



HAL
open science

Le non-exercice des droits subjectifs

Florian Villalonga

► **To cite this version:**

Florian Villalonga. Le non-exercice des droits subjectifs. Droit. Université de Limoges, 2023. Français.
NNT : 2023LIMO0066 . tel-04502160

HAL Id: tel-04502160

<https://theses.hal.science/tel-04502160>

Submitted on 13 Mar 2024

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

ED 655 - Gouvernance des Institutions et des Organisations (GIO)

Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques

Thèse pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Limoges
Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue par
Florian Villalonga

Le 15 décembre 2023

Le non-exercice des droits subjectifs

Thèse dirigée par le Professeur Eric Garaud et le Professeur Fabien Marchadier

JURY :

Rapporteurs

Mme. Anne-Blandine Caire, Professeure, Ecole de droit, Université Clermont
Auvergne

M. Cyril Sintez, Maître de conférences HDR, Centre de Recherche Juridique Pothier,
Université d'Orléans

Présidente du jury

Mme. Delphine Tharaud, Professeure, Observatoire des Mutations Institutionnelles et
Juridiques, Université de Limoges

Remerciements

Mes premiers remerciements s'adressent à mes directeurs de thèse.

M. le Professeur Eric Garaud, pour sa bienveillance et ses encouragements permanents. Je lui dois mon intérêt pour la recherche, qu'il a suscité dès la deuxième année de droit, et la suggestion de ce sujet de thèse, capital mais peu exploré. Toutes ces années, il m'a donné confiance en moi et sait toute l'estime que je lui porte.

M. le Professeur Fabien Marchadier, pour ses conseils et analyses. Nos discussions entamées pendant la rédaction de mon mémoire de Master, qu'il a encadrée, m'ont aidé à comprendre le rôle du chercheur et à acquérir une inestimable faculté à prendre du recul. Il a toute mon admiration.

La complémentarité de leur codirection était essentielle pour l'aboutissement de ce travail.

Je remercie évidemment tous les enseignants de la Faculté de droit de l'Université de Limoges, en particulier ceux de l'Observatoire des Mutations Institutionnels et Juridiques. Grâce à leur confiance continue, j'ai pu accomplir cette thèse avec le confort d'un financement et faire l'expérience d'assurer des cours magistraux. Ils ne furent jamais avares de conseils, notamment dans l'optique des enseignements.

Mes collègues doctorants ont aussi toute ma gratitude. Nos thèmes de recherche différaient mais l'humour et la sympathie nous ont unis. Les plus anciens ont su, lors de mon arrivée en thèse et avant les travaux dirigés, prodiguer des conseils essentiels. L'épopée vécue par ceux qui ont participé au concours Cassin n'a pas fini de nourrir nos discussions.

Merci à Chloé, Fabien, Romain, soutiens indéfectibles.

Merci à Kostanca, avec qui nous partageons tant de choses, le quotidien, la folle idée de se lancer dans l'aventure de la thèse, et une magnifique fille, Clémence.

Les mots ne suffiront pas pour remercier mes parents et mon frère, à qui je dois tout, ainsi que ma famille, Diane, Stéphanie...

Enfin, puisqu'ils participent à la fermeture de ce chapitre d'une vie que constitue la thèse, je remercie les membres de mon jury, grâce à qui je garderai le souvenir mémorable d'une soutenance riche en émotions.

Liste des abréviations

AJDA : Actualité juridique Droit administratif	CJCE : Cour de justice des communautés européennes
AJDI : Actualité juridique Droit immobilier	CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
Al. : Alinéa	Coll. : Collection
APC : Actualités des procédures collectives	Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Art. : Article	Comm. : Commentaire
Ass. : Assemblée	Comm. EDH : Commission européenne des droits de l'homme
Ass. pl. : Assemblée plénière de la Cour de cassation	Comp. : Comparer
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation	Cons. const. : Conseil constitutionnel
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation	Contra : En sens contraire
Bull. Joly : Bulletin Joly	Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Bull. Joly E : Bulletin Joly Entreprises	Cour EDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
Bull. Joly ED : Bulletin Joly Entreprises en difficulté	Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly S : Bulletin Joly Sociétés	Dalloz : Recueil Dalloz
C. : Code	DC : Décision du Conseil constitutionnel
c. : contre	Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
CA : Cour d'appel	Dir. : Sous la direction de
Cass. : Cour de cassation	Doctr. : Doctrine
CCC : Contrats, concurrence, consommation	Dr. : Droit
CCE : Communication, commerce électronique	Dr. et patr. : Droit et patrimoine
CE : Conseil d'État	Dr. soc. : Droit social
Cf. : Confer (se reporter à)	Éd. : Éditions
Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation	Ex. : Exemple
Chron. : Chronique	Fasc. : Fascicule
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation	GAJC : Les grands arrêts de la jurisprudence civile
Civ. 1 ^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation	Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Civ. 2 ^{ème} : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation	GC : Grande chambre
Civ. 3 ^{ème} : Troisième chambre civile de la Cour de cassation	<i>Ibid.</i> : <i>Ibidem</i> (au même endroit)
	<i>In</i> : Dans
	<i>Infra</i> : Ci-dessous

IRJS : Institut de recherche juridique de la Sorbonne

JCP E : Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise

JCP G : Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale

JCP N : Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition notariale

JCP S : Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition sociale

JDI : Journal de droit international (Clunet)

JO : Journal officiel

L. : Loi

LEDEN : L'Essentiel droit des entreprises en difficulté

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les petites affiches

M. : Monsieur

Mme : Madame

Mod. : Modifié

N° : Numéro

Not. : Notamment

Obs. : Observations

Odenore : Observatoire des non-recours aux droits et aux services

Op. cit. : *Opus citatum* (œuvre citée)

Ord. : Ordonnance

p. : page

Préc. : Précité

Préf. : Préface

Pt. : Point

PU : Presses universitaires

PUAM : Presses universitaires d'Aix - Marseille

PUF : Presses universitaires de France

PULIM : Presses universitaires de Limoges

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

Rapp. : Rapport

RCA : Responsabilité civile et assurances

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RDI : Revue de droit international

RDC : Revue des contrats

RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

RDT : Revue de droit du travail

Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz

Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz

Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Rev. : Revue

Rev. Lamy dr. concurrence : Revue Lamy Droit de la concurrence

Rev. Lamy dr. des affaires : Revue Lamy Droit des affaires

Rev. soc. : Revue des sociétés

RDLF : Revue des droits et liberté fondamentaux

RDI : Revue de droit de l'immobilier

RFDA : Revue française de droit administratif

RGDA : Revue générale du droit des assurances

RJPF : Revue juridique personnes et famille

RJS : Revue de jurisprudence sociale

RPC : Revue procédures collectives

RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

s. : suivant(e)s

S. : Sirey
Sect. : Section
Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc. : Spécialement
Supra. : Ci-dessus
T. : Tome
TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits
TGI : Tribunal de grande instance
Th. : Thèse
TI. : Tribunal d'instance
Trad. : Traduction
Trib. civ. : Tribunal civil
V. : Voir
Vol. : Volume

Sommaire

- Partie 1 : Le non-exercice licite des droits subjectifs
 - Titre 1 : la catégorisation du non-exercice licite des droits subjectifs
 - Chapitre 1 : le non-exercice légitime
 - Chapitre 2 : le non-exercice pardonné
 - Titre 2 : le traitement du non-exercice licite des droits subjectifs
 - Chapitre 1 : la perte du droit
 - Chapitre 2 : le retour vers la mise en œuvre du droit
- Partie 2 : le non-exercice illicite des droits subjectifs
 - Titre 1 : la catégorisation du non-exercice illicite des droits subjectifs
 - Chapitre 1 : la caractérisation d'un manquement
 - Chapitre 2 : la caractérisation d'une volonté de nuire
 - Titre 2 : le traitement du non-exercice illicite des droits subjectifs
 - Chapitre 1 : les mesures élusives
 - Chapitre 2 : les mesures coercitives

Introduction

Etudier le non-exercice, c'est refuser les préjugés.

« Une activité intense, que ce soit à l'école ou à l'université, à l'église ou au marché, est le symptôme d'un manque d'énergie, alors que la faculté d'être oisif est la marque d'un large appétit et d'une conscience aiguë de sa propre identité »¹.

A ces mots provocateurs, tout juriste sera au mieux dubitatif, au pire en désaccord avec Stevenson. Retournant à sa science, il répondra que le droit est fait pour servir, pour être utile. Le droit, au sens objectif, est là pour s'appliquer. Les droits, forcément subjectifs, sont là pour être utilisés, avec enthousiasme si possible. L'inactif, coupable de « lèse-respectabilité »², ne mérite que d'être sanctionné, et toute réflexion juridique sur son mantra doit être exclue, tournée en ridicule ou en dérisoire, elle l'a été³. Il n'a qu'à faire comme ceux qui exercent leur droit « contre [leur] gré, pour ne pas devoir d'excuses au monde »⁴, s'inscrivant ainsi dans la continuité de « l'actualité qui commande, confère privilège à l'activité et condamne la non-intervention »⁵.

¹ R. L. Balfour Stevenson, *Une apologie des oisifs*, Allia, 2003, p. 1.

² *Ibid.*

³ Il suffit de constater le manque de recherches d'ampleur sur le sujet, que la doctrine récente tente de justifier. Voir en ce sens, notamment : J. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Pédone, 2016. Un auteur, A. Pousson, a bien envisagé la thématique dans les mêmes termes, l'espace (trop restreint) d'un article. A. Pousson, « Le non-exercice des droits subjectifs », in *Mélanges Louis Boyer*, Puf, t. II, 1996, p. 564. Plus récemment, H. Barbier l'a étudiée sous un angle différent mais toujours partiel : H. Barbier, « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », *RTD Civ.*, 2019, pp. 326-327. Une thèse de Madame Brunel fournit un regard d'ensemble sur le phénomène, alors désigné par le terme d'« abstention », et propose des clés de lecture du phénomène que nous partagerons en partie. Nous ajouterons cependant certaines considérations. En particulier, la légitimité du non-exercice ne se résume pas à une temporalité, puisque le non-exercice peut, dans certaines hypothèses, être indéfiniment licite. Aussi, l'éventail des réactions possibles face à l'abstention, ainsi que les manières de réduire le problème, peut être augmenté. En ce sens, nous verrons que l'incitation est sans doute le volet principal du traitement du non-exercice, idée-force qui justifie un renouvellement de la réflexion sur la thématique de la passivité. Voir F. Brunel, *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, thèse Clermont Auvergne, 2017, accessible en ligne.

⁴ A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 140. L'auteur fait un parallèle avec le concept de *giri* qui existe au Japon et fait naître dans l'esprit des individus une forme de « dette morale ». Cette idée de morale est évidemment totalement différente de celle qui peut se retrouver à travers la théorie des obligations naturelles car le système juridique français est beaucoup moins teinté de spiritualisme et de philosophie que les droits d'Extrême-Orient.

⁵ *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 36.

Non, les inertes méritent de la réflexion plutôt que des réflexions. Un juriste un peu informé se rappellera des mots d'auteurs illustres tel que Josserand, pour qui « *l'inertie n'est pas seulement une force ; elle est aussi un droit, et un droit absolu, illimité* »⁶.

Ne cédant pas à la facilité de la critique mal placée ou de l'apologie dogmatique, la possibilité d'une troisième voie plus objective consisterait à aborder la thématique de l'inaction sans préjuger ce comportement de manière abrupte, mais en menant d'aplomb une vraie thèse juridique consistant à analyser le sujet, plutôt qu'à l'esquisser pour mieux n'en rien dire.

Pourtant, cette critique sourde à l'idée d'une recherche sur la traduction juridique de l'inaction, -le non-exercice des droits subjectifs-, peut se comprendre dans une société louant le mouvement⁷, les personnes dynamiques, les hyperactifs, les entrepreneurs. Surprenante, la recherche engagée est même, il faut l'avouer, contradictoire : à quoi bon avoir conquis des prérogatives aussi essentielles que le pouvoir d'exercer des droits divers et variés⁸... si c'est pour ne pas les exercer ! D'où cet état d'âme : n'est-ce pas une perte de temps de s'intéresser à ceux qui n'exercent pas les droits dont ils sont titulaires, alors que tant de justiciables aimeraient exercer les leurs mais n'y parviennent pas ?

Mais les droits de ces derniers ne sont-ils pas en état de non-exercice ? Thématique *a priori* déconcertante et en contradiction avec l'époque, elle invite à dépasser les *a priori*.

Ceci est indispensable compte tenu de l'implication de chaque individu qui a été, qui est, ou qui sera un jour concerné. « *C'est le consommateur qui n'exige pas le respect des règles légales concernant les prix ; c'est l'épicier qui dit à la cliente manquant de menue monnaie : "Vous me le rendrez demain" sans avoir l'intention de le lui réclamer ; c'est le bailleur qui n'applique pas les variations d'indice prévues au contrat afin de ménager son locataire ; c'est l'assuré qui ne déclare pas les petits sinistres, etc... Le désir de ne pas utiliser un droit, de le laisser dépérir et tomber en désuétude fait partie de notre activité quotidienne. Plus la valeur économique du*

⁶ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1939, p. 132.

⁷ Cette critique générale tombe peu après un contexte pandémique, encore que le retrait social que ce contexte a imposé ne signifiait nullement repos ou mise en sommeil du droit et des individus. Les citations d'hommes politiques ne manquent pas qui appellent à un plus grand dynamisme et à l'esprit d'initiative.

⁸ A tel point qu'ils pourraient bien être « écrasés » par leur poids si considérable que le seul « *antidote* » efficace serait précisément « *l'ineffectivité* ». J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2008, p. 272.

droit est faible, plus sa mise en œuvre nécessitant d'activité, de lutte, plus la tendance à l'abandon est sensible »⁹. D'autres formulations expriment la même idée, P. Wéry a émis la plus récente à ce propos : « *Une approche sociologique (...) amènerait sans doute à devoir nuancer [une] approche purement juridique de la matière. Pour les motifs les plus divers (commisération envers le débiteur, crainte de perdre des relations d'affaires ou d'amitié, enjeu limité...), il n'est pas rare que le créancier ferme délibérément les yeux sur les manquements de son cocontractant. C'est le locataire qui paye toujours son loyer, mais avec un certain retard, situation dont le bailleur s'accommode. C'est l'emprunteur qui tarde à rembourser le prêt que ses parents lui ont consenti...* »¹⁰.

Les formules sont vraies mais restent restrictives, elles mettent en avant l'authenticité que peut comporter un rapport qui reste cordial et ne devient pas juridique. En n'utilisant pas une prérogative juridique à outrance, l'épicier, le bailleur, le prêteur d'argent, sembleraient préférer la conservation d'un lien social que l'utilisation d'un droit pourrait venir entamer. Comme si l'usage d'une prérogative juridique incluait dans la relation une forme d'autorité ou de violence nuisible à la bonne entente des parties. C'est ni plus ni moins ainsi qu'untel devient trop procédurier aux yeux des autres...

Mais le constat date. La société a changé et les méthodes aussi, être véhément n'est plus un défaut¹¹. Choisir entre la confrontation ou l'éviter n'est plus la problématique centrale, elle est noyée parmi d'autres. Avec cela, le vivier de situations visées a déjà augmenté, il s'est aussi considérablement diversifié. A l'inactif par désir ou tolérance, il faudrait ajouter l'individu qui n'agit pas par méconnaissance ou ignorance de ces droits multiformes ou de ces règles proliférantes. Lui n'a pas eu le choix ou les moyens de faire autrement, contrairement à celui qui a décidé de ne pas agir pour des raisons moins nobles, entre désinvolture, mégarde et malice.

⁹ C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies technique, 1979, pp. 211-212.

¹⁰ P. Wéry, *Droit des obligations*, Vol. 1, théorie générale du contrat, 3^{ème} édition, 2021, n° 439-2.

¹¹ Étonnamment, le droit étranger, canadien notamment, s'est adapté aux quelques belliqueux qui actionnent les tribunaux pour tout ou rien. Un ambitieux qui souhaiterait obtenir la propriété de l'espace qui se trouve sur sa tête pour interdire aux satellites de toutes nationalités de l'emprunter risque d'être confronté à un constat de « *quérulence* ». Le droit français ne connaît pas cette notion. Sans aller jusque-là, agir pour obtenir son dû plutôt que de ne pas le réclamer est sans doute mieux vu que de ne pas le faire.

Et c'est bien là tout l'intérêt du sujet, il permet de constater la profusion de cas qu'il englobe, et suggère que même un coup de rabot n'effacera pas sa diversité. La réaction naturelle que constitue la sanction correspond au choix de la facilité.

Quittant un débat résolu sur l'utilité d'une telle recherche, une autre critique pourrait être adressée à l'encontre des termes du sujet qui semblent par conséquent trop larges. L'expression « *non-exercice des droits subjectifs* » est très complexe à cerner en même temps qu'elle évoque instantanément une pensée chez quiconque en prend note. Justement, le très grand vivier de situations visées n'est-il pas trop grand ? N'est-ce pas, à tort, croire que l'on peut synthétiser l'intégralité des relations juridiques ?

Il est indispensable de conserver une certaine clarté : nul ne peut prétendre à l'omniscience et à la clairvoyance, une thèse transversale ne peut tout cerner. L'objectif est de cerner un phénomène stimulant, très certainement problématique d'un point de vue juridique, et les termes du sujet doivent d'ailleurs servir de point de repère dans l'identification des cas concernés par cette thèse.

I) L'expression « *non-exercice* » clarifiée

L'expression « *non-exercice* », sous ses airs dénués d'esthétique, doit être envisagée dans son sens courant. Elle désigne à la fois le contraire et l'inverse de l'exercice, et constitue un pis-aller dans la mesure où le terme d'inexercice n'existe pas lui-même. Il eut sans doute été possible de parler de non-usage ou d'inaction, ou d'employer des termes d'une teneur équivalente. Aucun d'entre eux n'est pourtant plus approprié.

Le « *non-usage* » a été particulièrement restreint par la définition qu'en donne le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu¹², qui la cantonne au non-usage de droits réels¹³ comme les servitudes.

¹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 9^{ème} édition, 2012, p. 684.

¹³ « *Quant au non-usage, c'est la liberté de laisser la chose à l'abandon, stérile (bâtiment inoccupé, champ non cultivé). Toutefois, la législation rurale sur les terres incultes veille théoriquement (art. 2, L. 125-1 et 5 du Code rural) et, d'autre part, le non-usage risque d'entraîner soit la confusion entre la chose non utilisée et la chose abandonnée (res derelictae), soit la prise de possession par autrui, avec le jeu, au profit de cet autrui, de la prescription acquisitive, ou l'intervention du pouvoir municipal de police sur les bâtiments menaçant ruine ! On a*

En ce sens, parler de non-usage des autres droits, comme le non-usage des droits de la personnalité, devient inapproprié vis-à-vis de cette sémantique juridique. Il faudrait, pour résoudre cela, adopter une définition variable du « *non-usage* » suivant les droits qui en sont l'objet. Sur ce point, remettre en cause une définition acquise dans un ouvrage de référence ne présente pas un grand intérêt, au risque de créer de la confusion là où l'expression de non-exercice convient très bien et n'a pas fait l'objet d'un tel parti pris.

Quant à l'inaction, sa connotation péjorative justifie à elle-seule que le terme ne soit pas employé outre-mesure, si ce n'est pour varier la langue. Tout le monde a déjà entendu parler d'un tel, inactif, non sans condescendance. Juridiquement, désigner un individu comme un inactif, ou assimiler l'absence d'acte à l'inaction, donne quand même à voir l'individu comme un bienheureux profitant des largesses du système ou abusant de la patience des autres. Le terme ne coïnciderait pas avec la réalité du phénomène de non-exercice qui s'étend au-delà des frontières de la simple feignantise.

L'expression « *non-exercice* » est par conséquent plus neutre tout en conservant un caractère technique puisqu'elle s'oppose à l'exercice. Ici, elle s'oppose bien sûr à l'exercice des droits, à leur mise en œuvre, à l'action, leur usage, leur utilisation, etc...

Une approche négative, visant à mettre en lumière une partie des enjeux du sujet, est permise par l'utilisation de la définition existante de l'action. Elle « *constitue le point de suture du droit et de la procédure : elle tend, en effet, à se confondre, soit avec le droit qu'elle protège, soit avec la demande en justice qui la concrétise. Elle touche au droit substantiel dont elle assure la sanction ; elle s'actualise dans une procédure, étant condition nécessaire du recours au juge* »¹⁴. Dans cette lignée, il faut considérer l'action comme le moyen de concrétiser un droit, le faire passer du stade de la virtualité à celui d'objet d'un conflit, elle est le biais juridique pour obtenir satisfaction. A l'inverse, le non-exercice renverrait aux situations dans lesquelles un individu ne tenterait pas de défendre son droit. Mais le phénomène est plus large et ne concerne pas seulement le droit d'agir. L'impact du phénomène sur le système juridique se

mis en évidence les limites de ce non-usage ». G. Mémeteau, *Droit des biens*, Bruylant, 11^{ème} édition, 2018, p. 106, voir aussi C. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.*, 2014, pp. 795 et s.

¹⁴ J. Ghestin (dir.), G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 3^{ème} édition, 1990, p. 469, citant J. Vincent, *Encyclopédie Dalloz, répertoire procédure civile*, 2^{ème} édition, Action, n°1.

fait cependant déjà ressentir. En l'absence d'exercice, point de liaison entre la machine judiciaire et le droit d'un individu. Emerge alors un problème d'effectivité normative.

A l'aune d'une approche individuelle, il faut rajouter que les droits dont il sera question, qu'il s'agisse du droit d'agir ou d'un droit substantiel, ne sont pas utilisés autant que prévu. A l'ineffectivité de la norme qui fixe le droit, s'ajoute donc l'ineffectivité des droits subjectifs.

Certains s'en contenteront. Il fut affirmé que « *le titulaire du droit subjectif est libre de son exercice, il peut en user à sa guise, il peut aussi ne pas l'exercer, rien ni personne ne peut l'y contraindre* »¹⁵, que « *le titre se conservera bien que le droit ne soit pas exercé* »¹⁶, que « *ni l'appartenance, ni la maîtrise, ni l'exigibilité, ni le droit d'action n'impliquent, pour exister, un acte quelconque de volonté de la part du titulaire du droit* »¹⁷, etc. Pourquoi agir si l'inaction n'est pas coupable ?

Mais cette considération se contredit aisément par un des (nombreux) motifs d'une réflexion sur le thème du non-exercice des droits. Le non-exercice revêt de multiples formes et interroge sur les raisons de son auteur, sur les intérêts qu'il poursuit ou les préjudices qu'il risque d'endurer, ou de faire subir à quelqu'un d'autre. Il renvoie également aux effets des comportements individuels sur les intérêts d'autrui¹⁸, rappelant par-là que nul ne vit dans l'isolement total¹⁹.

C'est donc, d'une part, la question de l'effectivité même du droit qui est abordée, droit qui n'a pas vocation à fournir un éventail fortuit de possibilités aux individus mais un ensemble

¹⁵ A. Pousson, « Le non-exercice des droits subjectifs », in *Mélanges Louis Boyer*, Puf, t. II, p. 564.

¹⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Puf, Thémis, 20^{ème} édition, 1991, p. 313.

¹⁷ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 104.

¹⁸ Dans un monde interactif, le non-exercice est-il possible ? Ou, pour reprendre une formule doctrinale, l'exercice systématique des droits est-il un « *comportement nécessaire à la coexistence des hommes* » ? Cf. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 53.

¹⁹ Un homme qui serait seul sur terre ne serait tenu d'aucun rapport d'obligation. A cet égard, voir en philosophie E. Kant, *Métaphysique du droit*, Read. Barni, p. 89, cité par R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 412, ou l'exemple repris à foison dans la doctrine, celui de Robinson qui, seul sur son île, n'a pas besoin de droits car il n'existe personne à qui il pourrait les opposer.

sérieux et cohérent de prérogatives²⁰, dont Carbonnier a pu dire qu' « *ils (les droits) sont faits pour vivre, pour être réalisés* »²¹.

C'est, d'autre part, l'impact de l'inactivité d'une personne sur sa situation et sur autrui qui doit attirer l'attention. Il est ici nécessaire d'étudier l'intensité de cette influence et d'éviter la gêne qu'elle pourrait occasionner. L'inaction devient un poison dans les relations sous-tendues par la coopération, surtout en matière contractuelle : « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des intérêts individuels* »²². Ne pas travailler ensemble, c'est mettre en péril cette union.

En toute hypothèse, le non-exercice des droits subjectifs est donc un sujet sérieux qui relève de l'anomalie. Le phénomène est étrange, inattendu, incompréhensible, et il génère l'incertitude. L'ampleur suggérée par un tel objet de recherche n'empêche pas son étude, elle peut être canalisée.

Les cas de non-exercice ne sont pas tous saisissables.

Lorsque l'on évoque le marchand d'un commerce de proximité qui fait crédit à un client bien connu, conscient dès le départ qu'il n'ira jamais lui demander de rembourser le bien ainsi offert, c'est une énorme partie des cas de non-exercice qui commence à être pointée du doigt. Ce sont ceux qui, heureusement, n'atteindront jamais le prétoire d'une juridiction, parce que l'idée en est exclue dès le début. Tant mieux, l'initiative individuelle et la bonne entente ménagent un peu l'engorgement des tribunaux.

Il est parfois préférable de se ranger derrière une approche sociologique, « *la plupart des rapports de droit [n'accéderont] pas à la litigiosité* »²³. Or, sitôt qu'un individu reste en dehors du droit, l'analyse est impossible. D'ailleurs, cette situation de non-exercice est inquantifiable.

²⁰ Carbonnier disait d'ailleurs de l'Etat de droit qu'il s'était « *érigé en un dogme qui tolère de moins en moins les sceptiques* ». J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2008, p. 10. Pourtant, poursuit le même auteur, « *une disposition légale étant simulée, on simule que l'application réelle sera identique [...]. Autant étudier le fonctionnement d'une machine sans tenir compte de des frottements* ». J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, 2004, p. 297.

²¹ *Ibid.*

²² R. Demogue, *Traité des obligations en général, II, Effets des obligations*, t. VI, Paris, Rousseau, 1931, n° 3 et s.

²³ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^{ème} édition, 1998, p. 21.

Ce n'est pas grave. Le contenu des différentes normes régissant de près ou de loin le phénomène de non-exercice, et le contingent de cas parvenus devant une juridiction après une initiative individuelle, suffisent pour analyser la thématique dans son ensemble. Ils ont suscité l'élaboration ou l'application des mécanismes pertinents.

Le phénomène de non-exercice est particulièrement intéressant lorsqu'il est un phénomène primaire, c'est-à-dire un problème initial dont tout le reste découle.

Il est encore possible de resserrer le champ du sujet en évacuant, autant que faire se peut, les cas saisissables mais qui ne peuvent y être rattachés sans véritable cohérence. Pourrait être considérée comme non-exercante toute personne n'utilisant pas un droit, peu importe la cause de cette léthargie. Imposant un balayage complet des notions existantes, cette conception rendrait nécessaire l'inclusion peu évidente de thématiques qui n'ont pas de lien avec ce que nous souhaiterons démontrer. Même si « *c'est [bien] le rôle de la doctrine de bâtir des systèmes afin d'ordonner des solutions éparses* »²⁴, nul n'est tenu à l'impossible, ou plutôt au déraisonnable.

Parmi les notions que la thématique pourrait suggérer, il faut mentionner les incapacités, l'absence et la disparition, et sans doute bien d'autres qui y seront rattachés par des esprits audacieux. Pourtant, le non-exercice, si tant est qu'il existe, n'est pas à la base de la mesure protectrice dont la cause est exclusivement médicale, il est sa conséquence. C'est l'incapacité qui empêche l'exercice et pas le non-exercice qui conduit à l'incapacité, bien qu'une protection pour oisiveté ait existé en droit français²⁵. Puis l'existence du non-exercice est sujette à caution. Le majeur protégé, selon les cas, conserve la faculté d'exercer de nombreux droits, des actes conservatoires, d'administration ou de disposition. Et lorsqu'il ne peut le faire seul, la mesure protectrice sert justement à permettre l'exercice des droits. Le raisonnement est le même avec l'absence ou la disparition. Le constat de l'une ou de l'autre a vocation à clarifier une situation et à fluidifier les droits en jeu. Le non-exercice n'est donc ni le point de

²⁴ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, chron. p. 99.

²⁵ L'hypothèse de l'oisiveté existait jusqu'à l'abrogation de l'article 488 du Code civil dont l'alinéa 3 était ainsi rédigé jusqu'à 2009 : « *Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* ». L'oisiveté n'est plus un cas d'ouverture d'une curatelle depuis le 1^{er} janvier 2009. Sur cette notion, voir A. Gotman, « Le prodigue saisi par le droit », *Cairn*, 2011/4, n° 166, pp. 24-30, ou J. Locke, *Lettre sur la tolérance*, Gouda, 1689, Quadrige/Puf, 1985, p. 37.

départ, ni la ligne d'arrivée. C'est une même logique, enfin, qui conduit à éluder certains délais du sujet, comme le délai de réflexion du code civil²⁶, du code de commerce²⁷ ou du code de la santé publique²⁸ qui, s'ils empêchent l'exercice dans l'instant, ne ciblent pas la problématique du non-exercice mais plutôt celle de l'exercice hâtif.

L'observation permet de choisir pour de bon quel non-exercice est visé par cette étude. C'est celui qui concerne, de façon résiduelle, les cas dans lesquels un individu titulaire d'un droit subjectif ne l'exerce pas, c'est un état de fait qui rend nécessaire l'identification puis l'explication de sa cause pour y apporter une réponse appropriée. C'est le phénomène de non-exercice qui suscite la réaction du droit et déclenche s'il y a lieu l'activation d'une norme juridique, pas l'inverse. Le non-exercice a dans cette perspective une position primaire, il est l'élément déclencheur.

II) L'expression « *droits subjectifs* » clarifiée.

Le détour par la définition des droits subjectifs a moins d'importance que celui emprunté pour l'expression « *non-exercice* ». Les droits subjectifs ont en effet été définis à de multiples reprises, puis l'intérêt du sujet réside dans le phénomène de non-exercice, dont les droits subjectifs sont l'objet, davantage que dans l'étude de ces droits.

Ce détour est toutefois indispensable pour délimiter le sujet et clarifier l'approche adoptée de ces droits subjectifs.

La première approche des droits subjectifs a une vocation pratique et les range selon leur fonctionnement. Elle est utile puisqu'elle met en lumière la forme que prendra le non-exercice.

²⁶ Voir l'article 229-4 du Code civil sur le divorce devant notaire.

²⁷ Les dispositions sont plus nombreuses ici, le droit de la consommation étant le terreau des contrats conclus à la va-vite, il est donc une terre d'élection pour les délais de réflexion. Voir ainsi l'article L. 313-3 du Code de la consommation pour les crédits immobiliers, l'article L. 315-11 du même code pour l'offre de prêt viager hypothécaire, entre autres.

²⁸ Voir l'article L. 2215-5 du Code de la santé publique sur l'interruption de grossesse.

Les droits subjectifs peuvent être divisés en trois catégories : les droits de créance et les droits réels, que l'on peut regrouper sous la bannière des droits patrimoniaux, et les droits extrapatrimoniaux. L'ensemble de ces droits correspond concrètement au « *pouvoir d'exiger quelque chose en vue de la satisfaction d'un intérêt juridiquement protégé* »²⁹. Le droit vu au sens objectif est, par opposition, celui qui n'est pas destiné à la satisfaction des intérêts individuels, il régule la société. Des différences persistent néanmoins, puisque l'exigibilité des droits subjectifs n'est pas uniforme.

Le droit de créance, aussi appelé droit personnel, renvoie au droit d'une personne créancière d'exiger d'une personne débitrice l'accomplissement d'une obligation (anciennement les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire³⁰). Il s'exerce donc vis-à-vis d'une personne, comme peut l'être le droit d'une personne ayant donné de l'argent à une autre d'exiger que cette dernière accomplisse les travaux pour lesquels l'argent lui fut remis, ou qu'elle lui rende cet argent.

C'est l'élément qui distingue le droit personnel du droit réel³¹, qui porte sur une chose³² en application de la maîtrise totale ou partielle qu'exerce une personne à son égard³³. Les personnes ne sont pas exclues de ce rapport qui est en réalité opposable à tous. En ce sens, un droit de propriété, droit réel par excellence, emporte que le propriétaire a des droits exclusifs sur sa chose qui excluent les autres de ce rapport. Le droit réel, en même temps qu'il a pour objet premier une chose, impose des obligations aux autres personnes, notamment l'obligation de respecter ce droit réel et de ne pas le parasiter. Le droit réel porte donc sur une chose mais il produit un effet juridique sur les tiers.

²⁹ I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, bibliothèque de droit privé, t. 85, LGDJ, 1967, p. 92.

³⁰ Sur ce point, il faut relire l'intéressante référence de Grammatikas au droit romain : G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Étude parallèle de droit français et du droit hellénique)*, préf. de J. Carbonnier, LGDJ, 1971, pp. 78 et s., spéc. note 2. La scission entre ces types d'obligations a disparu avec la réforme du droit des contrats par ordonnance du 10 février 2016.

³¹ Sur la distinction entre droits réels et droits personnels, voir aussi : J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, Puf, Quadrige manuels, 2004, pp. 317 et s.

³² Il peut s'agir, comme le démontre Grammatikas, de propriété mobilière ou immobilière, de servitude, de gage, d'hypothèque, des droits successoraux. G. Grammatikas, op. cit., pp. 96-112. Il faut encore y ajouter les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique, que ce dernier auteur présente séparément mais qui portent pourtant sur une chose.

³³ Voir G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, 1956-1957, t. 1, n° 690.

Quant à eux, les droits extrapatrimoniaux sont l'ensemble des droits exclus du patrimoine de la personne car incessibles, insaisissables et non transmissibles à cause de mort, en plus d'être impossibles à évaluer en argent. Leur fonctionnement se rapproche étonnamment de celui des droits de créance : un individu dont un droit extrapatrimonial est atteint (son droit à l'image) peut exiger que cesse cette atteinte, puis demander une réparation pour le tort causé à l'encontre de l'auteur. Concernant l'individu, ils sont incessibles et intransmissibles. Dans son rapport à autrui ou à la norme, ils sont insaisissables et imprescriptibles. Ils sont « *directement attachés à la personne, cette dernière ne peut, en principe, ni les acquérir ni les perdre* »³⁴. Ces droits sont accordés à tous les individus sans exception dès leur naissance, ils sont protégés à un niveau équivalent pour tous³⁵, et ils s'éteignent par la mort de la personne³⁶.

Si l'approche des droits personnels est assez unitaire, les droits réels et extrapatrimoniaux peuvent quant à eux être subdivisés en sous-ensembles.

Ainsi, les droits réels peuvent être principaux ou accessoires. Les droits réels simples sont les traditionnelles prérogatives d'un propriétaire disposant de l'*usus*, du *fructus*, et de l'*abusus* sur une chose. A ce triptyque s'ajouteront les garanties ou sûretés que l'individu pourrait concéder sur ses biens, ce sont les droits réels accessoires comme le gage ou l'hypothèque.

Quant aux droits extrapatrimoniaux, il faut scinder les droits de la personnalité des droits familiaux, les premiers portant sur la personne du titulaire lui-même, les seconds s'exerçant à l'égard d'une autre personne de la cellule familiale tel que l'enfant. Le droit moral de l'auteur est à part, il renvoie à la volonté de l'auteur appliquée à l'égard d'une œuvre.

³⁴ C. Albiges, *Introduction au droit*, Bruylant, 2018, p. 229-230, spéc. p. 230, relativement aux droits extrapatrimoniaux.

³⁵ Cette protection équivalente est susceptible de connaître des adaptations. Une personne célèbre est davantage exposée à la violation de son droit à l'image, par exemple. Compte tenu de sa notoriété, des compromis sont faits dans une protection atténuée de ce droit, la personne devant s'attendre à attirer l'attention et les convoitises. Le lien avec le débat public éclipse ou amoindrit la protection des droits extrapatrimoniaux.

³⁶ L'âme quitte un corps qui doit être traité avec dignité et respect. Là n'est pas un droit extrapatrimonial de la personne qui n'a plus de volonté et ne souffre plus de préjudice, il s'agit d'un principe social devenu juridique de respect des morts. On peut quand même noter que l'âme qui n'est plus continue d'imposer une certaine révérence. La volonté du défunt est respectée à bien des égards, en matière d'héritage, d'utilisation de ses œuvres (volonté que soit publiée une œuvre à titre posthume), et la tranquillité des esprits passés est assurée, ainsi peuvent être fermées des discothèques situées à proximité d'un cimetière.

Il faut encore ajouter à ces droits subjectifs la notion voisine de faculté légale³⁷, qui renvoie aux « *options ouvertes par la loi* »³⁸ en vue de la création d'une situation juridique à laquelle sont attribués des effets de droit, « *la plus caractéristique* »³⁹ étant la faculté pour l'héritier « *d'accepter ou de répudier la succession à laquelle il est appelé* »⁴⁰. L'exercice de cette faculté est un droit, c'est un droit subjectif.

La deuxième approche dévoile les droits subjectifs en instruments de réalisation des intérêts. Elle est indispensable, c'est elle qui indique l'influence néfaste du non-exercice.

C'est une considération capitale. Si quelques situations isolées ne concernent que le titulaire de droits, la plupart imposent une prise en considération de la personne d'autrui et de ses intérêts. Les actes des uns, même anodins, ont des conséquences pour les autres, même minimales. Ce constat suffit à rappeler, si tant est qu'il le fallait, l'intérêt du sujet. Le non-exercice dérange forcément. Il a en outre suscité chez la doctrine des points de vue différents sur les droits subjectifs et l'élaboration de multiples classifications en conséquence.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner les oppositions droits individuels/corporatifs, droits privatifs/indivis/collectifs, droits absolus/relatifs, droits mobiliers/immobiliers, droits acquis/virtuels, droits actuels/futurs ou conditionnels/éventuels, droits-fonctions/à des fins égoïstes, droits discrétionnaires/susceptibles d'abus, droits perpétuels/temporaires, droits disponibles/indisponibles⁴¹. Bien d'autres classements peuvent sans doute être envisagés.

L'important est de souligner que, là où certaines oppositions sont plutôt neutres ou techniques, comme la distinction droit mobilier/immobilier ou actuel/futur, les autres reflètent véritablement la diversité d'intérêts que permettent d'accomplir les droits subjectifs.

³⁷ Les facultés conventionnelles, même si elles sont dénommées comme telles dans un souci de distinction, sont bien une forme de droit subjectif incorporé dans une convention. La notion de faculté au sens propre est quant à elle moins bien définie, et peut renvoyer à la faculté de faire ou de ne pas faire, ressemblant fort à la notion de liberté civile.

³⁸ G. Grammatikas, op. cit., p. 55, citant P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 2^{ème} édition, n° 21, p. 167.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ J. Ghestin (dir.), G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^{ème} édition, LGDJ, 1990, pp. 189-190.

Ces dernières oppositions, puisqu'elles sont axées sur l'influence du non-exercice, seront retrouvées dans cette étude.

Certaines d'entre elles méritent déjà un arrêt rapide.

La distinction entre droit individuel ou privatif et droit indivis, corporatif ou collectif met en lumière le cas d'une influence néfaste à tout un groupe que revêt le non-exercice émanant de l'un de ses membres. Elle démontre que certains droits appartiennent à un titulaire unique tandis que d'autres sont partagés par un groupe, ou, bien que partagés entre chacun des membres d'un même groupe, portent alors sur le même objet. Citons à titre d'exemple la copropriété ou l'indivision. Des droits individuels existent donc dans des rapports collectifs, ce sont les droits propres, mais seule leur inscription dans ce rapport collectif légitime leur dévolution. Par conséquent, leur exercice devra s'effectuer en tenant compte de l'intérêt du groupe ou au moins être conditionné par la nécessité de ne pas mettre en péril l'objet vers lequel ils se tournent, tandis que leur non-exercice rejaillira forcément sur ces autres membres.

La distinction droit absolu/relatif, particulièrement vive au sein de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales⁴², augure une distinction entre des droits dont l'intérêt est capital, et des droits moins solidement protégés. Elle sépare les droits théoriquement insusceptibles de remise en cause, les droits absolus, des droits relatifs qui peuvent faire l'objet de diverses dérogations dans les conditions définies aux paragraphes deuxièmes des différents articles les énonçant (en particulier les articles 8 à 11) ou par le biais de limitations implicites⁴³. A une utilité pour l'Etat, qui jugera différemment son pouvoir d'ingérence dans les droits de chacun, à une utilité pour la Cour, qui aura une tâche de contrôle différente suivant le droit dont la violation est alléguée devant elle, se fait aussi poindre l'amointrissement des pouvoirs de l'individu sur certains droits. Il lui est notamment impossible de se séparer d'un droit absolu par le biais de la renonciation⁴⁴ alors que le pouvoir de la personne sur les droits relatifs resterait entier.

⁴² Conv. EDH ci-après.

⁴³ Les articles 6 et 12 par exemple, portant sur le procès équitable et le droit au mariage, ne contiennent pas de §2 explicitant des limites qui ne se retracent qu'au fil de l'édifice jurisprudentiel bâti par la Cour EDH.

⁴⁴ Le débat reste ouvert sur la cause de cette impossibilité de renoncer en droit de la Conv. EDH. Si l'on peut avancer la nature du droit impliqué, et ainsi utiliser la distinction entre droits absolus et relatifs, on peut aussi

Mais la frontière entre ces droits est de plus en plus ténue. On pourrait l'expliquer en prenant à titre d'illustration le célèbre arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁴⁵ qui avait reconnu la notion d'autonomie personnelle⁴⁶ pour refuser à une personne toutefois libre de se suicider par elle-même le droit à l'euthanasie au visa de l'article 8 de la Conv. EDH relatif à la protection de la vie privée et familiale. Dès lors que l'individu jouit d'une part d'autodétermination, l'obligation positive de l'Etat de préserver les droits des particuliers à l'occasion de rapports horizontaux, notamment le droit absolu que constitue la prohibition de la torture, des traitements inhumains et dégradants, prévue par l'article 3 de la Convention, pourrait être mise en échec par la volonté claire et éclairée, ferme et constante, d'un individu, de se soumettre à un sort objectivement contraire à ces articles. Ce souhait, censé relayer un choix authentique de l'individu, retire le caractère anti-conventionnel de l'acte commis par une personne sur une autre et désengage l'Etat⁴⁷. De quoi mêler l'absolu au relatif.

l'attribuer à l'importance du droit. Ainsi, la Cour EDH a pu estimer que la renonciation au droit à la liberté garanti par l'article 5 de la Convention n'est pas possible, car il « revêt une trop grande importance dans une "société démocratique" ». Voir Cour EDH, Plénière, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n° 2832/66 2835/66 2899/66, § 65. Le fameux paradoxe de l'œuf ou de la poule n'est pas loin : le droit est-il absolu en raison de son importance, ou est-il classé comme important en raison de son caractère absolu ? Toujours est-il que les deux caractéristiques ne sont jamais loin.

⁴⁵ Cour EDH ci-après. Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *Dalloz*, 2002, pp. 1596 et s., et les obs. ; *RDSS*, 2002, pp. 475 et s., note Pedrot ; *RSC*, 2002, pp. 645 et s., obs. Massias ; *RTD civ.* 2002, pp. 482 et s., obs. Hauser ; *RTD civ.*, 2002, pp. 858 et s., obs. Marguénaud, *RJPF*, 2002, 7-8/11, p. 11, obs. E. Garaud.

⁴⁶ *Ibid.*, §§ 61, 66, 74.

⁴⁷ Voir mutatis mutandis, Cour EDH, 17 février 2005, *KA et AD c. Belgique*, req. n° 42758/98 45558/99. Dans cet arrêt, la Cour EDH valide les pratiques sadoomasochistes auxquelles souhaiteraient s'adonner des amants occasionnels. En l'espèce, l'Etat belge fut soutenu par la Cour pour avoir condamné deux personnes ayant infligé ces pratiques à une participante, constat qui n'est pas tant à attribuer à la teneur desdites pratiques qu'au comportement des bourreaux qui n'avaient pas pris en compte le mot-clé pour que soit mis fin à une pratique devenue supplice pour la participante. En d'autres termes, ces pratiques douteuses sont tolérées dans le respect de la volonté de ceux qui les subissent. Dans une logique plus explicite, l'arrêt AP, Nicot et Garçon, fut l'occasion pour la Cour de considérer que subordonner la modification de la mention du sexe à l'état civil à une transformation irréversible, impliquant une stérilisation qui n'est pas nécessairement désirée, est une violation de l'article 3. Elle prend soin de rappeler que la violation de l'article 3 est exclue si les traitements médicaux sont réclamés par la personne. Voir Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P., Nicot et Garçon c. France*, req. n° 79885/12 52471/13 52596/13.

La distinction entre droits-égoïstes et droits-fonctions est elle aussi intéressante, en ce qu'elle suggère la marge de manœuvre du titulaire de droits. Sous les vocables de droit-fonction et de droit-égoïste, Josserand⁴⁸ distinguait les droits à visée égoïste des droits-fonction.

Les premiers laissent à leur titulaire une marge de manœuvre dans la détermination de la manière de les utiliser pour aménager au mieux ses intérêts qui sont seuls poursuivis par ces droits ainsi qualifiés d'égoïstes. Par opposition, les droits-fonctions sont conférés à une personne en considération de l'intérêt d'autrui pour lequel ce droit a été établi. Pour autant, il ne s'agit pas d'une dimension collective puisque c'est un seul et même individu qui en est titulaire⁴⁹. Cependant, leur exercice sera orienté vers l'accomplissement de l'intérêt d'une autre personne. Ainsi en va-t-il de la distinction entre le droit de propriété, égoïste par essence⁵⁰, et les droits parentaux notamment, droits conférés aux parents dans l'unique but de satisfaire les intérêts de l'enfant.

Le constat d'une pratique jurisprudentielle centenaire⁵¹ met à mal la réalité de cette distinction, ou au moins sa clarté. Depuis la fameuse affaire Clément Bayard de 1915, même le propriétaire est susceptible de commettre un abus de droit lorsque, croyant jouir d'une liberté dans l'exercice de son droit, il en profite pour atteindre de façon intolérable aux intérêts de son voisin. Ne fut pas tolérée cette pratique consistant pour un certain Cocquerel, déçu de n'avoir point réussi à convaincre Clément Bayard de lui céder son fonds, à ériger des piquets en bois surmontés de pointes métalliques dans le but de percer un jour le ballon dirigeable qu'aimait piloter Clément Bayard. Certes, *a priori*, chacun est libre d'utiliser un droit égoïste à sa guise, surtout lorsque le droit en cause laisse à son titulaire l'appréciation « *la plus*

⁴⁸ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1939.

⁴⁹ Dabin y voit à cet égard des droits subjectifs à proprement dit. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp. 229-236.

⁵⁰ Le caractère égoïste ou altruiste du droit de propriété est souvent discuté. Une chose est sûre, Josserand appelait à des « *mesures de compression* » sur ce droit précisément parce qu'il représentait une « *impossibilité sociale* ». L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, précité, p. 17. En se détachant de son analyse, il faut convenir de l'origine égoïste de ce droit dont l'assise figure d'ailleurs dans les articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, texte dont l'esprit est imprégné de l'individualisme inhérent à la Révolution.

⁵¹ Cass. Req., 3 août 1915, pourvoi n° 00-02.378.

absolue »⁵². Des limites à cette discrétion ont toutefois été puisées dans la théorie de l'abus de droit⁵³, ici constitué par la malice de Cocquerel dont l'unique but était de nuire à son voisin. D'où le constat que les droits-égoïstes ne peuvent pas l'être totalement, parce que, « *en définitive, si le propriétaire se situe, au plan interne, directement face à la chose objet du droit, il se situe, au plan externe, « face à autrui* »⁵⁴.

La légitimité d'une distinction entre les droits-égoïstes et les droits-fonctions reste tenace. Les droits-égoïstes, même soumis à une limite, comme toute règle juridique ou tout droit-*summum jus, summa injuria-*, ne sont pas tout à fait soumis à un même traitement légal ou jurisprudentiel que les droits-fonctions.

Une dernière approche des droits subjectifs puise dans le fonctionnement de ces droits qui peuvent être à réalisation objective ou subjective⁵⁵.

Dans cette optique, le premier ensemble regrouperait les droits à réalisation subjective, par lesquels l'individu peut agir sur sa relation avec autrui. Ce sont les droits personnels et de créance qui le mettent en lien direct avec autrui, ou les droits réels portant sur des choses. En activant un droit réel, l'individu tire profit d'une chose, ce qui traduit une vision assez économique des droits. Il peut aussi demander à ce que soit exécutée une obligation, s'agissant du droit de créance, ce qui reflète une forme d'utilisation sociale des services. Cette obligation peut correspondre à un comportement positif, faire quelque chose (exécuter une prestation), ou revêtir une facette négative, en imposant cette fois-ci au débiteur de ne pas perturber les droits du créancier, par exemple en ne venant pas interférer dans le rapport de propriété que le propriétaire entretient à l'égard d'une chose. Le deuxième ensemble agglomèrerait les droits à réalisation objective qui permettent à un individu de modifier une

⁵² L'article 544 du Code civil, d'ailleurs inchangé depuis 1804, dispose ainsi : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

⁵³ Qui serait un des « *usages prohibés par la loi* » auxquels l'article 544 du Code civil fait référence.

⁵⁴ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 80.

⁵⁵ Cette approche astucieuse apparaît dans la thèse d'Alexis Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, 2010, p. 111.

Les droits à réalisation subjective, selon l'auteur, « *se réalisent en imposant certains comportements aux autres sujets* », ils sont « *l'expression d'un rapport interpersonnel* ». Parmi eux, il est en effet possible de distinguer les droits réels qui concernent les rapports d'un titulaire d'un droit à la chose objet de son droit, une « *exclusivité que les autres sujets doivent respecter* », des droits personnels qui renvoient au pouvoir d'une personne sur une autre.

situation juridique, tel un héritier qui peut opter afin d'accepter la succession d'un parent après son décès. Ce droit est à réalisation objective en ce sens qu'en acceptant la succession, la personne successible valide sa qualité d'héritier et perçoit sa part du contenu de la masse successorale. A cette occasion, il empêche qu'une autre personne, qui serait également successible mais à un rang inférieur, puisse prétendre à obtenir une partie de cette succession.

L'intérêt de cette approche est d'identifier instantanément le destinataire du non-exercice et donc l'intérêt en péril. Dans le cas des droits à réalisation subjective, c'est bien l'individu qui en subit l'impact en premier lieu et apparaît ce faisant le plus à même de porter le litige devant une juridiction, alors que dans le cadre des droits à réalisation objective, l'inaction de l'individu n'engage pas forcément la réaction d'autrui.

Il existe donc une multitude, si ce n'est de définitions claires, au moins d'approches des droits subjectifs. Il en ressort toutefois une constante qui est la prise en compte de l'influence qu'entretient l'activité du titulaire de droits subjectifs sur autrui. Le droit subjectif peut alors être analysé comme une forme de privilège accordé à une personne par rapport à une autre. Elle lui offre des prérogatives sur une chose ou sur autrui, situation juridique qu'autrui est obligé de respecter.

Le non-exercice des droits subjectifs est désormais plus clair. C'est un phénomène par lequel le titulaire d'un droit subjectif ne l'utilise pas sans que la cause de cette inaction soit juridique. Il ne s'agit pas d'incapacité, d'absence, de disposition d'un bien, il s'agit d'inertie au sens courant du terme. Rien ne se passe, et là est tout le problème... Le droit est confié pour la réalisation d'intérêts, ceux du titulaire lui-même, d'autrui, d'un groupe dont il fait partie, et son absence de mise en œuvre est, au mieux, détonante. Le non-exercice interroge et gêne chaque fois qu'il empêche ces intérêts d'être réalisés. Il donne l'impression que le droit subjectif n'était pas établi dans ce but.

Le sujet est aussi apparu plus complexe que cela. Suivant le droit en cause, le non-exercice pourra tour à tour passer d'un phénomène normal, légitime, à anormal et fautif.

Bien qu'ajourée, la thématique du non-exercice des droits subjectifs reste diffuse et pluridisciplinaire, elle a vocation à le rester.

Il restera intéressant et utile de qualifier le non-exercice des droits pour que tout un chacun puisse savoir quelle est la valeur juridique de son inaction, et anticiper la réponse à la question

topique : je n'utilise pas un droit, est-ce que je commets une faute ? Juridiquement, ma démarche sera-t-elle appuyée ou vais-je être sanctionné pour l'avoir adoptée ?

Traduits en termes juridiques, le non-exercice des droits subjectifs est-il licite ?

Pour y répondre, il faudra, dans la continuité de la définition des termes du sujet, poursuivre l'oeuvre de clarification dans le corps de ce travail, idéalement par une distribution des cas de non-exercice en fonction de critères objectifs : la valeur réservée au non-exercice par la loi, par la jurisprudence, par le contenu d'une théorie...

Le défrichage des cas de non-exercice des droits subjectifs devra donc déboucher sur leur catégorisation : seul le rassemblement ordonné des pièces d'un puzzle forme une figure cohérente. Recourir à des critères de classification s'imposera pour mettre en lumière l'influence des comportements individuels sur les intérêts d'autrui ou l'effectivité du droit.

Cette appréciation du phénomène de non-exercice des droits subjectifs donnera une première idée de la réponse à la problématique, certains cas de non-exercice seront licites, d'autres non. Elle devra légitimer la façon dont le phénomène sera traité ensuite. En effet, là où des cas de non-exercice appréciés positivement ne méritent pas qu'une sanction soit appliquée à l'encontre de leur auteur, les conséquences négatives de l'inaction pour l'entourage du non-exerçant ou nuisibles pour l'effectivité du droit justifient une réaction énergique. Entre ces deux extrêmes, certains cas de moindre influence, qui ne concernent que leur auteur, ne suscitent guère plus qu'un sentiment d'indifférence⁵⁶, tandis que le non-exercice subi devra attirer la compréhension voire l'assistance.

Au travail de défricheur succédera donc un travail de bâtisseur qui consistera à expliquer le traitement du non-exercice, c'est-à-dire la réaction juridique consécutive à l'appréciation du phénomène, et à émettre d'éventuelles critiques à l'encontre d'un traitement qui ne serait

⁵⁶ Certains cas, comme le non-exercice en matière pénale (refus de déposer plainte) ne figureront pas dans le corps de la thèse, d'une part en raison de la difficulté à quantifier le phénomène qui est incorporé au sein du fameux « *chiffre noir* » de la délinquance (qui englobe également les infractions sans victime), d'autre part car les raisons de leur existence et le reproche fait aux autorités de s'en accommoder sont trop proches de la démagogie. Il est vrai que le refus de déposer plainte améliore les statistiques publiques et ménagent le travail d'enquête, ou encore que le défaut de déclaration de sinistres ou de vols préserve les compagnies d'assurance, mais la complaisance des autorités publiques n'est pas certaine, *idem* pour des compagnies d'assurance largement tributaires de la satisfaction des assurés. Pour une présentation complète des enjeux en la matière, voir P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, 4ème édition, 2022, pp. 29 et s.

pas compatible avec l'étiquette donnée au non-exercice, éventuellement à avancer des propositions.

Or, puisque l'édifice est pluriel, ces deux tâches de défricheur et de bâtisseur seront à mener sur deux fronts.

Le premier front donnera à voir au lecteur les cas de non-exercice qui suscitent une impression de gêne, mais qui, lorsque l'on s'y intéresse davantage, ne relayent aucune attitude mauvaise ou blâmable. Ces cas de non-exercice peuvent être parfaitement légitimes, notamment s'ils traduisent une volonté, ou peuvent être moins souhaitables quand ils occasionnent un préjudice au titulaire de droits ou à autrui. La sanction est toutefois rejetée dans les deux cas. Ce sont d'autres moyens qui existent, tantôt pour endiguer le phénomène de manière douce, tantôt pour protéger la volonté du non-exerçant, ce qui démontre néanmoins que le non-exercice est parfois licite.

Le deuxième front présentera au lecteur les cas qui suscitent davantage que la gêne, de l'incompréhension et de la colère. Ces sentiments sont naturels si l'on pense à l'individu égoïste qui fait tout pour nuire à quelqu'un d'autre. En ce sens, le non-exercice peut cacher une attitude moins flatteuse, qui doit être anéantie. Là encore, le sentiment doit laisser la place à une analyse plus tangible. La comparaison du non-exercice avec certains standards, le manquement ou l'abus, mettront en lumière son illicéité et justifient qu'il soit traité par la sanction.

Là seront donc les deux grandes leçons du non-exercice des droits subjectifs. Le phénomène étonne *a priori*, et l'on comprend mal qu'un droit puisse ne pas être exercé. Les pensées qu'il éveille sont naturellement péjoratives. Mais ce préjugé n'est pas le support d'une pensée juridique viable. La valeur scientifique du non-exercice dépend de différents facteurs, comme la nature des droits, la place accordée à la volonté d'une personne, les circonstances dans lesquelles l'individu est resté inactif, la prise en compte des effets qu'occasionnent l'inertie sur autrui. En fonction de ces paramètres, la norme et la jurisprudence assignent donc une valeur concrète au non-exercice, qui permettent de comprendre son traitement subséquent. Il ressortira de l'étude de ces éléments que le non-exercice peut être licite (Partie 1) ou illicite (Partie 2).

- Partie 1 : Le non-exercice licite des droits subjectifs

L'adjectif licite renvoie aux cas de non-exercice des droits subjectifs qui n'engagent pas la responsabilité de leur auteur.

En effet, le propre de l'illicéité est qu'elle se traduit en responsabilité pour contrariété d'un acte par rapport à la norme, tandis que ce qui est licite ne donne pas lieu à sanction dans la mesure où, n'étant pas interdit, un comportement est permis.

Cette base assez simple ne dissipe pas la difficulté et la diversité que présentent les cas licites. Il ne faudrait pas que le débat tourne court sitôt considéré que le non-exercice licite est un amas de postures que le droit ne combattrait pas, car c'est inexact.

Le caractère licite n'empêche pas que le droit s'y intéresse à divers égards. Nous verrons que le non-exercice est parfois licite parce que le droit octroie une marge de manoeuvre à son titulaire. La liberté du titulaire a pour objet le droit et empêche de rechercher sa responsabilité, tant que les bornes de cette liberté ne sont pas entamées. Sinon il ne s'agirait pas de liberté. Attention toutefois, cette liberté ne signifie pas que l'inaction est anodine. Le titulaire peut rester silencieux à sa guise, son silence sera interprété, il peut en outre être sommé de prendre position. Le titulaire de droits ne saurait, par le biais de cette liberté, laisser tout le monde dans l'expectative.

Le non-exercice est encore licite lorsque le titulaire d'un droit devait utiliser une prérogative mais n'a pas pu. L'inaction n'est pas de son fait, elle n'est pas une manifestation de volonté. Le titulaire subit le non-exercice, qui est surtout gênant pour lui en plus de l'être pour autrui (des partenaires de ce non-exerçant sont laissés dans cette fameuse expectative). L'auteur du non-exercice ne peut pas être tenu pour fautif dans cette circonstance, et le droit sera malvenu à édicter une sanction à l'encontre du malchanceux.

Déjà, le constat que le droit aborde les cas de non-exercice licites, leur donne une coloration ou les catégorise, suffit à démontrer qu'il y porte un intérêt. L'inaction n'est donc pas inconnue de la norme ou du juge bien qu'elle soit licite. S'il n'est pas étranger au droit, c'est parce que le non-exercice licite suscite quand même des doutes, il soulève l'ambiguïté. Cette dernière doit être levée, et c'est précisément de la manière dont le droit considère le phénomène que dépend son traitement.

Le traitement du non-exercice licite correspond aux règles qui y sont appliquées pour fluidifier l'état de léthargie occasionné par l'inaction. Ce traitement est forcément subtil car la licéité interdit que son auteur subisse l'opprobre. L'interprétation du silence a été une piste envisagée, que le droit emprunte dans de très nombreuses dispositions de Codes variés. Celles-ci couplent le non-exercice au temps pour déterminer un délai par-delà lequel une issue est attribuée au phénomène. L'axiome est simple : le silence sera interprété dans tel sens passé tel délai. Ce dénominateur commun laisse à nouveau place à la diversité dans l'issue justement attribuée. Parfois, l'individu silencieux acquerra une qualité en dépit de son silence, perdra un droit ou la faculté de le mettre en œuvre. Au moins, l'ambiguïté sera levée.

Une autre piste est à tracer pour le non-exercice subi, soit que l'individu n'ait pu utiliser sa prérogative avec satisfaction, ou qu'il n'ait pu l'utiliser du tout. L'hypothèse est que le droit ne peut pas être exercé pour une cause étrangère au titulaire de droit, ce qui rend la voie de la sanction impénétrable. Des mécanismes plus simples, une meilleure information, rétablir la faculté d'agir du titulaire, autant de mesures douces pour remettre le titulaire inactif dans la ligne de l'utilisation d'un droit.

On le voit, la séparation initiale entre la licéité et l'illicéité d'un droit n'est qu'un prélude. La licéité seule déploie une multitude de valeurs juridiques du non-exercice, qui elle-même sous-tend une encore plus grande variété de réactions.

Le fil conducteur reste alors que la catégorisation du non-exercice licite d'un droit subjectif (titre 1) fonde son traitement subséquent (titre 2).

○ **Titre 1 : la catégorisation du non-exercice licite des droits subjectifs**

Le phénomène de non-exercice des droits peut être licite pour plusieurs raisons.

La première tient à la protection de la volonté du titulaire qui ne désire pas utiliser une prérogative dans l'instant ou ne veut plus l'utiliser du tout. Ce souhait est le fruit d'une volonté de sorte que sa responsabilité ne saurait être engagée. Mais, y compris dans les frontières de la liberté, le non-exercice laisse les personnes liées à l'inactif dans l'attente d'un positionnement.

De toute évidence, il convient d'identifier ce positionnement. La tâche est ardue, car à la volonté expresse s'ajoute la volonté tacite plus obscure. En termes de silence, c'est malheureusement la volonté tacite qui doit être dénichée, car la volonté de l'individu reclus ou silencieux ne peut être que tacite. Il faut donc retracer la ligne que suit la jurisprudence ou que trace la loi pour interpréter les comportements individuels, une ligne singulière dont la trajectoire dépend du domaine juridique impacté par le silence (succession, vente...).

L'objectif de ce travail interprétatif est de protéger le désir supposé de l'individu pour lui conférer les effets correspondants. Par élimination, il sera l'occasion d'identifier des fausses volontés, c'est-à-dire des choix qui ne relayent pas la préférence authentique du titulaire de droit. On découvre parfois qu'un consentement n'est pas parfait, qu'il est dicté par la crainte, par le besoin, un manque d'information. Le non-exercice répond à la même logique, un individu peut donner l'impression de se retrancher derrière le silence ou de ne pas se donner la peine d'utiliser un droit qui lui est conféré mais l'on s'aperçoit vite, à y regarder de plus près, qu'il n'avait pas toutes les cartes en mains pour le faire, ou que le non-exercice est carrément contraint. Ces cas sont reliés par le besoin de protéger la volonté réelle de l'individu qui ne peut être captée dans les apparences, il faudra se garder d'interpréter le non-exercice d'un droit comme une véritable manifestation de volonté et redorer l'image du non-exerçant. La première étape sera de donner tous les outils nécessaires à la personne pour mettre en œuvre un droit.

Le non-exercice licite se dévoile ainsi sous deux aspects distincts.

Le non-exercice qui émane d'une volonté parfaite est approuvé et y seront apportés les effets supposément voulus par son auteur. Une place est réservée à la lutte contre les mauvaises volontés, mais celle-ci est surtout visible quand le non-exercice des droits découle de circonstances extérieures à l'auteur. La compréhension est de mise, l'individu doit être épaulé et recevoir une aide.

La licéité du non-exercice présente un lien avec l'objectif de protéger la volonté de l'individu. Certains cas de non-exercice sont ainsi légitimes et protégés en conséquent (chapitre 1), d'autres sont pardonnés dès lors que l'individu ne les avait pas souhaités, et qu'ils n'est donc pas fautif (chapitre 2).

▪ Chapitre 1 : le non-exercice légitime

Le non-exercice est légitime lorsqu'il correspond à la volonté du titulaire d'un droit. Là se cumulent deux conditions interdépendantes. Il faut une volonté pour que ce non-exercice soit licite, encore faut-il qu'une telle volonté soit au départ licite.

Le problème central consiste à trouver quelle volonté est licite. En termes de droits subjectifs, cela soulève deux interrogations : quelle volonté est ici entendue et quel droit peut faire l'objet d'une telle volonté ?

Pour la volonté, la première idée qui vient en tête assez aisément est celle de ne pas mettre le droit en œuvre. Cela revient à aborder l'inaction avec un préjugé simple, la personne est inactive car elle ne souhaite pas utiliser un droit. Un peu de clairvoyance laisse néanmoins entrevoir une pensée à peine plus complexe, l'inactif peut se désintéresser de son droit ou vouloir s'en débarrasser. Les termes du débat sont sensiblement différents. Ils commencent par la latitude d'un titulaire de droits dans leur mise en œuvre : peut-il les laisser ensommeillés indéfiniment ? Ils rejoignent la thématique de la renonciation : un individu peut-il renoncer sans avoir expressément marqué sa volonté d'abandonner un droit ?

Le droit concerné par cette volonté suit presque le même cheminement. Une fois considéré que le non-exercice peut marquer une volonté de léthargie ou d'abandon, la réponse aux questions posées à propos de la volonté dépend notamment du droit en cause : quel droit peut être indéfiniment laissé en jachère ? Quel droit peut faire l'objet d'une renonciation par le simple effet du silence prolongé ?

Questions croisées, hélas, qui requièrent une réponse ordonnée selon les deux divisions suivantes : le non-exercice est légitime si son auteur dispose d'une liberté dans l'usage d'un droit (Section 1) et peut parfois être interprété dans le sens d'une renonciation (Section 2).

• **Section 1 : la liberté dans l'utilisation d'un droit**

Le respect de la volonté du titulaire de droits fonde la validité de cas de non-exercice *in fine* assumés. C'est toutefois au regard du droit inutilisé que cette validité est conservée.

Si certaines notions, dont la renonciation⁵⁷ ou la « *manifestation de volonté abdicative* »⁵⁸, notions synonymes, permettent d'éclairer le phénomène de dépouillement de ses droits par le titulaire lui-même, ce n'est pas le cœur d'une réflexion censée rendre compte de la liberté dans l'utilisation d'un droit.

Il est nécessaire de focaliser l'attention sur la nature du droit inutilisé pour comprendre pourquoi le non-usage est possible et n'expose *a priori* à rien.

En effet, certaines variantes des droits sont soumises à un régime juridique différent qui laisse à leur titulaire une entière latitude dans leur mise en œuvre. Cela concerne les facultés et libertés, variantes des droits, et les droits de la personnalité, variantes parmi les droits. Pour ceux-là, la latitude est plus grande encore quand il s'agit de ne pas les mettre en œuvre.

Les droits qui ne peuvent être assimilés à des libertés et qui ne sont pas intégrés au giron des droits de la personnalité octroient de même une marge de manœuvre à ceux à qui ils sont conférés. Un des attributs du droit de propriété est ainsi sa libre disposition, signifiant que l'on peut les utiliser à sa guise, ce qui implique de pouvoir ne pas les activer. Mais le droit est vaste, et tout ramener à la notion de propriété serait réducteur. Bien d'autres droits font l'objet de possibilités amoindries et d'un encadrement de la mainmise de leur titulaire, comme le droit d'option, les droits de procédure. S'entend, par encadrement, la fixation de barrières temporelles dans lesquelles l'usage et le non-usage sont possibles, mais au-delà desquelles l'action sera requise. L'encadrement ne peut pas présenter une nature autre que l'échelle du temps. En effet, la validité du non-exercice dépend de la liberté laissée au titulaire. Toute orientation de l'exercice annihilerait cette liberté. C'est ainsi que la barrière temporelle ne joue pas le rôle de guide dans l'utilisation du droit, elle ne la balise pas. Elle est plutôt érigée en limite par-delà laquelle le titulaire devra prendre position au risque que son inertie nécessite d'être brisée. Les règles pertinentes seront celles qui sont fondées sur un délai : prescription, forclusion, etc...

Il en ressort que le non-exercice est valide en ce qui concerne la plupart des droits, ce qui sera illustré. Pour ce faire, l'exemple topique des libertés (sous-section 1) démontrera que la

⁵⁷ Voir *infra*, p. 52.

⁵⁸ F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicative*, A. Rieg (dir.), LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 185, 1983.

nature d'un droit légitime un non-exercice continu. Bien que valide, le non-exercice de droits ne présentant pas cette nature est limité dans le temps (sous-section 2). Le non-exerçant doit, passé certains délais, faire acte d'utilisation du droit ou expliquer sa léthargie au risque de ne plus pouvoir le mettre en œuvre.

- **Sous-section 1 : L'absence de limitation temporelle au non-usage d'un droit**

L'inertie d'un titulaire de droit peut faire l'objet d'une protection en ce sens qu'elle ne sera pas contrariée par l'application d'une règle juridique qui le priverait de ce droit ou le forcerait à l'utiliser dans un laps de temps donné. Elle ne débouchera sur rien, et la personne ne fera face à aucun obstacle juridique lorsqu'elle aura changé d'avis et voudra mettre en œuvre ce droit.

Cette indifférence à l'égard du non-exercice tient à la nature des droits inutilisés, puisque seule une partie d'entre eux sont susceptibles de ne pas susciter de réaction. C'est le cas lorsqu'il s'agit d'appréhender la notion de libertés (paragraphe 1), ou lorsqu'est envisagée la catégorie des « *droits de la personnalité* » que le titulaire peut utiliser ou laisser inactifs à sa guise (paragraphe 2).

- **Paragraphe 1 : L'utilisation souple des libertés**

La définition de la liberté est sujette à débat et le terme est souvent confondu avec celui de faculté.

Il a ainsi été dit que la faculté est, « *dans un sens générique, synonyme de liberté, incluant le droit de faire ou de ne pas faire* »⁵⁹, et qu'elle désigne, « *plus spécifiquement, [le] droit qui n'est pas susceptible de s'éteindre par prescription parce que, consistant dans l'exercice d'une*

⁵⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 9^{ème} édition, 2012, p. 442.

liberté fondamentale ou du droit de propriété, le titre sur lequel il est fondé se renouvelle sans cesse »⁶⁰.

La liberté en est extrêmement proche, certains auteurs se demandant même si la faculté laissée à un individu de choisir entre l'action et l'abstention ne formait pas une liberté civile, en somme, si le non-exercice des droits n'était pas, *in fine*, l'expression de cette liberté civile :

« La liberté implique possibilité de choix libre d'aller et venir, je peux me rendre où bon me semble, à moins que je ne préfère rester chez moi. (...) Si étroitement délimitée que soit la possibilité d'agir, le choix subsiste au moins entre l'action et l'abstention. Il en va de même des droits subjectifs. La faculté de choix leur est inhérente. (...) Toujours l'option existe entre l'exercice et le non-exercice du droit. Nous pouvons donc dire qu'à cet égard il n'y a pas de différence entre droit subjectif et liberté. Mieux même, il apparaît que le contenu du droit est liberté pour son titulaire »⁶¹, il y aurait donc « un droit de la personne à se reposer sur elle-même, à ne pas être forcée, par les tiers, dans ses retranchements »⁶².

Pertinentes, ces affirmations ne clarifient pas la frontière entre facultés, libertés et droits. Elle devient plus franche si l'on oppose la liberté en tant que notion et en tant que concept pratique, quand elle se fond avec la faculté. Dans cette perspective, la liberté est une variante du droit, on ne parle tout simplement plus de droit mais de liberté, comme la liberté d'aller et venir. La liberté est le droit ou le remplace, c'est selon. La faculté est quant à elle à circonscrire en tant que composante du droit. Elle renvoie à la possibilité dans un sens courant, la faculté dans un vocabulaire juridique, d'user ou pas un droit. Avoir la faculté de mettre en œuvre ou pas le droit, c'est être libre de le faire.

Une systématisation est tout de suite permise : la faculté ne se confond pas avec la liberté quand il est question de non-exercice des droits. La faculté n'est plus une notion, ce que reste la liberté. Pour cette raison, les développements qui suivent ne concernent que la liberté et excluent la faculté.

La liberté se caractérisera alors par opposition aux droits subjectifs. La notion de droits subjectifs, déjà introduite, a mis en lumière l'objet pour lequel son titulaire l'utilise, qui est

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ J. Ghestin (dir.), G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^{ème} édition, LGDJ, 1990, p. 146.

⁶² C. Lombois, *Introduction au droit civil, Droit des personnes et des biens*, DEUG 1^{ère} année, Litec, 1997, p. 179.

tantôt d'organiser sa relation avec autrui, directement ou indirectement, tantôt de modifier une situation juridique. Dans les deux cas, que ce soit de façon subjective ou objective, les droits subjectifs sont qualifiables de dynamiques en ce qu'ils illustrent la possibilité pour une personne de régir une situation. Ils sont de plus privatifs, ils forment le « *domaine réservé du titulaire* »⁶³ et induisent « *une restriction légitime à la liberté d'autrui, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs* »⁶⁴.

La notion de libertés présente une perspective de réflexions moindre par rapport aux droits subjectifs, parce qu'elle concerne l'individu dans un rapport qui est, en tout cas tant qu'il ne l'exerce pas, uniquement personnel. La notion de liberté, contrairement à celle de droit, n'est pas privative. Elle suscite donc moins de problèmes.

« *La différence entre la liberté et le droit proprement dit est que le droit est affecté d'une finalité particulière par la loi qui l'a créée ; mais la liberté constitue une prérogative discrétionnaire qui peut s'exercer en toutes directions, parce que précisément elle est la liberté* »⁶⁵.

Puisqu'elle est liberté, la liberté n'est pas soumise à un régime particulièrement précis, si ce n'est que des normes en reconnaissent l'existence. On se rappellera bien que la liberté commence où se termine celle des autres, mais la norme de référence que constitue l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁶⁶ n'aborde pas la liberté en tant que notion. Elle l'assimile au sens donné ci-dessus à la faculté (faire ou ne pas faire), et l'accolle en plus aux droits.

L'identification ou l'explication des libertés ne peut se faire par référence à cet article. Ce n'est pas un problème. Il n'est pas besoin de précisions subséquentes dans la mesure où la liberté, contrairement au droit, signifie égalité de tous, chacun ayant la même liberté⁶⁷, et la même

⁶³ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 5.

⁶⁴ J. Ghestin, H. Barbier, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. 1, 5^{ème} édition, LGDJ Lextenso éditions, 2018, p. 226.

⁶⁵ J.-C. Saint-Pau, *Droits de la personnalité, Traités*, LexisNexis, 2013, p. 256.

⁶⁶ La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

⁶⁷ Une réserve pourrait être émise à l'égard des droits de la personnalité dont chacun dispose à un même escent.

latitude à son égard. La nécessité de dispositions légales se fait d'autant moins ressentir que la liberté ne consiste nullement en un privilège accordé à une personne qui, toutes les fois qu'elle l'exerce, priverait autrui d'exercer la sienne. Surtout, le non-exercice d'une liberté a une influence nulle sur autrui, ce qui est de nature à réduire à peau de chagrin la problématique que la notion pose.

Le titulaire de la liberté de circuler peut très bien rester chez lui. Il ne prive personne de sa liberté de circuler, chacun pouvant aller et venir à sa guise et où bon lui semble. Dans le même temps, une personne qui choisit de sortir prendre l'air ou vaquer à ses occupations n'empêche pas les autres de bénéficier de leur liberté elles aussi. Tout au plus seront-elles ralenties en cas de suroccupation d'une route ou en empruntant un espace trop restreint. Résoudre ce problème appartient de prime abord à l'initiative individuelle. Le dilemme est simple : face à la fréquentation d'un lieu, va-t-on se mêler à la foule ou attendre une période moins chargée ? Ainsi, tandis que l'action du titulaire d'une liberté n'entraîne aucune privation ni amoindrissement, son inertie n'est que plus favorable pour les autres individus qui profiteront ainsi mieux des leurs. Encore une fois, l'influence sur autrui de l'exercice ou du non-exercice d'une liberté est juridiquement nulle.

Le sujet est peut-être plus compliqué il est vrai. La redécouverte de certains contextes comme la crise sanitaire démontre que l'exercice simultané de libertés similaires peut aboutir à la mise en place de restrictions⁶⁸. De manière plus permanente⁶⁹ ou régulière⁷⁰, la limitation ou l'interdiction d'accès à certaines zones illustre la prise en compte des risques que présentent l'activité humaine soit pour les autres ou l'environnement, soit pour lui-même.

⁶⁸ Les exemples se sont enchaînés dans le cadre de la crise sanitaire consécutive au virus de la Covid-19. Pour n'en prendre qu'un, le premier en l'occurrence, on peut s'intéresser à l'article 1^{er} du décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19. Son contenu interdisait les déplacements hors de son domicile sans justificatif et autorisait les sorties dans un cadre strict accompagné d'un document attestant le motif de déplacement.

⁶⁹ On pense aux zones naturelles protégées, aux rivages, etc... Par exemple, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 321-9 du Code de l'environnement justifie une restriction d'accès aux plages des piétons pour des motifs tirés de la protection de l'environnement, entre autres.

⁷⁰ Prenons l'hypothèse d'un terrain naturel propice aux incendies auquel l'accès sera prohibé chaque fois qu'un risque d'incendie est trop élevé. Pendant l'été 2022 particulièrement sec, de nombreux départements ont, par le biais d'un arrêté préfectoral, interdit temporairement l'accès à divers massifs forestiers comme celui des Bouches-du-Rhône, certains massifs d'Île-et-Vilaine, du Maine-et-Loire, le Massif de la Clape dans l'Aude...

Mais là encore, ce n'est pas tant l'usage de libertés qui suscite une réaction que la propagation d'un virus, le risque d'incendie ou la fragilité d'un écosystème. La cause de la restriction ne réside pas dans le comportement individuel, même si celui-ci a pu contribuer à une plus grande propagation ou fragilisation, et l'usage des libertés n'est interdit qu'à titre résiduel et faute de meilleure solution.

Dans la logique qui nous concerne, le problème est simplissime à résoudre. Le non-exercice de la liberté, par principe totalement neutre, est même recommandé. Le contexte sanitaire qui vante ou force à « *rester chez soi* », ou la fragilité ou les risques liés à un lieu qui empêchent de jouir de la liberté d'y accéder, font du non-exercice, initialement neutre ou souhaitable, la solution idéale.

Cette absence d'impact du non-exercice de la liberté, puisée dans son caractère non privatif, est justifiée encore une fois par la doctrine. Ainsi, là où « *la liberté désigne la possibilité même d'agir, avec ou sans les tiers, avec ou sans extériorisation de l'action* », le « *droit subjectif quant à lui, présuppose un tiers auquel il est opposable : c'est le droit de faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui* »⁷¹.

Par conséquent, chaque fois qu'une norme aborde le concept de libertés (aller et venir, expression, réunion, mariage...), il pourra être déduit que le non-exercice est possible d'un point de vue subjectif, voire souhaitable d'un point de vue objectif. C'est à cet égard que la liberté est unique dans le cadre du non-exercice. Elle contredit la thèse d'une inaction qui génère systématiquement une anomalie ou un brouillard à dissiper. Elle apporte au contraire la clarté.

Ce qui explique une approche encore plus singulière : le non-usage d'une liberté est à ce point indifférent et légitime, que le droit, en plus d'épargner une sanction aux titulaires d'une liberté qui ne l'exerceraient pas, en plus de ne pas chercher à endiguer ce non-usage, en vient à l'inverse à consolider la liberté de ne pas faire et la transforme en liberté au sens propre.

Fut reconnue cette forme aboutie de la notion de liberté par le biais des libertés négatives sur lesquelles il est très intéressant de s'arrêter. Le concept est l'objet d'arrêts emblématiques de

⁷¹ D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 1^{ère} édition, 2003, p. 530.

la Cour EDH : *Young, James et Webster*⁷², *Sigurjonsson*⁷³, *Gustafsson*⁷⁴ et *Sorensen Rasmussen*⁷⁵ entre autres.

Pour les définir, a déjà été reprise⁷⁶ une conception singulière selon laquelle la liberté négative est celle d'agir sans être avisé, ce que soutient un « *droit d'avoir tort* »⁷⁷ ou « *de se tromper* »⁷⁸. Mais, sans nier l'existence de ce droit, on soutiendra que l'action à torts et à travers est tout l'inverse du sens que nous entendons conférer à la liberté négative.

Plutôt que la défense des actions mal fondées, une autre conception la hisse en barrière contre l'action mal perçue. Tel Janus et son double-visage, la liberté a une double-face, positive et négative, la face négative devenant la liberté de ne pas faire ce que la liberté corrélative protège.

L'affaire *Gustafsson* précitée est à distinguer des trois autres. Tandis que cet arrêt traite de la négociation collective, les trois autres affaires évoquent en revanche le regroupement collectif, la liberté syndicale à travers l'adhésion forcée à un syndicat établie en condition pour l'obtention d'un emploi ou le conserver. C'est le thème des *closed shop*⁷⁹.

Dans l'affaire *Sigurjonsson*, il fut considéré que l'affiliation obligatoire d'un conducteur de taxi à un syndicat dénommé *Frami*, en vertu de la loi islandaise, constituait une ingérence dans le droit à la liberté syndicale et d'association sous son volet négatif⁸⁰ au visa de l'article 11 de la Convention. L'ingérence ne passa pas le contrôle de nécessité, estimée injustifiée car les

⁷² Cour EDH, Plén., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n° 7601/76, 7806/77, voir notamment le § 55.

⁷³ Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, req. n° 16130/90, § 35.

⁷⁴ Cour EDH, GC, 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, req. n° 15573/89, § 45.

⁷⁵ Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, *Sorensen Rasmussen c. Danemark*, req. n° 52562/99, 52620/99, § 54.

⁷⁶ N. Cayrol, *Répertoire de procédure civile, Action en justice – Statut de l'action en justice*, Dalloz, juillet 2022.

⁷⁷ Traduction par N. Cayrol, dans le répertoire précité, d'une citation de P. Calamandrei.

⁷⁸ S. Amrani-Mekki, Y. Strickler, *Procédure civile*, Puf, 2014, n° 42, cités par N. Cayrol dans le répertoire précité.

⁷⁹ Sur cette thématique, voir le commentaire des professeurs J.-P. Marguénaud et J. Mouly sous l'arrêt *Gustafsson* : J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « Droit d'association négatif et négociation collective de travail », *Dalloz*, 1997, p. 363.

⁸⁰ En droit européen des droits de l'homme, le respect des droits garantis par la Convention est assuré par les obligations pesant à la charge des Etats. Pour tous les droits, un volet négatif emporte le respect d'obligations négatives, dont celle pour l'Etat de ne pas s'ingérer dans l'exercice d'un droit, sauf à disposer d'une justification et de le faire avec proportion. Le volet positif est moins connu et implique que l'Etat soit proactif dans la jouissance des droits, qu'il prenne des mesures pour aider les justiciables à en bénéficier. Le volet positif a déjà été abordé avec l'aide juridictionnelle, l'information, mais concernant l'exercice forcé, c'est le volet négatif qui est en jeu : faire en sorte que l'Etat empêche un exercice forcé.

arguments invoqués, allant de l'accomplissement de diverses obligations corrélatives à l'exercice du métier de chauffeur (on pense au paiement de taxes) à la réunion entre travailleurs d'un même milieu (la bonne entente permet éventuellement de définir des secteurs d'activité dans lesquels la concurrence sera amoindrie), aurait pu se faire par un moyen autre que l'adhésion forcée à ce syndicat⁸¹.

La Cour EDH fit ensuite une liaison remarquée⁸² entre la liberté négative d'association et la théorie des obligations positives dans l'affaire *Gustafsson*. A propos d'un restaurateur dont l'hostilité à une convention collective lui valait des mesures de rétorsion, allant jusqu'à la menace de devoir fermer boutique, elle avait affirmé que « *les autorités nationales peuvent être obligées, dans certaines circonstances, d'intervenir dans les relations entre des personnes privées en adoptant des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le respect effectif du droit à la liberté de ne pas se syndiquer* »⁸³. Sur le fond, les contours de cette intervention ne sont pas précisées. Il faut dire que le débat avait été paralysé par la nature des arguments du requérant qui refusait les termes de la convention collective davantage par rejet du système de négociation suédois que par désaccord profond avec son contenu. Il avait bien tenté de démontrer que les conditions de travail dans son restaurant étaient d'une qualité meilleure que les standards qu'imposaient cette convention, mais n'apportait aucune preuve au soutien de sa prétention. Rien ne légitimait donc le déploiement d'une mesure positive à la charge de l'Etat.

En rappelant ces considérations dans l'affaire *Sorensen Rasmussen*, relative à l'adhésion de demandeurs d'emploi à un syndicat qui n'était pas celui de leur choix pour obtenir un travail d'été, la Cour démontra à nouveau son attachement à une protection de la liberté négative tant d'un point de vue vertical (protection de l'individu face aux lois coercitives) qu'horizontal (protection de l'individu face aux agissements d'autres particuliers). Dans la mesure où il découlait de l'accord de monopole syndical que le premier requérant n'obtiendrait pas le poste convoité, et que le deuxième serait licencié, sans que ses perspectives de retrouver du

⁸¹ Cour EDH, affaire *Sigurjonsson* précitée, §§ 36-37 et 41.

⁸² Cour EDH, affaire *Gustafsson* précitée, § 55. Voir J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « Droit d'association négatif et négociation collective de travail », *Dalloz*, 1997, p. 363.

⁸³ J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « Droit d'association négatif et négociation collective de travail », *Dalloz*, 1997, p. 363.

travail ailleurs n'importent, le droit de chacun d'eux de ne pas être affilié de force à un syndicat était violé.

De fil en aiguille, la mécanique de cette liberté est maintenant huilée. La personne ne peut être forcée d'exercer une liberté là où elle n'en ressentirait ni le désir ni le besoin⁸⁴, *a fortiori* elle ne saurait encourir une quelconque sanction en cas de refus de l'exercer, sauf dans le cadre des motifs légitimes de restriction ou, plus étonnamment, lorsque l'obligation positive de l'Etat est freinée parce que la contrainte litigieuse « *n'entrave pas de manière importante l'exercice de [la liberté en cause]* »⁸⁵.

Les voies étaient ainsi tracées pour irriguer les autres dispositions conventionnelles d'une approche négative de la liberté.

Dans l'arrêt *Chassagnou* rendu contre la France⁸⁶, ce n'est pas la liberté syndicale mais la liberté d'association basique qui était abordée. Il s'agissait de l'obligation pour les petits propriétaires terriens⁸⁷ d'adhérer à une association de chasse et de laisser des chasseurs opérer sur leurs terres, obligation à laquelle n'était pas soumise les propriétaires de fonds plus grands. Pour ce qui est de l'atteinte à un droit négatif, furent violés le droit de propriété, qui comporte le droit de ne pas mettre à disposition ses terres pour la pratique de la chasse et le droit de ne pas en user soi-même, et la liberté d'association, qui comporte en l'espèce la liberté de ne pas faire partie de telles associations de chasse. Pouvait y être ajouté l'article 14 sur la non-discrimination, la différence de traitement entre petits et grands propriétaires augurant une discrimination sur la fortune d'autant moins justifiée que l'atteinte initiale au droit ne l'était pas elle-même.

