrine, doivent être mises en comparaison avec l'arrêt *Pla et Puncernau* rendue par la Cour EDH et selon lequel l'interprétation d'un acte juridique privé par un juge national emporte l'obligation d'interprétation conformément aux droits protégés par la Convention EDH, sous peine d'engager la responsabilité de l'Etat. Ainsi, le contrôle de la Cour de cassation consiste en substance à opérer un contrôle plus poussé de l'interprétation en présence d'une intervention des autorités de l'Etat, en amont (§1) ou en aval (§2) de la formation de l'acte juridique privé.

§ 1 - L'intervention étatique en amont de la formation de l'acte

380. La doctrine relève que, lorsque la Cour de cassation s'engage dans un contrôle plus poussé de l'interprétation d'une convention opérée par les juges du fond, une autorité étatique est intervenue dans les faits litigieux. Ce critère de l'intervention étatique se rapproche de l'appréciation des cours européennes concernant la responsabilité des Etats adhérents en matière d'interprétation. Mais il en diffère d'abord dans la mesure où la figure du juge est exclue de ce raisonnement, l'interprétation étant une question de fait. Il en diffère ensuite dans la mesure où, à y regarder de près, ce critère est défaillant (A). En outre, lorsque la Cour retient un tel critère et accomplit un contrôle, elle se limite en réalité au principe de l'interprétation subjective (B).

A - Un critère défaillant

381. Selon la doctrine, la jurisprudence semble désigner la nature réglementaire ou quasi-réglementaire d'un acte pour permettre un contrôle poussé de la Cour de cassation en

matière d'interprétation¹²⁵³. Il s'agit, plus vraisemblablement, d'un indice. Le caractère réglementaire provient, selon les auteurs, de l'intervention des pouvoirs publics.

382. Le caractère défaillant de ce critère provient d'abord d'une opposition avec la conception européenne de l'interprétation. En effet, selon cette exception au contrôle classique de la Cour de cassation, l'intervention de l'Etat résulterait d'une participation des autorités de l'Etat en amont de la formation de l'acte juridique privé par les parties. Ainsi, en regard, la conception française apparaît d'abord réductrice. Il convient en effet de rappeler que, selon la conception *réaliste* des cours européennes, c'est l'opération d'interprétation judiciaire qui détermine, en présence de règles impératives, le caractère conforme ou non du sens ainsi conféré à l'acte juridique privé. Par conséquent, dès lors que l'acte est interprété, un contrôle de l'interprétation s'impose selon les droits européens.

Il convient ensuite de relever que, alors que le droit français fonde sur ce critère un contrôle renforcé ; en droit de l'Union, pareille prédétermination du contenu de l'acte juridique des parties a pour effet, au contraire, d'alléger par principe le contrôle pesant sur cet acte, dans la mesure où les Etats sont plus à même de rédiger des normes équilibrées¹²⁵⁴. C'est pourquoi l'hypothèse d'une dérogation aux effets habituels d'une norme applicable à l'acte juridique privé, à l'image de l'arrêt *Velcea et Mazare*, constitue une hypothèse exceptionnelle, qui ne tient pas à la norme dans son application générale, mais dans les circonstances particulières auxquelles elle trouve une application concrète.

383. Le caractère défaillant du critère provient ensuite de son utilisation en droit interne. Ainsi, concernant les baux ruraux établis par les parties, la Cour de cassation respecte le principe de l'interprétation souveraine des juges du fond, et se limite au contrôle du grief de dénaturation¹²⁵⁵. Toutefois, les contrats types de baux ruraux ont pu soutenir le contrôle de la Cour de cassation. En effet, ces contrats, établis par des commissions paritaires, sont

¹²⁵³ V. SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit Civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 20, *op. cit.* §87 sq.

¹²⁵⁴ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *op. cit.*, art. 1 alinéa 2 ; CJUE conclusions de l'avocat général Verica TRSTENJAK, aff.C-92/11, §47.

¹²⁵⁵ V. par exemple : Civ.3 15 mai 1973, Bull. n°339 ; 18 juillet 1977, Bull. n°317 ; 17 décembre 2002, pourvoi n°01-16015 ; 9 juillet 2003, Bull. n°149 ; 22 octobre 2003, Bull. n°180 : « *Attendu qu'ayant retenu, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté née du rapprochement des trois conventions passées (...) rendait nécessaire, (...), la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef* ».



soumis à l'approbation et à la publication par voie d'arrêté préfectoral¹²⁵⁶, de sorte que le Tribunal des conflits leur a attribué la qualification juridique de règlements administratifs¹²⁵⁷. En raison de cette qualification, l'interprétation de ces contrats relèverait de la compétence du juge de cassation¹²⁵⁸. Pour autant, selon la doctrine, il faudrait considérer que ces actes sont moins une exception au principe de l'interprétation souveraine des juges du fond qu'une conséquence de la qualification d'acte réglementaire¹²⁵⁹.

Cette justification ne semble pas pertinente car, alors que les auteurs souhaiteraient voir étendue à toutes les conventions faisant l'objet d'une homologation par les pouvoirs publics¹²⁶⁰, la solution ne s'applique pas à d'autres contrats, alors que les mêmes conditions semblent réunies. En effet, si le critère de l'intervention étatique était fiable, toute intervention d'une pareille autorité serait sanctionnée par un contrôle plus important de la Cour de cassation en matière d'interprétation de l'acte ainsi adoubé. Or, alors que les baux ruraux respectent cette règle, les règlements de lotissement y dérogent.

384. Le critère de la nature juridique de l'acte opère une distinction nette s'agissant du cahier des charges de lotissement et du règlement de lotissement. En effet, ce dernier, approuvé par l'Administration¹²⁶¹, possède une nature réglementaire. En revanche, s'agissant du cahier des charges, qui peut être annexé au règlement mais qui n'est pas visé par l'Administration, la jurisprudence civile retient une nature contractuelle¹²⁶² et, par

¹²⁵⁶ Ordonnance du 17 octobre 1945, article 18. V. aujourd'hui les articles L411-1 et suivants du Code rural, en particulier l'article L411-4.

¹²⁵⁷ TC 5 juillet 1951, *JCP G* 1951, II, n°6623.

¹²⁵⁸ V. en ce sens SIMLER Philippe. *Jurisclasseur Civil*, fasc. 31. *Op. cit.*, n°100.

¹²⁵⁹ « *Le contrôle de leur interprétation par la Cour de cassation apparaît comme la conséquence nécessaire de cette qualification, plus que comme une exception au principe de l'interprétation souveraine des juges du fond* », Philippe SIMLER, *Jurisclasseur Civil*, fascicule n°31. *Op. cit.*, §100.

¹²⁶⁰ V. GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc. *Op. cit.*, n°19.

¹²⁶¹ Le règlement de lotissement est annexé à l'arrêté de lotir pris, selon les cas, par le maire ou, lorsque la commune ne dispose pas de P.O.S. ou de P.L.U., par le préfet.

¹²⁶² V. sous le visa des articles 1134 et 1147, Civ.3 24 octobre 1990 (Bull. n°201) : « *Les stipulations du cahier des charges ont toujours, entre colotis, un caractère contractuel* ». Dans un arrêt récent, la Cour a pu relever que, malgré la publication du cahier des charges à la conservation des hypothèques et le fait que certaines clauses « *avaient matériellement la nature de règles de l'urbanisme [et] survivaient d'un point de vue contractuel* », ce document constituait une règle contractuelle, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, Civ.3 26



conséquent, est soumis au pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond¹²⁶³. Alors que, pour le règlement, on pourrait attendre un contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation, la jurisprudence se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fond¹²⁶⁴. Dès lors, la nature juridique de l'acte, en fonction de l'intervention d'une autorité étatique, ne revêt pas les conséquences attendues.

En réalité, à la valeur réglementaire du règlement s'attache la caducité prévue par l'article L302-15-1 du Code de l'urbanisme. Or, certains contractants faisaient figurer des citations du règlement ou annexaient celui-ci après le contrat. La lettre du règlement subsistait ainsi avec une valeur contractuelle une fois la caducité acquise¹²⁶⁵. Cette solution discutée a été remise en cause par la loi du 13 décembre 2000 qui a modifié l'article L111-5 du Code de l'urbanisme¹²⁶⁶, suivant lequel « *La seule reproduction ou mention d'un document d'urbanisme ou d'un règlement de lotissement dans un cahier des charges, un acte ou une promesse de vente ne confère pas à ce document ou règlement un caractère contractuel* ».

Bien que cette modification laisse des difficultés en suspens, on retrouve plus que jamais l'application des règles classiques de l'interprétation, notamment la recherche de la commune intention des parties pour connaître si ces dernières ont voulu conférer à toutes ou certaines dispositions du règlement valeur contractuelle. Ainsi, par un arrêt du 7 décembre 2005, dans l'hypothèse d'une reproduction « *mot pour mot* » dans le cahier des charges des règles d'urbanisme contenues dans les documents approuvés du lotissement, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir recherché si les colotis avaient voulu conférer à ces règles une valeur contractuelle¹²⁶⁷. A l'inverse, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de n'avoir pas retenu le caractère contractuel en présence d'une clause d'adhésion au règlement contenu dans un cahier des charges dont un exemplaire devait être remis à

février 2013, pourvoi n°12-13261. Voir également, entre autres, CA Rennes 7 février 1978 ; Civ.3 21 mars 1979, JCP G 1979, II, n°19200, note BERGEL ; Civ.3 2 juillet 2013, pourvoi n°12-17808.

¹²⁶³ Civ.3 20 novembre 1974 ; 22 février 1977, Bull. n°88.

¹²⁶⁴ V. pour un exemple récent, Civ.3 26 mars 2008, pourvoi n°07-13306. V. également Civ.3 12 mai 2004, pourvoi n°02-17717.

¹²⁶⁵ V. ainsi Civ.3 24 octobre 1990, Bull. n°201 ; 30 juin 1993, 21 mars 2000.

¹²⁶⁶ Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000, article 13, JORF 14 décembre 2000.

¹²⁶⁷ Civ.3 7 décembre 2005, pourvoi n°03-18845.

chaque acquéreur de lot¹²⁶⁸. Par conséquent, c'est moins le critère de l'intervention étatique qui prévaut pour la Cour de cassation que l'appropriation des règles par les parties à la convention¹²⁶⁹.

385. En outre, s'agissant de ce critère, et plus particulièrement de la portée réglementaire de l'acte litigieux, il convient de rappeler que, par norme réglementaire, il faut entendre en l'espèce la présence d'un acte disposant par voie générale et impersonnelle¹²⁷⁰. Or, l'homologation préfectorale n'est pas décisive pour passer du particulier au général, du nominatif à l'impersonnel. D'ailleurs, si le contrat-type de bail rural semble éligible au caractère réglementaire, hors la présence purement indicative de l'intervention préfectorale, le règlement de lotissement s'adresse à un lotissement déterminé. Le premier autorise l'interprétation de la Cour de cassation, le second n'appelle qu'un contrôle de la dénaturation.

386. Il est également possible de relever que la différence entre les deux cas tient à la présence d'une commission. Alors que le règlement de lotissement est établi par le lotisseur, le contrat-type de bail rural est élaboré par une Commission consultative paritaire des baux ruraux. La présence de commissions plus ou moins comparables justifie que l'on se demande si le critère proposé par la doctrine, défailant, n'est tout simplement pas erroné, ces commissions jouant un rôle décisif.

A l'appui de la nature particulière des contrats types de baux ruraux, les commissions consultatives départementales paritaires des baux ruraux jouent le rôle qui apparaît davantage pertinent. Ces commissions, prévues par les articles L411-11 et suivants du Code rural, se réunissent « à la diligence du commissaire de la République du département chaque fois que le règlement des affaires de sa compétence l'exige ou que le commissaire de la République estime devoir [les] consulter »¹²⁷¹. Elles ont pour mission principale de

¹²⁶⁸ Civ.3 8 octobre 2003, pourvoi n°01-16421.

¹²⁶⁹ V. par exemple, pour l'appréciation d'un « *objectif contractualisé de conservation de la végétation existante* » dans un règlement de lotissement, apprécié de manière souveraine par les juges du fond : Civ.3 13 juin 2012, pourvoi n°11-18791, Bull. n°96.

¹²⁷⁰ « réglementaire ». CORNU Gérard. *Op. cit.*

¹²⁷¹ Art. R414-1 du C. rur.

donner un avis sur la composition de l'indice des fermages, les modalités de fixation des éléments de calcul de cet indice et ses variations¹²⁷².

Afin de mesurer leur pouvoir, il est possible d'établir leur capacité à édicter des normes à caractère réglementaire. Saisi par le Premier Ministre d'une demande tendant à l'appréciation de la nature juridique de certaines dispositions du Code rural et de dispositions législatives, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'avis rendu par la Commission consultative des baux ruraux en matière de fixation des modalités de calcul des baux¹²⁷³. Cet avis, selon le Conseil, porte atteinte aux principes de libre disposition de son bien, d'autonomie de la volonté des contractants et d'immutabilité des conventions. Toutefois, les pouvoirs publics peuvent « *limiter le champ de la libre expression des volontés des bailleurs et des preneurs en imposant certaines conditions d'exécution de leurs conventions* »¹²⁷⁴. Ainsi, le Conseil conclut au caractère réglementaire des dispositions en ce qu'elles sont une application de la loi.

387. On déduit de l'article L411-4 du Code rural que ces commissions établissent également un contrat type qui s'applique de plein droit aux parties qui n'ont pas convenu d'un contrat de bail rural écrit. Il est raisonnable de penser que, dans l'hypothèse d'un bail imprécis établi par les parties, ce contrat type pourrait constituer un élément de référence pour interpréter la convention. Mais, adopté par les parties, l'interprétation du bail redevient une question de fait, échappant à la Cour de cassation. L'hypothèse, fondée en théorie, échoue en pratique.

Pourtant, il convient de relever que ces commissions n'ont pas de rôle dévolu en matière d'interprétation des baux. Certes, elles disposent de prérogatives particulières puisque, d'une part, elles homologuent les usages locaux¹²⁷⁵, et d'autre part elles précisent

¹²⁷² Art. L411-11 du C. rur. Pour ses autres missions, V. en particulier les art. L411-39, L411-57, L415-8, L417-12, L418-1, R411-1 sq.

¹²⁷³ Cons. const. 28 novembre 1973, décis. n°73-80 L, nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, §8.

¹²⁷⁵ Art. L417-12 al. 2.

les modalités de calcul des baux prévues par la loi. Mais il s'agit de constituer l'usage sur lequel l'interprète pourra se fonder et la loi ne peut constituer une référence pour celui-ci.

388. Surtout, le caractère réglementaire du contrat-type concerne sa conformité aux normes qui lui sont supérieures, et non la conformité des conventions qui pourraient en découler. En effet, le contrat-type se doit de respecter les lois et usages en vigueur. En revanche, il n'est qu'une proposition faite aux parties et ne détermine donc pas le contenu d'actes juridiques dérivés¹²⁷⁶. Ainsi, il doit être fait abstraction de ce contrat-type dans l'hypothèse où l'on étudierait la conformité de la convention des parties à l'ordre public. En effet, la convention ambiguë des parties devrait être interprétée conformément aux lois et usages applicables, non au contrat-type. Ce dernier n'a dans cette hypothèse pas d'existence. Par conséquent, il n'est pas susceptible de faire progresser notre conception de l'interprétation, toujours recroquevillée sur la convention des parties.

389. A cet exemple illustrant le manque de cohérence et de lisibilité du contrôle de la Cour de cassation, il est possible d'ajouter les cas où la Cour de cassation fait preuve d'une volonté ponctuelle de porter un contrôle plus ou moins poussé sur l'interprétation de certaines clauses des cahiers des charges. Il en va particulièrement ainsi de la clause d'« *habitations bourgeoises* » pour laquelle la Cour de cassation, dans un arrêt rappelant la nature contractuelle du cahier des charges¹²⁷⁷, semble faire de la définition de cette clause la sienne¹²⁷⁸, bien que la particularité de chaque affaire oblige néanmoins à une casuistique en la matière¹²⁷⁹.

¹²⁷⁶ Il faut considérer qu'il en est de même dans l'hypothèse où les parties n'ont pas formé leur bail par écrit que le contrat-type leur est par conséquent applicable de plein droit. En effet, il n'y a alors pas deux conventions distinctes, mais une seule s'agissant du contrôle de conformité, la convention des parties étant par hypothèse conforme au contrat-type.

¹²⁷⁷ Civ.3 24 octobre 2007, pourvoi n°04-15924 : « *Attendu qu'ayant exactement retenu, (...), que la clause litigieuse régissant les rapports des colotis entre eux contenue dans le cahier des charges du lotissement était de nature contractuelle, le moyen n'est pas fondé* ».

¹²⁷⁸ *Ibid.* « *Attendu que par une interprétation souveraine exclusive de dénaturation que l'ambiguïté de la clause du cahier des charges rendait nécessaire, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, retient que la notion d'habitations bourgeoises à laquelle la clause du cahier des charges fait référence pour définir et limiter la destination des constructions n'a pas pour seul effet d'exclure les locaux à usage commercial ou industriel, que cette notion implique une exigence de confort, d'aisance, de tranquillité et d'indépendance empreinte d'un certain individualisme, le tout en harmonie avec le milieu existant, qu'il s'agisse du cadre naturel ou du parti constructif environnant, que le milieu consiste en un site littoral auquel a été conféré une vocation de*

390. Au vu de ces deux exemples, le critère de l'intervention publique ne semble pas pertinent pour définir un contrôle poussé de l'interprétation par la Cour de cassation. Tout d'abord, il doit être suffisamment caractérisé pour produire l'effet attendu. Ainsi, le cahier des charges d'un lotissement doit être déposé au bureau des hypothèques afin d'être opposable aux tiers¹²⁸⁰. Pourtant, cette intervention de l'administration fiscale n'est pas suffisante pour permettre le contrôle recherché par la Cour de cassation. Il en va de même pour le règlement de copropriété¹²⁸¹. L'intervention de l'administration fiscale n'est pas suffisante pour doter le règlement d'une nature réglementaire, de sorte que la jurisprudence applique le régime juridique d'une interprétation classique, conservant le pouvoir souverain des juges du fond¹²⁸². Ensuite, bien que le critère soit décisif s'agissant des baux ruraux types, il est sans portée s'agissant des règlements de lotissement. Enfin, lorsque les conditions semblent réunies pour la doctrine et la jurisprudence, cette dernière peine à trouver des applications.

391. En définitive, la doctrine est en peine à fonder un contrôle approfondi de la Cour de cassation concernant l'interprétation des conventions, et le travail de conceptualisation est

villégiature, le lotisseur ayant eu la volonté d'assurer à l'ensemble des colotis une vue sur la mer, et dont l'ancienneté se traduit par la répartition extérieure d'un habitat exclusivement résidentiel ».

¹²⁷⁹ V. sur cette même clause Civ.3 22 septembre 2004, pourvoi n°03-12220 : « Mais attendu qu'ayant, par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation des clauses ambiguës du cahier des charges du lotissement, souverainement relevé qu'il résultait de la lecture combinée de ces clauses, que si les parties avaient voulu assurer l'édification des constructions d'un certain « genre », maison de campagne ou habitation bourgeoise, du point de vue esthétique et valeur, toutes les activités professionnelles ou commerciales n'y étaient pas interdites puisque les interdictions étaient énumérées et qu'aucun principe d'interdiction absolue n'était posé, seules étant prohibées les activités industrielles, artisanales, commerciales et autres, incommodes, insalubres, dangereuses ou immorales, de nature à nuire aux voisins et les activités d'agence de ventes ou locations, la cour d'appel a retenu que la construction d'un genre « maison bourgeoise » à usage d'hôtel de luxe de sept chambres, édifiée sur un lot du lotissement situé en bordure de la voie publique sur laquelle il disposait d'un accès direct, sans emprunter les voies du lotissement ne pouvait, au regard du cahier des charges, être considérée comme une activité commerciale de nature à nuire aux voisins ou dangereuse, insalubre ou immorale ».

¹²⁸⁰ Il s'agit d'une simple mesure de dépôt auprès de l'administration fiscale et non, comme le soutient le Professeur SIMLER, d'une approbation préfectorale. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Juriclasser répertoire notarial* Fasc. 31. *Op. cit.*, §101.

¹²⁸¹ Art. 12 et 13 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

¹²⁸² Pour une jurisprudence récente, V. Com. 20 novembre 2007, pourvoi n°06-13993 ; ou encore Civ.3 23 octobre 2007, pourvoi n°06-17494. Sur la problématique de l'interprétation des règlements de copropriétés et de l'utilisation de l'immeuble : DERRIDA Alfred. « Validité et interprétation d'une clause du règlement de copropriété ». *RTDI* 2013, n°4, p.59-60.

rendu très difficile par des hypothèses rares et particulières, qui ne laissent pas espérer une extension du champ de contrôle de la Cour.

B - Une interprétation subjective

392. La portée de la solution applicable aux contrats-types de baux ruraux reste maigre : les décisions en la matière sont non seulement rares mais en outre ne sont pas de nature à attester de pouvoirs renforcés pour la Cour de cassation¹²⁸³. La raison en est simple : lorsque le contrat-type est adopté par les parties, le bail rural se personnalise et l'interprétation redevient une question de fait pour les juges. Les parties, bien qu'utilisant un contrat pré-rédigé pour l'essentiel, sont réputées avoir pris connaissance et avoir accepté les obligations qu'il renferme. Elles se sont approprié le contrat. En cas d'imprécision de la convention des parties, le contrat-type pourra constituer, lorsque le bail ne renvoie pas lui-même par une clause à celui-ci, un élément de référence dans la recherche de la commune intention des parties, conformément à l'article 1156 du Code civil.

393. Cette conception du droit français trouve une illustration dans l'hypothèse dans laquelle le contrat-type, auréolé de son caractère réglementaire, est invoqué comme une source normative s'imposant au bail. Cet argument transparaît par exemple dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile en 1995¹²⁸⁴. En l'espèce, les preneurs possédaient par bail à ferme des domaines agricoles et, par convention verbale renouvelable tacitement tous les ans, la location du matériel d'exploitation et de vinification nécessaire. La facturation du bail et de la location était distincte. Le bailleur décide de donner à bail aux preneurs par acte authentique. Ces derniers décident de ne plus payer la location. Ils se fondent notamment sur une stipulation du contrat-type selon laquelle la location du matériel doit s'effectuer par contrat particulier hors fermage. L'établissement d'un contrat écrit était, selon eux, indispensable à peine de nullité. Pour le bailleur, la convention verbale se renouvelait par

¹²⁸³ V. par exemple Soc. 6 juillet 1960, Bull. n°729 : la Cour affirme la compétence judiciaire « *d'une part, il appartient aux tribunaux judiciaires d'interpréter les règlements administratifs et, d'autre part, les bailleurs ne contestaient pas la légalité de l'arrêté préfectoral (...) et se bornaient à contester l'interprétation qu'en avait donnée le tribunal paritaire cantonal et que le jugement attaqué a maintenu à bon droit (...)* ». Quant à l'étendue de son contrôle, elle se contente d'indiquer préalablement que l'acte administratif comportait des « *dispositions (...) obscures et ambiguës* », de sorte que l'on devrait penser qu'elle s'est limitée à un contrôle de la dénaturation.

¹²⁸⁴ Civ.3 1^{er} février 1995, pourvoi n°92-21382.

tacite reconduction. La Cour de cassation rejette l'argumentation des preneurs. Bien que, d'une part, la Cour paraisse contrôler plus que de coutume la motivation de la Cour d'appel, elle confirme cette dernière dans sa recherche de la commune volonté des parties¹²⁸⁵. D'autre part, la Cour rejette implicitement le grief de violation d'une stipulation du contrat-type. Ainsi, cette demande d'interprétation conforme à une norme prétendument supérieure en raison de son caractère réglementaire, est rejetée, au profit de l'application des directives d'interprétation classiques du droit français.

394. Ainsi, le contrat-type élaboré par la Commission consultative paritaire des baux ruraux constitue un acte théorique qui, considéré en lui-même, dans sa position dans la hiérarchie des normes, est susceptible d'entraîner un contrôle approfondi de la Cour de cassation. Toutefois, adopté par les parties, le contrat transforme l'interprétation en une question de fait. On aurait pu considérer que les parties adaptaient un contrat-type et que, en présence d'une ambiguïté, le juge pourrait s'appuyer sur le modèle original pour déterminer dans quel sens les parties avaient entendu le faire évoluer. Cependant, on considère que la convention des parties n'a pas été influencée par le contrat-type ou que ce dernier a été passé au crible de la volonté des parties. Suivant cette conception, la Cour de cassation se limite au contrôle de dénaturation.

395. Par conséquent, là où les Cours européennes considèrent que l'intervention d'une autorité étatique engage la responsabilité de l'Etat, la Cour de cassation considère que l'intervention des parties au contrat a pour effet de dégager l'Etat de sa responsabilité et l'autorise à se contenter d'un contrôle de l'interprétation limité à la dénaturation, c'est-à-dire au non-respect de la seule recherche de la commune intention des parties. Partant, on se retrouve confronté à des points de vue opposés et irréconciliables, qui placent le droit français en situation de fragilité dans les litiges qui sont susceptibles d'engager sa responsabilité.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, 3^{ème} moyen, « Mais attendu qu'ayant relevé que la volonté de nover ne se présume pas et que les baux notariés du 20 janvier 1986 et les inventaires annexés mentionnaient seulement les terres et les bâtiments et ne faisaient aucune référence au matériel, ce qui ne pouvait laisser aucun doute quant à l'étendue des baux contractés, la cour d'appel, qui a retenu que les sociétés locataires ne rapportaient pas la preuve de la commune volonté des parties de mettre fin au contrat de louage de matériel et que le prix des fermages prévus par les actes notariés restaient sensiblement identiques à ceux prévus antérieurement et n'englobaient pas le prix de la location du matériel, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ».



§ 2 - L'intervention étatique en aval de la formation de l'acte : l'exemple des conventions collectives

396. La convention collective constitue une autre hypothèse pour laquelle la Cour de cassation s'autoriserait un contrôle plus poussé de l'interprétation, en raison de la nature réglementaire de cet acte¹²⁸⁶.

La problématique de la nature hybride des conventions collectives est d'abord marquée par une dualité de compétence, selon la nature du conflit. En effet, le juge de prud'hommes est compétent pour les litiges individuels, le juge civil pour les litiges collectifs. Ainsi, la portée de la convention collective n'est pas une caractéristique prédominante mais prend place dans le contexte d'un litige déterminé. En outre, les parties signataires de cette convention peuvent soulever le problème de l'interprétation tant devant le Tribunal de Grande instance que devant le Conseil des prud'hommes, suivant les règles évoquées. Enfin, il est reconnu aux syndicats professionnels la possibilité de demander l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail – même non étendu – en raison de leur capacité à représenter et défendre l'intérêt collectif de la profession. Dans un tel contexte, on comprend que la logique consistant à rechercher la commune intention des parties conformément à l'article 1156 du Code civil soit relativisée.

397. L'interprétation de la convention collective, sollicitée par un salarié dans le cadre d'un litige individuel de travail, ressort de la compétence du Conseil de prud'hommes. Par application de la conception classique de l'interprétation, la Cour de cassation devrait refuser de contrôler l'interprétation des conventions collective opérée par les juges du fond. Or, dès 1976 au moins, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 31 du Code du travail, a admis la possibilité de sanctionner l'interprétation donnée par les juges du fond¹²⁸⁷.

¹²⁸⁶ V. dernièrement CANUT Florence. « Interprétation de la convention collective ». *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2013, n°255, p.350. Selon l'auteur, « l'interprétation des actes conventionnels s'apparente davantage à celle de la loi qu'à celle des contrats. En atteste l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation. L'interprétation des contrats, qui implique la recherche de l'intention des parties, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sauf dénaturation des clauses claires et précises. En revanche, la Cour opère un contrôle approfondi s'agissant de l'interprétation d'une convention collective. En cas d'interprétation erronée des juges du fond, elle substituera son interprétation à la leur, au visa de la disposition conventionnelle violée ».

¹²⁸⁷ Cass. Ass. Plén. 6 février 1976, Bull. n°2 ; JCP G 1976, II, n°18481 note GROUET Hubert.



Cette jurisprudence, confirmée à maintes reprises par l'Assemblée plénière¹²⁸⁸ comme par la Chambre sociale¹²⁸⁹, s'explique, selon les auteurs, par la portée réglementaire de la convention collective à l'égard des salariés qui s'en prévalent. Lors d'un arrêt du 5 décembre 2007, l'Assemblée plénière a réaffirmé sa position¹²⁹⁰. Dans cette dernière affaire, la question de l'ouverture du recours en cassation en matière d'interprétation ne semble faire l'objet d'hésitations ni de la part du conseiller rapporteur ni de la part de l'avocat général. Le premier, n'y prête guère attention, affirmant dans son rapport que la convention collective « *doit donc être interprétée* », postulat à partir duquel diverses problématiques se présentent¹²⁹¹. Le second formule clairement cette compétence du juge de cassation en affirmant que « *c'est à votre assemblée plénière qu'il appartient d'interpréter ce silence* »¹²⁹². Ce postulat renvoie toutefois à un choix qu'il convient d'opérer *in limine interpretationis*. Ainsi, la question de l'interprétation n'est qu'une conséquence du choix de la nature de la convention collective.

398. Pareille justification n'apparaît pas satisfaisante, d'abord parce que le caractère réglementaire de la convention collective est contestable (A), ensuite parce qu'elle est en soi obsolète au regard de la jurisprudence des cours européennes (B).

A - Un caractère réglementaire contestable

399. La reconnaissance d'une nature réglementaire à la convention collective est loin de convaincre. La distance salutaire prise avec la fiction de la commune intention des parties s'accompagne d'une autre fiction, de sorte que l'on tombe de Charybde en Scylla. Au travers de l'opération, le choix de la qualification de la convention collective s'opère sans nuance. En

¹²⁸⁸ Cass. Ass. Plén. 12 mai 1989, 3 arrêts, Bull. n°1 ; JCP G 1989, II, n°21322, conclusions CABANNES, note LYON-CAEN ; 6 avril 1990, Bull. n°5 ; 26 avril 1991, Bull. n°2.

¹²⁸⁹ Soc. 13 mars 1958, Bull. n°387 ; 11 mai 1959, Bull. n°554 ; 24 novembre 1965, Bull. n°819 ; 8 avril 1970, Bull. n°219 ; 17 juin 1970, Bull. n°416 ; 28 mars 1985, JCP G 1985, IV, p.206 ; 6 mai 1985, Bull. n°272, JCP G 1985, IV, p.251 ; 12 juin 1985, Bull. n°334.

¹²⁹⁰ Cass. Ass. Plé. 5 décembre 2007, pourvoi n°06-45.365.

¹²⁹¹ Mme BELLAMY, conseiller rapporteur, Rapport concernant l'arrêt du 30 novembre 2007 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

¹²⁹² M. ALLIX, Avocat général, Avis présenté sur l'arrêt du 30 novembre 2007 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.



effet, comme le préconise la doctrine, il revient à l'interprète de déterminer au préalable s'il privilégie la nature contractuelle ou la nature réglementaire de la convention collective¹²⁹³.

400. La doctrine convient d'un caractère hybride, d'une nature double¹²⁹⁴. Elle serait contractuelle à l'égard des syndicats signataires ou adhérents postérieurs¹²⁹⁵, ainsi qu'à l'égard de l'employeur, réglementaire à l'égard des salariés. Ou bien elle pourrait être de nature contractuelle quant à sa formation¹²⁹⁶, mais de nature réglementaire quant à ses effets. La consécration, par la loi du 24 juin 1936, de l'hypothèse des conventions collectives étendues par un acte d'extension a été l'occasion pour Paul DURAND d'émettre cette hypothèse, qui constitue l'origine de notre problématique en matière d'interprétation¹²⁹⁷.

Les conventions et accords collectifs de travail font l'objet d'un dépôt auprès d'autorités étatiques : autorité administrative (ministre du travail¹²⁹⁸) ; autorité judiciaire (greffe du Conseil des prud'hommes du lieu de conclusion)¹²⁹⁹. Cependant, ces modalités de dépôt n'emportent aucune conséquence telle une homologation¹³⁰⁰. Par conséquent, elle ne peut servir dans la recherche d'une preuve de l'ingérence de l'autorité étatique, fondement d'une interprétation plus poussée de la Cour de cassation.

Par la loi du 24 juin 1936, deux types de conventions collectives sont reconnues : celles ordinaires et celles étendues. C'est à partir de ce moment qu'un mouvement doctrinal, initié par Paul DURAND, a émis l'hypothèse de la nature partiellement règlementaire de la

¹²⁹³ FROUIN Jean-Yves. « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail ». *RJS* 1996, p.137.

¹²⁹⁴ *Contra* LANGLOIS Philippe. *Dr. Soc.* 1975, p.283.

¹²⁹⁵ avec toutefois la double exception des dispositions conventionnelles à caractère normatif ayant pour objet d'améliorer les IRP qui sont applicables de plein droit aux syndicats (Soc. 20 novembre 1991, Dassault) et en particulier à tous les syndicats représentatifs (Soc. 29 mai 2001, Cegelec).

¹²⁹⁶ Malgré cette nature contractuelle, la doctrine a toujours convenu que les règles d'interprétation des articles 1156 et suivants du Code civil devaient être aménagées, parce que la convention collective ne serait pas un acte consensuel mais solennel : V. la doctrine citée par LE CALONNEC Joseph. *Revue judiciaire de l'Ouest* 1983, p.130.

¹²⁹⁷ DURAND Paul. « Le dualisme de la convention collective de travail ». *RTD Civ.* 1939, p.353.

¹²⁹⁸ Pour les professions agricoles, il s'agit du ministre chargé de l'agriculture.

¹²⁹⁹ Les directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, ainsi que son équivalent pour les professions agricoles, sont destinataires de conventions et accords, V. les art. D2231-3 et D2231-4 du C. trav.

¹³⁰⁰ Sur cette procédure de dépôt, V. les art. L2231-6 sq et D2231-1 sq du C. trav.

convention collective, qui constitue l'origine de notre problématique en matière d'interprétation¹³⁰¹. En effet, la convention collective étendue, moyennant le respect d'une procédure, se voit conférer le caractère d'une norme d'application générale et permanente. Classiquement, les auteurs relèvent l'intervention de l'autorité publique concernant les conventions collectives dans l'hypothèse d'un arrêté d'extension¹³⁰². En effet, les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la convention collective¹³⁰³. Toutefois, cette intervention porte sur le champ d'application de la convention mais ne comporte ni contrôle ni homologation du contenu. En outre, les réformes en la matière remettent en cause l'intérêt de la technique d'extension¹³⁰⁴, certains auteurs prônant « *un rôle accru du tissu conventionnel* »¹³⁰⁵.

Par conséquent, on doit considérer que seul l'acte d'extension dispose d'une portée réglementaire. Le Conseil d'Etat, du reste, a toujours considéré que la convention collective étendue restait un contrat de droit privé¹³⁰⁶. Par voie de conséquence, saisi de la légalité d'un acte d'extension, le juge administratif doit surseoir à statuer si une question se pose s'agissant de la validité ou de l'interprétation de la convention collective étendue¹³⁰⁷. Mais la

¹³⁰¹ DURAND Paul. « Le dualisme de la convention collective de travail ». *Op. cit.*, p.353.

¹³⁰² V. en particulier SIMLER Philippe. *Op. cit.*, §101.

¹³⁰³ Cette hypothèse est prévue par l'art. L2261-15 du C. trav.

¹³⁰⁴ V. en particulier la loi Gérard Larcher du 24 janvier 2007.

¹³⁰⁵ BARTHELEMY Jacques. « Vers un droit plus contractuel et moins réglementaire ». *Les Cahiers du DRH* 2008, n°139, p.2.

¹³⁰⁶ CE 4 mars 1960, Peignage de Reims. V. également les conclusions éclairantes du conseiller rapporteur Merlin au sujet des arrêts d'Assemblée plénière rendus le 24 janvier 2003 (pourvois n°01-41757 et 01-40967) : « *La juridiction administrative ne se reconnaît en principe compétente que pour apprécier la légalité de l'arrêté d'agrément ou d'extension, alors que le juge judiciaire est compétent pour apprécier la légalité d'une convention collective ou procéder à son interprétation dès lors qu'il s'agit d'un acte de droit privé* ».

¹³⁰⁷ *Contra* : CE 23 janv. 2015, req. n° 360396. BONNET André. « Renvois préjudiciels au juge judiciaire. Le juge administratif est compétent pour interpréter une convention collective à laquelle renvoie la loi, Une jurisprudence battue en brèche par le pouvoir réglementaire dès son adoption ? ». *Revue de droit fiscal* 2015 n°25, p.80-82. Toutefois, depuis cet arrêt, le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 a modifié l'article R771-2 du Code de justice administrative en prévoyant que « *lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, la juridiction*

doctrine considère que l'acte a alors une nature contractuelle quant à sa formation, ce qui ne dispense pas d'envisager cette question sous l'angle de ses effets.

401. Comme le résumait M. CARNELUTTI, la convention collective s'apparente à « *une âme réglementaire dans un corps contractuel* »¹³⁰⁸. S'agissant de l'application de la convention collective à un salarié, la nature réglementaire devrait ainsi être privilégiée. C'est à l'âme de la convention collective que l'on s'adresse. Certes, la représentativité syndicale, rendue plus prégnante encore par la loi du 20 août 2008¹³⁰⁹, permet d'associer le salarié à l'acceptation des stipulations de la convention collective. Mais il s'agit d'une présomption établie par la loi. Il n'est notamment pas établi que le salarié était syndiqué, et l'on relève que la convention collective de 2000 a fait l'objet d'un arrêté d'extension en date du 17 novembre 2004, de sorte que cette convention est applicable à des entreprises qui n'ont pas participé à son élaboration. Autant d'éléments qui permettent d'apprécier la portée de cette représentativité. Par conséquent, interpréter la convention collective en recherchant la commune intention des parties est aventureux. A cela s'ajoute le fait que, lorsque la convention n'est pas claire, c'est souvent qu'il n'y avait pas de commune intention¹³¹⁰.

402. Il convient de noter que les conventions et accords collectifs de travail peuvent faire l'objet d'une interprétation par des commissions nationales d'interprétation et de conciliation. Ces commissions, chargées de résoudre les difficultés d'application résultant de la mise en œuvre d'une convention, de formuler un avis sur l'interprétation de cette convention et d'examiner tout conflit collectif qui pourrait surgir à l'occasion de l'interprétation d'une clause, sont paritaires et ne comprennent pas de représentants de l'Etat. En revanche, la loi prévoit qu'une de ces commissions, à la majorité de ses membres, peut charger la Commission nationale de négociation collective « *de donner (...) un avis sur l'interprétation de clauses d'une convention ou d'un accord collectif* »¹³¹¹. Or, cette Commission, qui a vu ses pouvoirs renforcés ces dernières années, « *comprend des représentants de l'Etat, du Conseil d'Etat,*

administrative initialement saisie la transmet à la juridiction judiciaire compétente. Elle sursoit à statuer sur la question préjudicielle ».

¹³⁰⁸ CARNELUTTI Francesco. *Teoria del regolamento colectivo dei rapporti di lavoro*, 1936, cité par Mme BELLAMY. *Op. cit.*

¹³⁰⁹ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF du Cette loi a modifié l'article 2121-1 du Code du travail.

¹³¹⁰ VACHET Gérard. « L'interprétation des conventions collectives ». *JCP E* n°45, p.491.

¹³¹¹ Art. 2271-1 C. trav.

ainsi que des représentants des organisations d'employeurs représentatives au niveau national et des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national »¹³¹². L'intervention de l'autorité publique, si elle n'est pas systématique, est expressément prévue en matière d'interprétation. En outre, la juridiction administrative est représentée pour l'interprétation d'un acte dont l'autorité publique n'est pas à l'origine. L'ensemble des intervenants potentiels pose ainsi avec davantage d'acuité la question de la nature de la convention collective.

En réalité, lorsqu'une commission nationale d'interprétation et de conciliation délivre un avis¹³¹³, il s'agit pour les parties de faire prévaloir la volonté maladroitement consacrée dans la convention¹³¹⁴. Ces dernières se prononcent à l'égard de la portée contractuelle de la convention collective. Par conséquent, selon une jurisprudence constante, l'avis donné demeure un fait qui, par principe, ne lie pas le juge¹³¹⁵.

403. Reste l'argument tiré de l'effet relatif du contrat. A l'origine, faute de législation spéciale applicable en la matière, les parties étaient liées par la convention collective sur le fondement de l'article 1134 du Code civil¹³¹⁶, en excluant les tiers, sur le fondement de l'article 1165 du Code civil. La loi du 25 mars 1919 a consacré un certain nombre de règles déjà utilisées tout en faisant émerger un droit spécifique pour les conventions

¹³¹² Art. 2272-1 du C. trav.

¹³¹³ La jurisprudence a par ailleurs très tôt admis qu'en raison de la compétence d'ordre public des tribunaux, ces derniers pouvaient être saisis sans avoir préalablement demandé l'interprétation de la commission nationale d'interprétation, comme l'exigeait pourtant la convention collective : Soc. 18 juin 1970, pourvoi n°69-40331, Bull. n°427.

¹³¹⁴ Pour ne retenir que cette hypothèse ; il peut s'agir aussi d'une difficulté d'application de la convention signalée à cette autorité.

¹³¹⁵ L'avis d'une commission paritaire ne lie pas le juge, sauf s'il a valeur d'avenant à la convention collective. Il s'agit d'une « *jurisprudence constante depuis plus de vingt ans* » : RADE Christophe. « *Conventions collectives de travail : questions d'interprétation* ». RDC 2009 n°2, p. 623-633, spéc. p.624. Pour des applications récentes, voir Soc. 2 mai 2006, pourvoi n°04-40345 ; Soc. 2 décembre 2008, pourvoi n°07-44132 ; Soc. 9 juillet 2014, pourvois n°13-17669 et 13-17670, Bull. n°191 ; CANUT Florence. « *Convention collective : portée de l'avis de la commission d'interprétation* ». Cahiers sociaux du Barreau de Paris 2014, n°267, p.580.

¹³¹⁶ La loi du 25 mars 1884 reconnaissant le droit syndical n'ayant toutefois pas reconnu la personnalité juridique aux syndicats, la force obligatoire a été âprement discutée, les partisans de cette solution se fondant sur les règles de représentation.



collectives¹³¹⁷. Ainsi, à partir de cette loi, même si une seule partie est liée par la convention collective, celle-ci s'applique aux relations de travail, sauf stipulation contraire dans le contrat de travail. Les mécanismes contractuels de représentation trouvent alors une consécration légale¹³¹⁸. Par conséquent, la convention collective est présumée s'appliquer, quoique les parties ne l'aient pas signée. Cela n'emporte cependant pas nature réglementaire à l'égard de la convention collective. En outre, est reconnu sa valeur d'usage de droit des parties au contrat, ce que le droit belge a fondé sur le double fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil.

D'un point de vue de l'interprétation des conventions, cela signifie que les stipulations du contrat de travail doivent être interprétées en prenant pour référence la convention collective, cette dernière s'analysant en une obligation complétive, rappelée aux contractants par voie d'interprétation objective¹³¹⁹. Lorsque la convention collective elle-même doit être interprétée, une interprétation objective n'est pas exclue par principe, mais cela n'en confère pas pour autant une nature réglementaire à l'acte. Il est permis d'ajouter que, si la convention collective possédait une nature réglementaire, elle s'imposerait au juge. Or, au contraire, le juge a indiqué qu'il incombait aux parties de rapporter la preuve de l'existence de la convention collective applicable au litige¹³²⁰. Puis, il peut demander aux parties leurs concours aux fins de déterminer le contenu de celle-ci¹³²¹. Par conséquent, la Cour de cassation met en avant la nature réglementaire de la convention collective, pour lui réserver le sort d'un élément de fait. En réalité, il convient de poser franchement la question de la force obligatoire de la convention collective à l'égard de personnes qui n'ont pas été parties à sa formation.

404. Il n'y a pas, contrairement à ce que ne le laisse penser les auteurs, une option entre la nature réglementaire et celle contractuelle. La convention collective en est l'illustration. En outre, il ne paraît pas raisonnable de fonder la nature réglementaire de cet acte sur

¹³¹⁷ Par exemple, et contrairement à ce qui était admis avant, les parties ne peuvent plus défaire au plan individuel ce qu'elles ont fait au plan collectif.

¹³¹⁸ Aujourd'hui, en faveur de cette solution s'ajoute, à l'égard des non-affiliés ou non-syndiqués les règles de la représentation légale et de la représentativité, modifiées par la loi du 20 août 2008.

¹³¹⁹ Sur les obligations complétives, V. *infra*.

¹³²⁰ Soc. 5 octobre 1993, pourvoi n°89-41644, Bull. n°224.

¹³²¹ Soc. 8 octobre 1992.

l'absence de nature contractuelle. Enfin, l'argument tiré de l'ordre public ne peut ni pallier l'absence d'indices en faveur de la nature réglementaire de cet acte, ni suffire à expliquer la particularité des conventions collectives.

B - Un débat obsolète en matière d'interprétation

405. Le critère du caractère réglementaire s'analyse comme une justification mal choisie pour asseoir la compétence du juge de cassation en matière d'interprétation. Derrière ce critère, la doctrine prétend que la convention collective, comme les autres catégories d'actes emportant une telle compétence de la Cour de cassation, possède des liens avec le concept d'ordre public. Ainsi, M. TALAMON, dans sa thèse, indiquait en 1926 que la Cour de cassation se reconnaissait des « *pouvoirs spéciaux et plus étendus (...) dans certaines matières touchant à l'ordre public* »¹³²². Cette reconnaissance, bien que l'auteur la restreigne au titre d'exception et en explique les raisons, reprend cette idée que la Cour de cassation possède une compétence en matière d'interprétation, réanime cette conception selon laquelle la loi apporte de la justice au contrat. L'impossibilité d'affirmer que le juge de cassation peut interpréter le contrat sur le fondement de dispositions d'ordre public a entraîné cette profusion de concepts tous issus de la même veine.

Il convient cependant d'être très prudent avec cette recherche d'un ordre public. Ainsi, lorsque le Professeur GELOT étudie les conventions collectives selon des méthodes d'interprétation fondées sur l'utilité collective, il recherche des principes de référence qui bénéficient d'une assise large d'un point de vue qualitatif. Encore une fois, ces éléments ne sont pas très éloignés de l'ordre public. Toutefois, cette méthode, bien que recherchant des références objectives d'interprétation, ne fait pas l'objet de critères clairs. Le conseiller rapporteur dans l'affaire jugée en 2007, s'appuyant sur la doctrine majoritaire, rappelle que ce contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation s'impose, en raison du souci d'unité d'interprétation de la convention collective, « *loi de la profession* »¹³²³. Elle précise que cette convention « *a une fonction économique et sociale* » et que « *la fonction économique exige que les employeurs supportent les mêmes charges alors que la fonction sociale exige que*

¹³²² TALAMON Christian. *Op. cit.*, p. 67 sq.

¹³²³ Mme BELLAMY. *Op. cit.*



les salariés bénéficient des mêmes avantages »¹³²⁴. Si l'on peut partager cette solution quant au fond, la justification n'est pas convaincante pour imposer, dans ces conditions, un contrôle plus poussé de l'interprétation par la Cour de cassation.

En outre, cette recherche de l'ordre public n'est pas toujours couronnée de succès, comme on a déjà pu le relever. Aussi est-elle surprise lorsqu'elle s'intéresse aux conséquences fiscales des actes juridiques, autre exception en matière d'interprétation¹³²⁵. En matière de conventions collectives, la théorie protectionniste a pu prôner l'interprétation en faveur du salarié, au sein d'un projet plus vaste d'élaboration d'un ordre public social¹³²⁶. On ne peut s'empêcher de relever qu'il s'agit d'utiliser une directive d'interprétation mentionnée dans le Code civil, tandis que la doctrine souhaite faire triompher une nature réglementaire de l'acte¹³²⁷. En outre, rien n'empêche le législateur d'intervenir en matière de relations de travail. En réalité, il intervient, comme en témoigne les dispositions du Code du travail, mais la particularité des conventions collectives consiste en un niveau singulier de négociation¹³²⁸. Ainsi, la convention collective rencontre parfois l'ordre public, en ce qu'il y est soumis dans la hiérarchie des normes. Elle subit plus sûrement l'influence du droit objectif, accepté lors de l'engagement contractuel. C'est sur ce fondement que le contrôle de l'interprétation doit s'opérer. En ne satisfaisant à ce contrôle que de manière exceptionnelle, pour des hypothèses contestables, la Cour de cassation engage la responsabilité de l'Etat devant la Convention EDH, dans la mesure où elle ne se reconnaît pas la possibilité de redresser l'interprétation des juges du fond qui aboutirait à une violation des dispositions de la Convention EDH.

¹³²⁴ *Ibid.*

¹³²⁵ V. sur cette exception SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasser Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 20. *Op. cit.*, §90. V. déjà TALAMON Christian. *Op. cit.*, p.69 sq.

¹³²⁶ V. notamment LE GOFF Jacques. *L'interprétation des conventions collectives*, in *Droit du travail et société*, T.2, Les relations collectives du travail. Petit Traité de droit du travail, Rennes : Presse Universitaire de Rennes, 2002. L'auteur attribue cette argumentation à MM. LYON-CAEN, DESPAX et CHALARON.

¹³²⁷ Quoique l'application de la directive d'interprétation de l'article 1162 du Code civil pourrait aboutir à une interprétation en faveur de l'employeur, dans la mesure où il n'a pas rédigé la convention collective. Sur les différents sens conférés à la directive *contra proferentem*, V. *infra*, §454.

¹³²⁸ En fondant un contrôle plus poussé de l'interprétation, synonyme de courroie de transmission des règles d'ordre public, sur une nature réglementaire des actes, la doctrine confère à cette dernière un effet qui est aujourd'hui davantage recherché au travers de la nature contractuelle : V. ROCHFELD Judith. « Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique » ». *RDC* 2005, n°2, p.257-261. ROCHFELD Judith. « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique » ». *RDC* 2006, n°3, p.665-670.

406. Plutôt que de rechercher dans les conventions collectives les éléments dignes de participer au concept d'ordre public et d'entrer dans leur compétence en matière d'interprétation, les cours européennes se contentent de considérer les conventions collectives comme une source de droit interne, susceptible d'interprétation et dont il convient de s'assurer de la conformité aux normes européennes.

C'est ainsi que le contenu des conventions collectives figure parmi les références reprises par la CJUE lors du rappel des règles de droit national pertinentes pour résoudre le litige¹³²⁹. Ces conventions figurent parmi les sources du droit national qui permettent à un Etat membre de se prévaloir d'une interprétation conforme au droit européen, dans l'hypothèse où la législation seule n'y parviendrait pas¹³³⁰.

La convention collective est parfois la norme de droit interne qui s'oppose à l'application du droit européen. Dans pareille situation, le juge national est tenu de prendre en considération l'ensemble des règles du droit national aux fins de garantir la pleine effectivité du droit européen. En d'autres termes, le juge national est tenu d'une obligation d'interprétation conforme et doit, le cas échéant, privilégier l'application de la loi et laissant de côté le contenu de la convention collective. Si la formulation classique utilisée en la matière par la juridiction européenne met en valeur l'interprétation du droit européen¹³³¹, c'est bien l'interprétation de la convention collective qui est en jeu¹³³².

¹³²⁹ V. par exemple CJUE 21 juin 2012, arrêt *Anged*, aff.C-78/11 ; CJUE 13 février 2014, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry c/ Terveyspalvelualan Liitto ry*, aff.C512-11; *Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry c/ Teknologiateollisuus ry, Nokia Siemens Networks Oy*, aff.C-513/11.