Dans un arrêt *Buscarini* contre Saint-Marin⁸⁸, c'est la liberté religieuse qui fut l'objet de la reconnaissance de ce pendant négatif. Il s'agissait de l'obligation faite aux députés entrant au

⁸⁴ Le besoin est à voir de manière subjective. Le travailleur est seul maître dans l'arbitrage de ses intérêts à moins qu'une loi ne le force à adhérer à tel syndicat précis. Ce que l'employeur en pense n'a pas d'importance.

⁸⁵ Cour EDH, GC, arrêt *Gustafsson c. Suède* précité, § 52.

⁸⁶ Cour EDH, GC, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, *AJDA*, 1999, p. 922, note F. Priet ; *AJDA*, 2000, p. 526, chron. J.-F. Flauss ; *Dalloz*, 1999, p. 163 ; *Dalloz*, 1999 p. 389, chron. G. Charollois ; *Dalloz*, 2000, p. 141, chron. E. Alfandari ; *RFDA*, 1999, p. 451 et les obs. ; *RTD civ.*, 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD Civ.*, 2000, p. 360, obs. T. Revêt.

⁸⁷ Deux seuils étaient établis, vingt hectares et soixante hectares, le premier s'appliquant dans certains départements (la Dordogne par exemple), le second s'appliquant dans d'autres (dont la Creuse).

⁸⁸ Cour EDH, GC, 18 février 1999, *Buscarini et a. c. Saint-Marin*, req. n° 24645/94

Parlement de Saint-Marin de jurer sur l'Évangile à l'occasion de leur prestation de serment. Les arguments en présence étaient intéressants. D'un côté, l'Etat se défendait par un mélange d'arguments historiques et modernes, vantant les racines nationales chrétiennes de ce territoire et la confiance inspirée à la population par ce symbole. De l'autre, les trois députés requérants, qui acceptaient de prêter serment, mais, trouvant certainement désuet de le faire sur l'Évangile, expliquaient que cela revenait à les enrôler de force dans une religion au risque de revenir sur leur engagement politique. La Cour fit triompher la deuxième version, à savoir que jurer sur le texte était incompatible avec le droit dorénavant reconnu aux députés d'être neutres dans leurs croyances, en tout cas de ne pas être catholique.

Sur les aspects religieux, c'est la Grèce qui est le pays le plus régulièrement concerné. Comme à Saint-Marin, il y est obligatoire de jurer devant Dieu en posant la main sur l'Évangile. L'obligation ne concerne toutefois pas les députés mais tout témoin entendu dans le cadre d'une procédure pénale, ce qui englobe un contingent plus élevé de personnes, sauf à révéler sa religion pour convaincre de la nécessité d'en être dispensé⁸⁹. Se soumettre à l'Évangile *a maxima*, révéler sa religion *a minima*, ce n'est pas tolérable pour la Cour EDH étant donné que la liberté religieuse octroie le droit de croire ou de ne pas croire, et de surtout garder sa croyance pour soi⁹⁰.

Liberté syndicale, liberté d'association, liberté religieuse, autant de libertés désormais dupliquées en deux faces, l'une positive et l'autre négative.

Une fois l'évolution entamée au niveau européen, il ne restait qu'aux droits nationaux de se mettre au diapason.

Le droit français lui emboîte le pas en adoptant la même approche. La Cour de cassation a assis sa position par un arrêt clarificateur du 9 février 2001⁹¹. Dans celui-ci, la Haute juridiction judiciaire a tiré de la loi de 1901⁹² que, « *hors les cas où la loi en décide autrement, nul n'est*

⁸⁹ Le Code de procédure pénale établissait ainsi une présomption de chrétienté. Les témoins qui n'étaient pas de cette confession devaient révéler à laquelle ils appartenaient pour être exempté de ce serment.

⁹⁰ Cour EDH, 3 juin 2010, *Dimitras et autres c. Grèce*, req. n° 42837/06. C. de Gaudemont, « Prêter serment sur l'Évangile : une atteinte à la liberté de ne pas croire », *Dalloz actualité*, 10 juin 2008. Une solution similaire vaut pour la prestation de serment des avocats : Cour EDH, 21 février 2008, *Alexandridis c. Grèce*, req. n° 19516/06.

⁹¹ Ass. Plén., 9 février 2001, n° 99-17.642.

⁹² C'est la loi sur la liberté d'association qui est évidemment visée. L'article 4 de cette loi du 1er juillet 1901, qui prend la forme d'un attendu de principe dans cet arrêt, dispose que « *tout membre d'une association qui n'est*

tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1er juillet 1901, ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre ».

En l'espèce, un lotissement devait incorporer un complexe sportif et de loisirs à gérer par un club de sports organisé en association que chaque acquéreur d'un lot devait intégrer. Evidemment, la sortie de cette association était subordonnée à la vente subséquente du lot acheté. En somme, un système du tout ou rien. Certains propriétaires, récalcitrants à l'égard de cette adhésion forcée, refusaient de verser les sommes correspondantes. La Cour de cassation pencha en leur faveur, et ceux-ci purent donc obtenir le remboursement des sommes versées après leur départ de l'association sportive quand bien même ils étaient toujours propriétaires de leur bien.

Un autre arrêt de la même année⁹³ illustre une philosophie quelque peu inverse, puisqu'il valide la possibilité d'une obligation de mettre en œuvre une liberté dès lors qu'un intérêt légitime le commande.

Ici, un commerçant s'était retiré d'une association qui proposait de faire la publicité du centre commercial dans lequel il occupait un local, parce qu'il refusait de participer aux appels de fonds qui alimentaient la structure. Or, le démissionnaire restait soumis, en vertu des statuts de l'association, au versement de sommes pour compenser celles engagées dans ces campagnes publicitaires. La Cour de cassation ne trouva pas à redire à la condamnation du commerçant à verser lesdites sommes par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, se bornant à rappeler le contenu des statuts de l'association.

Plutôt que de prendre le pas du revirement par rapport à l'arrêt du lotissement précédent, la prudence invite à privilégier l'hypothèse de l'affinage. Il n'y a en effet pas de vision contradictoire mais une adaptation à une réalité factuelle. Autant les propriétaires de lots ne comptaient pas profiter des installations sportives mises en place, ce qui relève du choix, autant le commerçant situé dans un centre commercial ne rechigne pas à jouir de l'attractivité induite par des mesures publicitaires. Cela relève du bon sens⁹⁴. Ainsi, dès lors que sa vocation

pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire ».

⁹³ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2001, n° 98-10.578.

⁹⁴ La morale de cette jurisprudence reste ouverte à la discussion. Remarquons que, par comparaison, en droit du travail, tous les travailleurs bénéficient du produit de la négociation collective, qu'elle soit issue de tractations

à en profiter est inéluctable, sa participation à leur financement est requise et peut s'obtenir contre sa volonté, sauf à ce qu'il parte du centre commercial pour tenir une échoppe ailleurs et fasse sa publicité lui-même.

Si la thèse du revirement est toutefois retenue, il en ressort que ces raisonnements correspondent à une vision ambiguë qu'a explicitée la Cour dans une affaire du 19 juin 2001⁹⁵. Un avocat refusait de cotiser à la Caisse nationale des barreaux français dont il alléguait avoir été contraint d'y adhérer en application de l'article L. 723-1 du Code de la sécurité sociale⁹⁶. La Cour a refusé d'y voir une atteinte à l'article 11 de la Convention européenne car cette obligation se justifiait « *par la protection des droits et libertés d'autrui, dont relève la contribution à la prévention des risques sociaux pouvant atteindre les membres de la profession* ».

La formule n'est pas sans laisser de questions. Là où le principe d'une participation nécessaire à l'effort de cotisation peut se comprendre, l'instauration d'un organisme public chargé d'en faire le recouvrement n'était-il pas envisageable ? Ce faisant, la question de l'atteinte à une liberté négative ne se serait pas posée en l'absence d'association de droit privé dans l'équation.

De même, comment articuler ce constat avec la jurisprudence européenne ? En effet, dans l'affaire *Sigurjonsson*⁹⁷, le gouvernement islandais soutenait que l'adhésion obligatoire à la *Frami* servait à l'entretien d'un lien vital entre des titulaires de licence de taxis, des artisans et des indépendants⁹⁸, la Cour EDH a convenu qu'elle « *jouait un rôle au service non seulement des intérêts professionnels de ses membres, mais aussi de l'intérêt général* ». Mais elle a nié

au niveau national (accord national interprofessionnel), sectoriel (accord de branche), local (accord d'entreprise), sans qu'il leur soit demandé de faire partie d'un syndicat. En conséquence, le fait de quitter un syndicat ne saurait priver un salarié du contenu de l'accord obtenu.

⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 99-19.450.

⁹⁶ La version du texte en vigueur à cette époque est la suivante : « *Sont affiliés de plein droit à une caisse privée, dite caisse nationale des barreaux français, dotée de la personnalité civile, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et tous les avocats et avocats stagiaires en activité dans les barreaux de la métropole et des départements mentionnés à l'article L. 751-1.*

Les statuts de cette caisse ne peuvent entrer en vigueur qu'après avoir été approuvés par arrêté interministériel ».

⁹⁷ Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, req. n° 16130/90.

⁹⁸ L'argument est en lui-même douteux. Une mise en relation est nécessaire pour des entrepreneurs qui intègrent une filiale et doivent s'accorder. Des commerçants, des artisans et indépendants peuvent avoir une activité complémentaire et trouver un moyen commun d'attirer des clients. D'autres, comme les chauffeurs de taxis, sont en situation de concurrence pure. L'hypothèse qu'ils accordent leurs violons est sujette à caution.

que l'obligation en cause « fût nécessaire à l'exécution de ces tâches (...), l'affiliation ne représentait nullement l'unique moyen concevable de forcer les titulaires de licence à s'acquitter des devoirs et responsabilités qui pouvaient aller de pair avec les fonctions correspondantes »⁹⁹.

Ce désaccord sur la justification d'une atteinte à la liberté négative d'association met en opposition le droit français et la jurisprudence européenne. L'arrêt *Chassagnou et autres contre France*¹⁰⁰ affirme l'inconventionnalité de la loi *Verdeille* du 10 juillet 1964 obligeant les petits propriétaires d'adhérer à une association de chasse communale. Dans son arrêt, la Cour convient que l'atteinte portée au droit de ne pas adhérer poursuit un but légitime, comme le soutenait le gouvernement français, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, en l'occurrence l'exercice démocratique de la chasse¹⁰¹. Il lui était en revanche difficilement compréhensible que la loi astreigne uniquement les petits propriétaires à la mise à disposition de leurs terres, tandis que ceux à la tête de vastes domaines étaient mis à l'abri de ce même exercice démocratique de la chasse¹⁰². Justement, pour en arriver au prétoire de la Cour EDH, c'est que la Cour de cassation avait conclu à la conventionnalité des dispositions de la loi *Verdeille* après avoir retenu qu'elles ne faisaient naître aucune obligation à la charge des membres des associations en cause. Il n'eut pas besoin d'être fin limier pour remarquer que l'apport forcé de son fonds est une obligation, et pas des moindres.

Ces quelques précisions sur la jurisprudence européenne et française peuvent laisser dubitatif. On le voit, les libertés négatives sont nombreuses et les intérêts en présence différents. Difficile d'être moins perplexe quand on sait que des limitations sont envisageables, dont l'effet sera l'exercice forcé de la liberté en question.

On peut quand même en extirper un fil rouge cohérent. Malgré les tâtonnements jurisprudentiels relatifs aux libertés négatives, mais les désaccords entre juges internes et européens s'expliquent par une découverte relativement inédite du concept, le propre de la liberté est son absence d'impact lorsqu'elle n'est pas mise en œuvre par son titulaire.

⁹⁹ *Ibid.*, § 41.

¹⁰⁰ Cour EDH, GC, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, arrêt précité.

¹⁰¹ *Ibid.*, §117.

¹⁰² *Ibid.*

Il en ressort une licéité parfaite de leur non-exercice, que l'on retrouve dans l'approche de certains droits qui grossissent les rangs des droits de la personnalité.

- Paragraphe 2 : La souplesse d'utilisation des droits de la personnalité

Les droits de la personnalité sont des droits fondamentaux inséparables de la personne humaine (ou morale) et propres à chacun. Ils sont subjectifs, chaque sujet de droit a des droits de la personnalité, et extrapatrimoniaux, ils n'ont pas d'équivalent en argent.

Si l'expression ne tranche pas avec celle de droits fondamentaux de prime abord, elle ne reflète en réalité pas la même échelle de catégorisation des droits. En effet, là où le terme fondamental qualifie certains droits pour leur importance ou en conséquence de la place hiérarchique de la norme qui les reconnaît, c'est bien la nature des droits de la personnalité qui explique leur particularité.

Ils regroupent donc des droits fondamentaux, mais là n'est pas le prisme de leur analyse. C'est leur lien avec la personne qui les détient qui fonde l'intérêt à les envisager de manière autonome. Puisqu'ils appartiennent à une seule personne, leur usage relève de l'expression d'une personnalité unique, que nul ne partage, et empêche par symétrie que quiconque puisse en orienter l'usage. Leur usage ne peut donc être forcé, et leur non-usage est ainsi possible¹⁰³.

L'identification des droits de la personnalité est complexe, il y a toujours matière pour contester le rattachement ou arrimer un droit à cette catégorie. La difficulté dans la définition de celle-ci n'y est pas étrangère.

Toutefois, une liste récapitulative des droits qui y ont été assimilés est possible, on y trouverait le droit à l'image, le droit à l'honneur, le droit au nom, le droit à la voix, le droit au domicile,

¹⁰³ Sur le droit d'auteur : « *l'exercice du droit de divulguer constitue la première manifestation du droit moral selon l'ordre chronologique (...), il est par excellence « exclusif », c'est-à-dire absolu et discrétionnaire. Personne ne peut contraindre l'auteur à réaliser l'« arrachement d'ordre affectif », que comporte une publication* ». H. Desbois, « La conception française du droit moral de l'auteur », in *Mélanges Dabin*, Tome II, Sirey, 1963, p. 525.

le droit à l'intégrité physique, le droit à la présomption d'innocence, le droit moral de l'auteur, le droit à la dignité, les libertés, le droit à l'oubli... Pour faire simple, un inventaire à la Prévert.

Pour rétablir un peu de cohérence, il faudrait s'intéresser aux formes que peut prendre le non-exercice de ces droits pour dessiner une régularité dans le régime juridique qui s'y applique.

Le droit à l'image servira de point de départ. Son non-usage est susceptible de révéler plusieurs situations. D'emblée, l'hypothèse du non-exercice par un individu parfaitement reclus est peu crédible. On voit mal comment un individu pourrait se voir reprocher le non-usage de son droit à l'image si l'utilisation de son image n'est pas litigieuse. C'est là la première clé pour alléger la longue liste des droits de la personnalité : il reste des droits dont le caractère est privatif contrairement aux libertés. Ils mettent aux prises l'individu dans un rapport à autrui, précisément sa personne dans un rapport à autrui. Leur non-exercice conserve donc un caractère anormal que n'avait pas celui de la liberté.

La première situation envisageable serait la tolérance du titulaire face à une atteinte à son droit. Elle est actuelle et dénote une réelle inertie. La deuxième est celle dans laquelle un contrat est conclu, par lequel un signataire prévoit de ne pas exercer son droit à l'avenir (renonciation à faire valoir son droit de la personnalité tel que le droit à l'image). L'atteinte est actuelle ou future, en tout cas l'inertie ne semble qu'apparente. Derrière se cacherait une action, celle d'abdiquer un droit. Cette deuxième situation doit néanmoins être rattachée à la première. Abandonner un droit de la personnalité est en effet impossible, et le vocable de renonciation est faux à cet égard.

Le principe de l'indisponibilité d'un droit de ce type s'oppose en effet à ce que son titulaire inactif soit exposé à le perdre ou s'en délester.

En vertu de ce principe, l'individu est libre de rester silencieux face à l'atteinte à son droit.

Il pourra agir à tout moment pour qu'une atteinte cesse, et c'est d'ailleurs l'action qui permettra de considérer qu'il y a atteinte à un droit de la personnalité. *« Parce qu'ils sont consubstantiels à l'homme, les droits de la personnalité -droits extra patrimoniaux- sont dits indisponibles. Mais cette indisponibilité absolue ne vise que leur jouissance et interdit donc une renonciation absolue. En revanche, et précisément parce qu'il s'agit de droits subjectifs, la*

volonté du titulaire permet naturellement de les exercer en deux sens, c'est-à-dire en acceptant ou en refusant une atteinte à la vie privée. Sans ce rapport, le droit devient disponible »¹⁰⁴.

Par exemple, le silence gardé face à l'atteinte au droit à l'image suscite une analyse duale au résultat équivalent. On peut considérer que l'inaction emporte consentement à l'atteinte mais n'empêche en rien une action future. Le consentement est ici révocable. On peut aussi se refuser à y voir toute atteinte, l'absence d'action indiquant l'absence de gêne ressentie.

Ceci expliquerait qu'en parallèle, l'action publique en matière de diffamation et d'injure, formes d'atteinte à l'image d'autrui, est subordonnée à un dépôt de plainte par la victime. Sitôt qu'elle retire sa plainte, l'action est éteinte car il n'y a plus de victime à défendre. L'honneur, l'image, comme tout droit de la personnalité, sont ainsi protégés dans un intérêt purement privé.

Certes, il peut cependant arriver, par exception, qu'un intérêt public transcende l'intérêt privé. Ce rôle d'initiateur est retiré à la victime en présence de considérations objectives. Le processus de l'action est de nouveau accaparé par le ministère public qui peut agir indépendamment de l'action ou de l'inaction de la victime puisque l'intérêt général est restauré. C'est le cas lorsqu'une injure est discriminatoire ou qu'une image est particulièrement choquante, l'objectif de lutte contre les discriminations et la protection de la sensibilité du public n'est pas une question d'ordre privé mais bien un enjeu public¹⁰⁵.

Dans le second cas, celui du contrat emportant l'abdication du droit, il faut afficher une certaine réserve quant à la possibilité même d'une renonciation.

En effet, aucun contrat portant sur un droit de la personnalité ne peut aboutir, pour l'auteur, à abandonner totalement son droit. Tout au plus peut-il prévoir par avance que, pendant une période prévue à cet effet, il n'actionnera pas en justice la personne qui utilise son image¹⁰⁶ ou un autre attribut de sa personnalité.

¹⁰⁴ J.-C. Saint-Pau, *Droits de la personnalité, Traités*, LexisNexis, 2013, pp. 761-762. Pour une position similaire, voir A. A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, IRJS, t. 60, 2015, p. 85.

¹⁰⁵ J.C. Saint-Pau, ouvrage précité, pp. 990-991.

¹⁰⁶ Ce que le professeur Saint-Pau analyse comme une disponibilité partielle, au lieu de voir ces droits comme entièrement indisponibles. Cf. J.-C. Saint-Pau, ouvrage précité, pp. 281 et s.

Ce type de contrats est courant en matière d'images. Il a été particulièrement bien analysé par Madame Marino : il « *organise l'exécution d'une prestation qui concerne la réalisation puis la diffusion d'une image. Mais principalement, on y décèlera une renonciation à l'exercice de son droit à l'image. Et cette renonciation s'effectuera le plus souvent moyennant rémunération : "Je ne ferai pas usage de mon droit de défense, je n'agirai pas en justice, si vous me donnez une contrepartie" ... Le contrat d'image aménage donc l'exercice d'un droit, il comporte une abstention temporaire d'exercice de ce droit. Il s'analyse comme l'engagement de ne pas exercer son droit de défense vis-à-vis de son cocontractant, pendant un certain temps (au travers d'une obligation de ne pas faire). Cette renonciation ne porte pas du tout sur le droit à l'image lui-même, ce qui serait contraire au principe d'indisponibilité des droits de la personnalité, mais précisément sur l'exercice du droit à l'image. La patrimonialisation s'explique ainsi : c'est le prix de la renonciation (temporaire) à agir en justice...* »¹⁰⁷.

Le régime ainsi dessiné apporte un élément important : la renonciation ne porte pas sur le droit substantiel mais sur le droit d'agir, et encore faut-il ajouter que son auteur peut revenir sur son consentement. Le doyen Lombois le disait ainsi : « *l'attitude antérieure d'un sujet est indifférente : un passé de longue tolérance, voire de longue complaisance à la divulgation d'information personnelles ne peut valoir renonciation, pour l'avenir, à conserver une vie privée* »¹⁰⁸.

Ce serait en quelque sorte une renonciation à la renonciation, en d'autres termes une volteface, dont l'exercice est subordonné au versement d'une somme d'argent. Il en est ainsi d'une personne qui accepte, moyennant rémunération, d'être exposée, puis ne consent dorénavant plus à l'atteinte à son droit et doit dédommager son partenaire puisqu'elle revient sur sa parole. Si le sujet viole son engagement et active ses droits, comme un créateur pourrait exercer son droit de repentir et se plaindre ensuite du maintien d'une activité commerciale sur son oeuvre, il ne pourra être tenu qu'au versement de dommages-intérêts. Drôle de renonciation serait celle qui, tout en n'empêchant pas son auteur d'agir dans l'absolu, ne le prive pas d'un droit, mais conditionne uniquement leur mise en oeuvre au versement d'une

¹⁰⁷ L. Marino, « Les contrats portant sur l'image des personnes », *Communication Commerce électronique*, n° 3, Mars 2003, chron. 7.

¹⁰⁸ C. Lombois, *Introduction au droit civil, Droit des personnes et des biens*, DEUG 1^{ère} année, Litec, 1997, p. 182.

somme supplémentaire en guise de prix de rupture de cette renonciation à laquelle il a finalement... renoncé.

Partageant cette considération, un auteur a préféré parler de « *tolérance* » plutôt que de renonciation : « *Ainsi, l'abstention de l'individu face à l'usage que fait autrui de son nom ne peut être considéré comme une renonciation, mais comme une simple tolérance « exprimant la liberté dont jouit le titulaire du droit au nom de ne pas user de ses prérogatives nonobstant l'indisponibilité de ce droit »*¹⁰⁹.

A l'extrême, il a même été dit que « *lorsque la personne filmée à son insu ne cherche pas à exercer son droit, le non-exercice est un état de consentement autre que la renonciation, il n'y a juste pas de droit du tout* »¹¹⁰. Si la possibilité d'agir est conservée, un droit existe bel et bien.

Alors, si le principe d'indisponibilité empêche l'abandon d'un tel droit, et si la renonciation à l'exercice d'un tel droit reste révocable, il n'est question que d'un état précaire de non-exercice. Ce dernier ne tient qu'au fil de la volonté de son auteur, qui pourra le cas échéant mettre en œuvre son droit. C'est bien là une forme de tolérance.

Il conviendrait encore de questionner la possibilité d'une renonciation tacite. La tâche semble ardue une fois considéré qu'une renonciation expresse n'est pas possible. Etant tacite, cette renonciation doit refléter la volonté présente de son auteur qui, par définition, n'a pas mis en œuvre son droit. De plus, pour caractériser une telle renonciation, le droit ne peut être qu'à l'état de passivité, qui plus est extraite d'un comportement et non d'un contrat, auquel cas elle serait expresse. En résumé, il faut une attitude totalement passive, mais dénuée d'équivoque, du titulaire d'un droit de la personnalité qu'il est libre de ne pas utiliser à sa guise. L'hypothèse est assez éloignée de celle d'une renonciation qui répond nécessairement à des critères de clarté et de certitude. Imaginable en théorie, l'idée est inconcevable en pratique. « *Il semble possible de généraliser la solution et d'affirmer que le non-exercice des droits de la personnalité, quelle qu'en soit la durée, ne peut valoir renonciation du titulaire, et cependant, il serait excessif de dire que l'écoulement du temps est sans effets* »¹¹¹.

¹⁰⁹ G. Loiseau, « Nom de domaine et internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *Dalloz*, 1999, pp. 245 et s., cité par J.-C. Saint-Pau, *Droits de la personnalité, Traités*, LexisNexis, 2013, p. 509.

¹¹⁰ J.-C. Saint-Pau, *Droits de la personnalité, Traités*, LexisNexis, 2013, p. 19.

¹¹¹ G. Goubeaux, J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, pp. 258-259.

Un constat clinique s'impose : les droits de la personnalité sont insusceptibles de renonciation¹¹², quelle que soit sa forme. Ils ne sont susceptibles que d'un non-exercice, qui plus est réversible. Sous un jour plus pratique, le non-exercice est même une modalité de gestion d'un droit de la personnalité ou d'auteur : une star bien connue du public tolérant une atteinte à son image constituée par la diffusion d'une photographie, n'est-elle pas en train de gérer son image, de se satisfaire que l'on parle d'elle ? N'agira-t-elle pas uniquement si l'image est peu flatteuse tandis qu'elle s'accommodera fort bien d'une « *photographie volée* » qui la met en valeur ? Elle ne se pose sans doute pas la question en termes de renonciation et ne compte certainement pas, peu importe son choix, brider son action pour l'éternité. Un auteur le dit avec pertinence à propos de droits d'exploitation, « *particulièrement, la qualification de renonciation apparaît-elle divinatoire de la volonté interne des contractants, ceux-ci n'ayant eu en vue que la seule cession des droits d'exploitation commerciale. Le but poursuivi par les contractants n'est pas tant l'extinction du droit d'action que la transmission du droit d'exploitation commerciale* »¹¹³. La réflexion peut allégrement être étendue.

Ces exemples permettent *in extenso* de dessiner, en lien avec le non-exercice des droits, un régime juridique des droits de la personnalité.

Toute personne lénifiante recouvrera son droit à l'image lorsqu'elle décidera de le mettre en œuvre après une léthargie sans avoir besoin de justifier son attitude passée. L'inaction n'est aucunement condamnable et consacre une tolérance voire une acceptation vis-à-vis d'une utilisation de l'image, qui est susceptible de se transformer en atteinte au moment où la victime agira en justice.

A l'inverse, toute personne prévoyante et désireuse d'aménager ses intérêts pourra accepter de mettre l'un de ces droits entre parenthèses en renonçant à leur exercice par contrat. Cette renonciation expresse ne concerne que l'exercice du droit sans en toucher à l'existence même, et n'est pas susceptible d'entraîner sa perte. Un retour sur le consentement est possible, car un droit de la personnalité le reste pendant que l'on détient cette personnalité, voire au-delà.

¹¹² *Contra*, voir G. Grammatikas, thèse précitée, p. 4 : « *tout droit aliénable est, en général, renonçable, mais la réciproque n'est pas toujours vraie, car il existe des droits, ceux qui sont exclusivement rattachés à la personne, qui sont renonçables sans qu'ils soient pour autant aliénables* ».

¹¹³ J.-C. Saint-Pau, *Droits de la personnalité, Traités*, LexisNexis, 2013, p. 285.

Un intérêt public peut transcender l'intérêt individuel. Le choix entre l'action ou l'inaction peut donc être partagé entre le titulaire du droit et une entité autre, tel que le ministère public, mais l'hypothèse est à la marge.

Toujours est-il que le non-exercice d'un droit de la personnalité, qu'il relève de la tolérance ou de la renonciation, si discutable soit le terme, est parfaitement licite. Une explication peut sembler évidente, le terme de personnalité implique que seul l'auteur du non-exercice voit ses intérêts engagés par le phénomène. Il est de son affaire de rester inerte ou de se plaindre d'une atteinte à l'un de ses droits.

Il resterait une difficulté à dissiper, tracer la frontière entre l'acceptation d'une atteinte à un droit de la personnalité, en quelque sorte le non-exercice de tolérance ou de gestion, et le non-exercice subi, celui qui ne peut prospérer. Tracer cette frontière dépend des circonstances et notamment de la connaissance qu'a le titulaire d'un droit de sa situation de victime d'une atteinte. En effet, lorsque celle-ci a lieu « *au vu et au su* » de la victime, il est possible de transposer le raisonnement tiré de l'article 226-1 du Code pénal, « *en observant alors que la passivité de la victime permet de présumer une autorisation à une atteinte actuelle, non d'une autorisation à une atteinte future* »¹¹⁴. Conscient de l'atteinte, le silence du titulaire de droit équivaut à une autorisation. S'il la refuse, il devra sortir du silence.

C'est dans cette mesure que le non-exercice est pertinent. Une fois que le non-exerçant sait qu'un droit de sa personnalité est mis en péril, les cartes sont dans ses mains.

Une telle présomption est en revanche écartée lorsqu'il est peu probable, *in concreto*, que l'existence de l'atteinte ait été portée à la connaissance du titulaire de droit. N'ayant pas connaissance de l'atteinte, il est peu crédible de prétendre que cette personne en est victime. Elle n'en souffre pas puisqu'elle n'en sait rien. Ce n'est qu'une fois celle-ci informée que son attitude pourra être interprétée et traitée de la même manière que la tolérance à l'atteinte d'un droit de la personnalité.

Ainsi, la prise d'information transforme le non-exercice subi en non-exercice choisi et consolide la tolérance de l'individu. Son silence ne l'expose à rien, si ce n'est à une validation de l'atteinte ou à la suppression du caractère de l'atteinte.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 708.

Une ultime question mériterait d'être posée. Une fois le caractère licite du non-exercice d'un droit de la personnalité expliqué et justifié, une fois précisé que la perte de ce type de droit pour non-exercice n'est pas encourue, on pourrait reprendre le raisonnement tiré du non-exercice d'une liberté et se demander s'il existe un versant négatif de ces droits. Ce versant prendrait la forme, outre d'un droit de ne pas l'activer, d'une protection contre son exercice forcé. La question serait la suivante : peut-on forcer quelqu'un à mettre en œuvre un droit de la personnalité qu'il ne souhaite visiblement pas exercer ?

Comme pour les libertés, et parce que le non-exercice est licite, la réponse est positive.

Avec la conscience de confiner à la caricature, qui n'a pas déjà entendu que le droit de vote n'est pas un droit, mais un devoir, et que la vie est un cadeau dont il faut profiter à pleines dents. Vu d'un œil de justiciable, le cœur du sujet est sans doute là en termes de droits de la personnalité. Est-on dans son droit en s'abstenant de voter, un patient obstiné peut-il imposer son refus de soins au corps médical, une conjointe peut-elle refuser d'avorter lors-même que son mari ne souhaiterait pas devenir père ? De multiples questions et débats mériteraient d'être posés.

Pour l'heure, il est permis aux citoyens de voter à divers niveaux, et de ne pas voter sans jamais s'exposer à une sanction quelconque, hormis le cas des élections sénatoriales¹¹⁵, pour lesquelles le refus de vote constitue un manquement à une fonction politique¹¹⁶. Rien ne vient contrecarrer ce droit de ne pas voter, pas même la démagogie du fameux devoir citoyen qui, aussi crédible soit-il dans l'esprit de celui qui y pense, n'a aucune valeur juridique. Voter est un droit et non un devoir¹¹⁷.

¹¹⁵ L'article L. 318 du Code électoral prévoit que « *tout membre du collège électoral qui, sans cause légitime, n'aura pas pris part au scrutin, sera condamné à une amende de 100 euros par le tribunal judiciaire du chef-lieu, sur les réquisitions du ministère public.*

La même peine peut être appliquée dans les mêmes conditions au délégué suppléant qui, dûment averti en temps utile, n'aura pas pris part aux opérations de vote ».

¹¹⁶ Pour les élections sénatoriales, c'est un collège de grands électeurs composé d'élus (conseillers régionaux, départementaux, municipaux) qui vote. L'exercice d'un mandat électif par eux, l'obligation d'exemplarité corrélative, explique que voter n'est plus un droit mais une obligation.

¹¹⁷ Pour une approche globale des enjeux du droit de vote, et des précisions sur les moyens mis en œuvre pour lutter contre toutes les formes de contrainte ou d'influence sur le choix de voter et le choix du candidat pour qui votera chaque électeur, voir Y. Gaudemet, B. Maligner, G. Prunier, S. Cottin, *Elections locales : déroulement du scrutin*, Chapitre 2 (folio n°11420), Dalloz, novembre 2021.

Le refus de soins est en lien avec l'intégrité physique de la personne et il est de nature à faire obstacle à la réalisation d'interventions sans le consentement du patient.

Dès le départ, le principe d'inviolabilité du corps humain, que l'on retrouve dans une disposition phare du Code civil¹¹⁸, reprend peu ou prou la philosophie sous-jacente à la locution latine *noli me tangere* et fonde une interdiction de toucher à la chair du corps. L'article 16-3 du Code civil pose bien une exception à ce principe en rendant possible la réalisation d'actes à caractère médical en cas de « *nécessité médicale pour la personne* », mais encore faut-il obtenir le consentement médical de la personne, celle-ci conservant un véritable droit au refus de soins. C'est le sens de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, qui dispose qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* », et de l'article 16-3 du Code civil qui prévoit que « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli* ».

Ce droit au refus de soins, correspond à une version négative du droit et consacre en l'occurrence la faculté pour la personne de ne pas être médicalement prise en charge. La possibilité de passer outre l'absence de consentement d'une victime en état d'urgence médicale est néanmoins retenue¹¹⁹ ainsi que la validité d'une intervention outre le refus exprimé du patient en cas de situation spéciale. La jurisprudence connue du 26 octobre 2001 du Conseil d'Etat¹²⁰ qualifiait d'« *extrême* » la situation d'un plaignant opposant un refus de principe à des transfusions sanguines effectuées « *dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* » qui « *ne sauraient constituer un traitement inhumain ou dégradant, ni une privation du droit à la liberté au sens des dispositions des articles 3 et 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Mais cette exception, si elle augure un accès forcé

¹¹⁸ Il s'agit de l'article 16-1 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable (...)* ».

¹¹⁹ L'article 16-3 du Code civil dispense le médecin de recueillir le consentement d'une personne dans « *le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* », tandis que l'article L. 1111-4 du CSP dispose que, « *lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité* ».

¹²⁰ CE, Ass., 26 octobre 2001, req. n° 198546.

aux soins et peut être interprétée comme un exercice forcé du droit à la vie, reste une exception.

Quant à l'interruption volontaire de grossesse, la dévolution du choix d'y procéder, limitée à la femme qui porte l'enfant, tient aussi compte de l'inviolabilité du corps humain. La première phrase de l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, qui laisse à la seule « *femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse [la possibilité de] demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse* », est suffisamment claire. Une approche sociologique a mis en évidence que « *cette disqualification sociale des décisions ou souhaits des hommes peut être interprétée soit comme un pouvoir exorbitant des femmes, soit comme la contrepartie de l'inégale répartition de la charge des enfants entre les hommes et les femmes* »¹²¹. C'est une erreur. L'origine de l'impossibilité pour un homme (ou un soignant, ou toute personne en général) de forcer une femme à avorter n'est nullement sociologique, sa cause est juridique. La libre disposition du corps est un droit de la personnalité, il s'exerce seul ou ne s'exerce pas seul. En tout cas, nul ne peut l'exercer à la place de celui qui le détient sans son consentement¹²² car le corps est inviolable pas plus qu'il ne peut se plaindre de son exercice¹²³.

D'où la conclusion suivante : oui les droits de la personnalité font l'objet d'une approche négative comme c'est le cas avec les libertés. Le non-exercice de ces droits est licite, et le corollaire de cette licéité est que personne ne peut forcer autrui à utiliser un droit de la personnalité sans qu'il le veuille lui-même hormis des circonstances exceptionnelles.

- **Sous-section 2 : La limitation temporelle au non-usage d'un droit**

¹²¹ G. Cresson, « Les hommes et l'IVG, Expérience et confiance », *Sociétés contemporaines*, 2006, n° 61, p. 65.

¹²² L'article 223-10 du Code pénal, expressément repris par l'article L. 2222-1 du Code de la Santé Publique, fait de l'interruption de grossesse forcée un délit : « *l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

¹²³ A donc été refusée la demande en réparation introduite par un mari désireux de devenir père qui reprochait à un centre hospitalier d'avoir accédé à la demande de sa femme enceinte de procéder à une interruption de sa grossesse. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs pris soin de souligner que le mari n'avait pas été consulté, sans que cela fasse obstacle à l'intervention demandée. Voir CE, Ass., 31 octobre 1980, *Lahache*, req. n° 13028.

Pour les droits qui ne font pas partie de la catégorie des droits de la personnalité et qui ne se confondent pas avec une liberté, le non-usage d'un droit est permis en tant que faculté du droit, celle de faire ou de ne pas faire.

Par leur nature plus sociale, parce qu'ils n'enferment pas leur titulaire sur lui-même mais le confrontent à autrui en permanence, ces droits ne peuvent néanmoins pas rester en état de non-usage indéfiniment. Ainsi, des barrières temporelles encadrent l'inaction. Une fois ces barrières franchies, la situation doit être clarifiée par l'application d'une règle dont la vocation est de dissiper l'excès d'ambiguïté que soulève le non-exercice.

Le balisage temporel du non-exercice des droits s'exprime à travers la notion de prescription et celle de forclusion, dont ressort une prise en compte du prolongement de l'inaction (paragraphe 1) qui est différenciée suivant le droit qui en fait l'objet (paragraphe 2).

- **Paragraphe 1 : la prise en compte de l'écoulement du temps par la prescription et la forclusion**

Le non-exercice des droits occasionne dans de nombreux cas une gêne pour autrui, qui reste dans l'attente d'une prise de position du titulaire d'un droit, et pour le système juridique auquel les membres doivent participer activement.

Des délais sont ainsi établis pour poser une limite à l'inaction au-delà desquels il pourra être considéré qu'elle ne peut plus durer. Ce sont les délais de prescription et de forclusion, deux notions qui posent une barrière temporelle à l'exercice des droits au-delà de laquelle le titulaire de droit ne pourra plus activer son droit devenu forclos ou prescrit.

La coexistence de deux notions toutes deux liées à l'idée de délais a suscité et suscite encore une grande question, pourquoi ne pas les rassembler en une seule et même notion ?

La réponse s'inscrit dans le prolongement de la diversité des droits, dont la catégorisation est justifiée selon le contexte et leur régime juridique. La prescription et la forclusion s'appliquent

à des situations différentes selon des facteurs différents en dépit d'un résultat analogue, la perte d'un droit ou du droit d'agir qui le corrèle.

Dans le cadre de l'inaction, il est évidemment nécessaire d'expliquer en quoi le non-exercice d'un droit susceptible de prescription ou de forclusion, autrement dit périssable, conserve un caractère licite. Pour ce faire, le rappel des termes d'un débat relatif au fondement respectif de ces deux notions et une prise de position démontreront que, par-delà les détails, prescription et forclusion ont une même racine commune tout à fait neutre : l'écoulement du temps.

En effet, la prescription est, comme la forclusion, articulée autour de l'écoulement du temps¹²⁴. Mais ce constat simple n'a pas rendu péremptoire l'idée d'une différenciation entre les deux notions.

Cette différenciation est apparue utile compte tenu de l'opposition entre une doctrine qui niait et nie toujours le caractère sanctionnateur de la prescription, rôle qu'il faudrait réserver à la forclusion, et une doctrine qui affirme le rôle de sanction de la prescription. Le débat est complexe. On ne peut cependant l'évacuer puisqu'il revient, sans que cela ait été explicité, à interroger la licéité de l'inaction.

Du côté de la doctrine qui réserve à la prescription un rôle de sanction, il a été dit avec justesse et simplicité qu'elle fait partie des délais probatoires¹²⁵, celle-ci pouvant donner lieu, suivant qu'elle est acquisitive ou extinctive, à l'acquisition ou la perte d'un droit. Dans cette logique, le non-exercice est évidemment susceptible de conduire à la perte du droit, l'inaction perdurant pendant le délai de prescription servant de moyen de preuve de cette perte. On retrouve comme fondement de la notion « *l'écoulement du temps* »¹²⁶, la fonction de cet écoulement du temps étant de prouver quelque chose¹²⁷.

¹²⁴ F. Rouvière, « La nature juridique du délai butoir », *RTD civ.*, 2019, pp. 219 et s.

¹²⁵ Pour une vue d'ensemble, voir F. Rouvière, précité ; pour une vue appliquée, voir F. Donaud, « Séquestre au musée : la suite », note sous TGI Paris, 7 novembre 2017, n° 17/58735, *LPA*, 26 février 2018, n° 41, pp. 14 et s., spéc. p. 20.

¹²⁶ F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA*, n° 152, 31 juillet 2009, p. 7.

¹²⁷ Ce quelque chose est diffus, cela peut être la preuve de la volonté d'abandonner définitivement un droit, la preuve d'un manque de volonté de l'activer, la preuve de l'existence d'une situation d'inaction continue...

La forclusion¹²⁸, qui tient compte du temps elle aussi, serait pour certains auteurs en lien avec des considérations plus nobles, morales ou sociales¹²⁹, imposant une action diligente au titulaire de droit dont la perte ne reflètera pas simplement l'écoulement d'un délai neutre mais la négligence de cet individu¹³⁰. Sur ces bases, l'idée de manquement sanctionnable se dévoile avec la forclusion, donc son illicéité.

La mise en œuvre d'une telle doctrine devrait donc conduire à séparer totalement prescription et forclusion, et à exclure la seconde du non-exercice licite des droits.

Pourtant, la fonction probatoire de la prescription n'exclut pas un caractère sanctionnateur que suggère son régime juridique. Une autre lecture permet de voir à travers la prescription un moyen de sanctionner les individus négligents.

Cette thèse de la prescription-sanction est ancestrale mais elle ressurgit à l'occasion de discussions récentes réactivées par des thèses et conflits doctrinaux.

Fut émise une thèse neutre selon laquelle la prescription serait fondée sur la combinaison du temps et de l'apparence¹³¹, en ce que le temps ne devient pertinent que lorsque la situation de droit se retrouve contredite par une situation de fait. C'est le cas lorsqu'un individu se comporte tel un propriétaire alors qu'il ne l'est pas¹³², lorsqu'un débiteur, faisant comme s'il

¹²⁸ La forclusion correspond à la perte du droit d'agir consécutive à l'écoulement des délais préfix. Selon le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, la forclusion est la « sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour défaut d'accomplissement dans le délai légal, conventionnel ou judiciaire, d'une formalité lui incombant (...) ». G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 468. Pour certains auteurs, c'est « un délai légal, d'une durée simple et limitée, prévu spécifiquement pour une action particulière, au-delà duquel l'action est considérée comme éteinte » : S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, Dalloz, 32^{ème} édition, 2014, § 173.

¹²⁹ Voilà pourquoi le juge doit relever d'office le moyen tiré d'une forclusion lorsque des nécessités d'ordre public se présentent, procédé impossible avec la prescription au visa de l'article 2247 du Code civil disposant que « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ». Voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} édition, 2018, n° 1765. Voir aussi F. Rouvière, « La nature juridique du délai butoir », précité.

¹³⁰ A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA*, n° 22, 30 janvier 2008, p. 6.

¹³¹ A. Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, 2010.

¹³² Dans cette hypothèse, la propriété est la situation de droit, l'utilisation par un tiers qui n'est pas propriétaire, sans l'accord de ce dernier, est une situation de fait. Cette situation de fait s'inscrit en porte-à-faux avec la situation de droit puisqu'elle lui est contradictoire.

n'était tenu d'aucune obligation, demeure silencieux, comme peut le rester le titulaire de droit qui doit pourtant opter¹³³.

Dans chacune de ces configurations, la situation de fait paraît anormale par rapport à la situation de droit. Chacun endosse un rôle qui n'est *a priori* pas le sien et rien ne vient contrecarrer ce paradoxe.

L'écoulement du temps sert, selon cette théorie, à valider une situation contraire au droit. L'application de la prescription dote d'effets la situation contradictoire et la consolide pour qu'elle devienne la nouvelle situation juridique. Autrement dit, la situation initiale a été bafouée par une situation de fait, elle-même devenue la situation normale une fois la prescription appliquée. L'utilisateur d'un bien en devient propriétaire, celui qui était propriétaire ne l'est plus, un individu qui pouvait agir mais ne l'a pas fait ne peut plus le faire, et ainsi de suite.

Toutefois, il est cohérent d'ajouter l'absence de combativité du titulaire de droit parmi les fondements de la prescription, puisque ce n'est qu'en raison de l'inertie du titulaire de droit que la contradiction se perpétue et se consolide. L'argument serait la lettre de l'article 2219 du Code civil qui dispose que « *la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».

En effet, le possesseur ne deviendra propriétaire que si le propriétaire initial n'agit pas à son encontre, de même que le débiteur sera libéré si le créancier tarde trop à agir contre lui. En jouant sur les mots, on peut affirmer que la prescription n'a également rien de neutre et qu'elle sert à sanctionner le manquement à agir dans le cadre de délais précis¹³⁴.

¹³³ L'option est une « *prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible* », selon I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1967, p. 33, repris par C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, P.-Y. Gautier (préf.), PUAM, 2003, p. 102. Ainsi, « *la liberté du titulaire du droit d'option serait trop grande s'il lui était loisible de prendre tout son temps* », I. Najjar, thèse précitée, p. 33. La présence d'une situation de fait contradictoire au droit est dès lors possible même dans le cadre de droits à réalisation objective comme peut l'être l'option successorale.

¹³⁴ Pour une approche neutre : B. Grimonprez, *Règles de computation des délais, Répertoire de droit civil, Conditions de la prescription acquisitive*, Dalloz, octobre 2018, § 60.

Cette approche de la prescription, fondée sur la sanction de la négligence, qui ferait de l'inaction un comportement interdit, ne se retrouve pas par hasard chez Troplong¹³⁵, Pothier¹³⁶, Aubry et Rau¹³⁷, dont les pensées sont résumées par A. Collin qui les rejoint expressément¹³⁸, ou dans certains manuels¹³⁹.

Elle est accréditée par le régime de cette notion qui empêche le décompte de la prescription lorsque le titulaire de droit n'est pas en mesure d'agir afin de protéger ses droits, *contra non valentem agere non currit praescriptio*¹⁴⁰. C'est le temps qui est en quelque sorte suspendu en cas d'impossibilité d'agir en raison de la qualité du titulaire de droit¹⁴¹ ou si ce dernier se

¹³⁵ Le droit contredit, « *cet héritage que vous avez négligé et répudié, abandonnez-le définitivement à celui qui, mieux que vous, peut en être appelé le maître ; car, par votre longue [tolérance] du droit d'autrui, vous l'avez autorisé à s'en croire propriétaire* », Troplong, *Droit civil expliqué, Commentaire du titre XX du livre III du Code civil, De la prescription*, n° 9-10, 12.

¹³⁶ Pour qui « *la loi (...) ayant donné [au créancier] un temps pendant lequel il peut intenter l'action qu'elle lui donne pour se faire payer, il ne mérite plus d'être écouté, lorsqu'il a passé ce temps* », Pothier, *Traité des obligations*, n° 679, 374.

¹³⁷ Qui disaient que, « *dans tous les cas, l'exception péremptoire donnée contre son action tardive (celle du titulaire de droit prescrit) est une peine légitime infligée à sa négligence* », Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 2, Les biens, Librairie Marchal et Billard, 7^{ème} édition, 1961, § 210, p. 424.

¹³⁸ « *Quelles que soient les circonstances, le non-exercice de son droit par son titulaire, pendant un long temps, est considéré comme relevant nécessairement d'une négligence de sa part, que la prescription a pour fonction de sanctionner en éteignant purement et simplement le droit ainsi négligé* », A. Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, précité, p. 38

¹³⁹ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 5^{ème} édition, 2017, p. 57 : « *Le délai de prescription (...) repose sur une formulation négative, puisqu'il indique que le fait de ne pas agir constitue une abstention qui sera sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande à expiration du délai. (...) L'écoulement passif du temps s'analyse alors comme un fait fautif de négligence : à l'expiration de ce délai, il sera impossible de mettre en œuvre le droit d'action* ».

¹⁴⁰ Sur cette règle, voir J. Carbonnier, « *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio* », *Rev. crit. législ. et jurisp.*, 1937, p. 155.

Par ailleurs, la notion de procès équitable tel que prévue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose à ce que l'action soit prescrite avant même que le titulaire d'un droit ait pu le faire valoir. En ce sens, la prescription décennale prévue en droit suisse pour les actions en réparation des victimes de l'amiante, systématiquement expirée à la date de l'introduction d'une action compte tenu de la période de latence des maladies liées à l'exposition à ce minéral, a fait l'objet de l'arrêt Cour EDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, req. n° 52067/10, 41072/11 : *Revue des contrats*, 2014, pp. 506-509, F. Marchadier ; *JCP G*, 2014, n° 13, p. 621, L. Milano. La Cour de cassation effectue elle-même un contrôle des délais de prescription courts au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention. En ce sens, Civ. 2^{ème}, 24 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.585 : *RDSS*, 2013, p. 362, obs. Dagorne-Labbé ; *JCP S*, 2013, n° 11, pp. 47-50, note C.-F. Pradel.

¹⁴¹ Ainsi, l'article 2224 du Code civil dispose que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

trouve dans une situation invincible¹⁴². On comprend que toute sanction d'une négligence serait malvenue si l'on ne peut imputer une négligence à la personne¹⁴³, et l'on comprend aussi que le manque d'effort de l'individu lui soit à nouveau reprochable une fois les moyens d'agir recouverts¹⁴⁴.

Cette considération pour le comportement du titulaire de droit est à ce point réelle que seule l'intention d'agir compte, non la façon de le faire. Il importe peu qu'un titulaire de droits s'adresse à un juge incompetent¹⁴⁵ ou omette d'informer le défendeur d'une action intentée à son endroit¹⁴⁶, la prescription est interrompue. Ce n'est pas la pertinence qui est recherchée mais simplement l'activité.

Ainsi présentée, la prescription semble faire du non-exercice des droits une situation illicite. Mais le facteur « *négligence* », qui est prépondérant dans cette institution, n'est pas son facteur essentiel. A ce petit jeu-là, on pourrait en trouver bien d'autres, comme l'oubli d'une attitude répréhensible sur laquelle il faut tourner la page, le pardon accordé à un individu qui a eu suffisamment de temps pour ressasser sa faute, la perte en qualité de la preuve qui rendrait sujette à caution toute charge retenue contre un accusé. Les exemples sont tirés du droit pénal certes, il n'est pas question de non-exercice des droits subjectifs, mais enfin le débat risque de n'en plus finir.

La négligence, l'oubli, la qualité de la preuve, ce ne sont pas des fondements théoriques de la prescription, ce sont des fondements pratiques. Ils servent a posteriori à expliquer pourquoi un individu a subi ou bénéficié de la prescription.

¹⁴² Il faut ici s'intéresser à l'article 2234 du Code civil selon lequel « *la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention, ou de la force majeure* ».

¹⁴³ C'est là, en principe, la différence avec le délai butoir (forclusion), pour lequel le comportement de l'individu est indifférent.

¹⁴⁴ Il est possible d'englober dans ce reproche l'ignorance illégitime. Les articles 2224 et 2227 du Code civil se réfèrent en ce sens au jour où le titulaire de droit « *aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Il en serait privé dès lors qu'il n'a pas cherché à s'informer.

¹⁴⁵ Ce constat est permis par la lecture combinée des alinéas 1 et 2 de l'article 2241 du Code civil : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription (...), même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure* ».

¹⁴⁶ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^{ème} édition, 2017, p. 388, spéc. note de bas de page n° 155.

Une chose est sûre, constante, et commune à tous les types de prescription : un laps de temps s'écoule et la prescription consiste à en tirer les conséquences. Voilà la morale de la prescription, passée une durée : que fait-on et pourquoi ?

Envisagée comme moyen d'acquisition de la propriété, la prescription tient compte du temps passé tel un propriétaire et sert de preuve d'une propriété. Envisagée dans le débat pénal, la prescription tient compte du temps passé impuni et prémunit contre la punition. Envisagée dans le cadre du non-exercice des droits subjectifs, la prescription tient compte du temps passé sans utiliser un droit, et empêche de l'utiliser. De sanction il n'y a point, et jamais un individu n'engage sa responsabilité avec la prescription. C'est en ce sens que le non-exercice des droits soumis à prescription n'est pas un comportement illicite.

La discussion est la même à propos de la forclusion, y mettre un terme est heureusement plus facile. Inconnue du code civil qui n'en dit mot, au contraire de la prescription, la notion de forclusion est lue à travers son lien avec les délais préfix qui sont des délais de forclusion¹⁴⁷.

Par sa nature préfixe, le délai de forclusion est *a priori* uniquement centré sur l'écoulement du temps et demeure « assez indifférent aux réalités que le temps passé est censé traduire »¹⁴⁸. En effet, le terme préfix implique l'impossibilité d'interrompre ce type de délais qui donnent l'impression de s'appliquer « sans véritable considération pour la diligence du titulaire ou la pérennité d'un état de fait »¹⁴⁹.

L'idée de sanction est donc exclue en matière de forclusion, la notion s'analysant, avec davantage d'évidence que la prescription, comme une durée de vie attribuée à une prérogative¹⁵⁰ qu'il conviendra de mettre en œuvre pendant ce délai coûte que coûte.

Néanmoins, sans qu'il soit question de moraliser l'attitude d'une personne, l'idée d'inertie, dont n'est jamais loin celle de manquement, lui est sous-jacente. Il n'est pas étonnant que la forclusion demeure assortie d'une certaine idéologie, dont l'esprit de sanction fait partie¹⁵¹,

¹⁴⁷ En ce sens, voir C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, 2008, p. 1435, note 13.

¹⁴⁸ A. Hontebeyrie, *Répertoire de droit civil, Prescription extinctive – Imprescriptibilités*, Dalloz, février 2016.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC*, 2008, pp. 1413 et s., citée par Hontebeyrie, précité.

¹⁵¹ J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171, F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA*, 31 juill. 2009, p. 7, cités par A. Hontebeyrie, précité. Cette

relayée par la possibilité pour le titulaire de droit d'obtenir un relevé de forclusion lorsqu'il réussit à établir que la carence à agir ne lui est en réalité pas imputable¹⁵². Le pouvoir du juge de relever d'office le moyen tiré d'une forclusion¹⁵³, reflet de l'importance de tenir rigueur de son inaction à un individu, accrédite ce lien avec l'idée de sanction.

La forclusion n'en reste pas moins d'abord articulée autour de l'écoulement du temps. Contrairement à la prescription, il est difficile d'accumuler des fondements, en tout cas la forclusion ne consacre ni l'oubli, ni le pardon, ni le dépérissement de la preuve, sa relation avec le droit pénal est presque inexistante, et l'hypothèse d'une forclusion-sanction est marginale.

Comme avec la prescription, il est bien plus simple et juste de noter que ce délai tient compte de l'écoulement du temps, mais le fait différemment de la prescription. Tandis que cette dernière pullule dans divers codes et matières du droit, qu'elle est souple au gré des circonstances, la forclusion n'est jamais ainsi désignée par une quelconque règle et reste moins fluctuante, moins adaptable. Son lien avec le temps qui passe n'en est que plus clair, et c'est bien le seul fondement qui peut raisonnablement lui être attribué.

position fut reprise plus récemment par le professeur Rouvière : « *Pour déterminer la nature juridique du délai butoir, il est alors possible de raisonner par symétrie avec les délais de forclusion. Ceux-ci sanctionnent une diligence à effectuer ; ils reposent alors sur l'idée de sanction, indépendamment du fait que leur écoulement est fixe* », in « La nature juridique du délai butoir », *RTD Civ.*, 2019, pp. 219 et s.

¹⁵² Il peut s'agir de la méconnaissance d'un jugement, sur laquelle voir notamment Versailles, 2 mars 1976, *Dalloz*, 1978, IR, p. 365, obs. P. Julien. Il peut encore s'agir de l'absence de faute, un exemple étant le mauvais état d'une boîte aux lettres ne résultant pas d'une faute du requérant : Paris, 27 mai 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 693 ; *RTD civ.* 1974. 855, obs. R. Perrot. Enfin, l'impossibilité d'agir est parfois prise en compte : Paris, 24 nov. 1988, *Bull. avoués* 1988. 167, n° 108. Elle est toutefois soumise à une appréciation extrêmement stricte de la Cour de cassation ayant pu estimer que la maladie grave d'un avocat n'était pas susceptible de motiver un relevé de forclusion, celle-ci s'appréciant au regard de l'appelant et non de son plaideur : Civ. 2^{ème}, 4 juin 2015, n° 14-16.694.

¹⁵³ F. Rouvière, « La nature juridique du délai butoir », article précité.

- Paragraphe 2 : la multitude de droits soumis à un délai de prescription ou de forclusion

Les différents codes et la jurisprudence sont l'occasion d'un très grand nombre de délais de prescription et de forclusion, qui sont autant de situations, donc de droits, soumis à une date d'expiration.

Ces délais ne font pas l'objet d'une approche uniforme. Les délais de forclusion restent assez proches les uns des autres, mais sont en général plus courts que les délais de prescription qui sont quant à eux très variables.

Cet écart, au sein d'une même catégorie de délais, est justifié. Pour la forclusion, l'absence de définition de la notion, à laquelle il n'est fait référence dans aucun code, n'augure pas une uniformité. C'est à travers les délais préfix, qualifiés ainsi car insusceptibles d'interruption ou de suspension, que se concrétise la notion.

Pour la prescription, l'écart s'explique par la diversité des droits qu'elle encadre, et par leur transversalité. On la retrouve en toute matière, qu'il s'agisse d'un droit de fond ou de procédure. Elle en ressort plus complexe mais sa vocation essentiellement pratique incline sans doute dans le sens d'une adaptation à chaque cas.

Une liste quasi-complète des délais de forclusion a déjà été avancée¹⁵⁴. Une présentation exhaustive n'en est pas nécessaire, mais il est utile de rappeler leur présence dans plusieurs codes pour illustrer les droits susceptibles de forclusion.

Le code civil en connaît dans le cadre des successions à travers les articles 771¹⁵⁵ et 772 du code civil¹⁵⁶ dont les formules « *l'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un*

¹⁵⁴ A. Hontebeyrie, *Répertoire de droit civil, Prescription extinctive, Délais de forclusion*, Dalloz, février 2016, Chapitre 2, section 1, §§ 38-43.

¹⁵⁵ L'article 771 du code civil établit que « *l'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession.*

A l'expiration de ce délai, il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession, d'un cohéritier, d'un héritier de rang subséquent ou de l'Etat ».

¹⁵⁶ Il est ainsi rédigé : « *Dans les deux mois qui suivent la sommation, l'héritier doit prendre parti ou solliciter un délai supplémentaire auprès du juge lorsqu'il n'a pas été en mesure de clôturer l'inventaire commencé ou lorsqu'il justifie d'autres motifs sérieux et légitimes. Ce délai est suspendu à compter de la demande de prorogation jusqu'à la décision du juge saisi.*

délai de quatre mois » courant à partir de l'ouverture de la succession et, après sommation de prendre parti, « *à défaut d'avoir pris parti à l'expiration du délai de deux mois* », renvoie à une nature préfixe de ces deux délais, dont le premier retarde l'exercice que recommande au contraire le second.

On en trouve encore concernant les donations¹⁵⁷ avec un enfermement de l'action en révocation dans un délai préfix¹⁵⁸ d'un an suivant la découverte d'un délit, concernant les ventes et constructions¹⁵⁹, avec pour exemple l'enfermement de l'action en supplément de prix ouverte au vendeur pour excédent de mesure dans un délai d'un an à compter du jour du contrat, que l'article 1622¹⁶⁰ du code civil sanctionne de « *déchéance* ».

Au sein du code civil, la règle la plus singulière est sans doute l'article 2276¹⁶¹ qui régit l'action en restitution du bien volé ou perdu. Alors que le code l'intègre dans une section relative à la prescription acquisitive en matière mobilière, la jurisprudence a de longue date eu l'occasion d'en préciser le caractère préfix¹⁶², prenant soin dans sa motivation de ne jamais employer le terme de prescription pourtant utilisé par la Cour d'appel de Nîmes et pointé à outrance dans les moyens du pourvoi qui jouait sur le terme prescription (extinctive) pour en invoquer l'interruption.

A défaut d'avoir pris parti à l'expiration du délai de deux mois ou du délai supplémentaire accordé, l'héritier est réputé acceptant pur et simple ».

Le dernier alinéa interprète le silence de l'individu et en fait l'expression d'un voulu, ce qui renforce la licéité du non-exercice dans ce cadre.

¹⁵⁷ Son alinéa premier prévoit que « *la demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur* ».

¹⁵⁸ La jurisprudence a confirmé son caractère préfix : Civ. 1^{ère}, 18 décembre 2013, n° 12-26.571, *AJ famille*, 2014, p. 122, obs. Levillain ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2012, n° 10-27.276, *Dalloz*, 2012, p. 436, *AJ famille*, 2012, p. 148, obs. Levillain.

¹⁵⁹ La liste est ici très longue : articles 1622, 1642-1, 1648, 1676, 1792-3, 1792-4-1, 1792-6, du code civil.

¹⁶⁰ Prenons l'exemple de cet article qui énonce : « *L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance* ».

¹⁶¹ Il dispose : « *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ».

¹⁶² Crim., 30 octobre 1969, n° 69-90.372, *JCP*, 1970, II, 16333, G. Goubeaux.

Le code de la consommation les aborde aussi à l'occasion des contrats ou services conclus à distance¹⁶³ et fixe d'ailleurs une longue liste de points de départ au délai de rétractation de quatorze jours suivant le type de contrats (service, vente), le nombre de biens faisant l'objet du contrat de vente, le contexte de la vente (hors établissement, à distance), ou pour la défaillance des emprunteurs ayant souscrit un crédit à la consommation, l'article R. 312-35 de ce code présentant la particularité d'évoquer expressément le terme forclusion : « *les actions en paiement engagées devant [le tribunal judiciaire] à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion* ».

Le code de commerce en contient encore, à propos des procédures collectives¹⁶⁴ et de la nullité des cessions de fonds de commerce¹⁶⁵.

Ce sont ainsi une multitude d'actions, partant de l'action en révocation, allant à l'action en restitution, passant au gré de divers détours par la rétractation ou l'option successorale, qu'il sera nécessaire d'engager dans un laps de temps au-delà duquel l'action ne sera tout simplement plus permise. On le voit, point de responsabilité ou de sanction ici, simplement le temps qui passe avec à la clé une fermeture de l'action.

Le lien avec l'illicite est inexistant, si ce n'est derrière une lecture en filigrane du relevé de forclusion¹⁶⁶ qui, ayant pour effet d'endiguer l'application d'un délai préfix, est un mécanisme qui prend en compte à titre indirect la légitimité d'une inaction.

Mais la jurisprudence est prudente et reste réticente à accueillir l'action en relevé de forclusion. Le professeur André a pu noter, en droit des procédures collectives, que « *le créancier doit justifier son retard en établissant que sa défaillance n'est pas due à son fait. La jurisprudence se montre dans l'ensemble assez sévère à l'égard des créanciers, surtout s'ils sont des professionnels du crédit. Une lecture non assidue du BODACC, la patience légitime du*

¹⁶³ L'article L.221-18 du code de la consommation dispose que « *le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25* ».

¹⁶⁴ Voir les articles L.624-9, L.622-26, dont il faut souligner qu'il correspond au délai de forclusion de l'action en relevé de forclusion elle-même, et R.622-24, du code de commerce.

¹⁶⁵ Voir l'article L.141-14 du code de commerce.

¹⁶⁶ Voir *supra*, p. 144.

*créancier avant l'échéance ou la mauvaise foi du débiteur entreront en ligne de compte en cas de rejet de la demande (...). Le bien-fondé du motif du relevé de forclusion est toutefois apprécié souverainement par les juges du fond »*¹⁶⁷. La procédure civile en est un autre exemple, la maladie d'un avocat ne pouvant justifier le défaut d'action dans les temps de son client à qui cette impossibilité d'agir était étrangère¹⁶⁸.

On y décèle une indifférence de principe à l'égard de l'attitude de l'individu trop lent, qui se couple à l'absence de responsabilité dans ce régime, accréditant la thèse d'un non-exercice licite mais pas sans conséquence.

Les délais de prescription font l'objet d'une approche un peu plus organisée tout en étant soumis à une approche plus laxiste.

L'article 2224 du code civil établit un délai de prescription général en matière d'actions personnelles et mobilière. Le texte prévoit qu'elles « *se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ce délai, comme il est généralement le cas avec la prescription, peut d'autant plus se prolonger que son point de départ est fixé au moment où le titulaire de droit a pris ou aurait pu prendre connaissance du fait qu'une action de sa part était requise, ce que corrobore l'article 1144 du code civil¹⁶⁹ relatif à l'action en nullité d'un contrat pour vice du consentement. Cette disposition, tout en reprenant les mêmes conditions pour l'erreur et le dol, décale le point de départ en cas de violence au jour où cesse cette dernière. Quoiqu'il en soit, un délai butoir de vingt ans, situé à l'article 2232 du même code¹⁷⁰, empêche un décalage infini du point de départ du délai de prescription, et reflète une indifférence à l'égard du comportement du non-exerçant.

Mais ce même article reçoit des exceptions, puisque, dans certains contextes, le point de départ d'un délai peut être différé indéfiniment. On y retrouve l'action en responsabilité

¹⁶⁷ C. André, *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2002, t. 356, p. 150, § 501, citant Comm, 27 mars 1990, Bull. civ IV, n° 92, p. 61.

¹⁶⁸ Voir *supra*.

¹⁶⁹ L'article 1144 du code civil est ainsi rédigé : « *le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé* ».

¹⁷⁰ Article 2232 du code civil dont l'alinéa 1^{er} est ainsi rédigé : « *Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ».

délictuelle, qui peut être engagée sous dix ans à compter de la consolidation ou d'un dommage contractuel, conformément à l'article 2226 du code civil¹⁷¹ qui s'inscrit dans une liste dérogatoire visée par l'alinéa 2 de l'article 2232 du même code¹⁷².

L'article 2234 du code civil écarte enfin le décompte du délai de la prescription à l'encontre de « celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». Parallèle au relevé de forclusion quant à son contenu, cette disposition est relayée par la jurisprudence lorsqu'elle prend en compte des motifs excluant toute négligence de la part du titulaire de droit, et toute illicéité dans sa position.

En ce sens, la Cour de cassation a déjà accepté de retenir l'impossibilité d'agir en cas de troubles mentaux du titulaire de droits¹⁷³, d'attente légitime (notamment l'attente de délivrance d'une autorisation)¹⁷⁴, et lorsqu'une information déterminante n'avait pas été portée à la connaissance d'une personne¹⁷⁵. Ces excuses doivent en toute hypothèse revêtir les conditions de la force majeure. Ceci explique qu'à l'inverse, l'ignorance d'une personne au faible niveau socio-culturel ne puisse excuser son omission d'agir dans les délais nécessaires¹⁷⁶.

De ces considérations relatives à la prescription, on notera une grande permissivité à l'égard du comportement du non-exerçant qui pourra être excusé dans de nombreuses circonstances. Il faut y ajouter la nature de l'action non mise en œuvre, qui peut aller de l'action en

¹⁷¹ L'article 2226 dispose que : « l'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé. Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans ».

¹⁷² Article 2232 al. 2 établissant que : « le premier alinéa (prévoyant un délai butoir de vingt ans) n'est pas applicable dans les cas mentionnés aux articles 2226, 2226-1, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l'article 2241 et à l'article 2244. Il ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes ».

¹⁷³ Civ. 1^{ère}, 18 février 2003, *JCP N*, 2003, p. 1664, obs Fossier ; *RGDA*, 2003, p. 302, note Chardin ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-13.518, *Dalloz*, 2009, p. 2660, note Raoul-Cormeil ; *Gaz. Pal.*, 2009, p. 3047, obs. Raoul-Cormeil ; *AJ famille*, 2009, p. 402, obs. Pécaut-Rivolier ; *Dr. Famille*, 2009, n° 116, note Maria ; *Defrénois*, 2009, p. 2336, obs. Savaux ; *RTD Civ.*, 2009, p. 507, obs. Hauser.

¹⁷⁴ Sur l'attente d'une autorisation administrative, voir Civ. 1^{ère}, 27 avril 1994, n° 91-11.783. Sur l'attente d'une décision judiciaire, voir Civ. 2^{ème}, 8 septembre 2016, n° 15-23.041, *Dalloz*, 2016, p. 1823 ; *AJ famille*, 2016, p. 491, obs. Houssier.

¹⁷⁵ Ainsi, une banque a pu être excusée de n'avoir pas agi en paiement d'un prêt à l'égard de l'épouse d'un débiteur décédé parce qu'elle n'avait pas pu prendre connaissance de la dévolution successorale : Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2019, n° 17-18. 219, *Dalloz*, 2019, p. 197 ; *AJ contrat*, 2019, p. 129, obs. Houtcieff.

¹⁷⁶ Soc., 26 avril 1984, Bull. Civ. V, n° 159, *RTD Civ.*, 1985, p. 176, obs. Mestre.

revendication à l'action en responsabilité civile, en passant par l'action en nullité du contrat, chacune étant enfermée dans un cadre temporel précis et différent. Autrement dit, à chaque action son régime juridique, mais cela n'empêche pas le non-exercice d'être permis tout le temps que le délai n'est pas arrivé à terme, et qu'appliquer la prescription ne revient pas à engager la responsabilité de la personne visée.

Cette section a été l'occasion de mettre en avant la licéité du non-exercice en lien avec le type de droits non-exercés. Une première catégorie de prérogatives a rassemblé des droits qui concernaient l'individu dans un rapport presque exclusivement personnel. C'est le cas avec les libertés. C'est aussi le cas, dans une mesure moindre, avec les droits de la personnalité, ceux-ci étant opposables à autrui dans le même temps qu'ils régissent des enjeux personnels. Ce rapport personnel et intime au droit explique une absence d'impact sur autrui du non-exercice, et légitime la situation. Le non-exercice est choisi et peut l'être. Un tel choix ne regarde que son auteur, ce qui lui confère sa licéité. Une deuxième catégorie de prérogatives a été présentée conjointement aux notions de prescription et de forclusion, qui s'y appliquent. En effet, certains droits, qui ne sont ni des libertés, ni des droits de la personnalité, inscrivent en permanence leur titulaire dans un rapport à autrui. Le non-exercice de ces droits-là a donc une influence sur la situation d'autrui et, souvent, fait naître une attente. En vertu de la marge de manœuvre dont l'individu dispose dans la mise en œuvre des actions qui permettent la défense de ces droits, il peut rester silencieux pendant une période établie pour qu'il prenne connaissance d'une situation litigieuse et mature sa volonté. Mais à la différence des libertés et droits de la personnalité, comme ces droits sont tournés vers autrui, l'expectative ne peut être éternelle. Une fois un délai raisonnable passé, dont l'estimation peut revenir au législateur qui, au nom de la sécurité juridique, peut prévoir des délais légaux uniformes, ou au juge, qui peut se mettre en quête d'adapter les exigences à chaque circonstance, l'inaction sera irrévocable. Cependant elle est parfaitement licite, elle ne débouche sur aucune sanction. Seule une considération neutre, la nécessité de clarifier une situation, fait le jeu de la prescription et de la forclusion.

En plus de se focaliser sur la nature de certains droits, l'attention peut être portée sur la volonté de l'individu. Elle est intéressante lorsque le non-exercice, générateur d'une ambiguïté, peut être clarifié sous le prisme de la volonté d'un individu silencieux.

- Section 2 : la renonciation à un droit

L'ambiguïté que suscite le non-exercice d'un droit est à son paroxysme avec le silence de l'individu. Il est pourtant un facteur intéressant car, au contraire de mesures neutres comme la prescription et la forclusion, qui sont apparues utiles mais ne laissent pas la place à une étude poussée de la volonté du non-exerçant, le doute derrière le silence laisse justement une place à l'interprétation. L'énigme que pose le non-exercice ne sera plus résolue par une règle technique et austère, mais sera contournée par la coloration du silence du titulaire de droits. C'est lui-même qui aura choisi son sort, le silence étant interprété dans un sens précis et déterminé par avance.

L'idée d'une renonciation a été pourfendue en matière de droits de la personnalité. Le silence prolongé et révocable lui fut préféré, sans que cela ne supprime la pertinence de la notion de renonciation par ailleurs. Elle donne lieu à une littérature nourrie et abondante¹⁷⁷ qui aujourd'hui se spécialise et s'oriente vers certains types de droits, comme les droits fondamentaux¹⁷⁸. Chacune de ces études insiste sur rattachement de la renonciation à l'exercice d'une composante d'un droit, le droit de disposer : c'est une manifestation de volonté abdicative¹⁷⁹.

Vue sous cet angle, la renonciation est forcément licite. Elle est l'exercice d'un droit. Ceci est confirmé dès l'une des premières définitions de la notion posée par Grammatikas, qui a pu la décrire comme « *l'acte juridique unilatéral et abstrait qui, en général, n'est pas soumis à réception et par lequel le titulaire se démet purement et simplement de son droit (ou d'un autre avantage légal), sans le transférer à personne* »¹⁸⁰.

¹⁷⁷ G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, LGDJ, 1971 ; C. Blumann, *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, bibliothèque de droit public, t. 113, 1974 ; F. Dreifuss-Netter, *Les Manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 185, 1985 ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 284, 1997 ; P. Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, 2001 ; C. Sourzat, *La renonciation en procédure pénale*, LGDJ Lextenso édition, 2013 ; J. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Pédone, 2016.

¹⁷⁸ J. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Pédone, 2016.

¹⁷⁹ F. Dreifuss-Netter : *Les Manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 185, 1985.

¹⁸⁰ G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Etude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1971, n° 22, p. 31

Parler de non-exercice semble inopportun. Au moment de la renonciation, une facette du droit est mise en œuvre, et après elle le droit disparaît. Il ne peut y avoir de non-exercice s'il n'y a plus de droit. Séduisante par sa simplicité, l'idée ne tient pas sitôt que l'on démontre que la renonciation peut provenir du non-exercice (sous-section 1), et qu'elle peut entraîner la perte de la faculté d'exercer un droit, et non la perte de sa substance (sous-section 2).

Sous-section 1 : le non-exercice assimilé à une renonciation

La renonciation n'est pas toujours causée par l'exercice de la faculté de disposer d'un droit par son titulaire. En effet, voir la renonciation là où une personne manifeste ostensiblement son choix d'abandonner un droit serait réducteur. Des renonciations existent lorsqu'une telle volonté n'a pas été exprimée. Elle ne peut être, dans ce cas, une conséquence de la prolongation du silence. Elle sonne comme une solution alternative à la prescription ou à la forclusion en ce que, au lieu de considérer que le droit non-exercé doit être soumis à un délai neutre, il sera établi que le non-exercice revêt une signification. L'extirper passe par la coloration du silence de l'individu.

Cette renonciation par non-exercice est toujours tacite. C'est là la difficulté principale, elle découle de l'interprétation d'une volonté qui n'a pas été exprimée. Et on le sent, le reproche de la supercherie est vite arrivé. Dans l'esprit de donner un sens à la léthargie, on serait tenté de voir des renonciations partout. Rester convaincant serait compliqué aussi, alors que la doctrine s'est donnée du mal à dessiner des contours à la renonciation, à en dégager des lignes directrices surtout relatives au consentement.

La réunion d'éléments cohérents doit parvenir à donner un sens au silence, et précisément le sens d'une renonciation, tout en sécurisant la clarté du raisonnement.

Un *listing* exhaustif de ces éléments n'est pas possible. Chacun sera *a priori* tenté d'attribuer un ton à l'attitude d'autrui. Les plus pessimistes y verront de la feignantise, de la bêtise, de la désobéissance. On peut l'analyser comme un choix, qui n'est pas assumé au point d'être affirmé, ou encore comme le reflet d'une hésitation... « *Aussi dans toutes les attitudes de passivité, d'inertie, de silence, le tiers ne perçoit-il directement que le seul élément extrinsèque.*

Tout naturellement il tentera "d'informer" l'élément extrinsèque, de le traduire »¹⁸¹. Ce besoin d'interpréter le silence est normal mais il est dangereux. Le silence, lorsqu'il sous-tend le non-exercice, est l'élément déclencheur de l'incertitude.

Avant même de trouver les clés d'interprétation du silence, il faut appuyer sur le point sensible. L'éventualité d'une objectivation du silence est quelquefois rejetée sur le principe. La méthode à employer pour interpréter le silence a été qualifiée : c'est la « *méthode structurale [qui] montre comment le silence est soumis à une opération d'objectivation tantôt immédiate, tantôt médiate, méthode qui, par une série de rattachements à des éléments objectifs organisés, l'inscrit dans des ensembles complexes où il acquiert une signification »¹⁸². Le courant suivant lequel il faudrait au contraire refuser toute valeur au silence existe aussi, évidemment. C'est le nominalisme juridique¹⁸³, avec pour présupposé qu'il faut refuser d'interpréter à tout-va : ce qui n'a pas été dit ne peut être voulu, toute valeur conférée au silence serait tendancieuse et risquerait de ne pas refléter le *desiderata* de celui qui s'est tu.*

Au dogmatisme d'un camp ou de l'autre, il faut préférer le pragmatisme. Délaissant l'idée que « *ce qui est tacite, (...), n'est précisément pas le silence »¹⁸⁴, ou que « le silence qualifié de fait passif ne peut alors constituer une manœuvre qui a nécessairement un caractère positif, actif »¹⁸⁵, il est nécessaire de rallier une autre vision : « *On doit interpréter le temps comme une troisième voie pour le comportement, une troisième dimension de la personnalité ; il confère à une attitude qui n'est ni oui, ni non, toute la signification qui paraissent autrement lui faire défaut »¹⁸⁶. Dans ce contexte temporel, « le silence est [...] sous couvert de plumes, un comportement, et, plus justement, un "comportement passif" »¹⁸⁷, un silence qui devient « *éloquent »¹⁸⁸.***

¹⁸¹ P. Diener, *Le silence et le droit privé. Essai sur le silence en droit privé*, thèse, 1975, p. 34. N. Martial-Braz, F. Terryn (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS, bibliothèque de l'IRJS - A. Tunc, t. 54, 2014.

¹⁸² *Ibid.* p. 236.

¹⁸³ *Ibid.* pp. 8 et s.

¹⁸⁴ N. Martial-Braz, F. Terryn (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS, bibliothèque de l'IRJS - A. Tunc, t. 54, 2014, p. 63.

¹⁸⁵ P. Diener, *Le silence et le droit privé, Essai sur le silence en droit privé*, thèse 1975, p. 270.

¹⁸⁶ B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, J. Carbonnier (préf.), LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 84, 1968, p. 82.

¹⁸⁷ B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, p. 49. Voir également J. Flour, J-L Aubert, *L'acte juridique*, n° 156, L'attitude entièrement passive.

¹⁸⁸ J. Mestre, obs. sur Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 1988, *RTD Civ.*, 1988, p. 520.

Nominalisme, méthode structurale, bien des concepts pour finalement s'opposer à ce que le juge ou la doctrine interprète systématiquement tout silence, comme si chacune de ses manifestations recélait une volonté sous-jacente. Un espace conséquent sépare pourtant le silence « *mépris* » ou « *lénifiant* » à travers lequel il faut déminer une réelle volonté, du silence de celui qui ne sait même pas qu'il doit s'exprimer et partant se tait, ou ne se positionne pas car son choix n'est pas encore arrêté. Pour seul garde-fou, il faudra éviter de donner au silence une signification plaisante, et lui attribuer une valeur logique.

La pratique sera donc plus simple que le débat théorique, qui peut vite être parasité par le retranchement des camps opposés sur des positions incompatibles. Si le silence est gênant, et si son interprétation n'est plus déterminée par des concepts discutés mais par la loi elle-même, l'interprétation n'est plus une piste, elle est obligatoire.

Mais il lui faut des clés, car « *la pratique exige une certaine extériorisation pour transformer le renoncement intérieur en une renonciation juridique* »¹⁸⁹. Et la clé pour ouvrir cette brèche est toute trouvée. De même que la prescription et la forclusion étaient articulées par l'écoulement du temps, c'est la combinaison de l'inaction et du temps qui fournit le support à une renonciation tacite.

D'autres paramètres peuvent servir à donner un sens au silence.

L'existence de relations antérieures entre des parties et les usages d'un milieu, jouent par exemple un rôle dans le régime de certains contrats spéciaux. Le maintien de cette relation suppose une continuité que le silence ne met pas à mal. Le silence consolide ainsi le principe d'une reconduction tacite du contrat¹⁹⁰ lorsqu'aucune des parties ne manifeste son désir de mettre un terme à la relation, voire, dans une autre mesure, permet de sceller une relation¹⁹¹. Le silence prend donc le sens de l'écho favorable au contrat.

¹⁸⁹ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Puf, Thémis, 20^{ème} édition, 1991, p. 343, voir aussi J.M. Roy, « La tolérance », *RRJ*, 1995, n° 2.

¹⁹⁰ Voir sur la reconduction tacite, entre autres : B. Amar-Layani, « La tacite reconduction », *Dalloz*, 1996, p. 143. Par ailleurs, l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce dispose qu' : « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels [...]* ».

¹⁹¹ Au visa de l'article 1120 du Code civil sur l'acceptation de l'offre, voir Comm. 15 mars 2011, *Revue des contrats*, 2011, p. 795, note Génicon.

Mais ce même silence, s'il est la réponse à la volonté extériorisée du partenaire contractuel de terminer la relation, avalise au contraire la mise à mort du contrat : « *il est possible de considérer que la passivité avec laquelle un contractant réagit en apprenant que son partenaire désire mettre fin à la relation peut établir sans équivoque la preuve qu'il partage lui aussi cette volonté* »¹⁹².

Cette philosophie se retrouve aussi dans les contrats à exécution successive. Les parties à ce type de contrats ont décidé de s'engager sur le long terme, de nouer une relation stable, de sorte que l'arrivée à échéance du contrat ne marque pas la fin de la relation. Le silence emporte la création d'un nouveau contrat dont les conditions seront empruntées à celles du contrat terminé¹⁹³. La réforme du droit des obligations de 2016 a, à cet égard, modifié l'article 1215 du Code civil qui prévoit désormais que : « *lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ». Dans cet exemple, c'est la loi qui impose un sens préconçu au silence. Elle penche en faveur de la pérennité du lien contractuel qu'il revient aux parties de remettre en cause par une extériorisation de volonté.

Sert aussi d'élément interprétatif le contenu du contrat. L'hypothèse correspond à l'ajout de clauses décrivant le comportement attendu des parties dans l'exécution du contrat. C'est la clause de reconduction tacite qui fait de l'acceptation de la reconduction la volonté *ab initio*¹⁹⁴. Bien sûr, le silence en tant que forme de non-exercice ne joue pas qu'un rôle en matière de reconduction du contrat, il est susceptible de concerner toutes ses composantes¹⁹⁵.

¹⁹² B. Fages, thèse précitée, p. 147.

¹⁹³ Pour le bail, voir un exemple cité dans : N. Damas, « Bail d'habitation et mixte : rapports locatifs individuels – Loi du 6 juillet 1989 – Durée du contrat » au *Répertoire de droit civil*, Dalloz, février 2020 : « *Dans le régime de la loi de 1989, le contrat parvenu à son terme est reconduit tacitement, à défaut de congé notifié par le bailleur, pour une durée de trois ou six ans selon la qualité de ce dernier (L. 1989, art. 10, al. 3). De la sorte, le locataire bénéficie de la < reconduction > du contrat si le bailleur ne lui a pas adressé, six mois au moins avant le terme, un congé motivé (art. 15, I) ».*

¹⁹⁴ Sur ce rôle, voir C. Najm-Makhlouf, *Tacite reconduction et volonté des parties*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 542, 2013.

¹⁹⁵ Il en concerne notamment les modalités et les préliminaires. Dans une veine étrangère au non-exercice des droits, le silence peut avoir un « *rôle confirmateur* » en cas d'offre, celui-ci étant « *le moyen le plus simple de manifester une volonté, de maintenir cette offre une fois qu'elle est émise* », au moins le temps que s'écoule un

Le silence peut enfin correspondre à la psychologie de certains contractants dont le geste laisserait pourtant soupçonner qu'ils ont une volonté, et qu'ils l'expriment. Qui hormis les juristes, et encore les plus assidus, tout en ayant accepté des conditions générales de vente, les a en réalité lues, comprises, et y a adhéré. L'acceptation de ces conditions aux risques et périls assumés de l'acceptant est classique mais n'en demeure pas moins ambitieuse. Le contractant les accepte en signant le contrat en entier, mais sans le détour d'une fiction, prouver qu'il a bien compris le corpus contractuel serait impossible. Celui qui consent à une clause d'habitation bourgeoise imposant de jouir paisiblement d'un lieu loué¹⁹⁶ n'avait qu'à mieux se renseigner, pourrait-on dire. Mais le *quidam* qui, au moment du contrat, ne comptait pas exercer à domicile, n'avait sans doute pas concentré ses forces intellectuelles sur la clause en question qui lui était anecdotique¹⁹⁷.

Un constat commence à poindre : la renonciation tacite est possible et le non-exercice est anticipé à cet égard. On pourrait rétorquer que les exemples pris ne donnent pas à voir une coloration du silence. L'existence de relations antérieures ou l'aménagement de la valeur du silence par contrat démontre que tout a été prévu. Le non-exercice peut produire les effets d'une renonciation, mais celle-ci, tirée du silence, s'explique par une volonté présumée en rapport avec la liberté de contracter.

Des silences plus bruts peuvent toutefois être interprétés lorsque la règle de droit leur attribue une consonance.

L'article 2251 du Code civil¹⁹⁸ convient qu'une renonciation puisse être tacite si tant est qu'elle repose sur « *[des] circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription* ». Mais cette disposition ne peut être extrapolée. Elle porte sur la renonciation à la prescription. Or, c'est principalement l'action, soit l'exercice, qui pourrait démentir la volonté tacite de laisser la prescription suivre son cours. Ainsi en est-il de la

délai raisonnable. Voir en ce sens P. Diener, *Le silence et le droit privé, Essai sur le silence en droit privé*, thèse, 1975, p. 101.

¹⁹⁶ B. Fages, thèse précitée, p. 87.

¹⁹⁷ Pour une critique en ce sens, voir S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et Convention européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s., spéc. p. 243.

¹⁹⁸ Il est ainsi rédigé : « La renonciation à la prescription est expresse ou tacite.

La renonciation tacite résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription ».

proposition d'indemnisation faite par l'Office national de la chasse au profit de la victime de dégâts de gibier alors que l'action en réparation était prescrite¹⁹⁹.

Seules des dispositions spécifiques donnent au silence prolongé la valeur d'une renonciation.

Le domaine des successions est topique. L'article 768 du Code civil oppose l'acceptation de la succession à sa renonciation, ce qui marque un choix terminologique déjà particulier. Mais il faut surtout relever l'articulation entre l'article 804 du Code civil, dont le premier alinéa précise que, par principe, « *la renonciation à une succession ne se présume pas* », et les articles 772 et 780 du même Code. Tandis que l'alinéa 2 de l'article 772 considère que l'héritier sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti dans un délai de deux mois, a accepté la succession purement et simplement, l'alinéa 2 de l'article 780 dit avec limpidité que l'héritier non sommé et qui n'a pas pris parti dans un délai de dix ans à compter de l'ouverture de la succession « *est réputé renonçant* ». Autrement dit, si, la renonciation à une succession se présume, c'est même la loi qui en est à l'origine.

En matière de droit de préemption urbain, l'article L213-2 du Code de l'urbanisme prévoit en son alinéa 4 que « *le silence du titulaire du droit de préemption pendant deux mois à compter de la réception de la déclaration mentionnée au premier alinéa vaut renonciation à l'exercice du droit de préemption* ». L'hypothèse inverse est prévue, puisque l'article R. 213-10 du même Code dispose que « *le silence du propriétaire (ayant reçu une offre d'acquérir) dans le délai de deux mois mentionné au présent article équivaut à une renonciation d'aliéner* ».

C'est enfin à travers l'essor des actions interrogatoires que peut être puisé un autre exemple. Depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations, l'article 1123 alinéa 3 du Code civil permet au tiers intéressé par la conclusion d'un contrat portant sur un bien qu'il soupçonne être l'objet d'un pacte de préférence, d'interroger le bénéficiaire supposé du pacte d'en confirmer l'existence et d'extérioriser son intention de s'en prévaloir. Or, l'alinéa suivant, lorsqu'il prévoit que « *l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai (de deux mois), le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* », édicte une présomption irréfragable de renonciation tacite à se prévaloir du pacte de préférence.

¹⁹⁹ Civ. 2^{ème}, 5 novembre 1998, n° 96-22.221 ; Civ. 2^{ème}, 20 avril 2000, n° 98-13.941 ; Civ. 3^{ème}, 3 mai 2001, n° 99-19.241, *RDI*, 2001, p. 344, obs. Durry.

De ces quelques exemples, le cantonnement de la renonciation à l'exercice d'un droit apparaît être une erreur. La renonciation peut tout à fait être la conséquence du non-exercice d'un droit. Ce non-exercice est licite puisque la renonciation est valide et ne réside pas en une sanction mais, au contraire, en une interprétation de volonté abdicative tacite.

Sous-section 2 : le non-exercice consécutif à une renonciation

Une fois convenu que le non-exercice d'un droit par son titulaire peut être interprété dans le sens d'une renonciation, il faut envisager une configuration inverse dans laquelle la renonciation aura pour objet l'exercice d'un droit, c'est-à-dire que la renonciation n'est plus le résultat mais le point de départ, et le non-exercice n'est plus l'élément interprété mais celui obtenu. Le vocable de non-exercice d'un droit pourrait être évacué. Dans ce cas de figure, on suppose que la renonciation entraîne l'abdication du droit. Sans droit, il n'est pas de non-exercice d'un droit.

Ce serait occulter que, suivant le droit qui en fait l'objet et suivant la portée du consentement émis à la renonciation, cette dernière ne produira pas les mêmes effets.

Le caractère plus ou moins fondamental de certains droits peut exclure que l'auteur s'en dépouille totalement par renonciation, et une autre forme de renonciation est envisageable, dans laquelle l'auteur pourra seulement limiter sa faculté de les exercer plutôt que de les abandonner, c'est la renonciation partielle.

Nous expliquerons que les droits fondamentaux ne peuvent faire l'objet d'une renonciation que si celle-ci se limite à l'exercice du droit (paragraphe 1), et que le consentement présente à cette occasion des caractéristiques spéciales qui limitent justement la portée de la renonciation (paragraphe 2).

- **Paragraphe 1 : la renonciation à l'exercice des droits fondamentaux**

Madame Arroyo a, dans sa thèse²⁰⁰ consacrée à la renonciation aux droits fondamentaux, utilisé une différence entre la renonciation totale synonyme d'abandon, et la renonciation partielle synonyme de non-exercice. C'est le reflet d'une mécanique plus générale : le régime de la renonciation est variable en fonction du droit qui en fait l'objet.

Les droits fondamentaux sont soumis à des définitions fluctuantes dont la tendance principale réside en un empilement de droits dans cette catégorie. Diverses approches, qui correspondent à des écoles doctrinales, n'attribuent pas ce caractère fondamental aux mêmes droits.

La doctrine jusnaturaliste n'est pas la plus aisée à aborder. Si elle a pour socle commun l'approche naturelle des droits qui seraient le propre de l'Homme eu égard à sa place dans le monde, chaque auteur y va de sa subtilité, différence d'époque oblige, ainsi certains droits fondamentaux pour les uns ne le sont pas pour les autres²⁰¹. C'est ainsi que Locke, dans son *Traité du gouvernement civil*, catégorise parmi eux le droit à la vie, le droit à la liberté, le droit de fonder une famille, et le droit à la jouissance de ses biens, tandis que de nombreux auteurs, notamment dans l'Antiquité, utilisaient le vocable de droit naturel pour expliquer la dévolution naturelle des droits à l'homme. Tout simplement, le jusnaturalisme ne vise pas à identifier les droits fondamentaux, mais à expliquer en quoi ils le sont.

L'opposition entre les thèses normativistes et réalistes est plus parlante.

Chez les premiers, dont Hans Kelsen ou Jellinek sont des chefs de file, les droits sont fondamentaux lorsqu'ils sont reconnus par des textes de nature supérieure à la loi, qu'il s'agisse des droits garantis par la norme constitutionnelle ou conventionnelle. Seraient fondamentaux, en vertu d'une thèse normativiste, les droits tirés du bloc de constitutionnalité, du droit de la Convention EDH, de la Charte des droits fondamentaux de

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Pour une approche de droit comparé, qui démontre la même fluctuation, voir K. Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser », *Les Cahiers de droit*, 2019, 60 (4), pp. 991-1029.

l'Union Européenne, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, ou des Pactes de 1966, relatifs aux droits civils et politiques ou économiques, sociaux et culturels.

L'approche réaliste ajoute à la place hiérarchique du droit sa protection effective, et n'exclut donc pas que des droits reconnus par la loi soient considérés comme fondamentaux si leur protection est supérieure, ou si la valeur défendue par un droit est de nature supérieure, comme la vie, la dignité...

La vision ici retenue des droits fondamentaux est tirée de la doctrine normativiste pour des raisons pratiques. La doctrine jusnaturaliste ne semble pas dépasser le stade doctrinal tandis que la thèse réaliste est focalisée sur le régime des droits et n'exclut pas une variation de la valeur d'un droit suivant son interprétation²⁰². La thèse normativiste est prompte à dissiper les zones d'ombre, puisqu'elle est fondée sur des textes précis mais multiples, c'est-à-dire que la catégorisation des droits fondamentaux est relativement simple mais cossue. En outre, les droits intégrés aux textes conventionnels ou constitutionnels nous semblent être établis en relation avec la nature de l'Homme, et peuvent évoluer au gré de l'évolution de la pensée humaine ou de la société dans laquelle il vit. La doctrine normativiste offre l'avantage de la lisibilité, tout en convenant que les droits fondamentaux appartiennent naturellement à l'Homme.

Seront donc considérés comme fondamentaux ci-après, les droits reconnus par les instruments déjà évoqués : droits constitutionnellement et conventionnellement garantis.

Pour les droits qui ne relèvent pas de ce corpus, la renonciation à la substance du droit, par là-même abandonné, est envisageable. C'est une renonciation totale ou complète, par laquelle le titulaire émet le choix de se délester d'une prérogative. Or, à ce sujet, il est évident que la validité de la renonciation totale emporte la validité en théorie de la renonciation partielle. On voit mal, en effet, comment pourrait être dénié à une personne qui a la faculté d'abandonner son droit, la possibilité de se refuser à l'exercer dans toute sa plénitude. Comme on l'entend dire souvent, qui peut le plus peut le moins. Le problème est plutôt d'ordre pratique. Lorsqu'une règle présume qu'un individu silencieux est en réalité renonçant, et

²⁰² Michel Troper a ainsi dégagé la fameuse « *théorie réaliste de l'interprétation* », et donne une importance particulière à la jurisprudence, puisque c'est le juge, par son interprétation, qui fixe la valeur finale et concrète d'un droit.

prévoit qu'il perd son droit, il est plus difficile d'envisager une quelconque renonciation à l'exercice du droit. Sa mainmise sur la règle est nulle. Si cette règle prévoit la perte du droit, et pas autre chose, alors la renonciation ne peut être que totale. Dans un autre cas de figure, lorsqu'un partenaire contractuel, qui aurait accepté la reconduction tacite de l'acte, souhaite désormais y mettre fin, il n'est tout simplement pas question de renonciation. La renonciation emporte donc la perte du droit et la renonciation à l'exercice n'a pas de perspective concrète ici. L'hypothèse d'une renonciation à l'exercice d'un droit vise donc les droits fondamentaux à titre principal, et elle ne concerne les droits auxquels cette valeur n'est pas reconnue que de manière résiduelle.

Découle de ces propos l'utilité d'en recourir aux droits fondamentaux qui seuls sont analysables du point de vue de la renonciation à l'exercice, car seule une renonciation partielle à ces droits est possible. Consubstantiels à la nature humaine, l'Homme peut les laisser s'assoupir, mais ne peut pas les abandonner. On retrouve là un axiome déjà émis à propos des droits de la personnalité, dont beaucoup sont des droits fondamentaux.

Bien que la renonciation puisse frapper tous les types de prérogatives ou « *avantages* »²⁰³, elle pourra porter sur les libertés individuelles et fondamentales « *du moment que cette renonciation n'est que partielle et temporaire* »²⁰⁴.

La résonance est particulière dans le cadre du non-exercice. En effet, là-où une renonciation traditionnelle entraîne l'abdication d'un droit²⁰⁵, il n'y a que non-exercice si la prétendue renonciation n'est que temporaire et partielle.

Son caractère partiel renvoie à l'étendue limitée de la renonciation à un droit qui, si elle peut porter sur son exercice, doit en préserver la substance. Par exemple, une personne qui accepterait, lors de la signature d'un contrat, de restreindre son droit de manifester sa conviction religieuse, ne pourrait accepter d'annihiler l'entièreté de ce droit. C'est le cas. Elle conserve d'une part la plénitude de sa liberté religieuse en dehors du contexte contractuel, elle conserve d'autre part une partie de sa liberté religieuse dans le cadre contractuel. S'appuie sur ce principe le juge qui, saisi par des croyants souhaitant revêtir un habit

²⁰³ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, Puf, 1977, n° 136 et s.

²⁰⁴ A. A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, thèse précitée, p. 96.

²⁰⁵ La seule forme de renonciation que Grammatikas envisage d'ailleurs dans sa thèse précitée.

démonstratif de leur religion, va tempérer ses solutions et admettre que, si la persistance de justifications objectives légitime la restriction au droit de porter ledit vêtement, la faculté pour la personne de le revêtir est réhabilitée quand les circonstances changent. Ainsi, lorsqu'un contrat de travail est conclu, bien qu'il puisse être imposé au salarié de revêtir une tenue précise en raison de motifs légitimes, hygiène²⁰⁶, sécurité²⁰⁷, neutralité²⁰⁸, la renonciation est partielle en ce que cette restriction à la liberté de porter un vêtement religieux ne vaut que sur le lieu du travail et uniquement lorsque la personne opère dans le lieu où cet objectif légitime se rencontre.

²⁰⁶ Ce peut être l'obligation de porter tel vêtement, ou l'interdiction de porter tel autre. Sur l'obligation de porter une blouse dans le secteur agroalimentaire Sociale, 28 mai 2003, n° 02-40.273, dit arrêt « du bermuda » dans lequel la Cour n'a cependant pas qualifié la liberté vestimentaire de liberté fondamentale, *RTD Civ.*, 2003, p. 630, note J. Hauser ; *Dalloz*, 2003, p. 2718, note F. Guiomard ; *JCP*, 2003.II.10128, note Corrignan-Carsin, B. Bossu, *RJPF*, 2003-9/12. La liberté vestimentaire peut sporadiquement revêtir un caractère fondamental lorsque le vêtement est le support d'une autre liberté qui a, elle, cette valeur, telle que le vêtement ou le signe religieux. Sur l'interdiction de porter une croix chrétienne dans le milieu médical : Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, la requête introduite par une certaine Mme Chaplin, infirmière désireuse de porter un croix donna lieu à un constat de non-violation des articles 9 et 14 de la Convention, respectivement la liberté de manifester ses croyances religieuses et le droit à ne pas subir de discrimination : « *la raison pour laquelle elle (Mme Chaplin) a été priée d'ôter sa croix, à savoir la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est par nature plus importante que celle invoquée dans le cas de Mme Eweida. De plus, il s'agit d'un domaine dans lequel une marge d'appréciation étendue doit être accordée aux autorités internes. Les responsables hospitaliers sont mieux placés pour prendre des décisions concernant la sécurité dans leur établissement que le juge (...)* », § 99 de l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni*. Voir sur cet arrêt : *RDT*, 2013, p. 337, obs. F. Laronze ; *RJPF*, 2013, n° 3, p. 14, note E. Putman.

²⁰⁷ Pour rester sur des exemples tirés du droit du travail, voir un arrêt du 21 juin 2016, n°14/04558, la Cour d'appel de Nîmes a tenu pour justifié le licenciement d'un salarié porteur d'une barbe travaillant dans le démantèlement et la logistique nucléaire, pour des raisons de sécurité (le dépassement de la barbe risquait de causer un défaut d'étanchéité du masque de protection). Bien d'autres exemples existent évidemment.

²⁰⁸ Après un contentieux nourri, symbolisé par les jurisprudences « *Babyloup* » (Cass, Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *AJDA*, 2014, p. 1293 ; *ibid*, p. 1842, note S. Mouton et T. Lamarche ; *Dalloz*, 2014, p. 1386, et les obs. ; *ibid*, p. 1536, entretien C. Radé ; *AJCT*, 2014, p. 511, obs. F. de la Morena ; *ibid*, p. 337, tribune F. de la Morena ; *Dr. soc.*, 2014, p. 811, étude J. Mouly ; *RTD civ.*, 2014, p. 620, obs. J. Hauser) et « *Achbita* » et « *Bougnaoui* » (CJUE, GC, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV* et aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme [ADDH] c. Micropole SA*, *AJDA*, 2017, p. 551 ; et 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; *Dalloz*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez), le droit français permet désormais à un employeur personne privée d'inclure une clause de neutralité dans le règlement intérieur d'une entreprise au visa de l'article L.1321-2-1 du Code du travail, « *le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». Parmi les motifs légitimes à une telle inclusion se trouve notamment la sensibilité de la clientèle, que l'on trouvait déjà dans l'affaire *Achbita* précité entre autres.

Hormis lorsque les actes commis dans la vie privée sont susceptibles de rejaillir sur sa vie professionnelle²⁰⁹, la personne conserve son droit de s'habiller comme elle veut en dehors de son lieu de travail, et conserve même le droit de le faire lorsque, présente sur son lieu de travail, l'objectif légitime a disparu²¹⁰.

Le caractère temporaire renvoie quant à lui à sa durée, la renonciation à exercer un droit fondamental ne pouvant être éternelle. Il implique qu'un consentement à renoncer à l'exercice d'un droit fondamental est toujours révocable, ce qui est normal si le droit n'est pas perdu au préalable. L'explication la plus simple de ce caractère temporaire est à puiser dans les principes cardinaux du droit des contrats, dont l'interdiction des engagements perpétuels²¹¹, qui exclut toute renonciation définitive à exercer un droit fondamental.

La combinaison de ces deux éléments, le caractère partiel et le caractère temporel, sont à la source de ce qui n'est plus vraiment une renonciation au sens commun du terme, qui emporterait abdication du droit, mais génère à la place un non-exercice forcé et voulu du droit fondamental sur lequel porte la renonciation. Le point de départ est la manifestation de volonté abdicative, dont les effets singuliers se bornent à empêcher la mise en œuvre future du droit.

²⁰⁹ Prenons un tout autre contexte et imaginons un haut membre d'une congrégation religieuse qui, en dépit des règles dictées par sa foi, aurait entretenu une relation adultérine, ou se serait remarié : Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst et Schüth c. Allemagne*, req. n° 1620/03, et Cour EDH, 3 févr. 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, req. n° 18136/02, J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire », *Dalloz*, 2011, p. 1637 ; *Dalloz*, 2012, p. 901, obs. J. Porta ; *RDT*, 2011, p. 45, obs. J. Couard.

²¹⁰ C'est le cas lorsqu'une politique de neutralité est imposée aux salariés qui rencontrent la clientèle et que le travailleur récalcitrant opère sans être à son contact. Toute mesure disciplinaire est exclue car ce travailleur aucune politique clientèle ne s'impose à ce travailleur. Voir l'affaire *Achbita*, précitée *supra*, note 113.

²¹¹ L'article 1210 du Code civil dispose que « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

▪ Paragraphe 2 : les qualités requises du consentement renonciateur

Dans la mesure où la renonciation à l'exercice d'un droit vise les droits fondamentaux, l'importance de ces droits justifie un examen attentif du consentement à la renonciation. Il se décline sous trois aspects : il doit être certain, éclairé et libre.

La certitude du consentement à la renonciation à l'exercice d'un droit est une étape nécessaire à la validité du consentement. Ce critère renvoie au degré de certitude avec lequel on peut inférer que l'individu a effectivement consenti à la renonciation. Il suppose de s'assurer que l'individu a bien renoncé à son droit, et, dans l'hypothèse où la présence de la renonciation n'est pas litigieuse, si le contexte dans lequel le consentement a été émis y était favorable. Sera tenu compte de la connaissance réelle du contenu auquel l'individu renonce, mais aussi d'autres paramètres comme la vulnérabilité, par exemple celle du salarié au moment de l'embauche²¹². Ce contexte apparaît d'ailleurs majoritaire : un salarié accepte de renoncer à une liberté fondamentale, soit par le biais d'une clause contractuelle, soit par le biais du règlement intérieur d'une entreprise qu'il rejoint et dont il est réputé avoir pris connaissance lors de la conclusion du contrat de travail. C'est ici le biais de la signature qui, le cas échéant, emporte renonciation.

Dans cette veine, le terme de certitude peut être interprété autrement qu'au sens littéral. Il peut être étendu tel un terme gigogne qui renfermerait plusieurs exigences comme le principe d'une bonne information, un préalable nécessaire à l'éclairage du consentement. Sur ce postulat, il renvoie à la quantité et à la qualité des informations²¹³ mises à disposition de la personne dont la volonté sera sondée. Pour que cette volonté soit de qualité et qu'un consentement puisse être estimé certain, la personne doit avoir pu se positionner au regard

²¹² Voir l'arrêt Cour EDH, GC, *Sorensen Rasmussen*, op.cit., §59, à propos de la prétendue renonciation au droit de ne pas adhérer à un syndicat par la clause de *closed-shop*.

²¹³ C'est le premier élément mis en avant par J. Arroyo dans sa thèse sur *la renonciation aux droits fondamentaux*, Pédone, 2016, p. 340. S'y ajoute, comme le présente l'auteur, le délai de réflexion (p. 343), mais il ne protège la clarté du consentement que de façon incidente. Il n'a pas pour rôle de permettre une décision « *en connaissance de cause* », mais d'éviter les prises de position précipitées.

d'éléments fournis qui lui permettent d'étayer une véritable préférence, de se prononcer « *en connaissance de cause* »²¹⁴.

Le terme certain peut encore faire l'objet d'une approche plus large, en ce sens que le consentement renvoie à l'exactitude ou à la précision de ce à quoi l'individu renonce. Encore faut-il, ici, que le droit auquel la personne renonce ne soit pas susceptible d'évoluer dans le temps. Un risque existe de renonciation cachée ou en cascade : un individu renonce à exercer un droit qui entraîne renonciation à l'exercice d'autres droits par voie de conséquence, ou signe un acte par lequel il renonce à exercer un droit de manière incidente sans qu'une telle référence n'apparaisse dans l'acte signé.

Le moins que l'on puisse dire et qu'il y a matière à discuter sur ce point. En vertu de cette exigence d'un consentement certain, il est indispensable que, lorsqu'une personne renonce à un droit identifié, son contenu abdiqué ne soit pas étoffé à l'avenir, sans quoi il faudrait considérer qu'elle ne savait pas à quoi elle avait renoncé. Le droit abdiqué se trouvait sous une version antérieure lors de l'émission du consentement, une version moins aboutie qui est désormais augmentée. Et s'il est possible que le contenu du droit abdiqué soit réduit, que la personne renonce à moins qu'attendu, la fondamentalisation du droit n'incline pas dans un tel sens, elle risque de renoncer à un droit qui a entre-temps acquis une plus grande valeur. Dans ce contexte, le consentement ne peut pas être certain, car il n'est jamais certain que le consentement soit maintenu avec la version nouvelle du droit. Le non-exercice, conséquence de la renonciation, perdrait tout de suite en licéité.

Or, cette variation du contenu d'un droit n'est pas un cas d'école²¹⁵. Elle renvoie à l'hypothèse plausible dans laquelle le législateur fait évoluer le statut ou le régime d'un droit donné, ou adopte une approche différente d'un même droit. La jurisprudence peut y contribuer, subissant l'autorité interprétative d'une juridiction supranationale comme la CJUE ou la Cour

²¹⁴ L'expression courante mais pertinente apparaît en doctrine. Voir O. De Schutter, J. Ringelheim, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 464.

²¹⁵ Voir le cas de Mme Ladele, rapporté dans l'affaire *Eweida et autres*, précitée, et la note y relative des Professeurs Marchadier et Marguénaud, « De la contribution des hôtesse de l'air à l'évolution du droit européen des contrats », *RDC*, 2013, n°4, p. 1503 : « *La conclusion du contrat de Lillian Ladele ne saurait avoir la signification d'une renonciation spécifique à la liberté de manifester ses convictions religieuses parce que l'obligation de participer à la célébration d'un partenariat civil impliquant des couples de même sexe a été imposée postérieurement* ».

EDH. Il peut s'agir d'une personne qui cherche un emploi et doit consentir à une renonciation pour obtenir un poste convoité.

Admettons ici la renonciation à porter un vêtement religieux, et un candidat qui y consent malgré sa foi pour travailler. Rien n'empêche, *a priori*, que le droit objet de cette renonciation évolue par la suite. L'hypothèse est la suivante : une loi autorise demain les agents publics à revêtir un vêtement religieux parce que le principe de laïcité est assoupli ou envisagé sous un angle nouveau (laïcité-promotion de toute religion au lieu d'une laïcité de retrait). Qu'il s'agisse d'un salarié ou d'un agent public dont le statut évolue au gré des évolutions légales, les dispositions du contrat de travail ne s'appliquent plus car l'acte ne saurait interdire ce qu'une disposition à laquelle il est soumis autorise. Le non-exercice imposé par la renonciation est invalidé, conséquence de la suppression du consentement.

Certes, il est aisé de prédire que, au prisme du droit public, le principe de laïcité abordé dans son sens actuel ne devrait pas subir trop de changement. La neutralité de l'Etat et l'impartialité objective de ses agents porte à croire que le principe de laïcité de bougera pas. Mais le droit privé a connu une évolution inverse avec l'ajout au Code du travail de la possibilité²¹⁶ pour un employeur d'intégrer au règlement intérieur un principe de neutralité en entreprise en respectant certaines conditions suggérées par la norme²¹⁷. En vertu de cette innovation, le salarié qui, lors de la conclusion du contrat, n'avait pas été soumis à un tel principe, car il n'existait pas, peut voir sa liberté mise sous cloche des suites de l'inscription de la neutralité dans le règlement intérieur de l'entreprise où il travaille.

Autre hypothèse, celle dans laquelle un travailleur émet une volonté de manifester sa religion bien après la conclusion du contrat, dans lequel il avait pourtant accepté d'en restreindre l'extériorisation. Ici, le contrat est censé faire obstacle à toute violation du droit du salarié en cas de sanction par l'employeur car, au nom de la renonciation, le comportement du salarié est nécessairement fautif. Ce n'est pas ce qu'a pu conclure la Cour EDH dans son affaire *Eweida*

²¹⁶ Voir en ce sens l'art. L.1321-2-1 du Code du travail, « *le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ».

²¹⁷ La lecture de l'article ci-dessus en fait apparaître déjà deux, « *l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux* » et « *le bon fonctionnement de l'entreprise* ». S'y ajoutent les potentielles découvertes jurisprudentielles.

*et autres c. Royaume-Uni*²¹⁸, relative à une hôtesse de l'air ayant choisi de ne plus cacher sa croix chrétienne environ sept ans après son embauche. Le cas semblait réglé mais un pavé fut jeté dans cette simplicité par la Cour qui condamna l'Etat britannique pour n'avoir pas légiféré dans le sens d'un arbitrage des intérêts antagonistes, entre autres. Au rang des justifications avancées figure l'audacieuse « *excuse de fondamentalité* »²¹⁹ en vertu de laquelle « *l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat [peut] être licite si elle est la conséquence de l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale* »²²⁰. La brèche est mince, car ce type d'arguments n'atteint pas sa cible à coup sûr²²¹, mais elle est bel et bien ouverte, et derrière elle se dévoile la faculté d'un retour sur consentement légitimé par la fondamentalité d'un droit duquel le titulaire préfère troquer la jouissance au désespoir de le voir en état de non-exercice, quoique consenti.

S'il faut admettre que la certitude du consentement est indispensable pour que le non-exercice par voie de renonciation demeure valide, et partant licite, le flou autour de ce critère rend en général brûlant l'attrait d'un plaideur pour ce levier afin de contester la réalité de la renonciation. La frontière entre non-exercice licite car désiré, et illicite car désavoué par son auteur, est poreuse.

Parce que la simplicité n'est définitivement pas de mise en matière de renonciation, il faut greffer la clarté à la certitude, la première ayant pour rôle de faciliter la caractérisation de la seconde. Le consentement clair serait émis dans des conditions de lisibilité optimale, facteur de certitude du consentement. En axant l'analyse sur cette composante du consentement, la Professeure Chassagnard-Pinet a pu exprimer que : « *un contrat ne devrait emporter renonciation à un droit fondamental que si une clause non équivoque de la convention le prévoit expressément* »²²². *A priori*, on ne peut espérer mieux que l'écrit pour poser et clarifier les choses. Il favorise la compréhension du contractant sur les conséquences de son choix.

²¹⁸ Voir *supra*, p. 77.

²¹⁹ F. Marchadier, J.-P. Marguénaud, « De la contribution des hôtesse de l'air à l'évolution du droit européen des contrats », précité.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Il fut rejeté dans l'affaire des « *cabanes* », qu'un homme de confession juive voulait implanter sur la terrasse de son appartement, par exemple : Civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Dalloz*, 2006, p. 2887, note C. Atias ; *RTD civ.*, 2006, p. 722 obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, 5 juillet 2006, p. 9, note D. Fenouillet.

²²² S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, Contrat et Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, *Dalloz*, 2008, p. 243.

Utile au non-juriste, voir dans l'écrit une panacée est en revanche dangereux pour une étude sur le non-exercice. Une conséquence indésirable se ferait vite sentir. Si l'écrit est le dénominateur unique de la clarté, cela voudrait dire que la renonciation tacite n'existe pas : pas d'écrit, pas de clarté, et sans clarté point de renonciation.

Outre l'écrit, le même procédé qui servait à identifier la renonciation à travers le silence, à savoir l'interprétation de la volonté, est réemployable. L'opération est complexe. Nous avons expliqué que la renonciation est parfois le résultat du silence prolongé dont un texte infère qu'il consiste en une volonté d'abdiquer. L'enchaînement était le suivant : le non-exercice est vu comme un désir nommé renonciation par la norme. Va ici être démontrée une série d'éléments distincts : la renonciation est le principe de base, et il conduit au non-exercice.

Dans cette perspective, la renonciation est le sens initial d'une volonté qui n'est pas formalisée par écrit. La sauvegarde du droit devient une exception. En pratique, ce n'est plus la renonciation à l'exercice qui devrait être claire, mais la volonté d'exercer. *Exit* pour de bon la simplicité, il faudra désormais parler de la clarté de la non-renonciation, au grand dam du béotien hélas.

Un exemple fameux de cette mécanique savante est l'arrêt du digicode²²³. Une personne de confession juive désirait obtenir la mise en place d'un système d'ouverture manuelle à l'entrée d'une résidence car, pour des raisons religieuses, elle alléguait l'impossibilité d'utiliser le système par digicode électronique les jours de fêtes et de sabbat. Son bailleur s'y opposait avant d'être condamné en appel à la pose d'un verrou mécanique et à la remise des clés à la demanderesse. La Cour de cassation prît le contrepied et estima au contraire que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* ».

Ainsi, lorsque la question de la manifestation d'une liberté fondamentale susceptible de heurter ne fait pas l'objet du marché au départ du lien contractuel, il faut l'en exclure. Si l'on considère que le preneur est dûment informé de l'exclusion de principe de la liberté au regard

²²³ Civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *RTD Civ.*, 2003, p.290, obs. J. Mestre et obs. B. Fages ; *AJDI*, 2003, p..182, obs. O. Guérin et obs. Y. Rouquet ; *RTD Civ.*, 2003, p. 383, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynaud ; *RJPF*, 2003/4.13, note E. Garaud.

de l'état de la jurisprudence, rien n'est moins sûr, on peut déduire de l'absence d'incorporation de clause contraire que son consentement à la renonciation était certain. Si l'on s'attarde au contraire sur le profil du preneur, personne peu aguerrie aux joutes juridiques, on ne peut que s'étonner de cette solution qui fait de la certitude du consentement un concept divinatoire.

Il ne faut pas perdre de vue la difficulté pour un contractant normal de tout anticiper. D'où une critique fournie : « *c'est donc une exigence inverse à celle formulée par (la troisième Chambre civile de) la Cour de cassation (dans l'arrêt du 18 décembre 2002) qui devrait être imposée : une clause expresse devrait être requise, non pour faire pénétrer la liberté de religion du locataire dans la relation contractuelle, mais, au contraire, pour l'en exclure* »²²⁴. C'est pourtant une réalité qui ressort de multiples exemples extirpés d'autres matières.

Ainsi, en ce qui concerne le mannequin professionnel, il existe bien une présomption d'autorisation de l'utilisation des photographies captées « *dans le cadre de cette activité professionnelle [...], il n'en résulte une présomption d'autorisation pour leur reproduction que dans la revue pour le compte de laquelle le reportage photographique a été effectué* »²²⁵.

Idem enfin en droit européen des droits de l'Homme, la Cour EDH ayant décidé de faire peser sur l'individu souhaitant bénéficier de la publicité des débats le soin de prouver qu'il n'y avait pas renoncé²²⁶.

Dans cette configuration, c'est-à-dire lorsque le non-exercice est le résultat de la renonciation, on observe que l'incorporation d'une clause écrite n'est pas toujours nécessaire. Ce rejet du formalisme nuit à l'effectivité du critère de certitude du consentement en le rendant invérifiable. L'exigence d'éclairage s'en trouve décrédibilisée puisque, à défaut d'écrit,

²²⁴ S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, Contrat et Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 243. Pour une inclinaison de la Cour EDH dans cette lignée, voir mutatis mutandis, Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, req. n° 23883/06, §§ 40-50.

²²⁵ CA Paris, *Société française de revues c. M^{elle} B.*, JD n° 1982-6000012, *Dalloz*, 1984, jur. P. 30, note R. Lindon, cité par J. Arroyo, thèse précitée, p. 335.

²²⁶ J.-F. Flauss, « A propos de la renonciation au droit à la publicité des débats judiciaires », note sous Cour EDH, 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson c. Suède*, RTDH, 1991, n° 8, pp. 491 et s. ; R. Adam-Ferrera, « La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux ? La renonciation aux droits procéduraux dans la jurisprudence du conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2007, n° 4, pp. 747-748.

comment s'assurer que le renonçant avait connaissance de l'étendue de sa renonciation ? Ce laxisme dans l'examen jurisprudentiel consacre la difficulté de scinder les cas dans lesquels le non-exercice résulte d'une renonciation, et les cas dans lesquels la renonciation est extirpée du non-exercice. En effet, une fois armé d'un peu de sagacité factuelle, il n'y a désormais qu'un pas pour prétendre que, lorsqu'une personne n'utilise pas un droit, c'est qu'elle y a renoncé au préalable. Ainsi en arrive-t-on à déduire que le mannequin savait très bien quelle utilisation serait faite des photographies prises, sinon elle n'aurait jamais accepté d'être captée par image ; ou que l'accusé aurait dû demander la publicité des débats dès le départ. En l'état, ils donnent l'impression d'avoir renoncé à un droit. Vision précipitée, elle force les sujets de droit à être particulièrement dégourdis, au risque sinon de se voir confrontés à une notion dont ils auraient prétendument cherché l'application.

Il faut donc poser ici que, si, en théorie, une renonciation ne se présume pas²²⁷, la présomption de renonciation tend à devenir contradictoire avec l'existence de conditions caractéristiques d'une telle notion²²⁸. Cela aura au moins le mérite de rendre le non-exercice qui en découle plus facilement licite.

C'est une différence avec la renonciation aux droits qui ne sont pas fondamentaux. Pour ne prendre qu'un exemple, il suffit de citer l'article 1844-5 du Code civil qui permet au créancier de s'opposer à la décision de dissolution de la société prise par l'associé unique dans le but de préserver ses droits. Il n'est pas question d'un devoir de le faire, le créancier pouvant, comme un auteur l'a avancé, avoir « *trouvé que ses intérêts sont préservés malgré cette dissolution, grâce notamment à la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique, qui peut présenter les mêmes, voire de meilleures, garanties d'exécution de la créance que la société dissoute. Il peut également ne pas faire opposition parce qu'il ignore la dissolution. La publicité dans un JAL (journal d'annonces légales) peut rester confidentielle. Il peut également ignorer la situation de l'associé unique. L'ignorance du créancier ainsi qu'un délai court et préfix peuvent donc expliquer son inaction* »²²⁹.

²²⁷ Civ., 8 janvier 1962, n° 60-11.170, Bulletin civ. I, n° 8 ; N. Sibiciano, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, LGDJ, 1932, p. 149, cité par J. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Pédone, 2016, p. 334.

²²⁸ Une analyse équivalente semble être menée par J. Arroyo dans sa thèse précitée, p. 335.

²²⁹ L. Fin-Langer, « Dissolution de société par réunion de toutes les parts en une seule main : droits du créancier non opposant », *Bulletin Joly Sociétés*, septembre 2020, pp. 39-42, spéc. pp. 40-41. Note sous Comm., 25 mars

Selon ces considérations, « *la renonciation à un droit ne peut se présumer et suppose une volonté claire et non équivoque de son titulaire pour qu'elle produise ses effets. Cette renonciation ne peut se déduire de son silence ou de son inaction. A défaut d'une telle manifestation de volonté, seul un texte doit prévoir cet effet. Or, l'article 1844-5 du Code civil n'établit pas une telle renonciation ni à son droit de recouvrer sa créance et a fortiori ni à sa créance. Admettre la solution contraire serait transformer cette prérogative en obligation pour les créanciers et serait contra legem* »²³⁰. Cela conforte la conclusion à laquelle nous étions parvenue²³¹. Le silence ne semble pouvoir produire une renonciation, ou ne devrait pouvoir produire une renonciation, qu'en ce qui concerne des droits de valeur légale. Encore faudrait-il une norme pour attribuer cette valeur au silence. Mais ce dernier ne peut emporter la renonciation totale aux droits fondamentaux, seulement une renonciation à l'exercice.

Pour les droits qui ne sont ni de la personnalité, ni fondamentaux, la sauvegarde du droit est alors le principe, et la renonciation n'est pas présumée, elle est l'exception.

Outre son caractère éclairé et certain, le non-exercice en tant qu'objet d'une renonciation doit être obtenue par l'expression d'une volonté libre de son titulaire.

Le critère de liberté n'a jamais été défini, il ne se lit qu'à travers les standards juridiques qui sont susceptibles de faire du consentement une volonté viciée. La définition du consentement libre s'opère par une approche négative. C'est ce que démontrent les professeurs Marchadier et Marguénaud²³². Le Code civil envisage la liberté du consentement à travers le vice de violence ou, plus récemment, d'abus de dépendance²³³.

2020, n° 18-20.078. Sur cet arrêt, voir également, A. Dalion, « L'absence d'opposition du créancier à la dissolution sans liquidation de la société n'emporte pas renonciation ou perte de son droit », *Gazette du Palais*, septembre 2020, n° 33, pp. 61-62.

²³⁰ J. Arroyo, thèse précitée, p.335.

²³¹ Voir *supra*, sous-section 1.

²³² F. Marchadier, J.-P. Marguénaud, De la contribution des hôtes de l'air à l'évolution du droit européen des contrats, précité : « *les rédacteurs du Code civil (ceux de 1804... les articles 232 et 370-3, où figure l'exigence doctrinale d'un consentement libre et éclairé, sont venus bien après) n'ont pas cherché à définir ce qu'est un consentement libre et éclairé, mais le seuil à partir duquel il n'est plus libre ni éclairé (l'erreur, le dol et la violence, qui ne comprend pas la crainte révérencielle envers les ascendants ; v. la formulation de l'article 1109 du Code civil). Il n'en reste pas moins que, à l'égard de certains contrats, la Cour de Strasbourg se méfie de la portée abdiquative de droits du consentement. La vulnérabilité des salariés soulignée dans l'arrêt Sorensen et Rasmussen dresse un sérieux obstacle à l'analyse du consentement au contrat de travail en termes de renonciation* ».

²³³ Le premier alinéa de l'article 1130 fait un balayage large lorsqu'il établit que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou*

La renonciation emportant non-exercice d'un droit plutôt qu'abdication étant davantage orientée vers les droits fondamentaux, la lutte contre l'usage de moyens de pression est plus importante²³⁴. Mais, outre les pressions extérieures, la position de l'individu peut être dictée par une situation de détresse²³⁵. Le problème de la pression ou de la détresse est chronique dans le cadre du non-exercice des droits. En effet, lorsque la renonciation manifeste une volonté abdicative, il fut très tôt convenu que la personne renonçante abandonnait son droit sans qu'il soit nécessaire, parce que ce serait dangereux, de s'intéresser aux motifs de l'abandon du droit²³⁶. Néanmoins, une arrière-pensée émaille l'esprit de celui qui délaisse la jouissance d'un droit fondamental. Sa motivation première est sous une certaine forme économique ou sociale, ainsi peut-on renoncer à une succession pour qu'un proche en bénéficie à sa place. Le cas est intéressant mais ne suscite pas d'analyse sous le prisme du non-exercice des droits.

Si l'on garde en tête ce dernier cadre, la renonciation à l'exercice ne consiste pas à abandonner la substance du droit mais le droit d'agir. Autrement dit, il s'agit plutôt d'accepter une atteinte au droit. Le droit et ses potentiels devoirs corrélatifs pesant toujours sur leur titulaire, il n'y a pas eu de volonté de se dépouiller sans considération des effets d'une renonciation. Au contraire, le sujet a forcément fixé son non-exercice parce qu'un facteur extérieur l'a poussé à le faire. Un auteur l'a dit de façon assez crue mais juste, « *que cela plaise ou non aux avocats des droits de l'homme, les hommes et les femmes ont leurs urgences et leurs priorités et ils choisissent parfois de renoncer à l'un ou l'autre droit pour voir satisfait un besoin pressant, pour eux ou pour leur famille* »²³⁷.

Les exemples du preneur au bail de location ou du mannequin acceptant l'utilisation de son image résument certainement à eux deux la grande partie des motivations que l'on peut avoir.

aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». Il mêle en effet les causes viciant à la fois la liberté du consentement (la violence) et sa clarté (l'erreur, le dol). Sur l'abus de dépendance, voir l'article 1143 du même Code ainsi rédigé : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

²³⁴ *Ibid.*, p. 344.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Etude parallèle de droit français et du droit hellénique)*, préf. de J. Carbonnier, LGDJ, 1971, pp. 30-31.

²³⁷ P. Lowenthal, « Ambiguïtés des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, 2008, n° 7, p. 20, cité dans J. Arroyo, thèse précitée, pp. 344-345.

La recherche d'un logement²³⁸, la contrainte économique, sont sans doute les leviers principaux de la plupart des cas de non-exercice par voie de renonciation.

Le phénomène est attristant car il reflète une véritable carence de procédés moins invasifs pour la personne qui renonce à exercer un droit. Il démontre que, si la renonciation fut autrefois vue comme un moyen de se délester des charges corrélatives aux droits, elle est aujourd'hui, en tout cas dans le domaine du non-exercice, un moyen d'obtenir l'indispensable.

Faut-il s'en offusquer ? Pour souscrire un contrat de travail, ou pour accéder à un bien indispensable, accepter un peu de non-exercice est un mal nécessaire. C'est à la jurisprudence de bâtir la frontière entre le non-exercice au potentiel bénéfique, donc licite, et celui qui est nuisible, donc illicite. Il lui revient de chasser toutes les clauses qui dépassent les bornes de cette frontière et d'anéantir les situations trop litigieuses.

Elle l'a déjà fait et continuera de le faire *in concreto*. Citons à titre d'exemple un arrêt ayant ses lettres de noblesse parmi les grands arrêts de la jurisprudence civile. L'affaire en question²³⁹ mettait aux prises une femme ayant signé une clause d'habitation personnelle afin d'accéder à un logement social, et les bailleurs lui reprochant l'hébergement de proches (le père de ses enfants) en violation de ladite clause. La Cour de cassation ne put tolérer que la personne restreigne de telle façon son droit à la vie privée et familiale. S'il lui était loisible de signer une convention de cette nature, son application méritait d'être nuancée et exclue à l'égard de l'hébergement de proches au visa de l'article 8 §1 de la Convention EDH²⁴⁰. Il faut y voir, selon l'expression du professeur Garaud, l'effet élusif²⁴¹ des droits fondamentaux qui ne sont pas utilisés pour mettre à l'écart une clause mais pour en paralyser l'application littérale, à tel point qu'aujourd'hui le législateur a pris le relais pour en faire une clause abusive²⁴².

²³⁸ Cf l'exemple détaillé *infra* p. 69.

²³⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, *GAJC*, Dalloz éd. 2015, t. II, n° 273. Voir une confirmation de cet arrêt : Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, *LPA* 26 juill. 2006, n. E. Garaud ; *RDC* 2006, p. 1149, obs. J.-B. Seube ; *RTD Civ.* 2006, p. 722, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Voir en ce sens E. Garaud, « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », obs. sous Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, arrêt précité, *RJPF*, 2003, n°4, p. 9.

²⁴² En ce sens, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 modifiée par une LOI n°2014-366 du 24 mars 2014 prévoit en son article 4, point n) qu'est réputée non écrite toute clause « *qui interdit au locataire d'héberger des personnes ne vivant pas habituellement avec lui* ».

Dans un autre ordre d'idées, le cas des renonciations obtenues sous la crainte de s'exposer à un préjudice est réglé de longue date par la Cour EDH qui, dans une affaire *Deweer contre Belgique*²⁴³, a reconnu une violation de l'article 6 §1 résultant d'un règlement amiable auquel le requérant n'a consenti que sous la menace d'un préjudice grave, en l'espèce la fermeture de son établissement²⁴⁴. Par analogie, toute renonciation obtenue sous la menace d'un préjudice quelconque ne remplit pas le critère de liberté du consentement, et serait illicite.

Cette seconde section a permis d'aborder la licéité du non-exercice au regard du concept de renonciation. La notion a déjà été l'objet de développements doctrinaux nourris. Beaucoup de choses ont été dites sur la thématique et sans doute assez, en tout cas tant que la discussion avait pour prisme d'analyse commun l'exercice du droit. Au gré de l'évolution de la doctrine, en partant de Monsieur Grammatikas pour arriver à des thèses plus actuelles comme celle de Madame Arroyo, l'étude était affinée et centrée sur des conditions plus restrictives. L'on passait ainsi du polissage des premières pierres théoriques de la renonciation à un focus sur la limitation de la renonciation dans le cadre des droits fondamentaux. Placer la renonciation sous l'autel du non-exercice était donc tantôt occulté, tantôt refusé. Pourtant, nous avons souhaité démontrer que le non-exercice peut à la fois être le point de départ et le point d'arrivée de la renonciation.

Il en est un point de départ lorsque le silence gardé par l'individu occasionne une gêne importante pour autrui. Ce n'était pas le cas avec les libertés et les droits de la personnalité, tournés vers l'intime, mais c'est le cas du non-usage des autres droits, options, et actions, que le droit accorde au sujet de droit. Ce silence gênant aurait pu être réglé par l'application d'une règle temporelle, nous avons évoqué la prescription et la forclusion. Mais il semble plus judicieux de faire peser sur l'individu le poids du silence, et de trouver un truchement par lequel le silence prend un sens. La renonciation est ce biais, par lequel la règle de droit considère parfois que le silence prolongé équivaut à la renonciation à un droit de son auteur. Cette clairvoyance de la norme pourrait être discutée, toujours est-il que des exemples en ont

²⁴³ Cour EDH, 27 février 1980, *Deweer c. Belgique*, req. n° 6903/75.

²⁴⁴ Voir sur cet arrêt, une analyse rétrospective de S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, Contrat et Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 241.

accrédité l'existence. Le non-exercice entraînant renonciation demeure licite. En effet, la renonciation consécutive au non-exercice du droit sera réputée voulue, donc légitime.

Le non-exercice est en revanche le point d'arrivée dans l'hypothèse inverse, qui se matérialise lorsque la personne manifeste une volonté renonciatrice mais cloisonne les effets de l'abdication à l'exercice du droit. Les études abordant la thématique regorgent d'illustrations de renonciation à la substance du droit. Le terme abdication incline dans cette direction, il est assez lourd de sens et induit un certain dépouillement. L'exemple singulier des droits fondamentaux met à mal ce postulat puisque, par leur nature et leur importance, il est précisément impossible de s'en débarrasser. C'est heureux, car de simples prémisses d'esprit sociologique devraient conduire à douter de l'authenticité d'une volonté de s'en délester. La renonciation aux droits fondamentaux cache un difficile arbitrage entre ce que l'individu souhaite ardemment ou doit obtenir, et ce qu'il est prêt à perdre pour l'avoir. Doit donc être prise avec des pincettes la renonciation aux droits fondamentaux. Les précautions font que leur renonciation n'entraîne jamais leur perte, elle force l'auteur à les laisser endormis, non-exercés. La licéité de ce non-exercice, par résonance, ne tient qu'à un fil. De la lucidité à la précipitation, de la passivité à l'abus, il n'y a qu'un pas. Les critères du consentement à cette renonciation jouent le rôle de paramètres de la licéité de ce non-exercice. C'est en toute logique que, plus l'invalidation du consentement à la renonciation est proche, plus l'illicéité du non-exercice l'est aussi.

Conclusion du chapitre 1

Ce premier chapitre a démontré que la licéité du non-exercice peut être attribuable à sa légitimité.

Le terme légitimité, à faible teneur juridique, prend son sens à travers deux idées phares : la nature particulière du droit objet du non-exercice, l'état d'esprit irréprochable de l'individu auteur du non-exercice.

La nature particulière du droit objet du non-exercice, d'une part, atténue l'influence de l'inaction d'une personne sur les intérêts des autres justiciables. Les libertés sont autocentrées et non privatives. Le titulaire d'une liberté qui les utilise ne gêne pas autrui et n'empêche pas autrui de jouir de la sienne, en règle générale tout du moins. Le titulaire d'une liberté qui ne l'utiliserait ne peut donc gêner personne, si ce n'est lui-même. Les droits de la personnalité

présentent des caractéristiques analogues. S'ils sont privatifs, en ce que leur activation est opposable à celui qui porte atteinte à un droit de la personnalité, leur rapport à la dignité humaine fait que leur non-usage n'est pas une gêne non plus. Qu'il s'agisse de l'activation ou du non-exercice d'un droit de la personnalité, la situation n'est en définitive pas litigieuse.

L'état d'esprit de l'individu, d'autre part, rend le non-exercice solide et crédible. Même la volonté la plus discrète, silencieuse, suggère un choix. Le parti-pris normatif se résume en une phrase simple : l'individu ne dit rien mais n'en pense pas moins. Un arsenal législatif en découle, qui donne au silence prolongé le sens d'une renonciation et rend au non-exercice les effets supposés d'une volonté abdicative. Par cette fiction, la volonté de l'individu est présumée et elle ne présente aucun signe d'invalidité. Est conceptuellement plus basique la configuration inverse : la renonciation à l'exercice. Ici, la manifestation de volonté est claire. En tout cas, elle doit l'être, c'est une condition de validité *sine qua non* de la renonciation. Or, la catégorie topique des droits fondamentaux fut le support d'une limitation des effets de la renonciation. Ces droits sont incontournables et allègrement gonflés par les droits de la personnalité qui en sont la composante majeure. Le rapport qu'entretiennent ces droits avec la dignité humaine fait obstacle à une abdication pure. Dans cette perspective, la renonciation aux droits fondamentaux ne produit pas les effets d'une perte du droit, mais placent l'auteur dans un état de non-exercice forcé de ces droits.

Outre la nature des droits, et la volonté supposée ou exprimée de l'individu, c'est l'attribution du non-exercice à des circonstances sur lesquelles il ne peut avoir la maîtrise qui amènent à pardonner des cas de non-exercice conservant alors un caractère licite.

▪ Chapitre 2 : le non-exercice pardonné

Le non-exercice peut être approuvé pour des motifs objectifs qui sont autant de circonstances dans lesquelles la maîtrise fait défaut à l'individu. Ce manque de contrôle, qui empêche un exercice efficace des droits, place la personne dans un état de non-exercice qu'il est difficile d'accepter. Peut-être aurait-elle aimé l'utiliser. Et quitte à dire que, même avec cette maîtrise, elle ne l'aurait pas fait, il aurait été sûr que sa volonté de laisser le droit endormi fut réelle. Si l'inaction n'est pas souhaitable, le contexte fait qu'il n'est pas imputable à la volonté de l'individu. Il est donc licite. La responsabilité de son auteur, prémuni contre la sanction, est exclue.

Pour illustrer cette hypothèse, l'adjectif « *pardonné* » nous a semblé approprié. Le sens que nous entendons lui donner est tiré de son étymologie. C'est un mot tiré du latin *per-donare* qui est traductible par « *donner à quelqu'un sa dette, annuler toute dette* »²⁴⁵. Le pardon est un synonyme d'excuse, que nous aurions pu choisir aussi, dont le sens est dans cette même langue *ex-cusare*. On reconnaîtra là l'antonyme d'« *accuser* », c'est-à-dire être mis hors de cause. Le terme n'est pas neutre. Ne peut être mis hors de cause ou pardonné que celui dont l'attitude a de prime abord semblé fautive. Encore faut-il, en effet, que l'application d'une règle de droit soit questionnée, ou l'interprétation d'un juge requise, pour que le comportement soit pardonné. Regardé de cette façon, le non-exercice pardonné suppose qu'un comportement paré d'une apparence fautive soit finalement exempt de tout reproche.

La pierre angulaire de la séparation bipartite de l'analyse est dans cette optique le type d'excuse qui conduit au pardon.

Deux catégories tirent leur épingle du jeu.

La première est l'ignorance. En effet, une personne qui reste dans son coin et laisse passer l'occasion de mettre en œuvre un droit n'est pas toujours taxable de paresse. Le péché de paresse n'est commis que par celui qui aurait pu faire. Il induit un comparatif entre ce qui aurait dû être fait, et ce qui n'a pas été fait par cause de feignantise. Encore faut-il savoir, avoir été en mesure de faire et n'avoir pas fait, pour être paresseux. Savoir que l'on détient un droit

²⁴⁵ O. Abel, *Le pardon. Briser la dette et l'oubli*, Les éditions Autrement, 1991, préf., p. 12.

et, mieux, savoir qu'une situation en requiert la mise en œuvre. Manifestement, il serait absurde de sanctionner celui qui ne savait pas. La condition du pardon et, bien entendu, que l'ignorance ne soit pas elle-même le fruit de la paresse. La personne qui a toutes les cartes en main pour s'informer, soit que des informations aient été mises à sa disposition plus que de besoin, soit qu'elle soit fin juriste et mal placée pour se plaindre de l'illisibilité du droit (encore que...), n'est pas légitime à arguer de son ignorance. Lui rétorquer qu'elle se prévaut de sa propre turpitude, *nemo auditur (...)*, serait tentant et mérité. Mais la lourdeur des textes, le manque de collaboration d'un partenaire mieux informé, l'impossible accès à une aide précieuse, sont autant de facteurs, parmi tant d'autres, qui fondent la légitimité de l'ignorance et la licéité du non-exercice.

La deuxième est la contrainte. L'individu qui regarde se profiler l'application d'un délai de prescription, de forclusion, ou même subirait une atteinte permanente à un droit imprescriptible, ne le fait pas de gaieté de cœur. L'explication la plus plausible de son inertie est la contrainte. Inutile de préciser que cette contrainte est multiforme. Qu'elle soit inhérente au titulaire de droit, faible, dépendant, malade, ou qu'elle provienne de l'extérieur, entre influence d'autrui et contexte sanitaire, les occasions ne manquent malheureusement pas de subir le cours des événements. Le non-exercice n'est plus choisi, il est subi. Le simple fait qu'il soit subi, contraint, doit mener à un examen compréhensif et à restaurer la licéité du non-exercice par le pardon de son auteur.

Les deux prismes d'analyse du non-exercice subi seront donc l'ignorance (section 1) et la contrainte (section 2).

- Section 1 : le non-exercice consécutif à l'ignorance

L'individu qui ne jouit pas de suffisamment d'éléments pour mettre en œuvre un droit ne mérite pas qu'on lui jette la pierre. L'ignorance est un motif indéniable de pardon. N'en déplaise aux thuriféraires du savoir, la maxime *nul n'est censé ignorer la loi* ne signifie en aucun cas que *nul n'est censé ignorer ses droits*. D'abord, il serait trop facile de dire que la personne inactive n'avait qu'à mieux se renseigner : de quoi pourrait-elle s'informer si, par hypothèse, elle ne sait pas quels sont ses droits ? Ensuite, un système juridique performant

est celui dans lequel les droits sont perfectionnés, pas celui dans lequel la personne qui n'y recourt pas est d'emblée pointée du doigt.

Encore faut-il savoir sur quoi porte l'ignorance, pour qu'un individu ait bien pu laisser passer l'occasion d'utiliser un droit. Ne pas savoir que l'on a un droit (sous-section 1), d'une part, ou ne pas savoir s'il faut ou comment mettre en œuvre ce droit (sous-section 2), d'autre part, justifient l'un et l'autre la carence dans l'exercice des droits.

- Sous-section 1 : l'ignorance de l'existence d'un droit

L'ignorance de l'existence d'un droit est un argument qui souffre de suffisance. Il ne peut, de manière brute, être le fait justificatif de la léthargie d'un individu. Ce serait là le risque d'ouvrir la boîte de Pandore : telle personne ne savait pas et s'en trouve fort désolée, elle promet de mieux faire à l'avenir. L'argument est facile, il est malaisant de croire sur parole celui qui l'utilise.

Tout est question de mesure, et la pertinence de l'argument est redorée eu égard à la cause de l'ignorance. Ne pas se donner la peine de savoir est une chose. Souffrir des lacunes de la loi, de la stratégie d'un tiers averti, en est une autre. L'absence de mécanisme d'information, l'inintelligibilité d'une loi, dont la mauvaise rédaction rend les droits obscurs pour leurs titulaires, et dans une moindre mesure la chaise vide que laisse le cocontractant sur qui pèse l'obligation d'informer, là sont des raisons crédibles pour croire en la bonne foi de quiconque excipe de l'ignorance : « *le premier facteur qui tend à l'affaiblissement de l'effectivité des droits tient à leur imprécision* »²⁴⁶.

Le problème initial est donc à rechercher dans la loi, une donnée existante et vérifiable, et non le for intérieur de l'individu. Cela a au moins le mérite de rendre l'approche objective. Dans cette veine, « *la loi devra être considérée comme intelligible lorsqu'une personne ordinaire qui en prend connaissance comprend les droits et libertés que la loi concrétise à son profit ou à son encontre, mesure également les moyens d'effectivité de celles-ci* »²⁴⁷.

²⁴⁶ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 2013, p. 177

²⁴⁷ M.-A. Frison-Roche, W. Barranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, 2000, p. 364.

En amont, il faut donc que les perspectives qu'une personne lambda accède et comprenne une loi soient raisonnables. Sans confiner à la caricature, la bonne compréhension du droit est de mise dans bon nombre de cas. Le propriétaire situe à peu près les droits dont il dispose sur son bien. Il peut se renseigner, à défaut, pour savoir ce qui lui est permis de faire ou de ne pas faire. La notion de servitude ne lui est pas totalement étrangère, l'inverse serait inquiétant. Le salarié s'est un minimum penché sur la conformité de sa situation au droit. Il sait ce qu'est le salaire minimum et, dans le doute, en rechercher le montant se fait assez aisément. Lorsque le droit s'inscrit dans un cadre litigieux, la simple volonté du titulaire d'utiliser un droit ou de faire valoir une prétention doit le pousser à s'informer. De la même façon, lorsque son droit est contesté par une autre personne, il doit se douter que son inaction est contradictoire et que cela pourra lui être reproché.

En revanche, les rapports de propriété ou de salariat sont régis par des subtilités nombreuses et techniques dont la compréhension ne s'acquière pas sans mal. Aussi, un certain nombre de droits, s'apparentant plutôt à des prestations, existent en parallèle. Ces prestations n'ont pas vocation de régler des situations de droit litigieuses. Pensons aux dispositifs prévus au titre de l'assistance d'une personne. Le panel de situations envisagées est colossal, il est fort probable de ne pas toutes les connaître, même lorsque l'on est juriste. Entre l'hébergement d'urgence pour les sans-abris, l'aide financière ou alimentaire aux plus démunis, les sommes qui complètent les bas-salaires, l'assistance juridique financée par un assuré qui en a oublié l'existence (en a-t-il eu connaissance un jour ?).

Sitôt que l'une de ces personnes n'invoque pas le bénéfice de ces aides, c'est une opportunité qui est manquée. C'est un échec pour le droit, il n'est pas effectif. C'est un coût pour la société, elle n'est pas tirée vers le haut. C'est aussi, et surtout, un coût pour l'individu.

Tout de suite, c'est la licéité du phénomène qui est questionnée. Faudrait-il sanctionner encore plus celui qui n'a pas joui du bénéfice escompté ? Faudrait-il, par exemple, lui fermer pour de bon la possibilité de demander l'aide à l'avenir ? La personne en a assez souffert. S'acharner sur elle ne serait pas malin. Le problème est ailleurs, c'est le droit qui est faible. Ce non-exercice est licite, toute sanction serait inopérante. Prendre le problème à bras le corps, c'est au contraire trouver les moyens d'éclairer ces personnes pour que, à l'avenir, elles jouissent promptement des aides en question : « *conscience et connaissance du droit se*

rejoignent pour assurer la bonne réception de la règle, son insertion réussie dans le milieu qu'elle doit réguler »²⁴⁸.

Pour ne pas sortir du tracé d'une analyse juridique, quelques illustrations démontreront que le cas n'est pas d'école. Les chiffres sont non seulement éloquentes, ils sont édifiants.

En matière de prestations, c'est la matière des droits sociaux qui est au centre des débats.

La lecture d'un arrêt *Zolotas contre Grèce*²⁴⁹ rendu par la Cour EDH fut d'une certaine manière l'élément déclencheur de cette réflexion. Un requérant de nationalité grecque, parti vivre pendant vingt-deux ans à l'étranger, se plaignait de la disparition des sommes contenues sur son compte bancaire. Elles s'avéraient avoir été transférées à l'Etat hellénique en l'application de la prescription translatrice de propriété de l'article 830 du code civil grec, qui attribue à l'Etat le contenu des comptes demeurés inactifs plus de vingt ans. La perte de ce bien, dont la valeur estimée atteignait quand même trente mille euros, intérêts compris, était la conséquence du non-exercice du droit d'effectuer des virements par le détenteur du compte. La Cour EDH, se rapprochant d'une vision « *solidariste* » prônant la collaboration des cocontractants à la réussite d'un contrat²⁵⁰, a retenu le déséquilibre informationnel quant à l'existence de telles règles séparant « *les simples particuliers non rompus au droit civil, bancaire (...)* »²⁵¹, de la banque et de l'Etat mieux initiés, pour approuver M. Zolotas d'avoir pu s'attendre à ce que son dépôt soit sécurisé et conclure à un constat de violation du droit de propriété garanti par l'article 1 du protocole 1 de la Convention. La résonance avec le droit français est particulière. Avant que n'intervienne un changement consécutif à la prise en compte du risque de condamnation que faisait peser l'arrêt *Zolotas* sur la France²⁵², le système juridique hexagonal était similaire. Les montants concernés transférés à l'Etat s'élevaient,

²⁴⁸ N. Molfessis, « La perception commune du droit », in *Regards sur le droit*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2010, p. 63.

²⁴⁹ Cour EDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce* (n°2), req. n° 66610/09.

²⁵⁰ J.-P. Marguénaud, « Le solidarisme contractuel à la porte du Palais des Droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2013, pp. 336-337.

²⁵¹ Cour EDH, *Zolotas c. Grèce*, arrêt précité, § 51.

²⁵² Afin d'anticiper tout constat de violation par la Cour EDH, la France a dû intégrer par une loi n° 2014-617 sur les comptes bancaires inactifs notamment une obligation d'information placée à l'article L.312-20 du code monétaire et financier. Elle engage les professionnels à informer les titulaires de compte inactifs de l'arrivée à terme imminente de la prescription translatrice de propriété pour les inciter à effectuer un mouvement de fonds qui réactiverait leur compte. Sur cette loi, voir F. Marchadier, « L'arrêt *Zolotas* c/ Grèce au soutien du renforcement des droits des épargnants », *RDC*, 2015, n° 111, p. 13. Ces éléments seront mieux développés dans le cadre de la deuxième partie de la thèse.

selon des calculs effectués pour l'année 2011, à cinquante-quatre millions d'euros sur un total de deux cent trente-trois mille livrets A. Plus concrètement, chaque titulaire de livret A avait subi une perte moyenne de deux cent trente-deux euros²⁵³ pour n'avoir pas exercé d'activités sur le compte.

De-là, la lecture de nombreuses études fait ressortir une problématique générale. Dès 2010, des travaux ont été entamés pour mettre en lumière l'écart entre le nombre de personnes bénéficiaires potentielles du revenu de solidarité et les bénéficiaires réelles. Il est apparu « *que le taux de non-recours estimé est de 68% pour le RSA activité²⁵⁴ seul (c'est-à-dire [que] la proportion des non bénéficiaires parmi les éligibles au RSA est de 35% pour le RSA socle* »²⁵⁵. Pour rendre compte au public des sommes qui n'ont pas été versées aux personnes qui pouvaient y prétendre, des chiffres conséquents relatifs au défaut de perception des *minima* sociaux et des remboursements de soins médicaux ont été avancés, allant jusqu'à plus de trois milliards et demi d'euros pour l'année 2016²⁵⁶.

Concernant l'assistance juridique des contrats d'assurance, là où « *45 % des ménages bénéficient d'une protection juridique (...), seulement 3 % l'utilisent* »²⁵⁷.

Il serait impossible d'être exhaustif. Les cas sont nombreux, et le propre de ce qui n'est pas demandé est sa volatilité. Il est difficile de tout quantifier. Mais cela n'est pas sans soulever la question de l'origine du mal.

Les tentatives d'explication sont à ranger parmi les œuvres chimériques.

Un système d'assistance fondé sur la demande, et non sur l'octroi automatique, complexifie considérablement la tâche du bénéficiaire. Au lieu de la recevoir dans son escarcelle, il lui faudra poursuivre la prestation en prenant garde de ne pas se tromper dans les démarches,

²⁵³ Rapport annuel de l'observatoire de l'épargne réglementée, 2011, p. 23, cité par Crédot F.-J. et Samin T., « Comptes sans mouvement-Préscription au profit de l'État », *Revue de droit bancaire et financier*, mai 2013, comm. 79, p. 4.

²⁵⁴ Le mécanisme en question n'existe plus. Le revenu de solidarité-activité octroyait un complément de salaire aux travailleurs à faibles revenus, le mécanisme actuel est celui de la prime d'activité des articles L. 841-1 à L. 847-1 du Code de la sécurité sociale.

²⁵⁵ E. Serverin, « Causes et effets du non-recours au RSA-activité », *RDSS*, 2012, p. 637.

²⁵⁶ A. Madar, A. A. Durand, « Non-recours : des aides sociales qui n'atteignent pas leurs bénéficiaires », *Journal Le Monde*, article paru le 12 juin 2018, accessible en ligne.

²⁵⁷ *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 91.

déclarations, délais. En bref, il devra adopter une démarche active. Acceptable sur le principe, car il est sans doute normal d'attendre d'une personne qui va bénéficier d'une prestation qu'elle engage une certaine démarche, le système mis en place pâtit d'ambiguïtés. Les bénéficiaires sont en situation de faiblesse, mais sur eux repose la charge de se renseigner.

Si l'on veut faire de l'esprit, mettons-nous à la place de l'individu ignorant qui pressent passer à côté de quelque chose mais ne sait pas quoi. Qui est meilleur conseiller, pour le néophyte, qu'un avocat ? Sans mot dire, la deuxième explication voit le jour. Il est plus logique pour celui qui allègue être victime de la violation d'un droit de s'adresser à un avocat directement, plutôt que de contacter son assureur et invoquer la protection juridique dont il s'acquitte financièrement. Dans le même temps, l'assureur ne le suit pas à la trace et ne peut pas deviner qu'un litige juridique est en train d'éclorre. L'ignorance s'ajoute à l'ignorance.

Cela amène à se demander si la qualité du contractant joue un rôle dans l'acquisition à l'information. La question est rhétorique. Le fait de ne pas être professionnel du droit justifie l'inaction, et l'excuse.

Le droit commun du Code civil ne se prononce pas de façon générale²⁵⁸, mais le droit spécial penche majoritairement en faveur de la protection du béotien.

Les cas régis par ces dispositions relèvent cependant du rapport individuel, le droit médical régit le rapport patient-soignant, le droit bancaire régit le rapport banque-titulaire d'un compte, le droit des assurances le rapport établissement bancaire-assuré. Les situations

²⁵⁸ Il existe cependant un nombre exponentiel d'obligations d'information dont l'article 1112-1 du Code civil est l'étendard. Son alinéa 1^{er} prévoit que : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Il n'y a cependant ici qu'une obligation d'information, et aucune précision sur la qualité d'un cocontractant. La jurisprudence a cependant eu tendance, au visa de l'ancien article 1147 du même Code, à condamner des débiteurs d'une telle obligation, le banquier (Civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n° 18-25.440), le médecin (Civ., 20 mai 1936, arrêt *Mercier*) depuis condamné tantôt sur le fondement d'une responsabilité extracontractuelle (Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, notamment commenté à la *RDC*, 2010/4, pp. 1235 et s., obs. Borghetti ; et au *Dalloz*, 2010, pp. 1522 et s., note Sargos) et contractuelle (Civ. 1^{ère}, 5 mars 2015, n° 14-13.292), etc.

Les obligations d'information prévues en droit de la consommation, celle de l'article L. 111-1 du Code y relatif, sont en revanche établies en fonction de la qualité de consommateur qui est en situation d'infériorité manifeste face à un professionnel. C'est le cas de la majorité des obligations d'information prévues en droit spécial puisqu'elles ont vocation à combler autant que possible ce déséquilibre, que ce soit, désormais, le droit de la consommation, bancaire (art. L. 312-20 du Code monétaire et financier entre autres), médical (art. L. 1111-2 du Code de la santé publique par exemple), pour reprendre les exemples exposés ci-haut.

parfaitement verticales, opposant l'individu directement à l'Etat, tel que l'accès à une aide sociale, ne sont pas envisagées sous l'angle d'un déséquilibre informationnel dans les codes idoines.

En l'absence de loi, peut-on compter sur la jurisprudence pour improviser une protection de l'individu en situation d'infériorité justifiant son ignorance ? Une piste de réponse a déjà été dégagée dans l'affaire *Zolotas* précitée. Le requérant qui se prétendait victime de la complexité du mécanisme de prescription translatrice de propriété, était avocat. La Cour intégra quand même le requérant parmi « *les simples particuliers non rompus au droit civil, bancaire (...)* »²⁵⁹, pour l'opposer aux banquiers ne lui ayant pas dispensé d'information quant à l'arrivée imminente de l'échéance du délai de prescription. S'il ressort que le manque d'information est au final imputable à l'Etat, l'absence d'obligation d'information est la conséquence d'une carence de la loi, on retient également que la qualité d'avocat du requérant n'a pas eu d'influence sur la décision de la Cour. Aurait-il fallu relever le domaine juridique maîtrisé par M. Zolotas, dont on imagine que ce n'était pas le droit bancaire et financier, que l'on se serait vite douté de la dégradation de ses compétences éventuelles souffrant de vingt-deux années passées à l'étranger. Eut-il fallu qu'il soit resté inactif, mais en Grèce, pour que la Cour livre une analyse plus subtile ? Coïncidences factuelles obligent, la question restera sans réponse.

Une telle indifférence à l'égard de la qualité du requérant n'était pas affichée dans l'affaire *Coëme c. Belgique*²⁶⁰. Le ministre belge Coëme, poursuivi pour la participation aux activités illégales d'une association lorsqu'il était en poste, se plaignait que son droit à un procès équitable fut violé en raison des incertitudes induites par le contenu des dispositions de procédure pénale appliquées à son endroit. La Cour EDH parvient à un constat de violation, motivé par « *l'absence de règles de procédure préalablement établies [qui] plaçait le requérant dans une situation de net désavantage par rapport au ministère public* »²⁶¹. Sa situation de ministre, alliée précieuse dans l'accès à une assistance juridique de qualité optimale, élimine malgré tout une part d'ignorance. C'est ce que la Cour ne manqua pas de noter, « *le requérant,*

²⁵⁹ Cour EDH, *Zolotas c. Grèce*, arrêt précité, § 51.

²⁶⁰ Cour EDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96.

²⁶¹ *Ibid.*, § 103.

assisté de ses conseils et de ses avocats, ne se trouvait pas dans une situation d'ignorance absolue des règles de la prescription »²⁶².

La contraction qualité particulière-constat de violation ressemble à un paradoxe. Le temps ne dissipe pas la contradiction, puisque la Cour n'a pas tenu compte non plus de la profession de M. Zolotas quelques années après.

Un essai de systématisation est permis par le raisonnement de la Cour de Strasbourg.

Dans un rapport vertical, on peut convenir que la complexité d'un mécanisme légal, qui provoquerait le non-exercice, est imputable à l'Etat. L'individu, sans considération pour sa qualité (chose étonnante), n'est pas fautif. Le non-exercice est licite, même s'il serait préférable que les droits soient mis en œuvre. C'est à l'Etat qu'il revient de modifier lesdits mécanismes, l'attribution d'une aide sur la base de la sollicitation est à cet égard sensible, en tout cas il ne lui est pas utile de sanctionner l'individu. Dans un cadre horizontal, un individu lié à un profil mieux avisé est légitime à espérer une aide. Soit une obligation en ce sens est établie, et le défaut d'accomplissement de celle-ci n'est pas imputable au non-exerçant. Soit l'obligation n'existe pas, et on ne peut blâmer l'individu. L'Etat a un rôle à jouer du point de vue des obligations positives, et c'est bien entendu l'information qui est le levier le plus efficace.

Dans un cas comme dans l'autre, le non-exercice n'est pas fautif. Il est donc licite.

- Sous-section 2 : l'ignorance d'une situation réclamant la mise en œuvre d'un droit

La titularité d'un droit peut être connue de son auteur que le débat n'est pas aussitôt résolu. Sous un aspect qui diffère légèrement, il est envisageable que l'intéressé ne soit pas mis au fait que son rapport au droit est devenu litigieux et qu'une action de sa part est requise. Cette fois-ci, l'individu ne va pas manquer de jouir d'un avantage, il s'expose à la perte d'un acquis.

Cette perte, il l'encourt au titre de notions déjà abordées qui régissent le temps, prescription, forclusion. L'application de cette notion est normale si l'inertie d'un individu ne reçoit pas

²⁶² *Ibid.*, § 100.

d'excuses. Mais elle doit être paralysée si le non-exerçant est en mesure d'apporter une raison absolutiste de son inaction, qui lui évitera de subir les effets de la prescription ou de la forclusion. Or, à nouveau, l'ignorance s'avance comme un motif légitime de l'inaction qui doit servir de support au pardon, pardon qui s'exprimera par la mise à l'écart desdites notions.

L'affaire *Zolotas*, qui a servi de prélude à l'analyse du non-recours à certaines aides sociales, sied particulièrement à cette hypothèse. L'avocat grec passait à côté des intérêts qui rémunèrent son compte, et perdait par la même occasion les sommes qu'il avait, au préalable, déposées sur le compte. La paralysie du délai de prescription translatrice fut fondée sur le défaut d'information du titulaire, dont l'on a vu par ailleurs que la qualité d'avocat n'y changeait rien.

L'arrêt *De Geouffre de la Pradelle c. France* du 16 décembre 1992²⁶³ illustre aussi clairement cette idée. Le requérant s'était abstenu d'agir contre le classement d'un site sur lequel il avait une propriété, persuadé que la décision de classement avait une nature administrative et devait lui être notifiée. En l'état, le requérant ne concevait pas que sa situation soit devenue litigieuse, et patientait sans doute qu'elle devienne avant de s'engager dans un recours juridique quelconque. Ce n'était pas l'avis des juridictions françaises qui trouvèrent à lui reprocher son inertie. La Cour EDH releva sur ce point que les règles résultant « *de la combinaison de la législation relative à la protection des sites avec la jurisprudence concernant la catégorisation des actes administratifs* », combinée avec « *la procédure effectivement suivie à l'égard de l'intéressé* », « *[étaient] propres à créer un état d'insécurité juridique quant à la nature exacte du décret de classement de la Vallée de la Montane et au mode de calcul du délai de recours* »²⁶⁴. Dans l'esprit du requérant, il était logique de ne pas agir. Cette logique ne pouvait être contredite, car la loi était illisible, elle ne permettait pas aux individus de mener une appréciation juste de la pertinence d'une action.

Le droit privé français tient lui aussi compte des éléments connus du titulaire de droit et pardonne les appréciations tronquées. La disposition phare est l'article 2234 du Code civil qui fixe comme point de départ pour la prescription extinctive quinquennale des actions mobilières ou immobilières le « *jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître*

²⁶³ Cour EDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle*, req. n° 12964/87, *Dalloz*, 1993, pp. 561 et s., note Benoit-Rohmer.

²⁶⁴ *Ibid.*, § 33.

les faits lui permettant de l'exercer ». Ainsi rédigée, la formule montre que la nécessité de mettre en œuvre un droit commence quand le titulaire de droit prend conscience que la situation requiert son action. C'est incontestable.

La jurisprudence s'y tient, et livre des points de vue précis sur le sujet. Elle a pu préciser, par exemple, que la survenance d'un évènement prévu comme la condition rendant exigible le versement d'une créance de remboursement, ne suffisait pas à faire courir le délai de prescription biennale de l'article L. 218-2 du Code de commerce. Ce délai ne débute, sur inspiration du droit commun de l'article 2234 du Code civil, que lorsque le créancier prend connaissance de la survenance de cet évènement, et de l'identité des personnes auprès desquelles il doit réclamer sa créance²⁶⁵. L'information dont dispose le créancier doit par conséquent être consolidée avant que ne soit exigée de sa part une activité. Toute pierre dans le rouage rend son apathie pardonnable.

Pour prendre un autre exemple, la Cour de cassation a pu casser un arrêt d'appel, dans lequel n'était pas tenu compte de la date à laquelle un demandeur avait effectivement pris connaissance du refus, par une caisse de retraite, de lui accorder le bénéfice d'une telle retraite²⁶⁶.

Rien de bien compliqué ne se cache derrière ces jurisprudences : pour agir, encore faut-il savoir²⁶⁷.

En guise d'excuses, ce sont bien sûr les circonstances factuelles, précisément le fait que le titulaire de droit n'a pas pris connaissance de l'opportunité d'agir en raison d'un défaut d'information, de notification, qui font barrage à ce que l'inaction soit jugée fautive. Il faudrait que les juges se remémorent sans cesse un conseil émis en doctrine, *« s'habituer à l'idée qu'il convient toujours désormais de se demander à quelle date une suffisante connaissance des faits, soutien de l'action en procédant, permet en pratique et in concreto d'agir pour contester*

²⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 15 mars 2017, n° 15-27.574, *Dalloz*, 2018, pp. 583 et s., obs. Aubry, Poillot et Sauphanor-Brouillaud, pour qui cette solution *« peut sous-entendre que, tant que l'identité du ou des débiteurs ne lui a pas été transmise, le prêteur ne peut pas être considéré comme négligent »* ; *AJDI*, 2017, pp. 682 et s., obs. M. Moreau, J. Moreau et Poindron ; Civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n° 16-13.278, *AJDI*, 2017, pp. 600 et s., obs. F. de La Vaissière ; *RDI*, 2017, pp. 400 et s., obs. H. Heugas-Darraspen ; *AJ fam.*, 2017, pp. 423 et s., obs. J. Casey.

²⁶⁶ Civ. 2^{ème}, 7 février 2019, n° 17-28.596.

²⁶⁷ Voir à cet égard, le constat tiré par les participants à un colloque dédié à la prescription en droit du travail organisé le 20 octobre 2022. Voir D. Baugard (dir.), *« La prescription en droit du travail »*, *Semaine Sociale Lamy*, supplément, n° 2052, 26 juin 2023.

le droit en cause, (cette date servant ensuite à computer les délais plus ou moins longs de la prescription qui dépendent de la nature de la créance et de la qualité des parties (consommateur ou professionnel) lorsqu'il s'agit d'un prêt) »²⁶⁸.

Cette première section a mis en lumière une première excuse au non-exercice, l'ignorance. Accorder à l'ignorance la fonction de pardon est cohérent eu égard aux vices du consentement que l'on retrouve en droit commun des contrats. Parmi ces vices, l'erreur et le dol, mais aussi la sous-variante du dol qu'est la réticence dolosive ou son alternative qu'est le manquement à l'obligation d'information, pointent une problématique commune. Dans bien des cas, le contractant fait un choix guidé par la mésinformation ou l'absence d'information, choix dont l'authenticité est remise en cause. C'est le contrat qui, derrière, est susceptible d'annulation.

Dans une même veine, quand ce n'est plus l'action mais l'inaction qui est sous-tendue par une mésinformation ou une absence d'information, le comportement adopté par le non-exerçant reste pur, il ne souffre d'aucun reproche. Cette ignorance, qu'elle vise la titularité sur un droit, ou qu'elle porte sur la connaissance de faits qui, le cas échéant, rendraient l'action utile, n'est pas due à la désinvolture qu'entreprendrait la personne. Elle ne s'est pas d'elle-même, par désintérêt, mise en retrait. Ce n'est pas la personne qui ne reçoit pas le droit, c'est le droit qui n'a pas été émis correctement. Le non-exercice ne peut être que pardonné, et la faute, si faut il y a, doit être effacée.

Cette logique de pardon se retrouve encore à travers le non-exercice contraint.

- Section 2 : le non-exercice causé par la contrainte

La contrainte lue au sens strict ressemble à une pression, et fait tout de suite écho au vice de violence. Elle neutralise le libre arbitre de la personne et son autonomie décisionnelle. Cette contrainte n'efface toutefois pas le caractère initialement fautif du non-exercice qui est un manquement²⁶⁹. C'est d'ailleurs parce que ce non-exercice risque d'être reproché au titulaire

²⁶⁸ F. de La Vaissière, « Prêt viager hypothécaire : point de départ du délai biennal », *AJDI*, 2017, pp. 600-601, obs. sous Civ. 1ère, 11 mai 2017, précité.

²⁶⁹ La question suivante se pose avec évidence : en quoi la personne ayant subi une pression a-t-elle commis une faute ? Pour y répondre, il faut envisager la faute dans le sens que lui donnait Planiol : le manquement à une obligation. Il importe peu, selon cette définition que ce manquement soit intentionnel ou non intentionnel : il y

de droit, par le biais de la fermeture de l'action, du refus d'octroi d'une aide, par exemple, que le titulaire de droit cherchera à invoquer la contrainte pour légitimer son inertie et laver son attitude de toute critique. La vision de la contrainte peut toutefois être modernisée et lue sous un angle plus nouveau et large. Si l'on pense aux pressions que peut subir tout justiciable, les enjeux dépassent la violence, expression évidente mais pas exclusive de la contrainte. L'individu peut être contraint de ne pas agir pour diverses raisons, lesquelles ont joué un effet dissuasif sur sa stratégie. Un tel a souhaité agir, mais s'est vu contraint à l'inertie faute de moyens en tout genre. Le potentiel de réflexions est dès lors beaucoup moins limité. Se retrouver contraint à l'inertie faute de moyens pour agir, se déploient bien des hypothèses. On n'agit pas parce qu'autrui nous en empêche, parce qu'un événement nous en empêche, parce que l'on a pas assez d'argent pour se permettre des dépenses juridiques, parce que la règle est trop complexe à manier, parce qu'un recours apparaît futile.

Autant de phénomènes à étudier qui peuvent l'être sous deux angles : les causes de contrainte qui proviennent de la personne elle-même (sous-section 1), les causes de contrainte qui viennent de l'extérieur (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : l'effet inhibiteur de la contrainte endogène**

L'adjectif endogène renvoie à ce qui provient de l'intérieur, ce qui est interne au nom commun qu'il complète. La contrainte endogène signifie à cet effet que l'exercice est empêché pour une cause qui provient d'un fait, quel qu'il soit, inhérent à la personne, qui prend racine dans des circonstances qui lui sont propres. L'attention doit être détournée de l'extérieur et focalisée sur la situation de l'individu inactif. La recherche doit dégager ce qui, dans la vie de

a faute si un droit devait être mis en œuvre et ne l'a pas été. Le droit civil, en particulier le droit de la responsabilité civile, a par comparaison abandonné l'exigence de l'imputabilité d'une faute à son auteur : Civ. 2^{ème}, *Trichard*, 18 décembre 1964, loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, Civ. 1^{ère}, 9 mai 1984, arrêts *Lemaire et Derguini*, n° 80-93.031 et 80-93.481. En ce sens, l'individu qui n'utilise pas un droit en raison d'une contrainte commet bien une faute si ce droit devait être activé, puisqu'il manque à une obligation. La contrainte n'est prise en compte que la faute avérée, afin d'excuser le sujet de droit, de l'exonérer. *A contrario*, si la faute n'était pas constituée, il n'aurait jamais été nécessaire de caractériser la contrainte, pour la simple et bonne raison que l'on ne peut excuser que la personne coupable.

l'individu et en dehors de toute influence extérieure, est susceptible de l'empêcher d'utiliser un droit.

Par un prisme aussi restrictif, deux explications principales au non-exercice émergent, le manque de moyens financiers (paragraphe 1) et l'impossibilité d'agir pour des raisons médicales (paragraphe 2).

- **Paragraphe 1 : la nécessité financière**

Le manque de moyens financiers pourrait être qualifié de bien des manières. Nécessité financière, faiblesse financière, vulnérabilité financière, pauvreté, indigence... L'expression choisie, la nécessité financière, est toutefois exempte de connotation péjorative et ne cloisonne pas l'étude aux cas de personnes en grande détresse. Sont visées, plus largement, tous ceux qui n'ont pas ou ont des moyens financiers qui les empêchent d'agir ou les forcent à faire un calcul subtil de ce que coûte et rapporte une procédure juridique afin de s'engager dans cette voie ou de baisser les bras. Qu'il s'agisse donc d'un état de détresse, mais aussi de revenus moyens, la problématique du non-exercice est sur ce point similaire : ne pas avoir des finances conséquentes est un frein pratique à l'exercice de certains droits.

L'enjeu peut être abordé sous deux angles qui correspondent à des situations juridiques différentes.

Concentré dans un rapport interindividuel, le manque de ressources est propice à freiner ou encourager l'initiative. Le contrat de vente ou de travail sont caractérisés par l'existence d'une contrepartie financière, et le besoin d'argent motivera tantôt le travailleur à devenir salarié d'une entreprise, tantôt dissuadera la personne intéressée par un objet de se l'offrir. Ce faisant, le non-exercice n'occasionne pas la perte d'un droit acquis. Il consomme au contraire la naissance d'un droit ou d'un rapport de droit que l'on peut vaguement rapprocher d'une perte de chance.

Le non-exercice peut s'avérer regrettable mais il ne mérite pas que l'on s'y attarde outre mesure. Le travailleur exerce sa liberté contractuelle en concluant le contrat, si bien qu'il exerce un droit. Celui qui ne peut acquérir un bien faute d'argent devra patienter ou opter

pour un second choix. Enfin, celui qui met un bien à la vente conserve d'emblée un droit de ne pas contracter. Son refus de conclure le contrat, en plus de s'apparenter à l'exercice de la liberté contractuelle, ne suscite pas l'opprobre par principe. Certaines considérations tempèrent ce dernier principe. Il est vrai qu'avec une offre faite au public ou en matière de consommation, le pollicitant est enrôlé dans un acte juridique sans avoir pu s'y opposer. Il est également juste, comme un auteur l'a décrit, que l'abus est pourchassé, ce jusque dans les offres ou les ventes. La discrimination est particulièrement visée, dans le sens que l'offrant ne pourrait refuser de vendre à celui qui se propose d'acheter pour des motifs tirés de son apparence, de son origine...²⁷⁰.

Toujours est-il que le non-exercice n'est plus vraiment l'enjeu dans ce cadre, les efforts sont concentrés vers la lutte contre la discrimination (offres de vente), la protection d'une partie faible (droit de la consommation), la sécurité juridique dans une mesure moindre (offres claires ou à personnes déterminées)²⁷¹.

En revanche, le cas d'un individu qui n'entame pas de démarches pour défendre un droit en justice, faute d'avoir les moyens pour le faire, retranche le débat derrière le non-exercice. Outre que les situations litigieuses qu'il aurait voulu faire entendre l'exposent à la perte d'un droit acquis, le défaut d'accès à une juridiction met également en échec l'effectivité du droit d'accès à un tribunal.

Ainsi reformulé en termes de réalisation du droit ou des droits, le non-exercice renvoie à la sempiternelle question de l'effectivité que la Cour EDH a eu l'occasion d'attaquer dans un arrêt fondateur de sa jurisprudence. Dans une affaire *Airey c. Irlande*²⁷², elle avait eu à statuer sur les allégations de violation du droit d'accès à un tribunal invoqué par une femme, qui n'avait pas pu solliciter une séparation de corps judiciaire auprès de la High Court britannique, en raison de frais de procédure prohibitifs. Malgré les arguments du Gouvernement irlandais, pour qui « *le défaut allégué d'accès à la justice ne découlerait d'aucune initiative des autorités, mais uniquement de la situation personnelle de Mme Airey, dont on ne saurait tenir l'Irlande*

²⁷⁰ J. C. Serna, *Le refus de contracter*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 76, 1967.

²⁷¹ Ces standards sont autant de notions pouvant, par ailleurs, fonder la faute par inaction. Voir, sur le lien entre la déchéance pour faute d'inaction et la sécurité juridique, le développement d'A. Jault, *La notion de peine privée*, préf. de F. Chabas, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 442, 2005, p. 100.

²⁷² Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, commenté parmi *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Titre premier, II, F. Sudre (dir.) Puf, 9^{ème} édition, 2019.

pour responsable »²⁷³, la Cour EDH a considéré que « *l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État ; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif* »²⁷⁴. La Cour EDH allait même, dès 1979, jusqu'à livrer des suggestions de politique publique à l'Irlande, la mise en place d'une aide judiciaire ou la simplification des procédures lui paraissaient de bon aloi²⁷⁵.

Le texte de la Convention admet explicitement que le défaut de ressources financières ne doit pas entraver l'exercice de son droit à être assisté par un avocat pour la personne accusée²⁷⁶, mais la Cour donne à l'article 6 une consonnance plus globale. Au nom de l'effectivité du droit d'accès au juge, la Cour se réserve la possibilité d'astreindre l'Etat à permettre à un justiciable d'obtenir l'assistance d'un avocat. Elle le fait ici dans le cadre d'un procès civil, mais peut très bien le faire lorsque « *la loi prescrit la représentation par un avocat, comme la législation nationale de certains États contractants le fait pour diverses catégories de litiges, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause* »²⁷⁷.