¹³³⁰ V. par exemple CJUE 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA c/ Dervis Odemis e.a.*, aff.C-12/08, ainsi que les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi.

¹³³¹ « L'article 6, point 2, de la directive 93/104 doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles au principal, il s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui, s'agissant des périodes de permanence (...) assurées par des secouristes dans le cadre d'un service de secours médical d'urgence d'un organisme (...) a pour effet de permettre, le cas échéant au moyen d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise fondé sur une telle convention, un dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail de 48 heures fixée par cette disposition », CJUE GC 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff.C-397/01 à C-403/01.

¹³³² « Par conséquent, il convient d'interpréter l'article 14 de la convention collective relative aux conditions de travail des employés, travailleurs et apprentis de la Croix Rouge allemande, dans la mesure où il se base sur l'article 7 de l'*Arbeitszeitgesetz*, de telle manière que les travailleurs affectés ne soient pas contraints d'effectuer plus de quarante-huit heures hebdomadaires en moyenne, (...) », conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, sous CJUE GC *Pfeiffer e.a.*, *ibid.*

Enfin la Cour est amenée à se prononcer sur l'interprétation du droit européen au regard d'une convention collective, que celle-ci fasse l'objet d'une interprétation dans le litige en droit interne¹³³³, ou pas¹³³⁴.

Peu importe, dès lors, le caractère réglementaire ou contractuel de la convention collective dans le droit interne considéré. Confronté à de modèles très divers comme celui du Royaume-Uni¹³³⁵, la CJUE considère le droit national comme un ensemble de normes comprenant les conventions collectives¹³³⁶. Elle en tire la conclusion que les Etats membres, et en particulier les juges nationaux, doivent mobiliser l'ensemble de ces normes pour parvenir à un résultat conforme au droit européen. Confronté à une telle responsabilité, il convient de déterminer si les juges français, et en particulier la Cour de cassation, sont investis d'un pouvoir suffisant pour honorer la mission qui leur est reconnue par les juges européens. Du contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation reconnue aux conventions collectives, il est possible de retenir que, quel que soit le fondement de l'intervention, l'effet produit semble compatible avec le droit européen, dans la mesure où « *l'interprétation de l'accord [collectif] ne doit pas conduire à une application discriminatoire, notamment en raison de la situation de famille des salariés* »¹³³⁷. Il revient à présent de se demander quels sont les effets d'un tel contrôle – dérogatoire – sur la portée générale du contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation.

¹³³³ CJUE 7 juin 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contre Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, aff.C-132/11.

¹³³⁴ V. par exemple CJUE 8 septembre 2011 Hennigs contre Eisenbahn-Bundesamt, aff.C-297/10 ; et Land Berlin contre Mai, aff.C-298/10.

¹³³⁵ V. CJUE 18 juillet 2013, Mark Alemo-Herron et autres contre Parkwood Leisure Ltd, aff.C-426-11, dans laquelle est mise en exergue la particularité du droit britannique, certaines stipulations d'un accord collectif pouvant ne pas lier les parties, à moins que les parties n'en disposent autrement. Dans cette hypothèse, ces stipulations ne disposent que d'une valeur contractuelle.

¹³³⁶ Sur ce point, la Cour de cassation semble en phase avec la CJUE, comme en témoigne sa jurisprudence récente sur les forfaits-jours, la convention collective étant, comme d'autres normes, une déclinaison du droit constitutionnel à la santé et au repos : Soc. 17 décembre 2014, pourvoi n°13-22890, à paraître au bulletin ; Soc. 4 février 2015, pourvoi n°13-20891, à paraître au bulletin.

¹³³⁷ RADE Christophe. « Conventions collectives de travail : questions d'interprétation ». *Op. Cit.*, p.627.

Section 2 - La portée du contrôle de l'interprétation de la Cour de cassation

407. Une partie de la doctrine a reproché avec force à la Cour EDH d'avoir outrepassé ses compétences en interprétant un acte juridique privé¹³³⁸. Cette ingérence du juge européen, impensable au regard des règles de droit interne, s'appuie toutefois sur de sérieuses justifications, le levier des droits de l'Homme permettant à la Cour de ne pas renoncer à un contrôle, à l'inverse de la Cour de cassation au XIX^{ème} siècle qui a séparé l'acte juridique privé de la loi.

408. A côté de cette bataille d'arrière-garde se construit déjà un nouveau système d'interprétation des conventions privées, dans lequel le droit interne se retrouve mal armé, incapable d'interpréter les actes juridiques privés de manière conforme au droit européen, et offrant le flanc à une reconnaissance de manquement à la Convention EDH. Or, c'est certainement sur cet aspect que la critique est la plus pertinente. Comme le relève le Professeur ROCHFELD, si le droit français persistait dans son système herméneutique des conventions privées, « *on aboutirait au résultat surprenant que la Cour européenne deviendrait, au moins dans les cas où des principes fondamentaux seraient impliqués, juge de l'interprétation, tandis que la Cour de cassation s'y refuserait* »¹³³⁹. En ce sens, le contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation s'analyserait comme un recours inefficace, au sens de l'article 35 de la Convention EDH, la Cour du quai de l'Horloge ne se reconnaissant pas, en matière d'interprétation des actes juridiques privés, le pouvoir de prévenir un manquement aux droits fondamentaux.

409. Il convient de remarquer que la Cour EDH est compétente pour trancher tant des questions de droit que des questions de fait. Cette règle concerne également la formation en Grande chambre de la Cour¹³⁴⁰. Par conséquent, lorsque sont en jeu des droits fondamentaux, il est loisible à la Cour EDH de contrôler l'interprétation des actes juridiques privés – question de fait selon le droit français – alors que la Cour de cassation s'y refuse. La Cour de cassation, selon l'analyse d'une partie de la doctrine, s'intéresse de plus en plus aux

¹³³⁸ V. notamment MALAURIE Philippe. « L'interprétation évolutive d'un testament selon la Convention européenne des droits de l'Homme ». *Op. cit.*

¹³³⁹ ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *Op. cit.*, p.649.

¹³⁴⁰ Voir par exemple CEDH 27 août 1991, arrêt *Philis c/ Grèce* (n°1), req. n°12750/87, 13780/88 et 14003/88, §56 ; CEDH 19 février 1998, arrêt *Guerra e.a. c/ Italie*, req. n°, §44 ; CEDH GC 17 septembre 2009, arrêt *Scoppola c/ Italie*, n°2, req. n°10249/03, §48.



questions de fait¹³⁴¹. En outre, elle peut se prévaloir d'une solide jurisprudence concernant le contrôle de l'ordre public de la loi applicable au contrat (§1). Cependant, force est de constater que ce contrôle est défaillant lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un acte juridique privé (§2).

§ 1 - Un contrôle effectif de l'ordre public de la loi applicable au contrat

410. La Cour de cassation opère un contrôle effectif de l'ordre public de la loi applicable au contrat, notamment en recherchant les motifs d'ordre public dont se prévaut le législateur (A) et en les conciliant avec le principe de sécurité juridique (B).

A - Une recherche des motifs d'ordre public

411. Consacré à l'article 6 du Code civil, le concept d'ordre public connaît des utilisations variées, de telle sorte qu'il s'avérerait opportun de préciser ce qu'on entend par « *ordre public* » dans l'utilisation de l'article 2 du Code civil. Or, le concept est utilisé comme une clef passe-partout, susceptible notamment d'ouvrir la porte à une exception au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle¹³⁴². De fait, c'est dans la jurisprudence que l'on croise plus volontiers des éléments d'appréciation de la notion.

Si la possibilité d'écarter le principe de survie de la loi ancienne est offerte, encore l'exception doit-elle être un minimum justifiée. Ainsi par exemple, s'agissant du texte de loi, l'absence de dispositions transitoires entraînerait l'application du principe de survie de la loi ancienne aux situations contractuelles. Il revient donc au législateur de prévoir – de manière

¹³⁴¹ JESTAZ Philippe, MARGUENAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe. « Révolution tranquille à la Cour de cassation ». *D.* 2014, n°36, p.2061-2070.

¹³⁴² Sur le concept d'ordre public, V. en particulier PIGNARRE Geneviève. « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ». *Op. cit.* Sur les perspectives de définition de l'ordre public dans le droit de l'Union : OMARJEE Ismaël, BERGE Jean-Sylvestre, TENENBAUM, Aline e.a. « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la terminologie contractuelle commune. Chronique de droit européen et comparé n° XXIV ». *LPA* 29/06/2009 n°128, p.11-18.



non équivoque précise un arrêt d'une juridiction du fond¹³⁴³ – la modulation, la dérogation aux principes d'application de la loi dans le temps. Une règle semblable a pu être reprise par la première chambre civile, affirmant que le principe de survie de la loi ancienne est applicable en matière contractuelle, « *sauf disposition contraire, et sous réserve d'impératives considérations d'ordre public* »¹³⁴⁴. Ces conditions semblent cumulatives et elles ont été confirmées par l'arrêt du 4 décembre 2001¹³⁴⁵. Cela n'a pas empêché les juges d'être complaisants avec l'exigence de dispositions expresses, et intransigeants avec la condition d'ordre public.

Un contrôle par le juge n'est pas accepté. La décision prise par le juge, face à l'incurie du législateur en la matière, fait en effet l'objet de critiques. Ainsi, la dérogation au principe de survie de la loi ancienne procéderait pour l'interprète, en l'absence de dispositions expresses du législateur dans la loi litigieuse, d'un « *jugement d'opportunité* »¹³⁴⁶. Un jugement de même nature caractérise selon lui tant l'acceptation que le rejet de l'exception tirée de l'ordre public¹³⁴⁷. Le rôle du juge civil en la matière s'approche de la frontière entre la fonction judiciaire et la fonction politique¹³⁴⁸. On retrouve de la sorte les mêmes critiques que celles émises à l'encontre de la Cour EDH, par exemple lorsqu'elle

¹³⁴³ CA Paris, 21 mai 1971, D.1973.93, note MALAURIE Philippe. La Cour indique que si le principe de non-rétroactivité des lois posé par l'article 2 du Code civil ne s'impose pas au législateur, encore faut-il que, lorsqu'il entend donner à un texte une application rétroactive, son intention apparaisse sans équivoque.

¹³⁴⁴ Civ.1 4 décembre 2001, pourvoi n°98-18411, Bull. n°307.

¹³⁴⁵ Civ.1 30 janvier 2001, pourvoi n°98-15178, Bull. n°15 ; *RGDA* 2001, 349, note KULLMANN.

¹³⁴⁶ « *La solution de la survie de la loi ancienne, qui consiste dans le maintien de l'applicabilité d'une loi ancienne, plus précisément dans le maintien de l'applicabilité d'une norme (législative ou contractuelle) ancienne, après la date d'applicabilité d'une norme législative nouvelle, ne peut procéder et ne procède effectivement pour l'interprète, en l'absence d'indication de la part du législateur sur la solution à adopter, que d'un jugement d'opportunité, sur le point de savoir si la sécurité des sujets de droit fondée sur les légitimes prévisions de ceux-ci, face à l'intérêt général, commande ou non le maintien de la loi ancienne* », BACH Louis. « *Conflits de loi dans le temps* ». *Rep. civ. D.* §585. Au vu des paragraphes précédents, il est permis de ne pas conditionner ce jugement d'opportunité aux prévisions du législateur.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, §582.

¹³⁴⁸ S'agissant du juge administratif, le Conseil d'Etat a procédé à une modulation des conséquences d'une décision après avoir posé une question préjudicielle en interprétation à la CJUE et en motivant d'une part sa décision au regard de l'implication du droit de l'Union, d'autre part « *eu égard à l'intérêt général qui s'attache de manière impérieuse à prévenir toute situation de rupture d'approvisionnement en plasma thérapeutique* » : CE 23 juillet 2014, arrêt Octapharma, req. n°349717. MULLER Étienne. « *Rétroactivité de l'interprétation du droit de l'Union et modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse* ». *RTDE* 2015 n°2, p.436-437.

apprécie de manière évolutive le contenu de la Convention¹³⁴⁹. Pourtant, la qualification d'un motif comme étant d'ordre public s'avère être une opération plus juridique que politique. C'est pour cette raison d'ailleurs que le juge incite le législateur à préciser comment la loi doit s'appliquer dans le temps, et quelles considérations d'ordre public président éventuellement à son choix.

412. S'agissant de la portée du motif d'ordre public, on peut s'interroger sur la solution à retenir pour l'application de la loi. En dehors de la survie de la loi ancienne, la loi peut être d'application immédiate ou être rétroactive. L'article 2 du Code civil interdit expressément cette dernière hypothèse. Pourtant, la jurisprudence a considéré que cette disposition formulait un principe, auquel le législateur pouvait déroger, à condition bien entendu de l'indiquer expressément et sous réserve que le législateur ne frappe pas de nullité les actes déjà valablement conclus¹³⁵⁰. L'admission de deux solutions renforce les pouvoirs du juge, qui est en mesure d'exiger un ordre public renforcé pour reconnaître l'application rétroactive d'une loi. En toute hypothèse, le juge ne se laisse pas influencer par les qualifications attribuées sans justification par le législateur, comme l'illustre l'exemple des lois interprétatives.

Le juge s'est montré particulièrement sévère en matière de lois interprétatives et de lois de validation¹³⁵¹. Une loi interprétative consiste en un « *acte d'éclaircissement qui*

¹³⁴⁹ Cf *supra*.

¹³⁵⁰ Voir par exemple Civ.3 7 novembre 1968 : « *Attendu que la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, aux conditions de l'acte juridique, conclu antérieurement; (...) même si elle intéressait l'ordre public cette loi ne pourrait frapper de nullité les actes valablement passés avant sa promulgation* ». Voir également Com. 11 octobre 1988 (Bull. n°274; *RTD Civ.*1989, 296, obs. MESTRE Jacques) : « *Mais attendu qu'une nouvelle réglementation ne s'applique pas, à défaut d'une disposition expresse de rétroactivité, aux conditions des actes juridiques conclus antérieurement et, quand bien même serait-elle d'ordre public, ne peut avoir pour effet de rendre caducs les actes passés avant son entrée en vigueur* ». Egalement Com. 26 février 1991 (Bull. n°86): « *(...) une nouvelle réglementation ne s'applique pas, à défaut d'une disposition expresse, aux actes juridiques conclus antérieurement et quand bien même serait-elle d'ordre public, ne peut avoir pour effet de rendre caducs les actes passés avant son entrée en vigueur* ». V. encore Civ.3 17 février 1993 (Bull. n°19): « *Mais attendu qu'ayant exactement retenu que la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, aux conditions de l'acte juridique conclu antérieurement et que cette loi, même si elle est d'ordre public, ne pouvait pas frapper de nullité les actes définitivement conclus avant sa promulgation* ».

¹³⁵¹ Récemment, la Cour EDH a sanctionné l'Etat italien sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°1 et a appliqué en la matière la procédure de l'arrêt-pilote : CEDH 3 septembre 2013, arrêt M.C. e.a. c/ Italie, req.

interprète un acte antérieur obscur »¹³⁵². Le législateur était par conséquent tenté de considérer que cette loi se raccrochait à celle qu'elle interprétait, de sorte que le principe de non-rétroactivité ne s'en trouvait pas froissé. Le juge se montre cependant particulièrement vigilant à ce que la loi nouvelle n'ajoute pas à l'ancienne¹³⁵³. Dans l'hypothèse inverse, il n'a pas hésité à requalifier la loi interprétative¹³⁵⁴. Cette jurisprudence, vigilante, s'est montrée plus sévère sous l'influence de la Convention EDH.

La Cour EDH, sur le fondement de l'article 6 de la Convention notamment¹³⁵⁵, s'est montrée critique à l'égard de ces lois interprétatives et de validation. Dans l'affaire *Zielinski, Pradal et autres contre France*, dans laquelle le litige portait sur une loi de validation¹³⁵⁶, la Cour a rappelé que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable*

n°5376/11 ; TAVERNIER Julie. La loi interprétative devant la Cour européenne des droits de l'homme - Une illustration des conséquences des arrêts pilotes dans l'ordre juridique italien. *RTDH* 2014, n°99, p.717

¹³⁵² « interprétatif, ive ». CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique. Op. cit.*, l'acte étant une loi lorsqu'il s'agit d'une loi interprétative. V. également MOLFESSIS Nicolas. « La notion de loi interprétative ». *RTD Civ.* 2002, p.599.

¹³⁵³ V. par exemple le contrôle exercé par la Cour de cassation à une hypothèse dans laquelle le caractère interprétatif de la loi n'a pas été dénié : « *ce nouveau texte, qui se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite avait rendu susceptible de controverse, revêt un caractère interprétatif des dispositions anciennes et se trouve applicable à la procédure pendant devant la Cour de cassation* », Soc. 13 mai 1985, Bull. n°291.

¹³⁵⁴ V. par exemple Com. 7 avril 2002 (Bull. n°150; *JCP* 1992, II, n°21939, note DAVID René; *Deffrénois* 1992, 1274, note CHAPPERT) : La loi « n'a pas un caractère interprétatif dès lors qu'[elle] tend à substituer de nouvelles conditions d'imposition à celles résultant du texte prétendument interprété ». Voir également Com. 22 octobre 2002 (Bull. n°150): « *Une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant d'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse; qu'ayant relevé que le règlement n° 203/98 (...) avait modifié le règlement n° 4154/87 (...) pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques en la matière, la cour d'appel, qui a ainsi mis en évidence l'innovation apportée par le nouveau texte, a, à bon droit, dit que celui-ci n'avait pas de caractère interprétatif* ».

¹³⁵⁵ Outre l'arrêt *M.C. e.a.*, la Cour a pu un Etat sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°1 dans les arrêts CEDH 14 février 2006, arrêt Lecarpentier e.a. c/ France, req. n°67847/01 ; CEDH 3 octobre 2006, arrêt Achache c/ France 16043/03 ; PETTITI Christophe. « La rétroactivité des lois civiles. Une nouvelle fois sanctionnée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ». *RTDH* 2007, n°70, p.493-507.

¹³⁵⁶ « *validation législative* ». CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique. Op. cit.* : la loi de validation consacre l'« *intervention du législateur en forme de loi destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite, un acte administratif annulé ou susceptible de l'être* ».



consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige »¹³⁵⁷. Elle a reconnu en l'espèce la violation par le législateur français de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention. La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a repris, dans un arrêt du 23 janvier 2004, la solution dans une motivation similaire¹³⁵⁸. Constatant que l'exigence d'un motif impérieux d'intérêt général ne pouvait pas être satisfaite, la Cour a rejeté l'application rétroactive de la loi¹³⁵⁹. La Cour EDH a de même rejeté un motif financier invoqué par le législateur français, selon lequel l'équilibre du secteur de la santé et de la protection sociale aurait été mis en péril¹³⁶⁰.

Cette jurisprudence, bien que sévère, a remis en avant la nécessité de prouver un motif impérieux d'intérêt général afin de déroger aux principes d'application de la loi dans le

¹³⁵⁷ CEDH 28 octobre 1999, arrêt Zielinski, Pradal e.a. c/ France, req. n°24846/94, 34165/96 et 34173/96, §57 ; FRICERO Nathalie. « Application d'une loi rétroactive en cours d'instance et violation du procès équitable en dépit de la conformité du texte à la Constitution ». *Procédures* 2000, n°4, p.12-13 ; BOLLE, Stéphane. « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution: l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 ». *RFDA* 2000, n°6, p.1254-1267 ; BOUJEKA, Augustin. « Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme ». *LPA* 08/06/2000, n°114, p.21-31 ; MARGUENAUD Jean-Pierre. « De quelques observations de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation française ». *RTD Civ.* 2000, p.439. En droit de l'Union, V. KOVAR Robert. « Lois de validation et droit communautaire ». *Europe* 2007, n°10, p.5-10.

¹³⁵⁸ Cass. Ass. Plén. 23 janvier 2004 : « Mais attendu que si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; que cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès », Bull. n°2 ; *BICC* 15 mars 2004, rapp. FAVRE, concl. DE GOUTTES ; *D.* 2004, 1108, note GAUTIER ; *JCP* 2004, II, n°10030, note BILLIAU ; *JCP E* 2004, 514, note MONEGER ; *Defrénois* 2004, 525, obs. RUET ; *AJDI* 2004, 201, note BLATTER ; *ibid.* 175, étude LASSNER ; *LPA* 28 avril 2005, note MECARELLI ; *ibid.* 22 juillet 2005, note CHASSAGNARD ; *RTD Civ.* 2004, 341, obs. THERY, et 331, obs. RAYNARD ; *ibid.* 598 et 603, obs. DEUMIER ; *RTD Com.* 2004, 74, obs. MONEGER ; *RDC* 2004, 699, obs. LARDEUX, et 791, obs. MARAIS ; *RFDA* 2004, 224, étude MATHIEU.

¹³⁵⁹ Cass. Ass. Plén., 23 janvier 2004, *op. cit.* : « Attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du Code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ; que par ces motifs substitués à ceux de la décision attaquée, l'arrêt se trouve justifié ».

¹³⁶⁰ CEDH 9 janvier 2007, arrêt Aubert e.a. c/ France, req. n°31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 20389/05 ; *RDC* 2007 p.477, note Anne Debet.



temps. Il s'avère donc essentiel pour le législateur de motiver sa solution. C'est ainsi que dans l'arrêt du 4 décembre 2001, le juge de cassation avait indiqué qu'« *en l'absence de disposition expresse de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats (...) demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion* »¹³⁶¹. De manière aussi sévère, la Cour, dans un arrêt du 29 mai 2013, a indiqué que « *l'ordonnance du 23 mars 2006, fût-elle d'ordre public, (...) ne [pouvait], en l'absence de dispositions spéciales, régir les prêts conclus antérieurement à son entrée en vigueur* »¹³⁶². Ainsi, *a contrario*, le législateur peut déroger au principe de survie de la loi ancienne à l'égard des situations contractuelles en cours dans la mesure où il le prévoit expressément dans la loi et motive cette solution par un motif impérieux d'intérêt général. Bien entendu, la jurisprudence interprète strictement cette exception, bien qu'elle recherche parfois la volonté expresse du législateur parmi les travaux préparatoires¹³⁶³. Surtout, elle doit concilier la prise en compte d'un motif impérieux d'intérêt général¹³⁶⁴ avec le principe de sécurité juridique, avec lequel elle entre en conflit.

413. Il convient également de mentionner l'hypothèse dans laquelle ce n'est pas le législateur mais le juge lui-même qui procède à la remise en cause d'une norme¹³⁶⁵. En effet,

¹³⁶¹ Civ.1 4 décembre 2001, Bull. n°307.

¹³⁶² Civ.1 29 mai 2013, pourvoi n°11-24278, Bull. n°106.

¹³⁶³ Voir en particulier l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 janvier 2004, *op. cit.* Pour un exemple où la volonté du législateur consistait dans la remise en cause d'une jurisprudence favorable au salarié de la Cour de cassation : ADOM Kibalo. « Les validations législatives et le contrôle judiciaire de l'opportunité de la loi ». *D.* 2001, n°30, p.2445-2448. Dans cette hypothèse où le législateur tente de reprendre le contrôle du sens de la loi, dans une logique *réaliste* du droit, « *pour la Cour de cassation, il n'y aurait pas à distinguer entre la norme issue du pouvoir législatif (ou réglementaire) et celle issue de la fonction juridictionnelle* » : *ibid.* V. également PERES Cécile. « L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence ». *D.* 2001, n°34, p.2439-2443.

¹³⁶⁴ Concernant l'alignement de la terminologie du Conseil constitutionnel sur celle de la Cour EDH : Cons. Const. 14 février 2014, déc. n°2013-366 QPC, JORF du 16 février, p. 2724 ; GAY Laurence MANGIAVILLANO Alexandre. « Droit constitutionnel. Février 2014-décembre 2014 ». *D.* 2015, n°25, p.1457-1465 ; DEUMIER Pascale. « Les lois de validation et le dialogue des juges ». *RTD Civ* 2014, n°3, p.604-610.

¹³⁶⁵ Concernant les enjeux théoriques de la modulation de l'interprétation du juge dans le temps : MAINGUY Daniel. « L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II ». *Op. cit.*, §9-10. Du point de vue du Conseil constitutionnel : DEUMIER Pascale. « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? ». *RTD Civ.* 2014, n°1, p.71-77 : « *est-ce à dire que norme législative et norme jurisprudentielle sont soumises à des exigences constitutionnelles identiques, leur différence de nature n'emportant aucune différence d'appréciation ?* ». L'auteur constate que la seule différence visible consiste dans une adaptation de la formulation de principe du Conseil constitutionnel. Elle relève une identique exigence d'un motif d'intérêt

le Conseil d'Etat, depuis son arrêt AC, se réserve la possibilité de contrevenir aux règles qui découlent de cette remise en cause lorsqu'elles sont « *de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets* »¹³⁶⁶. Il convient de souligner que le Conseil d'Etat relève lui-même que cette dérogation ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel et qu'il ne peut y procéder qu'après avoir recueilli sur ce point les observations des parties, illustrant ainsi combien le juge doit être attentif aux conséquences des décisions qu'il prend et détient, en conséquence, les moyens de déroger à l'application mécanique des règles habituelles.

414. Si le juge doit contrôler le motif d'ordre public dont se prévaut le législateur ou d'un contractant à l'égard d'une loi, il ne doit pas oublier non plus de rechercher les normes qui bénéficient de l'ordre public et qui sont par conséquent susceptibles d'être applicables immédiatement aux contrats en cours, voire applicables de manière rétroactive. En effet, les droits fondamentaux appartiennent à l'ordre public européen, que l'on peut qualifier de « *renforcé* ». Par voie de conséquence, ces droits ont vocation à être applicables de manière immédiate, voire rétroactive. Il est loisible à la Cour EDH de moduler l'application dans le temps de sa jurisprudence, et même d'annoncer de quelle façon cette dernière est amenée à évoluer dans les prochaines années¹³⁶⁷. Ainsi, les droits fondamentaux s'appliquent à l'acte juridique privé en cours, alors même que cet acte a été formé avant la consécration de ces droits. En outre, ils ont vocation à influencer sur la loi applicable au contrat, même si elle ne les consacre pas elle-même. Dans toute la mesure du possible, les juges nationaux ont en effet l'obligation de conférer aux normes internes un sens conforme à la Convention EDH, de même qu'aux Traités de l'Union. Par conséquent, si les droits fondamentaux peuvent naturellement se prévaloir de motifs d'ordre public, il revient au juge national de les prendre en considération lorsqu'ils recherchent les normes applicables au contrat. L'existence d'un conflit entre une norme interne et un droit fondamental protégé par une norme supérieure doit voir triompher cette dernière. A défaut, l'Etat engage sa responsabilité, en raison de l'activité du législateur ou de l'activité de ses juridictions.

général suffisant. Elle achève sa démonstration sur un constat d'une « *grille de lecture plus réaliste qu'idéaliste ou essentialiste de la norme jurisprudentielle* ».

¹³⁶⁶ CE 11 mai 2004, arrêt AC, req. n°255886.

¹³⁶⁷ V. *supra*, §224.

Or, la jurisprudence de la Cour de cassation s'avère timorée sur cette problématique, notamment lorsque le législateur a pris soin, comme il le fait de plus en plus souvent, de préciser les règles transitoires applicables aux dispositions nouvelles. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas tant de contrôler des motifs d'ordre public qui constituent une exception au regard des règles d'application de la loi dans le temps, telles que précisées par le législateur, mais de rechercher si ces règles constituent un motif suffisant pour ne pas y déroger. Concrètement, il lui revient de rechercher si un motif tiré de l'ordre public n'est pas susceptible de faire exception aux règles applicables. Cette tâche n'est pas aisée dans la mesure où la règle susceptible de déroger au principe produit un effet horizontal. Or, à l'occasion de l'arrêt *Fabris contre France*, la solution dégagée par la Cour de cassation a abouti à la constatation par la Cour EDH d'une violation des droits protégés par la Convention EDH.

Dans ce litige, le législateur avait tiré les conséquences de la jurisprudence de la Cour EDH s'agissant de l'égalité de droit entre les enfants par la loi du 3 décembre 2001. Toutefois, elle avait assorti cette loi de dispositions transitoires. Or, l'avocat général de la Cour de cassation, dans son avis transmis aux parties et repris par la Cour EDH, avait considéré que, « *en excluant la remise en cause des donations entre vifs consenties avant l'entrée en vigueur de la loi de 1972, le législateur a entendu garantir la sécurité juridique que ces donations appelaient. Rien ne justifie que cette sécurité juridique soit remise en cause en 2002, les dispositions transitoires antérieures étant complémentaires de celles définies par la loi de 2001* »¹³⁶⁸. Ce raisonnement a été repris par la Cour de cassation dans son arrêt du 14 novembre 2007, critiqué par la Cour EDH.

415. Dans un arrêt du 28 mai 2014, la Cour de cassation était confrontée à l'hypothèse de demande en nullité par un enfant issu d'un premier mariage de donations consenties par son père à des enfants issus d'un premier mariage de sa seconde épouse¹³⁶⁹. La loi du 4 mars 2002 prévoyait des dispositions transitoires selon lesquelles la disposition litigieuse était applicable aux instances en cours qui n'avaient pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée, de sorte que la disposition était applicable en l'espèce et que le demandeur ne pouvait pas se prévaloir de la présomption irréfragable de nullité de ces donations faites à personne interposée, applicables avant la loi de 2002. Comme dans

¹³⁶⁸ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §22.

¹³⁶⁹ Civ.1 28 mai 2014, pourvoi n°13-16340.

l'affaire *Fabris*, la Cour se contente d'une application des règles prévues par le législateur. En outre, appelée à caractériser l'impérieux motif d'intérêt général justifiant le choix du législateur et à se justifier sur le juste équilibre de la solution d'espèce, la Cour se contente d'affirmer que la disposition litigieuse « *répond à d'impérieux motifs d'intérêt général, ménage un juste équilibre avec le droit au respect des biens de M. X. en sa qualité d'héritier* » dont seul le droit à la réserve est légalement garanti, à l'exclusion de la quotité disponible¹³⁷⁰. Au regard des principes et exigences précédemment évoqués, il semble que le raisonnement de la Cour de cassation s'expose encore à la critique.

Plus caricaturale encore, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 mars 2014, a pu considérer que de nouvelles dispositions issues d'une décision de l'ARCEP demeurée muette sur la question du droit transitoire pouvaient être « *implicitement mais nécessairement applicables aux contrats en cours* », de sorte qu'elle a censuré l'arrêt de Cour d'appel qui, en l'absence de dispositions transitoires et notamment de règles d'exception expressément exprimées, avait appliqué le principe de survie de la loi ancienne¹³⁷¹. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de cassation démontre un contrôle effectif des motifs d'ordre public invoqués par le législateur, mais un contrôle plus approximatif s'agissant de la remise en cause, du fait de l'activité des juges, des règles d'application de la loi dans le temps¹³⁷².

¹³⁷⁰ Civ.1 28 mai 2014, *op. cit.*

¹³⁷¹ Com 25 mars 2014, pourvoi n°12-28426, Bull. n°61. V. notamment le commentaire éclairant de ROCHFELD Judith. « Existe-t-il un ordre public « renforcé » de « régulation » en droit transitoire ? ». *RDC* 2014, n°3, p.499-503. L'auteur critique la forme de la décision d'autant plus que les faits de l'espèce pouvaient justifier l'application immédiate. Elle ajoute que la Cour aurait non seulement dû rechercher le motif d'ordre public, mais en outre procéder à un contrôle de proportionnalité afin de mesurer les conséquences de la décision sur les parties et, de manière plus générale, sur les acteurs économiques concernés. Il convient toutefois de souligner qu'il s'agit d'un arrêt de cassation avec renvoi, l'absence de précisions sur ces étapes du raisonnement ne dispensant pas la Cour de renvoi.

¹³⁷² Il convient toutefois de distinguer les hypothèses précédentes de celles dans lesquelles les juges du fond commettent une erreur de droit sans exprimer l'intention de déroger aux règles d'application de la loi dans le temps en raison d'un motif d'ordre public. V. par exemple : Civ.3 17 février 2010, pourvoi n°08-21360, Bull. n°45, Civ.2 19 février 2009, pourvoi n°08-12140, Bull. n°49. Pour une hypothèse de rejet : Civ.3 3 juillet 2013, pourvoi n°12-21541, Bull. n°89.



B - Une conciliation avec le principe de sécurité juridique

416. Comme l'interprétation conforme, le principe de sécurité juridique est une application du principe de prééminence du droit¹³⁷³, ou de la primauté du droit de l'Union européenne, dont on a déjà eu l'occasion de relever l'importance en droit européen¹³⁷⁴. Son objectif diffère cependant puisqu'il ne s'agit pas d'assurer l'application du droit objectif mais d'en mesurer les limites, d'en combattre les insuffisances. C'est ainsi que le principe de sécurité juridique participe d'une définition des caractères d'une norme, en particulier sous les termes de clarté et de précision, chers à l'interprétation¹³⁷⁵. Egalement, il sert à tempérer les modifications trop brutales du droit objectif, en particulier la rétroactivité. En cet objectif se trouve l'axe temporel du principe de sécurité juridique, dont la finalité est la prévisibilité de la norme¹³⁷⁶. Dans cette acception, le principe de sécurité juridique est concurrencé par le principe de confiance légitime¹³⁷⁷, qui a valeur de Principe fondamental de la Communauté depuis l'arrêt *Dürbeck* de 1981¹³⁷⁸.

¹³⁷³ « La sécurité juridique se rattache donc au principe général de la prééminence du droit. De ce fait, cette notion a des liens très forts avec des principes élaborés, au gré des situations, dans la jurisprudence de la Cour et qui dérivent tous du tronc commun représenté par ce principe général », DE SALVIA Michèle. « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n°11, p.142.

¹³⁷⁴ V. *supra*, §99 sq.

¹³⁷⁵ Cette exigence de qualité de la loi constitue l'axe formel du principe.

¹³⁷⁶ Voir par exemple, CJUE 15 décembre 1987, arrêt *Irlande c/ Commission*, 325/85, Rec. p.5041: « la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables ». Voir du côté de la CEDH 22 septembre 1994, arrêt *Hentrich c/ France*, req. n°13616/88, §42: « En l'espèce, la mesure de préemption a joué de manière arbitraire, sélective et guère prévisible, et n'a pas offert les garanties procédurales élémentaires: en particulier, tel qu'interprété jusqu'alors par la Cour de cassation et tel qu'appliqué à la requérante, l'article 668 du code général des impôts ne satisfaisait pas suffisamment aux exigences de précision et de prévisibilité qu'implique la notion de loi au sens de la Convention ».

¹³⁷⁷ Ce principe a pour objet de protéger « la confiance que les destinataires de règles et de décisions (...) sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions » : FROMONT Michel. « Le principe de sécurité juridique ». *AJDA* numéro spécial, 1996, p.179. Bien que la distinction entre les deux ne soit pas toujours évidente, le principe de confiance légitime permet une appréciation par le juge plus subjective du degré de prévisibilité de la norme. Sur les conséquences de la promotion des atteintes individuelles permise par le principe de sécurité juridique, V. en particulier, PIAZZON Thomas. *La sécurité juridique. Op. cit.*

¹³⁷⁸ CJUE 5 mai 1981, arrêt *Dürbeck c/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*, aff.112/80.

Principe se rattachant en premier lieu aux normes législatives, la sécurité juridique trouve son origine dans le droit public, et singulièrement dans le droit allemand¹³⁷⁹. Il s'agissait par cet outil de prémunir les justiciables contre les risques liés à des bouleversements trop brutaux du droit. Cette notion est apparue suffisamment souple – en comparaison des méthodes du recours en excès de pouvoir à la française, système trop « sec »¹³⁸⁰ – aux yeux du juge de l'Union qui l'a adopté sans toutefois la théoriser au sein du droit de l'Union¹³⁸¹. Le principe de sécurité juridique, bien qu'il se rattache nécessairement à des fondements textuels¹³⁸², est une création prétorienne.

La Cour de justice a mentionné ce principe pour la première fois dans son arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, lui conférant la portée d'un Principe général du droit de l'Union¹³⁸³. La Cour EDH, quant à elle, a découvert ce concept dans son arrêt *Sunday Times*, du 26 avril 1979¹³⁸⁴. La Cour, dans sa jurisprudence, insiste sur les notions d'accessibilité au droit¹³⁸⁵, de clarté et de précision de la norme¹³⁸⁶, de prévisibilité et d'espérance légitime¹³⁸⁷. C'est

¹³⁷⁹ Jean-Pierre PUISOCHET. « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n°11, p.157.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p.158.

¹³⁸¹ *Ibid.*, p.157.

¹³⁸² En droit français, le principe de sécurité juridique n'est pas inscrit dans la Constitution. En revanche figure dans le préambule de la Constitution ainsi par l'intermédiaire de l'article 2 de la Déclaration de 1789 le principe de sûreté, droit naturel duquel découle notre principe.

¹³⁸³ CJUE 6 avril 1962, arrêt Robert Bosch GmbH, aff.C-13/61, Rec. p.89 : « (...) il serait contraire au principe de sécurité juridique – règle de droit à respecter dans l'application du Traité – de frapper de nullité de plein droit certains accords avant même qu'il ait été possible de savoir, donc de constater à quels accords s'applique l'ensemble de l'article 85 ».

¹³⁸⁴ CEDH 26 avril 1979, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. n°6538/74, §47 : « Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que les termes « prévue par la loi » exigent pareil texte dans tous les cas; il ne leur semble nécessaire que si - comme en l'espèce - les règles de la common law sont incertaines au point de ne pas correspondre au concept consacré, d'après eux, par ces termes: le principe de la sécurité juridique ».

¹³⁸⁵ CEDH 16 décembre 1992, arrêt *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, req. n°12964/87, §35 : « Au total, le système ne présentait donc pas une cohérence et une clarté suffisantes. A la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que le requérant n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au Conseil d'Etat ».

¹³⁸⁶ CEDH 28 mars 2000, arrêt *Baranowski c/ Pologne*, req. n°28358/95, §52 : « Sur ce dernier point, la Cour souligne que lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise

dans cet objectif qu'est intervenu en particulier l'arrêt *Zielinski* à propos des lois d'interprétation¹³⁸⁸. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, l'arrêt *Pye* a privilégié le principe de sécurité juridique¹³⁸⁹. En revanche, dans l'arrêt *Fabris contre France*, la Cour EDH a confronté ce principe avec celui de non-discrimination, en donnant la priorité à ce dernier¹³⁹⁰. Dans l'arrêt *Velcea et Mazare*, la Cour a donné la priorité au droit au respect de la vie familiale¹³⁹¹. Cette jurisprudence illustre qu'en matière d'interprétation, et plus globalement lorsque la Cour EDH estime que le juge national possédait une emprise sur la norme pouvant se prévaloir du principe de sécurité juridique, ce dernier est souvent primé par un droit fondamental concurrent. Cette conciliation de principes constitue le symbole de l'apport de la Cour EDH en matière de protection concrète et effective des droits fondamentaux par les juges.

417. Les juridictions françaises envisagent davantage le principe de sécurité juridique sous l'angle de la prévisibilité des changements plutôt que sous celui de la conciliation effective avec un principe concurrent dans le cadre d'un litige particulier. Ainsi, confrontées à un phénomène de dérèglement de la production normative, elles ont eu à s'interroger sur la qualité insatisfaisante de certaines lois¹³⁹². Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 pour dégager un objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi¹³⁹³. Parallèlement, il s'est également

pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (...) ».

¹³⁸⁷ Sur ce concept à la terminologie variable (confiance légitime, attentes légitimes, espérance légitime), V. WALTER Jean-Baptiste, Jean-Pierre MARGUENAUD (Dir.). *L'espérance légitime*. Thèse de doctorat, droit. Limoges : Université de Limoges, 2009. Paris : Fondation Varenne, 2011, 442p. (Collection des thèses).

¹³⁸⁸ Dans cet arrêt, la Cour insiste sur l'impératif de prévisibilité : CEDH 28 octobre 1999, arrêt *Zielinski*, Pradal e.a. c/ France, *op. cit.*, §59.

¹³⁸⁹ CEDH GC 30 août 2007, arrêt J.A. Pye c/ R.U., req. n°44302/02, §68, 79 et 84.

¹³⁹⁰ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*, *op. cit.*, §73-75.

¹³⁹¹ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, §131.

¹³⁹² Voir par exemple les rapports du Conseil d'Etat de 1991 et de 2006. En 2006 notamment, le rapport faisait le constat suivant: « Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude », Rapport du Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, 2006.

¹³⁹³ Cons. Const. 16 décembre 1999, déc. n°99-421 DC loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux. Voir la jurisprudence rappelée dans le rapport public 2006 du Conseil d'Etat. *Op. cit.*, p.288. Dès 1982, le Conseil constitutionnel en

intéressé à la notion de prévisibilité du droit¹³⁹⁴. En outre, le fondement de l'article 16¹³⁹⁵ marque selon la doctrine l'application du principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français¹³⁹⁶. Le Conseil d'Etat, en revanche, après avoir jugé le moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique « *inopérant* »¹³⁹⁷, a reconnu la pertinence du principe dans un arrêt *KPMG* du 24 mars 2006¹³⁹⁸. Par cette décision, on perçoit les

1982 a considéré qu'une disposition claire et précise répondait aux exigences de l'article 34 de la Constitution : Cons. Const. 16 janvier 1982, déc. n°81-132 DC relative à la loi de nationalisation. Voir également Cons. Const. 10 juillet 1998, déc. n°98-401 DC loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, l'exigence de clarté de la loi étant défini au considérant 9. Au contraire, une disposition incompréhensible et inexplicable est entachée d'incompétence négative : Cons. Const. 10 juillet 1985, déc. n°85-191 DC relative à la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Présente de telles caractéristiques la loi susceptible de deux interprétations. Par une application de cette sanction, voir également Cons. Const. 24 juillet 2003, décision n°2003-475 DC relative à la loi portant réforme de l'élection des sénateurs. Le Conseil constitutionnel s'est également attaché à censurer sur ces fondements les dispositions législatives dépourvues de portée normative : voir par exemple Cons. Const. 29 juillet 2004, décision n°2004-500 DC loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales ; Cons. Const. 21 avril 2005, déc. 2005-512 relative à la loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école.

¹³⁹⁴ Sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, V. notamment, PERES Cécile. « Le contrat, la sécurité juridique et les mesures transitoires : les suites de l'arrêt *KPMG* ». *RDC* 2007, n°4, p.1091. D'abord, dans une décision de 1998, il affirme que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » : Conseil constitutionnel 10 juin 1998, décision n°98-401 DC loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Puis, dans une décision de 2003, le Conseil précise que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » : Cons. Const. 13 janvier 2003, déc. n°2002-465 DC loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi. Cette décision reprend l'exigence d'un motif impérieux d'intérêt général exigé par la jurisprudence de la Cour EDH.

¹³⁹⁵ Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789: « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

¹³⁹⁶ V. par exemple DUTHEILLER DE LAMOTHE Olivier, allocution prononcée à l'occasion du Séminaire franco-brésilien sur la sécurité juridique, Cour de cassation, 19 septembre 2005 ; repris par le *Rapport 2006 du Conseil d'Etat*, p.290 : « *la référence, non plus seulement à l'article 4, qui est le fondement de la liberté contractuelle, mais à l'article 16, qui est le fondement de l'exigence de la sécurité juridique, montre bien que cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre du courant inspiré par le principe de sécurité juridique* ».

¹³⁹⁷ V. par exemple CE 30 décembre 1996, arrêt Mme Brockly, Rec. p.526; CE 9 juillet 1997, Office public communautaires d'habitations à loyer modéré de Saint-Priest, Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM, Rec. p.292.

¹³⁹⁸ Dans un considérant de principe, le Conseil indique qu'« *indépendamment du respect de cette exigence, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les*



conditions qui s'imposent pour assurer l'axe temporel du principe de sécurité juridique, c'est-à-dire des informations sur l'application des effets dans le temps d'une loi nouvelle. Si le législateur peut se permettre de ne pas mettre en avant les motifs de sa dérogation au principe admis en la matière, à charge pour le juge de s'en assurer, il ne peut faire l'économie d'une disposition expresse informant de la mise en place de la nouvelle réglementation. L'apport du principe de sécurité juridique repose sur des exigences formelles.

418. La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît tant le principe de sécurité juridique que ses limites, ou plutôt la possibilité d'y déroger. L'utilisation, expresse ou tacite, du principe de sécurité juridique s'opère sur de nombreuses problématiques¹³⁹⁹. Parmi celles-ci se trouve en premier lieu la recherche de la loi applicable. Il est avancé en doctrine que du principe de sécurité juridique découle la règle selon laquelle la loi compétente est celle applicable au jour de la demande ou au jour des faits qui la fondent¹⁴⁰⁰. Dans cette acception, le rôle du principe assure, à côté du principe de non-rétroactivité de la loi, un fondement à la règle selon laquelle l'interprétation du contrat doit s'effectuer au moment de la formation de celui-ci¹⁴⁰¹. Certes, ce principe ne bénéficie pas de la même portée en droit civil qu'en droit pénal¹⁴⁰². Il a toutefois été affirmé avec force dès un arrêt de la Cour de

mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées » : CE 24 mars 2006, req. n°288460.

¹³⁹⁹ Voir sur ce point HUGLO Jean-Guy. « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p.124. L'auteur indique notamment que « le principe de sécurité juridique trouve de multiples expressions dans des principes plus spécifiques tels que l'obligation pour le juge de statuer en fonction du droit applicable au jour de la demande, la non-rétroactivité des normes juridiques, l'effet obligatoire des conventions entre les parties, l'interprétation restrictive des textes d'incrimination, l'existence de délais de recours et de prescription, le principe de la confiance légitime. Un tel constat explique pourquoi le principe de la sécurité juridique « à l'état pur » se rencontre rarement exprimé dans la jurisprudence de la Cour de cassation ».

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, p.125 : « Une des premières expressions du principe de sécurité juridique est la nécessité où se trouve le juge d'apprécier la demande en fonction du droit applicable au jour de cette demande ou au jour des faits qui la fondent ».

¹⁴⁰¹ La position des principes de non-rétroactivité de la loi et de sécurité juridique n'est pas clairement établie.

¹⁴⁰² La non-rétroactivité pénale fait partie des Principes généraux du droit de l'Union : CJUE 10 juillet 1984, arrêt *Kirk*, aff.C-63/83. Le droit constitutionnel l'a rappelé dans sa décision 98-404 DC du 18 décembre 1998 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, tout en précisant la portée du principe : « le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive; que néanmoins, si le législateur a la faculté

cassation du 25 novembre 1997¹⁴⁰³, dans une affaire qui ne préjugait toutefois pas de la responsabilité de l'Etat¹⁴⁰⁴.

Dans un arrêt du 15 mai 2015, la Cour a eu l'occasion de préciser ses marges de manœuvres en matière d'interprétation conforme de la loi par rapport au droit de l'Union, précisant « *l'obligation pour le juge national de se référer au contenu d'une directive lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne trouve ses limites dans les principes généraux du droit, notamment les principes de sécurité juridique ainsi que de non-rétroactivité, et que cette obligation ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national* »¹⁴⁰⁵. Cet arrêt démontre que la Cour de cassation considère, comme la Cour EDH, que la problématique de l'interprétation de la loi applicable au contrat soulève des difficultés qui doivent être conciliées avec le principe de sécurité juridique¹⁴⁰⁶. Il ne préjuge toutefois pas d'une position ferme de la Cour, comparable à l'interprétation *contra legem* qui neutralise toute interprétation conforme.

d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ».

¹⁴⁰³ Civ.1 25 novembre 1997, Bull. n°328; *RTD Civ.*1998, p.210, obs. MOLFESSIS Nicolas. En l'espèce, l'exigence de mention manuscrite d'un acte de cautionnement solidaire rédigé par un notaire résultait d'une jurisprudence postérieure à la formation du contrat, jurisprudence qui n'était d'ailleurs plus applicable au moment où la Cour de cassation rendait sa solution. La Cour de cassation donne raison à la Cour d'appel de ne pas avoir engagé la responsabilité du notaire au motif que « *les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans qu'on puisse lui imputer la faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit* ». Elle ne fait pas mention du principe de sécurité juridique mais, en ne trahissant pas ses mécanismes, ce principe est indéniablement présent au travers de cet arrêt et l'exemple est d'ailleurs repris par HUGLO Jean-Guy. *Op. cit.*, p.125.

¹⁴⁰⁴ La prévisibilité des revirements de justice, envisagée sous l'angle de la responsabilité des juges dans l'évolution de la règle juridique, est une problématique distincte, qui n'était pas soulevée en l'espèce.

¹⁴⁰⁵ Civ.1 15 mai 2015, pourvoi n°14-13151, à paraître au Bull. BLANC, Nathalie. « Prescription de l'action de la victime d'un produit défectueux : les limites de l'interprétation du droit national à la lumière d'une directive non transposée ». *Gaz. Pal.* 2015, n°182-183, p.15-17.

¹⁴⁰⁶ En l'espèce, la cassation était encourue en raison d'une interprétation *contra legem* commise par les juges du fond. De façon plus catégorique encore que l'espèce précédente, cette impossibilité d'interprétation conforme, qui avait pour origine un défaut de transposition d'une directive en droit interne, engage la responsabilité de l'Etat français.

Or, l'arrêt du 4 décembre 2013¹⁴⁰⁷ démontre, sans que l'arrêt ne mentionne le principe de sécurité juridique, que la Cour de cassation peut écarter l'application d'une loi en raison des circonstances particulières d'une affaire. Ainsi, il y a de solides raisons de concevoir qu'elle est susceptible d'interpréter une loi applicable au contrat de manière conforme à un droit fondamental, lequel primerait le principe de sécurité juridique. Pour cela, l'énonciation d'une règle d'ordre public ne suffit pas ; un contrôle de proportionnalité s'impose¹⁴⁰⁸. Dès lors, en matière d'interprétation de la loi applicable au contrat, cet arrêt ouvre la voie à une conciliation des droits fondamentaux avec celui de sécurité juridique, selon une configuration comparable avec celles des cours européennes.

Toutefois, la jurisprudence recensée démontre que la Cour de cassation demeure très protectrice du principe de sécurité juridique à l'égard des intérêts du justiciable contre les ingérences de l'Etat. La Cour a préféré, jusqu'à cet arrêt de 2013, reporter la conciliation avec le principe de sécurité juridique dans le cadre d'une application verticale. Or, cette position constitue un lourd handicap dans la prise en compte de la jurisprudence *Pla et Puncernau*, l'exercice d'un contrôle de l'ordre public de l'acte juridique privé et l'utilisation de l'interprétation conforme.

§ 2 - Un contrôle défaillant de l'ordre public de l'acte juridique privé

419. La réaction de la doctrine française commentant l'arrêt *Pla et Puncernau* est à la mesure du défi que constitue cet arrêt au regard des mécanismes de la Cour de cassation, de sorte qu'il convient de se poser la question du caractère utile, au sens européen, du contrôle de la Cour en matière d'interprétation des actes juridiques privés (B). Cette analyse démontre la nécessité d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation en la matière (A).

¹⁴⁰⁷ V. *supra*, §286 sq.

¹⁴⁰⁸ V. notamment ROCHFELD Judith. « Existe-t-il un ordre public « renforcé » de « régulation » en droit transitoire ? ». *RDC* 2014, n° 3, p.499-503.