C'est la théorie des obligations positives²⁷⁸ qui permet de pallier le caractère purement personnel de la situation vécue par un individu en manque de moyens financiers. Elle oblige l'Etat à trouver un moyen d'y remédier, afin d'assurer la jouissance de droits « *concrets et effectifs* »²⁷⁹. Or, le mécanisme n'est pas réservé à l'affaire Airey, la Cour EDH peut infliger un revers à tout Etat sur la base des obligations positives.

Elle a permis à la Cour EDH de condamner l'Allemagne dans une affaire *Van Kuck*²⁸⁰, où une personne née de sexe masculin avait sollicité auprès de sa compagnie d'assurances la prise en

²⁷³ *Ibid.*, § 25.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*, § 26.

²⁷⁶ L'article 6, §3, c), prévoit que « *tout accusé a droit notamment à [...] avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ».

²⁷⁷ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, précité, § 26.

²⁷⁸ Inspirée de la *Drittwirkung* allemande, cette théorie renvoie à la possibilité pour la Cour EDH de faire peser sur l'Etat la charge de mettre en place un mécanisme, d'intervenir dans des rapports interindividuels, d'enquêter, etc. Elle s'oppose à la théorie des obligations négatives en vertu desquelles un Etat doit à l'opposé s'abstenir d'interférer dans un rapport interindividuel ou d'accomplir des actes dont la réalisation occasionnerait une violation de la Conv. EDH.

²⁷⁹ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, précité, §§ 24-26.

²⁸⁰ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n° 35968/97, *RTD civ.*, 2004, pp. 361-364, obs. J.-P. Marguénaud.

charge du coût engendré par une opération de réassignation sexuelle. Les juridictions allemandes avaient initialement considéré que ces mesures de conversion sexuelle n'étaient pas « *médicalement nécessaires* », critère qu'il fallait justement remplir pour bénéficier de la prise en charge de l'opération.

En réponse, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que la question centrale n'était pas celle de la légitimité du changement de sexe en l'espèce, mais bien l'application stricte de ce critère concernant le requérant. La Cour ajouta qu'au visa d'une évolution récente, il n'était plus justifié de demander au requérant de prouver le caractère médicalement nécessaire de l'opération de réassignation sexuelle pour obtenir le remboursement des frais médicaux. Ce faisant, il devient impossible de subordonner le remboursement de frais médicaux à la preuve de la nécessité de l'opération.

Cette jurisprudence présente la combinaison de l'obligation négative et de l'obligation positive. Sur le versant négatif, l'Allemagne ne peut entraver le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention en édictant des mesures dissuasives. L'ingérence est constituée lorsque des critères d'accès au remboursement d'une opération deviennent trop intrusifs vis-à-vis de l'intimité de l'individu. En cascade, dès lors que l'accès au remboursement n'est pas bloqué, c'est du côté des obligations positives que bascule la charge de l'Etat, en l'occurrence celle de fournir une prise en charge totale ou partielle de l'opération médicale.

On le voit, la jurisprudence de la Cour européenne, qui fait tantôt peser sur l'Etat l'obligation d'aider un individu dont les finances ne lui permettent pas d'exercer en droit, qui condamne tantôt l'Etat dont la législation empêche, pour certains, d'obtenir le remboursement de frais, est particulièrement attachée à ce que la nécessité financière ne soit pas un frein à l'exercice d'un droit.

Au prisme des obligations positives et négatives, ce sont à la fois les rapports individuels et verticaux qui subissent l'influence de cette vision protectrice.

Le droit français n'est pas en reste sur ces questions. Si l'on s'attarde sur l'une des préconisations de la Cour EDH dans l'affaire *Airey*, une mise en perspective avec le droit français nous rappelle que le droit à l'aide juridictionnelle avait été envisagé, dès 1851, au

bénéfice des indigents avec une assistance judiciaire²⁸¹. Il a cependant fallu attendre une loi de 1991²⁸² pour que soit prévue une vraie aide juridictionnelle. Entendons par-là une aide qui, non seulement, porte cette dénomination, et consiste en l'octroi d'un montant destiné à la rémunération de l'avocat, mais se retrouve en plus assortie d'autres droits comme l'aide à la consultation et au cours de procédure qui n'ont pas un caractère juridictionnel.

Les manières de résoudre le problème ont progressé mais l'état du droit ne s'écarte pas d'un fil rouge suivi depuis un siècle et demi. Pour établir une aide juridictionnelle au sens où nous la concevons aujourd'hui, ou à travers le devoir d'assistance des avocats inspiré par l'humanité, le non-exercice pour cause de pauvreté a toujours été un point sensible et une aide a toujours semblé naturelle.

C'est d'ailleurs à travers les aides mises en place que l'on décèle plus facilement le non-exercice licite mais insupportable.

La mise en place de la Sécurité sociale ne mérite pas de plus amples développements à ce stade, mais elle est un marqueur clé de la lutte pour l'accès aux soins de santé. Elle s'ajoute à l'aide juridictionnelle, reflet d'une lutte pour la mise en œuvre des droits. L'aide à la protection juridique des majeurs est moins connue. Pour cause, le financement des mesures de cette

²⁸¹ C'est une loi du 22 janvier 1851 qui l'instaurait pour les indigents et étrangers. La dénomination de cette aide semble la rapprocher de l'aide juridictionnelle. Sa philosophie ne repose cependant pas sur l'octroi d'une aide financière, ni même sur l'idée de droit. Elle s'articule autour du devoir humanitaire d'aider les démunis imposée aux avocats. Par « *humanitaire* », il faut entendre offrir ses services gratuitement. Cette aide sera prise en charge financièrement avec une loi de 1972 qui conçoit une rémunération dans le cadre d'une « *aide judiciaire* ». C'est l'avènement d'une recette à l'ancienne de l'aide juridictionnelle qui fut concrétisée en 1991.

Voir un rapport très complet du Services des études juridiques, Sénat, « L'aide juridique », *Étude de législation comparée*, n° 137, juillet 2004, disponible en ligne, ainsi qu'un article de E. Yvernès, « L'assistance judiciaire », *Journal de la société statistique de Paris*, tome 36, 1895, pp. 220-225, dont l'archive est également accessible en ligne.

²⁸² Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

protection juridique incombe d'abord à la personne protégée²⁸³. Mais une prise en charge par l'Etat²⁸⁴ permet de combler les lacunes de ce système et de garantir une protection optimale.

On voit alors que droit européen et droit français sont au diapason, le manque d'argent ne doit pas empêcher les individus de jouir de droits essentiels.

- Paragraphe 2 : l'impossibilité d'exercer un droit

L'impossibilité d'exercer un droit par son titulaire est prise en compte pour excuser l'inaction et mettre à l'écart des règles qui, à défaut, auraient entraîné la sanction de ce titulaire. Elle est en revanche étudiée de manière disparate, avec une égale considération pour la maladie, la méconnaissance, etc...

Des connaissances juridiques élémentaires éveillent la notion de force majeure, selon laquelle une personne peut exciper d'une cause étrangère pour obtenir qu'une exonération de responsabilité, qu'une rupture du contrat de travail... Or, la force majeure a ses mécanismes que le non-exercice pour état médical risque bien d'ignorer, tant en ce qui concerne la condition d'extériorité qu'en ce qui concerne la posture du non-exerçant. La maladie ne lui est pas étrangère, et il est créancier et non débiteur, sinon il ne s'agit plus de non-exercice. De ces considérations liminaires, il faut valider les doutes à venir sur un développement qui relève, pour grande part, d'un mélange de prospective et de critique de la notion de force majeure par trop restrictive.

Pour en revenir au non-exercice et éclaircir l'hypothèse, on peut utiliser l'exemple de la prescription. Celle-ci ne peut courir lorsque le titulaire de droit n'est pas en mesure d'agir afin de protéger ses droits, en vertu de l'adage *contra non valentem agere non currit*

²⁸³ Le premier alinéa de l'article L. 471-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « *Le coût des mesures exercées par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire est à la charge totale ou partielle de la personne protégée en fonction de ses ressources* ».

²⁸⁴ L'article L. 471-5 du Code de l'action sociale et des familles poursuit : « *lorsqu'il n'est pas intégralement supporté par la personne protégée, il est pris en charge dans les conditions fixées par les articles L. 361-1, L. 472-3 et L. 472-9* ». Les articles L. 472-3 et L. 472-9 qu'il mentionne font référence à un financement de l'Etat.

*praescriptio*²⁸⁵. Elle peut être suspendue tantôt *a priori*, en cas d'impossibilité absolue d'agir en justice pour le titulaire de droits en raison de sa qualité²⁸⁶, tantôt *a posteriori* en raison d'une situation invincible dans laquelle il se trouve²⁸⁷. Cette atténuation des effets de la notion se comprend bien, le titulaire est dans une position dans laquelle il ne peut légitimement pas agir, la prescription n'a plus sa raison d'être et une interprétation stricte serait inopportune. *A contrario*, s'il recouvre les moyens d'agir, son manque d'effort peut lui être à nouveau reproché²⁸⁸, la prescription retrouve alors un intérêt et elle reprend son cours.

C'est d'ailleurs une des subtilités qui opposent la prescription à la forclusion, la maxime *contra non valentem* ne s'appliquant pas dans le domaine de la forclusion²⁸⁹. Le non-exercice d'un droit soumis à un délai préfix, contrairement à l'inutilisation d'un droit encadré par un délai

²⁸⁵ Sur cette règle, voir J. Carbonnier, « La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* », in *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1937, pp. 155 et s.

Par ailleurs, la notion de procès équitable telle que prévue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose à ce que l'action soit prescrite avant même que le titulaire d'un droit ait pu le faire valoir. En ce sens, la prescription décennale prévue en droit suisse pour les actions en réparation des victimes de l'amiante, systématiquement expirée à la date de l'introduction d'une action compte tenu de la période de latence des maladies liées à l'exposition à ce minéral, a fait l'objet de l'arrêt Cour EDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, req. n° 52067/10, 41072/11 : *Revue des contrats*, 2014, pp. 506-509, F. Marchadier ; *JCP G*, 2014, n° 13, 621, L. Milano. La Cour de cassation effectue elle-même un contrôle des délais de prescription courts au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention. En ce sens, Civ. 2^{ème}, 24 janvier 2013, n° 11-22.585 : *RDSS*, 2013, 362, obs. Dagorne-Labbé ; *JCP S*, 2013, n° 11, 47-50, note C.-F. Pradel, V. Pradel.

²⁸⁶ Ainsi, l'article 2224 du Code civil dispose que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

²⁸⁷ Il faut ici s'intéresser à l'article 2234 du Code civil selon lequel « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention, ou de la force majeure ». La force majeure, visant *a priori* les événements extérieurs au titulaire de droit, englobe ici des événements qui peuvent lui être propres comme la maladie : sur une application à la personne atteinte de troubles mentaux, voir Civ. 1^{ère}, 18 février 2003, *JCP N*, 2003, pp. 1664 et s., obs. Fossier, *RGDA*, 2003, pp. 302 et s., note Chardin, et Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-13.518, *Dalloz*, 2009, pp. 2660 et s., note Raoul-Cormeil, *Gaz. Pal.*, 2009, pp. 3047 et s., obs. Raoul-Cormeil, *AJ Fam.*, 2009, pp. 402 et s., obs. Pécaut-Rivolier, *Dr. Fam.*, 2009, n° 116, note Maria, *Defrénois*, 2009, pp. 2336 et s., obs. Savaux, *RTD Civ.*, 2009, pp. 507 et s., obs. Hauser ; sur la possibilité d'une application à la personne atteinte d'amnésie post-traumatique, Civ. 2^{ème}, 13 septembre 2018, n° 17-20.966, *Dalloz*, 2018, pp. 2153 obs. Bacache, Guégan et Porchy-Simon, *RCA*, 2018, n° 296, note Groutel.

²⁸⁸ Il est possible d'englober dans ce reproche l'ignorance illégitime. Les articles 2224 et 2227 du Code civil se réfèrent en ce sens au jour où le titulaire de droit « aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Il en serait privé dès lors qu'il n'a pas cherché à s'informer.

²⁸⁹ Ni la règle *quae temporalia...* par ailleurs. Pour une critique, voir S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, préface de L. Cadet, *Dalloz*, 2002, spéc. n° 71-74.

de prescription, n'est pas susceptible d'excuse normalement, bien que l'hypothèse du relevé de forclusion n'accrédite pas cette idée.

Ce faisant, l'argument de la maladie a vocation à intégrer le débat relatif à l'interruption ou la suspension de la prescription. Quelques indices suggèrent que cette donnée puisse avoir un poids en toute matière dans laquelle la force majeure intervient pour excuser la carence du titulaire de droit alors même que, en théorie, la maladie n'est pas extérieure à la personne.

En effet, lorsque la jurisprudence stoppe la prescription contre le titulaire d'un droit atteint de trouble mental²⁹⁰, ce n'est qu'après avoir rattaché le trouble mental à la force majeure, l'article 2234 du Code civil suspendant le décompte du délai de prescription pour celui « *qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention, ou de la force majeure* ». Pour cause, s'il n'est pas question de rattacher le trouble en question à la loi ou la convention, il ne reste comme manille que la force majeure.

Le procédé étant employé, ici, dans le cadre du droit commun, il serait incompréhensible de ne pas le voir utilisé en matière de droit spécial. Rien ne s'oppose à ce qu'en pratique, l'assuré victime d'un sinistre et placé momentanément dans l'impossibilité de le déclarer soit excusé pour la tardiveté de sa déclaration de sinistre²⁹¹. *Idem* en droit des marques, lorsque le titulaire ne l'exploite pas en raison de sa maladie, pour le droit des brevets. La notion juridique pertinente est celle de force majeure, et pourtant elle ne s'y prête guère.

Les bizarreries des solutions référencées viennent en fait de la notion de force majeure elle-même et de sa déconnexion vis-à-vis de la maladie. La réforme du droit des obligations²⁹² a eu beau transformer la définition de la notion que l'article 1218 du Code civil décrit désormais comme l'« *événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, [empêchant] l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Le

²⁹⁰ Voir Civ. 1^{ère}, 18 février 2003, et Civ. 1^{ère}, 1er juillet 2009, n° 08-13.518, précités.

²⁹¹ Pourtant, l'article L. 113-2 du Code des assurances prévoit que la déchéance pour déclaration tardive d'un sinistre « *ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure* ». Le cas fortuit n'évoque nullement l'état physique ou mental de la personne, tandis que la force majeure se fonde, il faut le rappeler, sur l'extériorité de l'évènement litigieux. Il est loisible à la Cour de cassation d'en adopter une lecture souple cependant.

²⁹² Par une ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, voir spéc. l'article 2 de cette ordonnance.

critère d'extériorité, tout comme ceux d'imprévisibilité²⁹³ et d'irrésistibilité²⁹⁴, n'en demeure pas moins repris, au moins dans l'esprit, à travers la formule « *échappant au contrôle du débiteur* »²⁹⁵.

La survivance du critère d'extériorité à la reformulation de la notion est un obstacle sérieux à ce que la maladie excuse le titulaire de droits non-exerçant. En effet, en plus de ne pas lui être extérieure, celui-ci n'est pas débiteur. La force majeure ne s'adresse pas au non-exerçant. Celui qui subit le court de la prescription n'est pas débiteur, c'est dans une majorité de cas le créancier qui s'y confronte. Le sinistré est créancier d'une prise en charge, le titulaire d'une marque ou d'un brevet dispose d'un droit d'exploitation. Qu'il incombe à l'un ou à l'autre de faire valoir le droit dans un délai requis, de déclarer le sinistre ou de conserver des droits effectifs, cela ne transforme pas le droit en obligation. Il ne faudrait plus parler de droit dans le cas contraire.

Il est donc inepte d'envisager la maladie, cause interne à la personne, comme cas de force majeure pardonnant le non-exercice. Elle est pourtant une cause objective de l'inaction, le malade ne peut pas mettre en œuvre un droit convenablement, ce qui est d'autant plus vrai qu'une maladie est intense et qu'un délai est court.

- **Sous-section 2 : l'effet inhibiteur de la contrainte exogène**

La contrainte exogène renvoie aux cas dans lesquels l'individu ne peut pas exercer un droit pour une raison qui lui est extérieure. Le terme exogène fait référence à toute cause dont l'origine est extérieure à l'individu, qu'il s'agisse de son organisme, mais aussi de son portefeuille, de son ignorance.

En même temps que le terme auquel il s'oppose, à savoir endogène, pouvait prêter à caution d'un point de vue juridique, le terme exogène n'exclut pas que la cause extérieure à l'individu ait une influence sur lui. La maladie est parfois provoquée par un virus qui ne naît pas dans

²⁹³ « Evènement [...] qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ».

²⁹⁴ « Evènement échappant au contrôle du débiteur (...) et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ».

²⁹⁵ Voir en ce sens, note 4 sous l'article 1218 du Code civil.

l'organisme de la personne concernée, l'ignorance est entretenue par l'aridité de règles peu claires qui donc ne sont pas de nature à la dissiper. La maladie est là, l'ignorance aussi, mais ils s'avèrent être des symptômes davantage que l'origine du mal. C'est donc à l'aune de notions différentes que ces cas seront abordés.

Des arguments mêlés pourront ainsi apparaître ça-et-là, mais la constante de la contrainte exogène est qu'elle est initialement due à une circonstance extérieure. Licites, ces cas le sont puisqu'ils ne sont pas imputables à la personne.

Comme il fut déjà avancé, tout ce qui est extérieur renvoie à la force majeure, qui tombe à propos (paragraphe 1), et *a fortiori* au fait d'un tiers qui doit en revêtir les caractéristiques, mais il englobe également toutes les carences une règle de droit ou d'un mécanisme qui, sans faire pression sur l'individu, amenuisent considérablement l'activité des titulaires de droit et la qualité de ses prétentions (paragraphe 2).

- Paragraphe 1 : le non-exercice justifiable par la force majeure

La notion de force majeure est étayée de longue date par le droit français et prend des airs antinomiques avec la thématique du non-exercice d'un droit. Son application est réservée au débiteur d'une obligation, et pas au créancier. Elle amène à distinguer la situation dans laquelle l'individu titulaire d'un droit doit l'exploiter dans un cadre temporel défini, et à déceler par conséquent quand son droit le place en position de débiteur ou de créancier²⁹⁶.

Le critique sera prompt à intervenir. Le non-exercice des droits ne s'applique pas au débiteur qui n'a pas de droit. Est par exemple créancier celui qui s'est acquitté du paiement d'un service et qui prétend désormais en bénéficier, tel le spectateur ayant payé sa place et voulant assister à une rencontre, le voyageur ayant payé sa nuitée et voulant désormais se rendre à l'hôtel. Ces gens-là ne sont pas débiteurs en effet.

²⁹⁶ L'hypothèse est plus simple à saisir. Est créancier celui qui s'est acquitté du paiement d'un service et qui prétend désormais en bénéficier, tel le spectateur ayant payé sa place et voulant assister à une rencontre, le voyageur ayant payé sa nuitée et voulant désormais se rendre à l'hôtel.

Le sujet de droit peut cependant être assimilé à un débiteur. Lorsqu'il dispose d'un droit dont la mise en œuvre est impérativement requise au risque de le perdre ou de subir une sanction, il devient débiteur d'une obligation. Le trouble est semé, il doit s'acquitter d'une obligation singulière, pas celle de remplir un devoir, mais d'utiliser ce qui est reconnu, encore et toujours, comme un droit. Cette conception de droit à usage obligatoire est contradictoire mais en vogue, en matière de licences d'exploitation (propriété intellectuelle, débit de boissons...).

Une personne titulaire d'un droit fait alors face à l'obligation de l'exercer. Cette obligation d'exercice puise sa justification dans la poursuite de divers intérêts légitimes, tels que le maintien de la santé publique, la mise à disposition d'une innovation, la lutte contre le dépôt d'une marque de barrage. Le titulaire de droit revêt ainsi la casquette informelle de débiteur d'une obligation d'exercer son droit à l'égard du droit objectif. Il n'est débiteur envers personne en particulier, il l'est envers la société en général et conserve une qualité de créancier.

Cette personne pourra toutefois tenter de justifier l'inutilisation du droit ou de la licence qui lui a été octroyée lorsqu'elle a dû faire face à un cas de force majeure ou au fait d'un tiers qui en revêt les caractéristiques.

Un tel argument est validé par le Code de la santé publique dont l'article L. 1333-2, adapté à un contexte de crise sanitaire, dispose qu' « *un établissement ayant cessé d'être exploité par suite [...] d'une impossibilité absolue d'exploiter résultant des mesures générales d'interdiction ou d'évacuation, peut être rouvert dans le délai d'un an à compter de la cessation de l'état de droit ou de fait ayant entraîné la suspension de l'exploitation* ». Le Code de la propriété intellectuelle prévoit une règle analogue concernant les brevets, son article L. 613-11 prenant en compte les « *excuses légitimes* » du propriétaire d'un brevet ou de ses ayant-cause s'il a abandonné son exploitation pendant trois ans. *Idem* en matière de marques, l'article L. 714-5 prévoyant que le titulaire d'une marque peut avancer de « *justes motifs* » pour expliquer le défaut d'usage sérieux de la marque pendant cinq années ininterrompues. Dans un autre ordre d'idée, le Code des assurances en dispose de même concernant les déclarations de sinistre en son article L. 113-2 qui intègre « *le cas fortuit ou de force majeure* ». Les exemples pourraient encore être prolongés.

Les termes ont beau être différents, l'impossibilité absolue, l'excuse légitime ou le juste motif, même s'ils englobent une multitude de facteurs, renvoient communément au cas de force majeure qui peut être avancé comme fait justificatif du défaut d'exercice lorsque ce dernier est pourtant requis.

Malgré le classicisme de l'argument en droit interne, sa pertinence a semblé sporadiquement démentie en droit européen, notamment dans une affaire *Kervoëlen*²⁹⁷ qui a mis en lumière des difficultés procédurales inattendues. Dans cette affaire, la gérante d'un débit de boisson n'avait pu rouvrir son fonds qu'une fois la station d'épuration située à proximité et dont s'échappaient des odeurs pestilentielles fermée. La gérante n'avait pas anticipé que, passé un délai d'inutilisation de trois ans, sa licence lui serait retirée. Elle défendait une attitude louable. Soucieuse du bien-être de ses clients, elle s'était résolue à garder son fonds fermé pour éviter de leur infliger les émanations. Cette générosité ne fut pas remarquée et la licence lui fut retirée par un procureur de la République.

Une action fut donc introduite pour contester ce retrait, fondée sur la force majeure. L'occasion était belle d'arrêter une position européenne sur une question bien précise. Mais plutôt qu'un débat sur le fondement de cette demande, la requérante fut confrontée à un obstacle procédural majeur : l'impossibilité de contester ce retrait. Ce dernier n'était que le résultat logique d'un constat d'inutilisation prolongée de la licence. Il ne devait pas être assimilé à une décision lui faisant grief, et à défaut de décision de retrait *stricto sensu*, il n'était pas question d'exercer un quelconque recours.

La gérante se tourna bien vers la Cour européenne des droits de l'homme mais sans grand succès, cette dernière ayant déclaré les articles 6 §1 et 13, respectivement relatifs au droit à un procès équitable et au droit à un recours effectif, inapplicables : « *la simple constatation par le procureur de la péremption de la licence de la requérante ne saurait passer pour avoir « décidé »* »²⁹⁸.

²⁹⁷ Cour EDH, 27 mars 2001, *Kervoëlen c. France*, req. n° 35585/97, chron. E. Garaud, « Droit des affaires et droit de l'Homme », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2002, n° 18, pp. 724 et s.

²⁹⁸ *Ibid.*, § 30.

Le professeur Garaud²⁹⁹ n'a pas manqué de souligner qu'à l'avenir, la requérante serait bien inspirée de passer outre les avertissements du procureur³⁰⁰ et d'ouvrir le fonds illégalement, quitte à être condamnée, afin de faire valoir sa prétention³⁰¹ et de bénéficier de l'applicabilité des dispositions susmentionnées de la Conv. EDH.

Cet arrêt est unique et plutôt ancien dans la jurisprudence européenne. Le Code de la santé publique abonde dans le même sens encore aujourd'hui, puisque, malgré l'allongement du délai d'inutilisation désormais porté à cinq ans, l'article L. 1333-1 dit bien que le débit inexploité est « *considéré comme supprimé* ». Considéré, constaté, peu ou prou la même chose dont résulte l'absence de décision faisant grief.

Pour le dire autrement, le droit positif, qui octroie au titulaire de la licence le bénéfice de la force majeure, de « *l'impossibilité absolue* », ne lui offre aucune voie de recours pour contester la péremption de sa licence.

La barre de bateau un peu ivre est redressée par le Code de la propriété intellectuelle. La déchéance, en matière de marques, est bien une décision. La demande d'obtention d'une licence obligatoire d'un brevet inexploité doit faire l'objet d'une demande expresse, qui ouvre la voie à la discussion en justice. Il n'en reste pas moins que, selon que l'on est gérant d'une brasserie ou inventeur d'un brevet, l'on est l'heureux destinataire, ou pas, d'une décision à contester.

Il en ressort que la force majeure peut légitimer l'inaction, c'est une certitude théorique confirmée par les textes. Mais encore faudra-t-il pour le non-exerçant affronter certaines inepties procédurales, isolées mais persistantes, qui tiennent à la nature de la licence détenue.

Si le droit français permet à un débiteur de légitimer le défaut d'accomplissement d'une obligation par le biais de la force majeure, et permet *a pari* au titulaire d'une licence de justifier son inutilisation, est-il envisageable d'appliquer la notion à un titulaire de droit demeurant en position de créancier ?

²⁹⁹ E. Garaud, obs. précitées.

³⁰⁰ Cour EDH, *Kervoëlen c. France*, précitée, § 29.

³⁰¹ La jurisprudence criminelle, comme l'a relevé le professeur Garaud, est en la matière réceptive à l'argument de la force majeure. E. Garaud, obs. précitées.

Tel n'est pas le rôle de la force majeure à première vue. Mais la crise sanitaire récente réactive la question. Elle multiplie les cas dans lesquels des créanciers ne peuvent pas profiter de prestations que leurs débiteurs sont toutefois en mesure de leur délivrer. Le créancier faisant face à l'impossibilité de profiter de la prestation déjà payée pourrait-il, de la même manière qu'un débiteur peut obtenir une exonération en cas de force majeure, obtenir l'anéantissement du contrat³⁰² ?

Cette possibilité peut, premier point, tirer sa validité du droit spécial.

Une décision ancienne rendue par le tribunal civil de la Seine le 3 février 1905 a donné un premier aperçu. Il fut considéré que le passager qui avait réservé sa place pour une traversée, puis faisait face à l'impossibilité de la rejoindre, n'avait pas à en payer le prix. Plus récemment, la Cour de cassation a connu d'une affaire aux enjeux différents, jugée le 10 octobre 1998³⁰³, dans laquelle une école reprochait à un juge d'avoir exonéré une étudiante du paiement de ses frais d'inscription, alors qu'elle faisait face à une maladie qui l'empêchait de se rendre en cours. Le pourvoi fut rejeté : « *ayant constaté qu'en raison de sa maladie Mme X... [l'étudiante] n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'école, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure* ».

Monsieur Grimaldi³⁰⁴ a délivré l'argument pour que la solution soit maintenue aujourd'hui, le code de l'éducation prévoit désormais que « *le contrat peut être résilié par l'élève, ou son représentant légal, si, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, il est empêché de suivre l'enseignement correspondant. Dans ce cas, la résiliation ne donne lieu à aucune indemnité* »³⁰⁵. Il n'est plus question de bienveillance jurisprudentielle, mais de l'application pure et simple d'une disposition légale.

Dans ce prolongement, l'admission de la force majeure à l'égard du voyageur désireux de résoudre un contrat « *si des circonstances exceptionnelles et inévitables, survenant au lieu de destination ou à proximité immédiate de celui-ci, ont des conséquences importantes sur*

³⁰² Pour un article de référence, voir C. Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *Dalloz*, 2009, pp. 1298-1302.

³⁰³ Civ. 1^{ère}, 10 février 1998, n° 96-13.316, *Dalloz*, 1998, pp. 539 et s., note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1998, pp. 674 et s., obs. J. Mestre, et 689 et s., obs. P. Jourdain.

³⁰⁴ C. Grimaldi, art. précité.

³⁰⁵ Article 444-8 du Code de l'éducation.

l'exécution du contrat ou sur le transport des passagers vers le lieu de destination »³⁰⁶ est fondée sur l'article L. 211-14 II du Code de tourisme.

Nous sommes en présence de deux dispositions du droit spécial qui font de la force majeure un motif pour obtenir la résolution du contrat.

Ces dispositions ont inspiré le même auteur³⁰⁷, pour imaginer avec pertinence la possibilité d'une règle à portée générale émancipée du caractère restrictif que suppose le droit spécial. La force majeure au bénéfice du créancier l'autoriserait à se prévaloir de l'impossibilité d'exercer son droit, en l'occurrence jouir de son dû, pour que soient envisagées des restitutions, à la condition que le débiteur ne subisse pas un préjudice trop grand dans l'opération.

Dans le cadre d'une résolution du contrat, le préjudice évoqué est en effet constitué, en plus du remboursement du prix versé par le créancier, de la perte de possibilité de conclure le contrat avec quelqu'un d'autre. Le temps pour le faire a été perdu, et les clients potentiels ont déjà détourné le regard vers un autre service eu égard à l'indisponibilité du premier débiteur.

Différentes manières de résoudre le problème sont avancées par M. Grimaldi sur la base de la théorie du risque. L'idée sous-jacente est de répartir les désagréments en fonction des conséquences de l'anéantissement du contrat à raison de la force majeure. La voici reprise parfaitement compte tenu de sa clarté :

« Dans une première situation, il s'agit d'un passager qui invoque la force majeure contre une compagnie aérienne qui avait suffisamment surbooké son vol de sorte que le vol reste complet même après ce désistement. Dans la seconde, le passager se prévaut de la force majeure alors que le vol n'était pas complet. Dans la troisième, intermédiaire, il opposera la force majeure alors que le vol, juste complet, ne l'est plus du fait de ce désistement, une place restant vacante.

Dans les deux premières hypothèses, il paraît juste d'autoriser le passager à invoquer la force majeure pour se voir restituer le prix du transport. En effet, dans la deuxième hypothèse, la compagnie aérienne ne souffre pas d'un préjudice suffisamment sérieux du fait de ce

³⁰⁶ M. Mekki, *JCP*, 2020, p. 1409, note sous Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, cité par D. Houtcieff, « Le créancier ne peut invoquer la force majeure : qui ne profite pas paye quand même ! », *AJD*, 2021, pp. 118-121.

³⁰⁷ C. Grimaldi, art. précité.

désistement, dès lors que le vol aurait été effectué avec ou sans ce passager. Mieux, dans la première, il s'avère que la compagnie aérienne s'est enrichie. En effet, grâce au désistement, un vol complet sera effectué par la compagnie qui par ailleurs n'aura pas à indemniser au-delà du prix du billet un passager en surnombre.

Reste la troisième hypothèse. Ici, la compagnie aérienne, si elle était tenue de rembourser le prix du transport, pourrait opposer au passager l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée d'honorer d'autres réservations puisqu'elle ne pratique pas le *surbooking* »³⁰⁸.

Cette combinaison est prête à l'emploi dans bien des secteurs, le transport en général, l'hôtellerie, la restauration, et pour glisser dans la prospective, dans le secteur médical ou les services en général, puisque des discussions émergent sur la facturation des rendez-vous non honorés³⁰⁹.

Pour chaque cas concret, le juge serait libre, par pouvoir d'appréciation souveraine, de quantifier le préjudice dont souffre le débiteur quand le créancier inapte à jouir de la prestation payée lui demande remboursement. Le procédé ne serait pas original.

Les créanciers de bonne foi pourraient, grâce à la force majeure, s'exonérer du paiement du prix ou d'obtenir le remboursement de sommes déjà versées, tandis que les débiteurs moins scrupuleux qui n'hésiteraient pas à recourir à des méthodes douteuses, et potentiellement nuisibles au créancier, comme le *surbooking*, seraient indirectement sanctionnés par l'obligation de restituer le prix d'une prestation.

La jurisprudence n'est plus claire à l'heure actuelle, et oscille entre un refus global de faire profiter le créancier de la force majeure et l'admission singulière de celle-ci dans une solution récente diversement appréciée.

Dans de nombreuses solutions, la Cour de cassation refuse au créancier n'ayant pas mis en œuvre son droit tout argumentaire tiré de la force majeure³¹⁰. Un terme au débat semble être

³⁰⁸ C. Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *Dalloz*, 2009, pp. 1298-1302.

³⁰⁹ Par exemple, le client d'un chirurgien-dentiste qui se serait acquitté du paiement d'une intervention à réaliser en plusieurs fois et qui ne pourrait honorer un rendez-vous alors que ce dentiste réputé avait refusé des patients au profit du premier.

³¹⁰ Pour une illustration récente, voir Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, D. Houtcieff, « Le créancier ne peut invoquer la force majeure : qui ne profite pas paye quand même ! », *AJDI*, 2021, pp. 118-121 ; C. Grimaldi,

posé par une lecture rigoureuse de l'article 1218 du Code civil³¹¹: « *la Cour de cassation opte pour une lecture littérale de l'article 1218 du code civil, lequel a pour centre de gravité le débiteur seulement et non le < créancier >* »³¹². Exit la force majeure pour le créancier, seul un débiteur peut en profiter.

Les circonstances factuelles de l'arrêt du 25 novembre 2020³¹³ méritent que l'on s'y arrête, car elles laissent penser que la discussion n'est pas terminée.

Il était question d'un couple ayant réservé un hébergement auprès d'un établissement organisant des cures thermales pour trois semaines. Un des époux fut hospitalisé quatre jours après le début de la cure, rejoint par son conjoint venu l'accompagner. Ils demandèrent ensemble le remboursement du montant versé auprès de l'établissement qui leur refusa, mais l'obtinrent néanmoins en première instance. En cassation, l'argument de la force majeure n'a pas prospéré, l'hospitalisation de l'un ne les ayant pas empêché d'exécuter l'obligation de verser le prix de la réservation, mais simplement de profiter de la cure. Au surplus, l'époux qui n'était pas hospitalisé pouvait, si l'on fait abstraction de sa noble velléité de rester auprès du malade, toujours jouir de la cure.

En d'autres termes, les curistes faisaient face à une impossibilité de profiter de leur séjour en tant que créanciers, mais pas à une impossibilité d'en supporter le coût.

Avant d'en déduire que la force majeure est systématiquement refusée au créancier, il faudrait souligner quelques points de fait intéressants. Le couple avait en l'espèce commencé à profiter des lieux, qui plus est privativement. La société s'était retiré la possibilité de louer l'hébergement à autrui, et il lui était impossible de le faire d'une semaine pour la suivante une fois les locaux libérés. Ces éléments en tête, condamner la société au remboursement n'aurait

« Pas de force majeure pour le créancier mais un enrichissement du débiteur », *Dalloz*, 2021, pp. 89 et s. ; S. Tisseyre, « Force majeure : l'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier », *Dalloz*, 2021, pp. 114-117 ; *AJ contrat*, 2020, pp. 554 et s., obs. M. Mekki ; *Rev. prat. rec.* 2021. 7, chron. O. Cousin, F. Kieffer et R. Laher ; *RTD Civ*, 2021, pp. 152 et s., obs. P. Jourdain ; *RTD Civ*, 2021, pp. 126 et s., obs. H. Barbier.

³¹¹ Son alinéa premier prévoit que « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Il y est question de débiteur, jamais de créancier.

³¹² C. Hélaine, « Refus de la force majeure pour le créancier », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2020.

³¹³ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, précité.

pas eu grand sens, cela l'aurait obligé à restituer le prix d'une prestation déjà entamée, dont un des créanciers peut encore jouir, sans possibilité de se rattraper par ailleurs sur la période initialement réservée. Faire supporter tous les risques d'un tel contrat sur le débiteur, y compris les risques inhérents à la personne du créancier, ne serait pas très attractif. Avec ces brefs éléments, on peut remettre en cause la lecture littérale de l'article 1218 du Code civil. Force est de constater que rien en l'espèce n'incitait à une autre solution. Le débiteur subirait un préjudice injuste s'il devait restituer les sommes versées. Sur la base des pistes proposées par le professeur Grimaldi, cette solution est d'ailleurs logique. Elle ne peut être assimilée à un arrêt de principe, pas plus qu'elle ne fournit une clé de lecture de ce fameux article 1218 du Code civil. C'est un arrêt d'espèce, fondé sur des faits qui distinguent cette affaire d'autres configurations, qui peut le cas échéant être reviré, et qui n'entame donc en rien la pertinence d'une application circonstanciée de la force majeure au créancier.

Pour ou contre la force majeure, la nuance est permise et le temps des arrêts contradictoires semblait arriver.

La vision rigoriste a paru l'emporter avec une série d'arrêts du 30 juin 2022³¹⁴, qui donnèrent à la Cour de cassation l'occasion de rejeter définitivement les prétentions de locataires dans le cadre de baux commerciaux, qui espéraient bénéficier d'une suspension de loyers pour cas de force majeure dans le cadre de la crise sanitaire. Trois arrêts, un « *dossier pilote* » en puissance, selon M. Mekki³¹⁵, que l'on ne résiste pas de confronter à un arrêt à peine plus récent du 6 juillet 2022³¹⁶.

Dans celui-ci, des fiancés avaient planifié un mariage au milieu de l'incertaine année 2020, et avaient payé un acompte de 1650 euros pour la réservation d'une salle. Deux mois avant la célébration, ils avaient reporté la réservation pour finalement solliciter la résolution du contrat un mois avant le jour du mariage. La société qui devait mettre la salle à disposition s'opposa à une injonction de rembourser l'acompte avec intérêts, mais de procédure en

³¹⁴ Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20.127 ; Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-20.190 ; Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, n° 21-19.889, O. Deshayes, T. Génicon, Y.-M. Laithier, *LSJ Entreprise et Affaires*, n° 46, 17 novembre 2022, p. 1376 ; M. Mekki, *LSJ Notariale et Immobilière*, n° 36, 9 septembre 2022, p. 1216 ; A. Thobie, Y. Heyraud, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 186, 1^{er} novembre 2022.

³¹⁵ M. Mekki, « Bail commercial - Baux commerciaux et crise sanitaire. Voici venu le temps de « la douloureuse » ! », *LSJ Notariale et Immobilière*, précité.

³¹⁶ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2022, n° 21-11.310, X. Delpech, *Juris tourisme*, 2022, n°256, p. 11.

pourvoi, la Cour de cassation rejeta les prétentions de la société au nom du pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond. C'est sur cette appréciation souveraine qu'il faut insister. Après avoir rappelé que le contrat contenait une clause en vertu de laquelle le montant de la location de la salle n'était plus intégralement dû à la société en cas de force majeure, la Cour d'appel avait considéré que les éléments de fait apportés caractérisaient un cas de force majeure. C'est-à-dire que les incertitudes liées à la crise sanitaire étaient de nature à perturber la préparation et la célébration du mariage, ce qui constituait un cas de force majeure.

Loin d'arriver au bout des débats, la valse des arguments semble au contraire ouverte depuis cette date.

On peut alors jouer sur les mots. Première question, est-on bien certain que les fiancés soient créanciers, et que la force majeure s'apprécie sous cet augure ? Difficile d'y voir clair. En effet, les fiancés devaient s'acquitter du prix de la mise à disposition de la salle pour en jouir, ils sont à cet égard débiteurs de l'obligation de payer. Deuxième question, parle-t-on bien de l'obligation de payer la prestation délivrée alors qu'il était question de remboursement d'un acompte pour une réservation annulée ? Troisième question, quel préjudice frappe la société loueuse si l'annulation intervient un moins avant l'évènement ? Une cascade de questions pour entrevoir un début de réponse : peut-elle encore louer cette salle ? Quelle est la destination de celle-ci, uniquement les célébrations de mariage ou tout évènement planifiable moins longtemps en avance ?

Une chose est sûre, mettre les fiancés dans la peau de débiteurs est une parade juridique facile. Elle aboutit à leur octroyer le bénéfice de la force majeure selon un raisonnement incontestable, car nul ne conteste qu'un débiteur puisse en jouir. Elle pointe un écueil dans le raisonnement retenu. Pourquoi les juges se seraient-ils focalisés sur l'existence d'une clause intégrant la force majeure au contrat, si c'est pour l'appliquer au bénéfice du débiteur qui n'a nul besoin d'une quelconque clause pour en jouir ? L'article 1218 du Code civil lui suffit.

C'est au contraire dans la crainte de ne pouvoir jouir de la salle le jour venu qu'ils avaient annulé leur réservation. Or, si annulation il devait y avoir, c'eut été pour raisons sanitaires, la société aurait été dans le même temps contrainte de ne pas honorer ses engagements. C'est donc par anticipation d'une impossibilité de célébrer le mariage avec sérénité que l'annulation

intervient, non plus par des débiteurs mais des créanciers, annulation qui aménage à la société le confort de ne pas courir de risque, notamment celui de devoir annuler la mise à disposition le jour J. L'origine du litige fournit un autre argument. Ce n'était pas la société loueuse qui attaquait les fiancés pour obtenir le paiement du prix restant à verser. La demande était introduite par les fiancés, pour obtenir le remboursement de l'acompte qu'ils avaient déjà versé. C'est un point essentiel. Sur la question isolée de l'acompte, les fiancés n'étaient débiteurs en rien.

Cet arrêt du 6 juillet 2022 sème le doute mais il est plein de promesses. Le doute persiste sur la qualité de celui qui invoque le remboursement de l'acompte et le raisonnement adopté n'aide pas. Les promesses s'élèveraient si l'on opte pour la qualité de créancier.

Ici, l'intégration systématique d'une clause intégrant la force majeure dite du créancier au contrat serait recommandée par prudence. Indépendamment de cette clause, l'admission de la force majeure du créancier serait souhaitable en lien, à la condition de mêler l'analyse du cas de force majeure avec le standard de bonne foi.

En effet, bien des solutions alternatives auraient pu être trouvées avec une analyse combinée de la force majeure et la bonne foi. Dans l'affaire du 25 novembre 2020, envisager une réduction du prix profitait un peu au créancier à travers une restitution partielle, et nuisait peu à l'établissement qui en gardait une partie mais n'avait pas eu à fournir de prestations de soins. Dans les affaires de juin 2022, la réduction partielle du loyer aurait ménagé les intérêts du preneur d'une part, qui aurait conservé une part d'argent pour développer une activité alternative pendant la fermeture (développer un site de vente en ligne par exemple), et les intérêts du bailleur. N'est-il pas préférable pour ce dernier de laisser respirer un partenaire fidèle que de l'étouffer au risque de faire perdre de la valeur au fonds ? La loyauté, un des éléments caractéristiques de la bonne foi³¹⁷, serait pleinement respectée. Dans l'affaire du 6 juillet 2022, c'est la bonne foi évidente des fiancés qui est félicitée. Fallait-il leur refuser le remboursement de l'acompte, au risque de les inciter à célébrer à tout prix un évènement

³¹⁷ La loyauté et l'honnêteté sont en effet les clés de voute de la bonne foi selon certains auteurs : « La bonne foi peut être définie comme « une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante, Y. Loussouarn, cité par D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, pp. 603-635, spéc. p. 610.

unique, en compagnie d'invités qui se seraient tous risqué à contracter un virus contre lequel le pays était à l'arrêt trois mois plus tôt ?

Il n'y a pas que la théorie au soutien de l'admission de la force majeure du créancier, il en va de la logique la plus élémentaire et de la gestion de crises.

- Paragraphe 2 : le non-exercice justifiable par la complexité

Dans la même veine que la force majeure, l'argument de la complexité est susceptible d'expliquer en quoi l'inaction est vénielle. La difficulté à exercer une voie de droit, la lourdeur procédurale ou d'un mécanisme, ne sont pas *a priori* des motifs légitimes du non-exercice. L'on serait d'ailleurs étonné de lire un jour une disposition préciser que celle-ci s'applique sauf à ceux qui ne la comprennent pas ou pourraient légitimement ne pas la comprendre.

Il est dans cette logique inconcevable d'avancer un tel argument pour que ne soit pas pris en compte un délai de prescription ou de l'invoquer devant une juridiction pour obtenir le pardon. L'hypothèse ne se présentera pas.

Cependant, la complexité, que la règle soit austère ou lourde, interroge sur l'attractivité du droit pour ses sujets.

Différents facteurs, relevant davantage du pêle-mêle que d'un ordonnancement cohérent, doivent être mentionnés pour comprendre pourquoi un individu peut parfois ne pas prendre la peine d'une action en justice.

Ces arguments relèvent pour la plupart de la sociologie juridique, mais il a parfois été donné un sens en jurisprudence à l'inefficacité d'un mécanisme pour excuser celui qui n'y a pas recours, voire pour le dispenser de le faire.

Au rayon des arguments sociologiques, il faut étayer le rapport de l'individu au droit sous tous ces aspects.

Parmi ceux-ci, certaines données ne sont pas pertinentes pour expliquer le non-exercice.

Il est intéressant d'abord de remarquer que le recours aux tribunaux ne dépend historiquement pas du nombre d'habitants. Il fut démontré que la Belgique, l'Autriche, ou encore la Finlande, avaient une très forte litigiosité malgré un nombre d'habitants beaucoup moins élevé qu'au Japon, pays où il n'y a pas d'encombrement des tribunaux³¹⁸. On aurait pu penser que le regroupement de la population et la multiplication des rapports qui en découlent justifient un recours accru à la justice. Une faible densité n'implique pourtant pas une faible litigiosité, pas plus qu'une forte densité n'explique une forte litigiosité.

On pourrait se pencher sur la culture respective de ces pays, bien que le comparatif n'ait pas été fait, et chercher si la culture nipponne décourage l'action en justice. D'autres exemples dispensent d'effectuer cette recherche, le même auteur ayant observé que les Pays-Bas et l'Allemagne, séparés par un simple fleuve et culturellement proches, ont un taux de recours en justice bien différent. La culture juridique n'a donc pas d'influence sur l'exercice.

Une donnée est plus à même d'expliquer ces différences. Plus matérielle et objective, c'est « *l'infrastructure des institutions qui semble déterminante* »³¹⁹, surtout la carte territoriale des juridictions. Sous cet angle, « *« l'éloignement social » constitue une variable non négligeable dans l'incitation à « situer » juridiquement un conflit : plus il est important, et plus le problème a de chances de prendre une tournure juridique* ». Ceci explique à l'inverse que les conflits entre locataires soient gérés « *en interne* ». Les syndicats de copropriété, dont l'existence est permise par cette proximité, ont justement ce rôle-là³²⁰. Et, à l'intérieur même de ce contexte, « *l'anonymat des propriétaires favorise le recours à des solutions juridiques, les locataires ayant davantage tendance à se plaindre de façon formelle plutôt que de rechercher un contact personnel* »³²¹.

L'éloignement juridique donne lieu au constat inverse. Il est évident qu'un individu aura d'autant moins d'hésitations à saisir le juge si une juridiction est implantée à proximité, contrairement à celui qui en est éloigné et pour qui l'action représente un fardeau géographique, difficulté qui a d'ailleurs motivé la fameuse théorie « *des gares principales* »

³¹⁸ E. Blankenburg, *Cultures juridiques comparées, Droit et société*, n° 16, 1990, *Droit et médias*, pp. 321-333.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Voir à cet égard l'article 15 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis modifié par l'article 12 de l'ordonnance n°2019-1101 du 30 octobre 2019.

³²¹ E. Blankenburg, « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours au droit », *Droit et société*, n° 28, 1994, *Le sang : les veines du social*, pp. 691-703, spéc. p. 693.

consacrée en jurisprudence³²². Ce qui est vrai en France ne l'est pas partout. L'exemple des pays scandinaves démontre qu'une faible densité, qui entraîne un éloignement juridique, ne freine pas toujours l'action.

L'initiative est une autre variable non négligeable. « *Tout dépend (...) de la personne sur qui pèse la charge de l'action. Dans un contrat de vente, l'acheteur paye puis obtient. C'est au consommateur de retourner voir le vendeur en cas de problème, et à défaut de solution amiable, d'engager les poursuites. Or, à l'inverse, dans un contrat de prestation de services, c'est d'abord le service qui est effectué, il y a ensuite paiement. En cas de problème, ce sont souvent les prestataires de services qui n'obtiennent pas paiement. Sauf qu'ils peuvent plus facilement saisir un juge* »³²³. Dans ce prolongement, la charge de la preuve compte indéniablement. Il est fort probable que nombreux sont ceux qui, ne sachant pas comment prouver l'exactitude de leurs allégations, ne désirent pas courir le risque d'entamer des démarches. Faire peser la charge de la preuve sur le défendeur facilite l'action, il n'est donc pas rare de constater que le renversement de la charge de la preuve se rencontre là où un enjeu dépasse les intérêts particuliers³²⁴, quitte à renier le principe élémentaire *actor incumbit probatio*.

La verticalité d'un rapport peut encore expliquer le découragement à agir. Citons l'exemple des rapports avec l'administration qui, par sa nature essentiellement juridique, n'est pas prompte à rentrer dans le jeu des contacts informels³²⁵.

Tout rapport horizontal n'est pas, pour autant, enclin à une solution à l'amiable. Le droit du travail est propice à ce que les parties discutent en rendant systématiques les entretiens pré-décisaires³²⁶ tandis que la grève, à la fois rupture de la négociation et moyen de revendication,

³²² Sur laquelle, voir Cass. req., 15 avril 1893 ; plus récemment Civ. 2^{ème}, 6 avril 2006 : *JCP E*, 2006, 1414, note J.-P. Legros.

³²³ E. Blankenburg, « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours au droit », précité, p. 694.

³²⁴ Par exemple, l'apport, par le salarié qui se prétend victime de discrimination « *d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* », renverse la charge de la preuve puisqu'il appartient alors « *à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Voir les alinéas 1 et 2 de l'article L. 1134-1 du Code du travail.

³²⁵ E. Blankenburg, « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours au droit », précité, p. 694.

³²⁶ Voir à cet égard, concernant le pouvoir disciplinaire de l'employeur, la procédure prévue aux articles L. 1332-1 à L. 1332-5 du Code du travail.

est une particularité de la matière³²⁷. Elle est formalisée certes, mais elle permet à l'entreprise de trouver une solution sans recours aux tribunaux, on lave le linge sale en famille.

Le contexte semble opposé à celui vécu par la victime d'un accident de la route, dont on peut penser qu'elle est autant intéressée par une indemnisation qu'animée par le désir de remporter un procès ou d'obtenir gain de cause devant expert.

Le niveau social peut s'avérer être une autre donnée crédible pour supposer l'origine du non-exercice. Les individus au niveau de vie élevé peuvent en passer par l'étape judiciaire et transmettre l'habitude aux membres d'une même famille par l'observation ou par l'éducation. Les individus au niveau de vie moyen ou moins élevé auront au contraire la volonté de s'en sortir seuls ou feront face à un sentiment d'impuissance qui se transmet selon les mêmes procédés. Ce déterminisme social juridique ne serait que le reflet d'un déterminisme social professionnel ou médical.

De toutes ces pistes, la plus évidente reste quand même la menace onéreuse³²⁸ que représente le procès. Son coût, même supposé, conjugué à des perspectives de succès d'autant plus obscures en l'absence de sollicitations d'un avocat, sont une incitation à négocier en privé et faire des compromis, « *à l'ombre de la menace du droit* ».

Toutes ces hypothèses mises bout à bout sont autant de causes qui découragent allégrement le sujet de droit de s'engager dans un rapport juridique. En faire une liste est possible, en extirper des chiffres et une approche plus scientifique est difficile. Il faudrait démarcher chaque justiciable pour connaître les raisons de son inaction, sachant que celle-ci empêche une identification parfaite des situations litigieuses.

S'il est impossible de conférer à chaque cause un taux de participation à l'inaction, on peut toutefois s'interroger sur le degré de la faute que commettrait un non-exerçant dans l'une de ces circonstances. L'individu est-il excusé de n'avoir pas utilisé un droit trop complexe, et la complexité a-t-elle une valeur juridique ?

³²⁷ Sur la grève, voir les articles L.2511-1 à L.2512-5 du Code du travail.

³²⁸ La capitale affaire *Airey* mentionnée *supra* met en avant ces difficultés et leurs conséquences. Même pris en charge, le procès représenterait quand même un investissement d'une autre nature, de temps et d'énergie, que tous ne sont pas prêts à engager.

Indéniablement, oui. Il est arrivé que divers facteurs de difficulté soient pris en compte, notamment par la jurisprudence. L'affaire *Sejdovic* de la Cour EDH³²⁹ combine des éléments intéressants sur ce terrain. Il s'agissait d'un individu condamné par contumace par des juridictions italiennes pour assassinat, qui souhaitait ensuite obtenir un relevé de forclusion pour recouvrer la faculté d'invoquer la réouverture de son dossier, arguant notamment de l'impossibilité pour lui de prendre connaissance de son jugement alors qu'il se trouvait en Allemagne. Devant le prétoire de la Cour EDH, le gouvernement transalpin saisissait l'argument au vol et lui reprochait de ne pas avoir épuisé les voies de recours interne quand ce lui fut possible, et qu'il n'appartenait donc pas à la Cour EDH de statuer sur un litige qui ne la concernait pas.

Pour faire pencher la balance en faveur du requérant, la Cour EDH commença par quelques considérations de principe. « *La règle de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif* »³³⁰, l'obligation qui en découle « *se limite à celle de faire un usage normal des recours vraisemblablement effectifs, suffisants et accessibles* »³³¹. Ceci avant de souligner point par point tout ce qui avait pu empêcher le requérant d'exercer utilement les voies de recours visées dans les temps. Si « *le simple fait de nourrir des doutes quant aux perspectives de succès d'un recours donné (...) ne constitue pas une raison valable pour justifier la non-utilisation de recours internes* »³³², « *l'incertitude quant à la répartition de la charge de la preuve* »³³³, ou encore « *les difficultés qu'une personne détenue dans un pays étranger aurait vraisemblablement rencontrées pour prendre rapidement contact avec un avocat versé en droit italien afin de s'informer des démarches juridiques à accomplir* »³³⁴, ont paru suffisantes à la Cour pour discréditer la thèse de « *l'ignorance coupable* »³³⁵ avancée par le gouvernement. L'ignorance démontrait une négligence mais elle n'était pas volontaire. Surtout, elle était entretenue par un manque de

³²⁹ Cour EDH, GC, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00.

³³⁰ *Ibid.*, §44.

³³¹ *Ibid.*, §45.

³³² *Ibid.*

³³³ *Ibid.*, §51.

³³⁴ *Ibid.*, §54.

³³⁵ *Ibid.*, §36.

rigueur dans la notification du jugement et par un éloignement géographique qui, lui-même, contribue à empêcher une assistance par avocat, à s'informer³³⁶.

Alors que le requérant s'était, d'une certaine manière, placé de lui-même dans cette position défavorable, il était parti à l'étranger de son plein gré, on remarque que la multitude d'indices récoltés ça-et-là excusent *in fine* le non-usage des voies de recours prévues en interne. Ce n'est pas sur une même base indicielle que repose la mise à l'écart du recours constitutionnel ou du passage devant des juridictions à la composition douteuse, puisque ce sont ici des considérations liées à la nature du recours, ses effets, ou aux risques d'impartialité ou d'influence pesant sur une juridiction qui les évacuent de la liste des recours épuisables. Ces données sont objectives, tandis que l'affaire *Sejdovic* laisse la place à une analyse centrée sur les circonstances propres au requérant, subjectives.

Si l'on conserve comme prisme d'analyse le relevé de forclusion, on remarquera que la procédure civile française n'a pas pour habitude de tenir compte de la complexité subie par un individu. Son ignorance est susceptible de lui servir de carapace essentiellement quand la faute est imputable à quelqu'un d'autre, des voisins peu scrupuleux ayant détruit des boîtes aux lettres³³⁷, ou à une signification défailante³³⁸. En droit commercial, la qualité de non-initié est support à un relevé de forclusion³³⁹ dans le sens où l'ignorance affichée est légitime, mais ce n'est pas la complexité au sens où elle est ici entendue qui est prise en compte.

Cette section a mis en avant différentes causes dont la conséquence était, avec un effet plus ou moins direct, la contrainte du titulaire de droits.

³³⁶ La jurisprudence de la Cour EDH souffre malheureusement d'inconstance. Dans un arrêt *Lopez Ribalda* concernant les sanctions disciplinaires d'employées de supermarchés surveillées à leur insu et filmées en train de voler des marchandises, la Cour avait pu leur reprocher d'avoir sciemment choisi de ne pas emprunter certaines voies de recours. Trouver des arguments en faveur des requérantes était assez simple, comme leur vulnérabilité financière (due à un ancien travail de caissières faiblement rémunérateur et désormais une situation de chômage) dans une société en pleine crise économique, ce qui eut permis d'assouplir l'approche de l'épuisement des voies de recours. Voir B. Dabosville, « Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit du travail*, 2020, pp. 122 et s., spéc. p. 127, observation sous Cour EDH, GC, 17 octobre 2019, *Lopez Ribalda et autres c. Espagne*, req. n° 1874/13, 8567/13.

³³⁷ Paris, 27 mai 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, n° 2, p. 693 ; *RTD civ.*, 1974, p. 855.

³³⁸ Paris, 28 novembre 1985, *Bull. ch. Avoués*, 1986, n° 2, p. 80 ; Versailles, 2 mars 1978, *Dalloz*, 1978, IR, p. 365, obs. Julien.

³³⁹ Orléans, 4 février 1999, *APC*, 1999, n° 202, obs. Vallansan.

La contrainte n'apparaissait pas être un angle d'attaque utile, à première vue, pour le pardon du titulaire d'un droit non-exercé. En effet, la contrainte est d'abord pensée pour excuser un débiteur, en particulier le débiteur qui n'a pu s'acquitter de ses obligations, ou pour protéger le contractant engagé malgré lui dans un contrat, en particulier le candidat au contrat victime de violence. Une mise à l'écart du non-exercice par rapport à ces préceptes devait donc être relativisée.

En se glissant dans la peau de l'individu non-exerçant, on ne peut s'empêcher d'être saisi du même mal-être que peut animer la personne malade ou à la détresse de celle qui fait face à des difficultés financières. Son premier souhait ne se traduit pas en termes juridiques, c'est d'être en meilleure santé ou de s'enrichir un peu. C'est peut-être pour cette raison que le droit s'est depuis longtemps déjà approprié ces deux causes plausibles du non-exercice. En jurisprudence, cela se traduit par une excuse conférée au non-exercice de certaines voies d'action par des personnes mal en point, et en politique, par la mise en place de dispositifs d'aide aux démunis qui s'étend petit à petit à ceux qui, sans être pauvres, ne sont pas riches.

On assiste donc à la fois à l'octroi d'un pardon du non-exercice, et à l'élaboration de divers moyens destinés à ce que le phénomène s'amenuise.

En restant concentré sur les événements extérieurs pouvant agir sur l'activité juridique, c'est la nature prospective des arguments avancés qui a rendu la présentation difficile.

Une application de la force majeure au bénéfice du créancier n'est pas naturelle. Elle est pensée pour les débiteurs, et le constat que les textes qui en traitent n'évoquent que le débiteur, jamais le créancier, n'étonne pas. Cette application est cependant activement discutée, et il faut dire que le contexte sanitaire est propice à cette adaptation. Il a ouvert un large débat doctrinal à ce propos, nourri par des critiques nombreuses à l'endroit de la jurisprudence la plus rigoureuse, et par des préconisations remarquables sur les pistes à suivre pour ouvrir cette voie. Le juriste classique continuera de s'y opposer parce que le droit ne le permet pas. Il devrait pourtant le permettre, car l'on voit mal, alors que le débiteur peut être relevé de ses obligations grâce à la force majeure, pourquoi le créancier ne pourrait pas en faire de même. La difficulté, récurrente dans toute réflexion juridique, est de ménager des intérêts antagonistes. Le créancier veut obtenir remboursement, ce qui expose le débiteur à rendre ce qu'il a perçu. Un juste milieu peut être trouvé, le mécanisme de la réduction du prix

est sans doute le plus opportun. Cela ne gênerait pas plus que la force majeure du débiteur, celle-ci faisant fi des intérêts du créancier sans que cela n'ait eu de réception défavorable en doctrine, même la plus classique.

Avec la complexité, tout lecteur aura pu se refamiliariser avec la figure grammaticale de la lapalissade, tout n'est pas apparu aussi simple. Une présentation isolée de celle-ci pourrait ne pas convaincre tant elle est liée à l'ignorance. La complexité est le point de départ d'un cercle vicieux au centre duquel est enserrée l'ignorance. Ce faisant, l'identification de jurisprudences ayant utilisé la complexité comme facteur de non-exercice autonome a été périlleuse. Néanmoins, la jurisprudence européenne, en particulier la notable affaire *Sejdovic*, reprend ce cycle de complexité-ignorance et fournit un exemple réel de la prise en compte de cet élément. Dans l'absolu, la complexité des règles, la difficulté d'accéder à un prétoire, pour des raisons sociologiques, géographiques, ne sont pas louables en soi. L'absence de prise en compte systématique de la complexité ne lui retire pas son effet inhibiteur sur l'exercice des droits et mérite une réponse.

Conclusion du chapitre 2

Ce second chapitre a démontré que la licéité du non-exercice peut être attribuable, lorsqu'un choix authentique de l'individu ne peut pas être déniché, à l'absence de caractère fautif de l'inaction.

Le terme de pardon, à faible teneur juridique, comme l'était celui de légitimité, se retrouve derrière deux prismes : l'ignorance et la contrainte.

L'ignorance suscite le pardon du non-exerçant en ce que l'on ne peut pas attendre d'une personne mal informée ou pas en mesure de se renseigner qu'elle exerce un droit de manière convenable. Il lui manque à l'évidence des clés pour arrêter un choix, si bien que le non-exercice n'en est pas un. Or, s'il n'est pas un choix, c'est qu'il est subi. Et comme il est fomenté par l'ignorance, la vraie cause de l'inaction se situe à ce niveau et pas dans l'attitude de la personne. Rien ne sert donc de flageller le titulaire de droits, il vaut mieux améliorer les mécanismes informatifs pour que le brouillard se dissipe. Le droit positif est sur cette longueur d'onde lorsqu'il excuse celui qui n'a pas mis en œuvre un droit quand il n'en connaissait pas l'existence. Il est bien dirigé par le droit européen, qui tend vers une même philosophie, et à

l'unisson fait écho un standard de non-initié qui préfigure une protection et un renforcement de l'obligation d'information.

La contrainte ne suscite pas toujours le pardon car, à l'inverse de l'ignorance, phénomène unique, elle est multiforme. La diversité des causes qui entraînent la contrainte ne mérite pas un accueil similaire. Force majeure, influence d'autrui, complexité, éloignement, autant de ruisseaux qui élargissent les flots du non-exercice mais dans lesquels le droit positif ne puise pas assez d'arguments. Si la force majeure est une notion connue qui bénéficie au débiteur, le contexte aura certainement raison, dans un avenir plus ou moins proche, de son adaptation au créancier. Elle serait logique. Quant à la complexité, son avènement n'aura sans doute jamais lieu tant le terme est loin du concept juridique. Aucune règle ne prendra à bras le corps ce combat et intégrera la complexité en tant que fait justificatif de l'inaction. Toutefois, on ne peut nier les imperfections du droit qui sont à la source de cette complexité et qui ont pu, sporadiquement, excuser les inactifs.

Conclusion du premier titre

Ce premier titre a permis de mettre en lumière les cas de non-exercice licites.

Dans le premier chapitre, c'est le non-exercice en lien avec la mainmise d'une personne sur ses droits qui fut présenté comme légitime.

Il doit l'être parce que l'individu dispose d'une marge de manœuvre totale sur son droit qui exclut tout caractère fautif de l'inaction et empêche même qu'elle produise des effets. Il doit l'être encore lorsqu'il émane d'une volonté exprimée ou supposée, dont on peut toujours extirper la préférence authentique du titulaire de droit. Le non-exercice est alors permis et voulu, si bien qu'il peut prospérer ou produire les effets espérés par son auteur. *In fine* émise à propos de droits sur lesquels l'individu dispose d'une marge de manoeuvre en vertu de la libre disposition d'un droit ou de sa liberté de ne pas en faire usage, ce non-exercice peut toutefois être tempéré lorsqu'un élément douteux rend sujette à caution la validité du consentement du titulaire de droit inactif.

Dans un second chapitre, le non-exercice a été dévoilé sous de moins bonnes augures. Il n'était pas envisagé sous l'angle du choix de la personne, de sa mainmise sur le droit, de l'indifférence vis-à-vis du non-exercice, mais sous l'angle du renoncement en ce que l'individu aurait peut-être voulu l'utiliser sans jamais avoir pu le faire.

Pour s'en convaincre, il a suffi de constater la difficulté pour le titulaire d'un droit de le mettre en œuvre au regard de circonstances qui lui sont parfois propres, parfois extérieures.

Les circonstances propres renvoient directement à l'individu, dont les finances ou l'état ne suffisent pas pour vivre une activité juridique intense. Difficile à analyser comme phénomène positif, ce non-exercice, parce qu'il est subi, ne peut pas attiser la sanction.

C'est encore plus vrai lorsque ce sont des circonstances extérieures qui empêchent le titulaire de droit d'agir. Fondée sur la force majeure et la contrainte, cette inaction ne peut pas être reprochée à l'individu. Résultant de la difficulté des règles procédurales ou les spécificités inhérentes à chaque matière juridique, l'inaction invite à repenser les règles en cause et à améliorer le maillage juridique sous toutes ses formes (meilleure prise en charge financière, meilleure répartition des juridictions sur un territoire, meilleure répartition de la charge de la preuve). Elle n'est toutefois pas purement pardonnable, la résignation par confort ne rend pas le non-exercice véniel, et augure par avance la jonction entre les cas de non-exercice licites et ceux qui ne le sont pas.

○ **Titre 2 : le traitement du non-exercice licite des droits subjectifs**

Le traitement du non-exercice licite des droits subjectifs fait référence à l'ensemble des normes qui composent le régime juridique de ce type d'inaction et ont vocation à mettre un terme au phénomène.

Le traitement du non-exercice suit la ligne établie quant à l'appréciation du non-exercice, qualifié de licite, en ce qu'il n'appelle pas de sanction à l'encontre de l'auteur de l'inertie. Il demeure néanmoins fluctuant au regard de la cause du non-exercice. En effet, la licéité n'empêche pas la diversité, et il n'a pas été question uniquement de choix ou d'inaction dénuée d'effets néfastes. Parfois, le choix peut prêter à confusion, il peut tout simplement ne pas en être un, tandis que le non-usage a la plupart du temps un effet négatif sur les intérêts de son auteur ou laisse autrui dans l'expectative. En définitive, le non-exercice conserve un caractère licite mais il n'est pas tenable.

La présentation des idées apparues dans le premier titre ne pourra être effectuée avec un mimétisme parfait dans ce deuxième titre.

Pour cause, les premiers développements centrés sur la nature du droit non-exercé et la volonté du titulaire de droits démontreraient que le non-exercice est à certains égards légitime. Dans ce cas, aucune réaction du droit n'est requise. La légitimité de l'inaction emporte un respect vis-à-vis de celle-ci, voire une protection de la volonté de l'individu et du non-exercice, mais en aucun cas une sanction ou une incitation vers l'exercice. Le phénomène est permis, il doit donc prospérer, au risque de remettre en cause sa légitimité.

En revanche, le non-exercice confronté à des délais de mise en œuvre du droit retrouve un intérêt en termes de réponse juridique. Il est licite parce qu'il est permis avant l'arrivée à terme du délai, et parce qu'une fois ce délai fini, il n'expose pas l'auteur de l'inertie à la sanction. Toutefois, il ne prospère pas indéfiniment. L'ambiguïté soulevée est résolue par l'application de ces délais dont l'effet est de priver l'individu de son droit, ou de la faculté de le mettre en œuvre.

Aussi, le non-exercice pardonné, soit qu'il découle d'une ignorance, soit qu'il découle d'une contrainte, appelle à une réaction en deux temps. De prime abord, il faut exclure ou laver le

caractère fautif de l'inaction et expliquer pourquoi. L'identification de la cause du non-exercice était le moyen pour le faire. C'est dans un second temps qu'une réponse juridique active est requise. Au vu de la considération pour ce non-exercice, pardonné, une paralysie du non-exercice ou un retrait du droit n'est pas envisagé. La démarche est plus bienveillante et consiste en la mise en œuvre de mécanismes d'aide ou d'incitation pour que l'individu rentre dans la voie d'une action efficace.

La licéité commune à certains cas de non-exercice n'empêche pas une réaction nuancée qui peut prendre la forme de la perte du droit (chapitre 1) ou de l'incitation à mettre en œuvre le droit (chapitre 2).

▪ Chapitre 1 : la perte du droit

La perte du droit, qu'il s'agisse de la substance du droit ou de la faculté d'agir pour le défendre, est encourue toutes les fois que l'inaction n'est pas souhaitable sans pour autant qu'elle engage la responsabilité de son auteur. Dans cette perspective, la perte n'est *a priori* pas une sanction, bien qu'elle puisse être vécue comme tel par celui qui la subit.

Son effet sanctionnateur existe mais il est secondaire. Sa vocation première est de clarifier la situation figée par un manque d'initiative. D'autres termes peuvent germer pour illustrer le rôle de cette perte, comme fluidifier ou accélérer. Ils ne conviennent pas suffisamment. L'état de non-exercice est encore moins fluidifié à l'occasion de la perte, qui entérine l'inaction, et l'action n'est pas accéléré, ce n'est pas la perte qui accélère l'usage du droit.

Il est en revanche certain que l'expectative disparaît par la perte du droit, simplement parce que la perte donne une issue au non-exercice. Reste à savoir si l'exercice, souhaitable, aura lieu désormais. Il est ainsi intéressant de questionner le potentiel incitatif de la perte du droit. C'est-là aborder deux points de vue sur la perte du droit. Le premier est orienté vers la perte au sens brut, sa simplicité, sa vocation clarificatrice. Le second est dirigé vers le contrecoup de cette perte, sa subtilité, sa vocation incitative. Ce deuxième œil symbolise un enjeu supérieur. Il est évidemment plus difficile de concevoir qu'une perte puisse inviter à l'action alors qu'elle y apparaît contraire. Il est tout de même plus encourageant et plus satisfaisant.

L'étude de la perte du droit dévoilera donc deux des vertus de cette perte, elle clarifie logiquement la situation de non-exercice (section 1) et incite curieusement à l'exercice (section 2).

• **Section 1 : l'ambiguïté levée par la perte du droit**

Confronté à l'inaction d'une personne, une réaction normale est d'adopter une démarche semblable et d'empêcher le titulaire de droit qui ne l'a pas mis en œuvre de le faire à l'avenir.

La perte du droit dénote une certaine puérilité au premier abord. Elle ressemble à une loi du Talion du non-exercice : au voleur dont la main est coupée, au meurtrier dont le sang est repris, faire perdre son droit à quelqu'un qui ne l'utilisait pas revient à le prendre à son propre jeu. Facile, la mesure n'en demeure pas moins satisfaisante.

Tous attendent que le droit soit utilisé, l'individu ne le fait pas, il faut bien faire quelque chose. La perte met fin à une certaine instabilité juridique, elle fixe pour de bon une inertie et laisse le champ libre à une nouvelle situation juridique, elle opère une sorte de mutation.

Pour ce faire, ce peut être le droit d'agir qui est visé. La perte de ce bras armé du droit le paralyse puisqu'il en empêche désormais toute mise en œuvre. La substance du droit est toujours-là, mais elle ne sert à rien pour celui qui la détient. Sinon, ce peut être le droit lui-même qui est touché. Dans ce cas, la substance du droit est perdue et, dans bien des cas, elle appartient dès lors à une autre personne qui pourra l'utiliser ou la défendre à sa guise. Dans un cas comme dans l'autre, c'est-à-dire lorsqu'est perdu le droit d'agir ou la substance du droit, l'observateur sait au moins à quoi s'attendre : l'auteur de l'inaction passée ne peut plus l'utiliser.

C'est en tout cas le régime normal des notions pertinentes, qu'il s'agisse de la prescription ou de la forclusion. La perte de la faculté de mettre en œuvre le droit, qui concerne la perte du droit d'agir, n'est jamais vraiment définitive. En effet, bien que désarmé juridiquement, le titulaire de droit pourra bénéficier du bon vouloir d'un débiteur qui s'exécuterait de bonne volonté, sur la base d'un devoir moral. C'est la théorie de l'obligation naturelle.

Si la perte du droit est la conséquence radicale du dépassement de certains délais (sous-section 1), la persistance de l'obligation naturelle laisse en vie de maigres espoirs au profit du créancier juridiquement désarmé (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : la perte de principe du droit**

La perte du droit frappe principalement à l'arrivée à échéance d'un délai de prescription ou de forclusion. Elle supprime le droit ou interdit la mise en œuvre d'un droit toujours présent mais amputé de la faculté de le défendre par la voie judiciaire.

Au sein de ce cadre général, la perte du droit intervient plus ou moins rapidement, en fonction du droit qui est l'objet de l'inaction, et dans une moindre mesure avec une considération portée à l'attitude du titulaire de droit inactif.

Sur la nature du droit objet d'une perte, il n'y a pas grand commentaire à émettre, ni grande critique. Une modération du délai d'expiration par le législateur est le fruit de l'expérience et il est normal que la mise en œuvre de certains droits soit pressante. On ne peut prétendre à ce que le délai pour déclarer un sinistre soit porté à dix ans alors qu'une expertise est requise et nécessite une mise en œuvre à courte échéance. On ne peut non plus prétendre être victime d'un fait une éternité après sa réalisation, car les éléments servant à le prouver ont depuis longtemps dé péri.

La prise en compte du comportement de l'intéressé laisse plus dubitatif. En effet, si l'on convient que la perte n'est pas une sanction, il paraît étrange d'analyser l'attitude de l'individu. C'est pourtant l'occasion de mettre en avant la cause de son inaction et d'éventuellement repousser l'échéance.

Certains auteurs appuient le principe d'une initiative du juge, à qui il est loisible d'adapter une mesure « *sur le comportement d'ensemble de l'intéressé* »³⁴⁰. Remarque émise à propos du comportement du contractant, et soulignée par sa contribution à « *une vision plus juste de la relation contractuelle* »³⁴¹, elle donne le moyen d'excuser tout non-exercice subi et de juger plus sévèrement l'inaction assumée. Elle apporte donc un juste équilibre entre respect de la titularité des droits et coercition.

Ceci légitime l'éparpillement déjà évoqué des délais de prescription, de forclusion et des incombances puisque les différentes circonstances dans lesquelles on les retrouvera finalement ne réclament pas un même niveau d'activité du titulaire de droit. La libre appréciation des juges est à cet endroit limitée, bien que la proportionnalité lui laisse une marge de manoeuvre. La critique n'est pas vraiment légitime à propos de cette libre appréciation car elle est faible, c'est le délai choisi par le législateur qui peut susciter l'opprobre.

³⁴⁰ B. Fages, *Le comportement du contractant*, thèse précitée, p. 290.

³⁴¹ *Ibid.*

L'impossibilité de mettre en œuvre des droits sur un bien, consécutive à la mise en échec de l'action en revendication par la prescription acquisitive de propriété, est soutenue par des délais qui semblent *a priori* assez longs. Ils sont de trois ou cinq ans par principe en matière mobilière, suivant que la chose a été perdue ou volée³⁴² ou que le propriétaire a pris connaissance de faits requérant qu'il lance une action personnelle ou mobilière³⁴³, et de dix ou trente ans en matière immobilière, selon que la possession soit classique³⁴⁴ ou effectuée avec un titre par une personne de bonne foi³⁴⁵.

Ces délais sont suffisants. La personne qui risque d'en souffrir n'utilise pas le bien qui lui appartient, par hypothèse. Suivant la légitimité de l'utilisation du bien par autrui, et suivant l'importance du bien en question pour son propriétaire initial, un étirement des délais d'acquisition de la propriété s'impose. En matière d'usucapion, le propriétaire ne vit pas dans sa propre demeure que quelqu'un d'autre occupe. Trente ans, dix ans, et même cinq ans, suffisent selon le droit pour s'en rendre compte, et c'est un temps confortable pour qu'une action soit mise en œuvre.

Pendant cette longue période, « *l'inaction, le non-usage, n'empêche pas la revendication tant qu'un possesseur n'a pas acquis le droit par prescription* »³⁴⁶. Ce n'est qu'après ce délai que le que la faculté d'agir est confisquée à son titulaire, si bien que le comportement joue un rôle.

Mais d'autres délais, spéciaux, restent exposés à une critique et semblent en revanche démesurément courts. Il en a été ainsi en droit des assurances, « *la prescription extinctive qui, en droit des assurances, est extrêmement (donc trop !) courte : 2 ans* »³⁴⁷, mais aussi en droit

³⁴² L'article 2276 alinéa 2 du Code civil dispose que « *néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient* »

³⁴³ C'est ici l'article 2224 du Code civil qui est pertinent : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

³⁴⁴ L'alinéa 1 de l'article 2272 du Code civil établit que « *le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans* ».

³⁴⁵ L'alinéa 2 de l'article 2272 du Code civil prévoit que « *celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans* ».

³⁴⁶ G. Mémeteau, *Droit des biens*, Bruylant, 11^{ème} édition, 2018, pp. 110-111.

³⁴⁷ S. Hourdeau, « Des droits fondamentaux en assurance : les pesanteurs d'une autre galaxie », *RGDA*, 2018, n°08-09, pp. 287 et s.

du travail³⁴⁸. Et il s'agit d'un délai de deux ans... En comparaison, le délai pour déclarer un sinistre à son assureur, par exemple un dégât des eaux, n'est que de cinq jours, ou dix jours après l'arrêté qui constate un état de catastrophe naturelle. Si cette faveur accordée aux personnes ayant subi une catastrophe naturelle n'en est pas une, l'assureur étant aussi bien placé que la victime assurée pour lire un tel arrêté, le délai de cinq jours fait partie d'autres délais infiniment courts, et trop courts.

Si une critique doit émerger sur la légitimité de priver le titulaire d'un droit de la possibilité de le mettre en œuvre, c'est cependant le choix du législateur qu'il faut cibler.

Les effets de ces délais divers sont ensuite différents, précisément parce que les droits ne partagent pas tous une même nature.

Lorsque les droits frappés de prescription sont des droits réels, la paralysie de ceux-ci entraîne des conséquences en deux temps. De prime abord, la personne perd le bénéfice d'une situation potentielle, elle ne récupère pas le bien qu'elle aurait pu avoir. Surtout, elle ne jouira plus d'une situation qui a déjà été. Le bien possédé lui a par définition appartenu, sauf dans le cas de la prescription acquisitive du bien sans maître, et il ne lui appartiendra plus. La personne est donc exposée à la perte d'une réalité existante et à la perte d'une chance à venir.

En revanche, lorsque les droits prescrits ou forclos sont des droits à réalisation objective (option successorale), personnels (droit d'option dans le cadre d'une promesse) ou de créance (action personnelle pour obtenir remboursement d'une dette), la paralysie se cantonne à un effet unique : faire perdre une chance à la personne négligente. Le successible qui n'opte pas dans les temps est réputé renonçant, cependant il ne perd pas la qualité d'héritier. Il n'a tout simplement jamais hérité, et perd un héritage qu'il n'a jamais eu dans son patrimoine. Le créancier qui ne réclame pas sa dette dans les temps est privé du droit de le faire, il perd le montant qui y correspond. Il a certes déjà eu ce montant, qu'il a pu prêter, mais la créance n'a quant à elle jamais été concrétisée dans son patrimoine. Il perd une chance. *Idem* pour le bénéficiaire d'une promesse de vente qui ne manifeste pas sa volonté d'acheter le bien dans le délai prévu pour cela, il n'en a jamais été propriétaire et perd la possibilité de le devenir. Ces personnes ont en commun qu'elles passent à côté d'une chance.

³⁴⁸ Voir D. Baugard (dir.), « La prescription en droit du travail », *Semaine Sociale Lamy*, supplément, n° 2052, 26 juin 2023.

Dans tous les cas, quel que soit le préjudice que le droit fait subir à la personne qui s'empêche dans la prescription, la forclusion, la forme de la sanction est à la base la même : une mise en échec de l'activation du droit.

S'il tente toutefois de le faire, le titulaire de droit prescrit ou forclos se verra opposé une fin de non-recevoir, l'exception de prescription, de forclusion.

Que la substance du droit soit perdue ou non, c'est bien par le biais d'un blocage de l'action en justice, que les effets de l'application de l'une de ces notions se feront sentir.

Jusqu'ici, la perte du droit s'est dévoilée avec une certaine simplicité. Le balisage légal est complet et le résultat clair : celui qui n'a pas agi assez tôt ou fait ce qui était attendu de lui ne pourra pas réclamer un dû.

Mais des espoirs sont encore permis pour celui qui subit cette perte.

- **Sous-section 2 : la survivance de l'obligation naturelle**

La perte du droit est le principe en matière de prescription et de forclusion. Son rôle est de dissiper l'ambiguïté que soulevait l'inaction, d'où sa simplicité.

Mais, éloignée de l'impératif de police des comportements, la perte du droit n'est pas totalement étrangère à la morale et n'exclut pas que le non-exerçant obtienne satisfaction.

En effet, la théorie des obligations naturelles, en vertu de laquelle ce qui ne peut pas être obtenu par la voie judiciaire et la force peut toutefois l'être par l'exécution d'un devoir moral, ou même seulement par la promesse de cette exécution et la bonne conscience, rétablit une certaine équité.

Pour comprendre cette théorie, expliquée par Bertrand Fages³⁴⁹, il faut faire référence à la vision dualiste qu'a le droit allemand de la notion d'obligation. Le droit d'outre-Rhin scinde l'obligation en deux composantes complémentaires, le *Schuld* et le *Haftung*.

³⁴⁹ B. Fages, *Le comportement du contractant*, thèse précitée, pp. 190 et s.

Tandis que le *Schuld* renvoie au rapport d'obligation en tant que tel, le *Haftung* accorde le pouvoir de contrainte au créancier. Ce dernier lui est indispensable pour défendre le droit corrélé par l'obligation. Mais la paralysie du pouvoir de contraindre n'entraîne pas l'extinction du rapport d'obligation, qui perdure³⁵⁰.

La suite logique est que la perte définitive du *Haftung*³⁵¹, du pouvoir de contrainte, n'empêche pas l'obligation de survivre.

Appliquée à la perte du droit d'agir, et inapplicable à la perte de la substance du droit, cela ouvre la voie à un respect de la part du débiteur du droit du créancier. Alors même que le créancier a perdu le pouvoir de contraindre son débiteur à honorer son engagement, le débiteur peut proposer d'exécuter l'obligation due, avec la conscience que le créancier ne peut l'exiger de lui.

Cette vision idéaliste du respect de la parole donnée de la part du débiteur, n'est pas toujours vraie³⁵². Il faut toujours prendre en considération le comportement de départ du créancier, celui avait entraîné l'application de la prescription notamment, pour vérifier si l'obligation peut perdurer ou si elle disparaît complètement.

Pour prendre une hypothèse concrète, si la libération du débiteur intervient parce que le créancier a commis une faute, comme le défaut de déclaration d'une créance dans le cadre du cautionnement, le pouvoir de contraindre est perdu totalement et il ne subsiste aucune obligation naturelle. Cela se rapproche d'une perte du droit, à ceci près que l'individu le conserve mais que sa paralysie est infinie. Cette faute du créancier fait disparaître le devoir de conscience du débiteur qui n'est plus incité à exécuter, là où la mesure de faveur ou l'attitude non fautive laisse ce soin au débiteur.

³⁵⁰ Un exemple cité par le professeur Fages est le délai de grâce accordé au débiteur. Ce délai empêche d'agir alors que la créance était devenue exigible, pour autant il n'éteint pas la créance, cette dernière sera à nouveau exigible une fois le délai de grâce échu.

³⁵¹ Dans ce cas de figure, la créance était devenue exigible mais n'a pas été réclamée à temps. Elle n'est pas éteinte. En revanche, le pouvoir d'en contraindre la réalisation est perdu définitivement.

³⁵² Pour une ample vision de ce qu'il est permis de faire au débiteur d'une obligation, voir C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, préf. de J. Ghestin, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 380, 2002.

Le *Haftung* peut donc être retiré pour faute du créancier et l'obligation naturelle disparaît avec le devoir de conscience du débiteur. Dans ce cas, aucune manière de passer outre la paralysie du droit n'existe.

Lorsque l'obligation naturelle persiste toutefois, elle empêchera l'action en répétition de l'indu³⁵³ du débiteur mise en œuvre par celui-ci afin d'obtenir remboursement de sommes injustement versées. Bien qu'elle ne soit que naturelle, le droit fait produire des effets juridiques à son exécution volontaire³⁵⁴.

En plus du contournement de la perte du droit d'agir, l'obligation naturelle est sécurisante pour le créancier car, par effet inversé, elle paralyse l'action en répétition du débiteur qui, passé par un élan moral, déciderait de s'exécuter. Elle illustre en outre la neutralité des délais en jeu, et confirme la licéité du non-exercice. Enfin, l'obligation naturelle dissipe efficacement l'ambiguïté de l'inaction, car en offrant satisfaction au créancier, elle revient à mettre les protagonistes dans la situation logique, celle où un droit a été exercé dans les temps.

Cette première section, il est vrai assez rapide, met en avant un effet connu et reconnu de la prescription et de la forclusion, celui de mettre fin à l'expectative. La perte du droit est à cet égard la mesure la plus appropriée. Il faut dire que l'éventail de choix n'était pas large. Entre donner automatiquement satisfaction au non-exerçant, ce qui eut été contradictoire avec son inaction, entre laisser perdurer indéfiniment l'inaction, ce qui eut été contraire au but de lever les doutes que suscite l'inertie, entre donner à l'inaction un effet de perte qui la reflète assez bien, il n'est pas difficile au droit de se positionner.

Le développement a néanmoins permis d'aborder la possibilité d'une persistance de l'obligation par-delà la perte du droit d'agir. La théorie des obligations naturelles a présenté bien des vertus puisqu'elle combine le mérite de lever des doutes, celui de confirmer la licéité

³⁵³ C'est l'article 1302 du Code civil qui, tout en prévoyant l'action en répétition de l'indu, la bloque lorsque le payeur s'est acquitté d'une obligation naturelle : « *Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.*

La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

³⁵⁴ Ripert disait à cet égard « *[qu'il n'] y a obligation, en un mot, obligation naturelle, (que) lorsque la loi attache certains effets juridiques à l'accomplissement du devoir moral* ». G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1949, p. 375.

du non-exercice, et celui de préserver les intérêts réciproques des parties engagées dans un rapport d'obligation.

Même la perte du droit, *a priori* brutale, s'est avérée plus neutre et teintée de nuances.

Cette philosophie se retrouve derrière l'effet dissuasif que fait peser le risque de perdre un droit. Susceptible de se voir retirer prérogative, le non-exerçant pourra sentir la nécessité d'agir et vite.

- **Section 2 : l'action stimulée par le risque de perte du droit**

La perte du droit a pour effet premier de résoudre une situation ambiguë en donnant une issue au non-exercice, en l'occurrence en retirant à son auteur soit la possibilité de mettre en œuvre le droit, soit le droit lui-même.