A - La nécessité d'un revirement de jurisprudence

420. Le concept d'ordre public est difficile à déterminer avec précision. En droit privé, l'article 6 du Code civil prévoit que l'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹⁴⁰⁹. Ainsi, il est classique de distinguer les règles supplétives, pour lesquelles une faculté de dérogation est reconnue aux parties privées, et les règles impératives, qui ressortent de l'ordre public et à l'égard desquelles les parties ne peuvent que s'incliner. Cette distinction met en lumière la capacité des parties à déterminer le contenu de leur acte juridique privé, mais moins ce que le législateur est susceptible d'imposer aux parties au titre de l'ordre public. Or, la doctrine constate un « *esprit novateur* » de l'ordre public contemporain, qui ne se contente plus d'interdire mais impose des obligations aux parties¹⁴¹⁰. Cette conception rappelle la préoccupation du droit de l'Union de déterminer les conditions de création de charges dans le chef des particuliers¹⁴¹¹. Prenant la mesure de l'insuffisante portée de certaines normes de l'Union, la CJUE a usé de la directive d'interprétation conforme afin d'accroître cette portée, tout en s'interdisant de reconnaître un « *véritable effet horizontal* » comparable à celui reconnu par la Cour EDH aux droits contenus dans la Convention EDH¹⁴¹². C'est une limite similaire qui est fixée en droit français, l'ordre public disposant d'une source législative : « *il appartient au législateur, non au juge, de déterminer la politique économique et sociale de la société* », tandis que l'interprétation demeure subjective¹⁴¹³. Ainsi, si la doctrine a acté l'absence de toute-puissance de la volonté, seule le législateur davantage que le juge est susceptible de s'immiscer dans la relation contractuelle¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁹ Art. 6 du C. civ.

¹⁴¹⁰ « *L'ordre public contemporain a un esprit novateur. Parfois, il ne se borne pas à interdire, mais impose, de manière positive, des obligations aux parties ; il aménage autoritairement les effets de certains contrats. Parfois enfin, il se borne de façon peu consistant à prévoir des directives de modération* » : MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations. Op. cit.*, §650.

¹⁴¹¹ *Supra* §114.

¹⁴¹² *V. supra*, §122 sq.

¹⁴¹³ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations. Op. cit.*, §650.

¹⁴¹⁴ Comp. « *Loin de la toute-puissance de la volonté, cet agencement avec la loi est celui qui se trouve, aujourd'hui, majoritairement retenu* » : ROCHFELD Judith. *Les grandes notions du droit privé. Op. cit.*, §434.

Il est parfois difficile de déterminer ensuite quelles sont les règles de droit qui appartiennent à l'ordre public. Selon le doyen CORNU, l'ordre public est constitué par « *une norme qui (...) correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (...) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (...), à la marche de l'économie (...) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (...)* »¹⁴¹⁵. Il s'agit par conséquent d'éléments revêtant une particulière importance au regard de l'intérêt général et qu'il revient à l'Etat, par la voix du juge, de faire respecter. En ce sens, pour le moins, les règles comprises dans la Convention EDH, telle qu'interprétée par la Cour, ressortent d'un ordre public particulier, l'ordre public européen. Pourtant, qu'il s'agisse des règles contenues dans le Code civil ou des règles issues de la Convention EDH, le juge français défend difficilement l'ordre public entre des parties privées. Christian TALAMON avait recensé en 1926 les hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation se reconnaissant des pouvoirs spéciaux et plus étendus dans certaines matières touchant à l'ordre public¹⁴¹⁶. Il évoquait ainsi l'exemple éclairant des substitutions prohibées¹⁴¹⁷, qui a connu une solution compatible avec l'arrêt *Pla et Puncernau*.

¹⁴¹⁵ « Ordre public » (Droit privé). CORNU Gérard. Vocabulaire juridique. *Op. cit.*

¹⁴¹⁶ TALAMON Christian. *Op. cit.*, p.67 sq.

¹⁴¹⁷ Une substitution en matière de libéralité consiste dans l'« *action de prévoir le remplacement éventuel du gratifié par un autre qui caractérise une espèce de disposition à titre gratuit* » : CORNU Gérard. Vocabulaire juridique. *Op. cit.*, définition de « *Substitution* », sens 4.



421. Le droit manifeste une méfiance à l'égard de ces substitutions¹⁴¹⁸. Avant la loi du 23 juin 2006¹⁴¹⁹, le droit distinguait la substitution fidéicommissaire¹⁴²⁰ et celle vulgaire ou *de residuo*.¹⁴²¹ Lorsque seule la seconde était licite, les juges devaient distinguer les deux substitutions et parfois interroger l'acte en sondant la volonté de son auteur¹⁴²². La directive d'interprétation de l'article 1156 du Code civil s'est toujours appliquée par principe. Lorsque cette volonté n'est pas décelable avec suffisamment de précision, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond la possibilité d'user des autres directives d'interprétation. A l'occasion du contrôle qu'elle a pu exercer en matière de clause de substitution, la Cour a indiqué que lorsque « *l'obligation de conserver et de rendre n'est pas littéralement exprimée*

¹⁴¹⁸ Même après la loi du 23 juin 2006, qui a consacré la distinction entre les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, il n'en reste pas moins que les libéralités sont susceptibles de contenir des stipulations contraires aux lois et aux bonnes mœurs, ces stipulations devant être réputées non écrites selon l'article 900 du Code civil. Cet article dispose en effet que « *dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ».

¹⁴¹⁹ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 : V. les commentaires de PETERKA Nathalie. « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité ». D.2006, n°37, p.2580-2583 ; CLERMON Marceau et CENAC Pierre. « Libertés graduelles et résiduelles ». JCP N 2006, n°38, p.1304-1674 ; GRIMALDI Michel. « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles ». JCP N 2006, n°51-52, p.2419-2424, art.1387 ; Savouré Bertrand. « Les nouvelles donations: place aux libéralités graduelles et résiduelles ». Rev. Lamy Dr. Civ. 2006, n°33, p.27-34, art.2342 ; MALAURIE Philippe. « Les libéralités graduelles et résiduelles ». Defrénois 2006, n°23, p.1801-1814, art.38493 ; NICOD Marc. « Le réveil des libéralités substitutives, les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil ». Dr. Famille 2006, étude 45 ; VAREILLE Bernard et COMBRET Jacques. « Sécuriser la transmission du patrimoine personnel ». Dr. et patrimoine 2007, n°158, p.72 ; WICKER Guillaume. « Le nouveau droit des libéralités: entre évolution, révolution et contre-révolution ». Dr. et Patr., 2007, n°157, p.74.

¹⁴²⁰ Cette substitution comprenait une obligation de conserver et une obligation de transmettre. Issue du droit romain, ce type de substitution a été aboli par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792. Le Code civil prévoyait leur prohibition de principe assortie de la nullité absolue à l'article 896 alinéa 1 ancien du Code civil, des exceptions étant prévues en matière de substitutions lignagères. La distinction consacrée par la loi du 23 juin 2006 ne reprend pas parfaitement cette distinction, la libéralité graduelle ne permettant par exemple qu'une substitution simple, limitée à un degré seulement, alors que les substitutions fidéicommissaires qualifiées de « graduelles » s'étalaient sur plusieurs générations.

¹⁴²¹ Cette substitution, qui ne comprenait qu'une obligation de transmettre ce qui resterait, a suivi dans un premier temps, par interprétation judiciaire de la législation révolutionnaire, le même sort : CA Paris 19 juin 1808, CA Metz 16 février 1815. Puis, sur le fondement du Code civil, la Cour de cassation a appliqué la solution préconisée par exemple par TOULLIER, à savoir la licéité de ces substitutions : TOULLIER Charles Bonaventure Marie. *Traité de droit civil français selon l'ordre du code*, T.5. Paris : B. Warée, 1821, 3^{ème} éd. Spéc. n°38 ; req. 1^{er} février 1827, D. Jurispr. gén. V° Substitution, n°75. req. 14 mars 1835, S.1832, 1, p.604.

¹⁴²² Cette prohibition de principe des substitutions fidéicommissaires s'est accompagnée d'une utilisation de voies détournées pour parvenir au résultat prohibé par la loi, l'interprétation devenant une opération capitale.



*dans le testament, cet acte ne peut être annulé que dans le cas où, contenant une substitution [fidéicommissaire], il serait impossible de lui donner un autre sens ; le doute devant toujours être interprété en faveur de la disposition »*¹⁴²³. Ce résultat s'impose parce que le résultat intéresse l'ordre public. Si la méthode employée n'est pas exactement celle utilisée par la Cour EDH, la finalité est conforme.

Lorsqu'une directive d'interprétation ne permettait pas de s'assurer de la volonté du testateur et laissait entrevoir un résultat contraire à la loi, les juges faisaient application de l'article 1157 afin de dévoiler, non plus une substitution fidéicommissaire illicite, mais selon les cas, une libéralité assortie d'une substitution *de residuo*, une libéralité précative, ... L'arrêt *Pla et Puncernau*, qui relève la contrariété des décisions de justice, met en lumière un doute qui signifie que la volonté de la testatrice ne peut être clairement déterminée, et justifie qu'une interprétation objective aboutisse à un résultat qui ne soit pas contraire aux droits fondamentaux et privilégiant l'exécution de l'acte. Ainsi, les deux jurisprudences obéissent ainsi à la même logique.

Enfin, la problématique des clauses de substitution met en lumière l'hypothèse où l'opération d'interprétation est susceptible de déboucher sur le résultat prohibé par la loi. Or, la Cour de cassation a indiqué dans un arrêt du 22 juin 1812 que, « *lorsqu'il s'agit de déterminer la nature et l'essence d'un acte dans le cas où la loi annule ou prohibe, une fausse interprétation qui tend à maintenir ce que la loi prohibe et annule couvre une violation de la loi et ne peut être à l'abri du recours en cassation »*¹⁴²⁴. Aussi dans ces cas la Cour de cassation se reconnaît des pouvoirs plus étendus et contrôle l'interprétation opérée par les juges du fond de la volonté du testateur¹⁴²⁵.

422. Par conséquent, en matière de substitution, sous l'empire de l'ancienne législation, la Cour de cassation se reconnaissait, sur le fondement de l'ordre public, un pouvoir de

¹⁴²³ Req. 5 juillet 1832, S.1832, 1, p.430. La Cour a ainsi appliqué la directive d'interprétation prévue à l'article 1157 du Code civil, dont il faut toutefois rappeler qu'elle n'est pas toujours favorable aux parties.

¹⁴²⁴ Civ. 22 juin 1812, *Dalloz répertoire*, V° Substitution, n°203 et 263. V. s'il s'agit de la citation de l'arrêt ou de la référence.

¹⁴²⁵ V. par exemple Req. 27 avril 1874, *D.* 1875, I, 13 : « Attendu que cette interprétation n'est point contraire aux termes employés par le testateur et est conforme à son intention, qu'il appartient aux juges du fond de rechercher ».



contrôle plus important¹⁴²⁶. Cette solution doit être approuvée et démontre qu'un contrôle de l'interprétation aligné sur celui commandé par la Cour EDH n'a rien de surprenant ni de nouveau¹⁴²⁷. Il convient cependant de souligner le caractère exceptionnel de cette solution, dont le bien-fondé ne peut donc que constituer un appel à un revirement de jurisprudence.

B - Le pourvoi en cassation, recours utile au sens du droit européen ?

423. Afin de pouvoir s'adresser à la Cour EDH, il convient que le justiciable ait préalablement épuisé les voies de recours internes¹⁴²⁸. S'agissant d'une difficulté portant sur l'interprétation d'une convention privée, le justiciable doit donc *a priori* saisir la Cour de cassation avant de pouvoir s'adresser à la Cour européenne. Pourtant, la Cour européenne dispense le requérant d'intenter un recours contre une juridiction de droit interne dont la jurisprudence ne laisse entrevoir aucune chance de succès. Dans un premier temps, cette mesure favorable au justiciable a posé quelques difficultés, puisqu'il peut paraître malaisé de décider si une voie de recours est utile ou pas. Or, les conséquences sont importantes : si le recours est considéré comme utile alors que le justiciable ne l'a pas intenté, sa requête est considérée comme irrecevable devant le juge européen¹⁴²⁹, puis forclose devant le juge interne. A l'inverse, s'il forme un recours contre une juridiction qui le déboute et que la Cour européenne considère ensuite que le recours était voué à l'échec, le justiciable encourt encore l'irrecevabilité parce qu'il n'aura pas formé sa demande dans les six mois suivant la décision d'une juridiction auprès de laquelle sa demande avait une chance d'aboutir. Cette argumentation avait été développée par l'Etat français, reprochant au justiciable d'avoir intenté un recours devant la Cour de cassation en sachant par avance que son pourvoi serait

¹⁴²⁶ Civ. 3 mai 1869, *D.*1869, I, 254.

¹⁴²⁷ Ces termes font échos à la présentation de la jurisprudence *Pla et Puncernau* par le Professeur SIMLER, selon lequel le contrôle par la Cour EDH de l'interprétation des actes juridiques privés par la Cour EDH soulève une « *question nouvelle* » et « *peut à première vue surprendre* » : SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 20. *Op. cit.*, §91.

¹⁴²⁸ Article 35-1 de la Convention EDH: « *La cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

¹⁴²⁹ Article 35-4 de la Convention EDH.

rejeté. Mais, dans l'arrêt *B contre France* du 25 mars 1992¹⁴³⁰ et *A contre France* du 23 novembre 1993¹⁴³¹, la Cour européenne a indiqué que le fait d'intenter une voie de recours probablement vouée à l'échec ne constitue pas une initiative futile et a tout le moins pour effet de reporter le point de départ du délai de six mois¹⁴³².

Selon une jurisprudence constante, la Cour exige que l'Etat qui excipe du non-épuisement des voies de recours internes qu'il prouve que « *le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès* »¹⁴³³. Il revient ensuite au demandeur de prouver que le recours a été exercé, ou n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines particularités le dispensaient de cette obligation.

424. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'interprétation d'un acte juridique privé constitue une question de fait, qui ressort par conséquent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et qui n'est pas susceptible de fonder un pourvoi devant le juge de cassation. Il ne s'agit pas de méconnaître la part de souplesse dans les

¹⁴³⁰ CEDH plénière, 25 mars 1992, arrêt B. c/ France, req. n°13343/87.

¹⁴³¹ CEDH 23 novembre 1993, 23 novembre 1993, arrêt A. c/ France, req. n°14838/89.

¹⁴³² CEDH plénière 25 mars 1992, arrêt B. c/ France. Op. cit., n°§42; CEDH 23 novembre 1992, arrêt A. c/ France. Op. cit., §30. Voir encore CEDH 23 avril 1996, arrêt Remli c/ France, req. n°16839/90, §42; CEDH 3 juin 2004, arrêt Bati e.a. c/ Turquie, req. n°33097/96 et 57834/00, §108.

¹⁴³³ CEDH GC 16 septembre 1996, arrêt Akdivar e.a. c/ Turquie, req. n°21893/93, §68 ; CEDH GC 26 novembre 1997, arrêt Stamoulakatos c/ Grèce (n°2), req. n°27159/95, §26 ; CEDH GC 28 novembre 1997, arrêt Mentas e.a. c/ Turquie, req. n°23186/94, §57; CEDH GC 28 juillet 1999, arrêt Selmouni c/ France, req. n°25803/94, §76 ; CEDH 21 mai 2002, arrêt Peltier c/ France, req. n°32872/96, §21; CEDH 24 février 2005, arrêt Khachiev et Akaieva c/ Russie, req. n°57942/00 et 57945/00, §116 ; CEDH 6 octobre 2005, arrêt Lukenda c/ Slovaquie, req. n°23032/02, §44 ; CEDH 20 avril 2006, arrêt Patrono, Cascini et Stefanelli c/ Italie, req. n°10180/04, §40 ; CEDH 9 mars 2006, arrêt Cenbauer c/ Croatie, req. n°73786/01, §33 ; CEDH 24 octobre 2006, arrêt Vincent c/ France, req. n°6253/03, §82 ; CEDH 28 novembre 2006, arrêt Apostol c/ Géorgie, req. n°10765/02, §35 ; CEDH 19 décembre 2006, arrêt Adem Arslan c/ Turquie, req. n°75836/01, §22 ; CEDH 19 juillet 2007, arrêt Popescu et Dasoveanu c/ Roumanie, req. n°24681/03, §26 ; CEDH 11 octobre 2007, arrêt Fischer c/ Roumanie, req. n°28400/04, §56 ; CEDH 24 janvier 2008, arrêt Riad et Idiab c/ Belgique, req. n°29787/03 et 29810/03, §61 ; CEDH 7 février 2008, arrêt Cherebetiu et Pop c/ Roumanie, req. n°36476/03, §39 ; CEDH 7 février 2008, arrêt Iring c/ Roumanie, req. n°34783/02, §40 ; CEDH 1er juillet 2008, arrêt Ioan c/ Roumanie, req. n°31005/03, §32 ; CEDH 13 janvier 2009, arrêt Aliev c/ Géorgie, req. n°522/04, §57 ; CEDH 16 juillet 2009, arrêt Prencipe c/ Monaco, req. n°43376/06, §93 ; CEDH GC 17 septembre 2009, arrêt Scoppola c/ Italie (n°2), req. n°10249/03, §71 ; CEDH 22 septembre 2009, arrêt Stochlak c/ Pologne, req. n°38273/02, §50 ; CEDH 22 octobre 2009, arrêt Sikorski c/ Pologne, req. n°17599/05, §109.



cas d'ouverture d'un pourvoi ou la maîtrise technique de la Cour de cassation, ni même d'ignorer la construction historique de cette juridiction, comme une partie de la doctrine a pu récemment l'envisager¹⁴³⁴. Toutefois, le contexte du contrôle de la Cour en matière de cassation a été évoqué et il plaide en faveur d'un choix clair de ne pas aborder les éléments de fait, tandis qu'il apparaît que le contrôle d'uniformisation des clauses type s'avère en recul et fondé sur une mission d'uniformisation du droit et non sur un contrôle de proportionnalité privatisée¹⁴³⁵. Ainsi, en l'état actuel du droit, l'Etat français ne serait par conséquent pas en mesure de prouver que le recours en cassation serait une voie de recours effective permettant au requérant de contrôler l'interprétation opérée par le juge d'appel.

425. Certes, il existe un contrôle de la dénaturation, qui prémunit le justiciable contre les « *interprétations les plus fantaisistes* »¹⁴³⁶. La doctrine précitée considère à l'inverse que « *la dénaturation est parfaitement adaptée à la situation jugée dans l'affaire Pla et Puncernau c/ Andorre* »¹⁴³⁷. Toutefois, ce moyen de cassation ne peut être invoqué qu'en matière d'interprétation d'un acte clair, tandis que la Cour EDH démontre son peu d'attachement au critère de la clarté de l'acte. En outre, de manière surprenante, la doctrine prétend que, si les juges du fond avaient consacré un sens discriminatoire à la clause testamentaire, il revenait à la Cour de cassation de « *censurer leur décision en jugeant illicite la clause litigieuse* »¹⁴³⁸. Or, cette solution ne correspond pas au contrôle constant qu'effectue la Cour de cassation. Il conviendrait enfin de préciser les mécanismes de ce constat d'illicéité, afin de déterminer si ce résultat est attaché à l'intention des parties ou traduit une faute des juges du fond. Enfin, on ne décèle pas dans l'affirmation précitée la formulation claire d'un contrôle de

¹⁴³⁴ GUINCHARD Serge ; FERRAND Frédérique ; MOUSSA Tony. « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité ». *D.* 2015, p.278, spéc. §27.

¹⁴³⁵ V. *supra*, §358 sq.

¹⁴³⁶ « *La dénaturation lui [la Cour de cassation, ndr] permet ainsi de mettre un frein aux décisions arbitraires de certains tribunaux. Grâce à celle-ci, les juges du fond savent qu'ils ne peuvent se livrer aux interprétations les plus fantaisistes* » : TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §459.

¹⁴³⁷ GUINCHARD Serge ; FERRAND Frédérique ; MOUSSA Tony. « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité ». *Op. cit.*, §31.

¹⁴³⁸ *Ibid.*



l'interprétation consistant notamment à opérer une interprétation conforme à la Convention EDH.

426. En toute hypothèse, La Cour EDH impose l'utilisation de la directive d'interprétation conforme¹⁴³⁹. En outre, il existe un certain nombre de cas dans lesquels la Cour de cassation s'autorise de manière plus ou moins explicite un contrôle de l'interprétation¹⁴⁴⁰. Toutefois, la jurisprudence n'est pas claire et la doctrine est divisée sur son interprétation. Elle n'est de toute façon pas suffisante au regard de la conception *réaliste* et large de l'interprétation de la Cour EDH. Or, il a été démontré que la Cour de cassation ne procède à un contrôle poussé de l'interprétation des actes juridiques privés qu'en raison d'une intervention d'autorités étatiques autres que juridictionnelles, à l'exact opposé des cours européennes. La Cour privilégie en outre un contrôle des motifs d'ordre public et une conciliation des droits fondamentaux avec celui du principe de sécurité juridique qu'en prévision d'un engagement de la responsabilité de l'Etat, du fait des lois. Enfin, s'agissant de la jurisprudence *Zolotas* et de l'interprétation-création, la Cour de cassation fait preuve davantage de tolérance que d'activisme¹⁴⁴¹. Par conséquent, la doctrine s'accorde à considérer que – contrairement à la Cour EDH – la Cour de cassation opère un contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés bien moindre que celui de l'interprétation de la loi, un « contrôle très effacé »¹⁴⁴².

427. Ainsi, en matière d'interprétation des actes juridiques privés, rien ne laisse vraiment présager d'un contrôle de la Cour de cassation conforme aux exigences européennes, en particulier celle de la Cour EDH. Par conséquent, il est probable qu'un pourvoi similaire à celui de l'affaire *Pla et Puncernau* serait rejeté par la Cour de cassation française, en l'état actuel du droit interne : en présence d'un testament à la rédaction ambiguë, la Cour de cassation refuserait de remettre en cause l'interprétation des juges du fond.

¹⁴³⁹ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, § 62 : « Ainsi, à supposer même que la clause testamentaire en question eût nécessité une interprétation par les juridictions andorranes (...) ».

¹⁴⁴⁰ Cf. *supra*, §381.

¹⁴⁴¹ « Pourtant, malgré l'existence d'une marge de manœuvre, le pouvoir d'interprétation du juge reste limité et contrôlé par la Cour de cassation, qui veille au respect de la volonté contractuelle, lorsque, toutefois, elle ne cautionne pas le pouvoir créateur du juge, ce qu'elle a fait pour les obligations de sécurité et d'information » : BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §1108.

¹⁴⁴² V. notamment MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique. *Droit des obligations. Op. cit.*, §490. Les auteurs poursuivent en faisant le parallèle avec l'arrêt *Pla et Puncernau*.

La jurisprudence de la Cour européenne laisse toutefois une inquiétude au justiciable qui, n'obtenant pas gain de cause devant la juridiction civile d'appel, souhaiterait saisir celle-ci sans former préalablement un pourvoi devant la Cour de cassation. En effet, par un arrêt *Civet*, la Cour a accueilli l'exception préliminaire du gouvernement français sur le fondement de l'article 35 à l'occasion d'un litige en matière de durée excessive de la détention provisoire¹⁴⁴³. Le requérant avait en l'espèce fait une demande de mise en liberté, rejetée notamment par la chambre d'accusation de la Cour d'appel. Il avait alors formé directement une demande devant la Cour européenne, s'appuyant sur la jurisprudence interne selon laquelle la question de la durée et du caractère raisonnable de la durée de la détention provisoire constitue une question de fait. La Cour européenne a refusé d'« *appréhender les « faits » et le « droit » comme deux domaines radicalement séparés, et de se satisfaire d'un raisonnement conduisant à nier leur imbrication et leur complémentarité* »¹⁴⁴⁴. Arguant que la Cour de cassation pouvait sanctionner la Cour d'appel sur un problème procédural relatif à la détention provisoire, elle a débouté M. Civet. Pas moins de cinq juges (sur dix-sept en Grande chambre) se sont prononcés, dans une opinion dissidente commune, en faveur de l'inefficacité du recours en cassation, puisque la Cour de cassation n'était pas compétente sur cette question de fait¹⁴⁴⁵.

Cette jurisprudence peut s'expliquer par une volonté de ne pas engorger davantage la Cour européenne¹⁴⁴⁶. Si la perspective pour la Cour de donner corps à sa jurisprudence *Pla et Puncernau* constituerait un argument auquel elle ne saurait rester insensible, elle pourrait déclarer dans ces circonstances la requête recevable, en affirmant cependant que, compte tenu de sa jurisprudence *Pla et Puncernau*, la Cour de cassation ne peut considérer plus longtemps la question de l'interprétation d'un acte juridique privé comme une question de fait. De manière plus technique, il convient de rappeler que « *le Gouvernement, lorsqu'il excipe du non-épuisement [des voies de recours nldr], (...) doit convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès* »¹⁴⁴⁷. Il convient d'ajouter que la Cour

¹⁴⁴³ CEDH GC 28 septembre 1999, arrêt *Civet c/ France*, req. n°29340/95.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, §43.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, opinion dissidente commune à Mme PALM, Sir BRATZA Nicolas, M. FISCHBACH, M. ZUPANCIC, M. HEDIGAN.

¹⁴⁴⁶ Voir par exemple MARGUENAUD Jean-Pierre. *La Cour européenne des droits de l'Homme. Op. cit.*, p.8.

¹⁴⁴⁷ V. notamment CEDH GC 17 septembre 2009, arrêt *Scoppola c/ Italie (n°2)*, req. n°10249/03, §71.



exige du gouvernement qu'il en fasse la démonstration au moyen d'une jurisprudence constante, prenant appui sur des affaires proches de celle soumise par le requérant¹⁴⁴⁸. Selon ces conditions, il est peu probable qu'une telle exception de recevabilité, en matière de contrôle de la Cour de cassation de l'interprétation des actes juridiques privés par les juges du fond, puisse être accueillie. S'agissant de l'examen d'une requête sur ce sujet, il est également peu probable que la Cour fasse usage de l'article 28 alinéa 1 b) de la Convention, dans sa rédaction applicable après l'entrée en vigueur du Protocole n°14, de sorte que l'affaire serait étudiée par le comité restreint composé de trois juges. Dès lors, la répétition de l'arrêt *Pla et Puncernau* contre la France serait éclatante. Ainsi, la Cour de cassation est pieds et poings liés, contrainte d'extirper la question de l'interprétation de ses vieilles jurisprudences. L'obligation d'interprétation conforme constitue, pour la Cour de cassation comme pour les autres juridictions internes, une obligation positive à laquelle elle ne peut se dérober plus longtemps.

¹⁴⁴⁸ CEDH 18 janvier 2011, arrêt Mikolajová c/ Slovaquie, req. n°4479/03, §34.



Conclusion du Chapitre 1

428. Par principe la Cour de cassation se contente d'un contrôle de dénaturation. Parfois, la Cour s'adonne à un contrôle plus poussé. Dans ces hypothèses, le contrôle porté par la Cour de cassation aboutit à des solutions comparables à celles issues des juges européens. Toutefois, ces hypothèses sont rares. Elles sont d'abord regroupées dans des domaines strictement énumérés, et assises sur des critères qui ne sont pas convaincants. En outre, l'analyse plus précise de ces hypothèses démontre que le contrôle de la Cour de cassation n'est pas aussi puissant que la doctrine le prétend.

429. Par conséquent, le contrôle de la Cour de cassation s'avère insuffisant au regard du contrôle de la Cour EDH. Concrètement, il n'est pas permis de prétendre que, confronté à un sens conféré par un juge du fond à un acte juridique privé et contraire aux droits fondamentaux, la Cour de cassation déclenche un contrôle tel que celui de la Cour EDH. Elle ne serait ainsi pas en mesure de redresser la faute commise, au contraire de la Cour EDH qui engagerait la responsabilité de l'Etat. Dès lors, c'est un revirement de jurisprudence qui se profile mais qui, malgré les arrêts commentés dans le titre précédent, ne sont pas suffisants pour affirmer que la Cour de cassation est en mesure d'y procéder.



Chapitre 2 - Réception de l'interprétation évolutive

L'interprétation évolutive constitue une directive d'interprétation propre à la Cour EDH. En effet, la CJUE, tout en l'utilisant dans une certaine mesure, n'en revendique pas l'usage. Pour la Cour EDH, il s'agit d'un outil qui lui permet de déterminer le contenu de la Convention EDH, tandis qu'elle en est la seule interprète. Par conséquent, la directive d'interprétation évolutive n'est pas l'apanage du juge français. Cela ne l'empêche pas d'interpréter de manière évolutive les dispositions du Code civil par exemple, sans toutefois faire mention de l'utilisation de cette directive, et sans emprunter les mécanismes de la Cour de Strasbourg. Quant aux actes juridiques privés, s'il est permis de parler d'interprétation évolutive, ce serait en raison d'une certaine porosité aux bouleversements de son environnement juridique, économique et social.

Or, le droit français se représente le contrat comme l'univers clos créé par les parties. Par voie de conséquence, celui-ci est enveloppé d'une carapace destinée à le protéger de tous les bouleversements extérieurs, qu'ils soient juridiques, économiques ou sociaux. Cette image ne constitue toutefois qu'une réalité de façade puisque certaines exceptions viennent nuancer les principes applicables en la matière. Le droit européen remet directement en question ces principes, donnant l'image que le contrat est « *un instrument vivant* »¹⁴⁴⁹. Dès lors, il convient d'étudier le degré de porosité que le droit interne admet déjà, et l'écart que l'on peut constater avec le droit européen.

430. Que le contrat soit considéré comme un objet vivant ou non, il n'en est pas moins le témoin de bouleversements de diverses natures. Ceux-ci peuvent avoir une influence sur le contrat lorsqu'ils sont pris en considération par le droit. Ainsi la consécration, par l'effet de la directive d'interprétation évolutive sur la Convention EDH, d'un droit fondamental a des répercussions sur un testament par exemple. Pour le reste, le droit interne se refuse à prendre en considération les bouleversements économiques et sociaux pour intervenir sur l'acte juridique privé¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁹ SUDRE Frédéric. « Discrimination et droit au respect de la vie familiale ». *Op. cit.*, §15.

¹⁴⁵⁰ Pour une analyse économique des enjeux de la théorie de l'imprévision et une comparaison avec la doctrine américaine : Bruno DEFFAINS. « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats ». *RTD Civ.* 2010, n°4, p.719-732.

L'imprévision peut se définir comme « *la situation où, à la suite d'évènements imprévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve rompu* »¹⁴⁵¹.

Fondamentalement, le refus de l'imprévision repose sur le « *besoin de sécurité juridique* »¹⁴⁵², qui se traduit concrètement par l'intangibilité des conventions. Cette sécurité juridique n'est pas un obstacle à une modification du droit objectif, mais a pour effet de prévenir une solution du droit objectif qui mettrait les actes juridiques privés sous la menace permanente du droit objectif s'il venait à permettre une faculté de révision généralisée des conventions. En ce sens, la solution du refus de l'imprévision par la Cour de cassation peut s'analyser comme une volonté de museler les juges du fond, en ne soumettant par l'acte des parties à leur arbitraire¹⁴⁵³. En outre, il s'agit d'éviter la tentation des parties elles-mêmes de se prévaloir de l'imprévision et de grossir ainsi un contentieux très aléatoire¹⁴⁵⁴.

431. Selon l'arrêt *Canal de Craponne* de 1876, qui a fixé la solution de principe en droit français, « *dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »¹⁴⁵⁵. Cette solution s'appuie sur l'article 1134 du

¹⁴⁵¹ MOURALIS Jean-Louis. *Rép. Civ. D.*, « Imprévision », 2003, §1. Elle se distingue de la force majeure où l'exécution est devenue impossible dans la mesure où, s'agissant de l'imprévision, l'exécution est seulement devenue plus difficile, c'est-à-dire concrètement beaucoup plus onéreuse, voire ruineuse pour l'une des parties.

¹⁴⁵² MOURALIS Jean-Louis. *Ibid.*

¹⁴⁵³ Sur la crainte de l'arbitraire, V. notamment POPESCU Corneliu-Mihail. *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*. Paris : LGDJ, 1937, 226p, spéc. p. 5 et 219.

¹⁴⁵⁴ En effet, s'agissant de l'appréciation du déséquilibre de prestations, les solutions sont susceptibles de varier d'un juge à l'autre. Cette même préoccupation justifie le refus de l'imprévision et celui de la lésion, bien que ceux-ci n'aient pas les mêmes causes. S'agissant de l'imprévision, le déséquilibre n'est pas le fruit des parties mais de circonstances qui leur sont extérieures.

¹⁴⁵⁵ Civ. 6 mars 1876, *op. cit.* V. déjà Civ. 14 mai 1872, S. 1873.1.224 ; Civ. 24 mars 1874, S. 1874.1.429. V. ensuite, dans un arrêt mettant en valeur l'opération d'interprétation : « *la règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime*



Code civil¹⁴⁵⁶, et la fermeté de la règle¹⁴⁵⁷, telle qu'interprétée et appliquée par la jurisprudence, a pu être qualifiée par une partie de la doctrine de « *rigidité de la loi contractuelle* »¹⁴⁵⁸ ou encore de « *pur chef d'œuvre d'interprétation mécanique* » de la loi applicable au contrat¹⁴⁵⁹. Or, la lecture croisée des arrêts *Pla et Puncernau* ainsi que *Velcea et Mazare* remet en question la légitimité de cette solution.

En effet, la Cour EDH s'est engagée dans une lutte contre les interprétations mécaniques de certaines normes, en particulier les dispositions des codes civils des Hautes parties contractantes. Elle a ainsi reconnu l'existence d'une violation de la Convention EDH en raison de l'interprétation trop restrictive par le juge roumain d'une disposition de son Code civil¹⁴⁶⁰. Une interprétation plus souple, prenant en considération les circonstances exceptionnelles de l'affaire aurait permis selon elle de retenir une solution conforme à la Convention EDH. Or, de même selon la doctrine à l'égard de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil, « *il suffirait d'une interprétation plus souple pour autoriser une solution différente et admettre la théorie de l'imprévision* »¹⁴⁶¹. On retrouve ainsi les ingrédients d'une reconnaissance de manquement à la Convention EDH, vraisemblablement sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°1. En effet, l'exécution de l'acte juridique privé devenue trop déséquilibrée peut emporter des conséquences importantes sur les biens du débiteur, lesquels sont protégés sur le fondement de cet article qui possède d'un effet horizontal.

ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques » : Civ. 15 novembre 1933, S. 1934.1.13.

¹⁴⁵⁶ La doctrine fait habituellement valoir que le législateur de 1804 aurait délibérément refusé de consacrer l'imprévision dans le Code civil, puisque le problème s'était fait ressentir avec une acuité certaine à la Révolution, en raison de l'inflation provoquée par les émissions excessives d'assignats gagés sur les biens nationaux : V. notamment CARBONNIER Jean. *Droit civil*. T.4. *Op. cit.*, n°148. Par ailleurs, le premier alinéa de l'article 1134 est la traduction moderne de l'adage *pacta sunt servanda*. Ainsi, il est permis d'interpréter cette disposition en estimant que les contrats doivent être exécutés malgré l'apparition d'évènements rendant plus ou moins difficile la réalisation effective des obligations consacrées dans l'acte.

¹⁴⁵⁷ L'arrêt de principe *Canal de Craponne* indique que le juge peut procéder à la modification d'une convention privée sur le fondement de l'imprévision « *dans aucun cas* » : Civ. 6 mars 1876, *op. cit.*

¹⁴⁵⁸ STOFFEL-MUNCK Philippe. *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

¹⁴⁵⁹ MARGUENAUD Jean-Pierre. « La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil ». *Op. cit.*

¹⁴⁶⁰ CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, *op. cit.*, Cf. *supra*.

¹⁴⁶¹ MOURALIS Jean-Louis. « Imprévision ». *Op. cit.*, §20.

Face à un tel constat, la question consiste à se demander si, de manière comparable à l'affaire *Mazurek*, la France procédera à une opération de toilettage du Code civil ou si la solution peut venir en amont d'un interventionnisme judiciaire (Section 2) ou législatif (Section 2).



Section 1 - L'interventionnisme judiciaire

432. Les juridictions nationales et la juridiction européenne des Droits de l'Homme poursuivent des voies très différentes s'agissant de la théorie de l'imprévision. Alors que les premières privilégient une stratégie de contournement dans certaines espèces très rares, la doctrine constate dans la jurisprudence de la Cour EDH une tendance à remettre en cause de manière frontale les interprétations mécaniques de dispositions législatives, tout en ayant soin d'en constater concrètement les effets. En soi, les deux attitudes ne sont pas incompatibles, dans la mesure où les juges internes, tenant compte des circonstances exceptionnelles d'une espèce, la retirent aux effets de l'intangibilité des conventions. C'est bien ce que commande la jurisprudence de la Cour EDH, lorsqu'elle indique dans l'affaire *Velcea et Mazare* que le droit du requérant « *aurait exigé la prise en compte des circonstances particulières et, pour ainsi dire exceptionnelles* »¹⁴⁶². Toutefois, elle prend soin de préciser que cette prise en compte doit permettre d'« *éviter une application mécanique des principes d'interprétation des dispositions (...) du code civil* »¹⁴⁶³. Or, le refus de l'imprévision par la Cour de cassation ne connaît pas d'exceptions en dehors des hypothèses reconnues par le législateur. Par conséquent, cette jurisprudence exceptionnelle pourrait s'analyser comme trop timide au regard des exigences de la Cour. Si on peut observer que, dans des cas très rares, la Cour de cassation ferme les yeux sur des espèces où le principe d'intangibilité des conventions aurait pu s'appliquer, on peut se poser la question de savoir si, dans toutes les espèces présentant des circonstances exceptionnelles, la Cour fera preuve de témérité, en cassant notamment certaines décisions du fond. En effet, concrètement, l'éventuelle décision de manquement de l'Etat français en la matière proviendra d'une espèce dans laquelle la Cour de cassation n'aura pas osé braver de manière trop évidente le refus de l'imprévision.

433. Le juge français refuse de manière catégorique de reconnaître l'imprévision¹⁴⁶⁴. Certaines décisions ont pu faire penser que, sur le fondement de l'obligation de bonne foi, la Cour de cassation avait entendu assouplir sa solution. Ainsi, dans l'arrêt *Huard* et dans l'arrêt *Chevassus-Marche*, la chambre commerciale a rejeté les pourvois formés

¹⁴⁶² CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare* c/ Roumanie, *op. cit.*, §133.

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ Le juge français a toutefois développé des « *mécanismes correcteurs* », en particulier « *dans le cadre du pouvoir d'interprétation du contrat* » et sur le fondement des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil : V. notamment BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. Droit civil. *Les obligations*. *Op. cit.*, §1123

respectivement par le fournisseur et le mandant qui avaient été condamnés par les cours d'appel pour avoir eu un comportement empêchant leur cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels¹⁴⁶⁵. S'agissant de contrat de distribution ou d'agence, le comportement des parties considérées comme fautives par les juridictions remettait en cause la viabilité même du contrat¹⁴⁶⁶. La problématique de l'imprévision n'était pas primordiale, la Cour rejetant un pourvoi sur le fondement de la loi du 25 juin 1991, loin des préoccupations de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil¹⁴⁶⁷.

Loin des précautions prises par le juge, le Professeur JAMIN a proposé un changement de pivot pour le droit des contrats, l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil devant prendre l'ascendant sur l'alinéa 1^{er}¹⁴⁶⁸. Ce remède, qui va au-delà de la problématique de l'imprévision, est nuancé par le Professeur GHESTIN pour qui, en la matière, la bonne foi constitue une voie à suivre, mais pas une justification suffisante pour permettre la révision pour imprévision¹⁴⁶⁹. Et, en effet, les remèdes au refus de l'imprévision ne peuvent se limiter à la bonne foi, la survenance de circonstances exceptionnelles n'étant pas le fait d'une des parties¹⁴⁷⁰. S'il est parfois permis de mettre en valeur la mauvaise foi du contractant, cela n'est pas toujours le cas. Lorsque, en théorie, on essaie de déclarer fautif le comportement de la partie devenue forte, c'est en raison de son refus dans la renégociation du contrat. Mais, en l'absence d'obligation de renégociation, le contractant ne commet aucune faute. Ainsi, l'obligation de bonne foi n'est pas en mesure de remettre en cause la

¹⁴⁶⁵ Com. 3 novembre 1992, Bull. n°338 ; VIRASSAMY Georges. « De l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ». JCP 1993, n°46, p.469-472 ; *RTD Civ.* 1993.124, obs. MESTRE Jacques ; *Defrénois* 1993.1377, obs. AUBERT Jean-Luc ; CCC mars 1993, n°45. Com. 24 novembre 1998, Bull. n°277.

¹⁴⁶⁶ En faveur d'une solution d'espèce : MESTRE Jacques. *Op cit.*

¹⁴⁶⁷ Com. 24 novembre 1998, *ibid.*

¹⁴⁶⁸ « Une tentative de renversement du centre de gravité de l'article 1134, qui le ferait passer de l'alinéa 1^{er} à l'alinéa 3 », JAMIN Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Op. cit.*

¹⁴⁶⁹ GHESTIN Jacques (dir), JAMIN Christophe, Billiau Marc. *Traité de droit civil, Les effets du contrat. Op. cit.*, n°314-315.

¹⁴⁷⁰ Sur le constat selon lequel le droit français n'offre que la preuve de la démonstration de la mauvaise foi du contractant en position de force : MAZEAUD Denis. « Du nouveau sur l'obligation de renégocier ». *D.* 2004, n°25, p.1754-1758. Pour une affaire dans laquelle les juges ont invité les parties à la renégociation, sur le fondement notamment de la bonne foi, mais en l'absence de « la survenance d'une situation nouvelle de nature à bouleverser durablement et d'une façon insupportable l'équilibre du contrat » : FAGES Bertrand. « Invitation judiciaire à adapter le contrat ». *RTD Civ.* 2008, n°2, p.295-297.

solution du refus de l'imprévision, comme l'illustre un arrêt du 10 décembre 2003, dans lequel la Cour a clairement rejeté la demande de prise en compte de l'imprévision en donnant raison à la Cour d'appel d'avoir retenu que « *le crédit-preneur conservait l'entière responsabilité de cette opération purement patrimoniale dont il avait escompté des avantages* » tandis que « *le crédit-bailleur, qui n'était pas responsable des difficultés du marché locatif de bureaux à l'époque et qui n'avait fait qu'appliquer les termes du contrat, n'avait pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial et n'avait commis aucune faute* »¹⁴⁷¹. Par conséquent, la bonne foi n'est qu'une solution passagère à l'imprévision, non un remède permanent¹⁴⁷².

434. Outre l'obligation de bonne foi, le juge français a pu admettre l'imprévision en usant des mécanismes d'interprétation du contrat. Dans une affaire tranchée par la Cour de cassation le 8 mai 1978, un couple avait cédé, par acte notarié conclu en 1950, des immeubles en se réservant le droit d'habitation sur l'un d'eux¹⁴⁷³. En contrepartie, les bénéficiaires devaient leur fournir jusqu'à leur décès « *tous les soins nécessaires à l'existence, et notamment les nourrir, éclairer, chauffer, blanchir et raccommoder* ». En 1971, la veuve est entrée en maison de retraite et, les bénéficiaires de l'acte n'ayant plus à acquitter en nature leur obligation, elle leur demande de payer une pension, ce qu'ils refusèrent. Elle réclama alors en justice le paiement d'une pension ou la résolution du contrat. La Cour d'appel de Poitiers a estimé que l'impossibilité d'exécuter le contrat résultait, non du seul fait de la créancière, mais du fait non fautif des deux parties. Elle a par conséquent condamné les bénéficiaires à s'acquitter d'une partie de la pension réclamée. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision. Elle précise que le contrat conclu devait recevoir la qualification de « *bail à nourriture* », de sorte qu'il était permis de « *substituer au mode d'exécution prévu au contrat par un autre mode d'exécution mieux adapté aux circonstances et mieux approprié aux parties entre elles, en remplaçant l'obligation de faire qui découlait du bail à nourriture par une obligation en argent ayant le même objet* »¹⁴⁷⁴. Elle consacre par conséquent une interprétation téléologique du contrat, la

¹⁴⁷¹ Civ.3 10 décembre 2003, pourvoi n°02-14990.

¹⁴⁷² Il faut cependant noter que le droit allemand a accepté la théorie de l'imprévision par un revirement de jurisprudence fondé sur la maxime de bonne foi, ainsi que sur le concept de cause. Le droit suisse s'est quant à lui fondé sur la bonne foi et l'abus de droit. V. sur ce point Jean-Louis MOURALIS, « Imprévision ». *Op. cit.*, §109.

¹⁴⁷³ Civ.1 18 mai 1978, pourvoi n°76-12110, Bull. n°194.

¹⁴⁷⁴ Civ.1 18 mai 1978, *ibid.*

combinaison des articles 1134 alinéa 1^{er} et 1156 du Code civil permettant en l'espèce de contourner la rigueur du refus de la théorie de l'imprévision¹⁴⁷⁵.

435. L'interprétation téléologique du contrat demeure une directive d'interprétation peu usitée. C'est sur le terrain de la commune intention des parties qu'elle s'exerce plus généralement. L'interprétation du contrat sur le fondement de l'article 1156 du Code civil ne constitue cependant pas une solution au contournement du refus de l'imprévision, bien qu'une partie de la doctrine y soit favorable. En effet, pour les partisans de la théorie de l'imprévision, chaque contrat dont l'exécution doit s'échelonner dans le temps contient implicitement une clause *rebus sic stantibus*¹⁴⁷⁶, d'après laquelle les parties auraient contracté en raison des circonstances présentes au moment de la formation du contrat. Or, si ces circonstances venaient à changer, il est probable que les parties n'auraient pas conclu ou, du moins, pas de cette façon. Par conséquent, il faudrait considérer, en raison de cette réserve, que l'apparition de bouleversements très importants serait de nature à mettre fin au contrat¹⁴⁷⁷. Cette solution n'est toutefois pas consacrée en doctrine, pour deux raisons au moins. La première consiste dans le fait que cette interprétation de la commune intention des parties est réversible. En effet, on pourrait tout aussi bien considérer que le fait pour les parties de ne pas avoir inséré une semblable clause dans le contrat doit s'interpréter comme la volonté de supporter les risques des évolutions économiques. On pourrait même faire valoir, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, que les parties ont délibérément voulu se protéger par le contrat contre sa révision sur le fondement d'une évolution des circonstances¹⁴⁷⁸. La seconde consiste à présenter la clause *rebus sic stantibus*, non comme le fruit de la commune intention des parties, mais comme un devoir, mis à la charge des parties, par le juge. Ainsi, l'interprétation du contrat s'analyse comme un contournement du refus de l'imprévision plutôt que comme une remise en question de celui-

¹⁴⁷⁵ Sur cette solution, V. en particulier BOUTHINON-DUMAS Hugues. « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision ». *RIDE* 2001, n°3, p.368.

¹⁴⁷⁶ Sur l'histoire de cette clause, ROLAND Henri, BOYER Laurent. *Adages du droit français*. Op. cit., n°372-1.

¹⁴⁷⁷ Sur la qualification de « terme extinctif » de la clause *rebus sic stantibus*. LAROMBIERE Léobon. *Obligations*. t.4. Paris : Durand et Pédone-Lauriel, 2^{ème} éd., 1885, art. 1234, n°4.

¹⁴⁷⁸ V. par exemple MAZEAUD Denis et CHABAS François. *Leçons de droit civil*. t.2, 1^{er} vol., Paris : Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n°734.

ci¹⁴⁷⁹. Dans l'opposition entre les adages *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus* qu'organise la théorie de l'imprévision selon Jacques GHESTIN, le juge maintient sa préférence pour le premier¹⁴⁸⁰.

436. Plus prometteuse est la solution rendue par la chambre commerciale dans arrêt rendu 29 juin 2010¹⁴⁸¹. En effet, la Cour de cassation censure la Cour d'appel pour ne pas avoir recherché, à la demande de l'une des parties, « *si l'évolution des circonstances économiques (...) n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée (...), de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit (...), ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont [le cocontractant] sollicitait l'exécution* »¹⁴⁸². Selon la Cour, valablement conclu, l'acte juridique privé pourrait néanmoins perdre un élément qui aurait des conséquences sur son exécution.

Cet élément, tel qu'il est mentionné dans l'arrêt et figure dans la motivation (l'augmentation des matières premières et des métaux, et leur incidence sur celui des pièces de rechange), constitue un élément extérieur aux parties. La Cour incite les juges du fond à prendre en compte cet élément et à en apprécier l'effet sur la relation contractuelle, plus précisément sur l'équilibre contractuel. C'est donc à un contrôle de proportionnalité privatisée que la Cour de cassation appelle les juges du fond, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH. Elle semble même plus à l'aise que la Cour EDH qui, dans un litige opposant un contractant contre son Etat, a tendance à mêler les figures du contrôle de proportionnalité et à insérer dans cette hypothèse des intérêts de la Société plutôt que des sociétés contractantes¹⁴⁸³. La Cour de cassation reprenant dans sa motivation de manière

¹⁴⁷⁹ Le droit anglais a toutefois pu fonder un revirement de jurisprudence sur cet adage pour accepter l'imprévision, avant de ne reconnaître que la force majeure. V. notamment ZAKI. *L'imprévision en droit anglais*. Paris : A. Rousseau, 1930, 388p.

¹⁴⁸⁰ GHESTIN Jacques (dir), JAMIN Christophe, Billiau Marc. *Traité de droit civil, Les effets du contrat*. Op. cit, n°269.

¹⁴⁸¹ Com. 29 juin 2010, pourvoi n°09-67369, MAZEAUD Denis. « L'arrêt Canal « moins » ». *D.* 2010. 2481-2485 ; GENICON Thomas. « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? ». *D.* 2010, n°37, p.2485-2488 ; FAVARIO Thierry. « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion ». *JCP* 2010, n°43, p.1999-2001 ; GHESTIN Jacques. *JCP* 2011, n°63, p.126-133 ; *Defrénois* 2011. 811, obs. SEUBE Jean-Baptiste ; SAVAUX Eric. « Frémissement en matière d'imprévision ». *RDC* 2011, n°1, p.34-39 ; FAGES Bertrand. « Coeur défense contre Canal de Craponne ? ». *RTD Civ.* 2011, n°2, p.351-352.

¹⁴⁸² *Ibid.*

¹⁴⁸³ V. *supra*, §257.

précise les éléments susceptibles d'avoir bouleversé l'acte juridique privé, pourrait ne pas se cantonner à un contrôle des juges du fond concernant le respect des règles de droit de l'imprévision, mais vérifier elle-même la mise en œuvre effective de ce contrôle de proportionnalité, en investissant le champ des questions de fait.

Demeure la question de la portée de cet arrêt, et la reconnaissance de ses enseignements dans d'autres affaires de la chambre commerciale de la Cour de cassation, ainsi que dans des affaires tranchées par les autres chambres de la Cour. Or, comme la doctrine l'a fait remarquer, la Cour de cassation n'a pas mis en valeur cet arrêt, ne lui accordant notamment pas les honneurs d'une publication au Bulletin¹⁴⁸⁴. Pourtant, le renversement du refus catégorique de l'imprévision en droit interne nécessite une décision claire de la part de la Cour de cassation¹⁴⁸⁵. Si une partie de la doctrine peut voir dans le visa de l'arrêt un recours au concept français de cause « *propre à canaliser la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision* »¹⁴⁸⁶, la combinaison de ce fondement et de l'absence de publicité de l'arrêt incitent à voir dans le raisonnement des juges l'impossibilité de trouver dans le droit français positif un fondement adéquat pour accueillir la théorie de l'imprévision et une interprétation évolutive des actes juridiques privés.