S'y ajoute un effet secondaire qui, de même que la sanction pénale a un effet coercitif sur la personne condamnée et un effet dissuasif *erga omnes*, est en faveur de l'action. Bien que neutre, la perte du droit conserve des effets préjudiciables pour celui qui la subit. Il s'agit ici de la perte d'une partie de son patrimoine. Or, le simple risque d'appauvrissement joue le rôle de coup de fouet et pousse à mieux conserver ses droits.

L'analyse est réduite par la nature indirecte de ce risque de perdre le droit. En effet, il est difficile d'en tirer un quelconque parti, si ce n'est de souligner que la perte a aussi ce rôle incitatif. Mais certains mécanismes ou notions ont directement pour but d'incliner vers la mise en œuvre des droits et, ce faisant, de réduire le temps imparti avant que l'ambiguïté du non-exercice puisse être levée.

Une première notion, l'incombance, fait peser sur le titulaire de droits une charge qu'il lui faut impérativement remplir pour pouvoir mettre son droit en œuvre, telle la mise en demeure préalable à l'exercice d'une action en justice contre un débiteur. L'exercice des droits est ici conditionné par un travail préalable, l'incombance. Dans ce cadre, toute inertie est discriminée puisqu'elle aboutirait à ne pas remplir ladite tâche attendue.

Un autre mécanisme, celui de l'action interrogatoire, offre à une personne intéressée la possibilité d'interroger un individu en rapport avec la jouissance d'un droit. Ainsi informé, ce dernier est sommé de prendre position rapidement, au risque de subir l'application de délais, comme la prescription, de manière prématurée.

En somme, ces deux idées démontrent qu'il est possible de pousser à agir (sous-section 1) ou de pousser à prendre position (sous-section 2) à l'aune d'un risque de perdre son droit en cas d'inertie.

- **Sous-section 1 : la jouissance du droit subordonnée à l'accomplissement d'une incombance**

Le risque d'être confronté à une perte du droit d'agir présente logiquement un effet dissuasif de l'inaction, il incite donc à agir dans la plupart des cas. En effet, plutôt que de perdre son droit, le titulaire averti fera son possible pour le conserver et éviter cela. Mais c'est là un effet indirect connu qui suit toute mesure privative et toute sanction en droit.

Elle ressort en revanche avec une clarté évidente dans le cadre de la notion d'incombance, notion doctrinale tirée du verbe « *incomber* » dont le sens est flou. S'il n'est pas rare d'entendre qu'« *il incombe de* », les tentatives de définition dérivent rapidement vers un synonyme, comme « *il revient de* », parce qu'il est impossible d'apporter une définition claire au mot. Le terme d'incombance a surtout une consonnance juridique, qui plus est peu étudiée, si ce n'est grâce au travail de Mme Freleteau³⁵⁵ dont la thèse portait sur ce terme connu essentiellement par les droits étrangers.

L'incitation est prégnante dans le cadre des incombances, qui imposent à un individu d'accomplir un acte pour pouvoir jouir de son droit ensuite. L'inaction est par principe discriminée, elle empêche d'obtenir satisfaction, que seul permet une démarche proactive.

C'est la doctrine qui a le mieux défini la première la notion d'incombance qui, comme la forclusion, ne figure pas au Code civil. Elle a été décrite comme « *une charge, un devoir dont*

³⁵⁵ B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 576, 2017, p. 51.

l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir »³⁵⁶, elle « ne fait naître aucune dette à la charge du sujet. Au contraire, elle conditionne l'octroi d'un avantage attendu du contrat »³⁵⁷.

La notion d'incombance se dévoile sous l'angle de l'article 2314 du Code civil³⁵⁸ qui impose au créancier la conservation des suretés attachées à un droit par référence à la décharge de la caution en cas de négligence³⁵⁹. Fut ainsi relevé à raison que « *l'attitude négative du créancier s'évince des circonstances litigieuses sans qu'on puisse identifier une obligation contractuelle dont les contours traceraient une ligne de conduite standard* »³⁶⁰.

En matière de décharge pour non-exercice d'une faculté d'attribution judiciaire des stocks d'une société débitrice placée en liquidation³⁶¹, une auteure a rappelé que, « *de longue date, quoiqu'après des dissensions entre ses chambres, la Cour de cassation a admis par la voie d'une chambre mixte³⁶² que le non-exercice d'une faculté puisse être un fait susceptible d'être reproché au créancier* »³⁶³, à condition toutefois que le préjudice de la caution soit établi. Pour les juges, l'attribution du gage constitue certes une faculté, mais le créancier peut être considéré comme fautif lorsqu'il s'abstient de demander l'attribution et prive ainsi la caution d'un droit qui aurait pu lui profiter.

³⁵⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 11^{ème} édition, 2016.

³⁵⁷ B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, précité.

³⁵⁸ Rédigé en ces termes : « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

³⁵⁹ Sur les droits préférentiels dont la caution a connaissance, et le reproche adressé à l'encontre de sa négligence, voir C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies Techniques, 1979, spéc. pp. 557 et s.

³⁶⁰ C. André, *Le fait du créancier contractuel*, préf G. Viney, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2002, t. 356, p. 256. L'idée rappelle, comme l'a relevé B. Freleteau, la théorie allemande de l'*Obligenheit*, qui désigne « *la tâche qui incombe à quelqu'un* » selon R. Schmidt, l'individu les effectuant prioritairement dans son intérêt et n'encourant pas de responsabilité d'une quelconque nature s'il ne les accomplit pas. Voir R. Schmidt, *Die Obligenheiten*, Verlag « *Versicherungswirtschaft* », Karlsruhe, 1953, p. 102, cité par B. Freleteau, thèse précitée, p. 9.

³⁶¹ Comm., 13 décembre 2017, n° 16-14.672

³⁶² Ch. Mixte, 17 novembre 2006, n° 04-19.123, JCP E 2006, note D. Houtcieff, RTD Civ 2007, p. 157, note P. Crocq.

³⁶³ F. Macorig-Venier, « L'indifférence du choix de mode de réalisation du gage pour caractériser le préjudice nécessaire au jeu du bénéfice de subrogation », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2018, n° 2, pp. 105 et s., spéc. p. 107.

Plus récemment, c'est le non-exercice de la faculté, pour un créancier social, de s'opposer à la fusion d'une société³⁶⁴ qui fut sous le joug des critiques de la Cour de cassation³⁶⁵. Face à la caution qui crie à la perte du droit préférentiel, le créancier dont l'inertie est dénoncée doit prouver l'absence de préjudice engendré à ladite caution. Un auteur a relevé³⁶⁶ qu'il ne s'agit pourtant que d'une simple faculté, ce que confirme la rédaction de l'article du Code de commerce relatif au droit d'opposition : les créanciers « *peuvent former opposition* »³⁶⁷.

Or, s'il incombe au créancier de l'activer, en contradiction avec le terme de faculté et sans qu'un texte ne parle d'obligation, le terme le plus approprié est celui d'incombance.

Sans qu'une procédure préalable à l'exercice d'un droit soit ainsi décrite précisément, le créancier est laissé seul pour se mettre au diapason. Il lui appartient de remplir certaines démarches pour conserver la faculté de mettre en œuvre son droit. On observe donc qu'une charge pèse sur le titulaire de droit voulant sécuriser sa possibilité d'agir à l'encontre de la caution à l'avenir.

L'incombance a une consonnance plus générale. Elle se dévoile derrière le devoir d'alerter l'assureur de la survenance d'un sinistre, de diminuer ses conséquences, de mettre en demeure le débiteur d'une obligation contractuelle, de modérer le préjudice, qui sont autant d'hypothèses décrites par le professeur Wéry³⁶⁸.

Résumée de cette manière, elle emprunte des airs identiques aux obligations, le titulaire de droit étant ni plus ni moins « *obligé* » de les accomplir pour *in fine* mettre en œuvre son droit. On pourrait d'ailleurs présenter la déclaration de sinistre, pour ne prendre qu'un exemple, comme une obligation contractuelle à la charge de l'assuré. Elle apparaît *a fortiori* comme un hybride de la notion de droit et de devoir, se montrant sous l'aspect du devoir en imposant à l'individu la tenue d'une certaine conduite, et sous celui du droit en tant que démarche facultative.

³⁶⁴ Elle est prévue par le Code de commerce en son article L. 236-14.

³⁶⁵ Com., 23 septembre 2020, n° 19-13.378.

³⁶⁶ A. Reygrobellet, « L'opposition à la fusion : où quand une faculté devient une obligation », *Bull. Joly Sociétés*, n° 12, p. 40.

³⁶⁷ Il est d'ailleurs rappelé par A. Reygrobellet, dans l'article précité, que cette formule est « *identique en cas de scission ou de dissolution-confusion (C. com., art. L. 236-21, al. 2 ; C. civ., art. 1844-5, al. 3)* ». Une même interprétation est de mise, cette faculté est une incombance qui ne dit pas son nom.

³⁶⁸ P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 3^{ème} édition, 2021, n° 7.

Pourtant, bien que les termes de devoir ou d'obligation puissent désigner la tâche à accomplir, l'incombance ne peut y être assimilée parfaitement.

Ne pas remplir une incombance n'expose, pour faire simple, à rien, si ce n'est à l'impossibilité de mettre en œuvre le droit qui lui est corrélatif. Le titulaire des droits en cause ne commet pas de faute. Son inaction est donc licite. Pour rappel, le manquement à un devoir engage habituellement la responsabilité de son auteur là où le défaut d'accomplissement de l'incombance par la personne qui y est assujettie la privera juste de la possibilité de le mettre en œuvre³⁶⁹. Cette réflexion peut être reprise pour justifier le refus de lier l'incombance à l'obligation.

Autre point de rupture important, l'accomplissement d'une incombance permet au titulaire de droit de veiller d'abord à la conservation de ses intérêts. L'obligation ou le devoir servent quant à eux les intérêts d'un créancier ou d'un partenaire en priorité. Ce n'est pas le cas ici.

Certes, l'argument pourrait bien être écarté sitôt que l'on s' imagine à la place d'un locataire tenu de verser mensuellement un loyer, qui ne remplira pas l'obligation de gaité de cœur mais, semble-t-il, pour éviter toute responsabilité contractuelle³⁷⁰. Il fait ce qu'il doit faire pour rester dans son logement. Le débiteur d'une obligation agirait alors dans son propre intérêt, comme le fait celui qui a pour épée de Damoclès une incombance. Mais il faut soustraire toute subjectivité et conserver un certain recul. L'obligation est évidemment dans l'intérêt d'un créancier et non d'un débiteur, ce dernier l'accomplit parce que les termes de l'accord lui paraissent justes, par crainte d'une sanction, mais pas par bonheur. L'incombance, même si elle peut préserver un individu d'une action hâtive³⁷¹, fait surtout peser une charge sur le titulaire d'un droit désireux d'en jouir. Elle procéduralise davantage l'exercice des droits et permet de s'assurer qu'un individu est digne d'en jouir, puis elle stigmatise l'inaction.

Une autre piste de différenciation fut remarquée par le doyen Carbonnier. Au contraire de l'obligation ordinaire, qui oppose les qualités de créancier et de débiteur, l'incombance n'est

³⁶⁹ Pour un retour rapide mais éclairant sur cette distinction, voir E. Putman, « Barbara Freleteau, Devoir et incombance en matière contractuelle », *RTD Civ.*, 2016, pp. 976 et s.

³⁷⁰ Voir, à propos de la distinction entre *obligenheit* et obligation *stricto sensu*, E. Prölss, *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, Verlag C. H. Beck München, 14^{ème} éd., 2010, §28, n° 38, p. 4, cité par B. Freleteau, thèse précitée, p. 11.

³⁷¹ La mise en demeure à la charge d'un créancier offre par exemple une dernière chance au débiteur avant que sa responsabilité contractuelle ne soit recherchée.

pas propice à l'endossement de tels rôles. Il n'y aurait, en effet, pas de créance du tout : « *la partie ne pourrait exiger en justice l'accomplissement des actes en question (...) On est en présence, si l'on veut, d'une obligation (lato sensu), nullement d'un rapport d'obligation* »³⁷². Autant dire, le terme d'obligation ayant un sens juridique précis, il n'y a pas d'obligation du tout avec les incombances : le défaut d'accomplissement de l'une d'elles n'engage nullement la responsabilité de son auteur.

Par ailleurs, la personne qui est susceptible de se plaindre de ce que l'incombance n'a pas été respectée peut aussi, dans certaines hypothèses, ne pas être en position de créancière. Ainsi, la caution qui se plaint d'une négligence du créancier aurait eu vocation à devenir créancière, par subrogation, vis-à-vis du débiteur. Il n'existe aucun rapport de créance vis-à-vis du créancier bénéficiaire du cautionnement à ce moment précis, donc aucun rapport d'obligation.

De manière plus générale, l'individu se plaignant de l'inaccomplissement d'une incombance ne demande pas au créancier de redresser la barre et de s'y tenir. La fonction de l'incombance est plutôt de faire obstacle à la demande d'un créancier. Dans cette perspective, elle est bien un moyen de stigmatiser la négligence du titulaire de droit non dans l'accomplissement d'une obligation, mais dans la conservation de ses droits. Ainsi, « *l'élément caractéristique de l'incombance ne se trouve pas dans ce à quoi son auteur est contraint mais dans les conséquences auxquelles il s'expose en n'accomplissant pas ce qui lui incombe* »³⁷³. Elle l'expose à l'impossibilité de mettre en œuvre le droit pour le cas où l'incombance n'est pas remplie, elle incite à veiller activement à ses droits.

Pour dissiper toute dernière ambiguïté, il faut anticiper sur le rattachement, inconcevable à dire vrai, de l'incombance aux délais de forclusion et de prescription. Il pourrait être libellé comme ceci : l'incombance fait peser une charge sur le titulaire de droits voulant les mettre en œuvre, la prescription ou la forclusion sont des charges, l'une ou l'autre notion faisant bien peser sur cette personne la charge de les exercer avant telle date.

Pour contrecarrer l'idée, il a bien été avancé que « *l'incombance n'est pas neutre, contrairement aux délais de prescription ou de forclusion. L'incombance est très liée à l'idée*

³⁷² J. Carbonnier, *Les obligations*, Puf Thémis, 22^{ème} édition, 2000, n° 7.

³⁷³ B. Freleteau, thèse précitée, p. 659.

de négligence. En effet, il s'agit d'un comportement attendu du titulaire d'un droit, en amont de son exercice, à compter du moment où il a connaissance de l'évènement justifiant qu'il puisse se prévaloir de son droit »³⁷⁴.

Mais a été mentionné le lien, même indirect, entre la prescription, la forclusion, et le comportement du non-exerçant. Une prise de distance plus claire intervient au niveau temporel. La prescription et la forclusion n'imposent pas de charge spécifique et interviennent directement au stade de la mise en œuvre du droit, leur titulaire devant les exercer avant une échéance particulière. L'enjeu est de savoir s'il les exercera à temps. L'incombance, quant à elle, se situe en amont, elle impose une tâche préalable qui permettra ensuite la mise en œuvre du droit. Il est tout à fait concevable qu'une personne ayant accompli une incombance se voit opposer la prescription ou la forclusion de l'action si, une fois l'incombance remplie, elle ne met pas en œuvre le droit à temps.

C'est en tout cas l'existence de cette tâche anticipée qui fait de l'incombance une véritable notion, et son effet principal est de déchoir du droit d'agir quiconque ne respecterait pas les démarches établies pour la conservation du droit. Sa pertinence théorique est validée en pratique par l'essor d'incombances, qui se sont multipliées depuis la réforme du droit des obligations de 2016³⁷⁵.

Les incombances sont, de même que les délais de prescription et de forclusion, éparpillées au sein du code civil et du droit spécial.

Là n'est pourtant que pure logique, l'incombance a le même rôle fonctionnel, pratique, et n'est pas reconnue à titre de définition par le Code civil. L'écho à la dispersion des délais de forclusion et de prescription est normal.

Dans cette veine, il n'est pas rare que la charge pesant sur le titulaire de droits soit à remplir dans un cadre temporel bien précis. Elle est régie par un délai préfix. L'incombance et la forclusion, deux notions différentes, s'appliquent donc de concert. Ainsi en est-il de la déclaration de sinistre de l'assuré, nécessaire prélude à une prise en charge par l'organisme d'assurance, qui combine la technique de l'incombance et du délai de forclusion. Le délai de

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 193.

³⁷⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations.

déclaration, déterminé par le contrat, court à compter du jour où le sinistre a été porté à sa connaissance³⁷⁶, l'assuré s'exposant à défaut à la déchéance de son droit à garantie.

L'incombance n'est pas non plus dénuée de lien avec la prescription même si cela semble d'emblée moins évident. A titre d'exemple, la délivrance d'une mise en demeure de payer, étape obligatoire pour le créancier, n'est pas de nature à interrompre la prescription³⁷⁷.

L'incombance est toutefois singulière dans la mesure où, encore une fois, elle vise principalement l'accomplissement d'une action particulière de la part d'un titulaire de droit et ne porte pas *ab initio* sur l'action en justice.

Elle prend en revanche ses distances avec toute autre notion depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations. L'ordonnance a, à cet égard, envisagé de nombreuses configurations dans lesquelles l'incombance relève du mécanisme de la mise en demeure, lequel exclut bien souvent le temps de l'analyse. La mise en demeure est dans cette hypothèse la charge préalable à l'engagement d'une action à l'encontre du débiteur, sans laquelle rien ne peut être exigé de lui.

Une mise en demeure est en ce sens exigée « *pour transférer les risques de la chose au débiteur d'une obligation de délivrer*³⁷⁸ ; *pour poursuivre l'exécution en nature d'une obligation*³⁷⁹ ; *pour que le créancier puisse faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur*³⁸⁰ ; *pour procéder à une refaction du prix*³⁸¹ ; *pour procéder à la résolution pour inexécution du contrat*³⁸² *et enfin pour engager la responsabilité contractuelle du débiteur, sauf si l'inexécution est définitive* »³⁸³.

³⁷⁶ L'article L. 113-2 du code des assurances mêle donc à la fois les concepts d'incombance et de forclusion. Cette combinaison ressort bien sûr d'autres dispositions du même code, citons par exemple son article L. 175-18.

³⁷⁷ Il faut lire ici les alinéas 2 et 3 de l'article 1345 du code civil : « *La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur. Elle n'interrompt pas la prescription* ».

³⁷⁸ Article 1196 al. 3 du code civil.

³⁷⁹ Article 1221 du code civil.

³⁸⁰ Article 1222 al. 1 du code civil.

³⁸¹ Article 1223 al. 1 du code civil.

³⁸² Articles 1225 al. 2 et 1226 du code civil.

³⁸³ Pour une présentation succincte et claire : C. François, « Présentation des articles 1344 à 1344-2 du nouveau paragraphe 1 "La mise en demeure du débiteur" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, accessible en ligne via l'adresse suivante : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect3/para1-demeure-debiteur/> [consulté le 28/03/2019].

La matière contractuelle regorge ainsi de différentes incombances très pures, que l'on ne peut confondre avec la forclusion et la prescription, et qui nous semblent illustrer vraiment l'effet incitatif du risque rencontré par le titulaire de droits en cas de léthargie.

Ces incombances nouvellement renforcées s'ajoutent à celles plus traditionnelles déjà présentées et décrites par le professeur Wéry³⁸⁴, la nécessité pour le créancier de conserver les suretés attachées à un droit³⁸⁵, l'obligation d'informer le vendeur de la découverte d'un vice caché³⁸⁶, la modération du préjudice ou la diminution des conséquences d'un sinistre qu'il faut par ailleurs déclarer à l'assuré.

D'autres incombances existent, enfin, parmi le code monétaire et financier³⁸⁷, le code de la consommation³⁸⁸, le code de commerce³⁸⁹, le code du travail³⁹⁰, dont la visée est essentiellement informationnelle.

Mais, en dépit de cet éparpillement, le son de cloche reste le même. Le défaut de délivrance de mise en demeure, d'information, de déclaration, entraîne systématiquement l'impossibilité pour un titulaire de mettre en œuvre un droit, voire sa déchéance.

³⁸⁴ P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, Larcier, 3^{ème} édition, 2021, n° 7.

³⁸⁵ Article 2314 du code civil.

³⁸⁶ Article 1648 du code civil.

³⁸⁷ Avec une information à délivrer annuellement à la caution au visa de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier au risque d'une déchéance des intérêts échus depuis la précédente information délivrée.

³⁸⁸ Voir notamment l'article L. 333-2 du code de la consommation.

³⁸⁹ L'article L. 511-49 en fixe trois dans le régime de la lettre de change, l'article L. 228-24 du même code régissant quant à lui le refus d'agrément des associés en cas de cession d'actifs.

³⁹⁰ B. Freleteau relève dans sa thèse que les incombances peuvent en la matière peser à la fois sur l'employeur et sur le salarié et concernent principalement la notification des éventuels refus aux différentes sollicitations réciproques qui peuvent concerner la demande de congé pour formation, la modification d'un des piliers du contrat de travail, la contre-visite médicale imposée par l'employeur, etc... Voir B. Freleteau, thèse précitée, pp. 138 et s.

- **Sous-section 2 : la prise de position précipitée par l'action interrogatoire**

La mainmise d'une personne sur son droit octroie une faculté de mise en œuvre libre pendant un délai déterminé. Une fois ce délai terminé que le non-exercice devra être traité pour que la situation ne reste pas enlisée.

Les notions idoines, prescription, forclusion, demeurent tirées d'un système de droit romain antique qui subit l'érosion du temps.

En l'occurrence, la vitesse, la réactivité, semblent aujourd'hui augmentées. Les délais de forclusion ou de prescription n'y sont pas étrangers. Ils subissent l'influence de cette accélération, qui se retrouve dès l'observation d'un amoindrissement de ces délais, et se remarque en particulier avec la faculté ouverte à un individu intéressé par une situation, mais pressé, de raccourcir ces délais.

C'est ce que permet en tout cas l'action interrogatoire, qui consiste en une sommation adressée à quelqu'un pour savoir s'il entend se prévaloir d'un acte, d'une qualité, d'une promesse. L'effort est récompensé, puisque la prise de position doit intervenir rapidement, et le silence sera souvent interprété en défaveur du destinataire de cette interrogation.

Ce n'est pas à n'importe qui que le mécanisme s'adresse, à l'évidence. L'interrogateur doit avoir un intérêt à poser la question, ce qui suppose l'existence d'un lien de droit ou d'un lien factuel avec la personne interrogée. Par lien de droit, il faut entendre tout lien familial ou contractuel, tandis que le lien de fait englobe le tiers intéressé au contrat, soucieux de savoir si le bénéficiaire d'une promesse, par exemple, entend s'en prévaloir.

Dans cette perspective, le développement récent de l'action interrogatoire³⁹¹, toujours prévue par la loi³⁹², est sous-tendu par le principe de bonne foi.

³⁹¹ Sur lesquelles voir : M. de Fontmichel, « Les nouvelles actions interrogatoires », *Dalloz*, 2016, pp. 1665 et s.

³⁹² L'article 1123 al. 3 du Code civil dispose en matière de pacte de préférence : « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir* ». L'article 1158 al. 1 du même Code relatif à la représentation pose que « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être*

Sans sollicitation, il est impossible de se prévaloir du silence gardé par la personne qui continue de jouir de délais normaux de mise en œuvre du droit ou d'un temps inchangé pour se prononcer.

L'inertie apparaît stigmatisée sous deux angles. Du point de vue de l'interrogateur, le défaut de sollicitation coupe court à la prétention de mettre fin au silence d'autrui. Les effets de l'action interrogatoire ne se produisent pas sans mise en œuvre de celle-ci. Du point de vue de l'interrogé, la sollicitation impose une réaction anticipée et une diminution de la faculté légale de mise en œuvre d'un droit ou de prise de position, de sorte que le silence a une légitimité moindre.

Le régime de l'action interrogatoire accrédite la remarque du professeur D. Mazeaud³⁹³ qui y voit « *une forme de devoir d'exercer sa prérogative unilatérale dans un délai raisonnable lorsque cela nous est demandé par la personne tributaire de cet exercice* ». La notion génère un devoir de réaction³⁹⁴ « *qui s'aiguise dès lors que l'attentisme du détenteur d'un droit qui se refuse à l'exercer risque, non pas de dégrader sa propre situation, mais celle de son cocontractant* »³⁹⁵. Ce devoir de réaction n'en demeure pas moins atypique. Contrairement à un devoir de réaction contractuel qui imposerait au cocontractant de bonne foi le déploiement de manœuvres pour sauver le contrat, l'action interrogatoire régit des situations qui ne sont *a priori* pas litigieuses. Lointainement liée à la prescription ou à la forclusion, elle réduit le temps et accélère la dissipation de l'inertie avec une tonalité neutre.

raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ». Enfin, pour les nullités, il est prévu par l'article 1183 du Code civil qu' « *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé* ».

³⁹³ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 613. Cependant, quelques décisions illustrent au contraire la possibilité laissée au titulaire de droit de l'exercer longtemps après la naissance de son intérêt. Pour un exemple, voir Soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.216, à propos d'un salarié dont le licenciement fut déclaré nul et qui demanda sa réintégration dans l'entreprise dix ans après la rupture initiale de son contrat, avec succès.

³⁹⁴ Défini comme « *l'exigence qui lui est faite de tirer promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle illicite, [...] forme de devoir de diligence en réponse à la situation particulière qu'est le dysfonctionnement du contrat* » par H. Barbier, « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », *RTD Civ.*, 2016, pp. 856 et s.

³⁹⁵ H. Barbier, « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », *RTD Civ.*, 2019, p. 326.

Pour illustrer l'idée, qui n'en est qu'à ses prémices à raison d'un essor plutôt récent, on peut reprendre les actions interrogatoires inaugurées avec la réforme du droit des contrats de 2016.

Celle de l'article 1123 du Code civil³⁹⁶ prévoit qu'un tiers intéressé peut provoquer la réponse du bénéficiaire d'un pacte de préférence en lui demandant de confirmer s'il compte s'en prévaloir dans un délai raisonnable fixé par le tiers. Sans réponse à l'issue de ce délai, le bénéficiaire sera réputé n'avoir pas eu la volonté de s'en prévaloir et le contrat conclu avec le tiers sera inattaquable.

L'article 1158 du même Code³⁹⁷ est exclusivement consacré à ce type d'actions et il offre au tiers de lever le doute sur l'étendue des pouvoirs qu'un représenté a octroyé à un représentant avec qui il s'apprête à conclure un acte juridique, en demandant au premier de confirmer l'habilitation donnée au second. Sans réponse dans le délai raisonnable fixé par le tiers, l'habilitation sera réputée acquise et l'acte correctement conclu.

Plus symbolique encore, l'action interrogatoire de l'article 1183 du même Code³⁹⁸ s'adresse cette fois-ci à une partie au contrat. Plus précisément, un contractant peut demander à son partenaire, qui vient de prendre connaissance de l'existence d'une cause de nullité, s'il compte s'en prévaloir. Si la victime n'agit pas en nullité sous six mois, le contrat sera réputé confirmé.

Ces quelques exemples font apparaître que des sollicitations diverses activent un devoir de se positionner de leur destinataire et influent donc sur les délais au titre de la perte du droit.

³⁹⁶ Il faut s'intéresser aux alinéas 3 et 4 de cet article : « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.*

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ».

³⁹⁷ Il dispose que « *le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.*

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ».

³⁹⁸ Cet article prévoit que : « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.*

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé ».

Les interprétations qui en découlent, tantôt en faveur d'un silence-acceptation, tantôt en faveur d'un silence-renonciation, ne sont pas des sanctions, pas plus que ne l'étaient la prescription ou la forclusion. Dans le pire des cas, le titulaire d'un droit ou d'un bénéfice ne peut plus en jouir, mais jamais il n'aura à réparer l'attente que provoque son silence. Là encore, le risque de perdre un droit récompense l'activité et vise à réduire l'inertie.

Cette deuxième section a démontré que la lutte contre l'inaction peut être organisée autrement que par la perte du droit, mais en responsabilisant l'individu et en le poussant à agir avec rapidité pour conserver ses droits.

Avec les incombances, ce sont autant de charges à remplir pour la personne avant que la mise en œuvre du droit lui soit permise. Le non-exercice est donc imposé, d'une certaine manière, tant que l'incombance n'est pas accomplie, mais c'est en même temps l'activité qui est valorisée. L'exercice sera donc ouvert aux plus actifs.

Avec les actions interrogatoires, on découvre un outil mis dans les mains d'une personne intéressée par un contrat, une situation juridique, une succession, qui lui donne une mainmise sur les délais de mise en œuvre d'un droit ou du délai pour prendre position. Y procéder déclenche un délai plus court dans lequel celui qui est interrogé devra choisir ou exercer son droit au risque de subir une mesure analogue à celle qui agit en matière de prescription ou de forclusion. En ce sens, le non-exercice sera résolu plus rapidement, et l'exercice s'en retrouve encouragé encore plus vivement.

Conclusion du premier chapitre

Ce premier chapitre a mis en lumière une première réponse au non-exercice licite. Il s'agit de mettre en œuvre des notions en lien avec le temps : prescription, forclusion, incombance, action interrogatoire.

Prescription et forclusion sont en lien direct avec le temps qui est leur fondement commun. Il correspond à la période dans laquelle la mise en œuvre du droit est possible, et au terme de laquelle cette activation est fermée. Par correspondance, le non-exercice est à la latitude du titulaire de droits pendant une période déterminée au-delà de laquelle il sera traité.

Le traitement en question est adapté à l'attente que fait naître l'inaction une fois cette période passée, et c'est pour cela qu'il a pour but de briser le carcan de l'inaction. Or, pour dissiper les

doutes, rien ne semble mieux qu'une réponse claire et simple, et c'est en l'occurrence la perte du droit qui est la solution de principe en droit positif.

La licéité du non-exercice ici en cause requiert toutefois un peu de finesse. Il fut donc normal de constater qu'une fois le rapport d'obligation perdu, c'est-à-dire la faculté d'obliger un débiteur à honorer son engagement par la voie judiciaire, l'obligation naturelle persiste parfois. L'inaction étant licite, le comportement de son auteur n'étant pas blâmable, il faut en effet lui laisser l'opportunité de recouvrer son droit. La situation est équilibrée, puisque c'est le débiteur qui a l'initiative, sur inspiration morale, de satisfaire son créancier.

Les notions d'incombance et d'action interrogatoire ont un lien moins direct avec le temps, qui n'est pas le fondement de celles-ci, mais ont un effet d'un point de vue temporel.

L'incombance n'a pas non plus de lien premier avec le non-exercice puisque la charge qu'elle fait naître semble difficilement abordable sous cet angle. Il a cependant été précisé que cette charge n'est jamais une obligation, sinon la notion n'existerait pas. C'est au contraire un travail préalable à la mise en œuvre du droit dont l'effet est de forcer le non-exercice. Précisément elle décale la mise en œuvre du droit, pas aux calendes grecques mais au moment où le titulaire de droits se sera montré digne d'en jouir.

L'action interrogatoire pourrait souffrir du même reproche. S'il est paradoxal d'identifier un cas de non-exercice derrière une action exercée, l'opération est possible en raison du rôle d'accélérateur de temps de celle-ci. En effet, l'action interrogatoire fait naître de nouveaux délais de prescription ou de forclusion chaque fois qu'elle est exercée. Ce sont des délais plus courts, dans lesquels le titulaire de droits devra agir. L'action interrogatoire produit, à cet égard, une forme de stigmatisation de l'inertie et d'accélérateur de l'action, sous la menace sous-jacente d'une perte de droit de principe.

Cet encouragement à agir que contient tacitement le régime des incombances et des actions interrogatoires, se lit plus aisément à la lumière d'autres mécanismes qui partagent cet effet mais avec plus d'évidence.

▪ Chapitre 2 : le retour vers la mise en œuvre du droit

Une manière douce et bienveillante de résoudre le non-exercice licite d'un droit, en particulier lorsqu'il n'est pas imputable à la volonté de son auteur, consiste en la mise en place de mécanismes pour aider la personne à jouir de celui-ci. Le terme de jouissance a une double signification, il renvoie à la mise en œuvre d'un droit par le biais de l'action en justice, ou au fait de bénéficier d'un avantage prévu par la norme, comme peut l'être une prestation.

Le juriste devra se résoudre à prendre un peu de hauteur, et parfois faire œuvre d'imagination, car le retour vers l'action suggère une subtilité accrue par rapport à la perte du droit. Il n'est plus question de règles dont l'application entraîne la perte d'un droit ou de la faculté de le mettre en œuvre, il s'agit de mécanismes variés qui sont le support d'une réflexion juridique poussée. Quel en est le fondement, qui en est à l'origine, comment fonctionne-t-il, est-ce efficace ?

Ces questions, qui interviennent dans l'ordre chronologique, suscitent des réponses qui éclairent en quoi le non-exercice peut être résolu par l'exercice, avec un chaînon central qui est l'incitation au sens commun du terme.

Un début de réponse à ces interrogations va aider à scinder le raisonnement en deux axes.

Le fondement d'un mécanisme peut être d'annihiler le non-exercice avec l'octroi d'une aide qui doit stimuler l'action par la suite. Le terme d'incitation est pertinent mais sa résonance est amoindrie. Certaines des mesures envisagées, comme l'allocation d'une somme à caractère alimentaire, ont un aspect davantage préventif qu'incitatif, de même que la commission d'office d'un avocat. L'origine institutionnelle de ces mesures, débattues au Parlement et prévues par la norme, milite en faveur d'un effet plutôt préventif.

Par opposition, l'individu peut trouver à portée de main des mécanismes d'aide, voire subir l'influence de certains signaux, qui n'ont pas de but préventif, en ce sens qu'ils ne sont pas imaginés pour supprimer le non-exercice mais le diminuer. Le droit peut ne même pas consacrer ceux-ci qui sont engendrés dans des rapports purement horizontaux : ce sont les particuliers qui développent ou ont pensé ces mécanismes, qui les utilisent, et la norme intervient peu ou pas du tout. Ici, l'aspect incitatif est conservé et l'exercice est encouragé

dans un but parfois moins louable, à mi-chemin entre l'intérêt du titulaire du droit et celui de l'individu qui met en place l'aide pour en tirer profit lui-même.

On observe alors la coexistence de mesures préventives du non-exercice (section 1) et de mesures incitant à l'exercice (section 2).

- **Section 1 : la prévention du non-exercice**

La prévention du non-exercice rassemble le panel de dispositifs dont le but est de donner à l'individu tous les moyens pour éviter qu'il n'utilise pas un droit, qu'elles l'aident à mettre en œuvre à bon escient, qu'elles lui fournissent un moyen d'agir sans lequel l'action n'aurait pas eu lieu, ou que leur déploiement automatique ait un effet direct sur la situation bénéficiaire.

Cet effet préventif se dévoile sous deux augures.

La mise à disposition de moyens dans les mains du titulaire du droit sert à lui en permettre un exercice personnel mais efficace, et évite une trop grande intervention d'autrui dans la boucle. Elle se remarque à travers l'information, qui constitue à ce jour le procédé le plus basique et utile pour éclairer une personne sur l'existence d'un droit, mais aussi sur les modalités de son exercice, ou sur l'existence d'une situation qui requiert son intervention. L'information joue le rôle de levier de l'action, son rôle préventif vient du fait que la loi élargit le panel d'obligations d'information pour éviter qu'une personne puisse se prévaloir de l'ignorance. Dans cette perspective, une bonne information fait varier la nature profonde du non-exercice, qui reste licite sur le principe mais vaudra à la personne inactive à présent informée d'être traitée autrement, avec la perte du droit par exemple. L'information éclaire, vise à abaisser le non-exercice, et en tout cas fera basculer les règles applicables une fois délivrée.

D'autres dispositifs reposent sur une intervention extérieure et institutionnelle pour que l'individu recouvre des moyens d'agir avec efficacité et qu'il ne puisse plus se prévaloir, là non plus, de circonstances propres à excuser l'inertie. Le terme institutionnel renvoie à toute personne issue du milieu juridique, avocat ou juriste, susceptible d'aider le non-exerçant, ou à tout mécanisme légal dont l'application met dans les mains du non-exerçant les outils nécessaires pour faire valoir un droit. L'information n'est pas comprise ici car elle est délivrée

par un tiers qui n'agit pas en qualité de juriste, ce qui lui retire tout caractère institutionnel. Le titulaire de droit se retrouve accompagné pour utiliser ses droits, que ce soit financièrement, humainement, juridiquement.

Le non-exercice peut alors être prévenu par l'information (sous-section 1) ou l'accompagnement (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : les obligations d'information**

Pour s'assurer que l'information, apport d'éléments qui éclairent la volonté de celui qui la reçoit, soit diffusée au mieux, l'obligation est le vecteur le plus favorable. Il impose à quiconque détient une information, par sa posture ou son statut d'initié, de la délivrer à quiconque est légitime à ne pas la connaître, le béotien prétendant au statut de non-professionnel. La configuration type apparaît rapidement : est un spécialiste le vendeur professionnel, est un néophyte le consommateur. Fort heureusement, l'importance de l'information ne se rencontre pas qu'en droit de la consommation, elle est aujourd'hui généralisée. Une thèse existe déjà sur le sujet³⁹⁹. Aussi, pour conserver une vision adaptée au sujet du non-exercice, il faut mentionner son existence en matière pénale (paragraphe 1) et civile (paragraphe 2).

- **Paragraphe 1 : les obligations d'information en matière pénale**

En matière pénale, c'est l'accusé qui est en posture défavorable et c'est à son égard que sont érigés les fameux droits de l'accusé, dont le contrôle s'effectue au regard de l'équité globale du procès. La rupture de cette équité intervient lorsque l'une de ses composantes n'a pas été sauvegardée, sans qu'une autre de celles-ci ait été suffisamment augmentée pour

³⁹⁹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Anthologie du droit 2014. Cette version est une réédition, la première publication par cet éditeur datant de 1992.

contrebalancer la situation. Parmi les garanties d'un procès équitable, l'effectivité du droit d'être assisté par un avocat et du droit de se taire sont dès le départ garantis par une information sans laquelle il serait bien difficile pour l'accusé de se douter de ce à quoi il peut prétendre.

Le droit à l'assistance d'un avocat a d'abord été protégé par le système conventionnel de protection des droits de l'homme. Avant une loi de 2011⁴⁰⁰, le droit français n'abordait ce droit qu'avec une regrettable parcimonie et n'en octroyait pas le bénéfice à la personne gardée à vue, à qui il s'adresse pourtant avec le plus d'évidence.

L'article 6 de la Convention EDH l'évoque explicitement et pose que « *tout accusé a droit notamment à (...) l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ». Prévu dans une vocation générale, la Cour EDH l'a déployé au bénéfice du gardé à vue dans un arrêt fondateur, la jurisprudence *Salduz*⁴⁰¹, qui concernait une personne mineure. Sa reconnaissance de culpabilité pour participation à une manifestation prohibée du parti des travailleurs du Kurdistan avait été obtenue à l'issue d'une garde à vue pendant laquelle elle n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un avocat. La Cour EDH conclut à la violation des articles 6§1 et 6§3 car le défaut d'assistance d'un conseil avait nui aux droits de se défendre du mineur, même s'il avait conservé la possibilité de contester avec efficacité les preuves à charge lors de son procès. Cette dernière possibilité n'avait pas suffi pour sauvegarder l'équité globale de la procédure, ce qui démontre l'importance conférée à ce droit, envisagé isolément dans le procès équitable, et maximise l'importance de l'obligation d'information.

La Cour EDH a ensuite condamné la France par un arrêt *Brusco*⁴⁰², dans lequel un homme, soupçonné d'avoir commandité une agression, fut entendu en tant que témoin après avoir prêté serment. Son droit à l'assistance d'un avocat avait été bafoué puisque cette audition, intervenue après le placement en garde à vue, cachait en réalité une « *accusation en matière pénale* » qui déclenche l'activation d'un tel droit. Or, un avocat n'était intervenu qu'une journée après le début de la garde à vue, ce qui est contraire aux mêmes articles 6§1 et 6§3

⁴⁰⁰ Loi n° 2011/392 du 14 avril 2011

⁴⁰¹ Cour EDH, GC, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02.

⁴⁰² Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07.

de la Convention EDH. Cette affaire a donné du droit pénal français l'image d'un droit attardé et obsolète. Le Code de procédure pénale, sous impulsion d'une loi de 2011⁴⁰³, rectifie le tir et prévoit désormais que toute personne placée en garde à vue peut solliciter l'assistance d'un avocat⁴⁰⁴.

Pour le rendre plus effectif, le même Code l'assortit alors de diverses obligations d'information. Ainsi, dès son placement en garde à vue, la personne doit être « *immédiatement informée (...) du fait qu'elle bénéficie (...) du droit d'être assistée par un avocat* »⁴⁰⁵. Cette protection a ensuite été étendue à « *toute personne à l'égard de laquelle existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé, en tant qu'auteur ou complice, à la commission d'un délit puni d'emprisonnement* »⁴⁰⁶, laquelle doit être informée de son droit à bénéficier d'un avocat de son choix ou, à défaut, commis d'office, avant qu'une reconstitution ou une séance d'identification de suspects ne débute. Dans un souci d'égalité, la victime est aussi informée d'un même droit avant sa confrontation avec la personne gardée à vue⁴⁰⁷, ce qui fait de ce système de notification un ensemble protecteur tant pour l'accusé que pour la victime.

Des exceptions ont toutefois été érigées pour faire face à certains contextes extraordinaires. Une autorisation du procureur de la République peut ainsi permettre le report de la présence d'un avocat de douze heures « *si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* »⁴⁰⁸. Dans le même ton, la Cour EDH a toléré que des autorités nationales ne notifient pas à des personnes arrêtées l'existence de ce droit, les privant de l'assistance d'un avocat, dans un contexte terroriste, avec pour toile de fond la nécessité de prévenir la

⁴⁰³ V. *supra*, note 470.

⁴⁰⁴ L'alinéa 1^{er} de l'article 63-3-1 du Code pénale prévoit en ce sens que « *Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier* ».

⁴⁰⁵ Cette obligation d'information tirée de l'article 63-1 du Code de procédure pénale se mêle parmi d'autres, comme celles relatives au droit à l'assistance d'un interprète ou au droit à subir un examen médical.

⁴⁰⁶ Article 61-3 du Code de procédure pénale.

⁴⁰⁷ En vertu de l'article 63-4-5 du Code de procédure pénale.

⁴⁰⁸ Voir l'article 63-4-2 du Code de procédure pénale.

réalisation d'attentats suicides sur le sol britannique⁴⁰⁹. L'obligation d'information disparaît dès lors que le droit qui y est agrégé cède face à l'objectif de retrouver rapidement une personne en danger ou d'éviter une tuerie de masse.

Si l'on comprend l'influence de ces circonstances exceptionnelles sur la garantie des droits en ce qu'elle décharge partiellement de ses obligations la Haute partie contractante, l'on saisit moins que le droit commun de la garde à vue subisse les conséquences néfastes d'un placement des droits de l'accusé sous l'égide des garanties procédurales.

Devenant des garanties d'un procès équitable, l'irrespect de l'une, telle que l'obligation de notifier le droit à l'assistance d'un avocat, peut désormais être contrebalancé par le déroulement satisfaisant de la procédure dans son ensemble. Le droit garde ce qualificatif mais en perd la nature, il devient un facteur du procès équitable. L'obligation d'information tombe dans cet abîme.

Dès lors, la Cour EDH a pu enclencher un courant jurisprudentiel focalisé sur l'emploi fait des informations délivrées par des personnes à qui leur droit d'être assisté n'a pas été notifié. Un axiome ressort de ce courant : si des aveux ou des éléments informationnels obtenus en l'absence d'aide d'un conseil sont versés au dossier pénal, l'équité procédurale risque d'être tenue pour compromise⁴¹⁰. A l'inverse, si les informations ne dégènèrent pas en moyens de preuve, le procès demeure équitable⁴¹¹.

Cet allègement critiquable du contrôle de la Cour est *a priori* à nuancer. Dans sa jurisprudence *Simeonovi*⁴¹², elle mettait l'accent sur l'absence d'influence du défaut de notification à l'accusé de son droit à l'assistance d'un conseil, car celui-ci était passé aux aveux deux semaines après que ce droit soit devenu effectif. En quelque sorte, le défaut de notification n'a eu aucun impact, l'irrespect du droit de fond (le droit d'être assisté) non plus. Cette prise en compte du contexte d'ensemble réapparaît dans un arrêt plus récent, l'arrêt *Bloise*⁴¹³, dans lequel la Cour a fait état d'éléments extérieurs aux déclarations faites pendant la garde à vue,

⁴⁰⁹ Cour EDH, GC, 13 septembre 2016, *Ibrahim c. Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09.

⁴¹⁰ Voir par exemple, Cour EDH, GC, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10 ; Cour EDH, 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, n° 62313/12 ; Cour EDH, 18 janvier 2022, *Atristain Gorosabel c. Espagne*, n° 15508/15.

⁴¹¹ Cour EDH, GC, 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgari*, n° 21980/04 ; Cour EDH, 11 juillet 2019, *Bloise c. France*, n° 30828/13.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ *Ibid.*

éléments apportés par la personne qui était lors de leur délivrance assistée d'un avocat. Qu'elle ait été ou non notifiée de son droit, cela n'avait pas eu d'influence selon la Cour.

Mais dans un cas comme dans l'autre, des doutes peuvent être émis sur la minimisation de l'impact de la carence étatique à notifier et protéger ce droit. Sans être versés au dossier pénal, les différents éléments peuvent avoir leur importance et, par exemple, mettre juges et enquêteurs sur la piste d'autres moyens de preuve qui prendront leur place dans le dossier. Ces preuves rapportées n'auraient pas forcément été trouvées sans que ces auditions préalables sans avocat n'aiguillent vers elles. Elles ne sont pas mentionnées dans le dossier, peut-être, mais de leur existence dépend le dossier quand même. Quitte à apprécier le procès dans son ensemble, il serait bon de le faire jusqu'au bout et de ne pas faire fi de l'irrespect de certaines obligations par l'autorité. Voilà donc une piste pour consolider l'exercice des droits de l'accusé : arrêter cette analyse moins-disante fondée sur l'équité globale du procès, et en revenir à des droits autonomes protégés en tant que tel.

L'équité procédurale se dévoile alors sous un mauvais jour, celui d'un concept réducteur des droits, car destructeur de garanties autonomes. Hélas, la tendance est la même à propos du droit de se taire.

Pour le droit de se taire, ce n'est pas en droit national mais encore du côté de la Cour EDH qu'il faut rechercher les prémises d'une protection dessinée à l'occasion d'une affaire *John Murray* de 1996⁴¹⁴. Lui reconnaissant déjà une place parmi les « *normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable* »⁴¹⁵, faisant référence à l'article 14 paragraphe 3 point g) du pacte international relatif aux droits civils et politiques ou encore à la directive n° 2012/13/UE et à la directive 2016/343/UE, elle l'avait aggloméré à l'article 3 de la Convention pour prévenir l'obtention de preuves par la force, notamment d'aveux, à l'occasion des jurisprudences *Jalloh*⁴¹⁶ et *Göçmen*⁴¹⁷.

Toutefois, au contraire du droit à l'assistance d'un avocat, le droit de se taire et la notification subséquente ne sont pas prévus par le texte de la Convention, si bien que sa protection dépend davantage de l'interprétation de la Cour. Tout laxisme de sa part réduirait une barrière

⁴¹⁴ Cour EDH, GC, 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, n° 18731/91.

⁴¹⁵ Ibid, §45.

⁴¹⁶ Cour EDH, GC, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00.

⁴¹⁷ Cour EDH, 17 octobre 2006, *Göçmen c. Turquie*, n° 72000/01.

qui lui fut d'autant plus fastidieux de bâtir qu'elle fut érigée il y a seulement une vingtaine d'années.

Or, dès l'affaire *Brusco* rendu contre la France⁴¹⁸ en 2010, la protection du droit de se taire a de façon très franche été reléguée à un rang subsidiaire. La Cour énonce dans cet arrêt que « *la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat (...), et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée (...) de son droit de se taire* ». Formule *a priori* anodine, qui indique que le droit à l'assistance d'un avocat doit être encore mieux protégé que de coutume en l'absence de notification d'un autre droit du procès équitable. S'y cache en réalité une vision médiocre selon laquelle la carence à préserver le droit de se taire est susceptible d'être lavée par l'assistance d'un avocat. Nul besoin d'être fin limier pour se risquer à une tentative d'approbation de cette interprétation : l'avocat chargé de défendre l'accusé pourra très bien se substituer aux autorités et informer son client qu'il dispose d'un droit de se taire. C'est quand même son rôle de conseiller un client, et l'intimité favorise la pédagogie. L'équité procédurale a beau être sauve pour l'accusé, il n'en demeure pas moins que la carence bien réelle des autorités n'a pas à être réparée par des particuliers, ce qui en dit long sur les ambitions de progrès de la Cour EDH vis-à-vis des droits des accusés.

Le droit français, qui a consacré ce droit récemment, a mis en place un arsenal qui lui donne des airs de gardien docile.

La loi du 14 avril 2011⁴¹⁹ est venue modifier l'article 63-1 du code de procédure pénale et impose que la notification de ce droit soit faite au gardé à vue⁴²⁰, mais aussi à la personne placée en retenue douanière⁴²¹, avant que la loi du 27 mai 2014⁴²² transposant une directive relative à l'information dans le cadre des procédures pénales ne consacre le principe d'une notification obligatoire. Le Code de procédure pénale l'a en suivant développé et il s'étend désormais à la personne accusée entendue librement⁴²³, au témoin assisté⁴²⁴, au mis en

⁴¹⁸ Affaire *Brusco* précitée.

⁴¹⁹ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011.

⁴²⁰ *Ibid.*, article 3.

⁴²¹ *Ibid.*, article 19.

⁴²² Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014.

⁴²³ Article 61-1 du Code de procédure pénale.

⁴²⁴ Article 113-4 du Code de procédure pénale.

examen dans la phase judiciaire ainsi qu'au prévenu comparaisant devant le tribunal correctionnel⁴²⁵ et la chambre des appels correctionnels⁴²⁶.

La globalisation de l'obligation de notifier à la personne accusée qu'elle dispose d'un droit de garder le silence peint un droit français sous des aspects protecteurs. Cette protection ne s'arrête pas qu'au texte. La jurisprudence lui confère une valeur importante. Elle n'hésite pas à faire jouer cette garantie là-même où le texte ne la prévoit pas. La Cour de cassation a par exemple décidé de s'affranchir de la lettre de l'article 199 du Code de procédure pénale, qui n'aborde pas ce droit, pour estimer qu'il faisait « *nécessairement grief* »⁴²⁷ à la personne qui comparait à l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction de ne pas recevoir la notification de son droit de garder le silence.

Et le vent jurisprudentiel qui semble freiner ce courant est à minimiser⁴²⁸, bien que deux arrêts méritent de rapides observations pour s'en convaincre.

Dans un premier arrêt, une assistante maternelle, mise en accusation⁴²⁹ du chef de violences volontaires ayant entraîné la mort d'un enfant décédé après un secouement s'était plaint que son droit de se taire ne lui avait jamais été notifié alors qu'elle devait comparaître devant la chambre de l'instruction, saisie de l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction la renvoyant devant une cour d'assises. Le pourvoi en cassation formé sur ce moyen fut rejeté, la Cour du quai de l'horloge constatant que la personne n'avait pas paru à l'audience devant la chambre de l'instruction. Les circonstances ne plaident pas en faveur de la demandeuse au pourvoi. « *La méconnaissance d'une telle obligation pourrait difficilement faire grief à une*

⁴²⁵ Article 116 al. 4 du Code de procédure pénale et article 406 du même Code.

⁴²⁶ Article 512 du Code de procédure pénale.

⁴²⁷ Crim., 14 mai 2019, n° 19-81.408. Voir sur cet arrêt, C. Ribeyre, « Obligation de notifier le droit de se taire lors de l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction », *JCP édition générale*, n° 26, 1er juillet 2019, commentaire 705. La Cour de cassation a récemment repris la même terminologie en considérant que « *la méconnaissance de l'obligation d'informer le prévenu du droit de se taire lui fait nécessairement grief* ». Ce rappel récent est toutefois moins singulier puisqu'il est effectué au *visa* des articles 406 et 512 du code de procédure pénale et non au *visa* de l'article 6 de la CEDH. Cour de cassation, Crim., 16 octobre 2019, n° 18-86.614. Voir sur cet arrêt, P. Collet, « La protection effective de l'information du droit au silence », *JCP édition générale*, n° 50, 9 décembre 2019, commentaire 1295.

⁴²⁸ Crim., 6 janv. 2015, n° 14-87.893, *Dalloz actualité*, 9 février 2015, obs. C. Fonteix ; *RTD eur*, 2016, 374-31, obs. B. Thellier de Poncheville ; *ibid.*, 374-31, obs. B. Thellier de Poncheville ; Crim., 17 novembre 2021, n° 21-80.567, *Dalloz actualité*, 25 novembre 2021, obs. M. Dominati ; *Dalloz*, 2021, 2090 ; *ibid.*, 2022, 1487, obs. J.-B. Perrier ; *AJ pénal*, 2021, 600 et les obs. ; *ibid.*, 600 et les obs.

⁴²⁹ Crim., 27 janvier 2021, n° 20-86.037.

personne absente lors de l'audience devant la chambre de l'instruction »⁴³⁰. Cette solution n'est pas un assouplissement. La notification du droit de se taire ne peut être délivrée qu'à une personne en mesure de se taire, celle « *comparaissant à l'audience* », conformément à la décision de 2019⁴³¹, pas à l'absent qui ne comparait nulle part. S'il y a obligation de notifier, à l'impossible, et surtout à l'inutile, nul n'est tenu.

Dans un deuxième arrêt, c'est un détenu condamné pour infraction à la législation sur les stupéfiants⁴³² qui contestait la validation par la chambre d'application des peines d'un jugement abaissant à dix-huit mois le sursis avec mise à l'épreuve initialement prononcé par la Cour d'appel grenobloise, se plaignant de n'avoir pas été avisé de son droit de se taire. Fut mise à l'écart toute obligation de notifier le droit de se taire au condamné devant un juge de l'application des peines, dont il fut relevé que sa fonction est simplement de régler les modalités d'exécution des peines⁴³³. Concernant cette décision, il est vrai que l'on ne peut guère se satisfaire des subtilités avec lesquelles la Cour de cassation semble s'amuser, qui étend la notification obligatoire avant que n'intervienne une juridiction de jugement, notamment pendant l'instruction, mais qui exige que soit en jeu le bien-fondé de l'accusation pour que soit exigée une notification. Ce juge-là connaît donc le contradictoire, lorsqu'il est question de réduction de peines ou de sorties, ses décisions sont donc susceptibles d'appel, comme ce fut le cas en l'espèce, le maniement de la notification du droit de se taire ne devrait pas lui être trop périlleux. Des arguments pratiques furent bien trouvés, ce droit serait inutile voire ambigu à ce stade⁴³⁴. Mais la mesure où le débat sur la culpabilité vise, en partie, à éviter une peine, et que le débat ici mené devant la chambre d'application des peines vise à éviter de purger une partie de la peine ainsi réduite, il est au contraire probable que le condamné trouve utile de laisser son avocat manœuvrer et ne se mette pas des bâtons dans les roues.

⁴³⁰ S. Goudjil, « Notification du droit de se taire lors de l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction : pas d'obligation d'information en l'absence de comparution de la personne mise en examen », *Dalloz actualités*, 22 février 2021, sur *Crim.*, 27 janvier 2021, n° 20-86.037.

⁴³¹ *Crim.*, 14 mai 2019, n° 19-81.408, précitée.

⁴³² *Crim.*, 14 sept. 2022, n° 21-86.796.

⁴³³ Voir M. Dominati, « Pas de notification du droit de se taire devant les juridictions de l'application des peines », *Dalloz actualités*, 21 septembre 2022, citant notamment Cour EDH, 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, req. n° 37575/04, *AJ pénal*, 2012, 352, obs. M. Herzog-Evans ; *Crim.* 21 sept. 2016, n° 15-83.954, *Dalloz*, 2017, p. 1274, obs. M. Herzog-Evans ; *AJ pénal*, 2017, p. 49 ; Cour EDH, 3 septembre 2019, *Robert c. France*, req. n° 1652/16, *AJ pénal*, 2020, p. 38 ; *RSC*, 2020, p. 151, obs. D. Roets.

⁴³⁴ Voir M. Dominati, obs. précitées.

Non, l'argument est théorique. On voit plutôt mal comment l'obligation de notifier de l'article 406 du Code de procédure pénale aurait pu être étendue à la chambre de l'application des peines, alors que l'article litigieux se trouve dans un chapitre du Code relatif au tribunal correctionnel, dans le même temps que les dispositions relatives au juge de l'application des peines n'y font pas référence. Les droits des accusés ne sont pas un terrain propice à l'improvisation.

Ce type de jurisprudences n'amenuise donc pas la protection conférée au droit de se taire. Le texte est respecté, l'esprit aussi, et le Conseil constitutionnel peut toujours promouvoir sa volonté jusqu'au-boutiste de protéger le droit de se taire quitte à sanctionner la lacune de certaines dispositions légales qui ne prévoient pas la notification subséquente à divers stades de la procédure pénale⁴³⁵.

C'est sur ce point que détonne avec la jurisprudence de la Cour EDH, qui procède en parallèle à l'inscription du droit de se taire parmi l'équité globale de la procédure, comme elle le fit avec le droit à l'assistance d'un avocat.

Dans l'affaire *Ibrahim*⁴³⁶, le droit de se taire avait déjà été mis de côté au regard de la nécessité de recueillir des informations sur des attentats potentiels. Vu le contexte, on peut admettre que le droit commun cède ou qu'il subisse une paralysie temporaire. Dans cette perspective, la Cour EDH inaugure, sur inspiration du droit américain, une véritable « *exception de sureté publique* »⁴³⁷. Les affaires *Bloise*⁴³⁸ et *Olivieri*⁴³⁹ ne sont pas émaillées d'une même singularité. La Cour a fait le choix dans celles-ci de placer, comme elle avait pu le faire à propos du droit à l'assistance d'un avocat dans l'affaire *Simeonovi*, sous le prisme de l'équité procédurale.

Elle avait par conséquent recherché si les aveux faits au cours de la garde à vue durant laquelle la personne interrogée n'avait bénéficié ni de la notification de son droit de garder le silence,

⁴³⁵ Cons. const. 4 mars 2021, n° 2020-886, RSC 2021. 483, obs. A. Botton ; 9 avr. 2021, n° 2021-895/901/902/903 QPC, *Dalloz* 2021. 699. A propos de l'article 145 al. 6 du Code de procédure pénale, qui ne prévoit pas que la personne mise en examen soit informée de son droit de garder le silence lors du débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention, voir : Cons. const. 30 sept. 2021, n° 2021-935 QPC, obs. D. Goetz, *Dalloz actualités*, 7 octobre 2021.

⁴³⁶ Cour EDH, GC, 13 septembre 2016, *Ibrahim c. Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09.

⁴³⁷ Voir les affaires Cour suprême des Etats-Unis, *Miranda vs Arizona* 384 U.S. 436, 1966 ; Cour suprême des Etats-Unis, *New York vs Quarles* 467 U.S. 649, 1984.

⁴³⁸ Cour EDH, 11 juillet 2019, *Bloise c. France*, n° 30828/13.

⁴³⁹ Cour EDH, 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, n° 62313/12.

ni de celui de disposer de l'aide d'un avocat, avaient occupé une place déterminante dans la condamnation finale. Et, là où « *les propos tenus par le requérant au cours de la garde à vue et (...) les déclarations faites à ce stade [n'ont finalement occupé] aucune place dans la motivation des juges du fond* »⁴⁴⁰ dans l'affaire *Bloise*, il est apparu dans l'affaire *Olivieri* que « *rien dans la motivation des décisions internes ne [permettait] de considérer que [des éléments autres que ceux recueillis de manière litigieuse] pourraient être regardés comme des parties intégrantes et importantes sur lesquelles reposaient la condamnation* »⁴⁴¹.

La protection accordée au droit de se taire est à première vue équivalente à celle du droit à l'assistance d'un avocat, garantie parmi d'autres d'un procès équitable. Or, en la matière, si la notification du droit de se taire ne semble pas en mesure de sauver l'équité d'une procédure au cours de laquelle un individu n'a jamais été défendu par un conseil, la notification puis la mise à disposition d'un avocat peut pallier le défaut d'information du droit de se taire⁴⁴².

Accorder droit français et droit européen sur un terrain qui fait l'objet d'analyses différenciées n'est pas chose aisée. Là où le droit français favorise la défense de droits autonomes dont l'irrespect ferait grief à l'accusé, quitte à obliger à notifier un droit quand le texte ne le prévoit pas⁴⁴³, le droit européen place ces droits sous l'égide du procès équitable dans lequel l'information demeure facultative tant qu'elle n'entraîne pas une rupture de l'équité. Le problème est le suivant : si le droit français régresse ou n'érige pas de nouvelles obligations, la Cour EDH ne censurera pas la position des juridictions françaises, en tout cas pas avec sa pensée actuelle. C'est là une curieuse façon de garantir l'effectivité des droits⁴⁴⁴ et de les promouvoir⁴⁴⁵.

L'exercice de certains des droits des accusés est battu en brèche du fait qu'une restriction injustifiée à ces droits soit excusée par la préservation de l'équité procédurale. Ce contrôle de

⁴⁴⁰ Affaire *Bloise*, précitée, § 58.

⁴⁴¹ Affaire *Olvieri* précitée, § 37.

⁴⁴² C'est ce que l'on peut tirer du raisonnement de l'arrêt *Brusco c. France* précité.

⁴⁴³ Cons. const. 4 mars 2021, n° 2020-886, décision précitée.

⁴⁴⁴ Il faut dire que sa recherche par la Cour EDH n'est pas récente. Elle a eu l'occasion d'énoncer que les droits de la Convention ne sont pas « *théoriques et illusoires* » mais « *concrets et effectifs* ». Pour un arrêt fondateur, voir Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, §§ 24-26.

⁴⁴⁵ C'est le rôle que lui assigne le troisième considérant du préambule de la Convention EDH en tant qu'organe juridictionnel du Conseil de l'Europe : « *Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

proportionnalité des atteintes injustifiées ne sied pas du tout à une lutte contre le non-exercice, que l'obligation d'informer a précisément pour but de combattre.

Pour minimiser l'influence de ces coups de rabot portés aux droits des accusés, un magistrat a pu questionner la pertinence d'une notification systématique, qui en deviendrait « indigeste » : « *le droit de se taire, c'est, d'une part, l'interdiction faite aux autorités de contraindre un mis en cause à parler et, d'autre part, l'interdiction faite aux juges de tirer argument de son silence pour asseoir une culpabilité. Répéter au mis en cause qu'il a le droit de se taire est-il vraiment le meilleur moyen pour assurer le respect de ce droit par l'autorité judiciaire ?* »⁴⁴⁶.

Entre ces deux extrêmes, le rejet de l'interprétation du silence et la protection contre des interrogatoires musclés ou malicieux, se trouve un niveau médian. Il ne faudrait pas oublier que se taire est le moyen d'éviter à un accusé, parfois à l'accusé entendu comme témoin, de dévoiler de lui-même des éléments qui le compromettent. Que l'autorité judiciaire répète le droit de se taire à des accusés *lambda* n'a rien de superflu, ne serait-ce que pour éviter qu'il ne se mette à parler de lui-même, impressionné par la machine judiciaire, sans qu'il ait été contraint de le faire⁴⁴⁷.

L'évolution du droit pénal français est récente. On s'aperçoit aussi qu'elle n'est pas aboutie, et qu'elle est faiblement encouragée par la vision européenne en la matière. En matière civile, des contradictions persistent mais le droit européen a démontré une approche plus protectrice.

- **Paragraphe 2 : les obligations d'information en matière civile**

L'obligation d'information en matière civile sous-tend deux enjeux classiques : un droit est utilisé lorsque la nécessité de le mettre en l'œuvre est connue mais encore faut-il, parfois, qu'il soit connu !

⁴⁴⁶ J. Hennebois, « Du droit au silence à l'encouragement à se taire », *AJ Pénal*, 2021, p. 407.

⁴⁴⁷ Pour une vision générale, voir A. Botton, « Le droit de se taire, un grief efficace », *RSC*, 2022, pp. 419 et s.

Une approche de l'obligation d'information en matière civile consiste donc à en faire un moyen d'éviter que des individus n'oublie d'exercer des droits dans un certain délai.

Cet objectif a déjà été mis en lumière en matière bancaire. Une loi de 2014⁴⁴⁸, impose à un établissement d' « *[informer] par tout moyen à sa disposition le titulaire, son représentant légal, la personne habilitée par lui ou, le cas échéant, ses ayants droit connus de l'établissement* »⁴⁴⁹, que les sommes contenues sur un compte inactif vont être déposées à la Caisse des dépôts et consignations en l'absence de mouvement de fonds, avant que l'Etat ne récupère ces sommes en vertu d'une prescription translatrice de propriété prévue par l'article L.312-20 du Code monétaire et financier. L'information en question a vocation à inciter le titulaire d'un compte à mettre en œuvre ses facultés contractuelles, celle de déposer, de retirer, ou de transférer les fonds sur un autre compte, pour d'une certaine manière réveiller ce compte dormant.

Cette obligation au titre de l'incitation à agir a été instaurée après que le déséquilibre contractuel, qui résulte de l'absence d'information, ait suscité la commande d'une enquête à la Cour des comptes en 2012⁴⁵⁰. Cette évolution repose sur le problème des comptes en déshérence et des assurances-vie non réclamées qui profitent aux établissements de crédit, mais c'est un problème commun à la jurisprudence *Zolotas* précitée⁴⁵¹. En tout cas, la matière bancaire démontre que « *la CEDH peut apporter sa contribution à l'avancement d'une conception substantielle de la liberté contractuelle en imposant à l'État des obligations de protection de la partie faible* »⁴⁵², c'est la première fois que la Cour faisait jouer un effet additif des droits fondamentaux sur le contrat⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Loi n° 2014-617, 13 juin 2014, relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance-vie en déshérence.

⁴⁴⁹ Voir l'article 312-19 du Code monétaire et financier.

⁴⁵⁰ F. Marchadier, « L'arrêt *Zolotas* c/ Grèce au soutien du renforcement des droits des épargnants », *Revue des contrats*, 2015, p. 133.

⁴⁵¹ Cour EDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce* (n°2), req. n° 66610/09.

⁴⁵² S. Praduroux, « Quelques remarques sur la protection de la liberté contractuelle en droit européen », *Revue de l'Union européenne*, 2020, p. 450.

⁴⁵³ Voir la notion découverte par E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental, Avantage lié à l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme », *Lamy droit du contrat*, 245-15. Dans le prolongement de l'affaire *Zolotas*, l'effet additif a pu être remarqué dans une affaire *Vilnes c. Norvège*, entre autres, qui concerne le manquement de l'Etat à l'article 8 de la Convention EDH pour ne pas avoir imposé aux employeurs une obligation d'information sur la sécurité des plongeurs en raison des paliers de décompression utilisés (trop

Répond à cet effet additif un effet élusif⁴⁵⁴, symbolisé par la mise au ban de règles qui contreviennent à la philosophie contractuelle recherchée, comme le solidarisme contractuel. Ainsi, dans une affaire *Howald Moor* rendue contre la Suisse⁴⁵⁵, à propos de la réparation des préjudices soufferts par les travailleurs de l'amiante, la Cour EDH a pu estimer que l'application systématique des règles de prescription décennale aux victimes dont les pathologies ont été diagnostiquées longtemps après leur exposition à cette substance prive les intéressés de faire valoir leur prétention en justice⁴⁵⁶. Pour la Cour, « lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription »⁴⁵⁷, ce que ne faisait pas la législation suisse de l'époque. Si une telle solution est marquée par la spécificité du régime juridique de l'amiante, épicerie de l'objectif de réparer tous les dommages, elle permet néanmoins d'illustrer la conséquence limpide d'une généralisation des obligations d'information : contre l'individu non ou mal informé, un délai de prescription ne peut courir car le sujet n'est pas en mesure d'agir⁴⁵⁸. Le droit français en la matière a déjà été abondamment cité, mais pour ne reprendre qu'un exemple ici, c'est dans cette logique que la sanction du défaut d'information relative au recours est que celui-ci ne court pas⁴⁵⁹.

Mais les obligations d'information n'ont pas uniquement pour but d'éviter aux justiciables les effets d'une règle qui balise l'exercice d'un droit dans un délai.

Selon une autre approche qui questionne la titularité sur le droit, c'est l'exercice de certains droits qui est tributaire de la délivrance d'une information lorsque des individus ne sont tout simplement pas au courant qu'ils peuvent en bénéficier. L'obligation d'information intervient alors en amont, pour provoquer la jouissance de droits inconnus.

rapides, ce qui engendrera par la suite de nombreuses maladies). Cour EDH, 5 décembre 2013, *Vilnes et autres c. Norvège*, req. n° 52806/09 22703/10.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Cour EDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, req. n° 52067/10, 41072/11.

⁴⁵⁶ L'effet élusif est toutefois singulier. Rien dans le contrat n'est ici effacé, c'est l'application de délais légaux qui est paralysée.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, § 77.

⁴⁵⁸ J.-S. Borghetti, « La conformité aux droits fondamentaux des délais de prescription des actions en responsabilité civile », *Dalloz*, 2014, p. 1019.

⁴⁵⁹ Civ. 2^{ème}, 3 décembre 2015, n° 14-24.909, *Gaz. Pal.*, 9 février 2016, p. 66, note L. Mayer.

Cette approche trouve un secteur de prédilection dans la matière sociale, car les prestations ne sont pas dans le patrimoine de leurs bénéficiaires *ab initio*, et les personnes concernées se trouvent dans une posture de retrait. En effet, là où le propriétaire, le titulaire d'un compte en banque ou le contractant en général ont acquis des droits en accédant à ces différents statuts juridiques, l'individu envisagé sous l'angle du droit de la protection sociale, le bénéficiaire potentiel, n'est pour l'heure pas engagé dans un rapport juridique. Vu qu'il ne s'attend pas forcément à avoir des droits, ce qui l'intéresse n'est pas tant de savoir comment l'exercer que de savoir s'il en a, et précisément de savoir à quoi il peut prétendre.

Or, corde sensible du non-recours, la « *non-connaissance* »⁴⁶⁰ est le résultat d'une absence ou d'une défaillance du dispositif d'information des bénéficiaires. Rares sont les aides assorties d'informations du public par le biais desquelles un individu apprendrait que son profil est compatible avec la perception d'une allocation logement, d'une prime d'activité, de l'accès à l'aide à domicile. Toutes ces aides sont perçues sur demande de l'utilisateur, mais l'isolement exclue qu'il procède à une sollicitation quelconque.

Mieux, lorsqu'il y a des informations, elles sont souvent le fruit d'intentions malhonnêtes qui aboutissent à coups de démarchages téléphoniques abusifs voire illégaux. En réaction, la loi interdit⁴⁶¹ ou limite⁴⁶² le démarchage téléphonique déployé par des personnes peu scrupuleuses pour capturer les informations bancaires de cibles vulnérables. Simplement, la créativité ne manque pas aux marchands de sommeil, utilisant tantôt l'isolation à un euro, tantôt le compte professionnel de formation, qui sont paradoxalement les seuls ou presque à s'adresser aux bénéficiaires d'aides qui leurs sont inconnues.

Pourtant, dénicher les bénéficiaires de chaque aide pour leur délivrer une information essentielle est simple. Les mécanismes de lutte contre la fraude ont été maintes fois proposés pour débusquer les non-demandeurs, ainsi qu'une meilleure transmission des données à disposition de différents organismes administratifs entre eux (Caisse d'allocations familiales,

⁴⁶⁰ C'est une des formes de non-recours mise en avant par l'Observatoire des non-recours aux droits et services de l'Université de Grenoble-Alpes, dont la typologie a été récemment rappelée et étayée : B. François-Lubin, « L'effectivité des droits sociaux au prisme du non-recours », *LPA*, 9 janvier 2018, n° 131, pp. 5 et s.

⁴⁶¹ Voir par exemple la première loi, n° 2020-901 du 24 juillet 2020, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, et notamment son article 3.

⁴⁶² Le décret n° 2022-1313 du 13 octobre 2022 relatif à l'encadrement des jours, horaires et fréquence des appels téléphoniques à des fins de prospection commerciale non-sollicitée prévoit une peine pour le moins dissuasive de 375 000 euros d'amende pour violation des règles qu'il mentionne à l'égard des personnes morales.

Caisse primaire d'assurance maladie) pour éviter que les courriers soient retournés car la personne n'habite pas à l'adresse indiquée. Encore plus simple, la mise en place de l'impôt à la source aurait très bien pu être combiné avec la mise en place de l'octroi automatique de la prime d'activité à ses bénéficiaires, ou de toute autre aide calculée sur le revenu de la personne ou de son foyer. Par exemple, les bénéficiaires du chèque énergie le reçoivent directement par voie postale sans avoir besoin d'engager une quelconque démarche préalable, son attribution est effectuée en fonction des données de l'administration fiscale. Or, la réutilisation des mécanismes d'identification déployés pour ce faire pourrait être étendue à une plus grande ampleur pour chaque type d'aide. Ce n'est pas d'actualité, comme nous l'avons évoqué⁴⁶³, bien que l'idée progresse en politique⁴⁶⁴.

De manière plus générale, il faut souligner l'aspect politique du sujet, dont les évolutions dépendent plus d'une orientation politique que de la science juridique. Le cas de la protection dont bénéficie le débiteur saisi lorsque la saisie-attribution porte sur un compte bancaire l'illustre. En 1992⁴⁶⁵, il était prévu que le titulaire d'un compte objet de la saisie puisse remplir un formulaire type pour demander qu'une somme soit mise à sa disposition à des fins de subsistance. Le paradigme a changé dix ans plus tard⁴⁶⁶, puisqu'il est désormais prévu que la mise à disposition de cette somme à caractère alimentaire, d'un montant égal au revenu de solidarité active, est automatique. En ce sens, l'article R. 162-2 du code des procédures civiles d'exécution dispose en son alinéa 1^{er} qu'« aucune demande du débiteur n'est nécessaire lorsqu'il est fait application des dispositions de l'article L. 162-2 ». C'est alors au tiers saisi, la banque en l'occurrence, d'avertir le débiteur de l'attribution de cette somme et d'informer en parallèle l'huissier du montant laissé et du compte sur lequel il figure. Cette automatisation a été envisagée comme le reflet d'un certain humanisme⁴⁶⁷. L'œuvre est louable sur le principe, mais c'est admettre que l'humanisme dépend d'un choix politique. L'emploi d'un motif

⁴⁶³ Voir *supra*, p. 80.

⁴⁶⁴ Voulu par certains partis comme *La France Insoumise*, le président Emmanuel Macron présentait cette idée parmi ses promesses de campagne à l'occasion de sa réélection aux élections présidentielles de 2022.

⁴⁶⁵ Voir les articles 46 et 46-1 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

⁴⁶⁶ Voir le décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002.

⁴⁶⁷ Voir T. Moussa et I. De Mersseman, « Le nouveau dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *Procédures*, octobre 2002, n° 11, p. 3 ; C. Lefort, L. Boudour, « Saisie-attribution – Saisies-attribution spécifiques », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, octobre 2022, spéc. § 361, dans lequel est évoqué une « finalité humanitaire ».

juridique, comme la poursuite de l'effectivité des droits, serait d'un meilleur aloi et favorable à une systématisation de l'octroi automatique d'une aide ou d'une assistance.

Tant que l'argumentaire ne sera pas formulé sous ce prisme, seule une demande faite par le bénéficiaire lui ouvrira le droit de percevoir ou de jouir d'une prestation, quelle qu'elle soit. Alors, l'information demeure primordiale mais elle n'est qu'un pis-aller. Un brin de provocation pousse à souligner que ces bas standards sont certainement assumés. Mieux informer pour mieux octroyer serait une hérésie en période d'austérité. L'argument choc des externalités négatives du non-recours pour la collectivité n'a pas l'effet escompté. Pourtant, il « *relève de la responsabilité publique (puisque) [vivre] à côté de ses droits a un coût, individuel et collectif, social et financier, qui représente tôt ou tard un surcoût pour la collectivité* »⁴⁶⁸. La précarité fabrique de la précarité, elle paupérise, et le mal de la vulnérabilité sociale est connu⁴⁶⁹.

De ces quelques exemples peut être tirée une conclusion. L'obligation d'information, en droit français, a été imaginée sans vision. En droit pénal, elle n'a été échafaudée que sous la pression des condamnations européennes, sans laquelle on peut se douter qu'il aurait fallu attendre encore longtemps pour que soient protégés les droits des accusés. En matière civile, l'information joue principalement au moment de conclure un contrat, avec les obligations d'information qui émaillent la matière bancaire, par exemple, mais on ne les retrouve que trop peu lorsque le sujet est celui de l'exercice des droits ou de la jouissance de prestations.

Encore faudrait-il ajouter que, lorsqu'un droit est assorti d'une information préalable, il n'y a pas toujours d'obligation⁴⁷⁰, et que le contrôle de son accomplissement est dilué dans un examen global d'équité. Le constat élève un sentiment de gâchis, et porte à croire que les

⁴⁶⁸ P. Warin, « Pour une approche économique du non-recours », *RDSS*, 2012, pp. 614 et s.

⁴⁶⁹ C. Kuhn, J. Vernet, P. Puig, « Vulnérabilité économique et sociale », Colloque "Vulnérabilité et droits fondamentaux", 19-20 avril 2018, Université de la Réunion, *in RDLF*, 2019, chron. n°17 ; voir également l'étude soutenue par le Défenseur des droits rédigée par D. Neven, C. Olm, H. Revil, R. Médard-Inghilterra, S. Slama, J. Arroyo, *La « particulière vulnérabilité économique »*, *Éclairages sociologiques en vue d'une meilleure appréhension par le droit de la non-discrimination*, février 2023, disponible en ligne.

⁴⁷⁰ *Contra*, voir Com., 29 juin 2022, n° 21-11.652, RTD. Com, 2022, pp. 859-860, note A. Martin-Serf. Dans cet arrêt, la Cour de cassation fait peser sur le mandataire judiciaire l'obligation d'avertir le créancier, interrogé en cas de discussion sur tout ou partie de sa créance, que son abstention maintenue trente jours rendra impossible toute contestation future en application de l'article L. 622-27 du code de commerce. La fermeture du débat n'intervient donc qu'en cas de mention expresse de l'article en cause dans la lettre que le mandataire envoie au créancier.

obligations d'informer ne se rencontrent que là où se trouvent déjà les extrêmes (la pauvreté notamment), alors qu'une généralisation de l'obligation d'informer voire une automatisation empêcherait que l'on en arrive-là. Le droit français peut et doit mieux faire pour inciter à utiliser les droits.

- **Sous-section 2 : l'accompagnement dans l'exercice**

Au rayon des aides à l'exercice des droits, l'aide financière est une tête de gondole logique. Elle permet, outre le paiement des frais de procédure, de financer les services d'un avocat qui, ayant le rôle d'un conseiller juridique et d'un représentant pour faire entendre la voix de son client, fournit une aide intellectuelle dans la compréhension du droit. Pour ceux qui n'en auraient pas les moyens, un avocat peut toujours être commis d'office. Ce sont deux mesures matérielles concurrentes pour éviter que les droits ne soient pas mis en œuvre, ce qui est particulièrement utile lorsque leur existence n'est pas notifiée à un individu.

Mais, pour ce qui est de l'aide juridictionnelle, encore faut-il être en mesure de batailler pour l'obtenir. Le dynamisme qu'inclut les services d'un avocat, auquel on peut se fier pour la conduite de toute la procédure (il limite l'inertie du justiciable), ne supplante l'initiative d'une personne qu'une fois ses services requis. Il faut au préalable obtenir des informations voire être aiguillé pour en arriver à agir en justice ou se tourner vers un avocat. La personne étrangère au monde juridique a parfois besoin d'une passerelle pour le rejoindre.

L'aide matérielle s'avère être un stimulant précieux de l'action (paragraphe 1) à laquelle quelques conseils préalables permettent d'accéder ou de se faire une idée quant aux perspectives de succès d'une prétention ou sur les formalités d'accomplissement d'une démarche (paragraphe 2).

- **Paragraphe 1 : L'aide matérielle à la mise en œuvre des droits**

L'aide matérielle à la mise en œuvre des droits peut prendre deux formes. La plus évidente est l'aide financière, appelée aide juridictionnelle en droit français, mais l'institution de l'avocat commis d'office est aussi érigée pour aider les impécunieux à se défendre.

L'aide juridictionnelle a depuis longtemps été imaginée pour aider les titulaires de droits à les défendre en justice. Il faut dire que c'est la première mesure qui vient à l'esprit en termes d'aide à l'action : le justiciable n'a pas assez d'argent pour s'offrir les services d'un avocat, que des moyens (financiers) lui soient donnés pour le faire.

Le droit à l'aide juridictionnelle avait été envisagé dès 1851 au bénéfice des indigents avec une assistance judiciaire⁴⁷¹. Il a cependant fallu attendre une loi de 1991⁴⁷² pour que soit prévue une vraie aide juridictionnelle, qui non seulement porte cette dénomination, et consiste en l'octroi d'un montant destiné à la rémunération de l'avocat, mais se retrouve en plus assortie d'autres droits comme l'aide à la consultation et au cours de procédure qui n'ont pas un caractère juridictionnel.

Elle peut être octroyée pour toute action en justice, qu'elle soit intentée devant une juridiction civile, pénale, ou administrative, et presque un million de personnes en bénéficie chaque année⁴⁷³, autant de personnes qui ne pourraient pas agir sans cette aide précieuse.

⁴⁷¹ C'est une loi du 22 janvier 1851 qui l'instaurait pour les indigents et étrangers. La dénomination de cette aide semble la rapprocher de l'aide juridictionnelle. Sa philosophie ne repose cependant pas sur l'octroi d'une aide financière, ni même sur l'idée de droit. Elle s'articule autour du devoir humanitaire d'aider les démunis imposée aux avocats. Par « *humanitaire* », il faut entendre offrir ses services gratuitement. Cette aide sera prise en charge financièrement avec une loi de 1972 qui conçoit une rémunération dans le cadre d'une « *aide judiciaire* ». C'est l'avènement d'une recette à l'ancienne de l'aide juridictionnelle qui fut concrétisée en 1991.

Voir un rapport très complet du Services des études juridiques, Sénat, « L'aide juridique », *Étude de législation comparée*, n° 137, juillet 2004, disponible en ligne, ainsi qu'un article E. Yvernès, L'assistance judiciaire, *Journal de la société statistique de Paris*, tome 36, 1895, pp. 220-225, dont l'archive est également accessible en ligne.

⁴⁷² Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁴⁷³ Selon un rapport parlementaire, le nombre de bénéficiaires, qui n'a cessé d'augmenter depuis 1991, serait passé de 348 587 à ses départs, à 698 779 en 2000, 912 191 en 2010, jusqu'à atteindre 985 110 en 2017, dernière année référencée dans ce rapport. Une très légère baisse s'observe sur cinq années, mais elle est inférieure à 1% par rapport à l'année précédente, tandis que les hausses, majoritaires d'une année sur l'autre, s'élèvent souvent à plus de 3% et plafonnent à 47% entre 1992 et 1993. Le succès du mécanisme est flagrant. Voir P. Gosselin, N.

C'est cet intérêt porté à l'effectivité des droits qui avait d'ailleurs poussé la Cour EDH à reconnaître l'utilité de la mise en place d'un système de ce genre dans l'affaire *Airey c. Irlande*⁴⁷⁴ à la fin des années 1970. La requérante n'avait pas pu agir en justice à défaut de ressources financières suffisantes et alléguait que cet obstacle violait son droit à un procès équitable. La Cour EDH avait posé que l'exécution par l'Irlande de son engagement à faire respecter les droits de l'homme pouvait passer par l'adoption de mesures positives dont le but serait de garantir des droits concrets et effectifs⁴⁷⁵.

Sa protection par le droit français, bien que récente, ne sonne toutefois pas comme une mise en conformité avec les exigences européennes. Elle fut en effet découverte plus tôt et la velléité protectrice existait depuis déjà la moitié du XIX^{ème} siècle.

Aujourd'hui, elle bénéficie aux personnes qui ont des revenus modestes et ne peuvent compter sur le support d'un patrimoine financier direct⁴⁷⁶ ou indirect⁴⁷⁷, à la condition de ne pas être couvert par une assurance de protection juridique qui permet déjà au bénéficiaire de jouir d'une protection.

Son effet concret est simple et connu, c'est la prise en charge des frais liés aux actes demandés par le juge⁴⁷⁸ et la rémunération des auxiliaires de justice⁴⁷⁹ selon un calcul forfaitaire qui combine un forfait de base et un forfait en fonction du nombre d'heures effectuées (les heures d'audience pour un avocat, par exemple).

Cette prise en charge pourra être totale ou partielle en fonction des ressources du demandeur et du nombre de personnes vivant dans son foyer. Plus nombreux ils seront, plus élevée elle sera. La nature de certaines souffrances a même suscité les exceptions dans lesquelles son bénéfice est ouvert sans condition de ressources. Elle est ainsi octroyée, sans conditions de

Moutchou (prés.), Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République (déposants), *Rapport d'information déposé en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'aide juridictionnelle*, n° 2183, 23 juillet 2019, I) B) 2.

⁴⁷⁴ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, commenté parmi *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Titre premier, II, F. Sudre (dir.) Puf, 9^{ème} édition, 2019.

⁴⁷⁵ *Ibid*, § 26.

⁴⁷⁶ Ce pourrait être l'épargne disponible.

⁴⁷⁷ Des biens peuvent être vendus pour dégager des fonds à engager dans une action en justice.

⁴⁷⁸ Le juge peut demander la réalisation d'une multitude d'actes qui ont évidemment un prix, comme faire intervenir un expert qu'il faudra rémunérer.

⁴⁷⁹ Outre les avocats, il faut rémunérer les notaires, huissiers, etc...

revenus, aux victimes d'actes criminels ou terroristes, aux victimes de violences conjugales et, dans certains cas, aux mineurs notamment s'ils sont délaissés.

Comme pour certaines prestations sociales, par exemple la prime d'activité, un simulateur en ligne est en outre disponible, dont le but est de permettre à l'intéressé d'anticiper le coût d'une action en justice, et surtout de savoir si cette aide est suffisante à ses yeux.

Ainsi dépeinte, l'aide juridictionnelle est un mécanisme complet et efficace. Elle améliore la justiciabilité car elle consacre les situations litigieuses en rendant plus facile la saisine d'un juge, et inversement, elle permet aux juges de connaître de problématiques propres aux personnes à revenus modestes.

En ce qui concerne l'assistance d'office d'un avocat, c'est l'objectif de protéger les accusés qui ressort, comme avec l'information préalable, si ce n'est que la cible est mieux atteinte ici. Outre la possibilité d'une personne accusée de se faire assister d'un avocat, droit qui bénéficie par ailleurs à tout justiciable qui a besoin d'un conseil juridique avant l'introduction d'une demande et pendant le déroulé d'une procédure, il est dans ce but possible qu'un avocat soit désigné d'office à la personne détenue en établissement pénitentiaire ou gardée à vue.

Le besoin de protection est réel car désigner un avocat n'est pas chose toujours facile, surtout en cas de primo-assistance. Ainsi, lorsqu'une personne invoque l'assistance d'un conseil mais n'a pas de nom à fournir, un avocat sera désigné par un représentant du barreau qui siège au bureau de l'aide juridictionnelle.

Comme avec les exceptions en matière de calcul de l'aide juridictionnelle, les conditions de ressource ne sont globalement pas prises en compte pour évaluer si une personne bénéficie de la commission d'office d'un avocat. Toutefois, elles ont un intérêt puisque les services de l'avocat en question ne sont pas gratuits. Soit la personne est légitime à percevoir l'aide juridictionnelle, biais qui servira à la rémunération de l'avocat, soit la personne n'y a pas droit et il lui faudra payer l'avocat selon des modalités qui vont de pair : temps de travail-complexité du cas.

Ici, aucune simulation en ligne n'est de mise. Elle ne serait pas adaptée, d'autant que la personne visée par cette aide est en position défensive, elle est accusée. Dans la lignée du droit à l'assistance d'un avocat, la possibilité de s'en faire commettre un d'office est l'objet d'un droit subjectif à en être informé tant en première instance qu'en cause d'appel. La

jurisprudence veille au grain tant bien que mal et ne manque pas de *visas* pour justifier cette valeur, ayant pu choisir comme supports de ce droit l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensemble les articles 14, § 3d, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6, § 3c, de la Convention européenne des droits de l'homme et 417 du code de procédure pénale⁴⁸⁰.

D'un point de vue général, un déséquilibre flagrant sépare les mesures pensées pour éviter le non-exercice des droits et protéger les intérêts individuels. Ce déséquilibre résulte d'une différence de philosophie entre les moyens qui relayent l'individu, qui automatisent l'exercice, et ceux qui viennent à son soutien, en lui donnant les clés pour utiliser ses droits. Dans le premier cas, les exemples de l'aide juridictionnelle ou la figure de l'avocat commis d'office sont des réussites puisque la tâche de l'individu est allégée. Dans le second, l'information éclaire la personne mais ce n'est qu'un premier pas vers l'action, une mesure douce parmi d'autres, et certainement pas celle qui la facilite le mieux. En effet, l'initiative pour jouir d'un droit est toujours entièrement dans les mains de l'individu. L'information est, au surplus, partielle, peu effective ou inexistante.

- **Paragraphe 2 : l'aide à la compréhension du droit**

Pour les justiciables qui n'en sont pas au stade de la consultation d'un avocat et qui, *a fortiori*, n'ont pas encore requis l'aide juridictionnelle, des aides à la compréhension du droit sont mises en place pour les aiguiller et les informer.

Dès ce stade précontentieux, il faut mettre de côté toutes les règles des différents codes, surtout celles de procédure civile ou pénale qui régissent le procès et non la vie extra-juridique. Ceci explique d'ailleurs l'absence totale de cadre normatif en matière d'accès au droit jusqu'aux années 2000.

Sur cette base, celle d'un déni du droit, c'est en partant des causes sociales du non-exercice et de la non-information que fut initiée en 1990 une maison de justice en banlieue

⁴⁸⁰ Voir par exemple, Crim., 24 novembre 2010, n° 10-80.551.

parisienne⁴⁸¹. Dès, 1994, le député Vignoble, chargé par le gouvernement d'étudier le fonctionnement et le financement des maisons de justices spontanément mises en place dans des quartiers difficiles, déposait un rapport dans lequel il dénonçait l'inadéquation entre la justice et le vécu des milieux précaires : « *les citoyens n'ont plus foi en votre justice qui par son attitude jugée trop solennelle et son fonctionnement traditionnel inapproprié à certaines situations semble leur être devenue inaccessible* »⁴⁸².

La sociologie, et notamment la sociologie juridique, a servi de tremplin pour l'identification des causes supplémentaires de ce non-exercice : « *le manque de connaissance juridique chez les citoyens* »⁴⁸³, les barrières économiques, la difficulté à identifier le potentiel problématique, partant litigieux, d'une situation, la crainte d'être perçu comme un(e) assisté(e)⁴⁸⁴. Combinées à un réel besoin de droit et d'information, en raison de « *la multiplication des conflits quotidiens, de la petite délinquance, de la détresse des victimes et de la complexité du Droit* »⁴⁸⁵, ces causes ont finalement suscité le vote d'une loi en 1998⁴⁸⁶ qui ouvre aux communes le droit d'installer des maisons d'accès au droit dans les quartiers définis comme prioritaires au nom de la politique de la Ville, avec pour objectif de favoriser la rencontre entre les justiciables et les professionnels.

Les premiers, tout à la fois en besoin de droit et en conflit avec lui, jouissent des permanences assurées par des spécialistes, avocats ou notaires, et des associations dédiées aux matières qui concernent ces habitants, « *droit au logement, droit des femmes et des familles, aide aux victimes* »⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ Précisément, c'est à Cergy-Pontoise en juin 1990 que cette « *MJD* » a vu le jour. La banlieue parisienne, la banlieue en général, parce qu'elle agrège la pauvreté et la vulnérabilité, est le terrain propice pour les actions de ces « *MJD* ». Voir D. Peyrat, « Les maisons de justice et du droit : la distance comme problème, la proximité comme solution ? (Réflexions menées au secrétariat général pour la Coordination de la politique de la ville) », *Revue française des affaires sociales*, 2001/3, pp. 115-126.

⁴⁸² Rapport Vignoble, 1995, p. 4.

⁴⁸³ A. Lejeune, « Accès au droit en France : la socialisation juridique comme condition de l'accès aux droits », *Les Politiques Sociales*, 2014/2 (n° 3-4), pp. 48-57.

⁴⁸⁴ Bumillier et *alli*, Duvoux, Marshall, Warin, cités par A. Lejeune, article précité.

⁴⁸⁵ N. Fieulaine, N. Kalampalikis, V. Haas, *Usages du droit et représentations de la Justice, Enquête sur le (non) recours au droit*, [Rapport de recherche] Université de Lyon ; Laboratoire GREPS, Mission de Recherche "Droit & Justice", 2009, p. 30.

⁴⁸⁶ Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution à l'amiable des conflits.

⁴⁸⁷ A. Lejeune, article précité.

Fonctionnant sur une base de proximité, ces maisons sont alors réutilisées par l'Etat pour l'application d'une politique pénale locale, avec la prise en charge de la médiation pénale, la réparation pour les mineurs, le classement sous condition ou le rappel à la loi⁴⁸⁸, mais aussi en matière civile, puisque c'est à cet échelle de proximité que peuvent être concrétisés les modes alternatifs de règlement des différends.

Cette gestion, par des initiés de la science juridique, améliore l'efficacité des maisons de justice créées avant la loi de 1998. Elle remédie aux manquements à la confidentialité des dossiers que pointait le rapport Vignoble, et offre un cadre propice à ce que les droits subjectifs attirent les justiciables en même temps que le droit objectif (médiation, application des peines pénales) est plus effectif.

Sur le papier, ces maisons d'accès au droit ont tout pour séduire. Mais la philosophie sous-jacente, celle de la « *socialisation juridique* » a pu être questionnée. Cette socialisation a été définie comme bidimensionnelle par A. Lejeune, il faut l'entendre « *à la fois dans sa dimension cognitive, en tant que processus d'acquisition de connaissances et de compétences juridiques, et dans sa dimension symbolique, en tant que mécanisme de construction d'un rapport au droit comme instance de régulation sociale légitime* »⁴⁸⁹. Les maisons d'accès au droit seraient donc l'occasion d'un double discours, la volonté officielle de rapprocher le droit des justiciables, l'effet incident de transférer la responsabilité du non-exercice sur ceux-ci : « *la responsabilité se déplace ici de l'État vers les individus, non pas au sens où l'État abandonnerait toute responsabilité mais au sens où il devient évident que les dispositifs publics ne peuvent prendre leur sens qu'à condition d'obtenir de leurs bénéficiaires qu'ils y mettent du leur, qu'ils s'y engagent et s'y impliquent* »⁴⁹⁰.

Comment jeter la pierre aux justiciables qui ne s'y rendraient pas. Le problème de départ est l'écart entre l'institution et certaines personnes. Or, comme l'institution judiciaire a autorité sur ces maisons d'accès au droit, la critique de l'inadaptation entre le profil des intervenants

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ A. Lejeune, article précité, qui prend le contrepied de C. Kourilsky-Augeven, qu'elle cite en note n° 2, et qui considère la socialisation juridique tel un « *processus de construction précoce du rapport de l'individu au droit au cours de l'enfance et de l'adolescence* ». Il est vrai que vue ainsi, la socialisation s'adresserait uniquement aux mineurs, ce dont ne se contentent pas les maisons d'accès au droit qui visent toutes les personnes vulnérables, notamment les femmes.

⁴⁹⁰ Genard, Vrancken, Macquet, cités par A. Lejeune, article précité.

et les demandes des justiciables demeure malgré la proximité. Les droits subjectifs qui sont en jeu, droits sociaux, prestations sociales, accès au logement, prises en charge des soins de santé, ne relèvent pourtant pas de la compétence des institutions judiciaires mais d'une politique sociale de l'Etat⁴⁹¹, en sorte que le fil rouge est assez incompréhensible. La remarque vaut aussi pour l'Etat, à qui l'on ne peut quand même pas reprocher tous les maux de cette assistance juridique de proximité qu'il chapeaute. L'inertie des justiciables qui n'y recourent pas peut être interprétée aussi comme de la réticence, contre laquelle il est dur de lutter. Le choix des intervenants, au surplus bénévoles, est un problème persistant⁴⁹², et l'on ne voit guère comment améliorer le système de proximité mis en place, dont les difficultés sont partagées par les institutions analogues.

Alors, le principe de la clinique juridique vient bien à l'esprit, mais des doutes subsistent quant à son effet incitatif et à la pertinence du procédé. Inventées en 1904 à Denver⁴⁹³, elles ne sont pas saisies par le droit, plus d'un siècle plus tard, dans l'hexagone. Elles sont mises en place sans cadre normatif aucun dans les facultés de droit des universités. En vogue actuellement, elles sont souvent dotées d'un site web sous forme de forum dans lequel des justiciables posent des questions concrètes à des étudiants soutenus par des enseignants de l'Université de rattachement. Pour dissiper les critiques, il a été rappelé que les universitaires sont aussi des praticiens⁴⁹⁴. Tout de même, l'objectif diffère des maisons d'accès au droit. Elles sont, du point de vue des étudiants, un moyen d'anticiper la professionnalisation par la pratique, du point de vue des enseignants, un moyen pédagogique nouveau, du point de vue des justiciables, une première prise de contact voire une rustine. Surtout, l'Etat n'est pas en soutien de ces cliniques et le cadre professionnel y manque, comme avec les associations, alors que le rôle de promouvoir l'action incombe, d'un point de vue institutionnel, à l'Etat.

⁴⁹¹ Cette critique est bien expliquée par A. Lejeune dans son article.

⁴⁹² La question d'A. Lejeune est rhétorique « *la complexité de ce parcours et la multiplicité des intervenants ne constitueraient-elles pas les principaux obstacles de l'accès aux droits ?* ».

⁴⁹³ D. Valette, « Les cliniques juridiques universitaires, un modèle à inventer », *Dalloz actualité*, 23 mars 2018, disponible en ligne.

⁴⁹⁴ *Ibid*, citant un décret de 1991 qui dispense les professeurs et maîtres de conférences de passer le certificat d'aptitude à la profession d'avocat, et le phénomène de rapprochement entre le monde universitaire et la pratique à l'occasion des formations professionnalisantes enseignées en master, avec notamment une cohabitation entre les enseignants et des praticiens qu'ils font intervenir dans certains modules.

Faciliter l'accès au droit et l'exercice des droits dans ce contexte est un vœu pieux. Cette section a cependant mis en avant d'autres moyens plus efficaces. Ce sont encore une fois les automatismes qui aident le mieux, et la combinaison aide juridictionnelle-assistance d'un avocat semble être la meilleure. Les autres mesures ne sont pas cosmétiques, mais les limites qui leur sont inhérentes brident de manière chronique leurs effets concrets. En ce sens, la proximité des maisons d'accès au droit ne peut résoudre un problème d'une autre nature, sociale essentiellement, de même que le volet non-institutionnel des cliniques du droit, des associations d'aide aux victimes, ne permet pas un parfait engagement de l'Etat. Les moyens de ce dernier sont apparus dans l'absolu limités. Pour laisser une part d'initiative à l'individu, c'est l'information qui a été posée comme levier le plus crédible. Mais sans automatisation, et alors même que l'information ne joue pas en toute matière juridique, une distorsion continue de séparer la volonté d'aider à l'exercice des droits et la réussite de l'opération. Or, l'automatisation est le fruit de politiques isolées, comme la protection du débiteur saisi, et non d'une politique juridique d'ampleur. Ce sont autant d'éléments qui montrent qu'une prévention du non-exercice est envisageable, que les moyens pour la mener existent, mais que sa réalisation est complexe.

On doit donc faire œuvre d'honnêteté et souligner que le droit, au sens objectif, n'est pas à la base de cet échec. Tout ne peut être légiféré, et l'intervention d'acteurs privés est essentielle pour que réussisse une si grande mission. Des mesures incitatives naissent donc aussi de la pratique.

- **Section 2 : l'incitation à l'exercice**

Outre la prévention du non-exercice par l'allocation de moyens techniques ou financiers, dont le but est d'aider la personne à agir ou d'automatiser l'action, l'exercice peut être incité par le développement de mécanismes que le droit reconnaît ensuite ou n'identifie pas encore sous des aspects juridiques. Ces mécanismes partagent une même origine, la pratique, et ne sont pas des créations institutionnelles.

L'incitation est le résultat, et non la prévention, en ce que ce n'est plus l'objet d'une politique générale que de pousser le justiciable à défendre ses droits, mais une initiative autre. Or, là où la politique publique n'est pas, le risque est grand de trouver un intérêt privé. Mais cet intérêt privé ne retire en rien l'effet d'encouragement que joue telle ou telle mesure, et démontre que l'exercice des droits peut être soutenu de différentes manières.

Deux leviers différents peuvent être opposés pour différentes raisons, notamment parce qu'ils ont un mécanisme, un fonctionnement, et une nature complètement opposés.

De nouvelles manières d'agir ont vu le jour en droit français sur inspiration de modèles étrangers, qui ont pour double objectif de faciliter l'action d'individus dans des contextes où l'initiative est souvent tuée à la racine. Le sujet de droit dispose dans cette optique de voies plus modernes pour protéger ses intérêts et sera plus enclin à agir là où il demeurait inerte auparavant.

De façon opposée et retirée du droit, des techniques commerciales consistent à attirer le consommateur vers un produit identifié, sur la base d'indices ou de signaux censés attirer inconsciemment l'attention. Dans une perspective juridique, ces signaux, les *nudges*, ont été assimilés à des normes sensibles, et rien n'empêche d'imaginer que des règles produisent un effet similaire sur le justiciable.

L'action est en ce sens facilitée (sous-section 1) et l'intention d'agir captée (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : l'action facilitée**

L'exercice des droits peut être facilitée par une personne, autre que le titulaire de droits, qui lui propose son aide. Le prisme d'analyse, l'action facilitée, exclut le mécanisme de la gestion d'affaires qui introduit également l'intervention d'autrui dans la défense des intérêts d'une personne. Mais la gestion d'affaires ne repose pas sur l'acquiescement du titulaire de droits, qui souvent n'est pas en mesure de se prononcer lorsque la gestion débute. Les mécanismes ici envisagés, le third party funding (paragraphe 1), et les actions représentatives (paragraphe 2), supposent la volonté de la personne dont on craint le non-exercice. C'est ce critère distinctif qui donne son sens à la thèse d'une action facilitée et d'un exercice incité.

▪ **Paragraphe 1 : le *third party funding***

Une notion, dont la dénomination s'explique par son origine tirée du droit nord-américain, illustre le cas d'une prise en charge par autrui des risques d'un procès, dont le plus élémentaire est le coût financier qui constitue par ailleurs un des obstacles majeurs à l'action⁴⁹⁵ : c'est le *third party funding*.

Ce procédé permet au titulaire de droits réticent à agir de se lancer dans l'aventure sans risquer une quelconque perte de temps ou d'argent. Le temps, s'il est gaspillé, est perdu par le défenseur, et l'argent, s'il est vainement engagé, est sécrété par une entreprise ou le défenseur lui-même.

Le montage vise à ce qu'une société, le cabinet d'avocats en est l'exemple le plus évident, prenne en charge l'intégralité du coût d'un litige à la condition pour le client aidé de laisser la société prélever un pourcentage des bénéfices. C'est donc un « *mécanisme de financement du contentieux par un tiers qui prend à sa charge tous les frais du litige relatifs au procès, en échange de quoi il récupère un pourcentage sur les dommages et intérêts gagnés à l'issue d'un procès* »⁴⁹⁶.

Ce pourcentage de récupération serait habituellement compris dans une fourchette allant de vingt à cinquante pourcents des bénéfices engrangés au titre des dommages et intérêts⁴⁹⁷. Le chiffre est élevé, mais il laisse une marge de récupération au profit du client qui, sans cette aide extérieure, aurait vraisemblablement évité le procès, et n'aurait donc récupéré aucune somme. Son rôle, ce sera du moins la présentation qu'en fait l'organisme financeur, se résumera à gagner de l'argent dans le meilleur des cas, et à ne pas en perdre dans le pire scénario.

Dans cette perspective, le *third party funding* transforme le procès en actif financier « *dans lequel le consommateur peut (...) faire valoir ses droits en lançant des actions contre des*

⁴⁹⁵ Il ne faut pas oublier que l'aide juridictionnelle que nous avons évoquée aide à financer un procès mais elle ne bénéficie pas à tous les sujets de droit, et que le mécanisme est institutionnel.

⁴⁹⁶ M. De Fontmichel, Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 279.

⁴⁹⁷ F. Villa, « Le financement du contentieux par des tiers (third party funding) », *Anwalts Revue de l'avocat*, 5/2014.

professionnels sans en supporter les coûts »⁴⁹⁸, il fait « *du contentieux non plus un centre de coût mais bien un centre de profit* »⁴⁹⁹. Ce qui a été critiqué, bien sûr.

Le principal revers de la médaille serait qu'il détourne la finalité de la réparation, et qu'il ne serait intéressant que dans la perspective d'une victoire.

La réparation est dénaturée. Par principe, elle est calculée suivant la souffrance subie par la victime pour que son préjudice soit compensé dans son intégralité. Qu'une partie de cette somme aille dans le portefeuille d'une société peut ne pas choquer : c'est la société qui a convaincu la victime d'agir, c'est elle qui fournit la défense de la victime. De toute manière, il faut rémunérer un défenseur pour ses services, ce que chacun sait, et la victime sait à l'avance à quel sort s'attendre *in fine*. Il n'en demeure pas moins qu'une partie de la réparation, destinée à la victime, ne lui revient pas. Du point de vue du juge, estimer son montant peut s'avérer plus critique. Faut-il anticiper cette reprise de fonds par la société financeuse ou ne pas en tenir compte, faut-il procéder à une augmentation fictive du préjudice⁵⁰⁰ ou s'en tenir à des montants habituels ? L'augmentation fictive de la réparation, au préjudice de l'auteur du dommage cette fois, serait douteuse. Dans un cas comme dans l'autre, la victime ou l'auteur y perd.

Aussi, une entreprise sérieuse n'acceptera de relayer le titulaire de droits qu'après une analyse, sur la base de son dossier, de « *la valeur du litige, son fondement juridique, le coût de la procédure, la solvabilité du défendeur et les chances d'exécuter la décision recherchée* »⁵⁰¹. Autrement présentée, l'idée est que les dossiers les plus rentables vont attirer un investisseur, tandis que ceux qui apparaissent moins productifs financièrement ou plus complexes à résoudre, chronophages, seront délaissés. En conséquence, « *[à l'arrivée], seuls environ 10% des dossiers présentés à un tiers financeur feront l'objet d'un contrat de financement du contentieux* »⁵⁰².

⁴⁹⁸ O. Akyurek, C. De Perthuis, « Third party funding : changement du paysage judiciaire », *LPA*, 11 juillet 2018, n° 138, p. 20.

⁴⁹⁹ *Ibid.* p. 21.

⁵⁰⁰ L'auteur du préjudice est tenu de le réparer en intégralité mais pas de verser plusieurs fois son montant. Seule une hausse masquée du préjudice légitime une condamnation supérieure à ce que l'on aurait pu penser.

⁵⁰¹ F. Villa, « Le financement du contentieux par des tiers (third party funding) », *Anwalts Revue de l'avocat*, 5/2014, cité par O. Akyurek, C. De Perthuis, « Third party funding : changement du paysage judiciaire », *LPA*, 11 juillet 2018, n° 138, p. 20.

⁵⁰² *Ibid.*

C'est également compréhensible. Un avocat, n'importe qui d'ailleurs, ne souhaite pas gaspiller son temps à traiter des dossiers complexes qui rapportent peu s'il peut consacrer moins d'heures à des affaires plus simples et rémunératrices. Le résultat est toutefois discriminant, des victimes seront moins susceptibles d'obtenir une aide par rapport à d'autres alors qu'elles ont subi le même sort.

Ces considérations pratiques expliquent le développement relativement limité du *third party funding*. Il a vocation à être mis en oeuvre en matière de contentieux de grande ampleur ou de litiges commerciaux car les sommes en jeu y sont importantes, pour les litiges de la consommation, car le nombre de personnes concernées gonfle le montant de la réparation, et peut s'immiscer dans le contentieux des produits défectueux qui fait converger un grand nombre de plaignants et une valeur élevée des prétentions.

En outre, le recours au tiers financeur n'est pas sans poser quelques questions d'un point de vue de la répartition du pouvoir décisionnel. Dans le respect des règles du mandat, c'est le client qui donne ses instructions à l'avocat. L'avocat dispose d'une marge de manœuvre dans la stratégie de défense, a l'initiative en pratique, mais le client reste le maître en droit. Cette mécanique bien huilée n'est pas remise en cause si le tiers financeur est un cabinet d'avocats. En revanche, si le tiers est une entreprise, l'identification concrète du donneur d'ordres est malaisée. Est-ce toujours le client ou est-ce l'entreprise qui finance le procès à sa place ? Par déduction, celui qui finance prend la place principale dans la direction des opérations. Alors, cela revient à se demander si le *third party funding* reste un mécanisme incitatif ou si, dans ce contexte, il n'en vient pas à délester la victime de son droit et le soumet par-là à la stratégie discrétionnaire du financeur. On en restera sur le volet incitatif, car la victime qui s'estime lésée conserve après tout la possibilité de refuser la proposition de prise en charge ou de retirer son autorisation en cours de procédure.

Abstraction faite d'obstacles pratiques, d'un champ d'extension réduit, et d'un possible brouillage des rôles, l'aspect facilitateur du mécanisme reste un point positif indéniable. Il rend l'accès à la justice banal et sans risque pour la victime, puisque ce risque est délocalisé

sur le tiers financeur⁵⁰³, par hypothèse mieux solvable et mieux armé que cette victime. Cela contrebalance largement les risques évoqués.

▪ Paragraphe 2 : les actions de groupe

Une autre manière d'aider un individu à faire valoir ses droits est purement matérielle et s'exprime dans le cadre des actions représentatives. Ici, une personne prend en charge les poursuites engagées par un groupe de justiciables qu'elle représente⁵⁰⁴. Parfois différenciées, parfois employées en tant que synonymes, les deux variantes qui la composent, l'action de groupe et la *class action*, ont simplement un système d'entrée dans le groupe distinct.

Les deux actions additionnent les petits préjudices individuels qui, pris isolément, n'auraient pas permis de déranger le juge, *de minimis non curat praetor*, ou des préjudices dont les victimes n'avaient pas forcément envie de perdre du temps à les défendre. L'addition de ces préjudices en rend possible la défense. Cette aisance d'action vient du fait que, une fois intégrées au groupe, les victimes peuvent se reposer sur ceux qui le représentent.

En droit français, la progression de l'action de groupe est duale. Ses deux modalités d'entrée les séparent et correspondent à la manière de faire partie du groupe représenté, que ce soit de manière automatique, ou qu'il s'agisse d'un enrôlement spontané.

Par la voie automatique tout d'abord, soit dans le respect de la *class action* à l'américaine, dans laquelle les victimes potentielles d'un préjudice dû à une même cause sont intégrées dans le groupe représenté sauf à exprimer leur volonté contraire. Cette faculté de se retirer du groupe, dite « *opt-out* », vient donc de la *common law*.

L'action de groupe à la française repose, elle, sur l'intégration volontaire. Les victimes doivent manifester leur souhait de se joindre au groupe. Cette possibilité d'en faire partie, traduite par une faculté dite « *opt-in* », est une version ainsi francisée de la *class action*.

⁵⁰³ O. Akyurek, C. De Perthuis, « Third party funding : changement du paysage judiciaire », *LPA*, 11 juillet 2018, n° 138, p. 21.

⁵⁰⁴ S. Zouag, « Class action : où en est-on ? », *Juristourisme*, 2021, n° 146, p. 31.

La loi du 17 mars 2014⁵⁰⁵ dite « *loi Hamon* » a choisi ce système de l'*opt-in*, plus conforme à la culture juridique française mais dont la conséquence est la réduction du nombre de victimes parmi les requérants.

Dans un premier temps, elle était permise en droit de la consommation dans lequel s'exprime aussi l'action en représentation conjointe. Initiée par une association ou une entité représentative, cette action de groupe défendait l'intérêt des consommateurs, dans le but de faire cesser une faute puis d'obtenir réparation d'un préjudice économique.

L'action de groupe a depuis été déployée à l'égard de la santé⁵⁰⁶, puis généralisée à la discrimination et les relations de travail⁵⁰⁷ ainsi que les dommages environnementaux⁵⁰⁸ et les données personnelles⁵⁰⁹, par des lois de 2016 et 2018.

Mais en dépit des possibilités ouvertes par cet élargissement successif, un rapport d'information n'a pas manqué de souligner le bilan décevant des actions de groupe françaises⁵¹⁰. Au lieu de supporter la charge de la preuve et la gestion quasi-complète de la procédure, il s'avère que les associations et les entités représentatives désignées par ces lois préféreraient en passer par les mécanismes classiques du droit français afin de se délester sur les juges. Pour cela, elles additionnent les assignations individuelles pour aboutir à une action *in fine* collective, plutôt que de partir d'une action de groupe en tant que tel, ou s'orientent vers des mécanismes alternatifs comme la médiation de groupe⁵¹¹⁵¹² ou l'action en représentation conjointe⁵¹³. Il n'est pas certain qu'en pratique, cette déviation vers d'autres types d'action soit un gain de temps et de coût. Aucun appel public au mandat n'est possible

⁵⁰⁵ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁵⁰⁶ Loi n° 2016-41, 26 janv. 2016, art. 184.

⁵⁰⁷ Loi n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 60 s.

⁵⁰⁸ Loi n° 2018-493, 20 juin 2018, art. 25.

⁵⁰⁹ Loi n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 38.

⁵¹⁰ Voir M.-J. Azar-Baud, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives », *JCP E*, 2018, p. 1637.

⁵¹¹ La médiation de groupe est, comme toute médiation, une manière d'éviter un procès en empruntant la voie amiable. La différence avec la médiation classique est que, ici, les victimes ayant intégré un groupe, cette médiation les concerne toutes, et la solution dégagée vaudra pour toute le groupe.

⁵¹² P. Métais et E. Valette, « *Class action* à la française : une promesse séduisante, une application décevante », *JCP*, 2018, p. 558.

⁵¹³ Plutôt que de rassembler des victimes dans un groupe dont l'intérêt global est défendu, il s'agit d'accumuler les actions individuelles qui sont jointes, d'où une action devenue collective et conjointe.

dans la cadre de l'action collective conjointe, de sorte que le ciblage des victimes est considérablement obstrué.

Le faible essor de l'action de groupe n'est pas à attribuer à l'existence d'alternatives plus favorables, car elles ne le sont pas. C'est l'encadrement juridique de l'action de groupe, avec des mécanismes parfois décrits comme pénibles, mais aussi les limites intrinsèques à la notion d'intérêt à agir, qui expliquent que ce moyen de concentration du contentieux et de stimulation de l'action a manqué sa cible⁵¹⁴.

Les perspectives ouvertes par une action de groupe à l'européenne ne semblent pas de nature à y remédier.

Une proposition de directive a fait l'objet d'un accord au Parlement européen le 22 juin 2020, pour être finalement approuvée le 24 novembre de la même année⁵¹⁵ et dont l'objectif était une harmonisation des actions représentatives dans le ressort de l'Union Européenne à compter du 25 décembre 2022, délai butoir pour la transposition de cette directive.

Intégrant le droit de la consommation et la protection des données, elle vise plus particulièrement la cessation des infractions et la réparation des préjudices concernant les services financiers, le transport aérien et ferroviaire, le tourisme, l'énergie, les télécommunications, l'environnement ou encore la santé⁵¹⁶, c'est-à-dire, autant de secteurs qui apparaissent mieux modulables par le droit de l'Union étant donné la nature internationale quasi-systématique de ces atteintes.

Mais là encore, ce n'est que par le biais d'entités représentatives dites « *qualifiées* »⁵¹⁷ que le groupe serait défendu, entités que les Etats membres auraient la charge de désigner. Autrement dit, les entités déjà habilitées en droit français pour exercer l'action de groupe prévue par le droit national, notamment les associations, seront les mêmes à pouvoir mettre

⁵¹⁴ M. Brochier, « Class actions à la française : abondance d'actions nuit-elle ? », *Dalloz*, 2020, p. 1578.

⁵¹⁵ Elle devient ainsi la directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du conseil du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE.

⁵¹⁶ Voir le considérant 13 de l'article dont les domaines évoqués ne sont pas textuellement repris dans le champ d'application tel que posé à l'article 2. Ce dernier article se contente de mentionner les intérêts des « *consommateurs* », terme gigogne qui incorpore tous ces domaines.

⁵¹⁷ Voir l'article 4 de la directive qui énonce notamment, en son alinéa 3, les conditions que doit remplir une entité pour prétendre à ce statut d'entité qualifiée.

en œuvre demain l'action de groupe européenne. Les péripéties et lourdeurs procédurales étant récupérées, on voit mal comment l'échec de l'action de groupe à la française pourrait déboucher autrement que sur un échec au niveau régional. La culture juridique de l'hexagone, à l'opposé de celle des pays anglo-saxons qui sont les terres d'origine de la *class action*, n'incline sans doute pas à un recours élevé au procédé⁵¹⁸.

Dans l'optique de sa transposition, une proposition de loi n° 639 relative au régime juridique des actions de groupe du 15 décembre 2022 a suscité l'unanimité de l'Assemblée Nationale le 8 mars 2023 et devrait aboutir d'ici-peu.

Son contenu est en effet élargi entre autres au secteur public (défense des collectivités, fonctionnement des services publics, etc...), et une action en cessation du manquement, qui faisait défaut en matière de consommation ou santé, est prévue en plus de l'action en réparation. Les critiques adressées à l'encontre de l'action de groupe jusque-là, notamment en termes d'intérêt à agir, seraient partiellement rebattues par l'élargissement des acteurs à l'initiative de ces nouvelles actions. En ce sens, la durée à partir de laquelle une association déclarée peut agir serait abaissée de trois ans, et des associations pourraient être créées *ad hoc* pour la défense d'un certain nombre de victimes (cinquante personnes physiques, ou cinq entreprises, ou cinq collectivités).

Restera le problème du coût, et de la durée de la procédure dont la volonté a été émise qu'elle soit raccourcie, mais l'arsenal normatif sera de plus en plus complet et le panel de mesures destinées à encourager l'action s'en trouvera gonflé.

⁵¹⁸ Parmi les pratiques différentes entre les deux pays, une a été mise en avant pour expliquer le succès de la *class action* aux Etats-Unis, et l'improbabilité que ce succès puisse un jour se retrouver en France. « *Aux Etats-Unis, le succès des "class actions" est favorisé par certains éléments, dont le recours à la publicité pour rechercher les victimes avant le procès. Des sites internet américains publient des listes de médicaments contre lesquels une plainte et le recours à une class action sont seulement à l'étude à la suite de faits pouvant la justifier et proposent un contact gratuit avec un avocat. Cette pratique peut mettre en péril la réputation du laboratoire concerné, alors qu'aucun jugement n'a été prononcé et que les faits ne sont pas vérifiés ou la causalité n'est pas établie* ». Evidemment, la présomption d'innocence et la protection contre les atteintes à l'honneur empêche que ces publicités éclosent en France. Voir « [Le point sur...] L'introduction de la 'class action' en droit français : à quelles fins ? », *La lettre juridique*, septembre 2005, n° 183.

○ Sous-section 2 : l'intention d'agir captée

L'apparition de moyens de capter l'attention du justiciable est concomitante à l'essor en matière commerciale de techniques déployées pour attirer les consommateurs.

Dans cette dernière, l'adaptation de la publicité, de l'emballage ou encore de l'étiquetage, dépend en grande partie de la perception du consommateur à travers ses sens ou sa conscience. L'attrait pour un produit ressort dans la plupart des cas de sa couleur, du bruit qu'il émet, de sa texture, de sa forme, de son odeur, de son goût, de sa provenance. Un détour imaginaire en rayons en convainc. On y croise des pommes aux couleurs vives et brillantes, des jouets pour enfants dont les boutons sont en test libre, des mandarines fermes, des bouteilles aux formats rivalisant d'imagination, des parfums cachés derrière un « *testeur* », des produits pour l'apéritif dont des échantillons sont proposés par un représentant commercial, et enfin, plus à la mode, des produits « *bio* », « *veggie* », « *label rouge* », « *gluten free* », « *sans paraben* », « *sans bisphénol A* ».

La longueur d'une thèse suffirait à peine pour être exhaustif sur ces mentions nouvelles qui rendent les produits attrayants à chaque public. On remarquera toutefois que certaines d'entre elles sont des créations juridiques avant qu'elles soient employées à des fins commerciales, comme le label « *agriculture biologique* » ou le fameux « *Nutri-score* »⁵¹⁹.

Saisies par le droit, elles ont été présentées comme des « *normes sensorielles* »⁵²⁰, parce qu'elles « *suggèrent ou (...) dictent nos plus petits comportements de tous les jours* »⁵²¹ sur la base des sens de l'humain. Il n'est donc pas étonnant de dénicher ces *stimulis* derrière des campagnes « *de sensibilisation* » qui suggèrent avec plus ou moins de coercition les bons comportements. D'un point de vue juridique, l'écart est grand entre l'encouragement à consommer cinq fruits et légumes par jour et le signal sonore rappelant aux passagers en

⁵¹⁹ P.-E. Bouillot, « Nutri-Score et compagnie, quel avenir pour l'étiquetage nutritionnel simplifié ? », *Dalloz IP-IT*, 2023, p. 9.

⁵²⁰ C. Thibierge, « Les « normes sensorielles », Exploration de la normativité du quotidien aux confins du droit », *RTD Civ.*, 2018, p. 567.

⁵²¹ *Ibid.*

attente d'un vol qu'il est strictement interdit de fumer dans l'aéroport. Les bons comportements se trouvent dans l'espace qui sépare l'incitation de la sanction.

Peu importe leurs formes respectives et le nombre de combinaisons possibles (panneau rouge, pictogramme bleu, bip sonore, enregistrement vocal), on notera comme l'illustrent les exemples cités que c'est à chaque fois le comportement de la personne qui est orientée, d'où leur rattachement à des « *normes comportementales* »⁵²².

Une fois rattrapé par l'hypothèse du non-exercice des droits, il nous devient nécessaire de traduire de façon juridique ces normes sensorielles et d'identifier quels peuvent être les signaux normatifs actuels qui, en rapport avec notre sujet, incitent à user d'un droit. Le terme britannique de *nudge*⁵²³ définit spécifiquement ces « *techniques normatives d'orientation des comportements et de changements des habitudes sociales, sans injonction* »⁵²⁴, c'est-à-dire les normes sensorielles qui captent l'attention dans une visée incitative. Alors, existe-t-il, en droit français, des *nudges* de nature à inciter le titulaire d'un droit à l'exercer ?

La réponse est, après une observation globale, négative. Les normes sensorielles sont, pour l'heure, divisibles en deux ensembles.

Le premier concerne le contingent de techniques commerciales destinées à attirer de nouveaux consommateurs. Leur lien avec le droit existe mais la finalité est économique. L'incitation ne vise pas l'exercice d'un droit, c'est tout au plus une invitation à contracter mais, là encore, la base intellectuelle n'est pas l'exercice des droits. Les pouvoirs publics peuvent y trouver leur compte, surtout pour relayer une politique de santé publique, et ainsi juridiciser l'opération en créant des labels juridiques qui seront utilisés par la suite dans ce but commercial. L'effet est double, mais il n'est pas d'aider un non-exerçant.

Le second contingent regroupe les normes sensorielles qui soutiennent le droit et en rappellent l'existence. Ces signaux en tout genre, souvent visuels ou auditifs, indiquent ou réitèrent une interdiction dont l'individu doit avoir connaissance. La voix qui rappelle l'interdiction de fumer dans un centre animalier maintient l'éveil juridique des visiteurs quant à une interdiction qu'ils ont apprises en entrant dans l'établissement. Le panneau stop

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge, La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Vuibert, 2010.

⁵²⁴ C. Thibierge, article précité.

informe le conducteur qu'il lui faudra, à l'endroit précis où se trouve le panneau, respecter une règle qui figure dans un code pour lequel il a dû afficher un minimum de connaissances. Le droit est prégnant mais ce sont des interdictions, non des incitations, que la norme sensorielle évoque.

On trouvera bien quelques mécanismes qui prennent peu ou prou la forme d'un nudge, comme pourrait l'être l'information dispensée par le partenaire contractuel. Sur la forme, l'information y ressemble dès lors qu'elle prend appui sur une capacité sensorielle. La réception d'un mail généré automatiquement par un établissement bancaire pour informer le titulaire d'un compte que celui-ci est inactif depuis tant de temps, joue sur son sens de la lecture. L'appel d'un conseiller bancaire joue sur son sens de l'écoute. C'est dans l'esprit que cette information s'éloigne de l'esprit du nudge. Le procédé est prévu par la loi, encadré, précis, et une obligation sécurise l'information. La douceur intrinsèque du nudge, cette incitation subtile, se dévoile peu à travers une obligation.

Cependant, un peu d'imagination laisse poindre certaines des formes que pourrait prendre un nudge d'incitation à l'exercice d'un droit, avec une logique de sensibilisation. Un non-exerçant sera peut-être aiguillé vers l'action par une publicité affichée aux abords d'un arrêt de bus, à l'effigie d'une maison d'accès au droit ou d'une aide sociale spécifique. Déjà, les campagnes de lutte contre certains agissements, comme les violences faites aux femmes, sont soutenues par des affiches de ce genre, qui contiennent des données pertinentes (adresse, numéro de téléphone). Peut-être verra-t-il une publicité⁵²⁵, en guise d'interlude de son film du soir, diffusé pour vanter une aide sociale et transmettre les coordonnées d'un organisme ou d'un site permettant d'en faire la demande. Il peut déjà lire, sur des sites d'information, des articles qui récapitulent les grands principes et les conditions d'une prestation sociale, et rappellent que la date limite pour déposer une demande est proche. Il reçoit aussi des courriers électroniques, de la part d'organismes publics, qui font une présentation rapide d'un dispositif et invitent à se renseigner davantage.

⁵²⁵ L'ampleur d'une campagne publicitaire serait moindre, et cantonnée à des politiques publiques. Par opposition, le démarchage est interdit pour l'avocat, de même que pour enrôler des victimes dans le cadre de l'action en représentation conjointe. La publicité est la meilleure information, elle est le support premier de l'effectivité, mais ne peut être développée de façon satisfaisante.

Dans ces exemples, le terme de nudge reste adapté, la mise en place est volontaire et poursuit l'unique but de servir les intérêts des justiciables. Le déploiement de ces nudges soutient l'efficacité du système juridique et contribue à son effectivité. Il permet au droit d'aller vers le justiciable, au détour de sa vie quotidienne, là où celui-ci ne se rendrait pas forcément vers le droit. Il y a donc tout lieu de souhaiter que ces signaux incitatifs se multiplient.

Cette seconde section a fait apparaître l'existence de procédés qui n'agissent pas au profit de l'individu de manière automatique pour éviter le non-exercice, mais qui émergent compte tenu du non-exercice et dans le but d'inviter la personne à utiliser ses droits, bien qu'elle conserve une large part d'initiative.

Leur efficacité est moindre par rapport à des mesures préventives et institutionnalisées qui, d'une part, ont une efficacité accentuée par une meilleure intégration au système juridique, d'autre part, s'appliquent d'une manière parfois automatisée ou presque et, de la sorte, forcent un peu la main du justiciable. Leur utilité est tout de même indéniable car ce sont là des mesures supplémentaires pour endiguer le non-exercice, en plus de présenter des caractéristiques plus modernes que les traditionnelles aides financières ou l'assistance d'un avocat.

Conclusion du second chapitre

Ce deuxième chapitre a permis d'illustrer en quoi consiste ou pourrait consister une réaction douce face au non-exercice des droits. Plutôt que d'envisager la perte du droit comme conséquence de sa mauvaise utilisation ou de son délaissement, les mesures aidant le titulaire à revenir vers l'utilisation du droit tiennent mieux compte du lien nécessaire entre la cause d'un problème, et les moyens de le résoudre.

Partant du principe que certains cas de non-exercice ne sont pas voulus, pas assumés, mais plutôt contraints, parfois pour des raisons propres au titulaire de droit, souvent pour des raisons qui échappent à sa volonté, il est apparu nécessaire de s'attaquer aux causes de ce problème et de les résoudre pour que le titulaire d'un droit recouvre ou découvre des moyens pour le mettre en œuvre.

Dans ce but, le déploiement d'un large éventail de mesures qui ne présentent pas toujours une cohérence entre elles, parce qu'elles ne fonctionnent pas en symbiose, mais toutes tournées vers un même but, est un facteur de diminution du non-exercice.

Pour en faire la démonstration, c'est le moyen de réalisation de ces mesures qui a été utilisé comme clé de différenciation.

Les mesures les plus efficaces sont, une fois n'est pas coutume, celles qui entretiennent un rapport étroit avec la science juridique.

L'information, parce qu'elle est soutenue par des obligations de délivrance nombreuses qui ressortent de différents codes, joue dans différentes matières, notamment le droit pénal et commercial. Elle constitue dans cette veine l'archétype de la mesure préventive. En effet, l'information intervient avant qu'une situation ne soit litigieuse, ou au moment où elle le devient. Elle doit être délivrée sans sollicitation, là se révèle sa nature d'obligation, et il revient pour grande part au législateur de choisir quand et dans quel domaine la mettre en place.

Les mesures d'assistance, parce qu'il est difficile d'imaginer qu'un justiciable refuse d'en bénéficier, et parce que, là aussi, le droit est à l'origine de sa mise en place, sont aussi efficaces. Les chiffres parlent d'eux-mêmes en ce qui concerne l'aide juridictionnelle, et la figure de l'avocat commis d'office est notoirement connue.

Par leur essence moins juridique, d'autres notions jouent un rôle moins préventif et plutôt incitatif, un rôle plus diffus et moins quantifiable. C'est le cas des actions de groupe qui, désormais intégrées dans différents codes, ont une influence sur l'action qu'elles facilitent. Mais leur origine est soit de droit étranger, soit jurisprudentielle. Leur systématisation est récente et il n'en reste pas moins que la personne ne reçoit pas cette forme d'assistance, elle doit se diriger vers elle. Elle reste à l'initiative. Tout au plus est-elle sollicitée.

Il en va de même du pari que constitue le *third party funding*, par lequel une entreprise propose à une victime de financer son procès et de récupérer une somme d'argent sur la compensation du préjudice en cas de succès. L'influence sur l'action est analogue mais la pensée juridique est quasi-inexistante. Ce pari est davantage commercial, plus pratique que juridique. Le mécanisme est donc spontané et la poursuite d'un effet incitatif dépend de la volonté individuelle.

Avec les normes sensorielles, le volet juridique est à demi-refermé. L'incitation est un fondement de la norme sensorielle puisque, là où le signal n'indique pas qu'il faut respecter une obligation, il met en avant des atouts dans le but d'influencer des comportements. La base de cette norme est donc commerciale. Il s'agit d'attirer des consommateurs vers un objet

de consommation en ciblant les personnes intéressées par des caractéristiques spécifiques. La réutilisation à des fins juridiques de cette technique n'est pas à exclure. Des publicités en faveur d'une prestation sociale ou d'une cause défendue par le droit seraient des normes sensorielles avec un effet d'incitation à recourir au droit. Mais le cercle est peut-être vicieux. Dans une optique incitative, l'origine de la technique est commerciale. C'est d'un point de vue économique, notamment du coût, que la mise en place des normes sensorielles pourrait germer moins que prévu.

On remarque au moins qu'il faudrait être de mauvaise foi pour prétendre que les procédés de retour vers le droit n'existent pas !

Conclusion du titre 2

Ce deuxième titre formule la pluralité de réponses que l'on peut opposer lorsque l'on est confronté à un cas de non-exercice licite, derrière lequel aucune faute ne peut être reprochée à son auteur.

La première réponse est le reflet naturel du non-exercice. En agitant un miroir face au non-exerçant, le fait de ne pas utiliser un droit engendre des effets d'une même nature, et conduit à la perte du droit. Le droit inutilisé est rendu inutilisable voire donné à quelqu'un d'autre.

Des notions, comme la prescription ou la forclusion, suppriment en ce sens la faculté de mettre en œuvre un droit, ou retirent le droit lui-même, dès lors que celui qui le détenait ne l'a pas assez agité quand il fallait le faire. L'incombance fait obstacle à la mise en œuvre du droit, car l'on ne peut brandir un droit mal conservé, pas plus que l'on ne saurait jouer avec un ballon mal gonflé.

Mais cette spontanéité laisse place à certains détails qui se dévoilent lorsque l'on se penche aux abords de ces notions, et que l'on voit émerger des détails qui compliquent la donne. Les effets de l'incombance ne sont pas si cliniques. Le droit n'est pas retiré, son titulaire est plutôt invité à mieux le conserver, à remplir certaines étapes, pour pouvoir mieux l'utiliser ensuite. Quant aux effets de la prescription, ils peuvent être largement atténués au nom d'une certaine morale, par la théorie des obligations naturelles. Celle-ci laisse un maigre espoir à l'individu trop longtemps inactif d'être néanmoins satisfait.

Quel que soit le degré de finesse de ce premier groupe de réponses au non-exercice des droits, c'est la problématique soulevée par le non-exercice qui réclame cette répartition. Licite et résultant d'une volonté légitime du titulaire de droit, qui ne s'en dépouille d'ailleurs pas, le choix de l'immobilisme est respectable. Mais la mise sur arrêt qu'il impose doit un jour cesser et le scénario doit être modifié. L'action interrogatoire illustre cette philosophie. Elle offre à quelqu'un d'intéressé un levier pour accélérer le temps. Le risque de perdre le droit est simple mais il est donc normal. Pour éviter l'illogisme que constituerait un droit sous cloche pour l'éternité, les situations enlisées sont décantées par la perte du droit et son acquisition par autrui.

Cependant, cette réponse est pertinente pour autant que le non-exercice est le fruit d'une volonté ou qu'il n'est pas subi. Car l'on ne comprendrait pas, en effet, qu'un même sort frappe celui qui n'a pas eu toutes les armes de son côté pour utiliser une prérogative. Le concernant, la problématique est tout simplement différente. Le phénomène est analogue, on s'intéresse au non-exercice d'un droit. La cause est néanmoins différente, le non-exercice n'est plus souhaité et n'est pas souhaitable. Le combattre par la perte du droit n'est alors pas adapté, car la problématique est non pas de savoir que faire d'un droit ensommeillé de manière légitime, mais de savoir que faire au profit de celui qui aurait sans doute voulu jouir d'un droit mais n'a pas eu cette chance.

Par des mesures préventives, le travail peut être fait à la place du titulaire ou presque, afin qu'il soit dans les meilleures conditions pour agir. Information, aide d'un conseiller, allocation de moyens financiers, automatisation d'une demande, l'individu est presque délesté du poids de l'action, voire du poids de la décision, et le droit se meut à sa place pour éviter qu'il ne subisse les conséquences de sa faiblesse.

Par les mesures incitatives, le droit ne s'active pas autant en marge de la volonté de l'individu. Il est sollicité, aiguillé, mais il conserve une initiative complète dans l'exercice de ses droits.

Dans un cas comme dans l'autre, on s'aperçoit que la réponse au non-exercice peut être calibrée à la nature du mal. La perte du droit n'a de sens que si le non-exercice est voulu, tandis que le retour vers l'action est préférable là où le non-exercice n'est que le fruit de circonstances ayant empêché l'individu d'agir.

Conclusion de la partie 1

Cette première partie a démontré la dualité inhérente au non-exercice dont on peut exclure tout caractère fautif. Avant de l'aborder, on eut pu penser que l'absence de faute derrière le phénomène excluait pour de bon l'idée de sanction. Cette idée est pourtant-là, d'une certaine manière, mais elle cohabite avec une logique d'accompagnement totalement distincte.

Il nous semble, après étude, que la signification large du terme licéité génère une réponse nuancée. Il fut choisi de présenter comme licite tout non-exercice qui n'est pas le résultat d'un comportement sanctionnable. Mais bien des postures existent, bien des causes du non-exercice demeurent, dans la frontière du non-sanctionnable.

L'inaction est apparue licite pour deux séries de motifs.

Sous un premier angle, l'inertie est légitime parce qu'elle résulte d'une volonté permise et protégée par le droit, ou parce que la nature du droit implique qu'il puisse ne pas être activé. Ce qui est permis ne peut évidemment pas être sanctionné. L'impératif de sanction ne prolifère donc pas dans la réponse à ce type de non-exercice, bien qu'il soit persistant. Le non-exercice est voulu et toléré mais, comme la situation endormie par l'inertie doit être réveillée, la perte du droit est en effet considérée comme la conséquence désirée par le titulaire de droits. La perte laisse subsister l'idée que le non-exerçant n'a eu que ce qu'il méritait, mais l'existence d'une volonté indique qu'il a eu au contraire ce qu'il voulait. La mesure fait double-emploi, puisqu'elle résout l'incertitude en laissant une autre personne agir et en fluidifiant la situation.

Sous un angle opposé, l'inaction est pardonnée parce qu'elle n'est pas voulue de son auteur qui subit le cours des événements. Pour des raisons qui lui sont propres ou extérieures, mais qui excluent toute part de responsabilité, la personne passe à côté d'une occasion de jouir d'un droit. Le problème n'est plus celui d'en finir avec une situation qui s'enlise, mais d'aider un titulaire de droit faible ou vulnérable. La perte du droit a donc été évacuée, et le système juridique envisage depuis longtemps déjà des moyens de remettre la personne dans de bonnes dispositions pour profiter de ses droits. La question de savoir ce qu'il en fera, s'il les utilisera ou pas, n'est pas posée à ce stade. Il faut d'abord s'assurer qu'elle puisse être posée honnêtement, donc que l'individu ait toutes les cartes en mains pour choisir son sort. Des

mesures préventives et incitatives sont donc déployées de concert pour qu'un justiciable choisisse d'exercer ou pas ses droits.

Derrière cette opposition, le non-exercice présente tout de même une légère unité que dévoile son traitement. En effet, lorsque l'individu ayant subi le non-exercice est assisté pour la mise en œuvre d'un droit, la conséquence est double. D'un point de vue pratique, l'effectivité du droit est mieux garantie, et les intérêts individuels mieux conservés. D'un point de vue théorique, la mise à disposition de tous ces moyens d'assistance est susceptible de faire basculer le non-exercice dans une autre catégorie. Dans un rapport de cause à effet, une fois le non-exercice pardonné et les solutions imaginées au profit de l'individu, on pourra considérer que le fait, pour le non-exerçant aidé, de ne pas mettre en œuvre ses droits, constitue une manifestation de volonté. Le non-exercice, initialement pardonné, devient légitime, et sera traité par la perte du droit.

L'unité de résolution du phénomène de non-exercice licite des droits tient donc dans une chronologie qui s'avère somme toute classique. Soit le titulaire pouvait raisonnablement utiliser ses droits et ne l'a pas fait, alors il les perd. Soit le titulaire ne pouvait pas raisonnablement les mettre en œuvre, et des moyens doivent lui être conférés pour le faire. S'il ne les utilise toujours pas, alors il les perdra. L'aide à l'exercice des droits est donc une manière de redonner une volonté au non-exerçant et de mieux justifier, au besoin, la perte des droits subséquente au prolongement de l'inertie.

- **Partie 2 : le non-exercice illicite des droits subjectifs**

L'illicéité du non-exercice des droits subjectifs fait référence à la responsabilité de l'auteur de l'inaction.

Le potentiel juridique du non-exercice illicite apparaît au premier abord plus grand, puisque l'interdit est en partie dessiné par une règle de droit ou la jurisprudence, ce qui signifie que le droit saisit avec vigueur cette version du phénomène d'inaction.

Concernant le non-exercice licite, les deux premières pièces de l'édifice étaient distinguées selon une approche tantôt orientée vers la nature d'un droit, tantôt vers le comportement de l'auteur de l'inaction. Nous avons pu exprimer que la nature personnelle de certains droits subjectifs, leur confusion avec la notion de liberté, mais aussi la volonté légitime de ne pas mettre en œuvre une prérogative, fondaient un premier pan de la licéité du non-exercice.

Cette dualité de nature du droit – volonté de l'inactif présentait une solidité que l'on retrouve avec l'illicéité, puisque l'illicite se dévoile derrière des cas que l'on peut distribuer selon le comportement qui meut la conduite du non-exerçant.

La première hypothèse d'illicéité renvoie au défaut de prise en compte de divers intérêts dont la préservation était impérative, leur garantie étant concrètement mise à mal par l'inertie. Le terme intérêt est gigogne, car les intérêts protégés par le droit sont en général multiples. Avec les droits subjectifs, on peut déjà mentionner l'intérêt d'autrui, de toute personne liée au non-exerçant qui pourrait pâtir de son inaction. Le constat du lien entre la posture de l'un, et les intérêts des autres, a ainsi favorisé l'essor de certains concepts. C'est le cas de la bonne foi ou, à grande échelle, de l'intérêt général. Il faudra vérifier si ces concepts peuvent s'appliquer dans le cadre du non-exercice des droits. En plus de cette vision concrète, une approche d'ensemble puisée dans la théorie des droits-fonction de L. Josserand doit permettre d'expliquer que certains droits subjectifs n'ont pas été pensés pour que leurs titulaires nourrissent uniquement des intérêts propres, mais afin de préserver à la fois ses intérêts et ceux de quelqu'un d'autre. Là, c'est la manière de voir le droit subjectif, par un prisme utilitaire et protecteur, qui laisse entrevoir la faute derrière l'inaction.

La deuxième hypothèse d'illicéité est définie par la volonté que cache le non-exercice. L'identifier est fort complexe. On a pu dire que la recherche d'une volonté de ne pas mettre en œuvre un droit était rendue compliquée par le contexte du non-exercice, un contexte de silence qu'il est dur de faire parler. On peut redire qu'il sera difficile de colorer la volonté derrière l'inaction, encore plus si l'on recherche non une volonté légitime de ne pas agir, mais une volonté de nuire à autrui en n'agissant pas. Car l'illicéité peut aussi surgir d'un silence qui déguise le souhait de nuire à quelqu'un, avec qui la rupture a été consommée. Un des partenaires, notamment un partenaire contractuel, qui ne s'entend plus avec son homologue ou un groupe, fait mine de ne plus s'intéresser aux autres. Là, non seulement l'inaction consolide le défaut de prise en compte des intérêts d'autrui, mais le mal est parfois plus insidieux. En feignant de ne pas agir, l'individu peut en réalité avoir effectué un calcul et déterminé qu'en ne faisant rien, il pouvait faire souffrir ses anciens camarades. Et, de la même manière qu'il a fallu avoir recours à quelques indices pour interpréter la volonté d'une personne silencieuse, il faudra recourir à quelques notions pour rendre crédible cette façon d'analyser le non-exercice. Celle d'abus est sans doute la plus adaptée, si tant est que l'abus par non-exercice existe.

Une fois explorées ces deux pistes, celle du manquement à prendre en compte divers intérêts et celle de l'abus de droit par non-exercice, nous pourrions dessiner la destination auxquelles elles mènent naturellement, la sanction.

Cette sanction clôturera notre développement alors qu'elle semble être la façon la plus logique de résoudre l'inaction. En n'utilisant pas, on utilise mal, donc on doit réparer le préjudice ou être privé de son droit. On verra que, tout en reprenant ces deux voies classiques, la responsabilité et le retrait du droit, le contexte justifie une fois de plus l'adoption de réponses plus adaptées. Parmi elles, l'exercice contraint évite à coup sûr que ne soit réitérée l'inaction.

En tout cas, le fil rouge sera analogue à celui qui sous-tendait la licéité du non-exercice : le non-exercice illicite peut être identifié par une catégorisation (titre 1) qui fonde l'application d'un régime de sanction (titre 2).

○ **Titre 1 : la catégorisation du non-exercice illicite des droits subjectifs**

Le phénomène de non-exercice des droits peut être illicite pour plusieurs raisons.

La première raison est plutôt objective. Elle tient à la protection des intérêts autres que ceux du titulaire d'un droit ne l'utilisant pas. La protection dont ces intérêts sont dignes justifie que les comportements qui les mettent à mal soient annihilés ou combattus par une sanction.

Pour convaincre que l'inaction peut constituer un manquement, il faut identifier puis expliquer en quoi certains intérêts sont atteints par l'inertie. L'éventail est grand et part du plus petit intérêt, celui d'un individu isolé, au plus grand, l'intérêt de tous. L'intérêt d'une seule personne mérite toutefois une protection au titre de la bonne foi, tandis que l'intérêt général a les grâces du régime des licences dont le non-usage empêche par exemple le public de jouir d'une innovation. Le développement de ces concepts protecteurs démontre que l'illicéité existe indépendamment de la volonté de nuire.

La deuxième raison est davantage subjective. Elle repose sur le constat, étonnant *a priori*, que le silence peut être une manœuvre destinée à nuire à autrui. L'importance de l'intérêt atteint, ou le nombre de victimes de cette manœuvre, est moindre. L'élément principal est moral, et le but n'est pas tant de lutter contre l'inaction que la volonté de nuire. C'est évidemment sa caractérisation qui, de tous les cas de non-exercice présentés dans ce travail, sera la plus complexe. Dire que le silence peut avoir un sens n'était pas simple, dire qu'il révèle un abus le sera encore moins. Pour dire vrai, la recherche d'éléments jurisprudentiels ou normatifs n'a pas, ici, succédé à l'élaboration d'un axe d'analyse. C'est la rencontre de l'abus par inaction dans la lecture de quelques jurisprudences qui a précédé son intégration dans le plan, ce qui expliquera que le regard soit plus critique.

Cette focalisation tantôt sur un élément objectif, l'intérêt mis en péril par le non-exercice, tantôt sur un élément subjectif, la volonté de nuire par le non-exercice, scinde en deux catégories le comportement illicite de l'inactif : il peut commettre un manquement (chapitre 1) ou une malveillance (chapitre 2).

▪ Chapitre 1 : la caractérisation d'un manquement

Le non-exercice des droits est le terreau de manquements divers et variés dès lors que l'individu est inactif. Avec l'inaction, la probabilité est logiquement multipliée que le titulaire de droits ait omis d'adopter une posture pourtant attendue de sa part. La question du manquement invite à identifier à quoi une personne pourrait bien manquer lorsqu'elle n'utilise pas un droit, et donc à identifier quels sont les éventuels devoirs, au sens générique du terme, du titulaire de droit.

Cette problématique foisonne dans la jurisprudence et a été en conséquence étudiée par la doctrine sous des angles d'attaque multiples. Cela n'a rien d'illogique, au contraire. Le passage au stade contentieux ou litigieux d'un cas de non-exercice est d'autant plus facilité lorsqu'un individu reproche à un autre d'avoir manqué à tel ou tel devoir d'agir. L'illicite appelle indéniablement une plus grande réponse juridique que le licite, et la loi traite naturellement ce type de non-exercice.

Multiplés, forcément éparpillés, les cas de non-exercice illicites peuvent néanmoins être présentés de façon organisée au regard d'une répartition classique fondée sur la nature d'un droit ou le contexte factuel.

Il eut été possible de catégoriser ces cas de non-exercice suivant la notion impliquée ou l'intérêt mis en péril. L'analyse en aurait été complexifiée et aurait rendu nécessaire une fastidieuse exposition de toutes les notions en jeu, leur présentation, et d'amples explications. Disparité que n'aurait pas rendu cohérente une présentation bipartite et aurait résumé le travail d'élaboration du plan à un recensement, artificiel ou dans l'ordre alphabétique, de ces cas. Le procédé est peu productif et sans intérêt.

Une approche par le biais de l'intérêt mis en péril par le manquement aurait paru plus opportune. Cela aurait permis de rappeler et d'illustrer le rôle évidemment social du droit et des droits subjectifs, confiés aux individus pour régler leurs relations avec leurs semblables dans un cadre balisé, et d'expliquer plus clairement pourquoi le non-exercice est parfois un phénomène à réprimer. D'un point de vue méthodologique, cette approche affleure aisément une répartition en deux parties, qui tiennent dans les deux catégories d'intérêts biaisés à l'occasion d'un manquement : l'intérêt individuel et l'intérêt général.

Cette scission du plan n'aurait pas reflété les deux idées forces que l'on entend toutefois développer. Après analyse, il s'avère en effet qu'un équilibre est mieux trouvé si l'intérêt individuel et l'intérêt général sont regroupés sous la bannière de l'intérêt d'autrui, que l'on opposera aux standards juridiques, comme la bonne foi, utilisés pour évaluer le comportement d'un individu inactif.

En effet, l'intérêt d'autrui est dans bien des cas érigé en pierre angulaire de droits qui sont en lien constant avec celui-ci. C'est alors la nature du droit qui détermine la valeur de l'inaction, systématiquement fautive. Avec les standards juridiques, c'est l'examen jurisprudentiel qui est outillé pour analyser le comportement de l'individu dont la valeur ne dépend plus de la nature du droit inutilisé, mais du contexte dans lequel il ne le met pas en œuvre.

Le défaut de prise en compte de l'intérêt d'autrui est toujours sanctionné au regard de la nature de certains droits (section 1) tandis que l'inertie est parfois sanctionnée, au regard de standards comme la bonne foi, en fonction des circonstances dans lesquelles le droit est laissé ensommeillé (section 2).

- **Section 1 : le défaut de prise en compte de l'intérêt d'autrui**

Le défaut de prise en compte de l'intérêt d'autrui est un premier motif permettant de caractériser le manquement dans le cadre du non-exercice d'un droit.

Deux précisions s'imposent d'emblée.

Le choix d'évoquer uniquement l'intérêt d'autrui est conscient. Le terme d'autrui englobe à la fois l'autrui unique, qui peut être un cocontractant unique d'un lien unissant deux personnes, les membres d'un groupe dans lequel s'inscrit l'activité du titulaire de droits, des associés ou des copropriétaires par exemple, mais aussi l'intérêt général.

Cette précision indique qu'un certain contexte doit être réuni pour que soit susceptible de manquement l'inertie de l'individu. Un lien doit exister, d'une manière ou d'une autre, entre celui qui n'agit pas et celui dont l'intérêt est lésé, pour que la cause de l'atteinte soit attribuée à l'inertie. C'est un prérequis de l'atteinte à l'intérêt individuel par l'inaction.

Aussi, évoquer seulement l'intérêt d'autrui conduit à l'exclusion claire de l'intérêt du titulaire de droit lui-même. L'inaction demeure opérante lorsqu'elle risque d'entraîner un préjudice pour son auteur. Elle peut, bien sûr, ne pas être légitime, souhaitable, qu'elle en garde toutefois un caractère licite à son égard. Hormis les circonstances particulières qui peuvent conduire au pardon et rendre nécessaire une approche fondée sur la compréhension et l'assistance, le préjudice dont souffre le non-exerçant est la conséquence normale d'une posture assumée. Cette posture devient en revanche problématique quand c'est autrui qui en souffre. Autant l'inactif assume pour grande part son silence et ses conséquences, autant autrui n'a pas à en pâtir. Par conséquent, le défaut de prise en compte de son propre intérêt ne rend pas le non-exercice illicite, contrairement au manque de considération pour l'intérêt d'une autre personne.

La mise en perspective du manquement au regard du non-exercice des droits impose ensuite de mettre un accent sur le terme de *droit*. *A priori*, une chose est de négliger les intérêts d'autrui en ne mettant pas en œuvre un droit, mais autre chose est de commettre une faute. Si l'on reprend l'une des plus célèbres définitions de la faute, il faudrait rechercher « *le manquement à une obligation préexistante* »⁵²⁶. En s'appuyant sur cette définition, le non-exercice des droits ne constituerait jamais une faute, pour une raison d'antinomie. Soit l'individu a un droit et il peut l'exercer à sa guise, soit l'individu est tenu d'une obligation et il doit la remplir. On ne pourrait donc commettre de manquement que si l'on est tenu d'un devoir, et non dépositaire d'un droit. En cela s'explique le constat fait par ailleurs par Dabin que l'usage d'un droit est exclusif de la notion de faute⁵²⁷. Mais ce sempiternel débat tourne en rond et discrédite plus largement toute limitation dans l'usage ou le non-usage d'un droit. Heureusement que le titulaire d'un droit ne peut faire ce qu'il veut, le droit lui est conféré en grande partie pour régir ses rapports à autrui, parce qu'il ne vit pas en vase clos. Or, s'il ne vit pas en vase clos, il ne peut faire n'importe quoi.

Dans ce cadre, un manquement peut ressortir du non-exercice d'un droit. L'effort de simplification n'empêche pas la mise en jeu d'autres notions, celles qui délimitent les bornes de l'usage des droits en ménageant la marge de manœuvre inhérente à cette notion de droit. En effet, l'individu ayant des droits, lorsqu'il les exerce, doit respecter nombre de standards

⁵²⁶ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 3^{ème} éd., 1931, n°947.

⁵²⁷ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, pp. 284-285.

ou de règles qui sont créées pour permettre de conserver l'intérêt d'autrui. Il n'est pas étonnant que, par mimétisme, l'individu doive s'interroger sur les conséquences de son inaction lorsqu'au contraire, il ne met pas en œuvre un droit.

Employer le terme de manquement n'est donc pas simpliste et n'a rien d'une ineptie. Devoir satisfaire l'intérêt d'autrui, y être obligé, c'est bien-là qu'un manquement peut être commis. Pour le relier au non-exercice des droits, il est donc pertinent d'évoquer les deux échelles d'intérêts que l'inaction ne sauvegarde pas, l'intérêt individuel (sous-section 1) ou général (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : le non-exercice constitutif d'un manquement à l'intérêt individuel**

Les notions qui reflètent la nécessité de prendre en compte l'intérêt des autres sujets de droit dans le cadre de l'action et de l'inaction sont nombreuses. Mais, là où certaines trouvent un écho dans la législation ou dans une doctrine unanime, comme la bonne foi, d'autres restent au stade de la théorie doctrinale et nécessitent un effort d'abstraction.

C'est le cas des droits-fonction étant donné qu'aucun texte ne mentionne la fonction d'un droit ou ne lui assigne sous un tel vocable un rôle dans l'intérêt d'autrui. Cependant, la norme précise parfois qu'un droit est conféré dans l'intérêt d'une personne autre que le titulaire du droit, ce qui représente concrètement l'hypothèse du droit-fonction. De même, les biais d'analyse empruntés par la Cour de cassation donnent du corps à la fonction sociale de certains droits et accèdent l'idée que le non-exercice de l'un d'entre eux forme une atteinte au droit. En effet, sitôt que l'intérêt du bénéficiaire requiert une manœuvre, dont la nature importe peu dans notre développement, on peut poser que l'inertie est automatiquement incompatible avec la fonction du droit.

La présentation de la notion de droit-fonction (paragraphe 1) servira à éclairer le lecteur sur la signification de l'expression pour mieux rendre compte de son existence à travers des exemples pratiques (paragraphe 2).

- Paragraphe 1 : présentation de la théorie des droits-fonction

La théorie doctrinale des droits-fonction est née sous la plume de Josserand⁵²⁸, pour qui, « dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction, ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent »⁵²⁹.

D'essence doctrinale, cette théorie nous paraît convaincante par son utilité concernant le non-exercice des droits, en raison de l'influence qu'a l'inaction sur le respect de la fonction d'un droit.

Josserand, dans sa formule, ne visait évidemment pas tous les droits subjectifs, concédant l'existence de droits « *non causés* »⁵³⁰. Il évoquait plutôt le contingent de droits et de prérogatives confiés à un titulaire auquel le législateur s'intéresse moins en tant qu'individu qu'« *unité sociale* »⁵³¹.

Maillon d'une chaîne, le titulaire du droit-fonction est chargé de s'en servir pour accomplir l'intérêt d'autrui pour lequel le droit fut créé⁵³². Il nous semble pointer ici la caractéristique principale du droit-fonction, l'intérêt d'autrui, ce qui permet d'y rattacher la notion de pouvoirs décrits dans sa thèse par E. Gaillard⁵³³, car ils fonctionnent sur une mécanique similaire⁵³⁴ : le pouvoir est donné à une personne pour prendre soin des intérêts d'une autre.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut déjà choisir parmi les droits subjectifs ceux qui ont une connotation sociale ostensible. Des droits parentaux, des droits du tuteur, du curateur, du mandataire ou de tout type de représentants, des droits des héritiers concernant les

⁵²⁸ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 2ème édition, 1939.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 395.

⁵³⁰ *Ibid.*, pp. 416-417. Il y incorpore le droit de faire opposition au mariage, le droit reconnu au propriétaire de faire des plantations ou d'ériger des ouvertures à distance raisonnable, de couper les branches et racines du voisin pénétrant le fonds, de disposer de la quotité disponible, autant de droits « *soigneusement cantonnés par le législateur en vue précisément de laisser le champ libre aux mobiles du titulaire qui peuvent jouer à volonté à l'intérieur des cadres rigides dans lesquels (...) la prérogative a été renfermée* ».

⁵³¹ *Ibid.*, introduction, p. 7.

⁵³² Leur qualification concrète de droit-fonction se fera dans le cadre d'une sous-section 2, mais pour donner à ce stade un exemple symbolique de droit-fonction, nous pouvons citer les droits parentaux, pesant sur les parents chargés grâce à eux de ménager les intérêts de leurs enfants.

⁵³³ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. Cornu, Economica, 1985, thèse Lille II.

⁵³⁴ L. Cadiet, P. Le Tourneau, *Abus de droit*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Sec. 1, Art. 1, § 1, A, mai 2017.

œuvres artistiques ou littéraires de leurs ascendants, parce qu'ils évoquent une qualité qui n'a de sens qu'en considération d'autrui (on est parent d'un enfant, tuteur d'une personne sous tutelle, héritier d'un défunt), émanent cette finalité sociale du droit avant même d'étudier leur régime.

C'est tout l'inverse que laisse sentir le droit de propriété par exemple, qui n'évoque pas une qualité en rapport avec autrui mais focalisée sur une chose, l'objet du droit de propriété. La finalité sociale du droit de propriété, dont l'on verra qu'elle existe bel et bien, paraît beaucoup moins évidente.

Ces droits-fonction ou ces pouvoirs s'inscrivent en opposition aux droits qualifiés diversement d'égoïstes⁵³⁵, d'absolus, de discrétionnaires, ou parfois d'exclusifs⁵³⁶, pour lesquels la marge de manœuvre laissée au titulaire dans l'opportunité et la manière de les mettre en œuvre reflète leur dévolution dans l'intérêt premier de l'attributaire. Son intérêt n'est pas exclusif, celui d'autrui demeure présent en toile de fond et il sert même à tempérer les usages malveillants qui pourraient être faits de ce type de droit. Néanmoins, la visée sociale ou égoïste du droit détermine une qualité et un lien avec autrui, pour finalement étendre ou restreindre sa mainmise sur le droit et baliser son attitude.

La malveillance que risque de laisser prospérer une approche égoïste des droits ne se retrouve pas dans la théorie des droits-fonction de Josserand. Envisageable dans l'absolu, on peut très bien ne pas le mettre en œuvre pour nuire à son bénéficiaire, sa référence n'est pas nécessaire, alors il vaut mieux se garder de compliquer la donne. L'explication est simple : dans le cadre de l'usage d'un droit-fonction, dès lors que la fonction du droit n'est pas accomplie, l'action se fait sans droit, le manquement est consommé. Peu importe peu que la personne l'ait voulu ou ne s'en soit pas rendue compte. Ces droits sont directement assortis d'une cible qu'il faut viser et toucher chaque fois qu'on en use, au risque de ne plus être digne d'en être titulaire si la cible est manquée.

⁵³⁵ Par Josserand lui-même, cf *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, précité, pp. 418 et s.

⁵³⁶ Une liste des auteurs allant en ce sens, comptant notamment Planiol, Aubry et Rau, ou encore Capitant, est donnée par J.-P. Chazal, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ*, 2020, p. 21.

L'examen du défaut d'accomplissement de la fonction du droit ou du pouvoir est ainsi facilité lorsque le débat est placé sur le terrain du non-exercice des droits.

Deux hypothèses laissent résoudre l'équation. Dans la première, l'intérêt de l'individu au profit duquel est établi le droit-fonction ou confié le pouvoir n'est pas en péril ni ne requiert d'action particulière. Pour l'instant, la personne cible n'a pas d'intérêt particulier à préserver, ou parvient seule à sauvegarder cet intérêt. La mise en sommeil du droit ne constitue pas un manquement si aucun intérêt ne commande l'activation immédiate du droit, rien n'est manqué. Dans la seconde, l'intérêt de l'individu bénéficiaire est actuellement en jeu et celui-ci n'est pas apte à le conserver lui-même. L'action est désormais requise par la fonction du droit. Il est acquis que le comportement inactif du titulaire du droit-fonction ou du récipiendaire du pouvoir est incompatible avec une situation qui réclame l'action. Il est manqué à quelque chose si l'action est requise et que rien n'est fait.

C'est ainsi que l'on parvient au manquement.

L'incompatibilité de l'inaction dénichée, il est nécessaire de justifier l'emploi du vocable de manquement, et de légitimer l'exclusion de toute autre notion.

Une réticence doit être émise à l'égard de la notion de faute⁵³⁷, pour la raison déjà mentionnée que son rapport avec l'obligation est étroit et que l'on parle ici de droit, non d'obligation. Quand bien même, quitte à choisir entre le terme de manquement et de faute, celui de manquement reflète plus clairement le contexte. Dire que l'on manque à la fonction d'un droit est plus simple que d'expliquer que l'on commet une faute en manquant à la fonction du droit. Pourquoi faire compliqué avec la faute, si l'on peut faire simple avec le manquement ?

Pour la notion d'abus de droit, ce n'est plus la simplicité mais la logique qui entraîne son exclusion. L'abus suppose certaines particularités, comme la volonté de nuire, dont l'on a expliqué aussi qu'il serait fastidieux et inutilement lourd de le rechercher à tout prix derrière le défaut de mise en œuvre d'un droit-fonction. Il a bien été dit que *« on abuse de son droit quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le*

⁵³⁷ Sur la faute d'abstention, voir Josserand lui-même, qui n'exclut pas totalement l'idée : *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, précité, p. 37.

législateur »⁵³⁸, mais drôle de juriste serait celui qui s'obstinerait à chercher l'abus là où il est difficile à prouver et largement dispensable.

C'est sur cette base qu'un auteur a proposé de substituer le détournement de pouvoir au cas de l'abus de droit-fonction⁵³⁹, réflexion qui n'apparaît pas non plus pertinente avec le non-exercice des droits. L'emploi du détournement de pouvoir signifierait ici que toute personne n'usant pas d'un droit-fonction dans l'intérêt de la personne pour laquelle il fut établi détourne son pouvoir. La réticence affichée à l'égard de l'utilisation du concept d'abus de droit doit guider à nouveau la mise à l'écart du détournement de pouvoir. Pour cause, le détournement nécessite un acte matériel spécifique constitué par l'utilisation d'un droit dans un but contraire⁵⁴⁰ à celui pour lequel il fut établi. La fameuse jurisprudence *Pariset*⁵⁴¹ définit, en droit administratif, le détournement de pouvoirs comme l'usage de ceux-ci « *pour un objet autre que celui à raison desquels ils lui étaient confiés* ». En droit de l'Union européenne, le tribunal de première instance a posé dans sa décision *Mancini*⁵⁴² que « *la notion de détournement de pouvoir se réfère au fait, pour une autorité administrative, d'avoir usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. Une décision n'est entachée de détournement de pouvoir que si elle apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été prise pour atteindre des fins autres que celles excipées* »⁵⁴³. Pour en revenir au droit civil français, l'article 1427⁵⁴⁴ du Code civil évoque le fait pour un époux « *d'outrepasser* » ses pouvoirs relatifs à l'administration des biens communs. Outrepasser : le détournement réside toujours dans une action. Définitivement, on ne détourne pas en n'utilisant pas.

La référence au détournement de pouvoir demeure permise dans une perspective plus spéciale. L'hypothèse dans laquelle le titulaire d'un droit-fonction tire un bénéfice de la charge

⁵³⁸ E. Porcherot, *De l'abus de droit*, thèse Dijon, L. Venot (préf.), 1901, p. 215.

⁵³⁹ Voir J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, pp. 341 et s.

⁵⁴⁰ Le professeur Gaillard, dans sa thèse, parle d' « *inadéquation grossière des moyens utilisés au but poursuivi* », E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. Cornu, Economica, 1985, thèse Lille II, p. 136.

⁵⁴¹ CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, n° 47544.

⁵⁴² Trib. 1^{ère} instance, 3 février 2005, *Ornella Mancini c. Commission des Communautés Européennes*, aff. T-137/03.

⁵⁴³ *Ibid.*, point 111.

⁵⁴⁴ L'alinéa 1^{er} de cet article prévoit que « *si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation* ».

qui lui est confiée en demeurant inactif reste crédible. Par exemple, un parent aux revenus moindres pourrait être tenté de conserver des sommes destinées à l'entretien de son enfant pour les destiner à des achats personnels. Mais une action sera effectuée à terme et c'est sur elle qu'est portée l'attention pour identifier le détournement. Pour en revenir à des cas déjà pris en exemple, il ne fait aucun doute que le titulaire d'un pouvoir ou d'un droit-fonction peut être animé d'une intention malveillante ou savoir que son inertie sera nuisible pour la personne bénéficiaire de ce droit. Ainsi en va-t-il du tuteur qui ne fait rien ou du parent divorcé qui, titulaire d'un droit de visite et d'hébergement de son enfant dont la garde a été confiée à son ex-époux, mais ayant mieux à faire que de s'en occuper, n'exerce pas ce droit.

Mais point de détournement en perspective. Le détournement du tuteur sera susceptible de lui être reproché dans un autre cadre, le détournement de fonds ou de biens⁵⁴⁵, par exemple l'utilisation peu scrupuleuse du compte bancaire de la personne protégée ou le détournement d'héritage. Ces infractions pénales se produisent en cas d'action. De l'inaction résulte plutôt la faute pour omission de payer des charges diverses, de placer des biens, de produire le compte-rendu annuel de gestion, contraire à l'article 496 du code civil qui impose au représentant prudence, diligence et soins avisés pour la gestion du patrimoine de la personne représentée⁵⁴⁶. Mais c'est au risque d'engager sa responsabilité personnelle, pas pour détournement. Quant au parent négligent, le non-exercice de son droit de visite et d'hébergement n'a pas besoin d'être assorti d'une quelconque volonté, il est pourfendu par le code civil sur une autre base que le détournement⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Ce détournement est notamment prohibé au visa de l'article 314-1 du code pénal, dont une application peut être observée dans Crim., 10 septembre 2014, pourvoi n° 13-86.872.

⁵⁴⁶ Les deux premiers alinéas de cet article disposent ainsi que : « *Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée* ».

⁵⁴⁷ Concernant le droit de visite et d'hébergement, en l'absence de mention directe par le code civil, c'est sur le fondement de la responsabilité délictuelle classique qu'est sanctionné le parent négligent. Voir en ces sens TGI Poitiers, 15 novembre 1999, BICC, 15 novembre 2000, n° 1294. Pour le non-usage des droits liés à l'autorité parentale, l'article 378-2 al. 2 du code civil établit que « *peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7* ».

Après bien des développements, il faut se rendre à l'évidence et concéder l'« *impossibilité majeure d'établir une théorie unitaire en se fondant sur la notion de faute ou sur celle de détournement des droits de leur finalité sociale* »⁵⁴⁸.

Dans ces circonstances, c'est-à-dire lorsque ni la faute, ni l'abus, ni le détournement ne conviennent, le terme de manquement envisagé selon son sens courant reflète le mieux l'attitude de celui qui n'utilise pas le droit-fonction comme il le faudrait.

▪ **Paragraphe 2 : le non-exercice d'un droit-fonction**

Le droit-fonction le plus symbolique n'est pas isolé, il s'agit plutôt un ensemble de droits, en l'occurrence les droits parentaux, dont l'objectif est de servir l'intérêt de l'enfant sur lequel ils portent. La fonction sociale des droits ne concerne pas que ceux-ci et influence même le droit de propriété dont l'on a présenté l'égoïsme de façade.

Dès la rédaction du Code civil de 1804 circulait l'idée que les droits parentaux étaient uniquement dédiés à un autre que leurs titulaires. Il fut ainsi rapporté un discours du tribun Albisson énonçant que l'autorité parentale « *n'est pas à proprement parler un droit mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré* »⁵⁴⁹. Au discours succède la réalité d'un régime juridique univoque dont tous les éléments convergent vers la nature d'un droit-fonction.

Il résulte de l'application de diverses dispositions successives que, non seulement le parent ne doit pas dévier de l'intérêt de l'enfant, mais qu'il doit de plus mettre en œuvre les droits qui lui sont conférés dans le but de l'accomplir. Ces deux facettes font apparaître une logique de prévention contre la mise en péril futur des intérêts de l'enfant et de sanction en cas d'inaccomplissement acquis.

⁵⁴⁸ P. Diener, thèse précitée, pp. 392-393.

⁵⁴⁹ Discours du tribun Albisson devant le corps législatif rapporté par A. Pousson, « Le non-exercice des droits subjectifs », in *Mélange Louis Boyer*, Puf, t. II, p. 586.

Le volet préventif de ce droit-fonction, absent du Code civil de 1804, est apparu dans une loi du 24 juillet 1889⁵⁵⁰ sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés. Elle a pour la première fois institué une procédure de déchéance des droits de puissance paternelle que la jurisprudence n'avait pas eu l'audace d'inventer jusque-là, même s'il semble, sans que cela soit vérifiable, qu'elle s'eut parfois risquée à la privation de certains attributs de la puissance paternelle tel que le droit de garde. Son titre II faisait de l'abandon de l'enfant le résultat de la négligence dans l'exercice des droits de puissance paternelle ou leur renonciation, avec pour effet le transfert de ces droits à l'administration de l'aide sociale à l'enfance, une association, ou une autre personne consentant à les prendre en charge.

La loi du 15 novembre 1921 a alourdi le risque de cette déchéance et l'a étendu aux cas d'ivrognerie ou d'inconduite pouvant compromettre la moralité et l'équilibre de l'enfant, différents péchés qui sont d'ailleurs susceptibles d'empêcher l'exercice efficace des droits parentaux.

La substitution des devoirs aux pouvoirs de puissance paternelle s'opéra par la loi du 4 juin 1970 qui, outre l'extension de ses droits aux deux parents, ne leur octroie plus seulement des pouvoirs mais fait peser sur eux une réelle « *autorité partagée* », l'article 371-2 du Code civil prévoyant alors que « *l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* » qui bénéficient à la fois d'un « *droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation* ».

La même philosophie imprègne les dispositions actuelles du Code civil et l'essence des droits parentaux ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 371-1 : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

Le non-exercice de ces droits est alors spécialement visé par l'article 378-1 du Code civil. L'alinéa 1 évoque, par la mention de la consommation de boissons ou stupéfiants, de la maltraitance, de l'inconduite, de l'adoption de comportements délictueux, du manque de soins et du défaut de direction, tout ce que l'on peut grouper sous la bannière de la défaillance dans l'autorité parentale. L'alinéa 2 est plus clair encore : « *peuvent (...) se voir retirer*

⁵⁵⁰ Voir sur cette chronologie le rapport du sénateur L. Jozeau-Marigné présenté le 5 mai 1970 au Sénat et fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'autorité parentale, pp. 11 et s.

totalem l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 ».

Le retrait de l'autorité parentale dont le parent est investi à l'égard de l'enfant est encouru chaque fois qu'il ne l'utilise pas car, par son inaction, il se place automatiquement en défaut par rapport à la bonne direction de l'enfant.

Comme mentionné précédemment⁵⁵¹, le non-exercice du droit de visite et d'hébergement, qui n'est pas spécialement visé par cette disposition du code civil, peut quant à lui être constitutif d'une faute civile à même d'engager la responsabilité de son auteur sur le fondement de l'article 1240 du code civil.

Toutefois, les droits parentaux ne se prêtent pas à une juridicité parfaite. La vie de couple, peu important l'institution sous laquelle se sont placés les compagnons, n'est pas un contexte propice à une plainte à l'égard d'un parent défaillant, bien qu'il existe des personnes extérieures pouvant donner l'alerte, comme l'aide à l'enfance. Au non-exercice des droits parentaux fait écho un refus de dénonciation chronique, c'est un cercle vicieux. La séparation attise quant à elle la rancœur légitime que peut éprouver un parent à l'égard de l'autre. Ceci suggère que les actions dont l'objet principal est de mettre en cause le non-exercice d'un droit sont susceptibles d'être intentées par un parent, souvent celui investi du droit de garde de l'enfant, à l'encontre de l'autre, souvent celui tenu de verser une pension alimentaire ou investi d'un droit de visite et d'hébergement⁵⁵².

D'autres droits-fonction existent ça-et-là dans les différents codes, qui illustrent l'idée selon laquelle l'inaction est en soi incompatible avec l'intérêt défendu par un droit.

L'analogie évoquée avec les pouvoirs traités par le professeur Gaillard peut être reprise, puisque la non-utilisation des pouvoirs corrélatifs à une charge, que ce soit pour le tuteur, le curateur, le mandataire, s'analyse *ipso facto* en un manquement⁵⁵³. L'auteur lui-même le relevait : « *quand il s'agit de l'exercice d'une fonction, il importe d'examiner si celui qui en est investi se conforme à l'objet de cette fonction, soit qu'il le détourne pour une fin personnelle* »,

⁵⁵¹ Voir *supra*, p. 120.

⁵⁵² Voir par exemple les circonstances factuelles dans Crim., 4 juin 2008, n° 07-87.697.

⁵⁵³ Voir *supra* pp. 119-120.

soit même, ajoute l'auteur, « *qu'il s'acquitte de sa mission d'une manière défectueuse* »⁵⁵⁴. Ainsi, « *le mandataire assure une « charge » qu'il est tenu d'exercer dans l'intérêt du mandant. Les organes des personnes morales poursuivent l'intérêt collectif des groupements ; les parents, dans l'exercice de l'autorité parentale ou de l'administration légale, l'intérêt de l'enfant ; le tuteur, l'intérêt du mineur (...)* »⁵⁵⁵.