437. Par conséquent, si cet arrêt est l'illustration d'un sauvetage par le juge de la responsabilité de l'Etat devant la juridiction européenne des droits de l'Homme, les juges font un appel au législateur pour leur conférer les moyens de trancher dans de telles circonstances.

¹⁴⁸⁴ MAZEAUD Denis. « L'arrêt Canal « moins » ». *Op. cit.*, spéc. §9 ; FAVARIO Thierry. « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion ». *JCP* 2010, n°43, p.1999-2001. Sur la question générale de l'influence de la publication au Bulletin mais à propos de cet arrêt, V. en particulier DEUMIER Pascale « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? ». *RTD Civ* 2011, n°1, p.87-90.

¹⁴⁸⁵ « *Il suffirait d'un revirement de jurisprudence juste un peu plus spectaculaire que les autres parce que plus longtemps attendu* » : MARGUENAUD, Jean-Pierre e.a. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? ; Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD ». *Op. cit.*

¹⁴⁸⁶ MAZEAUD Denis. « L'arrêt Canal « moins » ». *Op. cit.*, spéc. §8.

Section 2 - L'interventionnisme législatif

438. Après les espoirs suscités par les arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans les années 1990, la doctrine semble avoir renoncé à attendre de la part de la jurisprudence une reconnaissance de l'imprévision, dans quelque proportion que ce soit¹⁴⁸⁷. Elle s'est orientée, à l'image des Professeurs MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, vers une consécration d'une obligation de renégociation, dont le rôle du juge se réduirait à la sanction¹⁴⁸⁸. La reconnaissance de cette obligation répond à des impératifs de justice, de telle sorte que les auteurs sont prêts à sacrifier la force obligatoire du contrat¹⁴⁸⁹.

Aujourd'hui, les yeux se tournent vers le législateur¹⁴⁹⁰. Dans de nombreux cas déjà, le législateur a apporté des tempéraments légaux à la solution de principe¹⁴⁹¹. Une remise en cause dans le droit commun est toujours en attente de discussions. Le projet de réforme de droit des obligations accueille la théorie de l'imprévision à l'article 1196, dans une sous-section consacrée à l'« *effet obligatoire* » du contrat¹⁴⁹². Cet accueil est toutefois timide, et soumis à des éléments de procédure à la disposition des parties peu évidents à mettre en œuvre et à prouver. Or, selon la doctrine, cette théorie doit marquer l'intervention du droit objectif puisque, les parties poursuivant leur propre intérêt, elles ne consentiront pas d'elles-mêmes à renégocier le contrat en présence de circonstances rendant leurs prestations réciproques déséquilibrées. Par conséquent, il convient d'intervenir dans la relation contractuelle en imposant la renégociation. Cette idée, que l'on trouvait déjà chez DEMOGUE,

¹⁴⁸⁷ Même après l'arrêt du 29 juin 2010, SAVAUX Eric. « Frémissement en matière d'imprévision ». *Op. cit.* : « *Ce n'est évidemment pas un arrêt non publié de la chambre commerciale rendu en matière de référé qui favorisera l'avancement des projets de réforme, mais du moins devrait-il faire prendre conscience de la nécessité qu'il y a à régler rapidement, par la voie législative, ce genre de question* ». Egalement, affirmant que la Cour de cassation en appelle au législateur : SAVAUX Eric. « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision-Rapport français ». *RDC* 2010, n°3, p.1057-1067.

¹⁴⁸⁸ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations. Op. cit.*, §761.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, §761.

¹⁴⁹⁰ De nombreux auteurs estimaient qu'il était du rôle du législateur, non du juge d'intervenir pour décider du sort de l'imprévision en droit interne. V. les auteurs cités par Jean-Louis Mouralis, « Imprévision ». *Op. cit.*, §106. Sur une étude des différents projets de réforme sur cette question : SAVAUX Eric. « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision-Rapport français ». *Op. cit.*

¹⁴⁹¹ V. notamment MOURALIS Jean-Louis. « Imprévision ». *Op. cit.*, §34 sq.

¹⁴⁹² Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, art. 1196.

est relayée par le courant solidariste, la coopération dans le contrat provenant, non pas des parties, mais d'acteurs extérieurs au contrat¹⁴⁹³.

439. L'interventionnisme législatif en la matière est sollicité de plusieurs manières. Outre la doctrine, on pourrait retrouver un jour la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, confrontée à une décision de justice française passée en force de chose jugée et ayant rejeté une demande portant sur l'imprévision sur le fondement de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, la Cour pourrait s'interroger sur le point de savoir si la Convention EDH ne protège pas les individus dans cette hypothèse. L'article 1 du Protocole n°1 ne répond pas précisément à la question, ce qui n'empêcherait pas le juge de Strasbourg de se demander s'il n'est pas possible de protéger l'individu qui serait contraint à une exécution ruineuse du contrat qui ne serait pas de son fait. La Cour observerait dans cette hypothèse un consensus parmi les droits nationaux ainsi que les propositions de droit civil européen pour reconnaître l'imprévision en qualité de mécanisme permettant d'éviter des injustices. Si la méthode comparatiste, dont les résultats ont été mis en avant par la doctrine¹⁴⁹⁴, n'a pas permis de parvenir à une évolution du droit interne, la Cour EDH pourrait consacrer la théorie de l'imprévision parmi les droits reconnus au contractant. Cela aurait pour conséquence de reconnaître une marge nationale d'appréciation étroite, et l'Etat français ne pourrait justifier son refus de satisfaire à une obligation positive en la matière.

440. Le projet de réforme du droit des obligations accueille la théorie de l'imprévision en proposant que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* »¹⁴⁹⁵. Cette ouverture timide est aussitôt encadrée puisqu'il est précisé que la partie demanderesse continue à exécuter ses obligations pendant cette période, qu'à défaut d'accord entre les parties, ces dernières peuvent d'un commun accord demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat, et que ce n'est qu'*in fine* que le contractant peut s'adresser seul au juge¹⁴⁹⁶. Cette reconnaissance très encadrée de la renégociation relève

¹⁴⁹³ V. JAMIN Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Op. cit.*

¹⁴⁹⁴ V. notamment MOURALIS Jean-Louis. « Imprévision ». *Op. cit.*, §108 sq.

¹⁴⁹⁵ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, art. 1196.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

pour partie de la logique, soit que les parties demeurent tenues de leurs obligations tant qu'elles-mêmes ou le juge n'ont pas décidé d'une adaptation du contrat, soit que le recours au juge soit précédé d'échanges avec l'autre partie, ce qui a été généralisé en matière de procédure civile¹⁴⁹⁷. Elle constitue cependant une avancée par rapport au précédent projet qui prévoyait qu'en cas d'échec de la renégociation, le juge ne pouvait procéder à l'adaptation du contrat ou à sa résiliation qu'« avec l'accord des parties »¹⁴⁹⁸.

441. Il reste que ce projet, à trop encadrer les modalités procédurales pour parvenir à l'action judiciaire en renégociation, puis à l'action judiciaire en résolution, ne s'attarde pas sur les modalités selon lesquelles le juge accompagne la renégociation, et procède à la résolution¹⁴⁹⁹. C'est pourtant lors de ces étapes que la théorie de l'imprévision déploie ses mécanismes et que le contrôle de proportionnalité privatisée est utilisé.

En l'état, le projet d'ordonnance ne fait pas mention de tels mécanismes, et guide l'interprète vers une solution opposée. Ainsi, il est permis d'abord de relever les conséquences de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. En effet, lorsqu'elle a pour objet d'établir l'existence d'une faute de la partie devenue forte dans l'exécution du contrat, elle aboutit à l'octroi de dommages-intérêts sans que soient appréciées les circonstances extérieures aux parties ayant rendu très difficile l'exécution du contrat. Selon une perspective semblable, la proposition du Professeur STOFFEL-MUNCK dans sa thèse consiste à conditionner l'application de la théorie de l'imprévision à la survenance d'un dommage important et à la réalisation d'un aléa important¹⁵⁰⁰. Ainsi, le juge ne procède pas à

¹⁴⁹⁷ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF du 14 mars 2015, spéc. art. 18 à 26.

¹⁴⁹⁸ Projet de la chancellerie, *op. cit.*, art. 138.

¹⁴⁹⁹ « L'avant-projet de réforme du droit des obligations dénie au juge toute faculté d'adapter ou de résilier le contrat, parce qu'il reste attaché à une conception traditionnelle qui fait de ce dernier la chose des parties, dont il faut tenir autant que possible le juge à distance » : SAVAUX Eric. « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision-Rapport français ». *Op. cit. Contra*, le projet d'ordonnance réalisant, sous l'angle des parties, un « compromis satisfaisant, entr'ouvrant la porte à la révision judiciaire d'un contrat devenu déséquilibré sans menacer la sécurité des relations juridiques ». L'auteur promeut la liberté contractuelle comme « meilleur instrument d'adaptation du contrat », « les parties conservant la possibilité d'éviter toute difficulté d'interprétation en insérant une clause de révision dans le contrat initial » : CABRILLAC Rémy. « La porte entrouverte à l'admission de l'imprévision ». *RDC* 2015, n°3, p.771.

¹⁵⁰⁰ STOFFEL-MUNCK Philippe. *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain. Op. cit.*



un contrôle de proportionnalité afin de déterminer quel est l'intérêt privé qu'il convient de faire prévaloir en l'espèce. Or, en imposant au cocontractant une obligation de renégociation sans parvenir à consacrer clairement au pouvoir judiciaire un pouvoir de rééquilibrage des relations contractuelles, c'est la théorie de l'abus de droit qui est appelée à prendre l'avantage sur la théorie de l'imprévision. Le juge serait ainsi amené à constater que, malgré les conditions d'ouverture de l'action en imprévision, le refus ou la mauvaise volonté du cocontractant de renégocier le contrat s'analyse comme un abus, et doit être réparé par l'octroi de dommages-intérêts d'une part, par la résolution du contrat d'autre part.

En outre, le projet d'ordonnance s'analyse d'un autre côté moins audacieux dans la définition de l'imprévision. Ainsi, le projet de la chancellerie évoquait « *un changement de circonstances survenu en cours d'exécution du contrat [bouleversant] l'équilibre de celui-ci* »¹⁵⁰¹. Il s'agissait d'évaluer l'importance des circonstances en cours de contrat et de mesurer leurs conséquences sur le contrat, afin de décider s'il faut appliquer ou non la théorie de l'imprévision. Procédant ainsi, ce projet investissait davantage le juge dans l'appréciation des conditions d'ouverture de l'action en imprévision, et l'amenait implicitement à opérer un contrôle de proportionnalité privatisée pour décider s'il y avait lieu d'en tirer des conséquences sur l'acte juridique privé, qu'il s'agisse de la résolution judiciaire ou de l'adaptation de cet acte.

Enfin, il convient d'insister pour la définition la plus précise possible, par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des obligations, de l'imprévision et notamment des mécanismes d'appréciation de l'équilibre contractuel et de rééquilibrage de la situation juridique. En effet, en prévoyant une action d'adaptation judiciaire de l'acte juridique privé, d'un commun accord avec les parties, sans en préciser les mécanismes, la probabilité est grande de transformer le juge en conciliateur, avec la résolution judiciaire de l'acte pour seule perspective. Il en résulterait un rapport de forces devant le juge que ce dernier apprécierait à sa convenance, sous les augures de l'équité pour les uns, de l'arbitraire pour les autres¹⁵⁰².

¹⁵⁰¹ Projet de la chancellerie, *op. cit.*, art.137.

¹⁵⁰² L'utilisation de l'équité participe de la marge de manœuvre du juge, tout en devant paradoxalement susciter l'inquiétude. Le Professeur STOFFEL-MUNCK mentionne des « *effets propres au fondement équitable* » : STOFFEL-MUNCK Philippe. *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*. *Op. cit.* L'utilisation de l'équité est invoquée en l'absence d'autres mécanismes et au regard des conséquences dommageables en son absence : « *cet hymne au maintien du déséquilibre contractuel refusant*



442. En définitive, ces arguments démontrent que, si dans certaines hypothèses, la solution de la renégociation selon la bonne volonté des parties ou la résolution judiciaire à défaut constitue un moyen d'échapper à l'engagement de la responsabilité de l'Etat français pour une interprétation mécanique du Code civil, elle n'est pas suffisante pour garantir la continuité d'une relation contractuelle équilibrée. Notamment, la conception européenne selon laquelle l'interprétation par le juge engage sa responsabilité oblige que celui-ci puisse d'office inviter les parties à renégocier lorsque le sens qu'il serait amené à opérer d'un acte juridique privé s'avère à ses yeux déséquilibré en raison d'un bouleversement des circonstances. Ainsi, prévoir une obligation de renégociation et une possibilité de résolution judiciaire comme concrétisation de la théorie de l'imprévision et dérogation au principe de force obligatoire du contrat est conforme à l'arrêt *Velcea et Mazare* dans la mesure où la rigueur du principe peut-être atténuée, dans des circonstances exceptionnelles. Il n'en demeure pas moins que cela s'avère insuffisant au regard de la jurisprudence de la Cour EDH qui défend la protection concrète et effective des droits fondamentaux d'une part, et l'effet utile des actes juridiques privés¹⁵⁰³. Or, la solution de la résolution judiciaire, qui constitue la seule sanction reconnue par la loi aux mains du juge, peut paraître adaptée pour les contrats à exécution successive, mais ne constitue pas une solution adéquate dans toutes les situations. En comparaison, l'article L442-6, I, 2° du Code de commerce qui défend de « *soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » constitue selon la doctrine un meilleur fondement pour remettre en cause la théorie de l'imprévision entre les cocontractants professionnels¹⁵⁰⁴. Ainsi, la diffusion du contrôle de proportionnalité privatisée constitue à cet égard une solution susceptible de mettre à l'abri le droit français des critiques de la Cour EDH.

l'équité au nom d'une interprétation rigide d'un article clé du Code civil [article 1134] ne paraît plus très raisonnable (...) » : MARGUENAUD Jean-Pierre. La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un code civil. *Op. cit.*

¹⁵⁰³ CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, §62.

¹⁵⁰⁴ BEHAR-TOUCHAIS Martine. « Un déséquilibre significatif à deux vitesses ». *JCP G* 2015, n°21, p.603, §2.

Conclusion du Chapitre 2

443. La société française – pour ne pas dire européenne – connaît des bouleversements rapides auxquels le droit ne saurait rester insensible et dont l'accélération des délais de prescription constitue une illustration. De ce point de vue, l'arrêt *Pla et Puncernau*, rendu le 13 juillet 2004 et remettant en cause un testament rédigé en 1939, apparaît comme caricatural.

444. Il n'en reste pas moins que les actes juridiques, bien qu'ils tissent des liens solides entre les contractants, demeurent soumis aux affres du temps et aux bouleversements juridiques, économiques et sociaux qui les entourent. L'interprétation dynamique ouvre en droit des obligations une conception renouvelée des rapports juridiques. L'acte juridique privé se présente comme une norme parmi d'autres, soumise aux normes qui lui sont supérieures, et protégée par certaines de ces normes. Ces normes peuvent par ailleurs être plus récentes que celles qui ont vu naître cet acte. L'acte juridique privé se présente en même temps comme une norme singulière, pour laquelle le juge doit être attentif aux conséquences que produisent sur elle sa décision. La directive d'interprétation évolutive et la lutte contre les interprétations mécaniques agissent alors en symbiose.

445. L'interprétation dynamique représente pour le juge un instrument d'appréhension des actes juridiques, plus ou moins récents et plus ou moins éprouvés. Il en découle pour lui certaines exigences nouvelles, qui dépassent la seule relation contractuelle qui lui est présentée à trancher. Ces exigences consistent notamment dans l'obligation de se saisir d'office de certains moyens, d'anticiper les ruptures dans le droit, d'en minimiser les effets sur les contractants, d'en expliquer les contraintes irréductibles. Si le législateur possède un rôle à assumer en la matière, la directive d'interprétation évolutive constitue l'apanage du juge et révolutionne son office. Les décisions rendues depuis quinze ans en portent les stigmates.

446. Pour le contractant et justiciable, l'interprétation évolutive peut en de rares occasions constituer un danger, lorsqu'il n'a pas perçu les évolutions du droit, ou que la rupture n'a pas été suffisamment adoucie par le législateur ou par le juge. En effet, l'application du droit, dans ses principes et ses exceptions, dans sa continuité et ses retournements, doit présenter des garanties minimales au regard du Principe de sécurité juridique qui, entamé par hypothèse, ne doit pas être atteint dans sa substance.



Toutefois, la technique de l'interprétation évolutive est à présent bien établie. Les arrêts d'Assemblée plénière du 15 avril 2011, selon lesquels le juge doit appliquer les décisions de la Cour EDH et, par analogie, de la CJUE, sans attendre d'être mis en cause, ont été le signe d'une dynamisation du droit, auquel le droit des obligations continue de s'adapter. Aussi le plus souvent l'interprétation évolutive constitue une opportunité pour le contractant. Par les exigences qui l'accompagnent, elle protège le contractant contre l'action de l'Etat. Dans les relations horizontales, l'interprétation dynamique permet au contractant de faire réexaminer par un juge le contrat auquel il a consenti mais dont il estime que les évolutions juridiques, économiques et sociales en ont bouleversé l'économie. Cette problématique emporte plus particulièrement en droit français des conséquences sur la théorie de l'imprévision, incompatible avec la Convention EDH et à laquelle les projets de réforme du droit des obligations tentent de trouver une solution.

447. S'y ajoute un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 avril 2013 par lequel la Cour semble faire sienne la lutte contre l'application mécanique des règles de droit, dans l'hypothèse où cela porterait atteinte aux droits et libertés fondamentaux d'une partie au litige. Si la Cour de cassation ne dispose pas des mêmes moyens que la Cour EDH pour contextualiser ses décisions, elle inaugure une façon de rendre le droit qui semble de plus en plus claire et est accompagnée par de nouveaux moyens de communication.



448. L'invocabilité d'exclusion renforcée constitue une figure de l'interprétation dynamique, que la Cour EDH a utilisée dans son arrêt emblématique *Hutten-Czapska contre Pologne*¹⁵⁰⁵. Dans cet arrêt, la Cour prend en considération la façon dont l'Etat a réglementé le domaine du logement, et plus particulièrement comment il a influencé les relations entre les bailleurs d'une part et les locataires d'autre part.

Cette prise en considération de la qualité des parties renvoie à la problématique de l'appréhension, par le droit, de l'inégale force de fait des parties à un acte juridique¹⁵⁰⁶. Cette problématique est, de manière générale, étrangère aux rédacteurs du Code civil qui avaient pour postulat des individus libres et égaux en droit et qui contractaient de la même manière, en poursuivant leurs intérêts d'une même raison. Avec l'avènement de la société post-industrielle, ce postulat a montré ses faiblesses et son inadéquation dans un certain nombre d'hypothèses, d'abord dans les relations entre le salarié et son employeur, ensuite dans les relations entre le professionnel et le consommateur. Si chacune des cours européennes a pu développer ses conceptions sur ces relations juridiques, la réglementation de l'Union relative aux clauses abusives permet d'approfondir les mécanismes d'interprétation concernant le contrat unissant le professionnel au consommateur.

449. Le contrat de consommation fait partie de ces actes juridiques privés qui n'appartiennent pas au Code civil. Réglementé en qualité de « *droit spécial* », par opposition au droit commun, il connaît de nombreuses règles qui participent de sa singularité. Parmi celles-ci, il est possible de s'intéresser au système herméneutique du contrat de consommation, qui a connu ces dernières années, sous l'influence des jurisprudences européennes et interne, une dimension nouvelle. Sous l'influence combinée d'une politique volontariste en faveur du consommateur et de prérogatives plus importantes reconnues au

¹⁵⁰⁵ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.* Sur cette forme d'interprétation, V. *supra* §266 sq.

¹⁵⁰⁶ GHESTIN Jacques, FONTAINE Marcel. (dir.). *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris : LGDJ, 1996, 676p. COMBALUZIER-VAUDE Audrey, FERRIER Didier. *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*. Thèse doctorale, droit. Montpellier : Université Montpellier III, 2008.

juge, le droit interne a choisi de promouvoir l'interprétation en faveur du consommateur comme directive d'interprétation.

450. Ce choix a emporté des conséquences importantes sur l'équilibre des relations contractuelles à l'occasion du passage devant le juge. Au point que la problématique se pose de savoir si, et dans quelles conditions, notre droit est aujourd'hui conforme au droit européen, notamment celui développé par la Cour EDH. Pour en décider, il convient de passer au crible du contrôle de proportionnalité la directive d'interprétation contre le professionnel (Section 1) et d'étudier la mise en œuvre de l'interprétation en droit de la consommation au regard du contrôle de proportionnalité privatisée (Section 2).



Section 1 - La directive d'interprétation contre le professionnel au crible du contrôle de proportionnalité

451. La Cour EDH, bien que saisie de litiges opposant une personne contre un Etat membre, n'en a pas moins vocation à relever des défaillances systématiques ou structurelles, ce qu'elle a explicitement déclaré à l'occasion de l'arrêt *Broniowski*¹⁵⁰⁷. Depuis l'arrêt *Hutten-Czapska*, la Cour a mis en place la procédure des arrêts pilotes, destinée à remédier aux défaillances constatées, au-delà de l'espèce examinée¹⁵⁰⁸.

Dans cette hypothèse, le juge européen réserve un sort particulier à ces défaillances qui révèlent qu'« *une catégorie entière de particuliers se sont vus, ou se voient toujours, privés de leur droit* »¹⁵⁰⁹. Il revient alors à l'Etat membre concerné de « *ménager dans son ordre juridique interne, par des mesures légales et/ou autres appropriées, un mécanisme qui établisse un juste équilibre entre les intérêts [en présence]* »¹⁵¹⁰.

Ainsi, il convient de mettre en œuvre les mécanismes du contrôle de proportionnalité définis dans l'arrêt *Hutten-Czapska* afin d'examiner l'utilisation faite par le droit de l'Union de l'opération d'interprétation dans les relations entre un professionnel et un consommateur. Si cette opération ne peut avoir que pour unique issue de retenir le sens le plus favorable au consommateur, au détriment du professionnel, il est permis de douter de la conformité de cette règle au regard des droits protégés par la Convention EDH, et plus particulièrement au regard de l'exigence du caractère réversible des droits fondamentaux.

452. Le législateur a adapté la directive d'interprétation consacrée dans l'article 1162 du Code civil aux contrats de consommation, en disposant à l'article L133-2 alinéa 2 du Code de la consommation que les clauses de ces contrats « *s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel* »¹⁵¹¹. Cette formulation résulte de la transposition de l'article 5 de la directive européenne concernant les clauses

¹⁵⁰⁷ CEDH GC 22 juin 2004, arrêt *Broniowski*, *op. cit.*, §189.

¹⁵⁰⁸ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §233 sq.

¹⁵⁰⁹ CEDH GC 22 juin 2004, arrêt *Broniowski*, *op. cit.*, §189.

¹⁵¹⁰ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, dispositif.

¹⁵¹¹ Art. L133-2 al.2 C. cons.



abusives¹⁵¹². L'action du juge, telle que la doctrine l'a comprise, a consisté à gommer l'expression « *en cas de doute* » pour faire de cette directive d'interprétation en faveur du consommateur la seule qui serait pertinente en droit de la consommation. Afin d'apprécier cette solution au regard de la jurisprudence de la Cour EDH dans son arrêt *Hutten-Czapska*, il conviendra d'étudier la légitimité du caractère dérogatoire de la directive d'interprétation (§1), avant de constater son absence de proportionnalité (§2).

§ 1 - La légitimité du caractère dérogatoire de la directive d'interprétation

453. La particularité de l'invocabilité d'exclusion renforcée consiste pour la Cour EDH à s'extirper des faits qui lui sont soumis pour apprécier le comportement des autorités étatiques sur la problématique soulevée par l'affaire. S'agissant de l'opération d'interprétation en matière de droit de la consommation, il est possible de constater une activité importante du législateur, et des règles dérogatoires par rapport au droit commun, avec pour finalité de remédier à une situation de déséquilibre entre les parties contractantes.

454. Il est de coutume de noter que la directive d'interprétation consacrée à l'article 1162 du Code civil n'a pas la signification que celle romaine dont elle est la reprise¹⁵¹³. Par conséquent, on considère généralement qu'il est vain de creuser la parenté entre les deux directives afin d'en retenir une justification commune¹⁵¹⁴. En outre, la directive retenue par le droit interne a fait l'objet de deux lectures¹⁵¹⁵. La première consiste dans l'idée que le débiteur a intérêt à s'engager le moins possible, de sorte que l'interprétation doit être opérée

¹⁵¹² L'opération de transposition achevée, il en résulte une image fragmentée du système herméneutique en droit de la consommation puisque la directive en faveur du consommateur est consacrée à l'article L133-2 alinéa 2, tandis que l'alinéa 5 de l'article L132-1 du Code de la consommation renvoie aux directives d'interprétation du droit commun pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Si les travaux préparatoires mentionnent quelques discussions à propos de cet alinéa, ils ne sont d'aucun secours. Comme certains auteurs ont pu le suggérer, il semble en effet qu'il y ait une confusion entre les opérations d'interprétation et de qualification juridiques : V. notamment PAISANT Gilles. « Les clauses abusives et la présentation du contrat dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 ». *D.* 1995, Chr. p.99, spéc. §42 ; CESARO Jean-François. *Op. cit.*, §281.

¹⁵¹³ TROFFIMOFF Hervé. « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats ». *Rev. Fr. d'hist. du droit français et étranger*, 1994, p.203 sq.

¹⁵¹⁴ V. par exemple CESARO Jean-François. *Le doute en droit privé. Op. cit.*, §272.

¹⁵¹⁵ V. par exemple TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les obligations. Op. cit.*, §426.

en sa faveur, et donc contre le créancier. C'est ce sens qui traduit l'esprit du législateur de 1804¹⁵¹⁶. De cette manière, l'article 1162 du Code civil contribue, par voie de déduction, à révéler la commune intention des parties. Cette méthode nécessite de rechercher dans un premier temps quelle obligation est obscure avant, dans un deuxième temps, d'en déterminer le créancier et le débiteur.

Dans un souci de protection des parties, une deuxième lecture de cet article est apparue afin de sanctionner le rédacteur de l'acte¹⁵¹⁷. Par élimination, il est permis d'affirmer que c'est à ce sens qu'obéit l'article 1602 du Code civil, puisque le vendeur est à la fois créancier et débiteur d'une obligation. En réalité, les articles 1162 et 1602 du Code civil possèdent des parentés distinctes, la première étant la consécration de la treizième règle d'interprétation citée par DOMAT¹⁵¹⁸, la seconde de la quatorzième règle¹⁵¹⁹. C'est également selon ce sens que l'on doit comprendre l'article L133-2 du Code de la consommation. Ce n'est cependant pas son fondement.

455. L'idée de faute que commettrait l'une des parties à l'acte juridique n'est pas nouvelle. Elle est commune tant à la directive d'interprétation de l'article 1162 qu'à celle de l'article 1602 du Code civil¹⁵²⁰. Il s'agirait, pour les contrats de consommation, de désigner le

¹⁵¹⁶ V. MOUTICAULT, Séance du corps législatif du 17 pluviôse an XII – 7 février 1804 : « Dans le doute (...), la convention doit s'interpréter contre celui qui a stipulé, parce qu'il pouvait exiger une obligation plus claire ». Cité notamment par CESARO Jean-François. *Op. cit.*, §265. La portée qu'il accorde à ces travaux préparatoires appartient à la pensée de l'École de la libre recherche scientifique : *Ibid.*, n°272.

¹⁵¹⁷ Pour une explication : « ces ambiguïtés, il faut bien le dire, ne sont pas toujours le résultat de la maladresse du rédacteur. Elles sont parfois voulues, car elles permettent au contractant le plus puissant de voiler derrière un rideau de fumée des stipulations qui, si elles étaient clairement exprimées, pourraient dissuader l'autre partie de contracter, ou lui donner une arme lors de l'exécution du contrat » : CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri. *Droit de la consommation. Op. cit.*, §159. S'agissant du régime juridique de la responsabilité du rédacteur d'actes, ses insuffisances et les pistes d'améliorations apportées par les règles d'interprétation : COUTANT-LAPALUS Christelle. « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes ». *RDC* 2015, n°1, p.182.

¹⁵¹⁸ « Les obscuritez et les incertitudes des clauses qui obligent, s'interprètent en faveur de celui qui est obligé, et il faut restreindre l'obligation au sens qui la diminue car celui qui s'oblige ne veut que le moins et l'autre a dû faire entendre ce qu'il prétendait », DOMAT Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et « Legum delectus »*. *Op. cit.*, p.21 sq.

¹⁵¹⁹ « Si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi, ou de la faute de celui qui doit s'expliquer sur son intention, l'interprétation s'en fait contre lui parce qu'il a dû faire entendre ce qu'il entendait », *ibid.*

¹⁵²⁰ V. *supra*, §454.

rédacteur comme la partie fautive, celle qui va subir l'opération d'interprétation. Le doyen CARBONNIER avait proposé d'instituer une culpa *in contrahendo* permettant de sanctionner, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, l'une des parties « *de s'être mal expliquée ou de n'avoir pas su comprendre* »¹⁵²¹. Ce fondement repose en réalité la question de l'existence d'une obligation particulière, qui serait inscrite dans le contrat à l'insu des parties. Cette obligation consiste, selon les dispositions du Code de la consommation issues de l'opération de transposition, en une obligation de rédaction claire et compréhensible des clauses du contrat.

Afin de mieux saisir la signification de l'article 5 de la directive 93/13 qui a consacré l'obligation de rédaction claire et compréhensible des stipulations, il est utile de rappeler que cette obligation s'inscrit dans un texte concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cette obligation participe directement de la détermination du champ d'application de la directive, dans la mesure où elle réintègre dans le contrôle portant sur le « *déséquilibre significatif* » les clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou encore sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, alors que celles-ci n'en font par principe pas partie en raison de l'objectif de l'harmonisation partielle que la directive s'est assignée¹⁵²².

Il semble qu'à l'origine la Commission européenne ait souhaité, au travers de cet article 3 alinéa 1 de la directive 93/13, consacrer une obligation d'information. Si cette impression ne résulte pas de la proposition initiale de la directive¹⁵²³, elle s'appuie sur la proposition modifiée de directive¹⁵²⁴ telle que commentée par la Commission dans son rapport sur l'application de la directive. Ainsi, la Commission a indiqué que, « *bien que ce droit à l'information ait été postérieurement supprimé du texte par le Conseil, certains*

¹⁵²¹ CARBONNIER Jean. *Les obligations*. *Op. cit.* p.284.

¹⁵²² Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *op. cit.*, art. 4 paragraphe 2.

¹⁵²³ La proposition initiale ne prévoyait ni une obligation d'information, ni l'obligation de rédaction claire et compréhensibles des clauses du contrat de consommation : Commission européenne, proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM(90) 332 final, présentée le 24 juillet 1990, JOUE du 28 septembre 1990.

¹⁵²⁴ Proposition modifiée de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, Com(92) 66 final, JOUE du 24 mars 1992, article 5 paragraphe 2.

*éléments de la directive se prêtent néanmoins à une interprétation qui pourrait le reconnaître implicitement »*¹⁵²⁵.

Par analogie, la Cour EDH a fait le choix de l'obligation d'information dans son arrêt *Zolotas*, le professionnel devant supporter une obligation d'informer le consommateur des risques pesant sur son engagement, alors même que ces risques auraient pour origine une injonction du législateur.

De même en droit interne, les obligations de rédaction claire de la clause et d'information ont entretenu des liens. Ainsi, si les travaux d'élaboration du Code civil montrent que « *dans le doute (...), la convention doit s'interpréter contre celui qui a stipulé, parce qu'il pouvait exiger une obligation plus claire* »¹⁵²⁶, il ne s'agissait toutefois pas d'une obligation spécifique, mais d'une caractéristique d'une obligation existante. Puis, c'est sous le masque de l'obligation d'information que s'est dissimulée l'obligation de clarté. Ainsi, le rédacteur du contrat doit-il rapporter que le contenu de l'obligation a été porté de manière satisfaisante à la connaissance de l'autre partie.

456. Dans l'ensemble de ces systèmes juridiques, l'obligation de rédaction claire de l'*instrumentum* et l'obligation d'information sont proches. Il convient de relever que, dans l'arrêt *Zolotas*, l'obligation d'information ne porte pas sur la formation du contrat, mais sur l'information immédiatement antérieure à la survenance de la règle de prescription. De manière plus générale, l'obligation de rédaction claire emporte davantage de risque pour le rédacteur puisque l'ambiguïté est soumise au constat du juge. Si cette dernière obligation apparaît plus en phase avec la conception *réaliste* des cours européennes, elle a également été adoptée par le droit français de la consommation, dans une logique de sanction du professionnel.

Au travers de la directive européenne et la législation française qui en est issue, l'obligation de rédaction claire des clauses qui incombe au professionnel a toutefois acquis son autonomie. Ainsi, l'obligation de rédaction claire n'est plus issue de l'obligation d'information mais se retrouve directement liée à l'idée d'ambiguïté du contrat.

¹⁵²⁵ Rapport de la Commission européenne sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM(2000) 248 final, 27 avril 2000, p.18.

¹⁵²⁶ MOURICAULT. *Op. cit.*



457. Ainsi définie, l'interprétation dans le contrat de consommation échappe par principe à la directive d'interprétation selon la commune intention des parties¹⁵²⁷. Elle échappe du même coup à la tentation de faire produire à l'acte juridique privé des effets sous couvert de la volonté des parties¹⁵²⁸. Par conséquent, le système herméneutique du droit de la consommation est dérogoire au droit de la Convention EDH ainsi qu'au système herméneutique français de droit commun. Une telle dérogoire peut se prévaloir de solides justifications. Ainsi, la CJUE rappelle régulièrement que « *le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information* »¹⁵²⁹. Ainsi, la politique de lutte contre les clauses abusives s'inscrit dans une logique de protection des consommateurs, et se décline en « *[substituant] à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers* »¹⁵³⁰. Un tel objectif est proche de celui qu'exige la Cour EDH lorsqu'elle exige la sauvegarde de droits fondamentaux « *concrets et effectifs* »¹⁵³¹. Dès lors, la dérogoire au principe de la recherche de la commune intention des parties peut apparaître légitime au sens de la jurisprudence de la Cour EDH, et plus particulièrement en son arrêt *Hutten-Czapska*¹⁵³². Pour autant, elle doit également faire la démonstration qu'elle ménage un juste équilibre entre les exigences de

¹⁵²⁷ « *L'article L133-2, alinéa 2, du Code de la consommation déroge donc frontalement à l'article 1156 du Code civil en posant une règle générale d'interprétation des contrats d'adhésion (...) qui s'émancipe entièrement de la recherche de l'intention des parties* » : S'agissant des clauses d'interprétation, REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *Op. cit.*, §12. V. également : NOGUERO David. La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (première partie). *Gaz. Pal.* 2011, n°329-330, p.6-14 : « *Ce n'est plus une simple directive, mais une règle de droit. (...) On écarte ainsi toute recherche de la commune volonté des parties. C'est bien une interprétation in favorem obligatoire pour le juge* ».

¹⁵²⁸ « *Cette façon de procéder [l'interprétation en faveur du consommateur] révèle que l'horizon de la commune intention n'est pas indépassable et que lorsque la recherche d'une telle intention n'a aucun sens (...), la seule politique est de s'en affranchir purement et simplement* » : *ibid.*

¹⁵²⁹ CJUE 14 juin 2012, arrêt Banco Español de Credito, *op. cit.*, §39 ; CJUE 14 mars 2013, arrêt Aziz, *op. cit.*, §44 ; CJUE 30 avril 2014, arrêt Barclays, *op. cit.*, §32.

¹⁵³⁰ CJUE 14 juin 2012, arrêt Banco Español de Crédito SA, *op. cit.*, §40 ; CJUE 14 mars 2013, arrêt Aziz, *op. cit.*, §45.

¹⁵³¹ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt Hutten-Czapska c/ Pologne, *op. cit.*, §168.

¹⁵³² CEDH GC 19 juin 2006, arrêt Hutten-Czapska c/ Pologne, *op. cit.*, §164 à 166 et 178.



l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

§ 2 - L'absence de proportionnalité de la directive d'interprétation

458. Dans la mise en balance des intérêts de la communauté d'une part, et du professionnel d'autre part, ce dernier supporte une charge importante dès lors qu'il n'a pas soumis la clause litigieuse à la négociation avec son cocontractant.

459. En préalable, il convient d'abord de souligner que l'obligation de rédaction claire et compréhensible des stipulations repose sur le professionnel dans la mesure où les clauses n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle¹⁵³³. Si la version finale de la directive de l'Union prête à confusion, la proposition modifiée de la directive consistait, outre le paragraphe 1 consacrant l'obligation de clarté, à prévoir un paragraphe 2 disposant que, « *indépendamment du caractère abusif ou non, les clauses n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle ne sont considérées comme ayant été acceptées par le consommateur que lorsque celui-ci a eu effectivement l'opportunité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat* »¹⁵³⁴. Cette rédaction intermédiaire atteste de débats pour positionner l'obligation de clarté dans la directive, et préserver le principe de liberté contractuelle et le souci d'un équilibre contractuel. Elle aurait été en adéquation avec la jurisprudence française relative à l'interprétation du contrat contre son rédacteur en droit commun, celle-ci renonçant à appliquer cette directive d'interprétation lorsque l'autre partie avait contracté en connaissance de cause¹⁵³⁵. Moins catégorique, la proposition de

¹⁵³³ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *op. cit.*, art. 1 paragraphe 1 et art. 5.

¹⁵³⁴ Proposition modifiée de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, Com(92) 66 final, JOUE du 24 mars 1992, art. 5.2.

¹⁵³⁵ MALEVILLE Marie-Hélène. *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre. Op. cit.*,. V. également FAGES Bertrand. « Principe d'interprétation favorable des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ». *RTD Civ.* 2008, n°3, p.478 : « *La différence est notable avec la liberté qui est reconnue aux juges du fond, dans les contrats soumis au droit commun, d'appliquer ou ne pas appliquer la directive d'interprétation de l'article 1162 du code civil et ainsi, le cas échéant, de choisir de ne pas faire de la faveur pour tel ou tel contractant l'unique clé d'interprétation des stipulations contractuelles, qui peuvent être éclairées par beaucoup d'autres considérations. Mineure en apparence, cette différence illustre la distance qui, quelles que soient leurs influences réciproques, sépare le droit de la consommation du droit commun des contrats* ».



règlement de droit commun européen de la vente, concède que la directive d'interprétation favorable au consommateur ne s'applique pas si la clause litigieuse a été proposée par le consommateur¹⁵³⁶. Par conséquent, dans l'hypothèse d'une négociation de la clause litigieuse entre les parties, la directive d'interprétation selon la commune intention des parties s'applique par exception¹⁵³⁷.

460. Le manque de clarté engendre normalement un risque qui repose sur l'ensemble des parties à l'acte juridique privé. Or, l'obligation de clarté prévue par le Code de la consommation a pour objet de faire reposer ce risque sur le seul professionnel¹⁵³⁸. Ce dernier ne semble pas en mesure de combattre, sur le terrain de la preuve, le manquement à cette obligation, hors l'hypothèse de dénaturation¹⁵³⁹. Dès l'instant où, aux yeux du juge, la clause apparaît ambiguë, le manquement à l'obligation de rédaction claire des clauses d'un contrat de consommation doit, à en croire la rédaction de l'article dans le Code, être prononcé. Cette conception apparaît dans un premier temps comme justifiée. L'intervention du législateur pour prévoir une obligation s'insérant de droit dans les contrats de consommation constitue un moyen de rééquilibrer un contrat dont les parties ne sont pas, par hypothèse, sur un pied d'égalité. Toutefois, cette obligation est susceptible de produire des résultats d'une grande rigueur pour la partie sanctionnée.

L'idée de faute dans la façon de rédiger le contrat ne se répare pas en dommages-intérêts mais en interprétant le contrat de manière favorable au consommateur ou au non-professionnel. Or, il est loisible à ce dernier de proposer un sens qui n'a pas été celui dont le professionnel a eu connaissance, et auquel il n'aurait pas accepté de conclure le contrat.

¹⁵³⁶ Projet de règlement de droit commun européen de la vente, art.64.1.

¹⁵³⁷ V. par exemple GRIMALDI Cyril, « La valeur normative des directives d'interprétation ». *Op. cit.*, §4.

¹⁵³⁸ Pour un exemple d'ambiguïté issue du rapprochement de deux clauses, en soi claires et précises, mais distinctes alors que conclues dans le cadre d'un ensemble contractuel et ayant le même objet : Civ.2 3 juillet 2014, pourvoi n°13-22418, Bull. n°168.

¹⁵³⁹ En effet la doctrine et de manière générale, « *le mécanisme de l'interprétation ressemble fort à celui de la preuve* » : CESARO Jean-François. *Op. cit.*, §267. Or, cette conception est contredite par la consécration de l'alinéa 1 de l'article L133-2 du Code de la consommation. Ainsi, le professionnel n'est plus admis à rapporter la preuve qu'il a correctement informé son cocontractant de la clause litigieuse et de son contenu exact, mais est sanctionné lorsque le consommateur rapporte la preuve que la clause était équivoque, c'est-à-dire qu'elle pouvait revêtir une signification différente pour lui. La clause, dès lors qu'elle apparaît ambiguë au moment de son appréhension par le juge, doit faire l'objet d'une interprétation par celui-ci en faveur du consommateur. Par conséquent, c'est une conception extrêmement sévère qui est retenue.



Dans les relations contractuelles réunissant des parties ne possédant pas la même force, il est traditionnel de dénoncer le risque pris par la partie forte, dont la faible sanction ne dissuade pas la prise de risque. Au contraire, dans cette hypothèse, le droit permet à la partie faible de bénéficier d'un risque qu'il n'a pas volontairement pris. Ainsi, la sanction, qui consiste en une interprétation en faveur du consommateur, doit-elle faire l'objet de discernement¹⁵⁴⁰.

461. Dans la balance des intérêts, l'élément décisif est la portée reconnue à la directive d'interprétation contre le professionnel. « *Directive naturelle d'interprétation des contrats d'adhésion* » selon la doctrine¹⁵⁴¹, la Cour de cassation, par trois arrêts, a reconnu une portée impérative à la directive d'interprétation formulée à l'alinéa 2 de l'article L133-2 du Code de la consommation¹⁵⁴². En lui conférant une portée impérative, il est possible d'estimer qu'elle a correctement transposé la directive de l'Union sur les clauses abusives, dans la mesure où celle-ci n'a consacré que l'interprétation la plus favorable au consommateur. En prévoyant que les parties ne peuvent y déroger, le projet de règlement européen concernant le droit commun européen de la vente formalise la même conception¹⁵⁴³. Il convient d'ajouter que cette directive peut être soulevée d'office par le juge, comme toutes les dispositions d'ordre public en matière de droit à la consommation¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴⁰ Comp., invoquant, en matière d'inexécution du contrat, un « *mouvement plus général de protection du créancier dans l'Union européenne* », qui « *impose un juge étatique « contractuel* » aux avant-postes » : NOURISSAT Cyril. « Le contentieux contractuel : une histoire d'autonomie ». *RDC* 2014, n°3, p.575-578.

¹⁵⁴¹ REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *Op. cit.*, §15.

¹⁵⁴² Civ.1 21 janvier 2003, pourvoi n° n°00-13342 et 00-19001, Bull. n°19 ; *D.* 2003, p.2600 sq., note CLARET Hélène; *Ibid.*, AJ p.693, obs. AVENA-ROBARDET Valérie ; *Dr. et part.*, mai 2003, p.112, obs. CHAUVEL Patrick ; *RTD civ.* 2003, p.292, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand ; *RDC* 2003, p.292, obs. BRUSCHI Marc ; *RGDA* 2003, p.442, note KULLMANN Jérôme ; Civ.2 13 juillet 2006, pourvoi n°05-18104, Bull. n° ; *D.* 2006, p. 2848 sq., LAMOUREUX Marie; *RDC* 2007/2.347, obs. FENOUILLET Dominique. Civ.1 22 mai 2008, pourvoi n°05-21822, Bull. n°145 ; *JCP* 2008.478, obs. FAGES Bertrand ; *RDC* 2008/4.1214, obs. BRUSCHI Marc. V. également, au visa de l'article L133-2 du Code de la consommation : Civ.1 11 mars 2010, pourvoi n°09-12535.

¹⁵⁴³ Commission européenne, proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *op. cit.*, art. 64 paragraphe 2.

¹⁵⁴⁴ En droit interne : art. L141-4 C. cons. S'agissant de la directive 93/13 : CJUE 27 juin 2000, arrêt Océano Grupo, *op. cit.* ; CJUE 21 novembre 2002, arrêt Cofidis, *op. cit.* ; CJUE 26 octobre 2006, arrêt Mostaza Claro, aff.C-168/05.



Il s'agit d'une solution attendue, puisque la doctrine l'avait appelée de ses vœux¹⁵⁴⁵. Son avènement a été l'occasion saisie par la doctrine pour déclarer « *feu l'interprétation des contrats de consommation* »¹⁵⁴⁶. Si cette affirmation est excessive, puisque les juges appliquent toujours l'opération d'interprétation, le caractère impératif de cette directive emporte de grandes conséquences, en particulier sur le contrôle de proportionnalité, cette fois dans sa dimension « privatisée ». En effet, si l'appréciation du caractère proportionné au sens de la jurisprudence *Hutten-Czapska* consiste dans l'utilisation de la figure classique du contrôle de proportionnalité, la portée impérative de la directive d'interprétation a pour effet de ne pas plus permettre au juge de contrôler la conséquence du sens qu'il a conféré à la clause litigieuse, au moyen du contrôle de proportionnalité privatisée. Par conséquent, dans cette hypothèse, c'est l'absence de possibilité de contrôle pour le juge – appréciée fondamentalement – qui est susceptible d'emporter un résultat défavorable aux professionnels dans le cadre du contrôle de proportionnalité les opposant à l'Etat.

462. L'apophtegme de la doctrine est la conséquence de deux mouvements. D'abord, la fin des prétentions du droit commun sur la couronne du droit de la consommation¹⁵⁴⁷. En effet, l'article 1156 du Code civil jouissait d'une reconnaissance de valeur de principe. Mais, la Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} mars 2005, a entre-temps déclaré que « *la règle d'interprétation formulée par l'article 1156 du code civil ne présentant aucun caractère impératif, sa méconnaissance ne [pouvait], à elle seule, donner ouverture à cassation* »¹⁵⁴⁸. Cette directive d'interprétation, qui avait débarqué à quelques encablures dans la baie de l'article L132-1 du Code de la consommation voyait ainsi irrémédiablement ses prétentions rejetées. Ensuite, la consécration de la portée impérative de l'article L133-2 alinéa 2 du Code de la consommation, conduit à reconnaître que cette règle « *doit désormais régner sans partage pour résoudre les conflits d'interprétation survenant dans le domaine des contrats de consommation* »¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁵ V. les auteurs cités par CLARET Hélène. *Op. cit.*, spéc. §5 et n°8.

¹⁵⁴⁶ LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, §1.

¹⁵⁴⁷ *Contra*, plaidant pour un brouillage de la frontière entre le droit contractuel commun et le droit contractuel spécial de la consommation : ROCHFELD Judith. « Droit commun et droit « spécial du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? ». *Op. cit.*

¹⁵⁴⁸ Civ.1 1^{er} mars 2005, pourvoi n°02-16802. Dans le même sens, Civ.1 19 décembre 1995, Bull. n°466, RTD Civ. 1996, p.611, obs. MESTRE Jacques.

¹⁵⁴⁹ LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, résumé.

La directive d'interprétation en faveur du consommateur couronnée, elle est, par essence, exclusive de toute autre. En effet, possédant une portée relative, concurrencée à l'intérieure d'une liste de directives d'interprétation, elle est une solution en vue de la recherche d'un sens au contrat. Au service de la directive de l'article 1156 du Code civil, son résultat est attribué à la commune intention des parties. Mais, seule reine, la directive d'interprétation selon la commune intention des parties n'est plus une préoccupation pour le juge, même à titre de conseil¹⁵⁵⁰. La reconnaissance de l'ambiguïté d'un contrat doit conduire, dans les faits, à faire triompher le sens que lui confère le consommateur, sans souci de ce que les parties ont pu vouloir lors de la formation du contrat¹⁵⁵¹. Ainsi, cette directive prive le juge de tout contrôle de proportionnalité consistant à peser les intérêts respectifs de chaque partie.

463. Cette logique de sanction fait se demander à la doctrine « *si le contrat de consommation est encore un contrat puisque, vraisemblablement, l'intention des parties n'emporte plus* »¹⁵⁵². Là encore, la critique est extrême et il a pu être précédemment constaté, avec l'assentiment d'une partie de la doctrine, que le droit objectif, par l'entremise du juge, pouvait s'imposer face à la commune intention des parties. En réalité, la portée reconnue à cette directive aboutit à déposséder les parties, mais également le juge, du sens conféré à l'acte juridique privé. Ainsi, le contrat de consommation s'apparenterait à une règle de droit qui, obscure, se verrait conférer de manière mécanique un sens que ni les parties ni le juge ne pourraient apprécier.

Par conséquent, la solution retenue par les juges est susceptible de contrevir par deux fois à la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, concernant l'application du contrôle de proportionnalité privatisée, cette solution prive le juge de tout contrôle sur le sens qu'il

¹⁵⁵⁰ V. Les arguments pour et contre présentés par LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, §14, spéc. n°43.

¹⁵⁵¹ La Cour de cassation a eu l'occasion de rejeter un pourvoi fondé sur l'article L133-2 du Code de la consommation au motif qu'il n'apparaissait pas « *que le calcul du taux d'invalidité tel qu'il [était] présentait puisse apparaître comme ambigu et nécessitant une interprétation même pour un non-juriste, au point que [l'assuré] ait pu se méprendre sur la proposition d'assurance qui lui était faite* », Civ.2 21 octobre 2004, pourvoi n°03-16328. V. également Civ.2 30 juin 2005, pourvoi n°03-21071. Ainsi la Cour de cassation a nuancé cette affirmation, mais à la marge, en se replaçant au moment de la formation du contrat et sans que des éléments probants viennent donner corps à cette affirmation. En réalité, la Cour instaure un contrôle du caractère raisonnable du sens conféré par le consommateur, en se fondant sur un consommateur moyen et sans souci d'un critère temporel. Sur le caractère souple de cette appréciation, voir LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, §11.

¹⁵⁵² LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, §2.

confère à la clause et, sans peser les intérêts respectifs des parties, encoure le risque de parvenir à une interprétation mécanique, exclusive de tout équilibre contractuel.

En outre, concernant l'application du contrôle de proportionnalité avec l'Etat, d'après l'arrêt *Hutten-Czapska*, il convient de ménager un juste équilibre entre l'intérêt général de la collectivité et les intérêts d'un groupe social particulier¹⁵⁵³. Or, l'impossibilité générale de pouvoir pratiquer un contrôle de proportionnalité privatisée, après l'application d'une directive s'analysant comme une sanction sans limite prédéfinie, emporte une charge trop lourde pour les professionnels. Si la directive d'interprétation en faveur du professionnel est légitime dans la mesure où elle a pour finalité de protéger la partie présumée la plus faible, la portée impérative qui lui est reconnue est contraire à la réglementation applicable qui a pour objet de protéger un équilibre contractuel.

En effet, il résulte de la portée impérative de la directive d'interprétation que, dès lors que le juge considère la clause ambiguë, le professionnel n'a plus la possibilité d'échapper à la directive d'interprétation en faveur du consommateur. Il convient d'ajouter que cette directive, inscrite dans une réglementation ayant pour objet de restaurer un équilibre contractuel, ne subordonne pas son application au constat que le sens le plus favorable au consommateur n'a pas pour effet de ruiner tout équilibre¹⁵⁵⁴. En outre, la réglementation ne prévoit pas, comme cela est le cas s'agissant de l'appréciation du caractère abusif de la clause litigieuse, qu'il soit tenu compte de la nature des biens et services faisant l'objet du contrat, ainsi que des circonstances de sa conclusion. Comme a pu le constater la Cour EDH dans l'affaire *Hutten-Czapska*, certaines parties présumées en situation de force peuvent s'avérer en réalité, une partie plus faible qu'il n'y paraît. En outre, en matière de rédaction des contrats de consommation, le professionnel s'approprie parfois sans en

¹⁵⁵³ CEDH GC 19 juin 2006, arrêt *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, spéc. §225. V. également CEDH 12 juin 2012, arrêt *Lindheim e.a. c/ Norvège*, req. n°2139/10. MARCHADIER Fabien. « La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation ». *D.* 2012, n°30, p.2007-2011. ROCHFELD Judith. « CEDH et sources du droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens en matière contractuelle et jugement d'équilibre des contrats dans la durée ». *RDC* 2013, n°1, p.31-36.

¹⁵⁵⁴ La Cour de cassation l'a illustré récemment en cassant la décision d'appel, au visa de l'article 133-2 du Code de la consommation et selon un attendu de principe clair. La Cour indique « qu'en interprétant ainsi la clause litigieuse ambiguë alors qu'une autre interprétation plus favorable à l'assurée était soutenue et avait été retenue par les premiers juges, la cour d'appel a violé le texte susvisé » : Civ.2 1^{er} juin 2011, pourvois n°09-72552 et 10-10843, Bull. n°126.

mesurer les conséquences des modèles, parfois rédigés avec l'intervention d'autorités étatiques.

Dans ces conditions, retenir en toutes circonstances le sens le plus favorable au consommateur apparaît, au regard de la conception de la Cour EDH, une solution qui doit être mieux encadrée ou qui, à défaut, pourrait faire l'objet d'une application de la jurisprudence *Hutten-Czapska*.



Section 2 - L'interprétation en droit de la consommation et le contrôle de proportionnalité privatisée

464. L'opération d'interprétation consiste en une responsabilité pour l'Etat par la voix de ses juges dans la mesure où ceux-ci confèrent, dans l'hypothèse d'une ambiguïté de l'acte juridique, un sens à ce dernier. Au regard du rôle du juge de garder sauf le respect de certains textes, l'opération d'interprétation s'analyse comme une obligation.

465. S'agissant de l'appréciation de la qualité des parties à l'acte juridique, les juges nationaux sont débiteurs d'un contrôle de proportionnalité. Parmi les différentes figures qui peuvent être recensées¹⁵⁵⁵, il faut souligner celle qui est sans doute la plus méconnue et la plus mal utilisée : le contrôle de proportionnalité privatisée¹⁵⁵⁶. Ce contrôle peut être appréhendé comme la rencontre du principe de proportionnalité et de l'effet horizontal¹⁵⁵⁷. Traditionnellement, la Cour EDH utilise le contrôle de proportionnalité pour apprécier le comportement de l'Etat, dans son rôle de gardien de l'intérêt général et des droits fondamentaux, vis-à-vis d'un requérant. Avec le développement de l'effet horizontal, il est justifié, dans certaines circonstances, que l'Etat rende compte de son comportement dans son rôle d'arbitre de parties privées, lesquelles défendent leurs intérêts privés. Concrètement, la décision prise par le juge ne doit pas aboutir au constat d'un déséquilibre trop important – et donc injustifié – entre les situations de chacune des parties. Si tel est le cas, l'Etat engage alors sa responsabilité pour ne pas avoir agi en faveur d'une solution plus équilibrée.

466. La CJUE, dans l'application de la directive relative aux clauses abusives, procède également à un contrôle de proportionnalité par lequel elle effectue « *une mise en balance globale des avantages et des inconvénients liés à la clause pour les deux parties au contrat* »¹⁵⁵⁸.

467. Ce principe de proportionnalité n'est toutefois pas protégé de la même façon par la CJUE et par la Cour EDH. Ces conceptions distinctes emportent des conséquences en

¹⁵⁵⁵ MARGUENAUD Jean-Pierre. Conclusions générales, Colloque sur Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, *op. cit.*

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ JESTAZ Philippe, MARGUENAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe. « Révolution tranquille à la Cour de cassation ». *D.* 2014, n°36, p.2061-2070.

¹⁵⁵⁸ CJUE 14 mars 2013, arrêt Aziz, conclusions de l'avocat général Julianne KOKOTT, *op. cit.* §93.



matière d'interprétation des actes juridiques. Ainsi, le droit de l'Union prévoit une utilisation de l'interprétation qui emporte l'obligation pour l'Etat de sanctionner un sens déséquilibré de l'acte juridique. La Cour EDH semble avoir franchi une étape supplémentaire en poussant cette obligation de l'Etat jusqu'à conférer un sens équilibré à l'acte juridique. Dès lors, l'interprétation constitue une opération au service du contrôle de proportionnalité privatisée (§1). Toutefois, les autres juridictions partagent de plus en plus cette conception et l'utilisation du contrôle de proportionnalité privatisée progresse (§2)

§ 1 - L'interprétation au service du contrôle de proportionnalité privatisée

468. Le projet formé par la Convention EDH est plus vaste que celui des Traités de l'Union. Sur le fondement de ces derniers, le juge est appelé à rechercher d'office et à intervenir pour sanctionner par la nullité les clauses qui déséquilibrent de manière significative les relations contractuelles au détriment du consommateur. Selon la Cour EDH, le juge est appelé à apprécier la qualité de chacune des parties au contrat et à s'assurer qu'il a ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence (A). La doctrine française soutient cette conception mais demeure divisée (B).

A - La conception de la Cour EDH

469. La recherche d'un équilibre constitue la finalité du système de protection de la Convention EDH. Elle se matérialise, dans sa phase contentieuse et plus précisément devant la Cour EDH, par un contrôle de proportionnalité destiné à apprécier le comportement des autorités étatiques dans une affaire donnée. Lorsqu'elle aboutit à la reconnaissance d'un manquement de l'Etat, celui-ci s'opère souvent à l'égard du juge dans son utilisation de l'interprétation.

La Cour EDH est allée plus loin dans la recherche d'un équilibre dans les relations entre les personnes privées. Par l'utilisation de la méthode particulière du contrôle de proportionnalité privatisée, la Cour a requis du juge interne diverses diligences,

insuffisamment expliquées¹⁵⁵⁹. Dans l'arrêt *Van Kück*, la Cour a reproché à l'Etat d'avoir fait porter la charge de la preuve de manière disproportionnée sur la requérante, suggérant dans les circonstances de l'espèce une inversion de la charge de la preuve¹⁵⁶⁰. Dans l'arrêt *Zolotas*, elle a reproché à l'Etat de ne pas avoir prévu une obligation d'information incombant à l'un des co-contractants, en l'occurrence la banque face à l'un de ses clients.

Ces exemples démontrent que le contrôle de proportionnalité que la Cour EDH opère n'a pas pour objectif de conclure au caractère abusif ou non d'une clause contractuelle, mais d'apprécier le rôle de l'Etat dans les relations privées. Celui-ci doit s'abstenir de déséquilibrer une relation contractuelle (obligation négative), comme il doit intervenir afin de rétablir un équilibre dans cette relation (obligation positive). Au-delà des différences procédurales qui distinguent les deux ordres de juridictions, la Cour EDH ne se contente pas de commander à l'Etat qu'il agisse dans une logique de sanction du professionnel qui aura abusé de sa situation.

470. L'opération d'interprétation alliée au contrôle de proportionnalité privatisée permet de contribuer à la mise en œuvre d'un équilibre contractuel. Dans l'arrêt *Fabris* rendu par la Grande chambre, le contrôle de proportionnalité mêle ainsi le contrôle de proportionnalité dans sa forme la plus classique (l'affrontement entre le principe de sécurité juridique d'une part, et le principe de non-discrimination d'autre part) et des éléments qui appartiennent au contrôle de proportionnalité privatisée. Ainsi, la Cour considère « que le but légitime de la protection des droits successoraux du demi-frère et de la demi-sœur du requérant n'était pas d'un poids tel qu'il dût l'emporter sur la prétention du requérant d'obtenir une part de l'héritage de sa mère »¹⁵⁶¹. Elle en conclut que c'est en contradiction avec la Convention EDH que la Cour de cassation a modulé le principe de sécurité juridique en défaveur de l'enfant adultérin. Il est reproché à la Cour d'avoir opéré une interprétation du droit interne de manière non conforme à la Convention EDH.

Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, les mêmes reproches étaient adressés au juge interne s'agissant de l'interprétation d'un testament. Si l'arrêt s'attarde moins sur le contrôle de

¹⁵⁵⁹ Nous évoquerons principalement les exemples évoqués dans la chronique : JESTAZ Pierre, MARGUENAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe, « Révolution tranquille à la Cour de cassation ». *Op. cit.*

¹⁵⁶⁰ CEDH 12 juin 2009, *Van Kück contre Allemagne*, pourvoi n°35968/97, §82 ; *RTD civ.* 2004, 361, obs. MARGUENAUD Jean-Pierre.

¹⁵⁶¹ CEDH GC 7 février 2013, arrêt *Fabris c/ France*. *Op. cit.*, §70.

proportionnalité, il est possible d'en déduire que, quel que soit le type de contrôle de proportionnalité utilisé, et dès lors que le juge s'adonne à l'interprétation d'un acte juridique, le sens ainsi conféré doit être le plus conforme au droit interne et à la Convention EDH¹⁵⁶².

Dans l'arrêt *Velcea et Mazare*, le contrôle de proportionnalité privatisée, malgré ses approximations, commande une interprétation dérogatoire de la loi afin d'aboutir à une situation équilibrée.

Dans l'arrêt *Zolotas*, ce contrôle permet d'imposer une obligation nouvelle à la charge du professionnel. A l'inverse, si le contrôle de proportionnalité avait abouti à commander le retrait d'une clause, source de déséquilibre significatif, la Cour EDH aurait imposé un tel retrait, certainement par l'utilisation de la directive d'interprétation conforme.

471. Par conséquent, les mécanismes de l'interprétation empruntent diverses formes, au service d'un équilibre contractuel. Toutes ces directives se rapportent à la directive d'interprétation conforme, globalement entendue et selon laquelle toute interprétation judiciaire doit aboutir à conférer à l'acte interprété un sens conforme à la Convention EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. En ce sens, la directive d'interprétation en faveur du consommateur, malgré la portée impérative qui lui a été reconnue, n'en demeure pas moins une directive d'interprétation qui demeure soumise, en cette qualité, au contrôle du sens qu'elle a contribué à forger. En effet, le juge doit apprécier si le sens qu'il a conféré à la stipulation contractuelle est conforme aux règles de droit définies par les Traités de l'Union et la Convention EDH.

B - Les conceptions de la doctrine française

472. La doctrine française demeure divisée, justifiant d'une part la solution de la portée impérative de la directive d'interprétation en faveur du consommateur, promouvant d'autre part une conception plus large dans laquelle cette directive sert un projet plus vaste. Cette problématique pose en réalité la question de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité privatisée, en passant par la combinaison des opérations d'interprétation et de qualification du caractère abusif d'une clause.

¹⁵⁶² CEDH 13 juillet 2004, arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*. *Op. cit.*, §62.



Une partie de la doctrine considère qu'il est possible de tracer une frontière claire entre les opérations d'interprétation et de qualification¹⁵⁶³. S'agissant de l'opération d'interprétation, il ne s'agit pas tant de déterminer le sens de la clause que de « *déterminer la portée de la stipulation contractuelle, autrement dit vérifier si elle confère un avantage significatif au professionnel* »¹⁵⁶⁴. Or, s'appuyant sur l'alinéa 3 de l'article L132-1 du Code de la consommation, « *le juge peut donc, dans le cadre de l'interprétation de la clause, s'appuyer sur la liste indicative et non exhaustive de clauses pouvant être déclarées abusives* »¹⁵⁶⁵. Dans cette hypothèse, il considère que « *l'abus n'est pas immédiatement décelable et il importe d'interpréter la clause pour déterminer si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »¹⁵⁶⁶. Il s'agit donc, non pas de rendre claire une stipulation comme dans le système herméneutique du droit commun, mais de décider si elle est abusive. En d'autres termes : « *la logique veut donc que pour qualifier la clause abusive, le juge l'interprète* » et, ce faisant, « *il doit déterminer la portée de la stipulation* »¹⁵⁶⁷. Par conséquent, l'opération d'interprétation doit être rapprochée de la sanction attachée aux clauses abusives avec laquelle elle servirait un même projet, celui de sanction au service d'un rééquilibrage du contrat. Cette hypothèse serait conforme aux juridictions européennes, appelée de ses vœux par la directive européenne relative aux clauses abusives dans sa conception maximaliste, et par la Cour européenne dans la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité privatisée.

473. En réalité, cette problématique constitue pour la doctrine en général le terrain de la dispute au sujet de la substance même du droit de la consommation. La prise en compte de l'inégalité des parties dans le contrat, dans certaines hypothèses, constitue une rupture attendue. Elle constitue une rupture avec la vision du Code civil d'un contractant doué de raison et poursuivant ses propres intérêts, sous les augures de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Le Code civil obéit aux principes de la justice commutative, chaque contractant étant regardé par le droit de la même façon. Le développement de la

¹⁵⁶³ CESARO Jean-François. *Op. cit.*, §281.

¹⁵⁶⁴ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha. « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », CCC juin 2008, Etudes p.10.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, §23. Il ne peut toutefois s'agir d'une directive d'interprétation conforme puisque l'objectif n'est pas de conférer à la clause un sens conforme à une clause prévue par le pouvoir réglementaire.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

société post-moderne a mis en relief l'imperfection de cette vision des parties, dans le contrat de travail par exemple, ainsi que dans les contrats d'adhésion. La protection de la partie faible dans le contrat de consommation apparaît comme une solution légitime¹⁵⁶⁸. Encore la fin ne justifie-t-elle pas toujours les moyens. Ainsi Cyril NOBLOT, dans sa thèse relative à « *la qualité du contractant comme critère légal de protection* », met en exergue de quelle façon intervient la protection du consommateur à l'occasion du contrôle des clauses abusives¹⁵⁶⁹. Pourtant, la prise en considération de la qualité des contractants n'emporte pas nécessairement l'application de la directive en faveur du consommateur. Elle passe d'abord par l'appréciation concrète de « *l'intérêt de chaque partie, considéré en lui-même* », l'*instrumentum*, dans ses clauses non négociées du moins, étant présumé faire prévaloir l'intérêt du professionnel¹⁵⁷⁰. C'est ainsi reconnaître que la directive d'interprétation favorable au consommateur constitue une conséquence possible du contrôle de proportionnalité privatisée, non un résultat rendu nécessaire par l'ambiguïté de l'acte juridique privé et dicté par le souci exclusif de protéger le consommateur.

A cette conception répond une partie de la doctrine qui considère que la prise en compte de la qualité des parties ne permet pas d'expliquer ou de fonder toute solution en la matière. Selon cette partie de la doctrine, au sein de la définition des clauses abusives donnée par l'article L132-1 du Code de la consommation, la qualité des contractants semble, selon les auteurs, ne pas constituer le cœur du contrôle en la matière.

Certains auteurs, à l'instar du doyen CARBONNIER, insistent sur le « *déséquilibre significatif* » désigné par cet article et y voient un renouvellement de la justice commutative¹⁵⁷¹. L'alliance de présomptions irréfragables de clauses abusives, de présomptions simples et de clauses pouvant être déclarées abusives sur la seule autorité du juge démontre combien l'interventionnisme législatif connaît de sérieuses limites, et de

¹⁵⁶⁸ Sur les difficultés d'identification de la partie faible : ROCHFELD Judith. « Droit commun et droit « spécial du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? ». *RDC* 2013, p.489, spéc. §6 ; LE GAC-PECH Sophie. « Bâtir un droit des contractants vulnérables » : *RTD Civ.* 2014, n°3, p.581-595 ; TENENBAUM Aline. « Variations autour de la directive n° 91/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. *RDC* 2015, n°3, p.607.

¹⁵⁶⁹ NOBLOT Cyril. *Op. cit.*, spéc. §378 sq.

¹⁵⁷⁰ REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *Op. cit.*, §15.

¹⁵⁷¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les obligations. Op. cit.*, n°78, p.156 et n°79, p.161-162 ; cité par NOBLOT Cyril. *Op. cit.*, §413.

quelle manière une analyse de la clause au sein de l'environnement normatif particulier des parties s'impose. La voie tracée en faveur du consommateur, c'est chacun d'eux qui doit ensuite faire l'objet de l'attention des autorités, en particulier judiciaires. Par conséquent, malgré les raccourcis intellectuels permis par le législateur, le déséquilibre doit s'apprécier, par principe, au regard de la relation contractuelle particulière qui unit les parties¹⁵⁷².

Le Professeur Denis MAZEAUD partage l'avis du doyen CARBONNIER en affirmant que, « à s'en tenir à la seule protection que le droit de la consommation confère contre les clauses abusives, il ne fait, en effet, guère de doute que sa légitimité repose, non pas sur le label abstrait de consommateur ou de professionnel qui peut être accordé à la victime de l'abus, mais sur la nécessité de restaurer un équilibre contractuel »¹⁵⁷³. Ce point de vue a pour vertu de replacer la législation des clauses abusives dans sa finalité et non pas dans sa phase de production par le pouvoir législatif. En effet, il s'agit de lutter contre les déséquilibres rédhibitoires qui peuvent s'instaurer dans les contrats de consommation. L'interventionnisme judiciaire s'impose, en complémentarité avec l'interventionnisme législatif ou exécutif¹⁵⁷⁴. Leur action est guidée par l'idée selon laquelle les transactions doivent être équilibrées pour être valides aux yeux du droit¹⁵⁷⁵.

474. Ainsi, dans le droit de la consommation, c'est la protection des parties qui est recherchée. Cette protection passe par la recherche d'un équilibre entre les droits et obligations des parties. Elle est explicite dans l'article L132-1 du Code de la consommation

¹⁵⁷² A propos du projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, le Professeur Lequette fait remarquer que l'appréciation objective des stipulations au travers de la notion de « déséquilibre significatif » s'accommode mal avec une appréciation subjective des prestations, en présence d'un contrat qui a fait l'objet d'une négociation entre les parties : LEQUETTE Yves. « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? ». *RDC* 2015, n°3, p.616.

¹⁵⁷³ MAZEAUD Denis. « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*. *RTD Com.* 1998, n°1, p.95-114, spéc. n°15 ; cité par Cyril NOBLOT. *Op. cit.*, §413.

¹⁵⁷⁴ Constatant un tel interventionnisme : « au fond, les tribunaux jugent en équité : ils donnent aux clauses ambiguës le sens qui leur paraît assurer le meilleur équilibre contractuel. Ils tendent ainsi à protéger celui qui adhère à un contrat pré-rédigé » : CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri. *Droit de la consommation*. *Op. cit.*, §159.

¹⁵⁷⁵ *Contra*, à propos des conséquences de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » dans le Code civil par le projet d'ordonnance : Sarah BROS. « Le déséquilibre significatif ». *RDC* 2015, n°3, p.761. Selon l'auteur, non seulement ce concept imprécis inciterait le juge à l'utiliser dans des hypothèses pour lesquelles il n'est pas prévu, mais encore « la pratique pourrait évoluer dans le sens d'un recul de la loyauté dans les relations contractuelles ».

qui définit la clause abusive. Elle est implicite dans l'article L133-2 du même Code qui dispose de l'interprétation en faveur du consommateur. Selon le Professeur CESARO par exemple, « l'application de l'article L133-2 du Code de la consommation doit conduire le juge à définir une signification équilibrée du contrat »¹⁵⁷⁶. Il poursuit en exposant que, par cet article, « c'est un pouvoir modérateur qui est accordé, non un pouvoir d'annihilation »¹⁵⁷⁷. En ce sens, une mise en valeur de cette notion d'« équilibre » dans le contrat devrait s'imposer¹⁵⁷⁸. Or, cette notion est mise en œuvre par le contrôle de proportionnalité privatisée, et est réalisée par l'opération d'interprétation.

Par conséquent, au sein du Code de la consommation, les opérations d'interprétation et de qualification d'une clause abusive répondent de ce même objectif d'équilibre des obligations dans une relation contractuelle. C'est ce qui explique les utilisations qui apparaissent confuses entre ces opérations. En réalité, chacune dispose d'une sanction au service de cet objectif et qui doivent s'analyser comme complémentaires.

§ 2 - La progression du contrôle de proportionnalité privatisée

475. Dans l'affrontement entre une vision parcellisée des sanctions des clauses abusives et de l'interprétation en faveur du consommateur d'une part, et d'une vision les combinant d'autre part, il convient de constater la progression de cette dernière, tant devant la CJUE (A) que devant la Cour de cassation (B).

A - L'évolution de la CJUE

476. Le droit de l'Union repose sur le concept d'« équilibre »¹⁵⁷⁹. Cette recherche d'équilibre découle d'une politique protectrice du consommateur. Cette politique implique que

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ Certains auteurs ont même proposé de mettre en avant l'obligation de transparence pour expliquer l'esprit réunissant les deux dispositions : V. CLARET Hélène. *Op. cit.*, §11. L'auteur se fonde sur PAISANT Gilles. *De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation. In Mélanges en l'honneur du doyen Roger DECOTTIGNIES.* Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2003. p.232.

¹⁵⁷⁹ *Cf. supra*, §323.

divers moyens soient mis en œuvre afin que le consommateur soit protégé, et que la recherche d'équilibre soit satisfaite. L'un des moyens privilégiés est la réglementation en matière de clauses abusives, qui consiste à lutter contre les clauses créant un « *déséquilibre significatif* » au détriment du consommateur. C'est ainsi que l'office du juge est tourné vers la recherche d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur.

La CJUE rappelle régulièrement que « *le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information* »¹⁵⁸⁰. Elle en tire la conclusion que « *eu égard à une telle situation d'infériorité, [la réglementation de l'Union] prévoit que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs* ». Elle précise qu'« *il s'agit d'une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et les obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers* »¹⁵⁸¹.

477. La directive 93/13 relative aux clauses abusives, en indiquant en son article 3 que la clause abusive est celle qui « *crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* »¹⁵⁸², forge dans cette législation une arme à l'usage exclusif du consommateur. Par hypothèse, la réglementation européenne concernant les clauses abusives n'a donc pas pour objet de rechercher un équilibre entre les parties, mais plus précisément d'apporter des garanties quant au risque d'abus, par le professionnel, de sa position face à un consommateur.

Selon l'article 6.1, la clause abusive ne lie pas le consommateur et le contrat reste contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans la clause abusive¹⁵⁸³. Cette sanction démontre que l'objectif recherché est précisément la lutte contre des clauses qui sont source de déséquilibres pour le contrat. Il n'est pas recherché si, une fois le contrat de consommation débarrassé des clauses déclarées abusives, le contrat revêt une signification équilibrée pour les cocontractants.

¹⁵⁸⁰ CJUE, Banco Español de Credito, *op. cit.*, §39 ; CJUE, arrêt Aziz, *op. cit.*, §44 ; CJUE Barclays, *op. cit.*, §32.

¹⁵⁸¹ CJUE arrêt Aziz, *op. cit.*, §45 ; CJUE Barclays, *op. cit.*, §33.

¹⁵⁸² Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. *Op. cit.*, art.3.

¹⁵⁸³ V. récemment CJUE 30 mai 2013, arrêt Asbeek Brusse, C-488/11.

478. La CJUE a eu l'occasion de nuancer cette conception, et a précisé en particulier la notion de « *déséquilibre significatif* » en indiquant, dans son arrêt *Aziz*, que le constat d'un tel déséquilibre résulte de la preuve que le consommateur a été placé, du fait de la clause litigieuse, « *dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur* »¹⁵⁸⁴. Concrètement, ce constat résulte d'une « *mise en balance globale des avantages et des inconvénients liés à la clause pour les deux parties au contrat* »¹⁵⁸⁵.

Si le juge conclut son contrôle de proportionnalité par le constat d'un déséquilibre significatif, la seule solution prévue par la directive est de déclarer la clause abusive et de considérer que celle-ci ne lie pas le consommateur. La CJUE a eu l'occasion de rappeler que cette sanction était exclusive de toute autre¹⁵⁸⁶. Pourtant, par exception, elle a nuancé cette position et a permis de substituer à la clause abusive le contenu d'une disposition nationale supplétive, en s'appuyant sur les objectifs de la directive et notamment la protection effective des consommateurs¹⁵⁸⁷. Peu à peu, la jurisprudence de la CJUE se rapproche par conséquent de celle de la Cour EDH, en prenant pour boussole le contrôle de proportionnalité privatisée et en recherchant les moyens les plus adéquates pour remédier aux situations contractuelles atteintes par un déséquilibre significatif.

B - L'évolution de la Cour de cassation

479. L'alinéa 6 de l'article L132-1 du Code de la consommation prévoit que les clauses abusives doivent être réputées non écrites. Il s'agit donc d'éliminer ces clauses et, lorsque cela demeure possible, de laisser sain et sauf le contrat¹⁵⁸⁸. Le caractère pratique de cette opération chirurgicale ne cache pas ses limites puisqu'en aucun cas il est permis au juge

¹⁵⁸⁴ CJUE 14 mars 2013, arrêt *Aziz*, *op. cit.*, dispositif.

¹⁵⁸⁵ CJUE arrêt *Aziz*, conclusions de l'avocat général Julianne Kokott, *op. cit.*, §93

¹⁵⁸⁶ CJUE 30 mai 2013, arrêt *Asbeek Brusse*, C-488/11.

¹⁵⁸⁷ CJUE 30 avril 2014, arrêt *Árpád Kásler*, *op. cit.*, §78 à 85.

¹⁵⁸⁸ Comp. Dans les litiges entre des contractants professionnels, dans lesquels l'interventionnisme des juges est moindre : Comp. Civ.3 16 décembre 2014, pourvoi n° 13-22731, 13-24427 et 13-24843 ; ASSELAIN Maud. « Nullité des exclusions nécessitant une interprétation : il est parfois trop tard pour s'en prévaloir ! ». *RGDA* 2015, n°2, p.112-113.



d'ajouter au contrat. En effet, cette sanction est exclusive de toutes autres, comme a pu le rappeler la Cour de cassation, en censurant les juges du fond d'avoir sanctionné le prêteur par la déchéance de son droit aux intérêts¹⁵⁸⁹. Il est aisé de critiquer cette sanction, notamment quant aux prévisions que les professionnels sont susceptibles de mettre à profit, s'exposant à la seule annulation de la clause.

D'un autre côté, le risque d'un glissement de la clause ambiguë à celle abusive a tôt été perçu par la doctrine, aux travers des solutions jurisprudentielles¹⁵⁹⁰. Ce rapprochement est craint parce que le consommateur n'a pas intérêt à voir s'abattre sur le contrat la sanction prévue pour les clauses abusives, dans la mesure où la mise en cause de la clause définissant la garantie emporte, le plus souvent, la garantie elle-même¹⁵⁹¹. Une stricte distinction entre l'opération d'interprétation et la sanction attachée aux clauses abusives devrait être respectée. Par exception, la CJUE a modulé cette solution¹⁵⁹².

480. Paradoxalement, c'est en raison de cet arsenal¹⁵⁹³ que ce rapprochement est recherché. La sévérité de la sanction de l'alinéa 6 de l'article L132-1 du Code de la consommation est atténuée par la plus grande souplesse procurée par l'alinéa 2 de l'article L.133-2 du même Code. Ici encore, la doctrine a alerté sur le risque d'exploitation de cette dernière règle pour dévoyer la précédente. Ainsi, elle préconise de pas utiliser la directive d'interprétation en faveur du consommateur afin d'aboutir à la reconnaissance d'une clause abusive¹⁵⁹⁴. Par exception toutefois, il apparaît nécessaire de combiner les deux opérations.

En effet, la combinaison des deux alinéas est susceptible de produire un système de protection du consommateur plus harmonieux. Selon une partie de la doctrine, au travers des articles L132-1 alinéa 5 et L133-2 alinéa 2 du Code de la consommation, le juge dispose

¹⁵⁸⁹ Civ.1 23 novembre 2004, Bull. n°287 ; D. 2005, 443, note TRICOIT Jean-Philippe ; D. 2004, AJ 3217 ; RDC 2005, 732, obs. FENOUILLET Dominique ; également LAGARDE Xavier. D. 2005, Chr. 2222.

¹⁵⁹⁰ V. en effet MALEVILLE Marie-Hélène. *Op. cit.*, n°194.

¹⁵⁹¹ CLARET Hélène. *Op. cit.*, §12 sq.

¹⁵⁹² V. *supra*, §478.

¹⁵⁹³ LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, §6.

¹⁵⁹⁴ « Dans le doute, le juge ne peut, sur le fondement de l'article L133-2 du Code de la consommation, déséquilibrer volontairement les obligations pour ensuite, sur le fondement de l'article L132-1 du Code de la consommation, les déclarer non écrites », CESARO Jean-François. *Op. cit.*, §281.

ainsi de « *deux instruments de rééquilibrage du contrat* »¹⁵⁹⁵. Pourtant, ces sanctions sont partagées entre la législation des clauses abusives et les règles d'interprétation des contrats de consommation. Par conséquent, consacrer cette obligation à la charge du professionnel en amont dans le Code permettrait plus facilement au juge de choisir l'arme la plus pertinente¹⁵⁹⁶.

En effet, ces deux sanctions participent de la recherche d'un équilibre contractuel et semblent plus respectueuses de la partie possédant la qualité de professionnel au contrat. Cette dernière n'en dispose pas moins d'obligations précises : d'abord une obligation de rédaction claire des clauses, ensuite une obligation de négociation individuelle, sanctionnées, en cas d'ambiguïté d'une clause, par la directive d'interprétation favorable au consommateur. La solution préconisée par cette directive doit cependant faire l'objet d'un examen par le juge – d'un contrôle de proportionnalité – afin d'en altérer la portée, en minorant sa gravité pour le professionnel, ou en l'aggravant jusqu'à réputée la clause non écrite, sur le fondement de la législation relative aux clauses abusives.

481. C'est le droit interne qui a tiré les conséquences logiques de la réglementation de l'Union s'agissant de la combinaison de la sanction des clauses abusives et de l'interprétation des clauses ambiguës des contrats de consommation. Par un arrêt du 2 juillet 2014, la Cour de cassation a procédé à l'application de la direction d'interprétation en faveur du consommateur d'abord, à la reconnaissance et à la sanction d'une clause abusive ensuite¹⁵⁹⁷. Elle a conforté une Cour d'appel qui, « *procédant ainsi qu'elle le devait, à l'interprétation de la clause dans le sens le plus favorable à l'intéressé, en a déduit le caractère abusif de celle-ci* »¹⁵⁹⁸. Ce raisonnement, qui autorise l'action du juge à conférer à une clause contractuelle le sens le plus favorable au consommateur, puis en déduit un sens trop défavorable à ce dernier, appelle quelques commentaires.

En l'espèce, une commande de meubles passée entre un professionnel et un consommateur comprenait une clause de frais de garde-meubles dans l'hypothèse où l'acheteur n'accepterait pas la livraison des biens dans un délai d'un mois. Cette clause

¹⁵⁹⁵ CLARET Hélène. *Op. cit.*, §11.

¹⁵⁹⁶ V. des exemples dans lesquels le juge a sanctionné un manquement à l'obligation de clarté rédactionnelle par la sanction de la nullité : LAMOUREUX Marie. *Op. cit.*, §6, spéc. n°15.

¹⁵⁹⁷ Civ.1 2 juillet 2014, pourvoi n°13-18708.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

prévoyait notamment des « *frais de 1,5% par mois, soit 18% par an, entièrement à la charge du client* ». Pour autant, le contrat n'avait pas prévu l'assiette de ces frais, de sorte que le client avait fait valoir avec succès, devant la Cour d'appel de Nîmes, d'abord le caractère ambigu de la clause, ensuite son caractère abusif. Le pourvoi relevait notamment que l'assiette de calcul des frais ne pouvait être que le montant de la commande mais la Cour de cassation comme la Cour d'appel, ont considéré que la clause « *ne permettait (...) pas à M. X. de mesurer les conséquences financières d'un refus de sa part de prendre livraison du mobilier commandé* »¹⁵⁹⁹. Cette réponse du juge repose sur une obligation d'information du vendeur professionnel, ou sur l'obligation de rédaction claire qui incombe à celui qui propose la lettre du contrat.

Les juges auraient pu, en matière de contrat de consommation, se contenter de constater l'ambiguïté du contrat pour utiliser la directive d'interprétation de l'article L132-1 du code de la consommation. S'ils ont fait œuvre de pédagogie, c'est davantage pour fonder l'utilisation de la sanction de la nullité de la clause au détriment du professionnel, alors même qu'ils venaient d'en altérer le sens. Ils répondent ainsi à l'argument au soutien du pourvoi et selon lequel « *le doute sur le sens d'une clause n'est pas en soi de nature à lui conférer un caractère abusif* »¹⁶⁰⁰.

Il convient donc de déduire de cette décision que l'opération d'interprétation, dans le contrat de consommation, s'inscrit dans un projet politique de protection du consommateur, et donc en lien avec la logique de la réglementation des clauses abusives. Cette protection consiste à autoriser le juge à agir au bénéfice du consommateur en éliminant les clauses qu'il considère comme portant atteinte de manière significative à l'équilibre contractuel. Ainsi, lorsqu'il leur apparaît que cet objectif ne peut être atteint par la seule utilisation de l'interprétation favorable au consommateur, les juges doivent poursuivre leur action et prononcer, le cas échéant, la nullité de clause¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ *Comp. « Une chose paraît claire : il n'existe pas de hiérarchie entre les dispositions de l'article L. 132-1 et celles de l'article L. 133-2 [du Code de la consommation]. Les deux textes ont la même valeur juridique ; l'un ne peut l'emporter sur l'autre. Il semble donc raisonnable de considérer que l'un et l'autre ont vocation à s'appliquer dans des circonstances différentes. La combinaison de ces textes pourrait alors être la suivante : l'article L. 133-2, donc l'interprétation en faveur du consommateur, trouverait à s'appliquer lorsque l'ambiguïté de la clause fait hésiter entre une interprétation défavorable au consommateur et une autre qui lui serait*



482. Cette combinaison démontre combien les deux opérations sont interdépendantes et que la directive d'interprétation en faveur du consommateur, malgré ses conséquences redoutables, n'est pas une sanction mécanique dans l'esprit du juge. Il s'agit d'une solution commandée par le caractère ambiguë de la clause. Mais c'est une solution qui peut n'être qu'intermédiaire si le sens conféré par voie d'interprétation laisse perdurer un déséquilibre significatif.

483. Cette solution, qui consiste pour le juge à constater les conséquences du sens qu'il confère à une clause, apparaît conforme à la conception européenne de l'interprétation. Cette décision de la Cour de cassation s'inscrit dans le projet politique de l'Union d'un haut niveau de protection au bénéfice du consommateur. Il se traduit par l'utilisation systématique par le juge, en présence d'un contrat non négocié, du contrôle de proportionnalité privatisée, afin de peser les intérêts en présence et de mesurer les effets de sa décision. L'opération d'interprétation qui, selon la conception européenne, est davantage attachée à l'office du juge qu'aux errements des contractants, doit permettre au juge de mobiliser tous les moyens disponibles en droit interne pour parvenir à une solution équilibrée pour les parties à l'acte juridique privé.

profitable (...); en revanche, lorsque la stipulation litigieuse n'autorise aucune interprétation favorable au consommateur, et seulement dans ce cas (...), il serait envisageable de considérer qu'elle est abusive au sens de l'article L. 132-1 car de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur » : PAISANT Gilles. « La reconnaissance du caractère abusif de clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé aux consommateurs ». *JCP G* 2013, n°19-20, p.927-930.



Conclusion du Chapitre 3

484. Au tournant du XX^{ème} siècle, le Code civil a été critiqué en raison d'une mauvaise prise en considération de la qualité de parties d'inégales forces et liées par un contrat conçu pour des cocontractants placés sur un pied d'égalité. Le développement de ce siècle a démontré la multiplication de ces situations. Ainsi, la prise en considération de la qualité des parties à l'acte juridique constitue un progrès. La politique menée tant au niveau français qu'au niveau du droit de l'Union en matière de protection des consommateurs constitue un exemple de l'élaboration de règles prenant en compte l'inégalité du rapport de force. Les règles relatives à l'interprétation des actes juridiques privés peuvent participer à un tel mouvement.

Toutefois, il convient de se garder de règles d'interprétation aboutissant à une sanction systématique de l'une des parties au contrat. Pareille situation semble devoir tomber sous le coup du Principe européen contre l'interprétation et l'application mécanique des règles de droit. Ainsi, faire reposer systématiquement le risque de l'interprétation sur le professionnel dans un contrat de consommation apparaît contraire au droit tel que défendu par la Cour EDH. Une application de la directive d'interprétation contre le professionnel, au regard de sa portée impérative, pourrait constituer un obstacle insurmontable pour le juge dans sa mise en œuvre d'une invocabilité d'exclusion exceptionnelle.

485. Au contraire, sans trahir la politique favorable au consommateur menée par les législateurs, c'est au respect d'un principe de réversibilité des droits et de recherche d'un équilibre concret que le juge est appelé. Il s'agit d'opérer, en la matière comme de manière générale, un contrôle de compatibilité du sens conféré à la clause par voie d'interprétation au regard des droits fondamentaux des parties au contrat. Il s'agit de mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité privatisée.

L'introduction de ces mécanismes en droit français de la consommation impose une meilleure articulation entre les opérations d'interprétation et de qualification des clauses abusives. Il convient de rappeler que l'opération d'interprétation, telle que la conçoit la Cour EDH, ne requiert pas toujours le critère de l'ambiguïté de l'acte juridique privé. Or, la promotion du principe d'équilibre des relations contractuelles et de l'intervention du juge lorsqu'une atteinte significative a été portée à ce principe du fait du professionnel, permettrait

d'inscrire l'opération d'interprétation dans un nouveau contexte, plus conforme à la jurisprudence de la Cour EDH. En l'absence de négociation d'une clause, l'ambiguïté de celle-ci, comme un contenu clair mais déséquilibré, justifierait ainsi un rééquilibrage par le juge, la clause pouvant être annulée ou interprétée dans un sens plus favorable au consommateur. La Cour de cassation s'est engagée dans cette voie mais le recours au législateur semble inévitable.



Conclusion du Titre 2

486. Sur des points non négligeables, le droit français est pris en défaut par rapport aux attentes du juge européen, et singulièrement du juge de Strasbourg. Ainsi le contrat demeure la chose des parties et, si une partie soulève un moyen d'interprétation, le juge doit s'en tenir aux éléments des parties, cette question étant considérée comme relevant du fait. Par conséquent, lorsque la Cour EDH exerce un contrôle de compatibilité et que la CJUE y réfléchit, la Cour de cassation se contente de vérifier que le contrat était ambigu afin de supporter l'intervention d'un juge. Pareille solution, dont la Cour de cassation comme la doctrine ont toujours eu conscience des défauts, ne peut plus subsister.

En outre, ce que les parties ont fait, seules les parties peuvent le défaire. Là également, les défauts de cette solution en présence d'événements modifiant de manière significative les prévisions contractuelles sont bien connus mais les risques encourus par sa remise en cause l'ont emporté sur les gains attendus. Or, le juge de Strasbourg considère que, comme les parties ne peuvent conclure sans la prise en compte des éléments de fait et de droit, leur acte formé demeure perméable, dans certaines conditions, à la modification de ces éléments. Le projet d'ordonnance suscite en la matière des espoirs de réforme qui ne semblent pas en mesure d'être totalement comblés.

Enfin le droit français s'est engagé, avec le relai du droit de l'Union, dans une politique de protection des consommateurs, légitime et fondée, qui ne doit cependant pas constituer une application mécanique de sanctions automatiques, et notamment celle de l'interprétation contre le professionnel. Sur ce point, il incombe de reconnaître que le juge est encore le mieux placé pour apprécier la présence d'un déséquilibre significatif et en tirer les conséquences afin de rétablir un équilibre, en particulier par voie d'interprétation. Il s'agit de mieux placer l'opération d'interprétation au sein de la réglementation des clauses abusives, en suivant un mouvement entamé par la Cour de cassation et qui est appelé à être poursuivi – mais pas dans le cadre du projet d'ordonnance – par le législateur.

Conclusion de la Partie II

487. La Cour de cassation est à l'origine du contrôle de l'interprétation limité à la dénaturation. Après hésitation, elle a cédé à deux éléments forts et concordants. Le premier est la consécration dans le Code civil du principe du consensualisme et d'une de ses conséquences : l'autonomie de la volonté. Le second est la méfiance à l'égard du juge. Ainsi, la faiblesse de la figure du juge confrontée au pouvoir reconnu aux parties a amené la Cour à constater la toute-puissance de ces dernières.

Il n'en reste pas moins que l'opération d'interprétation constitue pour le juge ce que le saxophone est au saxophoniste. Même sans instrument, la Cour de cassation a pu fredonner et interpréter le contrat en y découvrant des obligations liant les parties. La Cour de cassation, et les juges du fond sous son regard, s'avèrent cependant très respectueux de la volonté des parties, comme les juges européens l'y engagent.

Toutefois, il est difficile de distinguer ce qui, dans le sens conféré à une clause par le juge, ce qui est issu de la commune intention des parties de ce qui relève du pouvoir judiciaire d'interprétation. Or, la Cour EDH s'est montrée énigmatique mais ferme en indiquant qu'on ne peut présumer une intention des parties là où le juge a interprété. Or, un tel contrôle va au-delà de la seule dénaturation, pour souligner un véritable pouvoir de rééquilibrage du contrat, de forçage selon une partie de la doctrine. Que les obligations imposées aux parties soient l'œuvre du législateur ou du juge – au travers de l'interprétation-création – elles doivent être affirmées comme telles, et non sous le masque de la volonté des parties. S'agissant de ce que l'on a parfois appelé les « obligations implicites », si la Cour de cassation a pu saisir certaines occasions, le fondement comme la légitimité demeure obscure aux yeux de la doctrine. En outre, c'est le droit de l'Union qui, au travers de la proposition de règlement de droit européen de la vente, subi l'influence du droit français. Par conséquent, si le juge français produit des solutions conformes sur certains points au droit européen, celles-ci demeurent fragiles en l'absence de reconnaissance des prérogatives du juge en matière d'interprétation.

488. Sur d'autres points, les solutions du droit français en matière d'interprétation des actes juridiques privés apparaissent en contradiction totale avec le droit européen, en particulier le droit contrôlé par le juge de Strasbourg. Il convient de rappeler que le juge de



Luxembourg possède un champ plus étroit, n'a pas encore franchi le seuil du contrôle de l'interprétation conforme des actes juridiques privé, et soutient l'interprétation dans le sens le plus favorable au professionnel, sans lien satisfaisant avec le critère du « déséquilibre significatif » défini dans la même directive.

Sur ces points, c'est davantage de l'influence du juge de Strasbourg qu'il convient de débattre. La Cour de cassation semble avoir pris conscience de la critique européenne à l'égard de ses solutions. Concernant l'imprévision, ses décisions s'analysent comme un gage de bonne volonté, en attendant une consécration législative. Concernant l'interprétation du contrat de consommation, elle a entamé une articulation entre les sanctions de nullité et d'interprétation défavorable, selon une vision unifiée de la réglementation des clauses abusives. Toutefois, en conférant une portée impérative à la directive d'interprétation contre le professionnel, la Cour de cassation a restreint ses prérogatives et développe une jurisprudence contraire en plusieurs points à la jurisprudence de la Cour EDH. Elle poursuit en réalité sa logique suivant laquelle elle ne dispose que d'un contrôle de dénaturation des actes juridiques privés. Ainsi, le point de droit sur lequel la Cour de cassation s'avère en complet décalage avec le juge de Strasbourg concerne l'étendue du contrôle de l'interprétation. Alors que ce dernier s'est octroyé un pouvoir de contrôle sur l'interprétation effectuée par les juges nationaux, et alors que ces derniers sont les juges du droit commun de la Convention EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH, il leur revient de conférer un sens à l'acte juridique privé conforme aux droits fondamentaux, et la Cour de cassation doit opérer un contrôle plus conséquent. En n'y satisfaisant pas, elle encourt le risque de ne pouvoir redresser un sens non conforme à la Convention EDH, et même de ne pouvoir constituer, au sens de la jurisprudence de la Cour EDH, un recours utile en matière d'interprétation.

Conclusion

489. L'interprétation est l'œuvre des juges. Si tout juge dispose d'une mission, inscrite dans des textes, il en est l'interprète authentique. Ainsi, l'interprétation est l'instrument du juge, au service de cette mission. En l'absence de chef d'orchestre, c'est l'ensemble de la communauté des juges qui possède la responsabilité d'accorder leurs instruments afin de permettre une articulation harmonieuse des partitions de chacun, au service des justiciables, en particulier des parties à un acte juridique privé.

Au niveau international, bien que la Convention de Vienne ait défini un certain nombre de principes dont se prévalent les juges européens, ce sont bien ces derniers qui ont défini des Principes européens d'interprétation. Ce concept de « Principes européens d'interprétation » n'était pas acquis d'avance, tant les différences entre les deux cours européennes sont nombreuses. Il ne doit d'ailleurs pas être perçu comme un bloc mais comme plutôt comme un ensemble de règles dégagées de manière pragmatique au regard des besoins des juges européens afin de protéger l'application des textes dont chacun est le gardien. Dans cette œuvre à la théorisation complexe, le juge de Strasbourg apparaît comme celui ayant poussé le plus loin son contrôle, la CJUE affrontant les réticences des juges constitutionnels européens et se débattant dans les différences de portée de ses propres règles.

490. La Cour EDH a franchi le seuil du contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés, en imposant que l'interprétation conférée par les juges internes soit conforme à la Convention EDH, celle-ci ayant vocation à s'application aux contrats en cours au fur et à mesure qu'il en définit le contenu par voie d'interprétation évolutive. Elle considère de manière générale que le juge peut être tant la source du sens de l'acte juridique privé non conforme à la Convention EDH, que le garant qui a failli à sa mission. Ainsi, selon une conception *réaliste* de l'interprétation, le juge engage la responsabilité de son Etat, quelle que soit la qualité de la stipulation interprétée. En outre, la Cour considère que le juge doit veiller au résultat du sens qu'il confère à cette stipulation, et doit le cas échéant redresser ce sens, même au prix d'une exclusion exceptionnelle de la loi applicable au contrat ou encore en créant une obligation et en l'imposant à l'une des parties à l'acte juridique privé. S'il est plus indulgent avec le juge national concernant l'invocabilité d'exclusion renforcée, le juge de Strasbourg incite toutefois celui-ci à s'interroger sur le bien-fondé de la loi lorsqu'il apparaît

que celle-ci raisonne par catégorie d'individus, de sorte que les solutions qui en sont issues apparaissent contraires aux droits fondamentaux.

491. Ces Principes d'interprétation placent toutefois le principe de l'interprétation selon la commune intention des parties comme la première règle à appliquer. Toutefois, l'actuelle règle de l'article 1156 du Code civil ne comporte plus les mêmes excès. Ainsi, le juge doit indiquer plus clairement, dans le sens conféré à la stipulation litigieuse, quelle part est le résultat de la recherche de la commune intention des parties, et quelle est la part qu'il assume, dans son rôle de gardien de la loi et de juge de droit commun des droits fondamentaux. Ainsi, le Principe d'interprétation conforme s'analyse dorénavant comme le squelette du droit européen. La réforme du système herméneutique en droit des obligations doit par conséquent aboutir à une articulation de l'actuelle règle de l'article 1156 du Code civil et de la directive d'interprétation conforme. Héritier d'un « *guide-âne* » dans la liste comprise aux articles 1156 et suivants de ce Code, le législateur est appelé à un travail de réforme conséquent pour redonner vigueur aux directives d'interprétation. Le projet d'ordonnance laisse entrevoir une marge d'amélioration conséquente. Il semble plus réaliste de percevoir – au-delà de l'hypothèse de l'ambiguïté des actes juridiques – une articulation au travers du principe de liberté contractuelle, et de respect des règles impératives, en particulier des droits et libertés fondamentaux. Cette solution comporte toutefois le risque de conserver un système herméneutique inféodé au principe d'autonomie de la volonté, dont les excès produisent des effets désastreux comme celui de laisser la Cour de cassation démunie face au constat d'une interprétation contraire à une règle impérative, et sous la menace d'une reconnaissance de non-respect de la Convention EDH.

492. Le Principe d'interprétation évolutive est d'abord l'instrument permettant aux Cours européennes de faire évoluer les normes dont elles sont les gardiennes. Il en va notamment ainsi de la Cour EDH, qui a démontré sa capacité à s'ouvrir aux autres systèmes juridiques et notamment aux autres instruments possédant un objet proche à celui contenu dans la Convention EDH. Elle a également démontré les moyens de concilier une approche dynamique du droit et l'impératif de sécurité juridique. C'est une même conception du droit ouvert sur l'extérieur qui se pose s'agissant de l'évolution des actes juridiques privés. Si le principe d'une préservation de cet acte par rapport aux bouleversements extérieurs est souhaitable, un assouplissement s'impose, commandé par la nécessité de lutter contre les interprétations et les applications mécaniques des règles de droit. Ainsi, le projet d'ordonnance propose un assouplissement de la théorie de l'imprévision, qui ne prend cependant pas suffisamment en considération le rôle du juge.



493. Le Principe européen selon lequel il convient de ne pas interpréter et appliquer de manière mécanique les règles de droit constitue le plus difficile à appréhender et peut-être celui qui est appelé à produire en droit interne les effets les plus importants. Il a pour objet de toujours conférer un sens conforme aux droits fondamentaux à une norme, quitte à écarter cette norme dans un cas d'espèce. C'est un Principe redoutable à manier dans la mesure où, par hypothèse, il bouscule le principe de sécurité juridique. Surtout, il emmène son utilisateur dans un contrôle de proportionnalité privatisée, qui consiste à mettre en balance les intérêts des parties au litige. A l'occasion d'un arrêt retentissant du 4 avril 2013, la Cour de cassation a eu l'occasion de manier un tel Principe, avec un certain succès. Ce Principe peut également amener à remettre en cause de manière plus radicale certaines règles, en les assortissant d'exceptions pérennes ou en modifiant leur portée. Outre la théorie de l'imprévision, il apparaît nécessaire de revoir le système herméneutique mis en œuvre en droit de la consommation, l'interprétation systématiquement défavorable au professionnel s'analysant comme une application mécanique d'une règle de droit contraire au droit européen, au-delà du choix d'une politique favorable aux consommateurs.

494. Au terme de cette étude, il apparaît que la Cour de cassation entretient un dialogue productif avec les Cours européennes. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'utiliser des directives d'interprétation entrant dans le champ des articles 1156 et suivants du Code civil, celle-ci se trouve happée par le dogme de l'autonomie de la volonté et réduite au silence, sous couvert d'un contrôle de dénaturation qui ne la protégera pas éternellement d'une révolution interprétative déjà entamée. Ainsi, la réception en droit interne des Principes européens d'interprétation demeure suspendue à une meilleure articulation entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective, entre le respect de la volonté des parties et celui des règles impératives, en particuliers des droits fondamentaux. A cet égard, il est symptomatique que, plus de dix ans après l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*, la portée de cet arrêt en droit français demeure encore une « *question nouvelle* », reléguée en fin de fascicule¹⁶⁰². Cette étude aura peut-être permis de percevoir plus clairement les zones de conflit entre les systèmes herméneutiques européens et français, et d'envisager l'influence des Principes européens d'interprétation sur l'interprétation des actes juridiques privés en droit français.