Aux droits parentaux sont ainsi greffés les pouvoirs qui sont autant de droits-fonction.

Même le droit le moins altruiste qui soit *a priori*, le droit de propriété⁵⁵⁶, se donne à voir sous un jour plus social. On assiste ainsi à la remise en cause partielle mais réelle du caractère perpétuel et souverain de la propriété, démontrée par de multiples auteurs qu'une récente doctrine a compilés, « *Saïlles promeut l'idée de l'illicéité des faits antisociaux, Josserand celle de la relativité des droits, Gény celle de « l'équilibre des intérêts en présence », Duguit celle de la fonction sociale de la propriété* »⁵⁵⁷. Le professeur Albiges a lui aussi mis en lumière le phénomène : « *d'une manière quelque peu surprenante, certains propriétaires ne bénéficient désormais, en raison de l'obligation d'exploiter, que d'un simple droit d'usage temporaire, soumis à une destination déterminée, toute non-exécution de cette obligation étant même susceptible de s'opposer au maintien de leur titre de propriété* »⁵⁵⁸. Le phénomène était de longue date prédit par Ripert : « *la tendance du législateur à diriger l'économie se traduit par l'obligation imposée aux propriétaires d'utiliser leurs biens selon les instructions qui leur seront données* »⁵⁵⁹.

Ce paradigme s'observe notamment dans le cadre des baux et la pratique contractuelle subséquente. Dans cette veine, il est possible pour un propriétaire d'un immeuble d'imposer au preneur l'exploitation active d'un fonds de commerce par clause⁵⁶⁰, là où la conservation d'une clientèle doit déjà permettre un maintien de la valeur du fonds commercial, et

⁵⁵⁴ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. De G. Cornu, Economica, 1985, thèse Lille II, p. 23.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁵⁶ Qui serait l'archétype du droit-égoïste.

⁵⁵⁷ J.-P. Chazal, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ*, 2020, p. 20.

⁵⁵⁸ C. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ*, 2014, p. 803.

⁵⁵⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n° 84, p. 212, cité par C. Albiges, article précité.

⁵⁶⁰ J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, op. cit., n° 792, cité par C. Albiges, article précité.

accessoirement le paiement des loyers dus au bailleur⁵⁶¹. Le renouvellement du bail est par ailleurs subordonné, selon l'article L. 145-8 du code de commerce, à une exploitation continue du preneur pendant les trois ans qui précèdent l'arrivée au terme du bail. L'exercice des droits tirés du bail s'avère donc être le seul moyen d'assurer avec certitude la pérennité de la relation contractuelle.

Les baux en matière agricole sont soumis à une logique similaire. L'article L. 411-59 du code rural et de la pêche maritime force le bailleur désireux de reprendre le bien loué dans une vocation agricole⁵⁶² à une exploitation personnelle⁵⁶³ pendant au moins neuf ans. Les dispositions relatives à la mise en valeur des terres incultes, établies aux articles L. 125-1 à 125-15 du même code, font planer une menace sur le propriétaire d'une parcelle « *inculte* »⁵⁶⁴ ou « *manifestement inexploitée depuis au moins trois ans* »⁵⁶⁵ qui pourra s'engager à redresser la barre sous un an ou y renoncer⁵⁶⁶. Elles sont aussi de nature persuasive à l'égard de l'agriculteur désigné pour remplacer le propriétaire afin d'exploiter le terrain, lui prescrivant différentes obligations d'exploiter⁵⁶⁷.

En matière d'usufruit, l'usufruitier, donnant caution de jouir « *raisonnablement* » du bien loué⁵⁶⁸, référence policée à son ancien rôle de « *bon père de famille* », veillera à exploiter le bien selon la destination contractuelle prévue à cet effet, en tout cas s'abstiendra de le détériorer, ce qui requiert évidemment un minimum d'action.

⁵⁶¹ *Ibid.*, citant également P. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^{ème} éd., Dalloz Action, 2014, n° 6523 ; M.-P. Dumont, « Sur l'importance de l'obligation d'exploiter à l'égard du maintien de la clientèle », Rép. civ., Baux commerciaux, 2009, n° 245.

⁵⁶² Il n'est pas possible de donner congé pour reprendre un terrain qui n'a pas une vocation agricole : Civ. 3e, 30 avr. 1997, n° 95-15.971, D. 1997. 130 ; AJDI 1997. 854, obs. C. Giraudel ; RD rur. 1997. 323 et 505 ; JCP N 1998. 31, obs. F. Roussel, cité par C. Albiges, article précité, prenant l'exemple du terrain forestier.

⁵⁶³ L'article en question est sans équivoque : « *il ne peut se limiter à la direction et à la surveillance de l'exploitation et doit participer sur les lieux aux travaux de façon effective et permanente* ».

⁵⁶⁴ La notion de « *terre inculte* » mérite un peu de recul et doit être mise en relation avec la continuité de la possession. En effet, comme l'a avancé le professeur Seube, « *celui qui, en pays de haute montagne, ne conduit ses bêtes que l'été sur un pré et le laisse inoccupé les mois de froidure a cependant une possession continue* ». Voir J.-B. Seube, *Droit des biens*, LexisNexis, 7^{ème} édition, 2017, p. 28.

⁵⁶⁵ Article L. 125-1 du code rural et de la pêche maritime.

⁵⁶⁶ Article L. 125-3 du même code.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ En application de l'article 601 du code civil.

Cette transformation du droit de propriété puise enfin sa source dans le Code civil, son article 1728 obligeant le preneur à un usage raisonnable de la chose louée.

De ce corpus d'articles, il découle que l'exercice des différents droits acquis à l'occasion de la conclusion du bail est commandé. Voie normale pour l'enrichissement du preneur, suivre la direction balisée lui évitera le reproche d'un usage déraisonnable ou incompatible avec d'authentiques obligations.

Et, même si cette tendance anti-libérale forme en apparence une « *entrave au principe de liberté de ne pas user dont bénéficie tout propriétaire* »⁵⁶⁹, la préservation des biens des particuliers et, dans une moindre mesure, l'intérêt général (le consommateur est heureux qu'une parcelle agricole fournisse sa nourriture), font pencher la balance en faveur d'une obligation d'exploiter ces biens.

On remarque donc que le droit de propriété se trouve soumis à une logique fonctionnaliste qui est l'accomplissement de l'intérêt du propriétaire, avec pour contrecoup l'intérêt d'autrui. L'idée est appréciable sur le fond, l'utilisation exclusive d'un bien qu'aménage le droit de propriété est tenable si elle n'empêche pas autrui de jouir du fruit de cette utilisation.

Il est d'autant plus évident que les pouvoirs et les droits parentaux sont des droits-fonction. Ce sont des droits soumis à résultat dont l'existence est motivée par la réalisation de leur objet, à savoir l'intérêt qui l'enfant, qui du représenté, qui de la personne protégée.

La notion doctrinale de droits-fonction, qui peut être critiquée parce qu'elle n'est pas précise, encore qu'elle ait été élaborée à une autre époque, facilite le travail de celui qui examine un cas de non-exercice. Elle dispense de rechercher une volonté de nuire. Or, entre la caractérisation d'un droit-fonction, travail technique mais pas infaisable, et l'identification d'un abus derrière un silence qui n'en dit pas long sur l'esprit de son auteur, le choix est vite fait. Il vaut mieux qualifier le droit non mis en œuvre de droit-fonction et le tour est joué, son non-exercice de ces droits est *per se* un manquement qui ne requiert aucun constat supplémentaire.

⁵⁶⁹ C. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.*, 2014, p. 800.

- **Sous-section 2 : le non-exercice constitutif d'un manquement à l'intérêt général**

L'intérêt d'autrui prend parfois de l'envergure pour se raccorder à l'intérêt général avec les droits assortis de licence ou d'un monopole⁵⁷⁰ comme les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique, qui peuvent porter sur une invention, une marque⁵⁷¹, mais aussi les licences de débit de boisson.

Cet intérêt, par sa globalité, est plus abstrait que l'intérêt d'autrui mais moins contextuel. Cependant, l'examen reste à certains égards le même que celui à suivre en matière de droits-fonction, ils partagent une nature sociale qui impose une prise en compte systématique de l'intérêt de tous, non au regard des intérêts en présence. Toutefois, les droits ici visés ne peuvent être assimilés parfaitement aux droits-fonction, d'où leur présentation distincte. Ils sont établis prioritairement dans l'intérêt de leurs titulaires, leur usage est encadré par le respect d'un intérêt global mais il n'est que secondaire. Si l'on reprend la distinction de Josserand, les licences et droits d'exploitation sont, sous cet angle, à mi-chemin entre les droits-fonction et les droits-égoïstes.

Leur régime est donc hybride. Leur exercice est plus libre que celui des droits-fonction car il est moins bridé par l'intérêt d'autrui. Des règles classiques gouvernent leur exploitation, tel le régime des troubles de voisinage qui impose au propriétaire d'un bar le respect de son environnement. Il n'en demeure pas moins que leur titulaire peut développer une stratégie d'exploitation. Pourtant, leur non-usage est directement fautif, parce qu'il est constitutif d'un manquement à l'intérêt général, ce que Goubeaux n'avait pas manqué de remarquer « *les titulaires de droit bénéficient d'avantages à raison de leurs mérites propres ou de ceux de leurs auteurs (nombre de droits correspondant à une accumulation de travail), parce qu'ils sont en situation de servir certains intérêts de la société ou de défendre des valeurs jugées essentielles pour la civilisation* »⁵⁷².

⁵⁷⁰ Voir *supra*, pp. 99 et s.

⁵⁷¹ R. Kovar, J. Larrieu, Y. Basire, *Répertoire de droit européen, Marque – Exercice du droit de marque*, Dalloz, Avril 2019, § 180.

⁵⁷² J. Ghestin (dir.), G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^{ème} édition, LGDJ, 1990, p. 149.

L'exemple pris du débit de boissons peut porter à caution sur ce point. On peut douter que son ouverture soit une avancée sociale majeure. L'avocat du diable soutiendra qu'il est pourtant un lieu de réunion et de socialisation. L'approche économique prédominera néanmoins : un lieu est aménagé en débit de boissons, l'obtention d'une licence au profit d'un individu lui octroie un droit d'exploiter ce lieu à cette fin, les autres prétendants à l'exploitation dudit lieu sont privés de la possibilité de le faire. On retrouve là une caractéristique des droits subjectifs, ils sont privatifs pour soi et exclusifs pour autrui.

Or, les licences et droits d'exploitation portent en germe l'esprit de concurrence et leur obtention par une personne, parce qu'elle prive les autres de les utiliser, requiert la fluidité. Ce dynamisme économique, en lien avec le caractère privatif du droit, est le point commun de ces licences qui suscitent les convoitises, et il ne se retrouve avec aucun autre type de droit.

En ce sens, il importe peu que l'ouverture d'un débit de boissons ou la mise sur le marché d'objets de marque contribue au progrès social. Ce volet est au demeurant indéniable, le bar est un lieu de rencontres et la marque de vêtements est un élément d'expression et le signe d'appartenance à un groupe. C'est le monopole d'exploitation institué qui compte.

Le défaut de mise à profit d'une invention empêche la société d'en jouir et les exploitants potentiels de la mettre à disposition de la société.

Le dépôt de signes distinctifs d'une marque (logo, nom...) empêche les autres opérateurs économiques ayant en tête des idées peu ou prou analogues d'entreprendre⁵⁷³, l'inaction n'est pas tolérable alors que certains se sont proposés pour l'exploiter⁵⁷⁴.

C'est donc la même logique pour le débit de boissons. La vie de quartier nécessite que le gérant titulaire de la licence ouvre son lieu d'échanges plutôt que de le laisser portes closes indéfiniment alors que d'autres auraient fait fonctionner l'entreprise. D'ailleurs, c'est une

⁵⁷³ Il a par exemple été dit qu' « est à juste titre dénoncée l'attitude qui consiste à effectuer des dépôts en grand nombre de marques diverses sans avoir l'intention de les exploiter ». Voir C. Carreau, « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 23. Voir aussi, dans le même ton, A. Chavanne, J. Azéma, obs. sous CA Paris, 11 février 1975, RTD Comm., 1976, pp. 506 et s.

⁵⁷⁴ Pour ces biens spécifiques, l'octroi d'un monopole pour l'usage d'un brevet ou d'une marque est donc contrebalancé par une véritable obligation d'exploitation tirée d'une lecture *a contrario* de l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle. Cette obligation résulte donc directement d'un texte, texte par ailleurs établi pour prendre en compte la nature particulière de ces biens.

autre clé de lecture de l'affaire *Kervoëlen* précitée⁵⁷⁵. La gérante du débit de boissons qui n'avait pas ouvert celui-ci durant plus de trois ans avançait la force majeure, à savoir les odeurs infâmes provenant de la station d'épuration voisine qu'elle ne souhaitait pas infliger à ses clients. Rien ne dit qu'un concurrent moins soucieux n'aurait pas ouvert le fonds en dépit de cet élément. Du point de vue purement économique, la bienveillance olfactive n'est pas prise en compte, pas plus que l'échec qui pourrait être infligé en cas d'ouverture d'un tel fonds. Seule la volonté d'exploiter compte, et l'on peut alors comprendre le retrait de la licence sans aborder le débat procédural⁵⁷⁶.

Cette logique est poussée assez loin, en matière artistique par exemple. En plus de l'auteur, ce sont aussi les différents auxiliaires avec lesquels il a contracté qui sont tenus d'assurer la mise en valeur du bien dont l'exploitation est confiée. Le professeur Albiges l'a relevé : « *c'est à ce titre qu'est prévue l'exploitation d'une oeuvre à l'article L. 132-12 du code de la propriété intellectuelle : l'éditeur doit assurer, au nom de l'intérêt commun avec l'auteur et d'une valorisation du bien, « une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession »* »⁵⁷⁷. L'exclusivité, qui imposait au titulaire d'une licence de l'utiliser effectivement, génère une véritable obligation légale d'exploiter à la charge de l'éditeur bénéficiaire de l'exclusivité des droits sur une oeuvre. L'axiome vaut tant pour les oeuvres littéraires qu'audiovisuelles, l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle imposant une « *exploitation conforme aux usages de la profession* » au producteur, trouvant à s'appliquer aux brevets lorsqu'est conclue une licence ou une cession⁵⁷⁸ et aux marques dans les mêmes conditions⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Voir p. 115. Cour EDH, 27 mars 2001, *Kervoëlen c. France*, req. n° 35585/97, chron. E. Garaud, « Droit des affaires et droit de l'Homme », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2002, n° 18, pp. 724 et s.

⁵⁷⁶ Rappelons que, dans cette affaire, c'est la nature de constat du retrait de la licence, qui n'avait *a fortiori* pas la nature de décision, qui faisait obstacle aux prétentions de la propriétaire déchue.

⁵⁷⁷ C. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ*, 2014, pp. 795 et s.

⁵⁷⁸ Req., 7 mai 1934, *Annales prop. ind.*, 1935. 53. Solution confirmée, Com., 16 mai 1961, Bull. civ. IV, n° 212 ; Com., 2 décembre 1963, *Annales prop. ind.*, 1964, 128 ; Com., 25 juin 1968, *Dalloz*, 1969, 23 ; Paris, 2 juillet 1981, *Dalloz*, 1984, IR 212, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt ; Com., 17 février 1982, *Dalloz*, 1983. 485, note J. Schmidt ; Colmar, 18 avril 1984, *Dalloz*, 1986. IR 138, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt ; Paris, 2 juin 1988, *Dalloz*, 1988, IR 202.

⁵⁷⁹ J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2017, 8^{ème} édition, n° 1621 ; E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Thèse Montpellier, 1991, p. 342.

D'où l'on remarque que l'intérêt général *a priori* secondaire débouche sur une authentique obligation d'exploiter le bien, qui est déjà la contrepartie d'un monopole offert en vertu de la loi, se retrouve également en tant que contrepartie d'une exclusivité consentie par contrat. On pourrait bien émettre quelques réserves, notamment en raison du lien que présente ces licences avec le droit de propriété. Dans ce prolongement, reprocher en toutes circonstances ou presque son inaction au titulaire est sévère, car il y a un pas entre le fait de ne pas utiliser, et le souhait plus destructif de faire obstacle à l'exploitation par autrui. C'est là tout l'intérêt, cependant, de l'intérêt général, qui dépasse l'intérêt seul du titulaire. Un auteur avait formulé cette approche en des termes sociologiques : « *un propriétaire laisse ses terres en friche, laisse sa maison vide, refusant de la louer, laisse son usine au chômage ; voilà ce qui est beaucoup plus fréquent que la destruction « gratuite » de la propriété. Voilà ce que la mentalité actuelle, beaucoup moins individualiste qu'il y a un siècle, ne tolère plus facilement* »⁵⁸⁰.

Dans cette première section, la nature de certains droits et leur régime ont été utilisés pour mettre en avant l'obligation d'exploiter un droit corrélativement à sa dévolution. L'intérêt d'autrui est directement intégré au droit, à titre principal avec les droits-fonction, à titre secondaire avec les licences et monopoles. La logique veut donc que l'usage des droits suive l'intérêt d'un bénéficiaire ou soit constamment interrogé par rapport à autrui, ce qui exclut un égoïsme total. Puisqu'il est question de nature du droit, l'inaction devient automatiquement gênante. Sa stigmatisation est plus simple car elle ne dépend pas d'un contexte factuel.

La logique est différente avec certains standards, comme la bonne foi, susceptibles de générer une même obligation de prendre en compte l'intérêt d'autrui, d'être solidaire ou, comme il a été dit, « *humaniste* »⁵⁸¹. Le défrichage et l'analyse de l'inaction est néanmoins plus dépendante du contexte, et l'effort de justification en cas de sanction du titulaire inerte devra être plus conséquent.

⁵⁸⁰ M. Walline, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2007, 2^{ème} édition, p. 345.

⁵⁸¹ P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 357, 2000, p. 26.

- Section 2 : l'inaction incompatible avec un standard

Un nombre grandissant de standards juridiques oriente l'exercice des droits subjectifs en imposant à leur titulaire l'adoption d'une attitude propre à ménager les intérêts d'autrui. Ces standards concernent essentiellement les droits qui ne peuvent être considérés comme des droits-fonction et qui laissent à leur titulaire une marge de manœuvre plus conséquente pour qu'il mette en œuvre sa stratégie. Ces standards servent par conséquent à encadrer cette marge de manœuvre pour éviter qu'elle ne soit prétexte à un trop grand égoïsme.

La mention de quelques-uns de ces standards servira à expliquer le lien que tous présentent indirectement ou directement avec la notion de bonne foi (sous-section 1), seule à figurer dans le code civil et qui nous semble être une clé de lecture du non-exercice. Elle précédera un exposé plus long de cas concrets dans lesquels ces variants de la bonne foi sont appliqués (sous-section 2).

- Sous-section 1 : l'existence de multiples standards juridiques se confondant avec la bonne foi

Parmi de nombreux standards en lien avec l'action, que l'on retrouve principalement en matière contractuelle, figurent la bonne foi, la diligence, la prudence, le devoir de réaction, le devoir de collaborer. Et l'on peut parier qu'à l'avenir, d'autres notions émergeront au gré des jurisprudences et des avis sur elles. Nous n'irons pas jusqu'à établir un inventaire à la Prévert de ceux-ci dont le but n'est pas d'en faire l'exposé exhaustif, mais d'expliquer en quoi ils peuvent servir pour qualifier le comportement d'un individu inactif de manquement.

L'exemple de la bonne foi est symbolique puisque ce concept, à la différence des autres, est gratifié d'une disposition lui étant entièrement consacrée par le Code civil en son article 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Initialement cantonnée à l'exécution du contrat⁵⁸², c'est par l'ordonnance

⁵⁸² L'ancien article 1134 du Code civil disposait en son alinéa 3 que les conventions légalement formées « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

réformant le droit des contrats de 2016⁵⁸³ que la bonne foi fut élargie en amont à la négociation et à la formation des conventions⁵⁸⁴, puis en aval à leur exécution.

Concernant le non-exercice, il est un terrain naturellement propice à l'application de la bonne foi afin de constater qu'un individu y a manqué lorsqu'il s'est contenté de rester en retrait ou silencieux là où l'action était requise. En effet, le lien entre des cocontractants suppose l'entraide et encourage l'accomplissement de bonnes actions dont la réussite est de nature à pérenniser la relation contractuelle : divulgation d'une information essentielle dans un contrat de consommation, avertissement donné au cocontractant que son inaction met ses intérêts en péril dans un contrat de transport, tolérance vis-à-vis d'un cocontractant fidèle et fiable confronté à une difficulté ponctuelle dans un contrat de bail, menu sacrifice pour éviter au créancier la perte de l'objet du contrat, ne pas profiter des faits justificatifs comme la force majeure dans un contrat de prestations de service quand l'accomplissement de la prestation reste envisageable. Tout y passe ou presque, de sorte que l'inaction, non-activation d'une clause, refus de se prévaloir d'une cause exonératoire, peut être assimilée à un facteur de préservation du lien contractuel ou d'obstacle à la survie du contrat. La bonne foi commande tantôt l'action, tantôt l'inaction.

Ce sont des considérations analogues qui justifient l'utilisation des autres standards évoqués dont la définition varie en fonction des exigences découlant des interprétations jurisprudentielles. Ces autres standards semblent d'ailleurs être des déclinaisons de l'exigence de bonne foi qui nécessite, une fois que l'on a accepté de s'inscrire dans un rapport

⁵⁸³ Plus précisément, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵⁸⁴ Une jurisprudence isolée avait bien réussi, déjà, à appliquer la bonne foi à la conclusion d'un contrat, notamment en estimant qu'un avocat ayant fixé des honoraires exorbitants au regard du service rendu avait par là manqué à la bonne foi due à son client. Voir l'ordonnance du premier président du tribunal de Rouen donnée le 15 septembre 1992, *JCP*, 1993, II, 21986.

Même si la convention d'honoraire est établie après services rendus et, normalement, au regard de ceux-ci, il s'agissait bien d'un manquement à la bonne foi dans la détermination d'un élément conventionnel.

La Cour de cassation avait également irrigué les avant-contrats de la pensée solidariste en imposant aux parties engagées dans des pourparlers l'engagement de les poursuivre de bonne foi sans être toutefois tenues d'aboutir. Voir par exemple, Com., 2 juillet 2002, *RTD Civ*, 2003, pp. 76 et s., obs. J. Mestre et B. Fages.

C'est l'obligation de négocier de bonne foi, dont la vocation est de protéger contre l'interruption subite de la négociation et contre la volteface.

Le nouvel article 1104 du code civil est clarifiant en ce qu'il généralise la bonne foi à tous les stades du processus contractuel, ce qui est évidemment de nature à influencer le comportement de ses protagonistes.

contractuel, de collaborer, d'être prudent, réactif. Au nom de la bonne foi, le cocontractant est ainsi tenu de réagir vite pour éviter une déconvenue à son partenaire, et sans doute est-il dans son intérêt d'aider son partenaire, etc...

Bien que la doctrine ait attribué aux valeurs requises des termes différents, la bonne foi a une vertu fécondante dans le cadre contractuel. Sa force est sans doute moindre que celle de certains principes comme la force obligatoire⁵⁸⁵ ou l'effet relatif des conventions, mais elle reste le prisme duquel émanent différents standards dont l'utilité est, pour la jurisprudence, de légitimer la sanction des léthargies fautives. Dans ce but, la bonne foi renforce justement la force obligatoire du contrat⁵⁸⁶.

En ce sens, tous les standards juridiques susceptibles de motiver une appréciation négative de l'inaction sont en lien avec la bonne foi et en découlent. Cela nous amène à porter l'attention sur cette seule notion qui a les faveurs d'une disposition du Code civil.

- Sous-section 2 : l'action requise au regard de la bonne foi

La bonne foi et ses différentes déclinaisons jouissent d'un terreau favorable, comme il fut démontré, dans le domaine contractuel. C'est en effet en la matière que la bonne foi est explicitement requise, à tous les stades de cette relation, par l'article 1104 du Code civil.

Il fut déjà posé que la jurisprudence, au nom de la solidarité contractuelle, a pu faire produire un effet additif à la bonne foi en imposant à l'un des protagonistes d'informer l'autre cocontractant qu'une action de sa part est requise pour conserver un bien⁵⁸⁷. La nécessité

⁵⁸⁵ La bonne foi peut être un support pour paralyser une prérogative contractuelle mais elle ne sert pas à la remise en cause d'un droit de créance, comme l'exprime la jurisprudence dite *Les Maréchaux* : Comm., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.768.

⁵⁸⁶ La bonne foi peut, dans certaines hypothèses, porter un coup à la force obligatoire de la convention. Il est possible de neutraliser une prérogative contractuelle exercée de mauvaise foi. La bonne foi commande alors l'inaction et heurte la force obligatoire. Un exemple serait de ne pas mettre en œuvre une clause résolutoire lorsque le manquement du cocontractant est minime. Dans un autre ordre d'idées, l'irruption des droits fondamentaux dans le contrôle du comportement des contractants requiert parfois la tolérance d'un protagoniste. Ainsi, le droit à la vie privée et familiale, garantie par l'article 8 de la Convention EDH, empêche au bailleur de se prévaloir d'une clause d'habitation personnelle à l'encontre du preneur qui accueille des proches.

⁵⁸⁷ Cour EDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce* (n°2), req. n° 66610/09, voir supra, pp. 78 et s. et p. 90.

d'agir préexistait toutefois et la bonne foi n'avait qu'un effet incident dans ces circonstances, celui d'en rappeler l'existence. Le professeur Mazeaud a pu avancer dans cette ligne qu'« *un contractant doit, au nom de la solidarité contractuelle, (« facette dynamique de la bonne foi ») avertir son créancier de l'erreur qu'il commet en omettant de lui facturer ses prestations* »⁵⁸⁸. Cette approche de la bonne foi en fait un générateur de l'action. Il en découle que l'inaction constitue un manquement possible à la bonne foi.

Dans un premier cas de figure, la bonne foi peut être générée automatiquement car elle est consubstantielle à la nature du rapport contractuel. C'est encore le professeur Mazeaud qui abonde en ce sens : « *l'immixtion légitime dans les affaires d'autrui peut aller parfois, lorsque le contrat ou un contractant est confronté à une situation de crise, jusqu'à conduire ou contraindre un contractant à faire fi, dans un esprit de solidarité et de fraternité contractuelle, de ses propres intérêts. Ce sont alors les vertus de patience, de tolérance et d'indulgence que les contractants sont alors incités ou obligés à adopter en faveur de leur partenaire malheureux* »⁵⁸⁹. Un cas topique est celui de la *liberty clause*, prévue pour que le capitaine d'un navire transporteur dérouté son navire afin de décharger des marchandises ailleurs que dans le port visé par le contrat.

D'emblée, il faut dire que ces clauses sont prévues au profit du transporteur. Leur incorporation ne poursuit pas pour but la sauvegarde des intérêts du créancier, mais octroie au débiteur (le transporteur) la possibilité de contourner des obstacles à l'accomplissement de son obligation, en l'occurrence de retrouver plus rapidement la disponibilité de son navire. Concrètement, c'est une libération de pouvoir décharger une cargaison ailleurs que dans un port bloqué ou inaccessible pour une raison revêtant les caractéristiques de la force majeure, une grève par exemple, plutôt que d'attendre la levée du blocage et de susciter le mécontentement des autres clients.

En théorie, il revient donc au transporteur seul d'évaluer l'opportunité de mettre en oeuvre cette clause au regard de ses besoins, des éventuelles commandes restant à livrer ou des cargaisons nouvelles à récupérer. Il arrive toutefois que le juge pose un regard plus solidariste

⁵⁸⁸ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 619, sur Civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, n° 93-21.414, *Dalloz* 1997 pp. 571 et s. ; *RTD Civ*, 1996, pp. 900 et s.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 620.

et intègre à l'équation les intérêts des créanciers pour condamner le transporteur qui n'en ferait pas usage. Le refus d'utiliser cette clause est susceptible de révéler le désintérêt du transporteur à divers égards. Un transporteur qui préfère exciper de la force majeure et tout simplement partir voguer vers d'autres horizons plutôt qu'effectuer un détour vers un autre port assez proche fait le choix de la facilité. Ce type de clause ne vise pas, par hypothèse, des ports qui se situent aux antipodes de celui vers lequel devaient être acheminées les marchandises, et le transporteur a participé à leur détermination. Ce choix de la facilité ressemble alors à de la suffisance. Surtout, que le transporteur s'en aille finir d'autres livraisons ou qu'il attende patiemment la levée du blocage, le client est exposé à la dévalorisation, voire à la perte des marchandises à livrer. C'est le cas lorsque les marchandises qui sont l'objet du contrat de transport sont des denrées périssables (fruits, légumes), des produits indispensables à court terme (produits médicaux) ou des biens dont la valeur fluctue rapidement (automobiles). Ce genre de biens, à l'instar de beaucoup d'autres, ne sont pas destinés à être stockés sur un bateau.

Ces observations sont permises par la lecture d'un arrêt du 13 décembre 2016⁵⁹⁰ dans lequel la Cour de cassation a condamné un transporteur maritime pour n'avoir pas utilisé la *liberty clause* qui lui aurait permis de décharger sa marchandise ailleurs que dans le port de Marseille, bloqué pour cause de grève. Les circonstances factuelles commandaient, au nom du solidarisme contractuel, de mettre en œuvre une prérogative tirée d'une clause du contrat dans l'intérêt de l'acquéreur.

Mais un raisonnement similaire peut bien sûr être appliqué aux bailleurs qui n'activeraient pas la clause résolutoire d'un contrat de bail pourtant stipulée dans leur intérêt afin de laisser le contrat se poursuivre jusqu'à son terme, malgré l'abandon des lieux loués, pour pouvoir ensuite réclamer le montant des loyers impayés auprès des cautions. Cette mauvaise foi a suscité la censure de la Cour de cassation, désireuse de rétablir l'équilibre des intérêts en présence, en préservant ici l'intérêt des cautions à ne pas devoir rembourser les loyers impayés d'un locataire que le bailleur savait mauvais payeur mais avec lequel il n'avait pas coupé le lien contractuel en dépit de cette possibilité offerte par le contrat⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Comm., 13 décembre 2016, n° 14-20.804, sur lequel voir P. Stoffel-Munck, « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », *Revue des contrats*, 2018, n° 1, p. 20.

⁵⁹¹ Comm., 5 décembre 1995, n° 93-18.936, *RTD Civ*, 1996, p. 899, obs. J. Mestre.

Dans un autre cas de figure, la bonne foi n'est pas générée automatiquement et la nécessité de la respecter est suscitée par l'intervention du cocontractant.

Sollicité par un cocontractant tenu de veiller à la conservation de ses intérêts et pour lequel l'action est déjà recommandée au titre de la réactivité, un titulaire de droit interrogé est tenu, si ce n'est de le mettre en œuvre, au moins de prendre position sur une éventuelle utilisation future d'une prérogative. Dans cette perspective, le développement de l'action interrogatoire⁵⁹², prévue directement par la loi⁵⁹³, est sous-tendu par le principe de bonne foi.

Le principe d'une action interrogatoire accrédite la remarque du professeur Mazeaud⁵⁹⁴ qui voit « *une forme de devoir d'exercer sa prérogative unilatérale dans un délai raisonnable lorsque cela nous est demandé par la personne tributaire de cet exercice* ». Cette exigence fait écho au devoir de réaction⁵⁹⁵ « *qui s'aiguise dès lors que l'attentisme du détenteur d'un droit qui se refuse à l'exercer risque, non pas de dégrader sa propre situation, mais celle de son cocontractant* »⁵⁹⁶. Il est cependant difficile de concevoir cette inaction comme fautive. Le défaut de réponse à une action interrogatoire ne se solde pas par une responsabilité quelconque.

En revanche, ne pas utiliser une prérogative quand l'on constate la défaillance de son partenaire ou si l'on peut encore sauver l'accomplissement de son obligation est bien fautif.

Enfin, la bonne foi joue un rôle protecteur d'une autre nature lorsqu'elle prémunit le débiteur d'une volteface de son créancier longtemps silencieux, permettant d'analyser l'action qui la rompt brutalement comme une forme de manquement à la bonne foi⁵⁹⁷. Il existe en effet une

⁵⁹² Sur lesquelles voir : M. de Fontmichel, « Les nouvelles actions interrogatoires », *Dalloz*, 2016, pp. 1665 et s.

⁵⁹³ Voir *supra*, pp. 153 et s.

⁵⁹⁴ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 613. Cependant, quelques décisions illustrent au contraire la possibilité laissée au titulaire de droit de l'exercer longtemps après la naissance de son intérêt. Pour un exemple, voir Soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.216, à propos d'un salarié dont le licenciement fut déclaré nul et qui demanda sa réintégration dans l'entreprise dix ans après la rupture initiale de son contrat, avec succès.

⁵⁹⁵ Défini comme « *l'exigence qui lui est faite de tirer promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle illicite, [...] forme de devoir de diligence en réponse à la situation particulière qu'est le dysfonctionnement du contrat* » par H. Barbier, « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », *RTD Civ.*, 2016, pp. 856 et s.

⁵⁹⁶ H. Barbier, « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », *RTD Civ.*, 2019, p. 326.

⁵⁹⁷ Une intéressante notion de droit allemand, dite « *verwirkung* », renvoie précisément à la sanction d'un créancier qui subirait une déchéance pour n'avoir pas utilisé une prérogative, et ainsi fait croire au débiteur qu'il ne le ferait pas. Le professeur Fages y réserve un développement dans sa thèse : B. Fages, *Le comportement du*

part de « *décence [contractuelle], qui doit inspirer le maître du contrat soucieux d'avoir un comportement conforme au civisme contractuel, [qui] emporte un « principe général de juste mesure » dans l'exécution du contrat, et notamment dans l'exercice des pouvoirs qu'il s'est octroyés* »⁵⁹⁸.

Est dans cette logique condamnable l'attitude d'un créancier longtemps inactif, qui se montre désormais vindicatif en demandant au débiteur d'exécuter l'obligation à laquelle il est tenu. Face à ce changement brutal d'attitude, la tentation est grande de se prévaloir de la tolérance passée du créancier pour éviter de devoir s'exécuter dans des délais resserrés.

L'enjeu apparaît notamment lorsqu'une caution invoque l'article 2314 du Code civil pour être déchargée sur le fondement de la faute du créancier. Dans ce contexte, s'il est possible de considérer que le créancier fait simplement preuve de tolérance lorsqu'il n'agit pas à l'échéance, cette bienveillance se transforme en laxisme, donc en manquement, lorsqu'il attend une décennie après l'échéance avant d'obtenir un jugement⁵⁹⁹.

La fixation de la frontière entre la tolérance et le manquement dépend toutefois d'une appréciation souveraine des juges du fond propice à l'éparpillement. Ainsi, est assimilé à un retard coupable rompu par une action trop soudaine le délai d'inaction d'un an⁶⁰⁰ ou l'attente

contractant, PUAM, 1997, pp. 344 et s. Voir aussi P. Ranieri « Verwirkung et renonciation tacite, quelques remarques de droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, Editions techniques, 1974, p. 427 et s. Le droit allemand démontre son vif intérêt pour ces manœuvres brusques, et aborde en particulier la négligence du créancier en droit privé, avec son code civil. Voir la notion « Fahrlässigkeit », art. 276 al.2 du BGB, et un développement complet sur l'apport de ce droit étranger par rapport à notre sujet G. Reiner, « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit privé en Allemagne », in *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif, Journées Italiennes*, Travaux de l'association Henri Capitant, Bruylant, Tome LXVII, 2017, p. 49.

⁵⁹⁸ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 613.

⁵⁹⁹ C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies techniques, 1979, p. 303. Pour un cas proche, voir une affaire dans laquelle un créancier, après une inexécution à la première échéance annuelle d'un prêt de neuf ans devenu exigible, n'a assigné la caution que onze ans après. Civ., 6 octobre 1971, *Dalloz*, 1979, jurisprudence 316, note T. Ivainier. Pour une solution similaire, voir *mutatis mutandis* CA Paris, 15 décembre 2017, n° 16/22319. Par ailleurs, l'enjeu de préservation des droits préférentiels dans le cadre d'un cautionnement est aussi rattachable à l'inaction simplement fautive, sans en passer forcément par une mise en œuvre brutale. Sans qu'une volonté soudaine et pressante soit pointée du doigt, il peut donc être simplement reproché au créancier son abstention d'exercer une faculté dont l'usage aurait permis la conservation de la substance du bénéfice de subrogation. Ce manque de considération pour la caution peut en entraîner la décharge. Voir en ce sens une jurisprudence récente : Comm., 23 septembre 2020, pourvoi n° 19-13.378.

⁶⁰⁰ T. Grenoble, 28 juin 1972.

de neuf mois pour enjoindre paiement à la caution⁶⁰¹. Ne l'est pas, à l'inverse, l'attente qu'une procédure de saisie se termine quand bien même le délai dépasse un an et demi à compter du terme du délai pour assigner la caution⁶⁰² ou encore, plus étonnamment, une attente d'un an et neuf mois⁶⁰³.

Cette dispersion tient à l'absence de délai légal fixant une jauge de tardiveté de l'action. Le comportement adopté par le créancier sera évalué selon les circonstances, à l'aide des standards de bonne foi et du solidarisme que réveille l'engagement de la caution.

Sous des augures théoriques, la maxime *Nemo auditur*⁶⁰⁴ ou le concept d'*estoppel*⁶⁰⁵ sont des justifications solides pour expliquer en quoi la volteface est un manquement à la bonne foi.

La maxime *Nemo auditur* présente un lien faible mais possible avec la volteface, en ce que le créancier trop longtemps inactif et désormais pressé commettrait une turpitude faisant obstacle à sa demande en exécution de l'obligation. Toutefois, une locution latine fait naître souvent l'envie de l'employer dans les sens les plus divers et souvent saugrenus, et il faut toujours retreindre son champ d'application. Celui-ci est peu étendu, l'adage *Nemo auditur* a pour vocation primaire de régler la question des restitutions postérieures à l'annulation d'un contrat dont la cause ou l'objet étaient illicites ou immoraux, comme l'a démontré de manière convaincante le professeur Le Tourneau⁶⁰⁶, et comme le fait d'ailleurs la jurisprudence⁶⁰⁷. En ce sens, l'application du concept *Nemo auditur* à la sanction de la volteface conserve cette philosophie, à savoir la prise en compte d'une incompatibilité comportementale entre l'attitude passée et la demande nouvelle, mais le cadre strict de la notion est dépassé.

⁶⁰¹ T. Dijon, 17 mai 1974.

⁶⁰² Civ., 7 juin 1978.

⁶⁰³ Civ., 11 juillet 1978.

⁶⁰⁴ La formule complète est la suivante : *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* : nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Maxime sur laquelle voir : P. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur*, LGDJ, 1970, préface P. Raynaud.

⁶⁰⁵ Selon le professeur Testu, que nous rejoignons, « *L'estoppel est un principe général qui interdit à une personne de contredire le sens d'une déclaration qu'elle a faite ou d'un comportement qu'elle a adopté, dès lors que les autres personnes, du fait de cette déclaration ou de ce comportement, ont été invitées à croire à l'existence de certains éléments* ». F.-X. Testu, « Théories destinées à favoriser la reconnaissance d'un engagement contractuel », *Dalloz, Contrats d'affaires*, Chapitre 15, section 2, 2010. Voir dans le même sens, une définition du concept comme élément de protection de « *la confiance légitime de celui qui agit sur la base de l'attitude d'autrui* », O. Moréteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse Lyon, 1990, n° 111.

⁶⁰⁶ P. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur*, LGDJ, 1970, préface P. Raynaud.

⁶⁰⁷ Voir par exemple, Req., 1^{er} octobre 1940, *Gaz. Pal.* 1940, n° 2, pp. 146 et s.

L'*estoppel* n'entre pas en jeu avec plus d'évidence. Ce concept, qui interdit de se contredire au détriment d'autrui, pourrait permettre de considérer que le créancier silencieux a laissé prospérer une situation qu'il aurait pu faire cesser plus tôt. N'y a-t-il pas une contradiction à demander au débiteur, qui croit pouvoir compter sur la tolérance apparente et prolongée du créancier, de remplir au plus vite son obligation ? Là encore, la réalité pratique nuance le propos et impose un recadrage. Dans la jurisprudence, l'*estoppel* est un outil pour blâmer des prétentions ou des déclarations rapportées simultanément alors qu'elles sont contradictoires⁶⁰⁸. Là où l'*estoppel* empêche une contradiction devant une juridiction, la volteface ne vise pas l'action en justice ou le contenu équivoque d'une demande en justice ou le principe d'une action en justice en lui-même. Elle renvoie à une fluctuation comportementale inexplicable.

Le caractère épars de la tolérance, qui ne se rencontre pas dans un domaine isolé, et qui peut être reprochée à plusieurs stades d'une procédure, explique cette difficulté à lui attribuer un fondement doctrinal.

Pour semer encore plus le trouble, relevons qu'il arrive aux juges de se servir de la tolérance passée d'un titulaire de droits pour lui en tenir rigueur, sans tenir compte du bienfondé de ses prétentions. Elle a ainsi une influence sur la sanction prononcée par des juges du fond au profit d'un propriétaire tolérant : « *les tribunaux n'ont pas hésité à tenir compte de la longue tolérance du titulaire de droit à l'égard de l'usucapion du signe dont il finit par se prétendre victime et atténuer dès lors la rigueur des mesures prononcées à son profit* »⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ L'*estoppel* était par exemple le support de la fin de non-recevoir avancée par un journal dans une affaire en contrefaçon intentée par un écrivain célèbre. Ce dernier reprochait au média la reproduction d'un bout de papier griffonné transmis à son avocat au cours d'une audience où il était poursuivi pour injures raciales, faisant valoir son caractère de correspondance privée tenue avec son avocat en même temps qu'il souhaitait lui conférer le caractère d'œuvre de l'esprit. Le journal soulignait cette contradiction, la correspondance étant par nature privée tandis que l'œuvre est par principe destinée à la divulgation et la reproduction. L'argument de l'*estoppel* n'a en définitive pas prospéré.

⁶⁰⁹ C. Carreau, « Propriétés intellectuelles et abus de droit », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995 (préf. G. Durry), p. 33, citant notamment TGI, Châlons sur Marne, 22 novembre 1989, *RIPIA*, 1989, pp. 127 et s. ; CA Paris, 23 novembre 1989, *Dalloz*, 1990, pp. 6 et s. En matière de droits de la personnalité, l'influence de la tolérance sur l'abaissement des dommages-intérêts alloués à la victime est connue. Voir C. Lombois, *Introduction au droit civil, Droit des personnes et des biens*, DEUG 1^{ère} année, Litec, 1997, p. 182, citant CA. Paris, 28 février 1989, *JCP*, 1989, n° 21325.

Dans un esprit purement pratique, afin d'éviter que la demande d'exécution du créancier ne soit jugée trop brutale, que la tolérance ne devienne irréversible sur le fondement de l'apparence donnée au débiteur qu'il ne lui sera pas demandé brusquement de remplir son obligation, le conseil d'assortir le contrat d'une clause de non-renonciation devrait être dispensé au créancier. L'effet de cette clause est « *d'éviter que le contractant qui s'est un temps montré tolérant ne soit considéré comme ayant abdiqué son droit à l'exécution de la prestation* »⁶¹⁰. Le stipulant insiste à cet effet « *sur le caractère précaire et non constitutif de droit de son attitude* »⁶¹¹. En application d'une telle clause, il serait par conséquent possible de demander l'accomplissement d'une obligation au débiteur, même soudainement, car ce dernier sait que l'épée de Damoclès qui pèse au-dessus de sa tête n'est pas chassée par la tolérance du créancier. En d'autres termes, la clause de non-renonciation enlèverait *a priori* tout son caractère déloyal à la volteface du créancier.

Dans cette section, l'intérêt d'autrui est apparu comme un contrepoids à la marge de manœuvre dans l'utilisation des droits car il impose, à travers différents concepts dont il est au cœur, la mise en œuvre des droits.

Conclusion du chapitre 1

L'intérêt d'autrui ressort avec un statut de variable globale pour dénicher le manquement derrière le non-exercice des droits.

Il est en effet consubstantiel aux droits-fonction qui n'existent qu'en considération d'intérêts ciblés qui ne sont pas ceux de leurs titulaires, tandis qu'il n'est jamais loin des droits assortis de monopole qui instituent une forme de concurrence et dont la dévolution à une personne prive tous les autres prétendants de les utiliser.

Avec les droits-fonction, la finalité reste sociale. En dépit de la transformation des droits et de leur glissement vers cette catégorie, l'essence du droit-fonction repose sur la situation de besoin ou de vulnérabilité du bénéficiaire de son usage. Le profil type saute aux yeux : le mineur ou le majeur protégé. C'est la situation dans laquelle ils se trouvent qui justifie que le droit soit confié à quelqu'un d'autre. L'intérêt à satisfaire est intense mais très individualisé.

⁶¹⁰ D. Mazeaud (dir.), R. Boffa, N. Blanc, *Dictionnaire du contrat*, Les dictionnaires, LGDJ Lextenso éditions, 2018, p. 581. Voir en ce sens : Civ. 3^{ème}, 22 janvier 2014, n° 12-29.856.

⁶¹¹ *Ibid.*

La protection d'un intérêt plus large est assurée à deux égards. Déjà, cette absorption par les droits-fonction de droits qui n'y ressemblaient aucunement, comme le droit de propriété, accrédié une telle analyse. Que ce soit en matière de baux commerciaux, en matière agricole, l'activité d'un individu rend service à un grand nombre de personnes. L'intérêt individuel est dépassé. Il l'est d'autant plus avec les licences, brevets, droits en tout genre qui attribuent un monopole d'exploitation à une seule personne. Là, le support du droit (la marque, le brevet) représente un enjeu public dans la plupart des cas. Son exploitation doit en être digne et tout non-usage ne respecte pas cet enjeu.

Toujours est-il que, individuel, collectif, ou général, l'intérêt protégé est une forme de finalité de l'usage du droit. Ceci emporte le caractère blâmable du non-exercice du droit.

Ensuite, l'intérêt d'autrui se retrouve en filigrane avec le standard de bonne foi, puisque la considération qu'a un individu pour autrui en est un facteur d'évaluation. En effet, pour de nombreux droits qui ne seraient pas assimilés, malgré des coups de boutoir prétoriens, à la catégorie des droits-fonction, l'usage est tempéré par des standards juridiques dont certains peuvent recevoir une application en cas de non-exercice. Ils sont tous liés, au moins indirectement à la bonne foi. Mais certains d'entre eux semblent taillés pour l'inaction, comme le devoir de réaction, précisément parce qu'ils réclament l'activité.

Toutefois, l'intérêt d'autrui n'est plus lié à la nature du droit mais au contexte. Ce sont en effet les circonstances qui déterminent la manière de lire la bonne foi, la question étant de savoir si, au regard des faits, la bonne foi rendait pertinente la mise en œuvre d'un droit ou d'une prérogative contractuelle.

Tout cela abonde dans le sens du manquement dans le cadre du non-exercice des droits, et l'on remarque qu'à aucun moment, la volonté du non-exerçant doit être sondée. Ce sont des paramètres objectifs, la nature du droit, la situation de fait, qui servent de base.

La faute peut émaner d'une volonté, mais l'étude sera alors complexifiée par l'indispensable caractérisation d'une volonté de nuire.

▪ Chapitre 2 : la caractérisation d'une volonté de nuire

Le caractère inadmissible du non-exercice d'un droit peut provenir, outre de la négligence du titulaire de droit, de sa volonté malveillante. Le terme malveillant aurait pu être choisi en intitulé d'ailleurs. Il ajoute une connotation beaucoup plus péjorative à l'inaction que l'on retrouve avec la volonté de nuire, mais il est un peu excessif. Aussi sera-t-il utilisé à titre de synonyme, car de la volonté de nuire ou de la malveillance découlent une même appréciation et une sanction plus énergique en raison des caractéristiques que ces comportements présentent.

Là où le manquement en tant que tel consistait dans l'incompatibilité de l'attitude de l'individu au regard de différents standards, normes, ou intérêts, dont le respect et la sauvegarde impliquaient à un moment donné ou pendant un moment donné une activité réelle du titulaire de droit, la malveillance doit être constituée de la volonté de nuire.

A titre principal, voire exclusif, le manquement résidait en effet dans une carence du titulaire de droits. Il suffisait alors d'examiner la situation d'inaction en rapport avec des éléments de comparaison objectifs. La volonté de nuire pouvait bien être présente, mais il n'était pas nécessaire de la chercher. La malveillance, dès lors qu'elle suppose une volonté de nuire, combine *in fine* le manquement et une telle volonté.

La principale difficulté réside dans sa caractérisation, plus complexe que celle du manquement, le juge devant évidemment motiver son appréciation pour convaincre. Et, si nous avons déjà pu appuyer le caractère purement artificiel de l'objectivation du silence lorsqu'il fut question d'y trouver la manifestation d'une volonté abdicative ou de ne plus utiliser un droit⁶¹², il est à nouveau nécessaire d'alerter sur le volet presque divinatoire que comportent des développements traitant de la volonté de nuire derrière l'inaction⁶¹³.

Ces développements redeviennent réalistes sitôt que, de la même manière que des éléments factuels permettent de dire que telle personne, par son silence, souhaite se dépouiller d'un

⁶¹² Voir *supra*, pp. 49-59.

⁶¹³ Bien que la figure demeure connue du Code civil qui aborde le dol par dissimulation intentionnelle, la réticence dolosive de l'article 1137 de ce Code, qui est une illustration d'inaction malveillante.

droit ou le mettre en veille, des mécanismes interprétatifs sont utilisés pour justifier la caractérisation de la volonté de nuire d'un individu reclus dans le silence.

Au premier abord, différentes notions semblent pouvoir illustrer le comportement-type de l'individu ayant une volonté de nuire.

En premier rang se situe le détournement de pouvoir. Il a déjà été démontré que la définition du détournement de pouvoir ne rend pas limpide son application au non-exercice d'un droit⁶¹⁴. D'autres explications peuvent encore être avancées, notamment le lien consubstantiel entre les pouvoirs et l'intérêt d'autrui. Pour rappel, le pouvoir n'est conféré à une personne que pour la réalisation des intérêts d'une autre personne à travers la mise en œuvre des diverses prérogatives. Par hypothèse, l'inaction ne sera contestée que lorsqu'elle cause un préjudice à ces personnes, c'est-à-dire lorsque l'action était, au contraire, requise. De la sorte, le non-exercice d'un pouvoir ou d'un droit-fonction est par nature constitutif d'un manquement et l'appui de la malveillance n'est pas utile pour en extirper le caractère fautif.

En revanche, se passer de la caractérisation de la malveillance semble *a priori* impossible lorsqu'un droit est confié à un individu pour accomplir quasi-exclusivement son intérêt personnel. Cette priorité de l'intérêt personnel est un terreau favorable à une latitude plus grande dans le choix de la mise en œuvre du droit et dans ses modalités, en tout cas plus grande que pour l'emploi du droit-fonction ou du pouvoir.

Toujours est-il que l'inaction ne peut être, par nature, fautive, avec les droits subjectifs traditionnels⁶¹⁵. Elle peut au contraire prospérer dès lors que sont en cause des droits de la personnalité, ou que l'on envisage une prérogative sous l'angle de la notion de faculté⁶¹⁶.

Elle peut aussi être interprétée dans le sens d'une renonciation à la titularité sur le droit ou d'une renonciation à l'exercice de ce droit⁶¹⁷. Dans ce cas, la volonté de l'individu inactif n'est pas seulement interprétée, elle est surtout protégée et produit ses pleins effets, sans quoi l'interprétation n'eut servi à rien.

⁶¹⁴ Voir *supra*, pp. 118-120.

⁶¹⁵ C'est Ripert qui indiquait que seule l'intention de nuire fonctionne pour caractériser l'abus derrière l'emploi d'un droit absolu. Voir G. Ripert, « Abus et relativité des droits », *Revue critique*, 1929, p. 33.

⁶¹⁶ Voir *supra*, pp. 42-49.

⁶¹⁷ Voir *supra*, pp. 49-72.

Cet accueil positif du non-exercice provient de l'absence de préjudice occasionné à autrui ou susceptible de l'être dans le cas des droits de la personnalité.

Toutefois, la prééminence de l'intérêt personnel du titulaire d'un droit ne l'exerçant pas n'efface pas la présence de l'intérêt d'autrui, les droits subjectifs n'existant que dans un cadre social. En cela réside d'ailleurs le fondement de l'élaboration de différents standards comportementaux⁶¹⁸, et de différentes normes⁶¹⁹, orientant l'individu vers l'action.

Dans cette lignée, il est tout à fait concevable que l'inertie d'un individu puisse être le fait générateur d'un dommage pour une personne qui, légitimement, cherchera à engager la responsabilité de son auteur. Mais, dès lors que la simple léthargie d'une personne ne suffit plus à constituer une faute, parce que l'inaction est possible ou n'est pas directement constitutive d'un manquement, il sera très difficile à celui qui allègue être victime d'un dommage de trouver un fondement juridique exploitable pour obtenir la condamnation de l'inactif mis en cause.

Celui que la jurisprudence utilise est l'abus de droit, il est une parade lorsque le manquement ne suffit pas et un auteur, pressentant son application à l'inaction, y avait vu l'« *ultime avancée de la théorie en cause [qui] tend à estimer que même le non-exercice d'un droit subjectif puisse s'avérer abusif* »⁶²⁰.

L'abus de droit fournit avant tout une perspective de réflexion doctrinale visant à interroger son adéquation avec la thématique du non-exercice des droits. L'étude de celle-ci laissera apparaître une approche singulière mais nécessaire pour le sujet, la définition de l'abus étant par ailleurs très fluctuante (section 1). L'examen de son application sera plus rapide, celle-ci relève davantage du cas d'école que de la jurisprudence constante, bien qu'elle se rencontre dans certaines thématiques sans véritable fil rouge pour la doter de de cohérence (section 2).

⁶¹⁸ Voir *supra*, pp. 128-137.

⁶¹⁹ Voir *supra*, pp. 137-155, spéc. pp. 137-147.

⁶²⁰ A. Sériaux, « Abus de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials, Puf, 1^{ère} édition, 2003, p. 2.

- Section 1 : l'adaptation de la notion d'abus au non-exercice des droits

La notion d'abus de droits fait l'objet de discussions dont certaines portent sur l'existence même de celle-ci. Ces questionnements sont légitimes au regard de la diversité des droits subjectifs existants, la nature de certains d'entre eux pouvant faire barrage à l'application de l'abus. Il sera important de circonscrire le champ d'application de l'abus dans le cadre du non-exercice des droits (sous-section 1) avant de choisir les critères permettant de l'identifier à travers l'inaction (sous-section 2).

- Sous-section 1 : le domaine étroit de l'abus de droit par inaction

L'aspect notionnel de l'abus a pu être nié en raison de son fonctionnement. L'invocation de l'abus oppose deux thèses contraires, l'un estimant utiliser le droit comme il faut, l'autre se plaignant de son utilisation démesurée. L'examen consiste à déterminer qui était, dans les circonstances de fait, dans son bon droit. Aucun abus ne serait commis, soit il y avait droit et aucun abus, soit il n'y avait abus, donc pas de droit.

Planiol a d'ailleurs décrié l'ineptie que représente l'abus dans une critique célèbre : « *le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit* »⁶²¹.

Nier l'abus de droit est aujourd'hui rhétorique, car sa pertinence théorique est appuyée par une existence en pratique.

En théorie d'une part, l'identification de l'abus dans le cadre de l'exercice des droits présente l'intérêt de trouver un justificatif pour la modération de la force mise entre les mains du titulaire de droits. Par son caractère privatif, l'attribution du droit doit légitimement permettre à la personne de modifier une situation, de mettre à profit son droit, d'exiger d'un débiteur

⁶²¹ Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 9e éd., 1923, no 871

l'accomplissement d'une action... Le débiteur est d'ailleurs obligé de respecter le choix du créancier, de même que toute personne est tenue de respecter les choix du titulaire de droit.

Une contrepartie naturelle contre cette omnipotence dans la gestion d'une situation, et tous les excès qu'elle peut entraîner, est la théorie de l'abus. Celle-ci est inapplicable aux actions sans droit, aucun droit ne pouvant être abusé dans cette configuration, mais désigne toute utilisation d'un droit qui, sans avoir été prohibée par avance, ne peut prospérer pour autant.

L'abus de droit est également une réalité pratique. La notion apparaît tant en droit français⁶²² qu'en droit européen⁶²³ et elle est sans cesse utilisée par la jurisprudence. De ce constat ressort une stérilité à nier l'existence de la notion que, visiblement, les créateurs de normes et leurs interprètes ont cru bon de relayer.

L'utilisation de cette notion se fait d'ailleurs dans des domaines extrêmement variés et l'hypothèse se généralise à tous les droits ou presque.

Traditionnellement, la notion est réservée aux seuls droits susceptibles d'abus, en opposition évidente aux droits qui ne le seraient pas et qui sont ainsi qualifiés de « *discrétionnaires* »⁶²⁴ ou de droits « *absolus* »⁶²⁵. Peuvent être cités, parmi les droits discrétionnaires, celui de faire opposition aux mariages des descendants⁶²⁶ et de consentir au mariage de son enfant

⁶²² L'article 32-1 du code de procédure civile, pour ne citer que lui, vise l'exercice abusif du droit d'agir en justice : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». On connaît également une déclinaison fameuse de l'abus à travers les clauses abusives.

⁶²³ L'article 17 de la Conv. EDH prohibe à cet égard l'abus de droit qui consisterait, pour un Etat, un groupement ou un individu, en une activité ou un acte « *visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

⁶²⁴ A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, pp. 1 et s ; D. Roets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *Dalloz*, 1997, pp. 92 et s.

⁶²⁵ Le qualificatif d'absolu reçoit cependant plusieurs acceptions. Ainsi, les droits absolus sont, en droit européen des droits de l'Homme, les droits dont l'intitulé ne prévoit pas de dérogation possible. Ce sont notamment les articles 2, 3, 4, 5 et 7 de la Conv. EDH, respectivement relatifs au droit à la vie, à l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants, à l'interdiction de l'esclavage, de la servitude ou du travail forcé, au droit à la liberté et à la sûreté, et au principe de légalité des délits et des peines.

Voir à cet égard : M. Afroukh, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen » *RDLF*, 2019, chron. n°43 ; S. Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 17, 2000, pp. 29-30.

Il n'y a pas de lien entre le caractère absolu de ces droits, et le caractère discrétionnaire que nous visons ici.

⁶²⁶ Article 173 du code civil.

mineur⁶²⁷, de révoquer un testament⁶²⁸, d'acquérir la mitoyenneté⁶²⁹, le droit du banquier d'accorder un crédit⁶³⁰... Mais le champ d'application est en voie de réduction et la baisse d'ampleur de la catégorie des droits discrétionnaires devient une constante.

Ce phénomène a pu être attribué à la volonté des juges de mieux contrôler l'utilisation des droits subjectifs. Leur mainmise n'est possible que sur des droits qui ne sont pas discrétionnaires, dont la caractéristique est que leur usage n'expose à aucune responsabilité. La volonté du législateur renforce ce mouvement. Inspiré par différents standards et différentes nécessités sociales (l'intérêt de l'enfant, la bonne foi, etc...), il a cru bon de modifier le paradigme de certains droits, en particulier en matière familiale, au gré de leur fondamentalisation.

Pour éviter de rentrer dans les détails, la question de la réduction de leur nombre peut être esquivée par une critique plus simple qui conteste l'existence même des droits discrétionnaires.

D'une part, le rangement d'un droit dans cette catégorie, ou son exclusion, dépend de critères qui peuvent varier subtilement d'un auteur à l'autre. L'approche n'est plus unitaire. Le constat que tout droit pourra être un jour considéré comme susceptible d'abus, en fonction des critères de définition de l'abus⁶³¹ ou de la justification du terme discrétionnaire, évite cette difficulté.

D'autre part, le développement régulier de différents standards comportementaux déjà mentionnés et la facilité avec laquelle la jurisprudence les exporte de leur champ d'application

⁶²⁷ Article 148 du code civil.

⁶²⁸ Article 895 du code civil.

⁶²⁹ Voir notamment les articles 660 et 661 du code civil.

⁶³⁰ Le principe de la liberté de crédit, impliquant le caractère discrétionnaire du droit du banquier de l'accorder, est prétorien et ressort d'une jurisprudence Tapie : « *hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire* ». Cass. ass. plén., 9 octobre 2006, pourvoi n° 06-11.056, Bull. ass. plén., n° 11 ; *Dalloz*, 2006, p. 2933, note D. Houtcieff ; *ibid.*, p. 2525, obs. X. Delpech ; *ibid.*, 2007, p. 753, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RDI*, 2007, p. 408, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RTD civ.*, 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, p. 145, obs. P.-Y. Gautier ; *ibid.*, p. 148, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.*, 2007, p. 207, obs. D. Legeais ; *JCP*, 2006. II, 10175, note T. Bonneau.

⁶³¹ Sur les critères possibles, voir A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préface de P. Simler, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 306, 2001, pp. 72 et s.

initial, ne sert pas qu'à accréditer la thèse d'une réduction du nombre de droits discrétionnaires, elle peut supporter la thèse de leur pure et simple disparition.

Le débat mériterait bon nombre de développements qui ne sont pas le cœur du sujet. Il importe de noter que les droits pouvant faire l'objet d'un abus de droit sont plus nombreux, voire tous susceptibles de l'être. Ce n'est pas le régime juridique de ces droits qui contredit cela, l'observation de limites à leurs usages va dans ce sens.

Prenons pour exemple les droits dont l'essence est en quelque sorte l'abus, puisque leur mise en œuvre réside en un rapport de force, jusqu'au point où ils sont qualifiés de « *droits de nuire* »⁶³².

Peuvent être incorporés à ceux-ci le droit de grève, de concurrence, de critique⁶³³, dont la vocation est de servir à instaurer ou remporter un rapport de force, de sorte qu'ils s'inscrivent systématiquement dans un cadre conflictuel ou dans un rapport de compétition. Celui qui les utilise a pour objectif de remporter un débat, une négociation, une compétition économique. Concrètement, les salariés qui se mettent en grève le font pour s'opposer à leur employeur ou à une politique sociale, l'entrepreneur qui utilise des droits de concurrence veut prendre le pas sur ses rivaux, le critique a un regard aiguisé toujours acerbe pour qui en fait les frais.

Apparaissant comme une terre d'élection pour l'abus, la notion en est exclue pour éviter que l'exercice de ces droits ne soit paralysé, sans quoi toute critique, toute grève, toute concurrence, serait considérée comme abusive.

Mais l'abus n'est pas écarté totalement. Il peut ressurgir lors de leur mise en œuvre quand elle traduit une certaine malveillance ou le déploiement de manœuvres prohibées. Par conséquent, la concurrence peut devenir déloyale⁶³⁴, on peut abuser d'une position

⁶³² Voir L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Hypothèses des droits de nuire », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017, Abus de droit, Section 1, Art. 1, §1, B ; J. Karila de Van, « Le droit de nuire », *RTD Civ.*, 1995, p. 533 ; C. Atias, « Le droit de nuire », *Dalloz*, 1997, p. 385.

⁶³³ L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Hypothèses des droits de nuire », précité.

⁶³⁴ Les articles 1240 et 1241 du code civil sont les premiers fondements de la concurrence déloyale avant que la déloyauté ne soit relayée par le droit spécial, par exemple l'article L. 121-1 du code de la consommation sur les pratiques commerciales trompeuses, ou l'article L. 521-3-1 du code de la propriété intellectuelle sur la concurrence déloyale dans le cadre des dessins et modèles. La concurrence déloyale est l'acte contraire aux usages commerciaux ou à l'honnêteté d'une profession occasionnant un trouble commercial. Voir Com., 19 juillet

dominante⁶³⁵, le droit de critique et la liberté d'expression sont dépassés à l'occasion de l'injure et de la diffamation⁶³⁶ notamment. Enfin, la grève peut coïncider avec la commission d'une faute professionnelle lorsque son exercice devient un obstacle à la vie de l'entreprise, que ce soit lorsque le travailleur réduit délibérément sa production⁶³⁷ ou lorsque des grévistes bloquent l'accès aux locaux de l'entreprise.

On le voit, l'abus de droit n'est jamais expulsé des débats pour de bon, même avec des droits de nuire. Au pire n'est-il que d'application marginale.

En revanche, ces exceptions sont inenvisageables dans le cadre du non-exercice d'un droit discrétionnaire, dont seule la mise en œuvre peut être nuisible. Il serait saugrenu d'imaginer un individu alléguer que le non-exercice d'un droit de concurrence, de critique, de grève, est abusif. On comprend mieux le mécontentement que peut susciter le refus de mettre en œuvre l'un de ces droits auprès d'un groupe. Il suffit de songer aux salariés grévistes s'offusquant de voir leurs collègues continuer leur travail et discréditer le mouvement enclenché. L'intérêt à agir est cependant faible. Puis la protection joue aussi au profit du non-gréviste, *via* l'interdiction de bloquer l'accès à son lieu de travail. La susceptibilité du gréviste relève de l'anecdote.

Plus généralement, là où l'exercice d'un droit de nuire peut dégénérer en abus, son non-exercice n'en est pas susceptible. Le non-exercice d'un droit reste possiblement abusif, mais l'abus par inaction, d'emblée, ne peut pas concerner tous les droits. En sont exclus les droits de la personnalité, qui peuvent être indéfiniment ensommeillés, les droits-fonction et pouvoirs, dont le non-usage caractérise un manquement sans que le détournement de l'abus soit requis, et les droits décrits comme permettant de nuire, leur abus n'étant envisageable qu'à travers l'action.

1976, *JCP G*, 1976, II, 18507 ; Y. Serra, « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme », *chron. Dalloz*, novembre 2019 – novembre 2020, 2020, pp. 2421-2432.

⁶³⁵ Voir l'article 420-2 du code de commerce, qui prohibe l'abus de position dominante ainsi que l'abus de dépendance économique, ou l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

⁶³⁶ Voir l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et d'expression.

⁶³⁷ Cet abaissement volontaire du rythme de travail, dit « *grève perlée* », est un exemple de faute lourde justifiant la sanction d'un salarié au *visa* de l'article L. 2511-1 du code du travail. Voir une ancienne jurisprudence Soc., 5 mars 1953, pourvoi n° 53-01.392, rappelée récemment par Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-69.030.

- Sous-section 2 : les critères de l'abus de droit par inaction

Une fois l'hypothèse restreinte, encore faut-il déterminer des critères d'identification de l'abus par non-usage. La caractérisation de l'abus est déjà complexe avec l'action, car les critères le permettant sont susceptibles de changer en fonction du droit concerné en plus de subir une adaptation au contexte étudié. Elle le sera d'autant plus avec l'inaction. Un modelage sera nécessaire dans cette mesure.

Une prise d'appui peut être tentée sur les définitions légales ou sur des principes prétoriens.

Du côté de la loi, il faut remarquer l'absence de définition unitaire de la notion d'abus, et par conséquent de ses caractéristiques. En effet, là où le code civil n'en traite pas de manière générale, l'abus étant plutôt soumis au régime de responsabilité du fait personnel des articles 1240⁶³⁸ et 1241⁶³⁹ du code civil, l'article 32-1 du code de procédure civile n'évoque que l'action en justice « *dilatoire ou abusive* » et laisse à la jurisprudence le soin d'en donner l'interprétation. Le droit public n'aide pas davantage. L'abus est bien présent dans l'article R. 741-12 du code de justice administrative, mais il fait seulement référence à l'amende que « *le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive* »⁶⁴⁰.

Pour aider, une mise en perspective s'impose avec la responsabilité civile. C'est en effet le prisme d'analyse des articles 1240 et 1241 du code civil susmentionnés, et c'est à cela que s'expose l'auteur de l'abus. En la matière, c'est une vision objective de la faute qui prévaut et imprègne la responsabilité civile⁶⁴¹. L'abus n'est pas énormément étayé, mais il semblerait

⁶³⁸ Ainsi rédigé, « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Régissant la responsabilité civile sous toutes ses formes, cette disposition n'est pas, initialement, dédiée à l'abus.

⁶³⁹ Qui dispose : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». Dans le prolongement de l'article 1240, cette disposition ne vise pas non plus spécialement l'abus.

⁶⁴⁰ Les articles 550, 559, 581 et 628 du code de procédure civile sont d'une teneur équivalente en droit civil, traitant de la sanction du recours abusif, et faisant écho au principe général de l'article 32-1 du même code.

⁶⁴¹ En effet, la faute peut être imputée à une personne pourtant dépourvue de capacité de discernement selon une jurisprudence désormais constante. Concernant les personnes atteintes de troubles psychiques, voir l'arrêt *Trichard*, Civ. 2^{ème}, 8 décembre 1964, Bull. Civ., confirmé par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, ainsi qu'un article de P. Le Tourneau, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *LSJ éd. G*, 1971, I, pp. 2401 et s. Pour les *infans*, voir les importants arrêts *Lemaire* et *Derguini*, Ass. Plén., 9 mai 1984, pourvois n° 80-93.031 et 80-93.481.

que la volonté de nuire n'ait pas à être sondée puisqu'elle n'est pas comprise dans une vision objective.

Cette mise à l'écart de la volonté de nuire se retrouve dans l'article 618 du code civil, qui établit que l'usufruitier se livre à un abus de jouissance « *soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien* ».

On connaît cependant toute la force que la jurisprudence donne à l'intention de nuire qui a accompagné l'abus dès son apparition dans la fameuse affaire des « *fausses cheminées* »⁶⁴², dans laquelle un propriétaire avait été condamné pour avoir « *méchamment, sans utilité pour lui, et dans l'unique but de nuire* », fait édifier une cheminée dont la vocation était d'obscurcir la vue de son voisin.

L'intention de nuire est même consubstantielle à l'abus. Prolongée dans l'affaire Clément Bayard de 1915⁶⁴³, qui fut l'occasion de la condamnation d'un propriétaire ayant érigé des piques en bordure de son fonds dans l'espérance d'y voir échouer la montgolfière servant de moyen de locomotion à son voisin Monsieur Bayard, l'idée fut ensuite affinée par une jurisprudence de 1953⁶⁴⁴, dans laquelle les juges ont condamné une personne ayant outrepassé l'exercice de son droit dans le but de nuire à autrui, puis adaptée concernant le droit d'agir, la Cour de cassation ayant posé pour principe qu'un recours abusif était celui introduit « *de mauvaise foi, avec malice ou intention de nuire (...)* »⁶⁴⁵.

En dépit de légères variations, les formules avancées expriment des approches similaires, elles mettent en avant deux critères invariables de l'abus que l'on retrouvait déjà dans l'affaire des « *fausses cheminées* » : l'inutilité de l'action et l'intention de nuire. Ce sont là les deux critères majeurs de l'abus, une action qui n'aurait pas dû être, et qui a été pour faire mal.

Deux autres critères sont plus difficilement décelables mais restent intuitifs. L'intensité du préjudice subi, présenté comme facteur déterminant de la nature de la faute par Savatier, « *lorsque, dans l'exercice d'un droit, un acte a été inspiré non pas seulement par une intention égoïste, mais par le dessein de causer préjudice à autrui, cette intention change le caractère*

⁶⁴² CA Colmar, 2 mai 1855, DP, 1856, 2, p. 9.

⁶⁴³ Cass., req., 3 août 1915, *Coquerel c. Clément-Bayard*, n° 00-02.378

⁶⁴⁴ Civ. 2^{ème}, 26 novembre 1953.

⁶⁴⁵ Civ. 2^{ème}, 19 mai 1960, Bull. Civ., n° 334.

de l'acte »⁶⁴⁶, est plutôt la conséquence de l'abus que son support, c'est le facteur d'évaluation de la réparation qui est d'autant plus légitime que le préjudice est élevé. Le détournement de l'objet du droit illustre l'outrepassement de pouvoir. Il illustre le franchissement des barrières qui autorisent l'exercice du droit et rappelle l'inutilité de l'action.

Le détail de ces critères laisse apercevoir une connexion entre eux, il n'est pas pertinent de les envisager séparément. L'utilité de l'action et la nuisance occasionnée fonctionnent par combinaison. La nuisance existe à travers l'action, mais son intensité est suspecte. Si l'action est inutile, la malveillance pourra être présumée (paragraphe 1). Les critères de détournement de l'objet du droit et d'intensité du préjudice sont à exclure totalement. Dans le cadre de l'inaction, ils sont inadaptés. En effet, le détournement de l'objet du droit peut aider à caractériser l'abus dans l'action, mais pas dans l'inaction. Quant à l'intensité du préjudice subi, la réflexion serait vaine puisque l'existence d'un préjudice suppose qu'une action était requise, autrement dit le critère fait double-emploi avec l'utilité de l'action (paragraphe 2).

- Paragraphe 1 : la combinaison de l'utilité de l'action et de la nuisance permettant de présumer la malveillance

Le critère de l'utilité de l'action ne peut être compris tel quel, il doit être interprété par une approche négative. Le thème de base est l'inaction, il est naturellement difficile de prendre pour postulat l'action inutile. Il faut plutôt interroger l'utilité qu'aurait représenté la mise en œuvre d'un droit pour comprendre à côté de quoi la victime de l'inaction est passée, en quoi la léthargie du titulaire de droit a pu faire obstacle à une opération utile.

Ce n'est que dans cette voie que le non-exercice d'un droit peut devenir abusif, lorsque l'action est requise pour préserver les intérêts d'autrui. Le critère rejoint nécessairement celui de la nuisance, puisque le but est d'étudier en quoi l'inaction est nuisible dans ce cadre social, tel que les droits des copropriétaires, des associés ou sociétaires, des successibles, etc...

On peut avancer, dans cette configuration, que le critère de la volonté de nuire est difficile à conserver. Dans l'absolu, l'individu qui ne met pas en œuvre son droit peut avoir dans l'esprit

⁶⁴⁶ R. Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse Poitiers, 1916, p. 23.

la volonté de causer préjudice à quelqu'un. Dans la pratique, si l'on avait du mal à admettre qu'untel, en n'utilisant pas une prérogative, comptait en réalité s'en dépouiller, on admettra encore moins que cette même personne, en ne l'utilisant pas, est animée par la malveillance. Extirper du silence l'*animus nocendi* ne peut reposer que sur une supposition, une présomption.

Rien n'empêche de considérer que l'individu, ayant ou devant avoir connaissance des conséquences nuisibles de la posture inactive qu'il adopte sans excuse valable, a en conscience choisi de conserver cette posture. Sa volonté de nuire n'est pas première, mais rien ne permet de l'exclure, force étant de constater qu'il n'a rien fait pour empêcher une nuisance dont il est à l'origine. Sa volonté de nuire est présumée. Tel serait le cas du cocontractant qui n'active pas une clause alors que ceci lui était possible, une *liberty clause* par exemple, ce qui fait perdre au cocontractant toutes les marchandises qu'il avait acquises. La volonté de nuire n'est pas exprimée. L'argument du simple confort est vite senti, le transporteur peut dire qu'il a privilégié les intérêts de la masse des clients restants, plutôt que d'un seul d'entre eux. Mais il sait aussi parfaitement quelles seront les conséquences de son inaction pour le client, et il s'en moque. Le manquement, s'il est assumé, attise davantage le courroux. L'inaction est permise, mais elle ne correspond pas à la philosophie contractuelle, et surtout la mise en œuvre de la clause ne paraissait pas insoutenable. Présumer la malveillance pourrait conduire à une sanction plus dure et sans doute plus juste.

Il ressort que le critère de l'utilité de l'action et celui de la nuisance ne doivent pas être envisagés séparément. C'est leur combinaison qui permet de présumer la volonté de nuire du titulaire de droit inactif, seule constante de l'abus⁶⁴⁷. Ce couplage permet de supposer la volonté nuisible, il est seul à même de différencier le comportement du titulaire de droit qui commet un abus de celui qui commet un simple manquement, la volonté de nuire n'ayant pas besoin d'être caractérisée dans le second cas.

⁶⁴⁷ Elle est, il faut le dire, la principale constante jurisprudentielle, sa caractérisation se doit donc d'être l'objectif du travail prétorien. Voir à cet égard Lyon, 18 avril 1856, *Dalloz*, 1856, 2, p. 200, mettant en avant « *l'envie de nuire* » ; Civ., 8 juin 1857, *Sirey*, 1858, 1, p. 30, avançant « *l'entreprise faite par haine et par malice sans intérêt pour celui qui se la permet* » ; Montpellier, 16 juillet 1866, *Sirey*, 1867, 2, p. 115, faisant référence à « *la malice et l'intention usurpatrice* » ; Paris, 3 décembre 1871, *Dalloz*, 1873, 2, p. 185, pointant « *les manœuvres vexatoires pratiquées avec cette intention manifeste* »

- Paragraphe 2 : l'exclusion du détournement de l'objet du droit et de l'intensité du préjudice en tant que critères de la malveillance

Le critère de détournement de l'objet du droit est logiquement à exclure. Il fut lié aux droits-fonction et aux pouvoirs. Il suscitait cependant une approche particulière de l'abus qu'est l'abus social.

Il se rencontre lorsqu'un individu utilise un droit à des fins étrangères à celles pour lesquelles il a été créé et lui a été confié. Un exemple est celui du détournement de la finalité d'une grève, le mouvement n'étant pas enclenché par revendication professionnelle mais pour contester une politique plus générale⁶⁴⁸.

Or, cet abus social n'est pas possible si un droit n'est pas mis en oeuvre. Un salarié non-gréviste ne peut pas détourner son droit de grève en évitant de s'en servir, on ne peut insulter en se taisant par principe⁶⁴⁹, on ne peut faire concurrence déloyale sans entrer en compétition, on ne saurait commettre de tels détournements en restant inerte⁶⁵⁰.

Le truchement du détournement de pouvoir ne fonctionne jamais si le droit inutilisé n'est pas un droit-fonction.

Quant au critère de l'intensité du préjudice, il n'est dans notre thématique qu'un substrat pour évaluer la pertinence de l'action. Il se mêle donc à un autre critère et démontre que l'abus, dans la thématique de l'inaction, est l'objet de multiples redondances.

Dans cette section, il est apparu que la notion d'abus de droit, ancienne et utile, n'est pas d'utilisation facile en matière d'inaction. Le contraire eut été étonnant, parce que la plainte la plus basique vise l'utilisation excessive d'une prérogative, le trop plus que le pas assez. L'abus

⁶⁴⁸ Soc., 10 mars 1961, Bul. Civ., n° 333.

⁶⁴⁹ Sur ce point, la discussion est envisageable. L'affaire Branly, qui a donné lieu à un arrêt du 27 février 1951 de la Cour de cassation, l'illustre. La condamnation d'un historien pour omission de mentionner un contributeur notoire à l'évolution du télégraphe sans fil démontre que ne rien dire peut causer un préjudice à autrui. Ce silence méprisant existe cependant au regard des obligations professionnelles de l'historien, comme citer ses sources ou mentionner avec neutralité l'entière communauté des contributeurs à une avancée scientifique. En l'absence d'une telle obligation, il serait difficile d'imaginer le sens à attribuer au silence dans ce cadre.

⁶⁵⁰ Voir *supra*, pp. 117-119.

de droit par non-exercice n'est donc pas une évidence, et son existence est au prix de l'adaptation des critères habituels de l'abus.

L'abus social n'a plus de valeur, il renvoie plutôt au manquement et ne joue pas en cas de non-exercice. Des critères jurisprudentiels sont *a fortiori* écartés, tel que le détournement de l'objet, apanage des droits-fonction et pouvoirs.

L'élément distinctif de l'abus par rapport au manquement, et qui consolide sa gravité, est l'intention de nuire. Sa recherche est fastidieuse mais rendue possible à l'aide de la combinaison d'indices qui suggèrent une malveillance. Déterminer quelle aurait été l'utilité de l'action, notamment au regard du préjudice souffert en cas d'inaction, permet d'évaluer la nuisance occasionnée, et il ne reste plus qu'à établir la probabilité selon laquelle le non-exerçant savait à quoi il exposait ses partenaires. En ressort un abus présumé, qui pourra au pire être rétrogradé en manquement, car c'est en réalité l'intensité de la sanction qui varie.

Compte tenu de ces développements, on peut bien sûr interroger l'utilité d'une identification de l'abus, qui risque le reproche de la maladresse. Aussi discutable soit-elle, l'analyse était toutefois nécessaire, car c'est la jurisprudence, certes parcellaire, qui s'est risquée à l'aventure dans les méandres de l'abus par inaction.

- Section 2 : l'application de la notion d'abus au non-exercice des droits

La commission d'un abus dans le cadre du non-exercice d'un droit a fait l'objet de deux jurisprudences symboliques de la Cour de cassation. Ce sont d'ailleurs les seules à faire application de la théorie de l'abus dans le cadre du non-exercice d'un droit à ce niveau de juridiction. Des doutes légitimes sont à afficher quant à la généralisation de l'usage du concept, mais un courant jurisprudentiel en instance d'appel, à propos de la reconnaissance d'enfants, réactive un peu le sujet.

Pour se focaliser d'abord sur la position de la Cour de cassation, il faut noter que la première décision remonte à 1992, elle n'est donc pas une relique⁶⁵¹. L'affaire portait sur la demande en justice d'une associée minoritaire d'une société à responsabilité limitée pour obtenir l'annulation de la décision de sa transformation en société anonyme pour non-respect de la règle de la majorité qualifiée⁶⁵². La Cour d'appel de Limoges refusa d'y faire droit au motif que l'associée, ne participant plus aux affaires sociales⁶⁵³, avait commis un abus de minorité. La Cour de cassation trouva le fondement léger, la Cour limousine n'ayant pas suffisamment établi en quoi l'attitude de la demandeuse « *avait été contraire à l'intérêt général de la société, en ce [qu'elle] aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* ». Le terme de « *dessein* » est révélateur des indices recherchés par la Cour.

La deuxième décision, un arrêt *Flandin* de la chambre commerciale de la Cour de cassation⁶⁵⁴, date de 1993. Ici, deux associés minoritaires refusaient de participer et de voter au cours d'une assemblée générale, ce qui empêchait d'atteindre la majorité permettant de valider une opération nécessaire à la survie de l'entreprise, à savoir une augmentation de capital destinée à mettre la structure sociale en conformité avec une loi imposant aux sociétés à responsabilité limitée de disposer d'un capital minimal de 50 000 francs⁶⁵⁵.

Par arrêt du 21 janvier 1991, la Cour d'appel de Pau avait choisi de retenir « *que le silence et l'absence de M. X... aux assemblées générales extraordinaires, bloquant une décision nécessaire de façon injustifiée, procédaient par leur caractère systématique d'un dessein de nuire aux majoritaires, et par là-même, à l'intérêt social* ». Là, l'expression est encore plus parlante, le « *dessein de nuire* » étant mis en avant.

⁶⁵¹ Com., 15 juillet 1992, pourvoi n° 90-17.216, H. Le Diascorn, « L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? », *Dalloz*, 1993, p. 279.

⁶⁵² Cette majorité qualifiée est fixée aux trois-quarts par l'article 69 d'une loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁶⁵³ Voir *infra*, p. 170.

⁶⁵⁴ Com., 9 mars 1993, *JCP E*, 1993, n° 448, note A. Viandier ; *Dalloz*, 1993, p. 363, note Y. Guyon ; *Gaz. Pal.*, 13 juillet 1993, note. J. Bonnard ; *Bull. Joly*, 1993, pp. 547 et s., P. Le Cannu, « Le minoritaire inerte », *Bull. Joly*, 1993, pp. 537 et s.

⁶⁵⁵ Précisément, la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

Pourtant, la Cour de cassation en cassant et annulant l'arrêt d'appel dans une même veine que la précédente, reprochait à la Cour béarnaise de n'avoir pas caractérisé « *en quoi l'attitude de M. X... avait été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés, et alors qu'elle retenait que les résultats de la société étaient bons et que celle-ci était prospère* ».

La formule, finalement similaire à celle employée en 1992, donne la définition de l'abus de minorité⁶⁵⁶.

Sur le fond, sans exclure l'hypothèse de l'abus de minorité par non-exercice d'un droit, la haute Cour judiciaire impose des vérifications supplémentaires. Dans l'affaire de 1993, elle met par exemple l'accent sur les bons résultats économiques des sociétés en question. Factuellement, l'argument était omis par la Cour d'appel paloise. On voit mal cependant en quoi la prospérité de l'entreprise a un rapport avec l'opération discutée, une restructuration, qui vise à mettre la structure sociale en conformité avec la loi. Que la société soit riche ou non, la transformation est obligatoire et le silence y fait barrage. Quitte à aborder la santé économique de la société, on aurait pu relever que l'obstacle posé par le silence est d'autant plus préjudiciable à l'entité qu'elle se porte bien et que ce silence revient à jeter un pavé dans une mare paisible. L'abus était consommé du point de vue comportemental, et sa nuisance est objective.

La Cour de cassation ne l'entend pas ainsi, et sa solution a laissé place à une discussion doctrinale qui l'a diversement appréciée.

Pour le professeur Mestre, la Cour démontre sa volonté de « *chasser l'attitude égoïste, contraire à l'intérêt social* », qui a « *ce faisant empêché l'adoption d'une modification statutaire qui supposait en droit une majorité qualifiée et qui, au point de vue économique, s'avérait particulièrement impérieuse pour la survie de la société* »⁶⁵⁷. Il est appuyé par le professeur Viandier, pour qui la Cour de cassation fournit une précision nouvelle en ne

⁶⁵⁶ Voir : Paris, 26 juin 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 755, note P. Le Cannu ; *JCP éd. E*, 1990, II, 15915, note M. Germain ; *Revue des sociétés*, 1990, p. 613, note M. Boizard ; Paris, 15 octobre 1986, *Dalloz*, 1987, p. 136, note J. Honorat, cités par H. Le Diascorn, article précité.

⁶⁵⁷ J. Mestre, « Ethique et droit des sociétés », in *Procédures collectives, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, A. Cristini et C. Dupuy (dir.), pp. 291-301, spéc. p. 297.

requérant pas la preuve de l'intention de nuire des associés, « *[se ralliant] à la conception dominante qui voit dans l'abus de droit en général une méconnaissance de la fonction sociale des droits et non la manifestation d'une intention malicieuse ou dolosive* ».

Une variante est avancée par le professeur Le Cannu : « *cette attitude témoigne certainement d'un affectio societatis évanescent. A cause d'elle, ne sont donc pas en présence deux conceptions différentes de l'intérêt social, si ce n'est après coup, pour les besoins des plaidoiries. Au moment de prendre les décisions en assemblée, les minoritaires n'ont apporté aucun élément, ils ont bloqué le jeu délibératif, ils ont refusé d'assumer ce qui pourrait apparaître comme une sorte de devoir organique...* »⁶⁵⁸.

Les deux premiers auteurs avancent une conception très finaliste du droit de l'associé minoritaire qui se retrouve rangé parmi les droits-fonction. En l'occurrence, ces droits seraient bien confiés dans l'intérêt premier de l'associé, mais il ne peut que les conjuguer de pair avec un intérêt social qui le dépasse. Lorsqu'une opération est essentielle pour la survie de la société, et tel était le cas en l'espèce, l'associé minoritaire est non seulement forcé de participer aux assemblées générales des actionnaires, c'est un minimum pour conforter l'*affectio societatis*, mais il doit en outre exercer son droit de vote dans un sens guidé par l'intérêt de la société. En d'autres termes, il conserverait un droit de participer et un droit de voter mais ne jouirait en réalité d'aucun choix.