¹⁶⁰² SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 20, 2015.



Cette étude s'achève à un moment crucial, puisqu'un projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations est en cours. Sur de nombreux points, c'est l'interventionnisme législatif qui était attendu tant par la Cour de cassation que par la doctrine. Toutefois, sans préjuger du résultat de cette ordonnance, les modifications qui seront apportées doivent s'analyser comme un nouveau départ pour l'interprétation du Code en son entier, et de chaque disposition le composant. Il a été observé combien les cours européennes, confrontées à des décisions hésitantes des rédacteurs des Traités, ont saisi chaque opportunité pour asseoir leurs prérogatives en matière d'interprétation. La Cour de cassation, qui s'est engagée dans une réflexion concernant sa façon de juger, devra saisir chaque occasion pour imposer les règles nécessaires à la restauration d'un pouvoir d'interprétation au bénéfice des juridictions internes, et en harmonie avec l'ensemble des juridictions avec lesquelles elle entretient un dialogue.



BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris : Lamy, 1^{ère} éd., 2003. 1640p.

ARISTOTE, *Les Topiques*.

BENABENT Alain. *Droit civil. Les obligations*. Paris : Montchrestien, 2007, 11^{ème} éd. 714p. (Domat droit privé).

BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie. *Introduction au droit européen*. Paris : PUF 2008. 552p. (Thémis droit).

BERGER Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris : Sirey, 2014, 13^{ème} éd., 954p.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *Droit civil. Les obligations*. Paris : Sirey, 2012, 13^{ème} éd.

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*. Paris : LexisNexis, 2014, 6^{ème} éd., 368p. (Objectifs droit).

CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri. *Droit de la consommation*. Paris : Dalloz-Sirey, 2015, 9^{ème} éd., 722p. (Précis. Droit privé).

CAPITANT Henri (Association), *Les droits de tradition civiliste en question*. Paris : Ed. Société de législation comparée, 2006, 143p.

CARBASSE Jean-Marie. *Introduction historique au droit*. Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 1998.

CARBONNIER Jean. *Les obligations. T4*. Paris : PUF, 2000, 22^{ème} éd. (Thémis Droit Privé).

CARBONNIER Jean, *Droit civil, vol. II, Les biens, Les obligations*. Paris : PUF, 2004 (Quadrige).

CICERON. *De officiis*.

CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick. *L'Union européenne*. Paris : Dalloz- Sirey, 2006, 6^{ème} éd., 905p. (Précis Dalloz).



CONSTANT Benjamin. *De la liberté des anciens (Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819)*. In *De la liberté chez les modernes*. Paris : Marcel Gauchet. 1980 (Livre de Poche / Pluriel).

CORNU Gérard. *Droit civil, introduction au droit*. Paris : Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007, 277p. (Domat droit privé).

CORNU Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris : PUF, 10^{ème} éd., 2014, 1360p. (Quadrige).

D'AGUESSEAU Henri-François. *Mercuriale sur l'autorité du magistrat*, T. 1, IXe Mercuriale, 1759.

DAVID René. *Les contrats en droit anglais*. Paris : LGDJ, 1973, 477p.

DEBARD Thierry, LE BAUT-FERRARESE Bernadette, NOURISSAT Cyril. *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*. Paris : Ellipses, 2007, 2^{ème} éd., 368p. (Dictionnaires du droit).

DE FERRIERE Claude-Joseph. *Dictionnaire du droit et de pratique*, Paris : Saugrain, 1749.

DE MALEVILLE Jacques. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t.3. Paris : Garnery, 1805.

DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, p.4 n°3.

DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t.VI, 1931.

DEROUSSIN David. *Histoire du droit des obligations*. Paris : Economica, 2007, 860p.

Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694.

DOMAT Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel : le droit public et « Legum delectus »*. Paris : Despilly, nouvelle éd., 1767.

Encyclopédie (L')

FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. Paris : PUF, 2004, 993p. (Thémis droit privé).

GAFFIOT Félix. *Dictionnaire latin-français*. Paris : Hachette, 2000, 1731p.

GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles, avec la collaboration de FABRE-MAGNAN Muriel. *Traité de droit civil, Introduction générale*. Paris : LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n°55.

GREWE Constance. ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*. Paris : PUF, 2012 (Quadrige), p.430.



HOBBS. *Léviathan*. 1651.

ISAAC Guy, BLANQUET Marc. *Droit général de l'Union européenne*. Paris : Dalloz Sirey, 2012
10^{ème} éd., 560p.

KANT Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785.

KANT Emmanuel. *Critique de la raison pratique*, 1788.

LOCKE John. *Essais sur le gouvernement civil*, 1680.

LOYSEL. *Institutes coutumières*, Livre V, titre 1^{er}, règle 1^{ère}.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent. *Droit civil, Obligations*, T.2, Contrats et quasi-contrats.
Paris : Cujas, 11^{ème} éd., 2001.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations*. Paris :
Defrénois, 2011, 5^{ème} éd., 856p. (Droit Civil).

MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique. *Droit des obligations*. Paris : LexisNexis,
2012, 12^{ème} éd., 760p. (Manuels).

MARCADE. *Éléments du droit civil français*, T.4, 2e éd., 1846.

MARZAL YETANO Antonio, MUIR WATT Horacia (Dir.). *La dynamique du principe de
proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union
européenne*. Thèse de doctorat, droit. Paris : Université de Paris 1, 2013, 547p.

MAZEAUD Denis et CHABAS François. *Leçons de droit civil*. t.2, 1^{er} vol., Paris :
Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998.

MERLIN Philippe Antoine. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Bruxelles :
Tarlier, 1827, 5^{ème} éd., 806p.

PACTET Pierre. *Les institutions politiques de la Grande-Bretagne*. Paris : Documentation
française, 1960, 30p.

PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1er pluviôse an IX.

POTHIER Robert-Joseph. *Traité des obligations*. Paris. 1821.

POTHIER Robert-Joseph. *Œuvres contenant les traités du droit français*. Vol. 5. Bruxelles : Tarlier, 1831.

POULLAIN DU PARC Auguste-Marie. *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*. Rennes : F. Vatar, 1768, 394p. (p.378).

ROCHFELD Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris : PUF 2011, 576p. (Thémis Droit).

ROUBIER Paul. *Les conflits de lois dans le temps*, 1929.

ROUBIER Paul. *Le droit transitoire*, 1960.

ROUSSEAU Jean-Jacques. *Contrat social*, 1762.

SIMON Denys. *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF, 2001, 3^{ème} éd. 779p. (Droit fondamental).

STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent. *Droit civil. Les obligations. T.2. Contrat*. Paris : Litec, 1998, 6^{ème} éd., 837 p.

SUDRE Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris : PUF 2015, 12^{ème} éd., 944p. (Droit fondamental).

SUDRE Frédéric (dir.). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris : PUF, 2015, 7^{ème} éd., 960p. (Thémis Droit).

TERRE François, CAPITANT Henri, LEQUETTE Yves. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, t.1. Paris : Dalloz-Sirey. 2007. 816p.

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les obligations*. Paris : Dalloz, 2009, 10^{ème} éd., 1540p. (Précis. Droit privé).

TOULLIER Charles Bonaventure Marie. *Traité de droit civil français selon l'ordre du code*, T.V. Paris : chez B. Warée, 1821, 3^{ème} éd.



Ouvrages spéciaux

ALBIGES Christophe. *Rép. D.*, « Equité ».

AKANDJI-KOMBE Jean-François. *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Précis sur les droits de l'homme n°7, Conseil de l'Europe, 2006.

ARFAOUI Besma, GAREAUD Eric (Dir.). *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*. Thèse de doctorat, droit. Limoges : Université de Limoges. 2008, 442p. Disponible sur <<http://epublications.unilim.fr/theses/2008/arfaoui-besma/arfaoui-besma.pdf>> (consulté le 17/09/2015)

ARNAUD Antoine. *Œuvres*. vol.37 Paris, 1780, 794p.

BACH Louis. « Conflits de loi dans le temps ». *Rép. civ. D.*

BARRAU Alain. « Contribution sur l'exercice des compétences, 22 mai 2002 ». Disponible sur < <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/convention-travaux-11leg.asp#competences> > (consulté le 17/09/2015)

BENZACAR Joseph. *Les accidents du travail manuel dans le louage de services en droit français*. Thèse doctorale, droit. Bordeaux : Université de Bordeaux. Cadoret, 1890.

BLANQUET Marc, ISAAC Guy (Dir.). *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*. Thèse doctorale droit public. Toulouse : université de Toulouse I, 1992. Paris : LGDJ, 1994.

BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis. « Droit institutionnel de l'Union européenne ». *Jurisclasseur*, Manuels, Paris.

BONNECASE Julien. *L'Ecole de l'Exégèse en Droit Civil*. Paris : E. de Boccard Editeur, 2^{ème} éd., 1924.

BOURLANGES Jean-Louis. *La typologie des actes communautaires et la hiérarchie des normes*, rapport adopté par le Parlement européen le 17 décembre 2002, JOUE

BREDIN Jean-Denis. *La loi du juge*. In *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold GOLDMAN. Paris : Litec, 1982, p. 15-27.

CARCATERRA Antonio. *In torno ai bonae fidei iudicia*. Naples, 1964.

CARDOSO-ROULOT Nélia, LOQUIN Eric (Dir.). *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*. Thèse de doctorat, droit privé. Dijon : Université de Dijon, 2006. Paris : L'Harmattan, 2009, 652p.

CATALA Pierre (Dir.). *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*. remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005. Disponible sur < http://henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf > (consulté le 17/09/2015).

CAUMES Clémentine, PELISSIER Anne (Dir.). *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*. Thèse de doctorat, droit privé. Avignon : Université d'Avignon, 2010, 333p.

CESARO Jean-François, TEYSSIE Bernard (Dir.). *Le doute en droit privé*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris II, 2001. Paris : LGDJ, 2003 (Droit privé).

CHAVAROCLETTE-BOUFFERET Séverine, RICHER Laurent (Dir.). *L'interprétation des directives de l'Union sur les marchés publics par la Cour de justice*. Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris I, 2013.

COËT Philippe. *Les notions-cadres dans le Code civil, Etude des lacunes intra-legem*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris II, 1985.

COHEN George. *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*. Essay. University of Virginia School of Law. 1999.

COMBACAU Jean. *Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit*. In Mélanges Paul Amselek. Bruxelles : Bruylant, 2005.

COMBALUZIER-VAUDE Audrey, FERRIER Didier (Dir.). *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*. Thèse doctorale, droit. Montpellier : Université Montpellier III, 2008.

COSTA JEAN-PIERRE. *La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ?*. In Mélanges en hommage à L. E. PETTITI. Bruxelles : Bruylant, 1998, p.197.

CUQ Edouard. *Les Institutions juridiques des romains envisagées dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence*. Paris : Plon. 1891. 816p.

D'AVOUT Louis. *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, in DUBOUT Edouard et TOUZE Sébastien. (dir.). *Les droits fondamentaux : charnières entre les ordres et systèmes juridiques*, Paris : A. Pedone, 2010, 336p.

DE ARANJO Christophe. *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'Homme, Etude comparée : France-Allemagne*. Bruxelles : Bruylant, 2009, 443p. (Droit public comparé et européen).



DEPREZ Emmanuel, CARA Jean-Yves (Dir.). *Liberté contractuelle et le droit européen*. Thèse doctorale, droit. Lyon : Université Lyon III, 2011.

DEREUX Georges. *L'interprétation des actes juridiques privés*. Paris : A. Rousseau. 1905, 491p.

DESCAUDIN Christophe, PATAUT Etienne (Dir.). *Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*. Thèse de doctorat, droit. Cergy-Pontoise : Université de Cergy-Pontoise, 2009.

D'HERICOURT DU VATIER Louis. *Œuvres posthumes*. vol. 3 Paris : 1759. 776 p.

DREXLER Alexandre, FERRAND Frédéric (Dir.). *L'interprétation conforme aux directives de l'Union européenne en Allemagne et en France*. Thèse de doctorat, droit comparé. Lyon : Université Lyon III, co-tutelle Université Augsburg, 2011.

DUBOS Olivier. *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*. Paris : Dalloz 2001, 1015p.

DUGUIT Léon. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris : A Fontenoing, 1901.

ESMEIN Adhémar. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris : A. Rousseau, 1895.

FABRE-MAGNAN Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Paris : LGDJ, 1992.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, MAZEAUD Denis (textes rassemblés par). *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, vol. 1. Paris : Société de Législation comparée, 2003, 303p. (Coll. droit privé comparé et européen).

FRANK Jérôme. *Courts on Trial*. Princeton : Princeton University Press, 1949.

GAHDOUN Pierre-Yves. *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris : Dalloz, 2008, vol. 76, 436p. (Nouvelle bibliothèque de thèses).

GALIE-BLANZE Mahalia, REMY-CORLAY Pauline (Dir.). *La matière contractuelle : pour une lecture renouvelée du droit des obligations*. Thèse de doctorat, droit privé. Paris : Université Paris XI, 2010.

GARCIA Kiteri, Jean-Pierre MARGUENAUD (Dir.). *Le droit civil européen*. Thèse de doctorat : Droit Privé. Limoges : Université de Limoges, 2006. Disponible sur

<<http://epublications.unilim.fr/theses/2006/garcia-kiteri/garcia-kiteri.pdf>> (consulté le 18/09/2015).

GÉLOT Bertrand. *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*. Paris : LGDJ, 2003.

GENY François. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. Paris : LGDJ, 1899, 446p.

GEORGESCO Al. *Essai d'une théorie générale des « leges privatae »*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris. Paris : A. ROUSSEAU, 1932.

GHESTIN Jacques, avec le concours de JAMIN Christophe et BILLIAU Marc. « Les effets du contrat ». *LGDJ*, 2^{ème} éd., 1994.

GHESTIN Jacques, FONTAINE Marcel (dir.). *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris : LGDJ, 1996, 676p.

GOUNOT Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme*. Thèse doctorale, droit. Dijon : université de Dijon, 1912.

GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel. *Lexique des termes juridiques*. Paris : Dalloz, 15^{ème} éd., 2005.

HART Herbert Lionel. A. *Le concept de droit*. trad. VAN DE KERCHOVE, 1961. Bruxelles : PFUSL, 1976, p.130.

HEUSCHLING Luc. Etat de droit, p.541. In Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*. coll. Dalloz, Paris, 2010, 1006p.

IZORCHE Marie -Laure. *La liberté contractuelle*. In CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.). *Liberté et droits fondamentaux*. Paris : Dalloz, 12^{ème} éd., 2008.

JACQUES Philippe, CHABAS François (Dir.). *Regards sur l'article 1135 du Code civil*. Thèse de doctorat, droit. Paris : université de Paris, 2003. Paris : Dalloz, 2005 (Nouvelle Bibliothèque de Thèses).

JAMET DE LA GUESSIERE François. *Journal des principales audiences du Parlement*. vol. 4. Paris, 1685. 946p.

JAMET DE LA GUESSIERE François. *Journal de tous les parlemens et cours souveraines de France*. vol.2. Paris : 1701. 1013 p.

JAUME Lucien (textes présentés par), *Les déclarations des droits de l'Homme, 1789 – 1793 – 1848 – 1946*. Paris : G.F. Flammarion, 1989, 376p.



KONSTANTINOS PANOUSSIS Ioannis, COUSSIRAT-COUSTERE Vincent (Dir.). *La combinaison normative : recherches sur une méthode d'interprétation au service des droits de l'Homme*. Thèse de doctorat, droit public. Lille : Université de Lille 2, 2006.

LAROMBIERE Léobon. *Obligations*. t.4. Paris : Durand et Pédone-Lauriel, 2^{ème} éd., 1885.

LECOURT Robert. *L'Europe des juges*. Bruxelles : Bruylant, 1976, 321p.

LERUEZ Jacques (documents réunis et commentés par). *Les institutions de la Grande-Bretagne*. Paris : La documentation française, novembre 1994.

LOUIS Jean-Victor et RONSE Thierry. *L'ordre juridique de l'Union européenne*. Bruxelles et Paris: Bruylant et LGDJ, 2005 (Dossiers de droit européen).

LUCAS-ALBERNI Katia, SUDRE Frédéric (Dir.). *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier. Bruxelles : Bruylant, 2008 (Nemesis).

LYON-CAEN Gérard. *Le droit du travail, une technique réversible*. Paris : Dalloz. 1995 (Connaissance du droit).

MADLAINE Colombine, SUDRE Frédéric (dir.). *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier I, 2012. Paris : Dalloz, 2014, 673p. (Nouvelle bibliothèque de thèses).

MALEVILLE Marie-Hélène, *Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle*. Thèse de doctorat, droit. Rouen : Université de Rouen, 1990. Rouen : Publications de l'Université de Rouen, 1991. 320p.

MARGUENAUD Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Paris : Dalloz, 2011, 5^{ème} éd., 177p. (Connaissance du droit).

MARTY Gabriel. *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*. T.1, 1951.

MILLARD Eric. *Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes*. In TROPER Michel (Dir.). *Théorie des contraintes juridiques*. Paris : LGDJ, 2005, 201p.

MOUTEL Béatrice, Jean-Pierre MARGUENAUD (Dir.). *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées [En ligne]*. Thèse de doctorat : Droit Privé. Limoges : Université de Limoges, 2006. Disponible sur

<<http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf>> (consulté le 17/09/2015)

NADAUD Séverine, GARAUD Eric (Dir.). *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse de doctorat : Droit Privé. Limoges : Université de Limoges, 2007. Disponible sur < <http://epublications.unilim.fr/theses/2007/nadaud-severine/nadaud-severine.pdf>> (consulté le 18/09/2015)

NERAUDAU-UNIENVILLE Emmanuelle. *Ordre public et droit des étrangers en Europe*. Bruxelles : Bruylant, 2007, 790p.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel. *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*. Bruxelles : Bruylant, 1989, 336p.

PERES-DOURDOU Cécile, VINEY Geneviève (Dir.). *La règle supplétive*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris I, 2003. Paris : LGDJ, 2004, 688p.

PIAZZON Thomas. *La sécurité juridique*. Paris : Defrénois, 2009, 630p. (Doctorat et notariat).

POPESCU Corneliu-Mihail. *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*. Paris : LGDJ, 1937, 226p.

RABAULT Hugues. *L'interprétation des normes: les limites du pouvoir du juge*. Thèse doctorale, droit. Paris : Université de Paris I, 1994.

RANOUIL Véronique. *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*. Paris : PUF, 1980.

REINHARD Zimmermann. *The Law obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996.

RIGAUX François. *La loi des juges*. Paris : Odile Jacob, 1997, 319p. (Histoire et document).

RIPERT Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris : LGDJ 1951, 2^{ème} éd., réimp. 1995.

ROCHFELD Judith, Jacques GHESTIN (Dir.). *Cause et type de contrat*. Thèse de doctorat, droit privé. Paris : Université de Paris I, 1997. Paris : LGDJ, 1999, 632p. (Bibliothèque de droit privé).

ROLAND Henri et BOYER Laurent. *Adages du droit français*. Paris : Litec, 4^{ème} éd., 1999.

ROTA Marie, REDOR Marie-Joëlle et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.). *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme : Analyse comparée de la jurisprudence des deux Cours de protection des droits de l'homme*. Thèse de doctorat, droit public. Caen : Université de Caen, 2013.

ROTONDI Gianfranco. « Natura contratus », *Bullettino dell'Instituto di diritto romano*. Roma, 1911.

SALEILLES Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897.

SALEILLES Raymond. *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. Paris : Pichon, 1901.

SANNA Giangiuseppe. *Les principes généraux et les critères interprétatifs dans la coopération judiciaire communautaire*. Thèse de doctorat, droit de l'Union européenne. Strasbourg : Université de Strasbourg, co-tutelle Université Bologne, 2010.

SCHAHMANECHE Aurélie, SUDRE Frédéric (Dir.). *La motivation des décisions de la Cour EDH*. Thèse doctorale, droit. Montpellier : université de Montpellier 1, 2012. Paris : Publications de l'Institut international des droits de l'Homme, 2014, (A. Pedone).

SIMON Denys. *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*. Paris : Pédone, 1981.

SIMON Denys. *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF, 2001, 3^{ème} éd.

SIMON Denys. *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*. Paris : A. Pedone, 1981, 936p.

SPIELMANN Dean. *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention EDH*. Bruxelles : Bruylant, 1998. (Droit et justice).

STOFFEL-MUNCK Philippe, BOUT Roger (Dir.). *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*. Thèse doctorale, droit. Aix-Marseille : Université d'Aix-Marseille 3, 1999. Paris : LGDJ, 2000, 651p. (Bibliothèque de droit privé).

STOFFEL-MUNCK Philippe. *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

SUDRE Frédéric (dir.). *L'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 1998, 352p. (Droit et justice).

TALAMON Christian. *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*. Paris : Masson et Compagnie Editeur, 1926.



TALLON Denis. *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, Conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto, 1994, Rome.

TEITGEN Pierre-Henri. In Conseil de l'Europe. *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*. La Haye, 1977, vol.1.

TINIERE Romain, SUDRE Frédéric (Dir.). *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*. Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier I. 2006. Bruxelles : Bruylant, 2008 (Droit et Justice).

TERRE François (dir.). *Pour une réforme du droit des contrats*. Paris : Dalloz-Sirey. 2008, 310p. (thèmes et commentaires).

TROPER Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ, 1^{ère} éd. 1973, 2^{ème} éd. 1980.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : éd. LGDJ, 2005, 201p.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 2001.

WACHSMANN Patrick. *La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. In Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de J. Schwob. Bruxelles : Bruylant, 1997, p.241-286.

WALTER Jean-Baptiste, Jean-Pierre MARGUENAUD (Dir.). *L'espérance légitime*. Thèse de doctorat, droit. Limoges : Université de Limoges, 2009. Paris : Fondation Varenne, 2011, 442p. (Collection des thèses).

ZAKI. *L'imprévision en droit anglais*. Paris : A. Rousseau, 1930, 388p.

ZIMMERMANN Reinhard. *The Law obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996.



Articles

ADOM, Kibalo. « Les validations législatives et le contrôle judiciaire de l'opportunité de la loi ». *D.* 2001, n°30, p.2445-2448.

AGOSTINI Eric, « L'équité », *D.* 1978, chr.7.

AKANDJI-KOMBE Jean-François. « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne ». *Droit social* 2012, n°11-12, p.1014-1026.

ALPA Guido. « Le contrat individuel et sa définition ». *RIDC* 1988, n°2, p.327-350.

AMRANI MEKKI Soraya, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. « Droit des contrats, septembre 2007 – septembre 2008 ». *D.* 2008, n°42, p.2965-2974.

ANCEL Pascal. « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière ». *RTD Com.*1979, p. 203.

ANCEL Pascal, BRUN Philippe, FORRAY Vincent, GOUT Olivier, PIGNARRE Geneviève, PIMONT Sébastien. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats ». *JCP* 2008, n°48, p.18-23.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël. « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ». *RAE* 1998.

APCHAIN Hélène. « Succession et enfant adultérin ». *Journal du droit international*, 2014, n°3, p.985-989.

ASSELAIN, Maud. « Nullité des exclusions nécessitant une interprétation : il est parfois trop tard pour s'en prévaloir ! ». *Revue Générale du Droit des Assurances* 2015, n°2, p.112-113.

AUBERT Jean-Luc. « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile ». *D.* 2005, n°17, p.1115.

AYNES Laurent. « Loi et contrat. Le contrat, loi des parties ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, 2004, p.77-80.

BAILLEUX Antoine. « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin ». *RTDH* 2014, n°97, p.215.

BARBIER Hugo. « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat ». *RTD Civ.* 2013, n° 4, p.832.

BARBIER Hugo. « La lutte discrète contre l'analogie dans l'interprétation des obligations

contractuelles ». *RTD Civ.* 2014, n°3, p.647-650.

BÄRMANN Johannes. « Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel ». *RIDC* 1961, n°1, p.18-53.

BARTHELEMY Jacques. « Vers un droit plus contractuel et moins réglementaire ». *Les Cahiers du DRH*, 2008, n°139, p.9-43.

BEHAR-TOUCHAIS Martine. « Un déséquilibre significatif à deux vitesses ». *JCP G* 2015, n°21, p.603.

BERGE Jean-Sylvestre. « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit ». *LPA* 2004, n°199, p.32-39.

BERGE Jean-Sylvestre. « Principe communautaire d'autonomie procédurale et droit national des contrats ». *RDC* 2003, n°01, p.71-79.

BERGE Jean-Sylvestre. « Droit européen et communautaire des contrats : la corrélation « droit européen » et « droit des contrats » (à propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs) ». *RDC* 2009, n°2, p.697-703.

BERGE Jean-Sylvestre, OMARJEE Ismaël, TENENBAUM Aline et autres. « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la terminologie contractuelle commune. Chronique de droit européen et comparé n° XXIV ». *LPA* 29/06/2009 n°128, p.11-18.

BERGE Jean-Sylvestre. « Droit européen de la libre circulation, liberté de ne pas contracter et contrôle du pays d'origine ». *RDC* 2009, n°4, p.1565-1572.

BERGE Jean-Sylvestre. « L'acquis communautaire au passé, présent et futur ». *RDC* 2011 n°2, p.575-578.

BERGE Jean-Sylvestre. « Décryptage : le dialogue du droit des contrats et du droit européen ; Note sous Livre vert sur le droit européen des contrats : réponse du réseau Trans Europe Experts ». *RDC* 2011, n°4, p.1303-1306.

BERGE Jean-Sylvestre. « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? ». *RDC* 2012, n°2, p.569-573.

BERGE Jean-Sylvestre. « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux ». *Journal du droit international (Chunet)* 2013 n°2013-1, p.3-25.

BERGE Jean-Sylvestre. « Premiers ouvrages consacrés à la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente : entre contextualisation et décontextualisation ». *RDC* 2013, n°2, p.667.



BERGE Jean-Sylvestre. « Les rapports UE et Conv. EDH en matière de coopération judiciaire civile : entre rétrospective et prospective ». *RTDE* 2014, p.361.

BERNARDEAU Ludovic. « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », *CCC* décembre 2001, n°12, chron. 19, p.6.

BILON Jean-Louis. « L'aide informatisée à la décision judiciaire ». *RIDC* 1990, n°2, p.855-861.

BLANC Nathalie. « Prescription de l'action de la victime d'un produit défectueux : les limites de l'interprétation du droit national à la lumière d'une directive non transposée ». *Gaz. Pal.* 2015 n°182-183, p.15-17.

BLANDIN Amandine. *RDFFA* 2014 n°6, p. 1186-1192.

BLUMANN Claude. « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire ». *JCP* 2007, n°30, I, 175, p.13-22.

BOFFA Romain, « La force normative des directives non transposées », in Thibierge Catherine (dir.). *La force normative, naissance d'un concept*. Paris : LGDJ, 2009, 912p.

BOLLE, Stéphane. « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution: l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 ». *RFDA* 01/12/2000, n°6, p.1254-1267.

BONNET, André. « Renvois préjudiciels au juge judiciaire. Le juge administratif est compétent pour interpréter une convention collective à laquelle renvoie la loi, Une jurisprudence battue en brèche par le pouvoir réglementaire dès son adoption ? ». *Revue de droit fiscal* 2015 n°25, p.80-82.

BOUHIER Vincent. « La généralisation du caractère préalable de l'obligation d'interprétation conforme ». *RAE* 2012, n°2, p.433-441.

BOUHIER Vincent. « Interprétation conforme en droit de l'Union et réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel: regards croisés ». *Constitutions*, 2013, p.195.

BOUJEKA, Augustin. « Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme ». *LPA* 08/06/2000, n°114, p.21-31.

BOULANGER François. « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH ». *JCP* 2005, p.744-748.

BOUTHINON-DUMAS Hugues. « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision ». *RIDE* 2001, n°2001/3, p.368.

BROS Sarah. « Le déséquilibre significatif ». *RDC* 2015, n°3, p.761.

BRUSCHI Marc. « Information des consommateurs et formation des contrats ». *RDC* 2003, n°4, p.91-92.



BRUSCHI Marc. « Information des consommateurs et formations des contrats ». *RDC* 2008, n°4, p.1214-1217.

BURGORGUE-LARSEN Laurence. « Autorité de la Cour ». *AJDA*, 2013, n°31, p.1794-1795.

BURGORGUE-LARSEN Laurence. « Interdiction des discriminations ». *AJDA*, 2013, n°31, p.1795-1797.

CABRILLAC Rémy. « La porte entrouverte à l'admission de l'imprévision ». *RDC* 2015, n°3, p.771.

CALAIS-AULOY Jean. « Ne mélangeons plus conformité et sécurité ». *D.* 1993, n°18, p.130-132.

CALLEJON-SERENI Lucille. « La Cour européenne des droits de l'homme et l'imputation aux États parties des actes adoptés en vertu d'obligations internationales : entre labyrinthe méthodologique et effectivité des droits ». *RTDH* 2015, n°102, p.341.

CANIVET Guy. « Le droit communautaire et l'office du juge national ». *Droit et Société* 1992, p.143-154.

CANUT Florence. « Interprétation de la convention collective ». *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2013, n°255, p350.

CANUT Florence. « Convention collective : portée de l'avis de la commission d'interprétation ». *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2014, n°267, p.580.

CARPANO Eric. « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges entre personnes privées : à propos du droit à l'information et à la consultation des travailleurs ». *Revue Lamy Droit des affaires* 2014 n°93, p.71-74.

CAVALLINI Joël. « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». *JCP S* 2014, n°23, p.14-20.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique. « Alf Ross: droit et logique ». *Droit et Société* 2002, n°50.

CHAUVEL PATRICK. *Dr. et part.* 2003, n°115, p.112-113.

CHARBIT Nicolas. « L'espéranto du droit ?, La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP G* 2002 n°100, page 9-16.

CHENEDE François. « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) ». *D.* 2014, n°3, p.179-182.

CHENEDE François. « De l'équité aux droits de l'homme ». *AJ. Fam.* 2013, p.663.

CHENEDE François. « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme ». *RDC* 2015, n°3, p.655.



CONDE Lyette. « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle ». *Jurisclasseur Droit Civil*, article 4, Fasc. unique, 2013.

CLARET Hélène. « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation ». *D.* 2003, n°38, p.2600-2602.

CLERMON Marceau et CENAC Pierre. « Libertés graduelles et résiduelles ». *JCP N* 2006, n°38 p.1671-1674.

COING Helmut et SIMON Dieter. *A typical development in the Roman Law of Sales*. In *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, T.1, p.72, Vitorio Klostermann, 1982.

COMBET Mathieu. « De l'utilisation de la Charte sur les droits fondamentaux dans la lutte contre les clauses abusives dans les contrats ». *Revue Lamy Droit des affaires* 01/01/2015, n°100, p.48-52.

CORNU Gérard. « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire ». *D.* 2002, chr. p.351.

COUTANT-LAPALUS Christelle. « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes ». *RDC* 2015, n°1, p.182.

COUTRON Laurent. « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme ». *RTDE* 2015, p.39.

DAUSES Manfred. *Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du Traité C*. In R. Bieerbier et G. Ress. *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts / The Dynamics of EC-Law*. Baden-Baden, 1987.

DE BECHILLON Denys. *Comment traiter le pouvoir normatif du juge*. In *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'hommage de P. JESTAZ*. Paris : Dalloz, 2006, p.29-34.

DE CLAVIERE, Blandine « Le juge judiciaire et la consécration des droits sociaux fondamentaux de source européenne : l'exemple du droit à congés payés ». *RTDE* 2013, n°2, p.41-43.

DEFFAINS Bruno. « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats ». *RTD Civ.* 2010, n°4, p.719-732.

DE JUGLART Michel. « L'obligation de renseignements dans les contrats ». *RTD Civ.* 1945, p.1, n°3.

DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHE Marie-Laure. « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste ». *RIDC* 2000, n°4, p.753-780.



DERRIDA Alfred. « Validité et interprétation d'une clause du règlement de copropriété ». *RTDI* 2013, n°4, p.59-60.

DE SALVIA Michèle. « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n°11, p.142.

DESCHEEMAER Eric. « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? ». *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, p.791.

DE SCHUTTER Olivier. « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne ». *RTDH* 2015, n°102, p.259.

DESHAYES, Olivier. « L'interprétation des contrats ». *JCP G* 2015, NS21, p.39-42.

DEUMIER Pascale. « QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) ». *RTD Civ.* 2010, n°3, p.508-513.

DEUMIER Pascale « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? ». *RTD Civ.* 2011, n°1, p.90-96.

DEUMIER Pascale « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? ». *RTD Civ.* 2011, n°1, p.87-90.

DEUMIER Pascale. « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes ». *RTD Civ.* 2011, p.495.

DEUMIER Pascale. « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption ». *RTD Civ.* 2013, n°3, p.557-561.

DEUMIER Pascale. « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? ». *RTD Civ.* 2014, n°1, p.71-77.

DEUMIER Pascale. « Les lois de validation et le dialogue des juges ». *RTD Civ* 2014, n°3, p.604-610.

DEUMIER, Pascale. « L'interprétation, entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle » ». *RTD Civ* 2015, n°1, p.85-90.

DEVERS Alain. « Inconventionnalité de la règle transitoire de la loi du 3 décembre 2001 ». *JCP N* 2013, n°7, p.11.

DOUCET Myriam. « Extension de la jurisprudence Mazurek aux successions litigieuses », *RJPF*, 2013, n°3, p. 37-40.

DRAND Céline. « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVIème au XVIIIème siècle ». *RDC* 2015, n°3, p.611.



DUBOUT Edouard. « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme ». *RTDH* 2007 n°70, p.397-425.

DUBOUT Edouard. « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme ». *RTDH* 2008 n°74, p.383-418.

DUBOUT Edouard. « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ». *RDLF* 2015, chron. n°9.

DUGORNE-LABBE Yannick. Note sous arrêt. *LPA* 29/03/1991, n°38, p.16.

DUPICHOT Jacques. *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*. In Etudes J. Flour, Paris : Defrénois. 1979, p.179-206.

DUPICHOT Philippe, Rapport Henri CAPITANT, *Les contrats du consommateur*. Disponible sur < <http://henricapitant.org/sites/default/files/France%20revu.pdf> > (consulté le 17/09/2015).

DUPRE DE BOULOIS Xavier. « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme ». *RDLF* 2015, chron. n°8.

DURAND Paul. « Le dualisme de la convention collective de travail ». *RTD Civ.* 1939.

DUTHEILLER DE LAMOTHE Olivier, allocution prononcée à l'occasion du Séminaire franco-brésilien sur la sécurité juridique, Cour de cassation, 19 septembre 2005; repris par le *Rapport 2006 du Conseil d'Etat*, p.290.

EGEA Vincent. « L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil ». Colloque en ligne pour le bicentenaire du Code civil, par l'IDEF, Paris, 2004. Disponible sur < <http://www.institut-idef.org/L-interpretation-des-contrats.html> > (consulté le 18/09/2015).

ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « L' « interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat ». *RDC* 2015, n°1, p.166.

FAGES Bertrand. « Principe d'interprétation favorable des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs. *RTD Civ.* 2008, n°3, p.478.

FAGES Bertrand. « Invitation judiciaire à adapter le contrat ». *RTD Civ.* 2008, n°2, p.295-297.

FAGES Bertrand. « Coeur défense contre Canal de Craponne ? ». *RTD Civ.* 2011, n°2, p.351-352.

FAGES Bertrand. « L'interprétation du pacte de préférence ». *RTD Civ.* 2012, n°3, p.525.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. « Les arrêts « Paragon Finance » et « Rice contre Great Yarmouth Borough Council » : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels ». *RDC* 2004, n°2, p.483-495.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. « L'interprétation du contrat : observations comparatives ». *RDC* 2007, n°2, p.481.

FAVARIO Thierry. « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion ». *JCP* 2010, n°43, p.1999-2001.

FENOUILLET Dominique. « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant, deux pas en arrière ! ». *RDC* 2005, n°2, p718-741, spéc. p.732.

FENOUILLET *RDC* 2007, n°2, p.347-248.

FERRERI Silvia. « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux ». *RIDC* 2001, p.56.

FLAUSS Jean-François. « La Cour européenne, « quatrième degré de juridiction ». *AJDA* 2004, n°33, p.1812.

FLAUSS Jean-François. « Actualité de la Cour européenne des droits de l'homme, septembre 2009- février 2009 » *AJDA* 2010, n°18, p.997-1009.

FOYER Jacques. *In L'office du juge*. Les colloques du sénat, 29 et 30 septembre 2006. Disponible sur

< http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf >

FRICERO Nathalie. « Application d'une loi rétroactive en cours d'instance et violation du procès équitable en dépit de la conformité du texte à la Constitution ». *Procédures* 2000, n°4, p.12-13.

FRICERO Nathalie. « Le droit transitoire de la loi de 2001 est conforme à la Convention européenne ». *Procédures*, 2011, n°10, p.16-18.

FRICERO Nathalie. « Non-discrimination entre enfants ». *Procédures*, 2013, n°4, p.17-19.

FROMONT Michel. « Le principe de sécurité juridique ». *AJDA* numéro spécial, 1996, p.179.

FROUIN Jean-Yves. « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail ». *RJS* 1996, p.137.

FULCHIRON, Hugues. « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? ». *Dalloz* 23/01/2014, n°3, p.153-154.

GAHDOUN Pierre-Yves. « Libertés, liberté contractuelle ». *Jurisclasseur Civil*, Fasc. 20, 2008.

GAHDOUN Pierre-Yves. « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat ». *D.* 2005, n°23, p.1517-1520.

GALMOT Yves et BONICHOT Jean-Claude. « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national ». *RFDA* 1988, p.1-23.

GARAPON Antoine. « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne ». *RTDH* 2011, n°87, p.439.

GATSI Jean. « La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997 ». *D. Affaires*, n° 42, 1997, p.1378.

GAUTIER Pierre-Yves. « DOMAT toujours tenu en échec : l'interprétation de la transaction au regard de sa « suite nécessaire ». *RTD Civ.* 2012, n°2, p.335-337.

GAY Laurence, MANGIAVILLANO Alexandre. « Droit constitutionnel. Février 2014-décembre 2014 ». *D.* 2015, n°25, p.1457-1465.

GENICON Thomas. « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? ». *D.*2010, n°37, p.2485-2488.

GENICON, Thomas ; MAZEAUD, Denis. « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? ». Actes de colloque "Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ?", Paris, 10 mai 2012. *RDC* 2012, n°4, p.1469-1482.

GHESTIN Jacques. *Les articles 1622 et 1648 du Code Napoléon. In Mélanges offerts à Marcel Fontaine.* Paris : Larquier, 2003, 889p.

GHESTIN Jacques. *JCP* 2011, n°63, p.126-133.

GHESTIN Jacques. « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ». *JCP G* 2013, n°37, p.1614-1618.

GHOZI Alain. *Effet des conventions, Interprétation, Qualification* (art. 1134 à 1143). In CATALA Pierre. Exposé des motifs à l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Rapport remis au Garde des Sceaux le 22/05/2005. p.34.

GICQUIAUD Emilie. « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif ». *RTD Com* 2014, p.267.

GIRERD Pascal. « Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », *RTDE* 2002, n°1, p.75.

GODDARD Jorge Adame. *El principio de la buena fe en el derecho romano y en los contratos internacionales y su posible aplicacion a los contratos de deuda externa. XIV Congrès latino-américain de droit romain, Buenos Aires, 15 au 17 septembre 2004.*

GRIMALDI Michel. « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles ». *JCP N* 2006, n°51-52, p.2419-2424.



GRIMALDI Cyril. « Application de la Convention européenne des droits de l'homme dans les rapports locatifs ». *RDC* 2010, n°1, p.131-135.

GRIMALDI Cyril. « La valeur normative des directives d'interprétation ». *RDC*, 2015, n°1. p.154-158.

GROUDEL Hubert. « Vers un « chambardement » de l'obligation de sécurité dans les contrats ? ». *Resp. civ. et assur.*, 1998, n°12, p. 125.

GUINCHARD Serge ; FERRAND Frédérique ; MOUSSA Tony. « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité ». *D.* 2015, p.278.

HALLSTEIN Walter. « Les véritables problèmes de l'intégration européenne ». Exposé à l'Institut d'Economie mondiale de l'Université de Kiel, le 19 février 1965. [s.n.], 1965, 31p.

HALPERIN, Jean-Louis. « La naissance de l'obligation de sécurité ». *Gaz. Pal.* 1997, n°264, p.2-9.

HAMON Francis. « Les pouvoirs respectifs du Conseil constitutionnel et des juges chargés de l'application des lois en matière d'interprétation ». *LPA* 19/07/2013, n°144, p.3-8.

HART Herbert Lionel. A., *Sur le réalisme scandinave*. In JOUANJAN Olivier (dir.). *Théories réalistes du droit*. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg. Strasbourg, 2000, p.43-50.

HAUSER Jean. « Application dans le temps et égalité des citoyens : droit de succession et droit à la filiation ». *RTD Civ.* 2011, n°4, p.753-754.

HAUSER Jean. « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil ». *RTD Civ.* 2014, n°1, p.88-89.

HELLERINGER Geneviève. « Avec quelle force le collier de la directive « vente » enserme-t-il la liberté contractuelle ? ». *RTDE* 2013, n°2, p.39-41.

HERVIEU Nicolas. « L'émergence laborieuse mais prometteuse d'une obligation européenne de protection des travailleurs », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 décembre 2013.

HEUSCHLING Luc. *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris : Dalloz, 2002, vol. 16, 739p. (Nouvelle Bibliothèque de thèses).

HEUSCHLING Luc. *Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées*, p.103-155, in BAUER Hartmut et CALLIESS Christian (dir.). *Verfassungsprinzipien in Europa. Constitutional Principles in Europa. Principes constitutionnels en Europe*, 4^{ème} Congrès de la Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) à Göttingenéd 1^{er} au 3 juin 2007, éd. Sakkoulas, Bruylant et Berliner Wissenschafts-Verlag, Athènes, Bruxelles et Berlin, 2008, 350p.



HEUSCHLING Luc. *Le regard d'un comparatiste : l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques...* In Société française de droit international (SFDI), *L'Etat de droit en droit international. Colloque de Bruxelles de la SFDI (5 au 7/06/2008)*. Paris : Pedone, 2009, 437p.

HEUZE Vincent. « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats ». *JCP* 2002, n°152, p.1341-1345.

HUET Jérôme. « Nous faut-il un « euro » droit civil ? ». *D.* 2002, n°34, p.2611-2613.

HUET Jérôme. « Vente. Garantie légale contre les vices cachés. Domaine de la garantie. Généralités. » *Jurisque Droit Civil*, articles 1641 à 1649, Fasc. 60, 2012.

HUGLO Jean-Guy. « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p.124.

IVAINER Théodore. « La lettre et l'esprit de la loi des parties ». *JCP* 1981, n°48, p.3023.

JACQUE Jean-Paul. « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux ». *RTDE* 2009, n°1, p.161-179.

JAMIN Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Dr et patr.* 1998, n°58, p.46-57.

JAMIN Christophe. « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française ». *BICC* n°596, 2004.

JAMIN Christophe, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in LEWKOWIKZ Grégory et XIFARAS Mikhaïl (dir.). *Repenser le contrat*. Paris : Dalloz, 2009, 305p. (Méthode du droit).

JESTAZ Philippe, MARGUENAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe. « Révolution tranquille à la Cour de cassation ». *D.* 2014, n°36, p.2061-2070.

JOSSERAND Louis. « Le contrat dirigé ». *D.* 1933, p.89.

KISS Alexander. *La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?* In Mélanges en hommage à L. E. PETTITI. Bruxelles : Bruylant, 1998.

KOVAR Robert. « Lois de validation et droit communautaire ». *Europe* 2007, n°10, p.5-10.

KULLMANN Jérôme. *RGDA* 2001, n°2, p.349-351.



LAGARDE Xavier. « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle » *D.* 2005, n°32, p.2222-2225.

LAITHIER Yves-Marie. « L'obligation d'exécuter le contrat est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives ». *D.* 2014, n°1, p.33.

LAJOYE Christophe. « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ». *CREDHO* 2202, n°1, p.9.

LALLET, Alexandra. « La responsabilité du fait de l'interprétation jurisprudentielle d'une loi ». *RFDA* 2014, n°6, p.1178-1185.

LAMOUREUX Marie. « L'interprétation des contrats de consommation ». *D.* 2006, n°41, p. 2848-2854.

LANGLOIS Philippe. *Dr. Soc.* 1975, p.283.

LAULOM Sylvaine. « Le droit aux congés annuels payés : les limites de l'obligation d'interprétation conforme ». *Droit social* 2013, n°6, p.564-566.

LE BARBIER-LE-BRIS Muriel. *Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale, les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres.* In *Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*. Rennes : Apogée, 2006.

LE BAUT-FERRARESE Bernadette. « Le juge judiciaire acteur de l'intégration normative ». *RTDE* 2014, n°2, p.435-437.

LE CALONNEC Joseph. *Revue judiciaire de l'Ouest* 1983, p.130.

LE CHUITON Sandrine. « Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation-partage : la France encore condamnée ! ». *JCP N* 2013, n°12, p.45-47.

LEDUCQ Xavier. « Réintégration d'un contrat d'assurance-vie dans la succession par interprétation de la volonté du testateur, selon les termes mêmes du testament olographe ». *La Gaz. Pal.* 2012, n°335-336, p.38-39.

LE GAC-PECH Sophie. « Bâtir un droit des contractants vulnérables » : *RTD Civ.* 2014, n°3, p.581-595.

LE GALLOU Cécile. « Interprétation du contrat d'assurance : rien que le contrat ! », *Revue Lamy Droit Civil* 2012 n°97, p.13-14.

LE GOFF Jacques. *L'interprétation des conventions collectives.* In *Droit du travail et société, T.2, Les relations collectives du travail. Petit Traité de droit du travail.* Rennes : Presse Universitaire de Rennes, 2002.

LELIEUR Juliette. « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être refusée pour incompatibilité avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution de l'État requis ». *AJDP D.* 2013, n°6, p. 350-352.



LEMOULAND Jean-Jacques, VIGNEAU Daniel. *D.* 2014, n°23, p.1342-1354 ;

LENAERTS Koen. *Le devoir de loyauté communautaire. In La Loyauté. Mélanges offerts à Etienne CEREXHE.* Bruxelles : Larcier. 1996, p.229-247.

LEQUETTE Yves. « Quelques remarques à propos du code civil de M. VON BAR ». *D.*2002, n°28, p.2202.

LEQUETTE Yves. « Y aura-t-il encore en France, l’an prochain, un droit commun des contrats ? ». *RDC* 2015, n°3, p.616.

LE TOURNEAU Philippe et POUMAREDE Olivier. « Bonne foi ». *Rép. civ. Dalloz.*

LEVADE Anne. « Mandat d’arrêt européen : quand confiance et reconnaissance mutuelles font obstacle au « sauf si » ! ». *Constitutions* 2013 p.184.

LEVADE Anne. « Le droit de l’Union ne régit pas les relations entre Convention européenne des droits de l’homme et droit national ». *Constitutions* 2012, p.290

LEVENEUR Laurent. « Le forçage du contrat ». *Dr. et Patr.* Mars 1998, p. 69.

LOKIEC Pascal. « Le droit des contrats et la protection des attentes ». *D.* 2007, n°5, p.321.

LOUVEL Bertrand. « Vers un office renouvelé de la Cour de cassation. Les défis posés par la prise de pouvoir juridique des juridictions constitutionnelle et européenne ». Discours prononcé lors du colloque sur « les sources du droit à l’aune de la pratique judiciaire », organisé en partenariat avec l’université Panthéon-Assas (Paris 2) et l’association française pour l’histoire de la justice (AFHJ) le 11 décembre 2014. Disponible sur < https://www.courdecassation.fr/IMG///source_droit_aune_pratique_judiciaire_20141211.pdf > (consulté le 17/09/2015).

LUCAS-ALBERNI Katia. « La Cour européenne des droits de l’homme face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence ». *JCP* 2007, n°37, p.36-39.

LUCAS Katia. « Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la « loi » : la Cour européenne des droits de l’homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap jurisprudentiels ». *RTDH* 2012 n°92, p.747.

LUCIANI MASSIMO. *L’interprétation conforme et le dialogue des juges – Notes préliminaires . In Le dialogue des Juges : mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois.* Paris : Dalloz-Sirey. 2009, 1216p.

MAINGUY Daniel. « L’avenir de l’obligation de sécurité dans la vente ». *Dr. et Patr.* 1998, n°66, p. 68-76.



MAINGUY, Daniel. « L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II ». *JCP G* 2011, n°20, p.997-1003.

MALAURIE Philippe, « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », *JCP* 2002, n°110, p.282-285.

MALAURIE Philippe. « L'interprétation évolutive d'un testament selon la Convention européenne des droits de l'Homme ». *Defrénois*, 2005, n°23, p.1909-1911.

MALAURIE, Philippe. « Les libéralités graduelles et résiduelles ». *Defrénois* 2006, n°23, p.1801-1814.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les obligations*. Paris : Defrénois, 2007, 3^{ème} éd., 855p. (Droit civil).

MALINVAUD Philippe. « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, » *D.*2002, n°33, page 2542-2551.

MALINVAUD Philippe. « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence ». *RTD Civ.* 2005, n°2, p.312-318.

MALINVAUD Philippe. « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes ». *D.* 2008, n°36, p.2551-2552.

MANIN Philippe. L'invocabilité des directives : quelques interrogations. *RTDE* 1990, n°4, p.669-692.

MARCHADIER Fabien. « La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation ». *D.* 2012, n°30, p.2007-2011.

MARCHADIER Fabien. « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme ». *RDC* 2014, n°3, p.553-558.

MARCHADIER Fabien. « La bonne foi du sous-acquéreur sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme ». *RDC*, 2015, n°1, p.137.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « De quelques observations de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation française ». *RTD Civ.* 2000, p.439

MARGUENAUD Jean-Pierre (dir.). *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*. Paris : La documentation française. 2001, p.18 (Mission de recherche « Droit et Justice »).

MARGUENAUD Jean-Pierre. « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange ». *RTD Civ.* 2002, p.862.



MARGUENAUD Jean-Pierre. « Actes du Colloque sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français ». Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *LPA* 5 mars 2009, n°46.

MARGUENAUD Jean-Pierre « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles » *RTD Civ.* 2004, n°2, p.361-364.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « Avis de tempête sur l'interprétation des testaments et des contrats privés ». *RTD Civ.* 2004, n°4, p.804-806.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes ». *RTD civ.* 2006, n°4, p.719-721.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « Un nouvel instrument de conquête du droit des contrats par la Cour EDH : le règlement amiable pilote ». *RTD Civ.* 2008, n°4, p.641.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme ». *RTD Civ.* 2009, n°2, p.281-283.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale ». *RDC* 2009, n°4, p.1211-1217.

MARGUENAUD, Jean-Pierre. « Les mutations de la convention : le texte initial, les protocoles et l'interprétation jurisprudentielle ». *LPA* 22/12/2010, n°254, p.5-8.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « La stigmatisation européenne de l'application mécanique des principes d'interprétation d'un Code civil ». *RDC* 2010, p.981-986.

MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.), MARCHADIER Fabien, ROCHFELD Judith, MAZEAUD Denis, BERGE Jean-Sylvestre. « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? » Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges. *RDC* 2011, n°1, p.229-259.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt Mazurek ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied ». *RTD Civ.* 2011, n°4, p.732-735.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise ». *RDC* 2011, n°3, p.949-954.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « Mazurek revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg ». *RTD Civ.* 2013, p.333.

MARGUENAUD Jean-Pierre. « Consécration européenne d'une obligation précontractuelle d'information des salariés exerçant une activité intrinsèquement dangereuse ». *RDC* 2014, n°2, p.285-287.



MARGUENAUD Jean-Pierre. « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre allés en ligne directe ». *RTD Civ.* 2014, n°2, p.307-312.

MARTIN Denis. « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence? » *RTDH* 2007 n°69, p.107-134.

MATHIEU Bertrand. « Liberté contractuelle et sécurité juridique, les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier ». *LPA* 1997, n°29, p.5-7.

MATSCHER Franz. *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la CEDH.* In SUDRE Frédéric (dir.). *L'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme.* Bruxelles : Bruylant, 1998, 352p. (Droit et justice).

MAZEAUD Denis. « L'attraction du droit de la consommation ». In « Droit du marché et droit commun des obligations ». *RTD Com.* 1998, n°1, p.95-114.

MAZEAUD Denis. « Du nouveau sur l'obligation de renégocier ». *D.* 2004, n°25, p.1754-1758.

MAZEAUD Denis. L'arrêt Canal « moins ». *D.* 2010, n°38, p.2481-2485.

MAZEAUD Denis, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation ». *RDC* 2015, n°1, p.187-192.

MEKKI Mustapha. « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise ». *RDC* 2010, n°1, p.383-407

MEKKI Mustapha. « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels ». *RDC* 2015, n°3, p.651.

MESTRE Jacques et FAGES Bertrand. *RTD Civ.* 2003, n°2, p.292-294

MILLARD Eric. « L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio », *Analisi e Diritto*, 2005, p.209-217.

MILLARD Eric. « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2007, n°2, p.59-71.

MILLARD Eric. *Réalisme scandinave, Réalisme américain : un essai de caractérisation.* In le Réalisme juridique scandinave en question, Actes du colloque de Rouen, 17-18 mai 2002. Rouen : Presses Universitaires de Rouen, 2004.

MILLEVILLE Sébastien. « L'interprétation des contrats dans la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente ». *LPA* 24/12/2013, n°256, p.35-37.

MODERNE Franck. « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ». *RFDA* 2006, p.2.

MOLFESSIS Nicolas. « La notion de loi interprétative ». *RTD Civ.* 2002, p.599.



MOLFESSIS Nicolas, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET*. Paris : Litec, 2005.

MOLFESSIS Nicolas. « Droit des contrats : l'heure de la réforme ». *JCP G* 2015, n°7, p.199.

MONTESQUIEU. *De l'Esprit des lois*. 1748.

MOREAU Marie-Ange. « L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes) ». *Dr. Soc.* 2013, p.410.

MORVAN Patrick. « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable ». *D.* 2007, n°12, p.835-841.

MOTULSKY Henri. *RIDC* 1949, p.206.

MOURALIS Jean-Louis. *Rép. Civ. D.*, « Imprévision », 2003.

MULLER, Étienne. « Rétroactivité de l'interprétation du droit de l'Union et modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse ». *RTDE* 2015, n°2, p.436-437.

MURAT Pierre. « Quelques éléments de l'actualité patrimoniale en droit de la famille ». *Gaz. Pal.* 2012 n°83-84, p.34-45.

NICOD Marc. « Le réveil des libéralités substitutives, les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil ». *Dr. Famille* 2006, étude 45.

NICOD Marc. « Interprétation souveraine des juges du fond quant à l'étendue d'un testament en faveur du conjoint survivant ». *Dr. famille* 2015, p.40-41.

NOGUERO, David. La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (première partie). *Gaz. Pal.* 2011, n°329-330, p.6-14.

NOURISSAT, Cyril. « Le contentieux contractuel : une histoire d'autonomie ». *RDC* 2014, n°3, p.575-578.

OST François. *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*. In DELMAS-MARTY Mireille. *Raisonnement la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*. Paris : PUF, 1989, 512p.

PAISANT Gilles. « Les clauses abusives et la présentation du contrat dans la loi n°95-96 du 1er février 1995 ». *D.* 1995, n°14, p.99-108.



PAISANT Gilles. *De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation*. In Mélanges en l'honneur du doyen Roger DECOTTIGNIES. Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2003.

PAISANT Gilles. « La reconnaissance du caractère abusif de clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé aux consommateurs ». *JCP G* 2013, n°19-20, p.927-930.

PANSIER Frédéric-Jérôme. « Convention collective obscure s'interprète contre le créancier ». *Cahiers sociaux du barreau de Paris* 2008, n°198, p.109-111.

PASTRE-BELDA, Béatrice. « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? ». *RTDH* 2015, n°101, p.89-113.

PAULIN Alexandre. « Enfant adultérin et succession : violation de la Convention européenne ». *Revue Lamy Droit Civil*, 2013, n°103, p.57-58.

PERES Cécile. « Le contrat, la sécurité juridique et les mesures transitoires : les suites de l'arrêt KPMG ». *RDC* 2007, n°4, p.1091.

PERES Cécile. « L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence ». *D.* 2001, n°34, p.2439-2443.

PERES Cécile. « Le principe de sécurité juridique, dont bénéficie le contrat en matière successorale, légitime les discriminations fondées sur la naissance ». *RDC* 2012, n°1, p.32-42.

PERES Cécile. « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel ». *RDC* 2013, n°4, p.1285-1298.

PERRIN Alix. « Le mythe de l'autonomie procédurale a vécu » : Que reste-il de l'autonomie procédurale des Etats membres ? ». *RDP* 2008, n°6, p.1661-1688.

PETERKA Nathalie. « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité ». *D.* 2006, n°37, p.2580-2583.

PETIT Bruno. « Contrats et obligations. Obligation d'information. » *Jurisclasseur Droit civil*, Fasc.50, articles 1136 à 1145, 2011.

PETTITI Christophe. « La rétroactivité des lois civiles. Une nouvelle fois sanctionnée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 1er du Protocole n° 1 ». *RTDH* 2007, n°70 p.493-507

PFERSMANN Otto. « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée ». *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, n°18, p.138-140.

PFERSMANN Otto. « Contre le néo-libéralisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation ». *RFDC* 2002, n°4, p.789-836.



PFERSMANN Otto, « Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper ». *RFD Const.* 2002, n°52, p.759-788.

PICARD Etienne. *Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique. In L'office du juge, Actes du colloque au Sénat, les 29 et 30 septembre 2006.*

PICOD Yves. « Contrats et Obligations. - Effet obligatoire des conventions. - Exécution de bonne foi des conventions. » *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1134 et 1135, fasc. Unique, 2013.

PICOD Yves, « Les projets français sur la réforme du droit des obligations ». *Revista para el análisis del derecho*, octobre 2009, InDret 4/2009, p.8.

PIGNARRE Geneviève. « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? ». *RDC* 2013, n°1, p.251-290.

PIGNARRE Geneviève. « La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ? ». *RDC* 2014, n°3, p.559-566.

POISSON-DROCOURT Elisabeth. « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament ». *D.* 2005, n°27, p.1832-1835.

POTVIN-SOLIS Laurence. « Le concept de dialogue entre les juges en Europe ». *In Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice, 2004, n°53.* Bruxelles : Bruylant, 2004, p.211 (Nemesis).

POTVIN-SOLIS Laurence. « La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes ». *RTDH* 2009, n°80, p.967.

PUISSOCHET Jean-Pierre. « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes ». *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2001, n°11, p.157.

RADE Christophe. « Conventions collectives de travail : questions d'interprétation ». *RDC* 2009, n°2, p.623-633.

REMY Philippe. Note sous arrêt, *RTD Civ.* 1991, p. 136.

REMET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion ». *RDC* 2015, n°1, p.199-206.

RIDEAU Joël. « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire ». *AFDI* 1982, p.885.

RIDEAU Joël. « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne ». *RAE*, 2007, p.185-207.



RIGAUX Anne. « Invocabilité avant expiration du délai de transposition ». *Europe* 2008, n°3, p.10-11.

RITLENG Dominique. « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union ». *RTDE* 2009, n°4, p.677-696.

RITLENG Dominique. « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union – Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni ». *RTDE* 2013, n°2, p.267-292.

RITLENG Dominique. « Responsabilité du fait des lois ou du fait de la justice pour violation du droit de l'Union ». *RTDE* 2015, n°2, p.431-433.

RITLENG Dominique. « La nouvelle typologie des actes de l'Union – un premier bilan critique de son utilisation ». *RTDE* 2015, n°1, p.7-20.

ROBBE Charlotte, TRAVADE-LANNOY Stéphanie. « Le principe de non-discrimination à raison de la naissance doit primer sur l'impératif de sécurité juridique », *Gaz. Pal.* 2013, n°79-80, p.11-14.

ROCHFELD Judith. « CEDH et interprétation des contrats de droit privé ». *RDC* 2005, n°3, p.645-650.

ROCHFELD Judith. « Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique » ». *RDC* 2005, n°2, p.257-261.

ROCHFELD Judith. « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique » ». *RDC* 2006, n°3, p.665-670.

ROCHFELD Judith. « L'obligation transversale ? ». *D.* 2007, n°29, p.2068-2072.

ROCHFELD Judith, AUBERT DE VINCELLES Carole. « Les apports de l'« Acquis communautaire » au cadre commun de référence ». *RTDE* 2008, n°4, p.741-760.

ROCHFELD Judith. « La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique ». *RDC* 2010, n°1, p.499-503.

ROCHFELD Judith ; PERES Cécile. « L'interdiction de déroger par contrat aux règles monarchiques de transmission du titre de noblesse à l'aîné des mâles ». *RDC* 2011, n°3, p.781-788.

ROCHFELD Judith. « Le contrat et la Cour européenne des droits de l'homme (I) : interrogations prospectives sur la possibilité de saisir la cause de l'obligation comme un bien, ou avis aux amateurs de nouvelles argumentations ». *RDC* 2012, n°1, p.23-29.

ROCHFELD Judith. « Le contrat et la Cour européenne des droits de l'homme (II) : l'articulation de l'exigence « spéciale » de bonne foi et du respect des droits fondamentaux ». *RDC* 2012, n°1, p.29-32.



ROCHFELD Judith. « CEDH et droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens, mâtinée d'exigence de non-discrimination ». *RDC* 2012, n°2, p.373-377.

ROCHFELD Judith. « CEDH et sources du droit des contrats : nouvelle application du droit au respect de ses biens en matière contractuelle et jugement d'équilibre des contrats dans la durée ». *RDC* 2013, n°1, p.31-36.

ROCHFELD Judith. « La protection du consommateur-contractant dans l'Union européenne : quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée ». *RDC* 2013, n°3, p.843-848.

ROCHFELD Judith. « Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? ». *RDC* 2013, n°2, p.489-495.

ROCHFELD Judith. « Le solidarisme à la mode européenne : vers une obligation d'information sur les risques d'atteintes graves à un droit fondamental en raison de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat ». *RDC* 2013, n°3, p.837-843.

ROCHFELD Judith. « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français ». *RDC* 2013 n°4, p.1601-1613.

ROCHFELD Judith. « Existe-t-il un ordre public « renforcé » de « régulation » en droit transitoire ? ». *RDC* 2014, n° 3, p.499-503.

ROCHFELD Judith. « Existe-t-il un ordre public « renforcé » de « régulation » en droit transitoire ? ». *RDC* 2014, n°3, p.499-503.

ROLLAND Patrice. « L'interprétation de la Convention », *in* Le juge administratif français et la CEDH. *RUDH* 1991, p. 280

ROSA, Audrey. « La détermination du lieu de livraison d'un bien : le juge livre ses méthodes d'interprétation ». *Revue Lamy Droit des affaires* 2015, p.60-62.

RUFFINI-GANDOLFI Maria-Letizia. « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats, » *RIDC* 2002, n°4, p.1075.

SALVAT Odile, TALLON Denis. « Royaume-Uni ». *RIDC* 1982, p.959-1058.

SARGOS Pierre. « L'horreur économique dans la relation de droit ». *Dr. soc.* 2005, n°2, p.123-126.

SARGOS Pierre. « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité ». *JCP G* n° 4, 2003, p.121-128.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha. « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* juin 2008, Etudes p.10.



SAUVE Jean-Marc. *La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen*. Conférence à l'Université Jagellonne de Cracovie (Pologne), le 22 octobre 2012. Texte disponible sur le site <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-dynamique-de-protection-des-droits-fondamentaux-en-droit-national-et-en-droit-europeen#46> (consulté le 17/09/2015)

SAVAUX Eric. « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision-Rapport français ». *RDC* 2010, n°3, p.1057-1067.

SAVAUX Eric. « Frémissement en matière d'imprévision ». *RDC* 2011, n°1, p.34-39.

SAVOURE Bertrand. « Les nouvelles donations: place aux libéralités graduelles et résiduelles ! ». *Revue Lamy droit civil* 2006, n°33, p.27-34.

SEIFERT Achim. « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé ». *RTDE* 2012, n°4, p.801.

SEUBE Jean-Baptiste. « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale ». Colloque sur Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français. Saint-Denis de la Réunion, 4 juin 2007. *LPA* 5 mars 2009, n°46, p.86.

SEUBE Jean-Baptiste. « Les clauses aménageant les obligations de délivrance et d'entretien du bailleur sont d'interprétation restrictive ». *RDC* 2013, n°2, p.633.

SERVOIR Anne. « Propositions concernant l'introduction d'une hiérarchie des normes au niveau communautaire ». *Cahiers du GERSE* (Groupes d'Etudes et de Recherches Sur l'Europe). Disponible sur < <http://www.juripole.fr/CEU/Servoir.html> > (consulté le 17/09/2015).

SIMLER Philippe. « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur Droit civil*, articles 1156 à 1164, Fasc. 10 et Fasc. 20, 2015.

SIMLER Philippe, « Contrats et Obligations. – Interprétation des contrats ». *Jurisclasseur répertoire notarial* Fasc. 31, 2015.

SIMON Anne. « Convention européenne des droits de l'homme et dispositions transitoires. Le point sur le régime et les effets d'un contrôle de conformité exigeant ». *RTDE* 2014 n°3, p.581-592.

SIMON Denys. *Les exigences de la primauté du droit communautaire, continuité ou métamorphoses ? In L'Europe et le droit – Mélanges en l'hommage de J. Boulouis*. Paris : Dalloz, 1991, p.481-493.

SIMON Denys. « Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? ». *Pouvoirs* 2001, n°1, p.46-47.

SIMON Denys. *L'invocabilité du droit communautaire*, in CANIVET Guy, IDOT Laurence, SIMON Denys (dir.). *Lamy procédures communautaires*, 2007, étude 2010.



SIMON Denys. « L'application des directives par les tribunaux nationaux ». *BICC* 01/10/1993, p.1.

SIMON Denys. « Vers l'Europe des résultats ». *Europe* 2007, n°10, p.9.

SIMON Denys. « De la pyramide kelsénienne à un pluralisme juridique ordonné ? ». *Europe* 2008, n°5, p.1-2.

SIMON Denys. « Interprétation conforme ». *Europe*, 2009, n°10, p.7.

SIMON Denys. « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou inflexion ? ». *Europe* 2010, n°3, p.4-7.

SIMON Denys. « Solange, le mot magique du dialogue des juges ». *Europe* 2010 n°7, p.1-2.

SIMON Denys. « Obligation du juge national ». *Europe* 2012, n°3, p.13-14.

SIMON Denys. « Effet des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union ». *Europe* 2012, n°5, p.17.

SIMON Denys. « Interprétation conforme ». *Europe* 2012, n°7, p.16-17.

SIMON Denys. « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux ». *Europe* 2014, n°3, p.13-14.

SONNENBERGER Hans Jürgen, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ?- Réflexions sur la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et la résolution du PE du 15 novembre 2001 ». *RCDIP* 2002, p.405.

STOMHOLM Stig. « La philosophie du droit scandinave ». *RIDC* 1980, n°1, p.13.

SUDRE Frédéric. « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme ». *RTDH* 1995, p.364.

SUDRE Frédéric. *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*. In *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles : Bruylant, 2000.

SUDRE Frédéric. « Discrimination et droit au respect de la vie familiale ». *JCP* 2005, p.103

SUDRE Frédéric. « Convention Européenne Des Droits De L'homme – Caractères généraux ». *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 6500, 2013.

SUDRE Frédéric. *L'interprétation dynamique de la cour européenne des droits de l'homme*. In *L'office du juge*. Les colloques du sénat, 29 et 30 septembre 2006. Disponible sur

< http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf >



SUDRE Frédéric. « Droits successoraux des enfants « adultérins » : zéro pointé pour la Cour de cassation ». *JCP G* 2013, n°9, p. 425.

SUDRE Frédéric. « Droit de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ». *JCP G* 2013, n°29, p.1476-1482.

SURREL Hélène. « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention ». *RTDH* 2012 n°90, p.271.

SURREL Hélène. « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux ». *JCP G* 2014, n°10-11, p.319.

TAVERNIER Julie. « La loi interprétative devant la Cour européenne des droits de l'homme - Une illustration des conséquences des arrêts pilotes dans l'ordre juridique italien ». *RTDH* 2014, n°99, p.717.

TENENBAUM Aline. « Variations autour de la directive n° 91/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. *RDC* 2015, n°3, p.607.

TERNEYRE Philippe. « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel ». *AJDA* 1998, n°9, p.667-675.

TERRE François. « Un juge créateur de droit ? Non merci ! ». *APD* 2006, vol.59, p.305.

TOURNAUX Sébastien. *Lexbase éd. Sociale* 13/12/2007, n°285.

TOURNAUX Sébastien. « Le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement liée à l'absence de motif disciplinaire » *Lexbase hebdo éd. sociale* 2007, n°285.

TRICOIT Jean-Philippe. « Sanction des clauses abusives en crédit à la consommation : déchéance du droit aux intérêts ou clause réputée non écrite ? ». *D.* 2005, n°6, p.443-448.

TROFFIMOFF Hervé. « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats ». *Rev. Fr. d'hist. du droit français et étranger*, 1994, p.203.

TROPER Michel. « Justice contractuelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n°1, p.31-48.

TROPER Michel. « La constitution comme système juridique autonome », *Droits* 2002, n°35, p.63-78.

TROPER Michel. « Réplique à Otto Pfersmann ». *RFDC* 2002 n°50, p.335.

TULKENS Françoise. « L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme ». *RUDH* 2000, p.52.

USUNIER Laurence. « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance ». *RDC* 2012, n°4, p.1372-1383.

USUNIER, Laurence. « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme ». *RTD Civ* 2014, n°2, p.312-318.

VACHET Gérard. « L'interprétation des conventions collectives ». *JCP E* n°45, p.491.

VAN DIJK P. *Positive Obligations in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the «Masters» of the Convention?*. In Castermans-Holleman M., Van Hoof F. et Smith J. (dir.), *The Rôle of the Nation-State in the 21st Century. Essays in honour of P. Baehr*.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien. « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites ». *RTDH* 2009, n°79, p.811.

VAREILLE Bernard et COMBRET Jacques. « Sécuriser la transmission du patrimoine personnel ». *Dr. et patr.* 2007, n°158, p.72.

VERKINDT Pierre-Yves. Résiliation judiciaire du contrat de travail et versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, *JCP S.* 2005, n°13, p.28-29.

VERKINDT Pierre-Yves. Indemnité conventionnelle de licenciement : les dispositions de la convention collective s'appliquent strictement ». *JCP S.* 2008, n°22, p.33-35.

VIRASSAMY Georges. « De l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ». *JCP* 1993, n°46, p.469-472.

WALTUCH Jonathan. « La guerre des juges n'aura pas lieu : à propos de la décision Honeywell de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ». *RTDE* 2011, n°2, p.329-360.

WICKER Guillaume. « Le nouveau droit des libéralités: entre évolution, révolution et contre-révolution ». *Dr. et Patr.* 2007, n°157, p.74.

WHITTAKER Simon. « L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle ». *RDC* 2011, n°2, p.579-604.



Jurisprudence

Jurisprudence européenne

Cour EDH

CEDH AP 23 juillet 1968, arrêt affaire Linguistique belge, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64

CEDH AP 21 février 1975, arrêt Golder c/ Royaume-Uni, req. n°4451/70

CEDH AP 8 juin 1976, arrêt Engel et autres c/ Pays-Bas, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72

CEDH AP 7 décembre 1976, arrêt Handyside c/ Royaume-Uni, req. n°5493/72

CEDH AP 26 avril 1979, arrêt Sunday Times c/ Royaume-Uni, req. n°6538/74

CEDH AP 13 juin 1979, arrêt Marckx c/ Belgique, req. n°6833/74

CEDH AP 13 août 1981, arrêt Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, req. n°7601-76 et 7806/77

CEDH AP 2 août 1984, arrêt Malone c/ Royaume-Uni, req. n°8691/79

CEDH AP 29 mai 1986, arrêt Feldbrugge, req. n°8562/79

CEDH AP 29 mai 1986, arrêt Deumeland, req. n°9384/81

CEDH AP 8 juillet 1986, arrêt Lithgow e.a. c/ R-U, req. n°9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81

CEDH AP 17 octobre 1986, arrêt Rees c/ Royaume-Uni, req. n°9532/81

CEDH AP 29 avril 1988, arrêt Belilos c/ Suisse, req. n°10328/83

CEDH AP 24 mai 1989, arrêt Hauschildt c/ Danemark, req. n°10486/83

CEDH AP 7 juillet 1989, arrêt Gaskin c/ Royaume-Uni, req. n°10454/83

CEDH AP 19 décembre 1989, arrêt Mellacher e.a. c/ Autriche, req. n°10522/83, 11011/84 et 11070/84

CEDH AP 25 mars 1992, arrêt B. C/ France, req. n°13343/87

CEDH AP 29 octobre 1992, arrêt Open Door et Dublin Well Women c/ Irlande, req. n°14234/88 et 14235/88

CEDH GC 23 mars 1995, arrêt Loizidou c/ Turquie (exceptions préliminaires), req. n°15318/89

CEDH GC 16 septembre 1996, arrêt Akdivar e.a. c/ Turquie, req. n°21893/93

CEDH GC 27 septembre 1995, arrêt Mc Cann e.a. c/ Royaume-Uni, req. n°18984/91

CEDH GC 15 novembre 1996, arrêt Cantoni c/ France, req. n°17862/91

CEDH GC 26 novembre 1997, arrêt Stamoulakatos c/ Grèce (n°2), req. n°27159/95

CEDH GC 28 novembre 1997, arrêt Mentès et autres c/ Turquie, req. n°23186/94

CEDH GC 25 mars 1999, arrêt Iatridis c/ Grèce, req. n°31107/96

CEDH GC 18 février 1999, arrêt Waite et Kennedy c/ Allemagne, req. n°26083/94

CEDH GC 8 juillet 1999, arrêt Başkaya et Okçuoğlu c/ Turquie, req. n°23536/94 et 24408/94

CEDH GC 28 juillet 1999, arrêt Selmouni c/ France, req. n°25803/94

CEDH GC 28 septembre 1999, arrêt Civet c/ France, req. n°29340/95

CEDH GC 28 octobre 1999, arrêt Brumărescu c/ Roumanie, req. n°28342/95

CEDH GC 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne, req. n°34044/96, 35532/97, 44801/98

CEDH GC 21 novembre 2001, arrêt Al-Adsani c/ Royaume-Uni, req. n°35763/97

CEDH GC 21 novembre 2001, arrêt Fogarty c/ R-U, req. n°37112/97

CEDH GC 28 mai 2002, arrêt Stafford, req. n°46295/99

CEDH GC 11 juillet 2002, arrêt Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, req. n°28957/95
 CEDH GC 22 juin 2004, arrêt Broniowski c/ Pologne, req. n°31443/96
 CEDH GC 8 juillet 2004, arrêt Vô c/ France, req. n°53924/00
 CEDH GC 28 septembre 2004, arrêt Kopocky c/ Slovaquie, req. n°44912/98
 CEDH GC 30 novembre 2004, arrêt Öneriyildiz c/ Turquie, req. n°48939/99
 CEDH GC 20 décembre 2004, arrêt Makaratzis c/ Grèce, req. N°50385/99
 CEDH GC 6 juillet 2005, arrêt Nachova et autres c/ Bulgarie, req. n°43577/98 et 43579/98
 CEDH GC 6 octobre 2005, arrêt Maurice c/ France, req. n°11810/03
 CEDH GC 6 octobre 2005, arrêt Hirst c/ Royaume-Uni (n°2), req. n°74025/01
 CEDH GC 19 octobre 2005, arrêt Roche c/ Royaume-Uni, pourvoi n°32555/96
 CEDH GC 19 juin 2006, arrêt Hutten-Czapska c/ Pologne, req. n°35014/97
 CEDH GC 14 décembre 2006, arrêt Marcovic e.a. c/ Italie, req. n°1398/03
 CEDH GC 2 mai 2007, décision sur la recevabilité Agim Behrami et Bekir Behrami c/France
 CEDH GC, décision sur la recevabilité Ruzhdi Saramati c/ France, Allemagne Norvège, req. n°71412/01 et 78166/01
 CEDH GC 11 janvier 2007, arrêt Anheuser-Busch inc. c/ Portugal, req. n°73049/01
 CEDH GC 30 août 2007, arrêt J.A. Pye c/ R.U., req. n°44302/02
 CEDH GC 12 février 2008, arrêt Kafkaris c/ Chypre, req.n°21906/04
 CEDH GC 28 avril 2008, arrêt Hutten-Czapska c/ Pologne, règlement amiable, req. 35014/9req.
 CEDH GC 19 septembre 2008, arrêt Korbely c/ Hongrie, req. n°9174/02
 CEDH GC 12 novembre 2008, arrêt Demir et Baykara, req. n°34503/97
 CEDH GC 10 mars 2009, arrêt Bykov c/ Russie, req. n°4378/02
 CEDH GC 9 juillet 2009, arrêt Mooren c/ Allemagne, req. n°11364/03
 CEDH GC, 17 septembre 2009, arrêt Scoppola c/ Italie, n°2, req. n°10249/03
 CEDH GC 18 septembre 2009, arrêt Varnava et autres c/ Turquie, req. n°16064/90
 CEDH GC 15 octobre 2009, arrêt Micallef c/ Malte, req. n°17056/06
 CEDH GC 17 mai 2010, arrêt Kononov c/ Lettonie, req. n°36376/04
 CEDH GC 16 novembre 2010, arrêt Taxquet c/ Belgique, req. n°926/05
 CEDH GC 20 octobre 2011, Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie, req. n°13279/05
 CEDH GC 25 octobre 2012, arrêt Vistiņš et Perepjolkins c/ Lettonie, req. n°71243/01
 CEDH GC 7 février 2013, arrêt Fabris c/ France, req. n°16574/08
 CEDH GC 21 octobre 2013, arrêt Del Río Prada c/ Espagne, req. n°42750/09
 CEDH GC 25 mars 2014, arrêt Vučković e.a. c/ Serbie req. n° 17153/11,
 CEDH GC 12 juin 2014, arrêt Fernández Martínez c/ Espagne, req. n°56030/07
 CEDH GC 16 juillet 2014, arrêt Ališić e.a. c/ Bosnie-herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République yougoslave de Macédoine, req. n°60642/08
 CEDH GC 4 novembre 2014, arrêt Tarakhel c/ Suisse, req. n°29217/12
 CEDH GC 27 janvier 2015, arrêt Rohlena c/ République tchèque, req. n°59552/08

CEDH 25 avril 1978, arrêt Tyrer c/ Royaume-Uni, req. n°5856/72
 CEDH 28 juin 1978, arrêt König c/ Allemagne, req. n°6232/73
 CEDH 24 octobre 1979, arrêt Winterwerp c/ Pays-Bas, req. n°6301/73
 CEDH 10 février 1983, arrêt Albert et Le Compte, req. n°7299/75 et 7496/76
 CEDH 25 mars 1983, arrêt Silver e.a c/ Royaume-Uni, req. n° 5947/72 ; 6205/73 ; 7052/75 ; 7061/75 ; 7107/75 ; 7113/75 ; 7136/75
 CEDH 25 mars 1985, arrêt Barthold, c/ Allemagne, req. n°8734/79
 CEDH 21 février 1986, arrêt James e.a. c/ R-U, req. n°8793/79
 CEDH 21 juin 1988, arrêt Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche, req. n°10126/82



CEDH 7 octobre 1988, arrêt Salabiaku c/ France, req. n°10519/83
CEDH 30 mars 1989, arrêt Chappell c/ Royaume-Uni, req. n°104461/83
CEDH 22 juin 1989, arrêt Eriksson c/ Suède, req. n°11373/85
CEDH 24 avril 1990, arrêt Kruslin c/ France, req. n°11801/85
CEDH 27 août 1991, arrêt Philis c/ Grèce (n°1), req. n° 12750/87, 13780/88 et 14003/88
CEDH 25 juin 1992, arrêt Thorgeir Thorgeirson c/ Islande, req. n°13778/88
CEDH 16 décembre 1992, arrêt Niemietz c/ Allemagne, requête n°13710/88
CEDH 26 février 1993, arrêt Padovani c/ Italie, req. n°13396/87
CEDH 20 avril 1993, arrêt Sibson, req. n°14327/88
CEDH 30 juin 1993, arrêt Sigurdur A. Sigurjónsson c/ Islande, req. n°16130/90
CEDH 1^{er} juillet 1993, arrêt Procola c/ Luxembourg, req. n°1457/89
CEDH 23 novembre 1993, arrêt A. c/ France, req. n°14838/89
CEDH 24 février 1994, arrêt Casado Coca c/ Espagne, req. n°15450/89
CEDH 21 septembre 1994, arrêt Fayed c/ R-U, req. n°17101/90
CEDH 22 septembre 1994, arrêt Hentrich c/ France, req. n°13616/88
CEDH 9 décembre 1994, arrêt Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, req. n°13427/87
CEDH 9 décembre 1994, arrêt López-Ostra c/ Espagne, req. n°16798/90
CEDH 20 novembre 1995, arrêt Pressos Compania Naviera S.A. c/ Belgique, req. n°17849/91
CEDH 22 novembre 1995, arrêt C. R. c/ Royaume-Uni, req. n°20190/92
CEDH 22 novembre 1995, arrêt S.W. c/ Royaume-Uni, req. n°20166/92
CEDH 16 février 1996, arrêt Gül c/ Suisse, req. n°23218/94
CEDH 22 février 1996, arrêt Bulut c/ Autriche, req. n°17358/90
CEDH 23 avril 1996, arrêt Remli c/ France, req. n°16839/90
CEDH 25 juin 1996, arrêt Amuur c/ France, req. n°19776/92
CEDH 16 septembre 1996, arrêt Gaygusuz c/ Autriche, req. n°17371/90
CEDH 15 novembre 1996, arrêt Cantoni c/ France, req. n°17862/91
CEDH 25 novembre 1996, arrêt Wingrove c/ Royaume-Uni, req. n°17419/90
CEDH 25 février 1997, arrêt Z c/ Finlande, req. n°22009/93
CEDH 16 décembre 1997, arrêt Tejedor García c/ Espagne, req. n°25420/94
CEDH 19 décembre 1997, arrêt Brualla Gómez de la Torre c/ Espagne, req. n°26737/95
CEDH 19 février 1998, arrêt Guerra c/ Italie, requête n°14967/89
CEDH 19 février 1998, arrêt Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne, req. n°28028/95
CEDH 27 mars 1998, arrêt Petrovic c/ Autriche, req. n°20458/92
CEDH 25 mai 1998, arrêt Kurt, req. n°24276/94
CEDH 28 octobre 1998, arrêt Pérez de Rada Cavanilles c/ Espagne, req. n°28090/95
CEDH 18 février 1999, arrêt Matthews c/ Royaume-Uni, req. n°24833/94.
CEDH 29 avril 1999, arrêt Chassagnou et autres c/ France, req. n°25088/94, n°28331/95 et n°28443/95
CEDH 8 juillet 1999, arrêt Başkaya et Okçuoğlu c/ Turquie, req. n°23536/94 et 24408/94
CEDH 1^{er} février 2000, arrêt Mazurek c/ France, req. n°34406/97
CEDH 6 avril 2000, arrêt Thlimmenos c/ Grèce, req. n°34369/97
CEDH 11 juillet 2000, arrêt Jabari c/ Turquie, req. n°40035/98
CEDH 28 juin 2001, arrêt Vgt Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse, req. n°24699/94
CEDH 26 février 2002, arrêt Fretté c/ France, req. n°36515/97
CEDH 29 avril 2002, arrêt Pretty c/ Royaume-Uni, req. n°2346/02
CEDH 21 mai 2002, arrêt Peltier c/ France, req. n°32872/96
CEDH 25 juillet 2002, arrêt Sovtransavto Holding c/ Ukraine, req. n°48553/99
CEDH 30 janvier 2003, arrêt Cordova c/ Italie (n°1), req. n°40877/98
CEDH 24 juillet 2003, arrêt Karner c/ Autriche, req. n°40016/98



CEDH 3 juin 2004, arrêt Bati et autres c/ Turquie, req. n°33097/96 et 57834/00
 CEDH 8 juillet 2004, arrêt Ilaşcu et autres c/ Moldova et Russie, req. n°48787/99
 CEDH 13 juillet 2004, arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre, req. n°69498/01
 CEDH 17 février 2005, arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique, req. n°42758/98 et 45558/99
 CEDH 24 février 2005, arrêt Khachiev et Akaieva c/ Russie, req. n°57942/00 et 57945/00
 CEDH 19 mai 2005, arrêt Kaufmann c/ Italie, req. n°14021/02
 CEDH 30 juin 2005, arrêt Bosphorus Hava Yolari ve Ticaret AS c/ Irlande, req. n°45036/98
 CEDH 15 juillet 2005, arrêt Colacrai c/ Italie (n°2), req. n°63868/00
 CEDH 20 octobre 2005, arrêt Ouranio Toxo et autres c/ Grèce, req. n°74989/01
 CEDH 13 septembre 2005, arrêt B. et L. c/ Royaume-Uni, req. n°36536/02
 CEDH 6 octobre 2005, arrêt Lukenda c/ Slovénie, req. n°23032/02
 CEDH 24 novembre 2005, arrêt Capital Bank AD c/ Bulgarie, req. n°49429/99
 CEDH 8 décembre 2005, arrêt Guiso-Gallisay c/ Italie, req. n°58858/00
 CEDH 11 janvier 2006, arrêt Sørensen et Rasmussen c/ Danemark, req. n°52562/99 et n°52620/99
 CEDH 14 février 2006, arrêt Lecarpentier e.a. c/ France, req. n°67847/01
 CEDH 9 mars 2006, arrêt Cenbauer c/ Croatie, req. n°73786/01
 CEDH 23 mars 2006, arrêt Campagnano c/ Italie, requête n°77955/01
 CEDH 23 mars 2006, arrêt Vitello c/ Italie, requête n°77962/01
 CEDH 23 mars 2006, arrêt Albanese c/ Italie, requête n°77924/01
 CEDH 11 avril 2006, décision sur la recevabilité Upton c/ Royaume-Uni, req. n° 29800/04
 CEDH 20 avril 2006, arrêt Patrono, Cascini et Stefanelli c/ Italie, req. n°10180/04
 CEDH 29 juin 2006, décision sur la recevabilité Weber et Saravia c/ Allemagne, req. n°54934/00
 CEDH 26 septembre 2006, arrêt Fleri Soler et Camilleri c/ Malte, req. n°35349/05
 CEDH 3 octobre 2006, arrêt Achache c/ France 16043/03
 CEDH 10 octobre 2006, Pessino c/ France, req. n°40403/02
 CEDH 24 octobre 2006, arrêt Vincent c/ France, req. n°6253/03
 CEDH 28 novembre 2006, arrêt Apostol c/ Géorgie, req. n°10765/02
 CEDH 2 novembre 2006, arrêt Giacomelli c/ Italie, req. n°59909/00
 CEDH 19 décembre 2006, arrêt Adem Arslan c/ Turquie, req. n°75836/01
 CEDH 9 janvier 2007, arrêt Aubert et c/ France, req. n°31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 20389/05
 CEDH 8 février 2007, arrêt Cleja et Mihalcea c/ Roumanie, req. n°77217/01
 CEDH 28 juin 2007, arrêt Wagner et JMWL c/Luxembourg, req. n°76240/01
 CEDH 19 juillet 2007, arrêt Popescu et Dasoveanu c/ Roumanie, req. n°24681/03
 CEDH 11 octobre 2007, arrêt Fischer c/ Roumanie, req. n°28400/04
 CEDH 13 décembre 2007, arrêt Emonet et autres c/ Suisse, req. n°39051/03
 CEDH 8 janvier 2008, arrêt Nacaryan et Deryan c/ Turquie, req. n°19558/02 et 27904/02
 CEDH 15 janvier 2008 Karaman c/ Turquie, req. n°6489/03
 CEDH 24 janvier 2008, arrêt Riad et Idiab c/ Belgique, req. n°29787/03 et 29810/03
 CEDH 7 février 2008, arrêt Tarik c/ Roumanie, req. n°75849/01
 CEDH 7 février 2008, arrêt Arsenovici c/ Roumanie, req. n°7721/01
 CEDH 7 février 2008, arrêt Cherebetiu et Pop c/ Roumanie, req. n°36476/03
 CEDH 7 février 2008, arrêt Iring c/ Roumanie, req. n°34783/02
 CEDH 4 mars 2008, arrêt Burzo c/ Roumanie, req. n°75240/01
 CEDH 20 mars 2008, arrêt Boudaïeva et autres c/ Russie, requêtes n°15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02
 CEDH 1^{er} juillet 2008, arrêt Liberty e.a. c/ R-U, req. n°58243/00
 CEDH 1^{er} juillet 2008, arrêt Ioan c/ Roumanie, req. n°31005/03
 CEDH 14 octobre 2008, arrêt Maria Dumitrescu et Sorin Mugur Dumitrescu c/ Roumanie, req. n°7293/02



CEDH 14 octobre 2008, arrêt *Vînătoru c/ Roumanie*, req. n°18429/02
CEDH 6 novembre 2008, arrêt *Kokkinis c/ Grèce*, req. n°45769/06
CEDH 20 novembre 2008, arrêt *Işyar c/ Bulgarie*, req. n°391/03
CEDH 9 décembre 2008, arrêt *Viaşu c/ Roumanie*, req. n°75951/01
CEDH 16 décembre 2008, arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, req. n°23883/06
CEDH 18 décembre 2008, arrêt *Unedic c/ France*, req. n°20153/04
CEDH 8 janvier 2009, arrêt *Schlumpf c/ Suisse*, req. n°29002/06
CEDH 13 janvier 2009, arrêt *Aliev c/ Géorgie*, req. n°522/04
CEDH 28 mai 2009, arrêt *Bigaeva c/ Grèce*, req. n°26713/05
CEDH 16 juillet 2009, arrêt *Prencipe c/ Monaco*, req. n°43376/06
CEDH 22 septembre 2009, arrêt *Stochlak c/ Pologne*, req. n°38273/02
CEDH 13 octobre 2009, arrêt *Selin Asli Öztürk c/ Turquie*, req. n°39523/03
CEDH 22 octobre 2009, arrêt *Sikorski c/ Pologne*, req. n°17599/05
CEDH 1^{er} décembre 2009, arrêt *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, req. n°64301/01
CEDH 17 décembre 2009, arrêt *M. c/ Allemagne*, req. n°19359/04
CEDH 22 avril 2010, arrêt *Flaris c/ Grèce*, req. n°54053/07
CEDH 27 avril 2010, arrêt *Vörður Olafsson c/ Islande*, requête n°20161/06
CEDH 24 juin 2010, arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n°30141/04
CEDH 6 juillet 2010, arrêt *Gözel et Özer c/ Turquie*, req. n°043453/04 et 31098/05
CEDH 23 septembre 2010, arrêt *Schüth c/ Allemagne*, req. n°1620/03
CEDH 19 octobre 2010, arrêt *Özpınar c/ Turquie*, req. n°20999/04
CEDH 18 novembre 2010, arrêt *Affaire consorts Richet et Le Ber c/ France*, req. n°18990/07 et 23905/07.
CEDH 21 décembre 2010, arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal*, req. n° 41696/07
CEDH 18 janvier 2011, arrêt *Mikolajová c/ Slovaquie*, req. n°4479/03
CEDH 3 mai 2011, arrêt *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, req. n°56759/08
CEDH 21 juillet 2011, arrêt *Fabris c/ France*, req. n°16574/08
CEDH 6 octobre 2011, arrêt *Staszkwow c/ France*, req. n°52124/08
CEDH 28 février 2012, arrêt *Kolyadenko et autres c/ Russie*, req. n°17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 et 35673/05
CEDH 3 avril 2012, arrêt *Boulois c/ Luxembourg*, req. n°37575/04
CEDH 12 juin 2012, arrêt *Lindheim e.a. c/ Norvège*, req. n°13221/08 et 2139/10
CEDH 3 juillet 2012, arrêt *Martínez Martínez et Pino Manzano c/ Espagne*, req. n°61654/08
CEDH 4 octobre 2012, arrêt *Harroudj c/ France*, req. n°43631/09
CEDH 23 octobre 2012, arrêt *Süzer et Eksen holding c/ Turquie*, req. n°6334/05
CEDH 29 janvier 2013, arrêt *Zolotas c/ Grèce*, req. n°66610/09
CEDH 9 avril 2013, arrêt *Anđelković c/ Serbie*, req. n°1401/08
CEDH 2 mai 2013, arrêt *Panteliou-Darne et Blantzouka c/ Grèce*, req. n° 25143/08 et 25156/08
CEDH 27 mai 2013, arrêt *Torreggiani e.a. c/ Italie*, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10
CEDH 3 septembre 2013, arrêt *M.C. e.a. c/ Italie*, req. n°5376/11
CEDH 12 novembre 2013, arrêt *Söderman c/ Suède*, req. n°5786/08
CEDH 5 décembre 2013, arrêt *Vilnes e.a. c/ Norvège*, req. n°52806/09 et 22703/10,
CEDH 4 mars 2014, arrêt *Grande Stevens e.a. c/Italie*, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10
CEDH 10 juillet 2014, arrêt *Milhau c/ France*, req. n°4944/11
CEDH 10 juillet 2014, arrêt *Statileo c/ Croatie*, req. n°12027/10
CEDH 24 juillet 2014, arrêt *Brincat e.a. c/ Malte*, req. n°60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 et 62338/11
CEDH 25 novembre 2014, arrêt *Fatma Nur Erten et Adnan Erten c/ Turquie*, req. n°14674/11

CEDH 27 janvier 2015, arrêt Neshkov e.a. c/ Bulgarie, req. n°36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 et 9717/13

CEDH 10 mars 2015, arrêt Varge e.a. c/ Hongrie, req. n°14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13.

Commission EDH 9 février 1990, décision M. & co c/ RFA, req. n°13258/87

CJUE

CJUE GC 5 octobre 2004, arrêt Pfeiffer e.a., aff.C-397/01 à C-409/01

CJUE GC 16 juin 2005, arrêt Pupino, aff.C-105/03

CJUE GC 22 novembre 2005, arrêt Mangold, aff.C-144/04

CJUE GC 14 mars 2006, Commission c/ France, aff.C-177/04

CJUE GC 4 juillet 2006, arrêt Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos, aff.C-212/04

CJUE GC 13 mars 2007, arrêt Unibet c/ Justitiekanslern, aff.C432/05

CJUE GC 18 décembre 2007, Suède c/ Commission e.a., aff.C-64/05

CJUE GC 15 avril 2008, Impact c/ Minister for Agriculture and Food e.a., aff.C-268/06

CJUE GC 3 juin 2008, Intertanko e.a. c/ Secretary of State for Transport; aff.C-308/06

CJUE GC 3 septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, 402/05

CJUE GC 24 mars 2009, arrêt Danske Slagterier c/ Bundesrepublik Deutschland, aff.C-445/06

CJUE GC 27 octobre 2009, arrêt Land Oberösterreich c/ ČEZ as, aff.C-115/08

CJUE GC 8 septembre 2010, arrêt Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, aff.C-409/06

CJUE GC 19 janvier 2010, arrêt Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG, aff.C-555/07

CJUE GC 22 juin 2010, arrêt Melki et Abdeli, aff.C188/10 et C-189/10

CJUE GC 21 décembre 2011, arrêt N.S., aff.C-411/10

CJUE GC 24 janvier 2012, arrêt Dominguez, aff.C-282/10

CJUE GC 5 septembre 2012, arrêt Lopes Da Silva Jorge, aff.C-42/11

CJUE GC, 26 février 2013, arrêt Melloni, aff.C-399/11

CJUE GC 26 février 2013, arrêt Åklagaren, aff.C-617/10

CJUE GC 4 juin 2013, arrêt ZZ, aff.C-300/11

CJUE GC 19 décembre 2013, arrêt Koushkaki, aff.C-84/12

CJUE GC 15 janvier 2014, arrêt AMS, aff.C-176/12

CJUE GC 18 mars 2014, arrêt Z., aff.C-363/12

CJUE 5 février 1963, arrêt Van Gend en Loos, aff.C-26/62

CJUE 15 juillet 1964, arrêt Costa c/ E.N.E.L., aff.C-6/64

CJUE 5 décembre 1965, arrêt Hessische Knappschaft, aff.C-44/65

CJUE 25 février 1969, arrêt Klomp, aff.C-23/68

CJUE 17 décembre 1970, arrêt Internationale Handelsgesellschaft, aff.C-11/70

CJUE 17 décembre 1970, arrêt Scheer, aff.C-30/70

CJUE 4 décembre 1974, arrêt Van Duyn, aff.C-41/74

CJUE 12 décembre 1974, arrêt Walrave et Koch, aff.C-36/74

CJCE 8 avril 1976, arrêt Defrenne, aff.C-43/75

CJUE 16 décembre 1976, arrêt Rewe, aff.C-33/76

CJUE 16 décembre 1976, arrêt Comet BV, aff.C-45/76

CJUE 9 mars 1978, arrêt Simmenthal, aff.C-106/77



CJUE 5 avril 1979, arrêt Ratti, aff.C-148/78
 CJUE 6 mai 1980, arrêt Commission c/ Belgique, aff.C-102/79
 CJUE 19 janvier 1982, arrêt Becker, aff.C-8/81
 CJUE 23 mars 1982, arrêt Nordsee Deutsche Hochseefischerei, aff.102/81
 CJUE 6 octobre 1982, arrêt CILFIT, aff.C-283/82
 CJUE 1^{er} juillet 1982, arrêt Teresita Porta, épouse Pace c/ Commission, aff.C-109/81
 CJUE, 9 novembre 1983, arrêt San Giorgio, aff.C-199/82
 CJUE 10 avril 1984, arrêt Von Colson et Kamann, aff.C-14/83
 CJUE 11 juillet 1985, arrêt Heinrich Maag c/ Commission, aff.43/84
 CJUE 26 novembre 1985, arrêt Commission c/ CO.DE.MI SpA, aff.C-318/81
 CJCE 15 janvier 1986, arrêt Pinna I, aff.C-41/84
 CJUE 23 janvier 1986, arrêt Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH c/ CEE, aff.C-251/84
 CJUE 26 février 1986, arrêt Marshall, aff.C-152/84
 CJUE 4 décembre 1986, arrêt Federatie Nederlandse Vakbeweging, aff.C-71/85
 CJUE 18 décembre 1986, arrêt Commission c/ Jan Zoubek, aff.C-426/85
 CJUE 18 décembre 1986, arrêt VAG France, aff.C-10/86
 CJUE 24 mars 1987, arrêt McDermott et Cotter, aff.C-286/85
 CJUE 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff.C-80/86
 CJUE 21 avril 1988, arrêt Pardini, aff.C-338/85
 CJUE 22 juin 1989, arrêt Fratelli Costanzo, aff.C-103/88
 CJUE 17 octobre 1989, arrêt Commune di Carpaneto Piacentino, aff.C-231/87
 CJUE 8 février 1990, arrêt Shipping and Forwarding Enterprise Saff., aff.C-320/88
 CJUE 22 février 1990, arrêt Busseni, aff.C-221/88
 CJCE 17 mai 1990, arrêt Barber, aff.C-262/88
 CJUE 19 juin 1990, R c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e.a., aff.C-213/89
 CJUE 12 juillet 1990, arrêt Foster et autres, aff.C-188/89
 CJUE 13 juillet 1990, ordonnance Zwartveld e.a., aff.C-2/88-Imm.
 CJUE 13 novembre 1990, arrêt Marleasing S.A. c/ La Comercial Internacional de Alimentacion S.A., aff.C-106/89
 CJUE 18 juin 1991, arrêt ERT / DEP, aff.C-260/89
 CJUE 19 novembre 1991, arrêt Francovich e.a. c/ République italienne, aff.C-6/90
 CJUE 8 avril 1992, arrêt Commission c/ Walter Feilhauer, aff.C-209/90
 CJUE 12 novembre 1992, arrêt Kerafina-Keramische, aff.C-134/91 et C-135/91
 CJUE 26 janvier 1993, arrêt Telamarsicabruzzo, aff.C-320/90 à C-322/90
 CJUE 23 février 1994, arrêt Comitato di coordinamento per la difesa della cava e.a., aff.C-236/92
 CJUE 14 juillet 1994, arrêt Faccini Dori, aff.C-91/92
 CJUE 14 décembre 1995, arrêt Van Schijndel, aff.C-430/93 et aff.C-431/93
 CJUE 14 décembre 1995, arrêt Peterbroeck, aff.C-312/93
 CJUE 15 décembre 1995, arrêt Bosman, aff.C-415/93
 CJUE 5 mars 1996, arrêt Brasserie du Pêcheur et Factortame, aff.C-46/93 et C-48/93
 CJUE 7 mars 1996, arrêt El Corte Ingles S.A., aff.C-192/94
 CJUE 26 mars 1996, arrêt British Telecommunications, aff.C-392/93
 CJUE 30 avril 1996, P. c/ S. et Cornwall County Council, aff.C-13/94
 CJUE 23 mai 1996, arrêt Hedley Lomas, aff.C-5/94
 CJUE 10 septembre 1996, arrêt Commission/Allemagne, aff.C-61/94
 CJUE 8 octobre 1996, arrêt Erich Dillenkofer e.a. c/ Bundesrepublik Deutschland, aff.C-178-94, C-179/94, C-188/94 à C-190/94
 CJUE 24 octobre 1996, arrêt Kraaijeveld, aff.C-72/95
 CJUE 20 février 1997, arrêt MSG, aff.C-106/95



CJUE 20 février 1997, arrêt IDE c/ Commission, aff.C-114/94
CJUE 22 avril 1997, arrêt Draehmpaehl, aff.C-180/95
CJUE 9 juillet 1997, arrêt Parodi, aff.C-222/95
CJUE 4 décembre 1997, arrêt Kampelmann e.a. c/ Landschaftsvreban Westfalen-Lippe, Stadtwerke Witten GmbH c/ Schade et Haseley c/ Stadtwerke Altena GmbH, aff.C-253/96 à C-258/96
CJUE 20 mars 1997, arrêt France c/ Commission, aff.C-57/95
CJUE 2 décembre 1997, arrêt Fantask A/S e.a., aff.C-188/95
CJUE 4 décembre 1997, arrêt Kampelmann et autres, aff.C-253/96 à C-258/96
CJUE 5 mars 1998, arrêt Solred SA, aff.C-347/96
CJUE 14 juillet 1998, arrêt Bettati, aff.C-341/95
CJUE 24 septembre 1998, arrêt Walter Tögel, -76/97
CJUE 3 décembre 1998, arrêt Commission c/ Industrial Refuse & Coal Energy Ltd., §49, aff.C-337/96
CJUE, 9 février 1999, arrêt Regina, aff.C-167/97
CJUE 16 mars 1999, arrêt Castelletti, aff.C-159/97
CJUE 27 avril 1999, arrêt Commission c/ SNUA Srl, aff.C-69/97
CJUE 11 janvier 2000, arrêt Kreil, aff.C-285/98
CJUE 10 février 2000, arrêt Deutsche Post AG c/ Sievers et Schrage, aff.C-270-97 et C-271-97
CJUE 27 juin 2000, arrêt Océano Grupo Editorial S.A c/ Rocío Murciano Quintero, aff.C-240/98 à C-244/98
CJUE 26 septembre 2000, arrêt Rijksdienst voor Pensioenen c/ Robert Engelbrecht, aff.C-262/97
CJUE 26 septembre 2000, arrêt Didier Mayeur c/ Association promotion de l'information messine, aff.C-175/99
CJUE 26 septembre 2000, arrêt Engelbrecht, aff.C-262/97
CJUE 3 octobre 2000, arrêt Cinzia Gozza e.a. c/ Università degli Studi di Padova e.a., aff.C-371/97
CJUE 18 janvier 2001, arrêt Svenska staten c/ Stockholm Lindöpark AB, aff.C-150/99
CJUE 8 février 2001, arrêt Lange, aff.C-350/99
CJUE 10 mai 2001, arrêt Commission c/ Pays-Bas, aff.C-144/99
CJUE 28 juin 2001, arrêt Gervais Larsy c/ Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, aff.C-118/00
CJUE 20 septembre 2001, arrêt Courage et Crehan, aff.C-453/99
CJUE 22 novembre 2001, arrêt Cape Snc et Idealservice Srl, aff.C-541/99, Idealservice MN RE Sas c/ OMAI Srl, aff.C-542/99
CJUE 25 avril 2002, arrêt Commission c/ France, aff.C-52/00
CJUE 25 juillet 2002, arrêt Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil, aff.C-50/00
CJUE 14 novembre 2002, arrêt SPKR 4 nr.3482, aff.C-112/01
CJUE 21 novembre 2002, arrêt Cofidis SA c/ Jean-Louis Fredout, aff.C-473/00
CJUE 27 février 2003, arrêt Santex Spa c/ Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, aff.C-327/00
CJUE 8 avril 2003, arrêt Pippig Augenoptik c/ Harlauer Handelsgesellschaft, aff.C-44/01
CJUE 10 avril 2003, arrêt Joachim Steffensen, aff.C-276/01
CJUE 20 mai 2003, arrêt Österreichischer Rundfunk e.a., aff.C-465/00, C-138/01 et C-139/01
CJUE 12 juin 2003, arrêt Schmidberger, aff.C-112/00
CJUE 18 septembre 2003, arrêt Peter Pflücke c/ Bundesanstalt für Arbeit, aff.C-125/01
CJUE 30 septembre 2003, arrêt Gerhard Köbler c/ Autriche, aff.C-224/01
CJUE 7 janvier 2004, arrêt Wells, aff.C-201/02
CJUE 7 janvier 2004, arrêt Rolex e.a., aff.C-60/02
CJUE 5 février 2004, arrêt Rieser International Transporte, aff.C-157/02
CJUE 1^{er} avril 2004, arrêt Freiburger, aff.C-237/02
CJUE 29 avril 2004, arrêt Ingeborg Beuttenmüller, aff.C-102/02
CJUE 5 octobre 2004, arrêt Pfeiffer et autres, aff.C-397/01 à 403/01



CJUE 27 janvier 2005, G. Denuit et B. Cordenier c/ Transorient-Mosaïque voyage et culture S.A., aff.C-125/04
CJUE 22 novembre 2005, arrêt Mangold c/ Helm, aff.C-114/04
CJUE 9 mars 2006, arrêt Werhof, aff.C-499/04
CJUE 27 avril 2006, arrêt Commission c/ Allemagne, aff.C-441/02
CJUE 7 septembre 2006, arrêt André Vassalo, aff.C-180/04
CJUE 26 octobre 2006, arrêt Mostaza Claro, aff.C-168/05
CJUE 7 décembre 2006, arrêt SGAE, aff.C-306/05
CJUE 11 janvier 2007, arrêt ITC Innovative Technology Center GmbH c/ Bundesagentur für Arbeit, aff.C-208/05
CJUE 25 janvier 2007, arrêt Carol Marilyn Robins et autres c/ Secretary of State for Work and Pensions, aff.C-278/05
CJUE 10 mai 2007, arrêt Commission c/ Autriche, aff.C-508/04
CJUE 5 juillet 2007, arrêt Hans Marcus Kofoed c/ Skatteministeriet, aff.C-321/05
CJUE 12 juillet 2007, arrêt Commission c/ Autriche, aff.C-507-04
CJUE 11 octobre 2007, arrêt Lämmerzahl GmbH c/ Freie Hansestadt Bremen, aff.C-241/06
CJUE 18 décembre 2007, arrêt Frigerio Luigi & C. Snc c/ Commune di Triuggio, aff.C-357/06
CJUE 15 avril 2008, arrêt Impact, aff.C-268/06
CJUE 25 juillet 2008, arrêt Dieter Janecek, aff.C-237/07
CJUE 16 juillet 2009, arrêt Mono Car Styling S.A. c/ Dervis Odemis et autres, aff.C-12/08
CJUE 12 février 2009, arrêt Belgische Staat, aff.C-138/07
CJUE 23 avril 2009, Angelidaki e.a., aff.C-378-07 à C-380/07
CJUE 23 avril 2009, arrêt Dior II, aff.C-59/08
CJUE 16 juillet 2009, Mono Car Styling SA c/ Dervis Odemis e.a., aff.C-12/08
CJUE 19 novembre 2009, arrêt Krzysztof Filipiak c/ Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, aff.C-314/08
CJUE 19 janvier 2010, arrêt Seda Kükükdeveci c/ Swedex GmgH & Co. KG, aff.C-555/07
CJUE 28 janvier 2010, arrêt Uniplex (UK), aff.C-406/08
CJUE 3 juin 2010, arrêt Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, aff.C-484/08
CJUE 10 juin 2010, arrêt Istituto nazionale della previdenza sociale c/ Tiziana Bruno et Massimo Pettini, aff.C-395/08 et C-396/08
CJUE 24 juin 2010, arrêt Francesca Sorge c/ Poste italiane SpA, aff.C-98/09
CJUE 6 juillet 2010, arrêt Monsanto Technology, C-428/08
CJUE 21 octobre 2010, arrêt Accardo e.a., aff.C-227/09
CJUE 21 octobre 2010, arrêt Padawan, aff.C-467/08
CJUE 28 octobre 2010, arrêt Volvo Car Germany, aff.C- 203/09
CJUE 3 mars 2011, arrêt Commission c/ Irlande, aff.C-50/09
CJUE 14 avril 2011, arrêt British Sky Broadcasting Group et Pace, aff.C-288/09 et C-289/09
CJUE 12 mai 2011, arrêt Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen, aff.C-115/09
CJUE 19 mai 2011, arrêt Iaia e.a., aff.C-483/09
CJUE 26 mai 2011, arrêt Stichting Natuur en Milieu e.a., aff.C-165/09
CJUE 28 juillet 2011, arrêt Samba Diouf, aff.C-69/10
CJUE 15 septembre 2011, arrêt Franz Müscksch, aff.C-53/10
CJUE 24 novembre 2011, arrêt Commission c/ Italie, aff.C-379/10
CJUE 15 mars 2012, arrêt SCF c/ Marco del Corso, aff.C-135/10
CJUE 24 mai 2012, arrêt Amia, aff.C-97/11
CJUE 7 juin 2012, arrêt Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH c/ Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, aff.C-132/11
CJUE 14 juin 2012, arrêt Banco Español de Crédito SA, aff.C-618-10
CJUE 21 juin 2012 arrêt Anged c/ Fasga et autres, aff.C-78/11



CJUE 28 juin 2012, arrêt Caronna, aff.C-7/11
CJUE 22 novembre 2012, arrêt Digitalnet e.a., aff.C-320/11, C-330/11, C-382/11 et C-383/11
CJUE 14 mars 2013, arrêt Aziz, aff.C-415/11,
CJUE 21 mars 2013, arrêt Vertrieb, aff.C-92/11
CJUE 11 avril 2013, arrêt HK Danmark, aff.C-335/11
CJUE 11 avril 2013, arrêt Rusedespred, aff.C-138/12
CJUE 30 mai 2013, arrêt Asbeek Brusse, aff.C-488/11
CJUE 6 juin 2013, arrêt Donau Chemie e.a., aff.C-536-11
CJUE 27 juin 2013, arrêt VG Wort, aff.C-457/11
CJUE 18 juillet 2013, arrêt Alemo-Herron et autres, aff.C-426/11
CJUE 10 octobre 2013, arrêt Spedition Welter, aff.C-306/12
CJUE 13 février 2014, arrêt TSN ry c/ Terveyspalvelualan Liitto ry, aff.C512-11; YTN ry c/
Teknologiateollisuus ry, Nokia Siemens Networks Oy, aff.C-513/11
CJUE 27 février 2014, arrêt OSA, aff.C-351/12
CJUE 30 avril 2014, arrêt Kásler, aff.C-26/13
CJUE 30 avril 2014, arrêt Barclays Bank SA, aff.C-280/13
CJUE 15 mai 2014, arrêt Szatmári Malon, aff.C-135/13
CJUE 12 juin 2014, arrêt Peftiev, aff.C- 314/13
CJUE, 19 juin 2014, arrêt Specht e.a., aff.C-501/12 à 506/12, C-540/12 et C-541/12
CJUE 10 septembre 2014, arrêt Kušionová, aff.C-34/13
CJUE 11 septembre 2014, arrêt Papasavvas e.a., aff.C-291/13
CJUE 18 septembre 2014, arrêt Vueling Airlines SA, aff.C-487/12
CJUE 18 décembre 2014, arrêt Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti, aff.C-131/13, C-163/13 et
C-164/13
CJUE 18 décembre 2014, arrêt Larcher, aff.C-523/13
CJUE 23 avril 2015, arrêt Van Hove, aff.C-96/14

TPI

TPI 18 juillet 1997, Nutria AE c/ Commission, aff. T-180/95, Rec. p.II-01317
TPI 17 décembre 1998, aff. T-203/96, Rec. p.II-04239
TPI 9 octobre 2002, Hans Fuchs Versandschlachtereie KG c/ Commission, aff. T-134/01, Rec. p.II-03909
TPI 10 février 2004, Calberson GE c/ Commission, aff. T-215/01 T-220/01 et T-221/01, Rec. p.II-00587
TPI 25 mai 2004, Distilleria F. Palma SpA, en liquidation, c/ Commission, aff. T-154/01, Rec. P. II-
01493
TPI 21 septembre 2005, arrêt Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission, aff. T-315/01
TPI 17 février 2006, Commission c/ Transport Environment Development Systems (Trends) e.a., aff. T-
448/04, Rec. p.II-00023
TPI 8 mai 2007, Citymo SA c/ Commission, aff. T-271/04, Rec. p.II-01375
TPI 12 septembre 2007, Commission c/ Transport Environment Development Systems (Trends), aff.
T-448/04

Jurisprudence française



Jurisprudence administrative

Conseil constitutionnel

Cons. Const. 3 août 1994, déc. n°94-348 DC, Rec. p.117
Cons. Const. 9 avril 1996, déc. n°96-375 DC, Rec. p. 60
Cons. Const. 20 mars 1997, déc. n°97-388 DC, Rec. p.31
Cons. Const. 10 juin 1998, déc. n°98-401 DC, Rec. p.258
Cons. Const. 19 décembre 2000, déc. n°2000-437 DC, Rec. p.176
Cons. Const. 27 novembre 2001, déc. n°2001-451 DC, Rec. p.145
Cons. Const. 13 janvier 2003, déc. n°2002-465 DC, Rec. p.43
Cons. Const. 10 juin 2004, déc. n°2004-496 DC, Rec. p.101
Cons. Const. 27 juillet 2006, déc. n°206-540 DC Rec. p.88
Cons. Const. 22 juillet 2010, déc. n°2010-4/17 QPC, Rec. p.156
Cons. Const. 8 avril 2011, déc. n°2011-120 QPC, Rec. p.194
Cons. Const. 13 juin 2013, déc. n°2013-672 DC, Rec. p.817
Cons. Const. 14 février 2014, déc. n° 2013-366 QPC, JORF du 16 février, p. 2724
Cons. Const. 28 mai 2014 déc. n°2014-694 DC, JORF du 3 juin 2014, p.9208, texte n°2

Tribunal des conflits

TC 5 juillet 1951, n°1187
TC 31 mars 2008, n°C3631
TC 17 octobre 2011, req.n°C3828, publié au Recueil

Conseil d'Etat

CE Ass., 20 octobre 1989, arrêt Nicolo, req. n°108243, Rec. p.190
CE Ass. 28 février 1992, arrêt S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France, req. n°56776 et 56777
CE Ass. 28 février 1992, arrêt Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philipp Morris France, req. n°87753
CE Ass. 30 octobre 1996, arrêt S.A. Cabinet Revers et Badelon, req. n°45126
CE Ass. 30 octobre 1998, arrêt M. Sarran, Levacher et autres, req. n°200286 et 200287, Rec. p.368
CE Ass., 8 févr. 2007, arrêt Gardedieu, req. n°279522, Rec. p. 78
CE Ass. 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux (CGE) et Commune d'Olivet req. n°271737 et 271782
CE 4 mars 1960, arrêt Peignage de Reims, req. n°39554
CE 1^{er} mars 1968, arrêt Syndicat général des fabricants de semoules de France, req. n°62814
CE 14 février 1969, arrêt Syndicat national des médecins exerçant en groupe ou en équipe, req. n°71978



CE 22 décembre 1978, arrêt Ministre de l'Intérieur c/ Cohn Bendit, req. n°11604
CE 13 décembre 1985, arrêt Zakine, req. n°39694
CE 20 janvier 1989, arrêt Société G.B.A. Berry-Loire, req. n°49756
CE 24 septembre 1990, Boisdet, req. n°58657, Rec. p.251
CE 23 juin 1995, arrêt S.A. Lilly France, req. n°149226, 155083 et 162001
CE 28 janvier 1998, arrêt Société Borg Warner, req. n°138650
CE 27 avril 1998, arrêt Cornette de Saint Cyr, req. n°185644
CE 28 juillet 2000, arrêt Laboratoire Paucourt et autres, req. n°208103
CE 24 mars 2006, arrêt Société KPMG e.a., req. n°288460
CE 18 octobre 2006, arrêt Milana A., épouse B., req. n°298101
CE 30 octobre 2009, arrêt Mme Perreux, req. n°298348
CE 11 avril 2014, à paraître au Rec.
CE 23 juillet 2014, arrêt SEPR, req. n°354365, à paraître au Rec.
CE 23 juillet 2014, arrêt Octapharma, req. n°349717, à paraître au Rec.
CE 23 janv. 2015, req. n°360396

Jurisprudence judiciaire

Cour de cassation

Cass. Ass. Plé. 6 février 1976, Bull. n°2
Cass.Ass. Plé. 12 mai 1989, 3 arrêts, Bull. n°1
Cass. Ass. Plé. 2 juin 2000, pourvoi n°99-60274, Bull. n°4.
Cass. Ass. Plé. 24 janvier 2003, pourvois n°01-41757 et 01-40967
Cass. Ass. Plé. 4 mars 2005, pourvoi n°03-11725, Bull. n°2
Cass. Ass. Plé. 2 mars 2007, pourvoi n°06-15267, Bull. n°4.
Cass. Ass. Plé. 30 novembre 2007, pourvoi n°06-45365, Bull. n°9

Cass. sect. Réun. 2 février 1808, Lubert c/ Wancareghem
Ch. Mixte 29 juin 2007, pourvoi n°05-21104, Bull. n°7
Ch. Mixte 29 juin 2007, pourvoi n°06-11673, Bull. n°8

req. 5 juillet 1908
req. 23 mai 1900
req. 1er février 1827
req. 5 juillet 1832
req. 14 mars 1835
req. 27 avril 1874
req. 31 mai 1886
req. 30 mai 1927



Cass. 19 prairial an VII, Lagrange
Cass. 3 prairial an VIII, Breuillard
Cass. 1er ventôse an X
Cass. 30 prairial an XII
Cass. 5 thermidor an XIII
Cass. 28 mai 1806
Civ. 22 juin 1812
Civ. 3 mai 1869
Civ. 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault
Civ. 14 mai 1872
Civ. 6 mars 1876
Civ. 24 mars 1874
Civ. 22 décembre 1896
Civ. 21 novembre 1911
Civ. 25 février 1925
Civ. 15 novembre 1933
Civ. 17 janvier 1934
Civ. 18 mars 1942
Civ. 4 mai 1942
Civ. 21 décembre 1949
Civ. 27 avril 1963
Civ. 4 mai 1964, Bull. n°226
Civ. 16 juin 1896

Civ.1 16 juillet 1956,
Civ.1 13 juillet 1960, Bull. n°400
Civ.1 31 janvier 1973, Bull. n°40
Civ.1 18 mai 1978, pourvoi n°76-12110, Bull. n°194
Civ.1 1^{er} juillet 1981, pourvoi n°80-12656, Bull. n°240
Civ.1 5 mai 1982, pourvoi n°81-10315, Bull. n°163
Civ.1 28 juin 1983, pourvoi n°82-11289, Bull. n°187
Civ.1 24 janvier 1984, pourvoi n°82-14677, Bull. n°28
Civ.1 27 février 1985, pourvoi n°84-10022, Bull. n°82
Civ.1 10 décembre 1985, arrêt Segers c/ Euravie, pourvoi n°84-14328, Bull. n°339
Civ.1 7 mars 1989, pourvoi n°87-11493, Bull. n°118
Civ.1 20 mars 1989, pourvoi n°86-15487, Bull. n°124
Civ.1 10 mai 1989, pourvoi n°87-14294, Bull. n°187
Civ.1 11 octobre 1989, pourvoi n°88-14815
Civ.1 2 mai 1990, pourvoi n°87-18835, Bull. n°89
Civ.1 17 juillet 1990, pourvoi n°89-15081
Civ.1 11 décembre 1990, pourvoi n°89-12885, Bull. n°289
Civ.1 22 janvier 1991, pourvoi n°89-11699, Bull. n°30
Civ.1 25 mars 1991, pourvoi n°88-15973, Bull. n°106
Civ.1 11 juin 1991, pourvoi n°89-12748, Bull. n°201
Civ.1 2 mars 1994, pourvoi n°92-13266, Bull. n°80
Civ.1 8 juillet 1994, pourvoi n°92-16204, Bull. n°236
Civ.1 28 février 1995, pourvoi n°92-15436
Civ.1 16 mai 1995, pourvoi n°92-15310, Bull. n°208
Civ.1 19 décembre 1995, pourvoi n°94-10478, Bull. n°466
Civ.1 25 juin 1996, pourvoi n°94-16702, Bull. n°274



Civ.1 15 octobre 1996, pourvoi n°94-21113, Bull. n°354
Civ.1 3 mars 1998, pourvoi n°96-12078, Bull. n°95
Civ.1 9 février 1999, pourvois n°96-22513, 96-20882, 97-10810, Bull. n°45
Civ.1 6 juillet 1999, pourvoi n°97-19847
Civ.1 21 mars 2000, pourvoi n°98-11982, Bull. n°97
Civ.1 20 juin 2000, pourvoi n°97-22681, Bull. n°189
Civ.1 4 juillet 2000, pourvoi n°98-10744, Bull. n°203
Civ.1 18 juillet 2000,
Civ.1 30 janvier 2001, pourvoi n°98-15178, Bull. n°15
Civ.1 22 mai 2001, pourvoi n°99-10849, Bull. n°140
Civ.1 9 octobre 2001, pourvoi n°00-14564, Bull. n°249
Civ.1 4 décembre 2001, pourvoi n°98-18411, Bull. n°307
Civ.1 12 mars 2002, pourvoi n°99-13032
Civ.1 21 janvier 2003, pourvois n°00-13342 et 00-19001, Bull. n°19
Civ.1 22 juin 2004, pourvoi n°01-14696
Civ.1 23 novembre 2004, pourvoi n°03-10636, Bull. n°280
Civ.1 23 novembre 2004, pourvoi n°03-11411, Bull. n°287
Civ.1 1^{er} mars 2005, pourvoi n°02-16802
Civ.1 15 mars 2005, pourvoi n°02-13285, Bull. n°135
Civ.1 15 mars 2005, pourvoi n°01-13018, Bull. n°136
Civ.1 24 janvier 2006, pourvoi n°03-20178, Bull. n°34
Civ.1 24 janvier 2006, pourvoi n°03-19534, Bull. n°33
Civ.1 4 avril 2006, pourvoi n°01-03328, Bull. n°192
Civ.1 7 novembre 2006, pourvoi n°04-13454, Bull. n°462
Civ.1 5 décembre 2006, pourvoi n°01-17569, Bull. n°533
Civ.1 20 février 2007, pourvoi n°04-16461, Bull. n°74
Civ.1 15 mai 2007, pourvoi n°05-10234, Bull. n°185
Civ.1 15 mai 2007, pourvoi n°05-17947, Bull. n°186
Civ.1 8 novembre 2007, pourvoi n°05-14745
Civ.1 22 mai 2008, pourvoi n°05-21822, Bull. n°145
Civ.1 11 décembre 2008, pourvoi n°07-19494, Bull. n°282
Civ.1 5 février 2009, pourvoi n°07-20196, Bull. n°21
Civ.1 30 avril 2009, pourvoi n°07-18334, Bull. n°85
Civ.1 28 mai 2009, pourvoi n°08-14421
Civ.1 11 juin 2009, pourvoi n°08-16914 et n°07-14932, Bull. n°124
Civ.1 14 janvier 2010, pourvois n°08-16022 à 08-16024, Bull. n°9
Civ.1 25 février 2010, pourvoi n°09-11591
Civ.1 11 mars 2010, pourvoi n°09-12535
Civ.1 12 juillet 2012, pourvoi n°11-23088
Civ.1 29 mai 2013, pourvoi n°11-24278, Bull. n°106
Civ.1 4 décembre 2013, pourvoi n°12-26066, à paraître au Bull.
Civ.1 2 juillet 2014, pourvoi n°13-18708
Civ.1 17 décembre 2014, pourvoi n°13-25610
Civ.1 15 mai 2015, pourvoi n°14-13151, à paraître au Bull.

Civ.2 11 juillet 1974, pourvoi n°73-10415, Bull. n°231
Civ.2 21 octobre 2004, pourvoi n°03-16328
Civ.2 30 juin 2005, pourvoi n°03-21071, Bull. n°175
Civ.2 13 octobre 2005, pourvoi n°04-13048



Civ.2 8 mars 2006, pourvoi n°05-10253
Civ.2 24 mai 2006, pourvoi n°04-20804
Civ.2 13 juillet 2006, pourvoi n°05-18104, Bull. n°214
Civ.2 14 mars 2007, pourvoi n° 04-30053
Civ.2 12 juin 2007, pourvoi n°04-30050, Bull. n°151
Civ.2 14 juin 2007, pourvoi n°06-15670, Bull. n°154
Civ.2 10 avril 2008, pourvoi n°07-13225
Civ.2 2 octobre 2008, pourvoi n°06-13253
Civ.2 12 mars 2009, pourvoi n°08-12652
Civ.2 19 février 2009, pourvoi n°07-20499
Civ.2 19 février 2009, pourvoi n°08-12140, Bull. n°49
Civ.2 18 juin 2009, pourvoi n°08-14795
Civ.2 19 novembre 2009, pourvoi n°08-21230, pourvois n°08-20528 et 08-21220
Civ.2 3 juin 2010, pourvoi n°09-13579
Civ.2 1er juin 2011, pourvois n°09-72552 et 10-10843, Bull. n°126
Civ.2 13 juin 2013, pourvoi n°12-21658
Civ.2 3 juillet 2014, pourvoi n°13-22418, Bull. n°168
Civ.2 12 février 2015, pourvoi n°14-40049 (à paraître au bulletin)

Civ.3 15 mai 1973, pourvoi n°72-10756, Bull. n°339
Civ.3 20 novembre 1974, pourvoi n°73-13093, Bull. n°423
Civ.3 22 février 1977, pourvoi n°75-11932, Bull. n°88
Civ.3 18 juillet 1977, pourvoi n°76-12130, Bull. n°317
Civ.3 21 mars 1979, pourvoi n°78-13517, Bull. n°75
Civ.3 24 octobre 1990, pourvoi n°89-15142, Bull. n°201
Civ.3 30 juin 1993, pourvoi n°90-19672, Bull. n°105
Civ.3 13 juillet 1994, pourvoi n°91-22260, Bull. n°143.
Civ.3 21 mars 2000, pourvoi n°98-13834
Civ.3 1^{er} février 1995, pourvoi n°92-21382, Bull. n°37
Civ.3 17 décembre 2002, pourvoi n°01-16015
Civ.3 9 juillet 2003, pourvoi n° 02-15061, Bull. n°149
Civ.3 8 octobre 2003, pourvoi n°01-16421
Civ.3 22 octobre 2003, pourvoi n°02-14279, Bull. n°180
Civ.3 10 décembre 2003, pourvoi n°02-14990
Civ.3 12 mai 2004, pourvoi n°02-17717
Civ.3 22 septembre 2004, pourvoi n°03-12220
Civ.3 7 décembre 2005, pourvoi n°03-18845
Civ.3 23 octobre 2007, pourvoi n°06-17494
Civ.3 26 mars 2008, pourvoi n°07-13306
Civ.3 28 janvier 2009, pourvoi n°07-20891, Bull. n°22.
Civ.3 25 février 2009, pourvoi n°07-21194
Civ.3 19 mai 2009, pourvoi n°08-13207
Civ.3 20 mai 2009, pourvois n°07-22051, 08-10043 et 08-10495, Bull. n°113
Civ.3 9 décembre 2009, pourvoi n°04-19923, Bull. n°275
Civ.3 17 février 2010, pourvoi n°08-21360, Bull. n°45
Civ.3 13 juin 2012, pourvoi n°11-17114, Bull. n°92
Civ.3 26 septembre 2012, pourvoi n°11-16425, Bull. n°131
Civ.3 19 décembre 2012, pourvoi n°11-25414, Bull. n°188



Civ.3 13 juin 2012, pourvoi n°11-18791, Bull. n°96
Civ.3 26 février 2013, pourvoi n°12-13261
Civ.3 2 juillet 2013, pourvoi n°12-17808
Civ.3 3 juillet 2013, pourvoi n°12-21541, Bull. n°89
Civ.3 16 décembre 2014, pourvoi n° 13-22731, 13-24427 et 13-24843

Com. 27 juin 1966, Bull. n°322
Com. 30 mai 1967
Com. 4 juillet 1967, Bull. n°275
Com. 17 mars 1981, pourvoi n°79-13612, Bull. n°150
Com. 27 avril 1982, pourvoi n°81-11766, Bull. n°142
Com. 9 janvier 1990, pourvoi n°88-17291, Bull. n°2
Com. 2 mai 1990, pourvoi n° 88-15930, Bull. n°132
Com. 14 avril 1992, pourvoi n°89-21182, Bull. n°160
Com. 3 novembre 1992, pourvoi n°90-18547, Bull. n°338
Com. 28 novembre 1995, pourvoi n° 93-11986, Bull. n°271
Com. 22 octobre 1996, pourvoi n°93-18632, Bull. n°223
Com. 7 avril 1998, pourvoi n°93-13219, Bull. n°126
Com. 24 novembre 1998, pourvoi n°96-18357, Bull. n°277
Com. 29 juin 1999, pourvoi n°97-12045, Bull. n°143
Com. 9 janvier 2001, pourvoi n°97-22212, Bull. n°8
Com. 9 janvier 2001, pourvoi n°97-22668, Bull. n°9
Com. 23 janvier 2001, pourvoi n°98-10975, Bull. n°22
Com. 17 juillet 2001, pourvoi n°98-18614, Bull. n°147
Com. 19 février 2002, pourvoi n°97-21603
Com. 25 juin 2002, pourvoi n°99-20959, Bull. n°110
Com. 28 janvier 2003, pourvoi n°00-21606
Com. 13 mai 2003, pourvoi n°00-21555, Bull. n°82
Com. 11 janvier 2005, pourvoi n°98-17761, Bull. n°6
Com. 5 avril 2005, pourvoi n°97-21291, Bull. n°80
Com. 5 avril 2005, pourvoi n°01-17494; Bull. n°79
Com. 5 avril 2005, pourvoi n°02-21207, Bull. n°82
Com. 8 novembre 2005, pourvoi n°02-15776
Com. 22 novembre 2005, pourvoi n°01-15370
Com. 24 janvier 2006, pourvoi n°02-11323, Bull. n°16
Com. 14 mars 2006, pourvoi n°02-18053
Com. 3 mai 2006, pourvoi n°03-14171, Bull. n°105
Com. 10 mai 2006, pourvoi n°05-16745
Com. 10 mai 2006, pourvois n°05-15338 à 05-15342 à 05-15350, Bull. n°114
Com. 23 mai 2006, pourvois n°04-17760 et 04-17776, 04-17778 et 04-17782
Com. 27 juin 2006, pourvoi n°03-19863, Bull. n°149
Com. 4 juillet 2006, pourvoi n°03-12565, Bull. n°159
Com. 11 juillet 2006, pourvoi n°04-19026
Com. 19 septembre 2006, pourvoi n°05-18282
Com. 31 octobre 2006, pourvoi n°05-10864
Com. 14 novembre 2006, pourvoi n°04-16758
Com. 14 novembre 2006, pourvois n°04-19027, n°04-20123, n°04-20125, n°04-20130, n°05-10863
Com. 12 décembre 2006, pourvois n°04-20124 et n°04-20126 à 04-20129
Com. 19 décembre 2006, pourvois n°05-13501 à 05-13506



Com. 20 février 2007, pourvois n°05-14197 et 05-16677
Com. 6 mars 2007, pourvoi n°05-17011, Bull. n°76
Com. 30 mai 2007, pourvoi n°05-16898, Bull. n°145
Com. 26 juin 2007, pourvoi n°02-31241, Bull. n°174
Com. 10 juillet 2007, pourvoi n°05-17208, Bull. n°187
Com. 10 juillet 2007, pourvoi n°06-14768, Bull. n°188
Com. 20 novembre 2007, pourvoi n°06-13993
Com. 29 janvier 2008, pourvoi n°06-17748, Bull. n°19
Com. 8 avril 2008, pourvoi n°02-10359, Bull. n°78
Com. 20 mai 2008, pourvoi n°06-10043
Com. 24 juin 2008, pourvoi n°06-21798, Bull. n°127
Com. 1^{er} juillet 2008, pourvois n°04-17902 et 04-17903, Bull. n°133
Com. 21 octobre 2008, pourvoi n°07-14997
Com. 12 novembre 2008, pourvoi n°08-10138
Com. 17 mars 2009, pourvoi n°07-20667, Bull. n°40
Com. 19 janvier 2010, pourvoi n°09-10627
Com. 7 avril 2009, pourvoi n°08-13779
Com. 20 octobre 2009, pourvoi n°08-20274, Bull. n°127
Com. 8 décembre 2009, pourvoi n°08-15231, Bull. n°160
Com. 2 février 2010, pourvoi n°06-16202, Bull. n°25
Com. 29 juin 2010, pourvoi n°09-67369
Com. 13 juillet 2010, pourvois n°09-15304 et 09-66970, Bull. n°127
Com. 1^{er} mars 2011, pourvoi n°10-12144
Com. 3 décembre 2013, pourvoi n°12-26412
Com. 25 mars 2014, pourvoi n°12-28426, Bull. n°61

Soc. 13 mars 1958, Bull. n°387
Soc. 11 mai 1959, Bull. n°554
Soc. 6 juillet 1960, Bull. n°729
Soc. 24 novembre 1965, Bull. n°819
Soc. 8 avril 1970, Bull. n°219
Soc. 17 juin 1970, Bull. n°416
Soc. 18 juin 1970, pourvoi n°69-40331, Bull. n°427
Soc. 28 mars 1985
Soc. 6 mai 1985, Bull. n°272
Soc. 12 juin 1985, Bull. n°334
Soc. 20 novembre 1991, pourvoi n°89-12787, Bull. n°522, Dassault
Soc. 25 février 1992, pourvoi n°89-41634, Bull. n°122
Soc. 8 avril 1992, pourvoi n°89-41548, Bull. n°258
Soc. 8 octobre 1992, pourvoi n°91-41504, Bull. n°507
Soc. 5 octobre 1993, pourvoi n°89-41644, Bull. n°224
Soc. 20 juin 1995, pourvoi n°92-40049
Soc. 4 décembre 1996, pourvois n°94-40693 et 94-40701, Bull. n°421
Soc. 12 mars 1997, pourvoi n°94-42465, Bull. n°104
Soc. 9 juillet 1997, pourvoi n°94-45558, Bull. n°264
Soc. 28 octobre 1997, pourvoi n°94-45242
Soc. 13 mars 1999, pourvoi n°95-43391
Soc. 23 mars 1999, pourvoi n°97-41096
Soc. 6 avril 1999, pourvoi n°97-41566



Soc. 23 juin 1999, pourvoi n°97-40009
Soc. 28 mars 2000, pourvoi n°97-44309
Soc 18 juillet 2000, Lapassouse c/ Société ASD, pourvoi n°97-44897, Bull. n°295
Soc. 28 juin 2001, pourvoi n°99-41094
Soc. 17 janvier 2001, pourvoi n°97-45011
Soc. 29 mai 2001, pourvoi n°98-23078, Bull. n°185, Cegelec
Soc. 4 juillet 2001, pourvoi n°99-42038
Soc. 29 janvier 2002, pourvoi n°99-45206
Soc. 20 mars 2002, pourvoi n°99-46201
Soc. 15 mai 2002, pourvoi n°99-46160, Bull. n°159
Soc. 10 juillet 2002, pourvois n°99-43334 et 99-43336, Bull. n°239
Soc. 12 novembre 2002, pourvoi n°00-45414
Soc. 7 janvier 2003, pourvoi n°00-46476
Soc. 1er avril 2003, pourvoi n°01-40590
Soc. 30 avril 2003, pourvoi n°01-42139
Soc. 7 juillet 2004, pourvoi n°02-42821
Soc. 8 mars 2005, pourvoi n°01-44752
Soc. 31 mai 2006, pourvoi n°04-45917
Soc. 21 juin 2006, pourvoi n°05-40648
Soc. 31 octobre 2006, pourvoi n°04-45342
Soc. 27 juin 2007, pourvoi n°06-44348
Soc. 28 février 2002, pourvois n°00-10051, 00-11793, 99-18390, 99-21255, 99-17201 et 00-13172, Bull. n°81
Soc. 25 juin 2003, pourvoi n°01-46479, Bull. n°206
Soc. 26 novembre 2003, pourvoi n°01-45486
Soc. 25 février 2004, pourvoi n°02-41306
Soc. 18 janvier 2005, pourvoi n°02-46737
Soc. 26 janvier 2005, pourvoi n°02-42656, Bull. n°20
Soc. 8 mars 2005, pourvoi n°01-44752
Soc. 2 mai 2006, pourvoi n°04-40345
Soc. 27 septembre 2006, pourvoi n°04-47484
Soc. 15 novembre 2007, pourvoi n°06-43383
Soc. 8 mars 2008, pourvoi n°01-44752
Soc. 26 mars 2008, pourvoi n°07-13016
Soc. 3 juillet 2008, pourvoi n°06-43241
Soc. 2 décembre 2008, pourvoi n°07-44132, Bull. n°243
Soc. 10 décembre 2008, pourvoi n°07-43873
Soc. 16 décembre 2008, pourvoi n°04-44713, Bull. n°248
Soc. 8 avril 2009, pourvoi n°08-42182
Soc. 17 février 2010, pourvoi n°08-43212, Bull. n°47
Soc. 9 juillet 2014, pourvois n°13-17669 et 13-17670, Bull. n°191
Soc. 10 juillet 2014, pourvoi n°14-40024, Bull. n°198
Soc. 17 décembre 2014, pourvoi n°13-22890, à paraître au bulletin
Soc. 4 février 2015, pourvoi n°13-20891, à paraître au bulletin
Soc. 7 juillet 2015, pourvoi n°15-12417 à paraître au bulletin

Crim. 30 janvier 2002, pourvoi n°01-82593, Bull. n°16
Crim. 5 mai 2004, pourvoi n°03-82801



Cour d'appel

CA Paris 19 juin 1808,
CA Metz 16 février 1815
CA Paris 1^{er} juillet 1970
CA Rennes 7 février 1978
CA Paris 10 avril 1991, Juris-Data n°1991-021433
CA Versailles 15 janvier 1997
CA Aix-en-Provence 20 mars 1997, SA Maridis c/ Société Carrefour Vitrolles
CA Paris 15 mai 1998, SA Virbac c/ Société Merial
CA Versailles 30 avril 2004, pourvois n°2002-05924 et n°2002-05925
CA Agen le 17 mai 2004, RG n°03/00063
CA Versailles 9 décembre 2004, S.A. Epson France c/ SAS Lexmark International, pourvoi n°03-04565
CA Grenoble 4 avril 2005
CA Paris 1^{er} juin 2005
CA Toulouse 5 octobre 2005, RG n°05-00287
CA Paris 24 mars 2006, RG n°02-11973
CA Paris 9 mai 2006
CA Paris 4 juillet 2006, RG n°04/03895
CA Douai 29 septembre 2006, RG n°03/00272
CA Paris 3 octobre 2006, RG n°05-11410
CA Angers 12 décembre 2006, RG n°05-02038
CA Douai 31 mai 2007
CA Nancy 7 septembre 2007, RG n°06-00571
CA Reims, 1^{ère} chambre civile, 3 décembre 2007, RG n°06/03209
CA Douai 17 janvier 2008, RG n°06-01827
CA Douai 30 avril 2008, RG n°07-01435
CA Paris 25 septembre 2008, RG n°06-21767
CA Montpellier 3 février 2009, RG n°07/7122

TGI / TI

TI Paris 20 mai 1970
TGI Montpellier 2 mai 2000, D. 2001 n°16

Décisions de juridictions d'autres Etats

Décision Laing v. Fidgeon, (1815) 6 Taunt. 108; décision Jones v. Bright, 1829, 5 Bing. 533.
Décision Eicholz v. Bannister, (1864) 17 C.B. (N.S.) 708.
Décision The Moorcock, (1889) 14 P.D. 64.



Décision *Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd* [1939] K.B. 206-227.
CPJI 3 mars 1928, avis consultatif *Compétence des tribunaux de Dantzig*, C.P.J.I. 1928, série B, n°15, p.17-18.
Cour constitutionnelle italienne du 27 décembre 1973, Arrêt *Pozzani*, n°183/73.
Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974. On retrouve une solution comparable avec une décision Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986.
Chambre des Lords, *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport* 1990 2 AC 85.
Chambre des Lords, *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport (n°2)* 1991 1 AC 603 ou 1 All ER 70.
Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993.
Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 juin 2000.
House of Lords 2003, *Wilson and others v. Secretary of State for Trade and Industry*, 2003 UKHL 40.
Décision *Esso Petroleum Co Ltd v. Addison*, (2004) EWCA Civ 390.
Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009.



Index

Appréciation souveraine des juges du fond : 28, 382, 394

Autonomie de la volonté : 3, 22-26, 58, 64, 69, 75, 90, 133, 140, 235, 238, 291, 313-351, 371, 384, 433, 480, 485, 489, 492

Autonomie personnelle : 309, 335-339

Autonomie procédurale : 162-163, 257, 298

Bonne foi : 297-300, 310-317, 431-432

Clause mixte : 363

Clause-type : 356, 383-392, 422

Contrôle de proportionnalité : 47, 90, 97, 135, 177, 219, 229, 237, 238, 270, 272, 274, 325, 337, 343, 414, 416, 449, 499

Contrôle de proportionnalité privatisée : 229, 256-260, 265, 273, 276, 290, 294, 298, 310-311, 352-353, 359, 362, 372, 422, 434, 439, 459-460

Coopération loyale : 157, 162

Dénaturation : 17, 30, 87, 133-135, 179, 291, 332, 356-364, 376, 381, 383, 392-393, 423, 426, 458, 485-486, 492

Distinction fait / droit : 28, 30, 87, 133, 234, 369-370, 376, 376, 385, 390-391, 407, 422, 425

Effet direct : 101-104, 111-126, 131, 158-162, 196, 302, 306

Effet horizontal : 55-56, 109, 117-126, 147, 152-155, 167, 208, 256-259, 302, 309, 347, 349, 351, 392, 418, 444, 463

Effet vertical : 55, 122, 131, 147, 257, 259, 310, 334, 345, 348, 351, 416

Équité : 11, 25, 30, 297-300, 303-305, 310, 313-314, 317, 439

Équilibre : 14, 33, 94, 143, 147, 163, 180, 229, 235, 259-260, 268, 291, 298-299, 306, 311, 319, 323-330, 351, 359, 363, 371-372, 410, 413, 434, 439, 448, 449, 451, 453, 455, 458, 461, 463, 466-784

Formation / exécution de l'acte : 11, 131, 151, 162, 167, 300, 302, 307, 310, 347, 384, 394, 419, 434, 437-439

Imprévision : 428-439, 444, 490, 491

Intention commune des parties : 3, 14-17, 22, 26, 31, 58-59, 69, 75-78, 89-90, 238, 283, 299, 312-314, 317, 328, 332,



355-359, 365-371, 382, 390-399, 433, 452-461, 485, 489

Intention supposée des parties : 313-332, 331, 485

Interprétation *contra legem* : 27, 133, 135, 158, 161, 243, 265, 416

Interprétation-contrôle : 83-87, 99-100, 113, 183, 375

Interprétation-création : 91-92, 95, 114-115, 142, 295, 310, 314, 317, 325, 424, 485

Interprétation-dérogação : 251-260, 284-294, 325, 359

Interprétation évolutive : 39, 45, 53, 154, 205, 207, 220-239, 242, 246-250, 275, 428, 434, 443, 488, 490

Interprétation mécanique : 48, 74, 135, 177, 206, 235, 250, 256, 258, 262-267, 271, 273-278, 285, 353, 359, 411, 429-430, 440, 442, 445, 461, 480, 482, 484, 490, 491

Intérêt général : 147, 180, 259-260, 268, 272, 276, 356, 410-411, 413, 418, 455, 461, 463

Invocabilité d'exclusion : 104, 123, 126, 130, 159, 192, 194

Invocabilité d'exclusion exceptionnelle : 249-251, 261, 482

Invocabilité d'exclusion renforcée : 266-274, 446, 451, 488

Invocabilité d'interprétation conforme : 104, 123, 128, 134, 159, 265

Invocabilité de réparation : 104, 130, 134, 271

Invocabilité de substitution : 104

Justiciabilité minimale : 104, 123, 130

Justiciabilité renforcée : 104

Liberté contractuelle : 238, 294, 315, 323, 333-349, 351-356, 363, 370-371, 457, 471, 489

Loi applicable au contrat : 47, 54-55, 70, 115, 134-135, 148-151, 168, 171, 181, 185-186, 191, 195, 198, 235, 276, 290, 314, 318, 319, 345, 408, 412, 416, 429, 488

Marge nationale d'appréciation : 224, 229, 257-258, 437

Nature des choses : 8, 295, 323-329

Obligation de moyens : 160-167, 202, 302



Obligations implicites : 312, 315-317, 485

Obligation positive : 145-159, 164, 166, 202, 214, 257, 302, 309-310, 325, 351, 424

Obscurité / ambiguïté : 1, 8, 15, 29, 133-135, 167, 265, 292, 327, 347, 356, 359, 363, 392, 425, 454, 458, 460-462, 471, 477, 480, 483, 489

Ordre public : 25-30, 59-60, 68, 88, 90, 108, 199, 229, 294, 314, 333, 341-347, 377, 386, 402-404, 407-413, 416-420, 424, 459

Projet d'ordonnance – réforme droits des obligations : 342, 439, 484, 490, 492

Proposition de règlement de droit commun de la vente : 315, 317, 321, 323, 342, 457, 485

Qualité des parties à l'acte : 372, 446, 463, 466, 471, 478, 482

Règle impérative : 330-331, 342, 348, 380, 418, 489, 492

Règle supplétive : 316, 326, 331, 418

Situations continues / actes instantanés : 212-214



Table des matières

Introduction.....	8
Partie I - Emergence de Principes européens d'interprétation	59
Titre 1 - L'interprétation conforme.....	61
Chapitre 1 - La directive d'interprétation conforme.....	62
Section 1 - Le fondement de la directive d'interprétation conforme : le principe de prééminence du droit.....	63
§ 1 - Utilisation du principe de prééminence du droit devant la Cour EDH.....	64
§ 2 - Utilisation du principe de primauté du droit de l'Union devant la CJUE	80
Section 2 - La portée de la directive d'interprétation conforme	109
§ 1 - Portée relative aux normes de référence	109
§ 2 - Portée propre à la directive d'interprétation conforme	118
Chapitre 2 - L'obligation d'interprétation conforme	133
Section 1 - Le contenu de l'obligation d'interprétation conforme	134
§ 1 - Une obligation positive	134
§ 2 - Une obligation de moyens renforcée	144
Section 2 - Le contrôle de l'obligation d'interprétation conforme	151
§ 1 - L'étendue du contrôle.....	151
§ 2 - La préférence pour le contrôle de l'interprétation de la loi.....	164
Titre 2 - L'interprétation dynamique	178
Chapitre 1 - L'interprétation évolutive.....	179
Section 1 - Les ambiguïtés de l'arrêt <i>Pla et Puncernau</i>	181
§ 1 - La compétence <i>ratione temporis</i> de la Cour EDH.....	181
§ 2 - L'interprétation évolutive et l'acte juridique privé.....	190
Section 2 - Les enseignements de l'arrêt <i>Pla et Puncernau</i>	201
§ 1 - La problématique : l'interprétation évolutive de l'acte juridique interprété.....	201

§ 2 - La conséquence : l'interprétation conforme de l'acte juridique interprété	208
Chapitre 2 - La lutte contre l'interprétation mécanique des normes	215
Section 1 - Une forme d'invocabilité d'exclusion exceptionnelle : l'arrêt <i>Velcea et Mazare</i> ..	216
§ 1 - Les conditions de l'invocabilité.....	216
§ 2 - Transposition à l'acte juridique privé.....	225
Section 2 - Une forme d'invocabilité d'exclusion renforcée : l'arrêt <i>Hutten-Czapska</i>	229
§ 1 - Une interprétation objective	229
§ 2 - Une interprétation dynamique.....	232
Partie II - Réception des Principes européens d'interprétation	241
Titre 1 - Réception <i>de lege lata</i>	243
Chapitre 1 - L'affirmation du rôle du juge	244
Section 1 - Un courant jurisprudentiel favorable.....	245
§ 1 - L'interprétation-dérogação	245
§ 2 - L'interprétation-crétation.....	256
Section 2 - Une tradition doctrinale hostile.....	292
§ 1 - Des conceptions différentes de la loi applicable au contrat	292
§ 2 - Des solutions compatibles.....	300
Chapitre 2 - La liberté contractuelle, ligne de partage des interprétations subjective et objective	309
Section 1 - Application verticale du principe	311
§ 1 - Appréciation de l'autonomie du contractant face à l'Etat	311
§ 2 - Conséquences sur l'interprétation de l'acte juridique privé.....	321
Section 2 - Application horizontale du principe	324
§ 1 - Appréciation de l'autonomie du contractant face à son cocontractant	324
§ 2 - Conséquences sur l'interprétation de l'acte juridique privé.....	327
Titre 2 - Réception <i>de lege ferenda</i>	346
Chapitre 1 - Réception de l'interprétation-contrôle	347



Section 1 - Le contenu du contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation	348
§ 1 - L'intervention étatique en amont de la formation de l'acte.....	349
§ 2 - L'intervention étatique en aval de la formation de l'acte : l'exemple des conventions collectives.....	359
Section 2 - La portée du contrôle de l'interprétation de la Cour de cassation	370
§ 1 - Un contrôle effectif de l'ordre public de la loi applicable au contrat	371
§ 2 - Un contrôle défaillant de l'ordre public de l'acte juridique privé	386
Chapitre 2 - Réception de l'interprétation évolutive	398
Section 1 - L'interventionnisme judiciaire	402
Section 2 - L'interventionnisme législatif	408
Chapitre 3 - Réception de l'invocabilité d'exclusion renforcée	415
Section 1 - La directive d'interprétation contre le professionnel au crible du contrôle de proportionnalité.....	417
§ 1 - La légitimité du caractère dérogatoire de la directive d'interprétation	418
§ 2 - L'absence de proportionnalité de la directive d'interprétation	423
Section 2 - L'interprétation en droit de la consommation et le contrôle de proportionnalité privatisée	430
§ 1 - L'interprétation au service du contrôle de proportionnalité privatisée	431
§ 2 - La progression du contrôle de proportionnalité privatisée	437
Conclusion	449
Jurisprudence	490
Index	510
Table des matières.....	513



Nicolas FAINTRENIE

L'influence européenne sur l'interprétation des actes juridiques privés

Résumé

Par l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre* du 13 juillet 2004, la Cour européenne des droits de l'homme a fait une entrée remarquée dans le contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés. Tenante d'une conception réaliste du droit, elle a élaboré des Principes européens d'interprétation qui sont autant d'obligations qui pèsent sur le juge national. La CJUE partage en grande partie ces principes, mais possède ses particularités et hésite encore à s'aligner sur le contrôle du juge de Strasbourg. Le juge français est quant à lui confronté à des directives d'interprétation qui sont de simples conseils, tandis que la Cour de cassation se refuse à opérer un autre contrôle que celui de la dénaturation. Dès lors, elle n'est pas en mesure de redresser les fautes commises par les juges du fond notamment, et encourt le risque d'engager la responsabilité de l'Etat français devant la Cour EDH. Si la Cour de cassation a entamé une réflexion sur la façon de rendre la justice en coordination avec les cours européennes, la modification du système herméneutique français se heurte à de nombreux obstacles révélateurs de la conception traditionnelle du droit français des obligations.

Mots clés : [interprétation – interprétation conforme – interprétation évolutive – commune intention des parties – autonomie de la volonté – autonomie personnelle – invocabilité – justiciabilité – juge européen – juge interne – liberté contractuelle – directive d'interprétation – système herméneutique – ordre juridique – prééminence du droit – primauté du droit – droit de l'Union – dénaturation – ambiguïté – imprévision – contrat – droits fondamentaux – ordre public – conception réaliste]

[European influence on the interpretation of private contracts]

Abstract

With the case of *Pla and Puncernau versus Andorra* on 13 July 2004, the European Court of Human Rights has made a dramatic entrance in the supervision of the interpretation of private contracts. Defending a realist conception of law, it developed European Principles of interpretation, which are obligations for national courts. The CJEU largely shares these principles, but has its particularities and it is still reluctant to align with the Strasbourg Court's supervision. The French judge is itself faced with interpretive guidelines that are simple advice, while the Court of Cassation refused to operate another supervision than the denaturation. Therefore, it is not able to correct the errors committed by the trial judges in particular, and takes the risk to commit a violation of the European law. If the Supreme Court considers by now how to deliver justice in coordination with the European courts, changing the French hermeneutic system faces many obstacles revealing the traditional conception of French law of obligations.

Keywords: [interpretation - interpretation in conformity with Community law / ECHR - dynamic interpretation - common intention of the parties - autonomy - personal autonomy - justiciability - European judge - Internal judge - Contractual freedom - Directive interpretive - hermeneutic system - legal - rule of law - EU law - denaturation - ambiguity - foresight - contract - Fundamental rights - public order - realism]