Le point de vue est convaincant. Les intérêts personnels de l'associé seraient largement menacés s'il ne poursuivait pas l'intérêt commun. Cette vision est en accord avec la vocation économique d'une société, l'intérêt collectif dépasse la somme d'intérêts individuels mais les deux convergent. Faire bande à part ne peut que nuire à l'entité, donc à l'associé. En conséquence, le titulaire de droit commettrait un abus lorsqu'il se positionnerait en porte-à-faux avec la nécessité d'une modification statutaire imposée pour la survie de la société.

Il est toutefois bon de souligner le rôle de l'intention de nuire, que nous avons définie comme caractéristique déterminante de l'abus par non-exercice. Malgré son absence dans la critique doctrinale mentionnée, elle est la racine de la formulation de la Cour de cassation.

⁶⁵⁸ P. Le Cannu, « Le minoritaire inerte », *Bull. Joly*, 1993, pp. 537 et s.

Dans l'affaire de 1993, la Cour d'appel contestée prenait en compte expressément la malveillance de l'associé taiseux, « *le silence et l'absence de M. X... aux assemblées générales extraordinaires, [...], procédaient par leur caractère systématique d'un dessein de nuire aux majoritaires* ».

Sans être copiée-collée, il n'est pas certain que la formule soit jetée aux oubliettes par la Cour de cassation. Trois arguments abondent en ce sens.

Le premier argument est ostensible, c'est l'expression de la Cour de cassation : « *l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* ». Le terme dessein⁶⁵⁹ ne peut renvoyer qu'au caractère intentionnel du refus de participer des associés et transforme le refus en véritable manœuvre. Favoriser ses intérêts au détriment de ceux d'autrui est un acte égoïste, antisocial, nuisible. Par application du syllogisme, le dessein de nuire serait synonyme d'intention de nuire.

Le deuxième argument repose sur un calcul de probabilités. La Cour d'appel dont la solution est contestée caractérisait un dessein de nuire auquel ne concluait pas la Cour de cassation. Comment la juridiction la plus haute pourrait-elle, sur le fondement objectif de la mise en péril de l'intérêt social, ne pas trouver d'abus, là où la juridiction plus basse l'avait identifié avec une approche subjective ? Qui peut le plus peut le moins, et qui commet le plus a forcément commis le moins.

Enfin, le recours à la notion d'abus est le troisième argument, d'ordre théorique. S'il était uniquement question de sanctionner le manquement à la fonction sociale des droits, pourquoi la Cour s'entêterait à en référer à la malveillance ? Après tout, l'associé minoritaire peut déjà être sanctionné, sur le fondement d'une clause d'assiduité par exemple, lorsqu'il se désintéresse des affaires sociales par des absences répétées aux assemblées. Sans attendre qu'une telle clause soit prévue, il aurait suffi de reprocher à l'individu son manque d'assiduité en tant que cause de rupture de *l'affectio societatis*. En ce sens, il ressort d'un arrêt du 14 octobre 2020⁶⁶⁰ que les absences répétées aux assemblées générales d'un associé minoritaire

⁶⁵⁹ Le dictionnaire *Littré* définit le dessein comme le « *mode déterminé d'après lequel on conçoit quelque chose, plan* », ou « *la détermination à faire quelque chose* ». Une intention est en tout cas requise.

⁶⁶⁰ Com., 14 octobre 2020, pourvoi n° 18-19.181, *Société Citrus Development c. Société Chanel et Bayle ès qual*, L. Godon, « L'exclusion de l'associé manifestant son désintérêt pour les affaires sociales », *Revue des sociétés*, 2021, pp. 93-99.

sont susceptibles de justifier l'activation d'une clause d'exclusion établie pour sanctionner la rupture de cet esprit d'équipe.

Un commentateur a pris soin de relever que la validation de cette exclusion par la Cour de cassation ne pouvait être opérée sur un autre fondement que celui de la liberté contractuelle⁶⁶¹. En effet, à l'impossibilité déjà établie pour les juges de prononcer d'eux-mêmes l'exclusion de l'associé dont est alléguée la défaillance⁶⁶², puisque, étant extérieurs à la société, il leur est impossible de préjuger du maintien de l'intérêt porté aux affaires sociales par l'associé, s'ajoute l'impossibilité légale de déduire des absences répétées de l'associé que la rupture avec ses partenaires est consommée. L'article 1844 du code civil prévoit à cet égard un droit de participer aux décisions collectives, qui permet justement de rendre le droit de vote subséquent effectif, mais n'établit pas de devoir à proprement dire. Le serpent se mord la queue à ce stade : si une clause s'avère nécessaire pour imposer un certain degré de présence aux associés, c'est bien que le fait de briser l'*affectio societatis* ne saurait, à lui seul, caractériser le manquement d'un associé non-exerçant. Impropre à caractériser le manquement sans qu'une clause ne le précise, la rupture de l'*affectio societatis* ne peut *a fortiori* pas servir à caractériser l'abus. Comprenons les décisions de 1992 et 1993 rétrospectivement, seule la volonté de nuire est apte pour caractériser l'abus par inaction.

On peut donc affirmer avec certitude que l'abus par inaction est une réalité qu'illustre l'emploi du terme « *malveillance* », et que sa clé de voute est l'intention de nuire. C'est la jauge extrême de la faute par léthargie, ce qui tombe à propos puisque cela explique le refus de la Cour de cassation de conclure qu'il était commis. Une telle attitude ne peut être caractérisée qu'avec parcimonie.

Ce paradoxe entre la rigueur de la Cour de cassation et l'admission de l'abus en cause d'appel, pourrait se renouveler en droit de la famille, terrain de jurisprudences qui reconnaissent une forme de l'abus qui, eu égard aux développements précédents, est classique.

⁶⁶¹ L. Godon, article précité.

⁶⁶² Voir en ce sens l'affaire Nollet, citée par L. Godon dans son article précité. Comm. 12 mars 1996, 93-17.813, Bull. civ. IV, n° 86 ; Revue des sociétés, 1996, p. 554, note D. Bureau ; Dalloz, 1997, p. 133, note T. Langlès ; *ibid.* 1996. 345, obs. J.-C. Hallouin ; *RTD civ.*, 1996, p. 897, obs. J. Mestre ; *RTD com.*, 1996, p. 470, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 584, note J.-J. Daigre ; *Droit des sociétés*, 1996, n° 96, obs. T. Bonneau ; *JCP E*, 1996, II, 831, note Y. Paclot.

La Cour d'appel de Douai⁶⁶³ a pu, dans un arrêt récent, considérer que le refus de reconnaître son enfant par un homme dont la paternité avait été depuis judiciairement établie pouvait être constitutif d'un abus de droit et générateur de sa responsabilité à l'égard de la mère. Susceptible de dégénérer en abus, cela n'avait pas été le cas en l'espèce pour la Cour nordiste qui n'avait pas condamné l'homme à réparer le préjudice moral allégué par la mère.

S'il était bien question de droit de reconnaître l'enfant⁶⁶⁴, qui plus est *a priori* discrétionnaire⁶⁶⁵ et reposant davantage sur l'initiative du père que sur des circonstances objectives, la Cour d'appel de Douai rappela néanmoins que « *le non-exercice de ce droit (de reconnaître l'enfant) peut dégénérer en abus en fonction des circonstances de l'espèce* ». Elle reprend ce qu'un arrêt plus ancien de la Cour d'appel de Colmar⁶⁶⁶ laissait présager : le refus ou le retard dans la reconnaissance d'enfant peut être fautif et exposer son auteur à des dommages-intérêts.

L'éventualité que soit commise cette faute d'abus se concrétise suivant les circonstances. La Cour de Douai évoque une piste que M. Hilger reprend dans ses observations, piste d'autant plus originale qu'elle fait peser sur la mère un rôle dans la constitution de l'abus commis... par le père. En effet, elle prend soin de débouter la mère après lui avoir reproché de ne pas avoir entamé de démarches avec suffisamment d'insistance contre le père pour que sa paternité soit établie. Ce fut noté, « *l'insistance de la mère (...) peut (à l'inverse) faire dégénérer en abus le refus persistant d'un homme de reconnaître l'enfant dont il sait être le père* ». Avec un peu de perspective, on remarque que la mécanique est assez traditionnelle. Le rôle du père a d'autant plus d'importance que la mère sollicite son aide. C'est donc l'insistance de la mère qui envoie la balle dans le camp du père et interroge sur l'absence de réponse à ces sollicitations.

Cette sollicitation n'est pas l'unique condition de cet abus. Encore faut-il qu' « *en toute connaissance de cause de l'existence d'un enfant qu'il savait être le sien, le parent [refuse] de procéder à cette reconnaissance malgré les démarches entreprises dans ce sens par l'autre parent, laissant ainsi à ce dernier la charge entière de l'éducation et de l'entretien de l'enfant*

⁶⁶³ CA Douai, 11 mars 2021, n° 20/00741, *AJ fam.*, 2021, p. 305, obs. G. Hilger.

⁶⁶⁴ C. Neirinck, note sous CA Caen, 29 mars 2012, n° 10/02442, *Dr. fam.*, 2014, comm. 168.

⁶⁶⁵ Voir la chronique de P. Hilt, *Majeurs protégés*, Dalloz, 2022, pp. 673 et s.

⁶⁶⁶ CA Colmar, 23 juin 2005, n° 2A04/01166, *Dr. fam.*, 2005, comm. 263, note P. Murat.

né de leur relation »⁶⁶⁷. Ressort ici une forme de délaissement du deuxième parent : « l'abus de droit serait caractérisé lorsque le père connaît l'existence de l'enfant, qu'il refuse de le reconnaître en dépit des sollicitations de la mère et qu'il laisse totalement à cette dernière la prise en charge du mineur »⁶⁶⁸. La formule est presque trop légère. Non seulement l'attitude du père vis-à-vis de la mère, qu'il délaisse, n'est pas très louable, mais elle a des répercussions sans doute plus grandes encore sur l'enfant, dont les chances d'évoluer sont entravées. La question n'est pas de savoir s'il manque à l'enfant une figure paternelle, figure qui n'a plus grand sens juridiquement, mais de voir si l'horizon pour le mineur laisse entrevoir autre chose que de la détresse.

C'est là toute la subtilité de la situation. L'analyse centrée sur la mère a un goût de paternalisme, mais la recentrer sur la situation de l'enfant et ne plus exiger de la mère qu'elle sollicite le père reviendrait à supprimer encore plus le caractère discrétionnaire du droit à la reconnaissance d'enfant. Tant qu'il reste discrétionnaire, le recours à la notion d'abus et à la malveillance demeurera indispensable. Monsieur Hilger ne manque pas de le constater : « *le non-exercice par le père de son droit (...) est légitime sauf en cas d'abus (...). [Ce] droit (...) deviendrait fautif s'il présente un caractère malveillant - par exemple lorsque le père est de mauvaise foi, notamment s'il a connaissance de sa paternité et qu'il refuse d'établir son lien de filiation et/ou de prendre en charge le mineur, ou lorsqu'il est animé d'une intention de nuire à l'égard de la mère -, s'il constitue un acte de malice ou s'il est excessif ou présente un caractère anormal »⁶⁶⁹.*

Ce passage par l'abus présente alors les mêmes écueils que l'abus de l'associé minoritaire. Aussi restrictif de responsabilité, il n'est pas étonnant qu'il empêche ici de condamner le père. Les éléments apportés par la mère ne sont pas suffisants pour prouver qu'il était animé d'une intention de nuire envers elle, tandis que son refus de reconnaître l'enfant relève davantage du désintéret que de la malveillance à l'égard de ce dernier.

Comment la Cour de cassation pourrait-elle statuer autrement dans l'hypothèse où elle aurait à se prononcer sur le sujet ? D'emblée, on peut répondre que l'amertume ne sera pas effacée,

⁶⁶⁷ Voir G. Hilger, « L'absence de reconnaissance d'un enfant peut-elle constituer un abus de droit ? », *AJ Famille*, 2021, p.305.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.* ; citant CA, Colmar, 6 mai 2014, n° 12/04673.

tant l'on peut justement penser que la Cour de cassation ne prendra pas le contrepied des solutions abouties en appel. La conjecture est quasi-certaine.

Pour cause, il faudrait conserver le caractère discrétionnaire du droit à la reconnaissance d'enfant, mais imposer une implication du père vis-à-vis de l'enfant systématiquement. En fait, il faudrait scinder ce qui ne peut l'être. En effet, la manœuvre ne pourrait aboutir que si l'on considère qu'avant même l'établissement judiciaire de la paternité, qui est le résultat d'une procédure, le père manque déjà à ses obligations car il attend encore là où il pourrait déjà aider la mère. Mais le problème d'ordre chronologique ne peut être résolu par un tel enchantement. On ne peut pas imposer au père de remplir ses obligations parentales, par le biais de droits-fonction dont le simple manquement suffit sans que la caractérisation de l'abus soit nécessaire, alors que la paternité n'est pas établie.

Aussi, la piste du forçage de la reconnaissance d'enfant au nom de son intérêt supérieur confinerait à la discrimination. Il n'est susceptible d'atteindre que le père, en l'occurrence si la mère en fait la demande parce qu'elle émet un besoin, tandis que cette dernière jouirait d'un droit absolu d'accoucher sous anonymat, dont il serait difficile de concevoir qu'il dégénère en abus.

L'abus par inaction est une réalité jurisprudentielle, et le recours à cette notion s'effectue faute mieux. Le concept n'est pas apparu en matière de non-exercice, évidemment il n'a pas été bâti pour, et évidemment un détour par celui-ci n'est pas convaincant.

Conclusion du chapitre 2

Ce second chapitre quittait le manquement qui est entouré d'un imaginaire peu complexe et qui semble taillé pour le non-exercice. Untel, qui n'utilise pas un droit, manque à ce qui était attendu de lui et doit être réprimandé.

Il a rejoint la thématique de l'abus dont la mise en œuvre en matière de léthargie semble au contraire inadaptée. La grande question « *comment abuser en ne faisant rien ?* » a reçu une réponse de la part de la jurisprudence, d'où ce développement. Encore une fois, il a fallu se rendre à l'évidence : la nature d'un droit est déterminante dans le cadre du non-exercice. Et à nouveau, on s'est aperçu que les droits qui laissent une latitude à leurs titulaires ne se prêtent pas toujours à une approche à l'aune du manquement. Pour des droits discrétionnaires, ou

absolus, le non-exercice n'est sanctionnable que dans la même limite que l'usage, celle de l'abus.

Les deux types de droit qui ont été abordés par ce prisme sont, à ce jour, les droits de l'associé minoritaire et le droit à la reconnaissance d'enfant du père. Dans les deux cas, nous sommes bien en présence de droits subjectifs assortis d'une liberté, celle de faire ou de ne pas faire, donc face à une analyse complexe.

Le simple manquement ne suffisant plus, le détournement par l'abus a été emprunté au prix d'une adaptation de ses critères à la thématique. Plus question de chercher l'usage abusif, le détournement de pouvoir, car il ne s'agit ni d'usage, ni de pouvoir. Et la jurisprudence, dans ce prolongement, de chercher systématiquement la malveillance, soit l'intention de nuire, et de ne jamais l'identifier à ce jour.

C'est en somme un développement qui laissera une certaine amertume, celle d'un détournement obligé mais vain par une notion d'abus qui se prête mal à la thématique. Il suscite un constat lucide : pour les droits discrétionnaires, le non-usage est toujours licite, car la frontière de l'abus ne semble avoir jamais été franchie.

Conclusion du titre 1

L'identification du non-exercice licite soulève une certaine légèreté, qui est en lien avec l'objectif poursuivi, approuver ou pardonner l'inaction. Celle du non-exercice illicite, par ses conséquences, à savoir la sanction de son auteur, réclame une progression plus clinique.

Trouver les attitudes impardonnables est une tâche que l'on a tenté d'expliquer par une scission en deux catégories de comportements. Le manquement et l'intention de nuire sont des cases suffisamment grandes pour y ranger tout l'éventail des postures négatives.

Après développements, on peut se rendre compte que les deux attitudes visées sont une dénomination précise de deux angles d'analyse tout à fait classiques en droit, l'objectif et le subjectif. Les deux termes pourraient même, après coup, avoir l'honneur de figurer en intitulé, si ce n'est que les termes choisis initialement qualifient directement le comportement visé et allègent l'effort d'abstraction.

Le manquement est en effet une forme de non-exercice objectivement illicite. Toute subjectivité est chassée parce que la volonté de nuire, ni même la conscience de nuire, ne sont

requis pour que l'attitude soit sanctionnable. Ce sont les circonstances, le degré avec lequel la situation réclame l'activité, la sollicitation d'un partenaire, surtout contractuel, et derrière cela la nature du droit, tourné vers autrui, qui sont les supports de l'illicéité. L'inaction est contraire à ce qui est attendu du titulaire d'un droit, et l'attente est objective.

La volonté de nuire dépend quant à elle de la malveillance de l'individu. Cette malveillance se caractérise principalement, il est vrai, quand une situation nécessite qu'un droit soit activé. En cela, une partie de l'examen est neutre. Mais la nature de certains droits, plutôt orientés vers leurs titulaires et leur autorisant davantage d'égoïsme, restreint l'illicéité à l'intention de nuire. Face à la difficulté de conclure à son existence, des certitudes s'affichent peu à peu grâce à des critères justement neutres et légitimes, tels que la connaissance par l'individu du péril pour les intérêts d'autrui, son refus d'agir alors que son intervention eut été salvatrice. Presque ésotérique, l'abus figure toutefois en jurisprudence, pourrait-on dire qu'il y fait pâle figure, vu qu'il n'a jamais été caractérisé. Peut-être que l'emploi prétorien du terme était-il hasardeux, maladroit...

Ce sont donc deux échelles de comportements, dont l'un au moins existe à coup sûr, le manquement, qui fondent l'illicéité du non-exercice auquel la réponse adéquate est la sanction de son auteur.

○ Titre 2 : le traitement du non-exercice illicite des droits subjectifs

Le non-exercice s'est avéré inadmissible lorsque son auteur commet un manquement ou un abus. Ce dédoublement s'effectue selon le standard auquel manque l'individu, ou son intention, en l'occurrence malveillante, qui présagent deux réponses graduées. Il s'agit toujours de prononcer une sanction, mais qui pourrait être légitimement plus sévère dans le second cas.

Cependant, la diversité des mesures possibles ne permet pas de scinder l'analyse en fonction d'une réponse type à chacun de ces comportements.

En effet, au manquement ne correspond pas un type de sanction qui ne s'applique qu'à lui, et une sanction n'est pas exclusivement réservée à l'abus. Les sanctions qui seront abordées présenteront des natures différentes, selon l'objectif recherché, à la condition néanmoins qu'elles soient adaptées à l'inaction. La variation dans le choix de la sanction aura un effet plus ou moins coercitif sur le titulaire inactif, donc plus ou moins dissuasif, et surtout plus ou moins réparateur pour la victime.

En fonction de leurs résultats, deux types de mesures sont envisageables. Partant du postulat que le non-exercice est un obstacle, seront retrouvées les deux manières classiques de passer outre : l'astuce ou la force.

Le premier panel regroupe les mesures astucieuses dont l'objectif est de contourner l'obstacle. Elles consistent à mettre de côté l'inaction, faire comme si elle n'avait pas existé ou l'empêcher de répéter son œuvre, avec en arrière-pensée la protection des victimes. La sanction est prégnante, mais le but est encore une fois de gommer les conséquences négatives du non-exercice. L'adjectif qui qualifie ces cas au mieux est éluusif, terme déjà utilisé pour illustrer une idée du même ordre par le professeur Garaud⁶⁷⁰.

Le deuxième panel regroupe les mesures fortes dont l'objectif est de faire tomber l'obstacle. Elles consistent à stigmatiser l'inaction, sanctionner le non-exerçant et le dissuader de recommencer. L'effet dissuasif est ce faisant certain, mais la sanction reste le but premier. Le

⁶⁷⁰ E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental, Avantage lié à l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme », *Lamy droit du contrat*, 245-15

terme qui correspond le mieux à cette sanction pure est coercitif, puisque tel est le rendu pour l'auteur de l'inaction.

On observe que la sanction monte *crescendo* au gré de ce qui est recherché. Le non-exercice peut être invalidé, quelqu'un peut se voir confier le rôle de remplacer le non-exerçant, le droit peut être paralysé ou retiré, et le non-exerçant peut enfin être condamné à des dommages-intérêts, voire à des sanctions couplées.

La focalisation est ainsi différente dans ces deux courants de mesure, et c'est là le *leitmotiv* de l'application de l'un ou de l'autre. Sanction et protection coïncident, mais il est davantage tenu compte de la conservation des intérêts d'autrui avec les mesures élusives (chapitre 1), tandis que la sanction du titulaire de droit inactif émaille les mesures coercitives (chapitre 2).

▪ Chapitre 1 : les mesures élusives

Les réactions au non-exercice peuvent être qualifiées d'élusives lorsqu'elles contournent le non-exercice. L'auteur de l'inaction peut ainsi recevoir des instructions ou être tenu de suivre une marche qui lui est dictée. Une personne peut sinon être habilitée à actionner des droits à sa place pour mettre fin à l'inertie.

La mesure la plus sèche est l'invalidation du non-exercice. Cette mesure simple consiste à considérer que le non-exercice n'existe pas, et laisse les protagonistes régler l'affaire litigieuse entre eux. Elle se rencontre dans peu de cas parce que son efficacité est limitée. Elle épuise rapidement ses effets et suppose que le non-exerçant, une fois sa léthargie oubliée, aura la présence d'esprit de collaborer un peu plus. Pour illustrer l'idée, le cas du non-exercice du droit de vote de l'associé minoritaire sera pris, l'hypothèse étant que l'assemblée est, après un premier échec, reconvoquée. L'associé y participera dans l'espoir qu'il vote cette fois-ci, et dans le bon sens ! On s'apercevra néanmoins, sans trop d'efforts d'anticipation, que laisser l'initiative à une personne coupable d'inaction volontaire n'est pas la voie la plus sûre de résolution du non-exercice.

Au lieu de laisser au titulaire le soin d'agir, la porte peut rester ouverte à l'intervention d'autrui qui aura le pouvoir d'agir à sa place. Mais cette porte augure une brèche plus grande, et l'on démontrera que certaines actions consistent par principe à octroyer à quelqu'un le droit d'agir par substitution pour éviter les effets néfastes de l'inaction. Pour prévoir un questionnement en ce sens, la perspective de la gestion d'affaires sera dissipée. Le mécanisme est similaire, agir à la place d'autrui, mais d'une part la notion est aux antipodes de la sanction, et son lien avec le non-exercice reposerait sur des largesses peu défendables. L'exercice par substitution existe mais il faudra restreindre l'éventail des actions concernées.

L'invalidation du non-exercice (section 1) présente donc des travers dans lesquels le remplacement dans l'exercice ne tombe pas (section 2).

- **Section 1 : l'invalidation du non-exercice d'un droit**

L'invalidation du non-exercice est une réponse qui mime l'attitude du non-exerçant, qui a ignoré l'intérêt d'autrui en faisant bande à part, et dont l'attitude est précisément ignorée par autrui, un groupe la plupart du temps. La solution est simple et cependant inefficace (sous-section 1) si elle n'est pas assortie de sanctions supplémentaires, mais aucune ne convient parfaitement (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : une solution imparfaite au non-exercice**

Le non-exercice est susceptible d'invalidation lorsque l'on souhaite simuler une situation dans laquelle il n'a jamais existé. Les compteurs sont remis à zéro de la même manière qu'une nullité entraîne l'anéantissement et la disparition d'un contrat réputé n'avoir jamais existé.

Les conséquences peuvent alors être diverses, et l'on peut nommer quelqu'un pour remplacer le non-exerçant comme l'on peut lui laisser une seconde chance pour qu'il exerce ses droits en personne. Si un pouvoir est confié à autrui, l'invalidation devient secondaire et c'est cette substitution ou ce transfert qui accapare l'esprit. Ainsi, des développements sur l'invalidation du non-exercice ne visent que les cas dans lesquels l'inaction est effacée mais que l'initiative reste dans les mains du titulaire de droits. Aucune notion juridique propre ne peut en effet être employée pour décrire la situation si ce n'est le terme générique d'invalidation. Il est par défaut celui qui illustre le mieux la situation, dans laquelle le non-exercice est évacué et l'exercice désormais souhaité.

Typiquement, le premier rendez-vous manqué est rattrapé par un second rendez-vous, au cours duquel l'action souhaitée devra se produire. Les défauts de l'hypothèse sautent aux yeux, tant par son manque d'inventivité que de crédibilité, les deux allant de pair. L'hypothèse mérite d'être présentée car elle existe, et doit être développée à part puisque l'intervention d'autrui est exclue.

L'exemple de cette paralysie du non-exercice sans substitution peut être puisé dans le droit des sociétés. Le cadre du droit de voter aux assemblées générales est à nouveau utile, il est propice à l'invalidation puisque, d'une part, il est assez facile de reconvoquer une assemblée pour répéter une opération échouée de prime abord, et surtout, d'autre part, le droit de vote est *a priori* très personnel et n'est pas celui qui se prête à une transmission avec le plus de légitimité.

La jurisprudence *Flandin* déjà étudiée⁶⁷¹ aborde le sujet lorsque deux associés minoritaires, en refusant de participer à une assemblée générale convoquée pour décider d'une opération dont la survie de la société dépend, barrent les chances de survie du groupement.

L'invalidation du non-exercice est une solution envisageable dans cette configuration factuelle. Par son application, serait considérée comme nulle l'absence de participation des deux associés et la tenue d'une nouvelle assemblée générale serait provoquée. On s'en doute, sauf à coupler ce coup d'éponge avec une remontrance plus rugueuse, on peut anticiper sur le fait que l'inactif le restera, surtout si son intention malveillante supposée s'avère réelle.

L'hypothèse s'arrête donc tout net, elle ne peut vivre qu'avec une mesure plus forte en relais, dont la nature est à approfondir.

- **Sous-section 2 : l'ajout imparfait de sanctions supplémentaires**

Deux obligations corrélatives peuvent être imaginées, mais il faut souligner que les doutes entourant l'invalidation ne seraient que trop peu dissipés.

Le premier discours, plus doux, serait de forcer le non-exerçant à participer à l'assemblée. D'un point de vue pratique, les partenaires risquent de ne pas être mieux avancés, car il n'est pas dit que le droit de vote soit quant à lui exercé ou le soit dans le bon sens. D'un point de vue théorique en revanche, cette étape supplémentaire n'est pas une ineptie suivant le regard

⁶⁷¹ Com., 9 mars 1993, *JCP E*, 1993, n° 448, note A. Viandier ; Dalloz, 1993, p. 363, note Y. Guyon ; Gaz. Pal., 13 juillet 1993, note J. Bonnard ; Bull. Joly, 1993, pp. 547 et s., P. Le Cannu, « Le minoritaire inerte », Bull. Joly, 1993, pp. 537 et s.

porté au comportement sanctionné. Si l'on en reste à un non-exercice type abus, il est certain que la mesure est faible. Si l'on penche plutôt en faveur d'une rupture de l'*affectio societatis* par un associé reclus, sans présager une volonté tacite, force est de constater que le simple fait de lui imposer la participation à la réunion des associés rétablit une partie non négligeable du sentiment d'appartenance à la collectivité.

L'autre son de cloche, plus coercitif, ne génère pas une satisfaction complète non plus, d'où le dilemme. En effet, le forcer non seulement à participer, mais aussi à voter et dicter le sens dans lequel doit être exercé son droit de vote, n'est pas une panacée. C'est en pratique un coup de boutoir qui évite la critique d'un report du vote sur un remplaçant, qui simule un rétablissement de l'*affectio societatis*, et qui sauve la société. Quant au ressenti de l'associé, peu d'états d'âmes vu son comportement antérieur !

Néanmoins, dicter la marche à suivre s'inscrit en porte-à-faux avec la souveraineté du vote. Aussi, d'autres mesures moins délétères ont été imaginées pour orienter le vote de l'associé silencieux sans le forcer pour autant.

La condamnation à des dommages-intérêts, qui sonne comme une sanction et un avertissement, est refusée par le professeur Cabrillac. Il ne la voit pas d'un bon œil car elle repose sur une spéculation : « *elle astreint à évaluer la perte de l'avantage purement hypothétique que la société aurait tiré de l'exécution du projet repoussé* »⁶⁷².

Pour participer à cette critique, on peut en effet interroger le préjudice souffert par une société dont les espoirs de survie ne sont pas encore enterrés. Après tout, si une nouvelle assemblée est convoquée, c'est bien que la société a un avenir. Au pire, cette survie est différée, mais elle peut être assurée. Le préjudice est faible.

Autre argument, il a été souligné que les dommages-intérêts ne résolvent « *que le problème de la réparation financière d'un préjudice mais ne [résolvent] en rien le conflit social provoqué par l'associé défaillant : la paralysie de la société est toujours de mise* »⁶⁷³. La racine du mal est en effet la rupture du lien entre associés, dont l'un d'eux est au moins à l'origine, en l'occurrence l'inactif. On peut bien résoudre le reste, le cœur du problème vivrait encore. Pour

⁶⁷² M. Cabrillac, « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité », in *Mélanges A. Colomer*, 1993, Litec, p. 109.

⁶⁷³ *Ibid.*

l'abattre, la responsabilité financière n'est pas la réponse la plus pertinente. Certes, du point de vue de la dissuasion, la critique peut être atténuée. L'associé, ayant été condamné pour avoir fait obstacle à la survie de la société à laquelle il appartient, supporte dorénavant une chape de plomb et ferait mieux d'être plus docile à l'égard du groupement. Mais on est loin de l'utopie, et ce n'est pas être idéaliste de dire que la future vie sociale ne peut être saine lorsque les choix d'un associé sont guidés uniquement par la crainte d'une sanction financière s'il ne fait pas ce qu'on lui dit. Car il ne faut pas oublier que l'opération a beau être essentielle, elle règle la survie d'une société qui, si elle est acquise, amène le groupe à devoir envisager de nombreuses discussions à l'avenir. Assortir une annulation du refus de vote d'une sanction financière revient à réfléchir à court-terme.

On trouve bien une doctrine en faveur des dommages-intérêts, provenant par exemple du professeur Lucas qui privilégie cette solution hybride « *au jugement vote ou même à la nomination d'un mandataire ad hoc* »⁶⁷⁴. Il fait ici référence à l'alternative d'une transmission du droit de vote à un intervenant extérieur chargé de remplacer l'associé. Il faudrait changer son fusil d'épaule suivant que la faute de l'associé est visée ou que le préjudice de la société est mis en avant. Si la faute est prouvée, la désignation judiciaire d'un mandataire ou la prise de position par le juge est légitime, à défaut de quoi il faudrait se contenter de réparer le préjudice souffert par la société. Pour tenir ce postulat, il serait nécessaire en amont de séparer l'intention mesquine de l'associé caractérisée par un vote contraire à l'intérêt social, ce qui suppose sa participation à l'assemblée, du fait de s'abstenir insuffisant à colorer un comportement malveillant. Conforme aux fondements de la responsabilité civile, droit de la réparation, cette approche coïncide avec notre vision de l'abus de droit qui requiert une intention malicieuse qui complète le manquement⁶⁷⁵. Sauf que, dans cette hypothèse, qui ne se donne même pas la peine de participer au vote risque moins qu'à se déplacer en ayant l'honnêteté d'afficher son opposition au groupe.

Alors, si la paralysie du premier vote et la réunion d'une nouvelle assemblée n'est pas une solution, si l'assortir de sanctions supplémentaires n'est jamais satisfaisant, une voie *a priori* astucieuse est encore découverte. Il conviendrait tout simplement de priver l'associé de son droit de vote lors de la prochaine assemblée appelée à statuer sur le même ordre du jour. Le

⁶⁷⁴ F.-X. Lucas, D. Vidal, *Droit des sociétés*, n° 5/2001, comm. 83.

⁶⁷⁵ F.-X. Lucas, D. Vidal, précité.

quorum et la majorité seraient à calculer selon de nouvelles données, sans prise en compte des droits de l'associé exclu temporairement pour avoir ignoré l'intérêt social. On a là une loi du talion en matière sociale, à l'ignorance de l'associé pour le groupe fait écho l'ignorance du groupe à son égard. Le support est tout trouvé, l'article 1240 du code civil permet de réparer le trouble manifestement illicite en supprimant ce par quoi il a été causé et pourrait être utilisé dans ce sens⁶⁷⁶.

Toutefois la mesure est énergique. Elle consacre la rupture de l'*affectio societatis* d'office, en mettant à l'écart l'associé anciennement reclus, et consomme pour ainsi dire son départ de la société. Ce n'était pas le but de la sanction, qui était de sauver la société et non d'égrainer ses membres.

En somme, l'invalidation du non-exercice n'est pas une solution miracle. Ce n'est qu'au travers d'une sanction supplémentaire qu'elle prend son sens, en même temps qu'aucun de ces ajouts ne convient parfaitement. Pour rester dans l'ordre du raisonnable, tout est affaire de proportions. L'exposition à des dommages-intérêts serait pertinente si elle était assez élevée pour contraindre l'associé à se remettre dans le droit chemin, pas trop intense pour ne pas l'écoeurer de cette vie sociale. Le mettre en retrait du groupement n'est mesuré que si c'est envisagé à titre sporadique, le temps que l'opération déterminante soit réussie, à la condition qu'il puisse ensuite retrouver le groupe et régler le problème de rupture du lien avec les partenaires. Laver le linge sale en famille ne serait pas qu'un proverbe.

De cette section, deux conclusions peuvent être tirées. L'invalidation du non-exercice est fugace en raison de son inefficacité, et, même dotée de mesures couplées, destinées à la rendre plus forte et crédible, elle ne convainc pas totalement.

Inefficace, elle l'est dans l'exemple topique du refus de vote à une assemblée générale d'actionnaire soldé par un balayage de ce silence. L'associé reclus par malveillance suscite la colère de ses partenaires et mérite peut-être plus qu'une simple invalidation. En tout cas, il ne sera pas plus enclin à protéger l'intérêt d'un groupe qu'il a donné l'impression de vouloir quitter.

⁶⁷⁶ D. Schmidt, « Le pouvoir du juge de sanctionner un abus de minorité », Bull. Joly Sociétés, 1^{er} mai 2014, n° 5, p. 302, note sous Com., 4 février 2014, n° 12-29.348.

Isolée ensuite, car la solution envisagée, de la simple invalidation à l'ajout d'une mesure plus puissante, de la condamnation financière à l'orientation forcée du choix en cas de nouvelle convocation, on peut anticiper le faible panel de situations visées. Ces idées ont émergé après lecture de jurisprudences en matière d'abus social. C'est-à-dire qu'elles sont pensées pour un cadre précis qui n'est pas représentatif du phénomène de non-exercice, beaucoup plus large. La clé des arrêts étudiés repose sur la survie de la société. Autrement dit, le préjudice est, instantanément après le non-exercice, faible. Si une inaction consomme le préjudice immédiatement, comme le refus de dérouter la livraison de marchandises périssables entraîne leur disparition, l'invalidation n'a plus aucun sens. Ce point sonne le glas de l'invalidation. En plus de ne pas satisfaire, elle ne vaut que pour des préjudices à terme, qui peuvent être empêchés.

Dans ce dernier contexte, il faut en outre souligner la plus grande efficacité d'une autre mesure : la nomination d'autrui pour exercer les droits d'un individu, en l'espèce d'un mandataire chargé de voter à la place de l'associé évincé, dans un sens déterminé objectivement par l'intérêt de la société.

- **Section 2 : le remplacement dans l'exercice d'un droit**

Face à l'inefficacité de l'invalidation simple, le préjudice créé par l'inaction est mieux réparé par l'intervention d'une autre personne qui utilisera les droits du titulaire dans le but de ménager en premier lieu les intérêts d'autrui.

Ce remplacement est viable avec l'exemple pris précédemment, le non-exercice du droit de vote par l'associé minoritaire, mais il a une vocation générale en matière d'inaction. Le mécanisme se dédouble, l'intervention d'autrui peut être déclenchée selon deux cas de figure.

Il est loisible au juge, saisi d'un litige relatif au préjudice qu'allègue avoir subi la victime d'une inertie fautive, de nommer quelqu'un pour éviter que la situation ne s'envenime. La personne choisie est un spécialiste *ad hoc*, un mandataire, qui détient des pouvoirs encadrés et limités. Le rôle du mandataire est purement formaliste, le choix est guidé en amont par l'intérêt de la société et le juge qui ne peut remplacer lui-même l'auteur de l'inertie.

La substitution peut sinon être spontanée, dans le respect des règles du code civil qui connaît de nombreux mécanismes de substitution. C'est donc en vertu d'une permission légale qu'autrui s'immisce dans la gestion des intérêts du groupe. La marge de manoeuvre est néanmoins plus grande dans la direction de ces intérêts. L'initiative étant individuel, le substitué effectue des choix en lieu et place de l'inactif.

D'emblée, le remplacement dans l'exercice des droits se pose comme une solution plus efficace et plus générale que l'invalidation du non-exercice. Le remplacement est scindé suivant sa source, la nomination (sous-section 1) ou l'intervention spontanée (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : la nomination d'un remplaçant**

La nomination d'un remplaçant chargé de faire en sorte que les droits d'une personne soient mis en œuvre est une possibilité imaginée notamment en droit des sociétés, exemple suffisamment abordé jusqu'ici pour être utilisé à nouveau avec facilité.

Dans le cadre du refus de voter valant obstacle à l'approbation d'une opération essentielle à la survie du groupement, une autre sanction que l'invalidation est la désignation par le juge d'un administrateur *ad hoc*.

L'administrateur choisi ne va toutefois pas endosser les habits du non-exerçant complètement. Il serait en tel cas dépositaire d'une appréciation subjective de la situation comme le serait le titulaire, et les contrepoids à son libre choix seraient trop faibles. Non, il devra voter de manière objective, dans le sens de l'intérêt social, donc approuver la réalisation de l'opération essentielle. Cette substitution sur décision judiciaire ayant pour fondement l'abstention fautive de l'associé bloqueur, l'administrateur votera mécaniquement à l'opposé de ce qu'aurait fait l'associé s'il avait participé.

Le tout sonne comme une opposition mais repose sur une fiction. La sempiternelle critique revient, il est un peu rapide de conclure que, parce qu'il ne vote pas, l'associé se serait sans aucun doute opposé à l'opération qui est à l'ordre du jour. Et la même mise en balance ressurgit aussi. Il faudrait scinder les comportements fautifs selon leur nature.

Lorsque la survie de la société est questionnée par le vote contraire de l'associé, ou par son refus de voter malgré sa présence à l'assemblée, on constate que le minoritaire veut déjouer les plans du groupe. Rien ne sert de tergiverser et la nomination d'un administrateur s'impose, c'est une réponse rapide et sûre.

Lorsque la survie de la société est en jeu à cause d'un associé qui ne prend pas part au vote, que le *quorum* ou la majorité exigés ne sont ensuite pas constitués, la désignation de cet administrateur est prématurée. Elle préjuge le choix réel de l'associé qui est en réalité incertain. *A contrario*, l'invalidation du non-exercice trouve sa place dans cette circonstance. Il n'est pas certain que l'associé se déplace à une nouvelle assemblée générale, il est encore moins certain qu'il approuve l'opération litigieuse, mais cette seconde chance peut parfois aboutir. Si ce n'est pas le cas, il sera loisible au juge, en toute légitimité dans ce second temps, de désigner l'administrateur judiciaire chargé de voter pour l'opération. D'où l'on remarque que le remplacement est une alternative à l'invalidation mais que sa portée est, dans certains contextes, moins large que prévu.

Fort heureusement, ce n'est pas que la vie d'une société qui est émaillée par ces événements. Même dans cette configuration, outre les intérêts des coassociés, la vie d'un groupement a aussi une influence sur les tiers créanciers. Ils espèrent obtenir leur écot de la part de la structure sociale, ainsi le non-exercice se répercute au-delà de l'assemblée des membres de la société et cause un tort plus grand aux personnes extérieures qui conservent un lien avec le groupe.

Pour éviter que l'inertie ne leur nuise, deux outils ont été pensés dans l'optique « *d'assurer la primauté des intérêts de la procédure collective sur les prérogatives des actionnaires* »⁶⁷⁷, qui fait double-emploi et rend service à ces derniers également, car il ne faudrait pas oublier que le recouvrement des créanciers rafraîchit les comptes de la société et enclenche le versement des sommes dues aux actionnaires.

L'article L. 626-3 al. 2⁶⁷⁸ du Code de commerce ouvre à l'administrateur la voie de la désignation d'un mandataire dont la mission est balisée. Cet article, applicable lorsque les

⁶⁷⁷ S. Golshani, A. Loric, « Le poids des actionnaires minoritaires », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 1^{er} juillet 2018, pp. 322 et s.

⁶⁷⁸ La partie idoine de l'article en question dispose que : « *Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à*

capitaux propres sont moitié moindres que le capital social, lui permet de convoquer une assemblée *ad hoc* pour reconstituer les capitaux propres dans les proportions proposées par l'administrateur. Le silence, y compris le silence refus, d'un ou des associés qui faisaient obstacle à cela, est paralysé. Leur approbation n'est pas requise à l'occasion de cette nouvelle assemblée.

Idem, au visa de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce⁶⁷⁹, lorsque le refus des actionnaires empêche l'augmentation du capital d'une société débitrice importante, le juge peut paralyser ce refus et choisir un mandataire qui convoquera l'assemblée compétente et votera en se substituant aux actionnaires récalcitrants.

Cette possibilité de nommer un mandataire a toutefois été circonscrite aux procédures de faillite, précisément de redressement judiciaire, parce qu'elle porte un coup certain aux droits des actionnaires qui se retrouvent totalement privés de l'usage de leur droit, mais il est considéré que la préservation des activités de la société doit primer sur la volonté de bloquer de quelques associés.

Cette rigueur à l'endroit des associés bloqueurs, paradoxale avec la nature de droit subjectif discrétionnaire qu'est la participation aux affaires sociales en votant en assemblées, est à nuancer. Les associés en question ne sont pas discriminés par leur supposée infériorité en parts sociales, qui est à l'inverse compensée par l'ouverture d'un droit de demander en justice la convocation d'une assemblée générale⁶⁸⁰. Dans une optique ainsi inversée, les minoritaires participatifs peuvent dynamiser la vie d'une société en berne s'ils estiment que l'inaction des associés aux parts plus élevées ralentit la marche du groupement.

reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan ».

⁶⁷⁹ Il prévoit que « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter la reconstitution du capital, à concurrence du montant proposé par l'administrateur, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan ».*

⁶⁸⁰ Depuis les années 2000, l'article 225-103 2) du code de commerce permet la convocation d'une assemblée générale « *par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ».*

On assiste donc à une recherche de fluidité, qui combine une forme de droit de réveil au profit des associés minoritaires et d'une interdiction d'utiliser leur position pour endormir la société, pour éviter que ce sommeil ne soit, dans un cas comme dans l'autre, éternel.

○ **Sous-section 2 : la substitution spontanée**

La substitution est dite spontanée lorsque le non-exercice est résolu par l'intervention d'un tiers en l'absence d'investiture judiciaire qui lui confierait la prise en charge des droits de la personne inactive. Cette intervention spontanée n'est pas illégitime. Elle s'opère en application de règles juridiques qui l'encadrent dans différents secteurs selon des modalités variables.

Un type de mécanisme vient spontanément à l'esprit lorsqu'il s'agit de se mêler des affaires d'autrui. L'expression est choisie à dessein, il s'agit de la gestion d'affaires. Il faut néanmoins l'exclure de ce développement.

La gestion d'affaires s'enclenche lorsque la situation vécue par le titulaire de droits requiert une action, que lui-même n'est visiblement pas en mesure de mener. Sont ainsi recouverts des cas dans lesquels aucune obligation civile ne préexiste, il serait sinon question de responsabilité. Il s'agit simplement de droits ou d'intérêts à agir que l'individu n'assouvit pas, à son désavantage, ce que doit éviter l'intervention d'autrui.

L'article 1301 du Code civil identifie la gestion d'affaires dans la situation suivante : elle se rencontre quand « *celui qui, sans y être tenu⁶⁸¹, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire* ». L'urgence est la première notion qui vient à l'esprit. La question du consentement à la gestion d'affaires est exclue par cette situation d'urgence. C'est un exemple connu de Ihering, l'homme en train de se noyer qui promet une fortune à quiconque l'aidera peut trahir sa parole lâchée sous le coup du danger. Fi du consentement, on comprend que la substitution est toujours spontanée. C'est « *l'absence du maître, révélatrice de l'état du délaissement de*

⁶⁸¹ C'est de cette partie de l'article que l'on peut tirer une exclusion de tout rapport avec la notion d'obligation.

ses affaires, n'est-elle pas la meilleure justification de l'intervention du gérant, et partant, le premier élément d'appréciation de l'utilité de sa gestion ? »⁶⁸².

Le problème est que la gestion d'affaires ne peut pas tendre, en termes de non-exercice d'un droit, à pallier une inaction fautive. Il a été démontré que le bénéficiaire ne peut arguer que l'action engagée par autrui est inutile, lorsque le gérant d'affaires « *s'est borné à exécuter une obligation légale du maître* », car « *personne ne peut s'opposer à l'exécution d'une obligation légale* »⁶⁸³. C'est le cas du locataire qui intervient en lieu et place du propriétaire⁶⁸⁴, il est en plus mieux placé que lui pour agir, occupant des lieux loués dans lesquels le propriétaire ne peut plus pénétrer. Dans cette perspective, le locataire est légitime à demander le remboursement des sommes et efforts engagés au propriétaire, car il s'est substitué spontanément à lui pour accomplir une obligation légale d'entretenir le lieu. Mais il s'agit d'inaccomplissement d'une obligation. La gestion d'affaires peut être une manière de pallier le non-exercice légitime, mais elle n'est pas, par hypothèse, une réponse au non-exercice illicite d'un droit. Ainsi doit-elle être évacuée des solutions au non-exercice illicite d'un droit.

Restent donc deux actions qui illustrent le sauvetage d'une situation périlleuse par un tiers victime de l'inaction d'un titulaire de droits. Ces deux actions prennent leur distance à deux niveaux, puisque, ne visant pas la victime selon un même aspect, elles ne régissent pas les mêmes contextes. Pour la personne associée ou sociétaire, l'action *ut singuli* (paragraphe 1) permet à un membre (*actio ut singuli* pure) ou plusieurs (*actio ut plures*) de s'emparer du droit d'agir du dirigeant du groupement qui ne l'a pas mis en œuvre. Pour la personne créancière, l'action oblique (paragraphe 2) est un moyen d'éviter les conséquences néfastes de l'inertie d'un débiteur qui peut mener à un appauvrissement et ainsi réduire les chances de recouvrer une créance.

⁶⁸² R. Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, dir. H. Solus, préf. P. Kayser, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1972, t. 124, p. 336.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 363.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, pp. 267-268.

▪ Paragraphe 1 : L'action *ut singuli*

L'action *ut singuli* est ouverte à un membre d'un groupement qui souffre de l'inaction fautive du dirigeant *a priori* détenteur du droit d'agir via l'*actio ut universi*⁶⁸⁵. Cette action détonne et tranche avec un fameux adage du droit civil, nul ne plaide par procureur⁶⁸⁶, en vertu duquel l'action pour autrui est interdite car il y manque l'intérêt direct et surtout personnel à agir : « *pas d'intérêt, pas d'action* »⁶⁸⁷.

Le droit privé ne fait pas la part belle à des procédés laissant agir pour autrui. Cependant, de même qu'un recours pour excès de pouvoir est souvent l'occasion, derrière l'intérêt personnel, de préserver l'intérêt général, afficher une once de permissivité quand l'intérêt général le commande n'est pas illégitime.

L'*actio ut singuli* repose sur une version poussée de cette considération. Compte tenu de l'appartenance d'une personne ou de plusieurs personnes à un groupement, l'inaction du dirigeant cause un préjudice à l'intégralité du groupe. Deux pistes sont exploitables.

Dans la première, l'inaction cause un préjudice collectif au groupement, l'interdiction des actions pour autrui peut être atténuée par conséquent, en faveur de l'intervention d'un membre qui se propose pour défendre la cause du groupe.

Dans la seconde, plus classique, il faut convenir que le membre du groupe qui s'apprête à agir subit un préjudice direct et personnel à cause de l'inertie du dirigeant. Le préjudice collectif n'est pas exclu, mais ce n'est pas la priorité de son action. Dans les deux cas, ouvrir la voie de l'action en justice au profit d'un membre du groupe est justifié, car bien des associations

⁶⁸⁵ L'action du dirigeant est dite « *ut universi* » car il représente à l'occasion de sa mise en œuvre l'intégralité de la société, l'universalité de ses intérêts.

⁶⁸⁶ L'article 31 du Code de procédure civile le rappelle : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

⁶⁸⁷ Pour une étude d'un arrêt récemment intervenu sur le sujet et le rappel de quelques principes cardinaux de procédure civile, voir N. Cayrol, « Le droit d'agir en justice dans l'intérêt d'autrui », *RTD Civ.*, 2020, p. 944. Sur Civ. 3^{ème}, 23 janvier 2020, n° 19-11.863, *Dalloz actualités*, 13 février 2020, obs. E. Botrel ; *Dalloz*, 2020, p. 1248, chron. L. Jariel ; *AJDI*, 2020, p. 620, obs. J. Nalet ; *Construction-Urbanisme*, 2020, n° 45, obs. P. Cornille ; *Loyers et copropriété*, 2020, n° 39, obs. A. Lebatteux.

peuvent agir au nom de tiers (consommateurs) ou pour la sauvegarde de leur objet statutaire (la défense des animaux) quand les intérêts-cibles sont en péril.

Ces deux approches mériteraient que soit ajoutée une dernière donnée. L'inaction des organes sociaux trouve sa justification la plus logique dans le comportement des dirigeants qui, s'ils sont fautifs, n'agiront pas contre eux-mêmes. Si une association peut agir pour aider un consommateur qui n'est pas fautif, si elle peut agir pour la préservation de l'intérêt d'un animal qui, vraisemblablement, n'ira pas au prétoire seul, on comprend bien qu'il est d'autant plus légitime qu'un associé ayant un intérêt personnel puisse agir à la place d'un dirigeant fautif. Avec à peine plus de jugeotte, on peut anticiper sur le fait que, en cas de reprise, des repreneurs et d'éventuels nouveaux dirigeants auront la convenance de ne pas agir contre leurs prédécesseurs, tant et si bien que, sans action par substitution, il n'y aura pas d'action du tout.

Le droit civil a en toute logique plié, et accepté de descendre dans la hiérarchie du groupement pour autoriser ce type d'actions au profit d'associés dans le but d'obtenir la réparation d'un préjudice personnel, mais aussi, plus étonnamment, en réparation du préjudice de la société⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Voir l'article 1843-5 du Code civile pour son régime général : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société.

Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Aucune décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour la faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

Pour les sociétés à responsabilité limitée, ce sont les alinéas 3 à 5 de l'article L. 223-22 du Code de commerce qui sont applicables : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués.

Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

Enfin, pour les sociétés anonymes, il faut voir l'article L. 225-252 du Code de commerce : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les

En termes d'intérêts, ce sont les associés présents au jour de la défaillance alléguée qui pourront agir pour pallier cette inertie, ce qui englobe l'associé cogérant⁶⁸⁹. Il faut dire que leur préjudice est certain. Les associés qui se seraient agrégés au groupe après la commission du fait reproché sont susceptibles de pâtir de ses conséquences négatives sur la santé de la société, mais le préjudice est plus diffus. Ils ne peuvent pas prétendre exercer cette action faute d'en avoir souffert *ab initio*⁶⁹⁰. Cette lacune peut cependant être gommée par la destination des dommages-intérêts qui, lorsqu'ils réparent un préjudice social, sont attribués à la société et gomment le préjudice éventuel de l'associé entrant. La dévalorisation des parts de tous les associés est compensée.

Si cette possibilité d'agir au nom du groupe présente un intérêt individuel et collectif indéniable, le revers de la médaille se situe au niveau des efforts à fournir pour l'associé bienfaiteur, de l'initiative de l'action, de sa conduite, de ses coûts, des embûches inhérentes à toute procédure.

Au rang des subtilités, il appartient par exemple à l'associé de mettre en cause la société⁶⁹¹ car le mécanisme est à distinguer de celui du mandat. Il n'est évidemment pas question d'un mandat d'agir, au demeurant délivré par un dirigeant mandant, pour que le mandataire agisse contre lui. Il y a ici une procédure spécifique et ce détail n'est pas anodin. En effet, l'oubli de la mettre en cause serait une négligence imputable à l'associé qui fait obstacle à la condamnation du dirigeant fautif⁶⁹², et l'oubli ne peut être compensé par une intervention en

administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués ».

⁶⁸⁹ Voir S. Tisseyre, « L'action ut singuli est ouverte au cogérant associé », *Bull. Joly Sociétés*, 2021, n°9, p. 32, sur Com., 27 mai 2021, n° 19-17.568.

⁶⁹⁰ TGI Paris, ord. 13 avril 1999, *Gaz. Palais*, 1999, p. 301, dans laquelle le juge estime irrecevable de la constitution de partie civile pour abus de biens sociaux d'une personne devenue actionnaire de la société après présentation à la presse des comptes litigieux et dans le but de mettre en mouvement l'action publique.

⁶⁹¹ Pour un rappel, voir Com., 18 septembre 2019, n° 17-25.757, *Gaz. Pal.*, 2019, n° 44, p. 71, note M. Laroche.

⁶⁹² C'est l'alinéa 1^{er} de l'article R. 223-32 du Code de commerce qui pose cette solution : « *Lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs associés, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article R. 223-31, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux* ». Dans une logique parallèle, un administrateur judiciaire qui ne mettrait pas bien en œuvre les prérogatives de la personne remplacée, qui oublierait d'effectuer certaines formalités nécessaires à une déclaration de cessation de paiements, se verrait reprocher sa léthargie. Voir A. Bebe Epale, « L'administrateur inerte », *LPA*, 3 octobre 2011, n° 196, p. 6 et l'analyse de la jurisprudence « Crédit martiniquais », Com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, *JCP E*, 29 avril 2010, n° 17, p. 1416, note A. Couret.

cause d'appel, qui « *ne doit pas être considéré comme une session de rattrapage pour candidats insuffisamment préparés* »⁶⁹³.

Le champ d'application matériel de l'*actio ut singuli* est aussi limité. La raison d'être de cette action est la poursuite du dirigeant fautif, ce qui permet de rechercher sa responsabilité, de solliciter la liquidation d'une astreinte si un représentant légal avait déjà agi à l'encontre du dirigeant négligent avant d'oublier de la solliciter. Cependant, comme toute règle dérogatoire, en l'espèce dérogatoire à l'interdiction de l'action pour autrui, elle est d'interprétation stricte⁶⁹⁴.

Cela emporte que le droit d'agir par substitution ne dépasse jamais le cadre de l'habilitation légale. Limitée au droit de demander réparation du préjudice, et éventuellement la liquidation de la condamnation financière, l'action en nullité n'est pas permise, et il est impossible de recevoir l'action initiée par un membre extérieur au groupement ou dirigée contre un tiers.

Elle n'en demeure pas moins bien pratique pour contourner la passivité du dirigeant social ou celle d'un représentant légal.

Dans la même veine de contournement, l'action oblique permet au créancier de se substituer à son débiteur pour reconstituer son patrimoine lorsqu'il est réticent à le faire lui-même.

▪ **Paragraphe 2 : L'action oblique**

L'action oblique donne au créancier le droit de s'immiscer dans les affaires d'un débiteur qui, non seulement ne paye pas sa dette, mais risque d'en compromettre le recouvrement par son désintérêt.

Elle est donc ouverte au créancier afin qu'il exerce divers droits à la place de son débiteur, qui tendent à l'accomplissement d'obligations aussi bien contractuelles que délictuelles, pourvu que les créances unissant le débiteur aux sous-débiteurs soient certaines, liquides, et

⁶⁹³ N. Cayrol, article précité.

⁶⁹⁴ Voir N. Cayrol, « Irrecevabilité de l'action ut singuli des associés de la société mère à l'encontre des dirigeants de la filiale », *RTD Civ.*, 2020, p. 456.

exigibles. Elle ne joue pas pour les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur, une substitution étant ici malvenue.

Au premier abord, l'action oblique est vue comme un outil de sauvegarde des intérêts. Le remplacement dans l'exercice des droits reforme le patrimoine du débiteur, le créancier qui s'est substitué à lui entrevoit alors de meilleures perspectives pour recouvrer sa créance. Mais la vision a paru réductrice et un auteur⁶⁹⁵ a mis en lumière un volet dual à cette préservation nécessitant de distinguer l'objet de l'action oblique selon la nature de la créance exercée lors de sa mise en œuvre.

L'effet de préservation est réel avec la créance monétaire, « *l'action est fondée sur le droit de gage général et elle remplit une fonction conservatoire* »⁶⁹⁶. La somme intègre le patrimoine du débiteur qu'elle rétablit. Elle favorise la conservation du patrimoine du débiteur et sauvegarde les intérêts du créancier.

L'effet de préservation est moins sûr avec la créance en nature, « *l'action est fondée sur le droit de créance lui-même et sa fonction est satisfaisante* »⁶⁹⁷. Ici, l'action oblige le débiteur secondaire à s'exécuter, en l'occurrence remplir une obligation de faire. Ce faisant, il ne s'agit plus d'éviter un appauvrissement mais d'enrichir le débiteur initial. Son actif augmentant, les espoirs du créancier sont améliorés. Cependant, certains travaux sont commandés dans un but de conservation. Là, l'accomplissement de l'obligation par le débiteur secondaire empêche le dépérissement d'un bien et l'action oblique retrouve un caractère conservatoire y compris avec des créances en nature.

Malgré cette dualité de fonctions, son régime n'en demeure donc pas moins unitaire.

Son point de départ est la carence du débiteur dans la conservation de ses droits. Il néglige ses intérêts et met en péril ceux des autres, ce qui justifie leur intervention. Cette carence peut prendre la forme d'une faute, voire d'un souhait de nuire de la part d'un débiteur qui organise en conscience son appauvrissement personnel. Après tout, le peu qu'il aurait récupéré a vocation à servir les intérêts d'autrui, ce qui peut ne pas l'intéresser outre mesure.

⁶⁹⁵ V. Forti, « La dualité de l'action oblique », *RTD Civ.*, 2021, p. 27.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*

Recourir à la notion de malveillance est toutefois malaisé. Du point de vue probatoire, c'est au débiteur qu'il appartient de démontrer que les diligences requises ont été déployées, au moins pour les créances monétaires. Comme on le voit mal se mettre en défaut au point d'avouer sa volonté de nuire, qui n'est pas présumée, il vaut mieux éviter de traquer une telle volonté. Le simple manquement à une diligence du débiteur suffit à constituer cette carence⁶⁹⁸. Le manquement est en effet, souvent, une inaction totale, ce que Wiederkehr expliquait du fait « *que l'action n'est pas toujours une prérogative mais qu'elle peut aussi dans une certaine mesure être un devoir* »⁶⁹⁹. Ce type de carence est incontestable : « *[elle] est dépourvue de tout jugement de valeur. C'est un fait brut, moralement neutre : l'absence d'action* »⁷⁰⁰ quand celle-ci est attendue. Le débiteur ne peut pas s'y opposer, car il lui est impossible de prouver avoir convenablement préservé sa créance s'il est resté inactif.

Mais le comportement fautif ressort aussi de l'action dénuée d'efficacité, d'où l'intérêt du terme carence plutôt que celui de l'inaction, ce que soulève le professeur Chénéde : « *en privilégiant, comme cela lui avait été suggéré, la « carence » à l'« inaction », le législateur indique que le défaut du débiteur peut résulter, non seulement d'une inaction totale, mais également de la négligence dans l'action, mais également, à l'inverse, que toute inaction ne justifie pas la mise en œuvre de l'action oblique, qui suppose une passivité fautive du débiteur* »⁷⁰¹.

Toujours est-il que, une fois la carence constatée, encore faut-il qu'elle produise des effets négatifs sur la situation patrimoniale du débiteur pour que la substitution s'opère avec légitimité, car le créancier a « *un droit (...) de n'être tributaire que d'une gestion normale du patrimoine du débiteur* »⁷⁰². En effet, être en position de créancier ne signifie pas que l'on acquiert un pouvoir de contrôler le patrimoine du débiteur. Elle signifie ici que l'on acquiert un pouvoir de contrôler un patrimoine en péril. Or, une carence n'est pas automatiquement

⁶⁹⁸ Ainsi fut-il jugé par la Cour de cassation qu'une telle carence était commise lorsque le débiteur n'était pas en mesure de prouver avoir accompli une quelconque diligence pour conserver son droit : Civ. 1^{ère}, 28 mai 2002.

⁶⁹⁹ G. Wiederkehr, in *Mélanges P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 955.

⁷⁰⁰ G. Goubeaux, « Carence du débiteur et action oblique », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, pp. 147 et s. L'auteur ne conçoit d'ailleurs la carence qu'à travers l'inaction totale, et n'admet pas qu'elle puisse aussi se dénicher derrière une action inefficace.

⁷⁰¹ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2018, p. 239.

⁷⁰² J.-L. Aubert, « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur », *RTD Civ.*, 1969, p. 713.

suivie d'un abaissement chronique des intérêts du créancier. Elle peut demeurer sans conséquence et rester dans ce qui peut être considéré normal.

C'est lorsque se profile l'insolvabilité du débiteur que le créancier peut agir à sa place. Cette exigence, limpide à propos des sommes d'argent, est aisément adaptable aux autres obligations. Pour une obligation en nature, ce peut être lorsque l'inaction entraîne le dépérissement, il est évident que le créancier ne devrait pas s'infliger une surcharge de travail et exercer les droits du débiteur à sa place si l'inaction n'est pas susceptible de lui nuire⁷⁰³.

Cette action par substitution poursuit finalement les intérêts des deux parties : le créancier pourra mieux recouvrer ses intérêts, et son débiteur, satisfait vis-à-vis de ses débiteurs propres, sera en mesure de se libérer de son obligation à son égard.

Mais, par ce mimétisme pur, le mécanisme est entaché de toutes les difficultés qui président au rapport entre le débiteur et les débiteurs secondaires. L'action oblique substitue le créancier au débiteur dans l'exercice de ses actions à l'encontre de ses propres débiteurs. Par conséquent, les débiteurs de second rang peuvent opposer au créancier initial les exceptions qu'ils pourraient proposer au débiteur remplacé puisque, fictivement, le créancier qui exerce l'action oblique s'adresse à eux en position fictive de débiteur.

Une fois l'action mise en œuvre, la réalisation de l'obligation litigieuse n'est que partiellement satisfaisante pour le créancier qui s'est donné la peine de rattraper la carence de son débiteur. Pour l'obligation en nature, la satisfaction est pleine. La tâche à accomplir l'a été et le créancier ne pouvait espérer davantage. Le sort de la liquidation de la créance ne dépend plus du régime du non-exercice et répond aux conditions classiques en la matière. Pour l'obligation en argent, la somme récupérée revient dans le patrimoine du débiteur. Quelques détails sont alors bienvenus puisque c'est à ce stade que le créancier peut éprouver une certaine frustration. En dépit de sa bonne action, il n'acquiert aucun droit préférentiel sur cette somme et tous les créanciers ont vocation à en bénéficier. Autrement dit, l'action d'un seul profite à la concurrence. Et, si certains créanciers bénéficient d'une sûreté ou sont à un rang supérieur au créancier qui a pris en charge l'action oblique, ils seront prioritaires dans le recouvrement de

⁷⁰³ Voir J.-L. Aubert, *Dalloz*, 1986, p. 368, note sous Civ. 3^{ème}, 14 novembre 1985.

leurs créances. Le créancier ne tire pas d'avantage personnel de son effort sur le moment, et il perd une énergie précieuse dans un intérêt qui n'est pas le sien.

Cet aspect négatif explique qu'une variante, l'action directe, lui soit préférable dans sa finalité. Elle autorise le créancier à agir directement contre le sous-débiteur, mais en son propre nom, à la condition que la loi l'y autorise⁷⁰⁴. C'est ce qu'elle fait dans quelques domaines, notamment au profit du propriétaire contre le sous-locataire⁷⁰⁵, du mandant contre le mandataire substitué et, inversement, du mandataire substitué contre le mandant pour obtenir recouvrement de sa créance à son endroit⁷⁰⁶, mais encore du sous-traitant contre le maître d'ouvrage pour obtenir les sommes dues⁷⁰⁷, ou de la victime d'un préjudice à l'encontre de l'organisme assurant son auteur⁷⁰⁸. Le paiement effectué n'est valable que vis-à-vis du créancier à l'origine de l'action directe, la concurrence est éliminée dès le départ.

Le bien n'est pas sans mal, car l'action directe est plus dure à mettre en œuvre que l'action oblique, notamment en raison de l'éloignement entre celui qui agit et la personne que l'action vise. L'action est directe là où le lien est indirect.

Par conséquent, le choix ouvert au créancier, si l'option lui paraît trop cornélienne, de coupler les deux actions, est relativement illusoire. Une jurisprudence illustre cette possibilité, dans laquelle un syndicat de copropriétaires condamné à verser des sommes à un autre syndicat, était lui-même créancier vis-à-vis des copropriétaires (dont une SCI) à qui il rechignait à en réclamer le paiement. Le créancier de ce syndicat choisissait la simplicité par la duplicité et assignait le syndicat débiteur pour que les sommes récupérées *via* l'action oblique intentée contre ses membres lui fussent versées directement. L'arrêt d'appel fut cassé en l'espèce, non

⁷⁰⁴ L'article 1343-1 du Code civil fixe que « *dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur* ».

⁷⁰⁵ Voir le premier alinéa de l'article 1753 du Code civil : « *le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation* ».

⁷⁰⁶ Le dernier alinéa de l'article 1994 du Code civil pose que « *dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée* ».

⁷⁰⁷ L'alinéa 1^{er} de l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance établit que « *le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ».

⁷⁰⁸ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 124-3 du Code des assurances dispose ainsi que « *le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable* ».

que cette possibilité soit niée sur le principe, mais simplement parce que le débiteur principal, le syndicat lénifiant, n'avait pas été appelé directement à l'instance⁷⁰⁹.

Cette section a été l'occasion de démontrer l'existence de mécanismes éparpillés qui consistent en une action à la place d'autrui pour contourner les obstacles que pose le non-exercice des droits. En l'occurrence, l'autrui dont il est question est le non-exerçant, et la substitution est indispensable car elle est seule à même de mettre fin à l'inaction.

Les actions dont il a été question peuvent néanmoins être distinguées suivant la configuration factuelle dans laquelle elles peuvent être engagées, et c'est ici que l'unité est perdue. En effet, cette substitution peut s'opérer en droit des groupements, mais aussi en droit des sûretés ou des obligations en général. Lors de leur introduction, un type de pouvoir spécifique s'est révélé, la gestion d'affaires, qui rajoute une couche supplémentaire à l'idée de substitution bien qu'elle ne soit pas appelée à gommer une faute d'inaction.

Le banc des actions par remplacement est donc bien garni, ce qui est nécessaire pour gommer toute la futilité que l'on a prêtée à l'hypothèse de l'invalidation, simple et sans doute simpliste, reposant sur l'espoir bien maigre que le non-exerçant d'un jour revienne à meilleure conscience et agisse demain sans menace aucune. Leur profusion résulte d'une logique assez élémentaire. Que ce soit le cadre de la société, des rapports entre créancier-débiteurs-sous-débiteurs, on s'aperçoit qu'une personne ayant un intérêt à l'exercice de certains droits est dans une position confortable et idoine pour agir par remplacement. L'associé connaît ses intérêts et ceux des partenaires, et le créancier s'intéressera volontiers aux créances de son débiteur si elles peuvent lui profiter à terme. Les actions par substitution traduisent une forme de pragmatisme du droit dans cette perspective, une rationalité que présente le remplacement et que ne contient pas l'invalidation.

Conclusion du chapitre 1

Une gradation est en filigrane ressortie de l'étude du régime de différentes notions ou simples mécanismes dont la philosophie est le contournement de l'inaction. La sanction n'est pas absente de ces régimes, elle en est l'essence mais prend, dans l'esprit, une place secondaire.

⁷⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 4 octobre 2017, n° 12-29.390, commenté par C. Masson, « Retour sur la figure de l' « action oblique directe » », *LPA*, 16 mai 2018, n° 98, pp. 20-22, spéc. p. 21.

L'invalidation du non-exercice accumule deux dogmes, la sanction et l'oubli, que la pratique révèle comme étant incompatibles. Le cas fut pris de la mise au ban de l'inaction, faire comme si elle n'était qu'un mauvais rêve, suivi de la reconstitution de la situation litigieuse en espérant cette fois-ci qu'elle se déroule mieux. Valide par principe, l'hypothèse est apparue relativement inutile. Elle occulte quelque peu le comportement initial, la faute d'abstention, qui est celle qui affleure le plus avec la malveillance en l'espèce, comportement qui appelle une sanction énergique et pas une simple brimade à charge de ne pas recommencer. Attendre un comportement plus coopératif, c'est être idéaliste. Par souci d'efficacité immédiate, le mieux est sans doute de l'assortir d'une autre mesure qui prend plus clairement les habits de la sanction (financière dans la majorité des cas).

La substitution dans l'exercice des droits constitue une forme de sanction en ce qu'elle prive le titulaire du droit d'agir, elle produit-là un effet privatif. Son but primaire reste de sauver les intérêts du groupe ou d'un individu. Est donc fourni à quelqu'un le droit d'agir au nom de l'auteur du non-exercice avec de meilleurs soins. Deux profils se sont révélés suffisamment intéressants pour endosser ce rôle.

Le premier profil est celui du spécialiste. Une fois l'inaction préjudiciable constatée, le juge saisi du litige pourra décider de désigner un mandataire directement, ou un administrateur qui choisira lui-même le mandataire dans un second temps, qui aura pour rôle de se substituer à l'individu négligent et exercer un droit à sa place. Cette piste convient parfaitement pour le traitement du non-exercice du droit de vote. Le pouvoir conféré au mandataire est réduit, il ne fait que remplacer l'individu défaillant pour une opération et son choix est restreint. Soumis à un vote précis par le juge ou guidé par l'intérêt objectif de la société, il approuvera la décision vitale pour le groupement, à laquelle le minoritaire a fait barrage.

Le second profil, celui de la personne lésée, s'impose avec certitude. Moins spécialiste du droit, cette personne a néanmoins une bonne connaissance de ses intérêts, elle est victime, et sait généralement comment les préserver. Deux types d'action par substitution ont par conséquent été prises en exemple, dans deux contextes différents mais avec une philosophie commune, l'action *ut singuli* et l'action oblique. Avec l'action *ut singuli*, le comportement lénifiant d'un dirigeant titulaire du droit d'agir d'une société peut être dénoncée. Il peut l'être à la fin classique d'obtenir réparation de son préjudice personnel, mais l'associé mû par un esprit de sauvegarde des intérêts collectifs peut en plus demander réparation du préjudice

subi par le groupement. L'action oblique autorise quant à elle un créancier à revêtir temporairement les habits de son débiteur pour demander aux différents sous-débiteurs l'accomplissement de leurs obligations, qu'elles soient monétaires ou en nature. L'intérêt collectif *a priori* exempt de cette action n'est en réalité pas très loin. C'est ce qu'indique le régime subséquent. Une fois les obligations remplies, le patrimoine du débiteur renfloué est ouvert à tous ses créanciers. Les débiteurs secondaires remplissent leurs obligations respectives, le débiteur principal pourra régler sa dette en tout ou partie et satisfaire ses créanciers. Or, ceux d'entre eux qui disposaient d'une sûreté ne céderont aucune priorité au créancier ayant agi par voie oblique, ce qui explique que des actions directes existent, mais il est alors question d'agir pour soi, pas pour les autres ni par substitution.

En tout cas, que le débat soit envisagé en termes d'invalidation ou de substitution, on remarque que la sanction n'est pas la philosophie principale. Le fil rouge est l'évitement. Si l'attitude est trop grave pour afficher cette relative douceur, ou si la nuisance est trop élevée, des mesures coercitives seront plus à même pour s'attaquer au mal.

▪ Chapitre 2 : les mesures coercitives

La mesure coercitive est la plus forte de toutes les réactions face au non-exercice des droits. Elle matérialise l'esprit de sanction que la personne négligente ou malveillante mérite de subir.

Les sanctions pouvant être qualifiées de coercitives seront nombreuses. Bien des mesures dont la substance est multiforme peuvent illustrer cet aspect, mais une répartition en deux catégories est à même de refléter l'état des règles qui régissent en ce sens le non-exercice des droits.

La mesure coercitive renvoie à de multiples notions de droit. Elle rappelle la forclusion et la prescription, qui pour les raisons déjà indiquées mentionnées doivent être rangées dans d'autres cases, en l'occurrence parmi mesures de traitement du non-exercice licite. Elle rappelle également la déchéance, qui est plutôt le résultat de la forclusion. Mais l'on peut penser à des résultats analogues, privation ou retrait d'un droit à l'individu fautif. Elle renvoie encore à la responsabilité, financière et en nature.

Bref, les tiroirs ne manquent pas pour ranger ces mesures coercitives mais deux subdivisions, fondées sur la finalité choisie, semblent à même de les contenir toutes.

Contrairement au droit de la responsabilité pénale, droit de la sanction et de la protection, le droit de la responsabilité civile est un droit de sanction et/ou de réparation. Cette réparation, qu'elle soit financière ou en nature, est destinée à réparer le préjudice, à compenser la souffrance par l'octroi d'une satisfaction équitable (somme d'argent ou exécution de la prestation)⁷¹⁰, en même temps qu'elle force le responsable à faire ou donner. Liée à l'invalidation, il a été vu qu'elle était, si elle n'était pas la panacée, elle était le moyen le plus approprié pour la rendre efficace. Elle faisait de l'espérance utopique d'un retour vers l'action

⁷¹⁰ Le principe est en droit de la responsabilité une réparation en nature, et il est dans l'idéal visé une remise en état, soit un rétablissement de la situation antérieure à la survenance du dommage (rétablir le *statu quo ante*). Concernant le non-exercice, une remise en état n'est pas évocable si l'on envisage la sanction du phénomène. L'obligation de faire qui y renverrait serait d'exercer le droit. Cela revient ni plus ni moins à invalider le non-exercice, ce qui fut présenté comme possible mais vain. La sanction financière reste la seule réparation adéquate.

un espoir fondé : sous la menace, celui qui n'avait pas agi et qui est désormais invité à agir choisira de le faire plutôt que de payer le prix fort à répéter sa carence.

C'est un axe traditionnel quand l'on pense à sanctionner quelqu'un. Pour faire un parallèle avec la responsabilité financière, l'amende forme le tout de la matière pénale contraventionnelle et émaille le droit pénal délictuel ou criminel. La réparation financière est aussi au cœur de la responsabilité délictuelle. Dans cette lignée, elle ne peut pas être ignorée en ce qui concerne le non-exercice des droits. L'attribution d'un caractère fautif à l'inaction peut s'opérer au visa de l'article 1240 du Code civil, qui est justement la pierre angulaire de la réparation des fautes délictuelles. Aussi, la responsabilité contractuelle est désormais soumise à un nouveau paradigme, la réparation en nature, bien qu'elle puisse encore déboucher sur une réparation financière. Envisagée sous l'angle délictuel ou contractuel, la responsabilité pour non-exercice joint la sanction à la réparation.

L'autre axe sera par opposition réservé aux attaques portées non plus sur la personne, mais sur le droit lui-même. C'est le point commun de trois notions déjà abordées, la prescription, la forclusion, la déchéance, puisque, à chaque fois, ces délais enferment l'action dans un entonnoir au bout duquel se trouve la perte du droit d'agir ou de la substance du droit. La déchéance symbolise tantôt cette impossibilité, l'individu est déchu de son droit à cause de l'écoulement du délai de forclusion susmentionné. De la même manière, quand une personne demeure inactive et commet à cette occasion une faute, une privation de ses droits est envisageable. C'est l'issue fatale de l'inaction, le droit inutilisé est perdu. La différence majeure avec la forclusion et la prescription, qui tendent vers une même fin, est l'objectif poursuivi. Est ici recherchée la sanction et non la clarification.

Les deux axes-clés s'articulent autour de deux moyens de sanctionner l'inactif, l'engagement de sa responsabilité (section 1) ou le retrait de son droit (section 2).

- **Section 1 : la responsabilité pour non-exercice d'un droit**

Là où il est question de responsabilité civile, il est question de préjudice, de fait engageant la responsabilité de son auteur et du lien de causalité entre les deux. Le droit commun du droit

civil l'aborde sous deux angles, la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, deux ensembles de régimes juridiques alternatifs qui peuvent être appliqués pour traiter l'inaction. La responsabilité contractuelle, moins encline à éveiller une image ou une intuition à quiconque pense à l'inertie, est une réalité. Sa pertinence sera démontrée (sous-section 1) avant celle de la responsabilité extracontractuelle (sous-section 2) qui n'est applicable qu'à titre résiduel, c'est-à-dire en l'absence d'acte juridique⁷¹¹.

- **Sous-section 1 : la responsabilité contractuelle pour non-exercice d'un droit**

L'évocation de la responsabilité contractuelle appliquée au non-exercice d'un droit réveille l'image de l'antithèse. Si le contractant est majoritairement fautif lorsqu'il agit avec démesure, ou ne remplit pas ses obligations, il peut néanmoins être fautif pour n'avoir pas utilisé une prérogative, ou en engageant brusquement une action après avoir affiché une certaine tolérance.

Le contractant qui recherche la responsabilité contractuelle de son partenaire le fait naturellement après avoir souffert du défaut d'accomplissement d'une obligation. D'ailleurs, le défaut d'accomplissement de l'obligation est généré par l'inaction, de sorte que l'inaction d'un contractant est le vecteur de sa responsabilité⁷¹². Mais il peut donc rechercher cette responsabilité dans un autre cadre, notamment lorsqu'il est victime du non-exercice d'un droit par son partenaire.

⁷¹¹ En présence d'un acte juridique, ce sont les règles de responsabilité qui régissent les contrats qui s'appliquent, conformément à l'article 1100-1 du Code civil : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.*

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». A titre résiduel, la responsabilité découlant des faits juridiques est extracontractuelle, comme le prévoit l'article 1100-2 du même Code : « *Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.*

Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations ».

⁷¹² C'est le sens que l'on prête au début de l'article 1217 du Code civil : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut (...).*

En effet, certaines facultés font naître une forme de devoir qui ne prend pas le nom de l'obligation, en particulier si elles sont établies dans l'intérêt commun des contractants. Il ne s'agit pas d'un cas d'école et l'exemple existe. La solution de la Cour de cassation en droit commercial maritime, à propos du refus du transporteur d'utiliser la *liberty clause* qui lui aurait permis de décharger des marchandises ailleurs que dans le port initial pour éviter leur détérioration. En l'espèce⁷¹³, il ne s'agissait pas à proprement parler d'obligation. La *liberty clause* présentait la spécificité de ne pas servir les intérêts du titulaire de la faculté, mais de celui qui pourrait en subir la mise en œuvre. C'est en responsabilité financière que s'est soldée l'affaire, et pas dans une moindre mesure, avec des dommages-intérêts grimant à presque quatre-vingt milliers d'euros. La crédibilité de la sanction est puisée dans le rapport de cause à effet : en n'utilisant pas la faculté de détourner le lieu de livraison, le transporteur a laissé mûrir et perdre les marchandises, il doit donc rembourser un montant équivalent à celui perdu.

La sanction choisie n'est qu'un exemple. De nombreuses issues sont prévues par le code civil⁷¹⁴ en pareil cas : le contractant lésé peut ne pas ou ne plus exécuter sa propre obligation, poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, obtenir une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat, et enfin demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Il est vrai que l'hypothèse du non-usage de la *liberty clause* restreint considérablement le choix de la réaction pour le contractant lésé, car toutes les sanctions ne sont pas adéquates.

Ne pas exécuter l'obligation en retour, recourir à l'*exceptio non adimpleti contractus*, est impensable. Le client peut refuser de payer le transporteur, encore qu'un paiement avant la livraison est de mise dans ce genre de cas, mais il a de toute manière déjà payé les marchandises. Il ne peut pas prétexter une carence du transporteur pour aller demander au producteur ou au vendeur de lui redonner le prix de vente des biens, à moins que les deux entités soient liées, hypothèse au demeurant peu crédible. *A fortiori*, obtenir la réduction du

⁷¹³ Comm., 13 décembre 2016, n° 14-20.804, précitée supra. p. 137, et la note de P. Stoffel-Munck, « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », *Revue des contrats*, 2018, n° 1, p. 20.

⁷¹⁴ Le champ des réactions ou demandes possibles est délimité par l'article 1217 du Code civil. Dans la jurisprudence ici présentée, le droit applicable était très spécifique. Le code applicable était le Code des transports (art. L. 5422-12, 4°), ainsi que la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance.

prix est impensable aussi. Le vendeur n'acceptera pas de baisser le prix si la perte ne lui est pas imputable, d'autant que la donnée périssable devenue périmée n'a pas de prix réduit, elle n'a plus de prix du tout, la perte est sèche. Cette dernière donnée exclut la résolution du contrat et l'exécution forcée en nature. Renvoyer des données périmées à l'expéditeur serait une curieuse restitution, forcer le débiteur à mettre à disposition ces mêmes denrées n'aurait pas de sens.

Ainsi, cette jurisprudence relative à la faute par non-exercice d'une faculté contractuelle tient sur un fil solide mais d'une couleur unique. La nature de l'objet du contrat, la vente puis le transport de denrées périssables, fonde le caractère fautif du non-exercice de sa faculté par le cocontractant. Elle rend possible une extension à d'autres contrats de transports de matières en tout genre pourvu qu'elles soient sensibles à une trop longue durée de déplacement (nourriture soumis à péremption, acier soumis à oxydation, matériels de santé attendus dans l'urgence), donc à des contrats de livraison (à domicile notamment).

L'exemple jurisprudentiel de la *liberty clause* mettait à l'écart toutes les sanctions ou presque au titre de la responsabilité contractuelle. Seule demeurerait la réparation financière compte tenu de la perte définitive des denrées alimentaires. Mais pour certains des autres produits pris en exemple, le panel de sanction laisse encore un choix au profit de la victime. Une oxydation partielle de l'acier livré tardivement après s'être éternisé en haute-mer ne le rend pas inutilisable, l'arrivée de plats qu'un livreur à domicile a laissé refroidir en restant dans les embouteillages pour ne pas changer son parcours de livraison ne les rend pas impropres à la consommation, et il ne serait pas inconcevable qu'une sophistication des rapports juridiques entraîne dans son sillon de nouvelles modes en termes de revendications des consommateurs et des clients.

Pour l'instant, il faut souligner que le code civil n'envisage pas toutes ces opportunités pour une raison simple, la responsabilité découle de l'inaccomplissement d'une obligation et pas du non-exercice d'une faculté. Cette limite du droit commun ne se retrouve pas dans le droit spécial qui foisonne de non-exercices fautifs qui, sans qu'ils en aient l'air au premier abord, engagent bien la responsabilité contractuelle de leur auteur. Cette responsabilité contractuelle pour non-exercice, qui se résout aussi en dommages et intérêts, est donc prononcée surtout au *visa* de codes spécifiques, comme le code de commerce.

Par exemple, dans un arrêt de 2019⁷¹⁵, à propos d'un associé minoritaire unique qui n'avait pas daigné répondre au majoritaire sortant qui lui avait présenté des candidats en guise de remplaçants potentiels au sein de la société en nom collectif, c'est en responsabilité contractuelle qu'était résolue cette inertie sur le fondement de l'abus du droit d'agrément⁷¹⁶.

Rendue en application de l'article L. 221-13 du Code de commerce⁷¹⁷ qui n'évoque pas textuellement la commission d'un abus de droit en cas d'abstention⁷¹⁸, cette solution a pu être interprétée comme « *l'une des expressions que peut prendre le devoir de réaction du contractant qui s'aiguise dès lors que l'attentisme du détenteur d'un droit qui se refuse à l'exercer risque, non pas de dégrader sa propre situation, mais celle de son cocontractant* »⁷¹⁹.

Ce devoir de réaction, qui a le vent en poupe, symbolise la *liberty clause*, et fournit un argument de taille pour le client mécontent. L'influence du droit spécial pourra être aperçue suivant l'essor de ce nouveau concept. Sans attendre jusque-là, on peut déjà constater la mise en pratique d'un tel devoir de réaction en cas de sollicitations, qu'elles proviennent d'un partenaire contractuel ou d'un tiers intéressé au contrat. En effet, la demande adressée au bénéficiaire d'une faculté est susceptible de faire naître un devoir de prendre position. C'est la philosophie des actions interrogatoires inaugurées avec la réforme du droit des contrats de 2016 déjà mentionnées⁷²⁰. Leur finalité est particulière. Elle vise surtout la nullité d'une

⁷¹⁵ Com., 6 février 2019, n° 17-20.112, H. Barbier, « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer ses droits », *RTD Civ.*, 2019, p. 326 ; J.-F. Hamelin, « Agrément du cessionnaire et abstention fautive de l'associé », *Droit des sociétés*, n° 5, mai 2019, comm. 84 ; A. Tadros, « L'abus du droit d'agrément dans une société en nom collectif », *Dalloz*, 2019, p. 568.

⁷¹⁶ Cela rappelle la formule d'un vieil arrêt : « *l'abus de droit peut résulter aussi bien d'une action que d'une abstention* », Civ. 3^{ème}, 17 janvier 1978, n° 76-12.896. Le droit de préemption a par ailleurs été lié au droit d'agrément, et sa nature sociale, qui explique qu'il puisse faire l'objet d'abus, mise en lumière. Voir R. Laher, « Préemption et agrément : laisser faire, laisser passer », *Revue des sociétés*, 2020, pp. 172-175, spéc. p. 173.

⁷¹⁷ La version en vigueur au moment des faits était la suivante : « *Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

⁷¹⁸ D'autres dispositions du Code de commerce portent un traitement différent et fournissent la clé d'interprétation du silence de l'associé sollicité qui ne se prononce pas. Pour les sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, l'agrément est réputé acquis lorsque, une fois la cession notifiée, les autres associés ne se sont pas prononcés pendant trois mois. Voir l'article L. 223-14 al. 2 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée, et l'article L. 228-24, al. 1^{er} de ce Code pour les sociétés anonymes.

⁷¹⁹ H. Barbier, article précité ; voir également du même auteur « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », *RTD civ.*, 2016, pp. 856-859.

⁷²⁰ Voir *supra*, pp. 151-152.

convention ou la substitution d'une personne à une autre, plutôt que la responsabilité financière.

Cependant, là où la jurisprudence a convenu d'une sanction financière en cas de silence en bloc du minoritaire d'une société en nom collectif, il faut isoler cette solution et la différencier du résultat habituel en cas de silence post-sollicitation dans les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée. Ici, l'abus du droit d'agrément par silence se solde par l'intégration du candidat présenté, solution qui emprunte aux canons des actions interrogatoires du code civil.

La responsabilité contractuelle correspond à une catégorie de réponses au non-exercice d'un droit. Elle peut être en nature ou financière, et se révèle en tout cas subtile. Les dommages et intérêts restent un outil essentiel, ils sont adaptés aux faits générateurs de responsabilité pour non-exercice. C'est la seule solution envisageable dans le cas de la *liberty clause*, et c'est la solution à laquelle est parvenue la Cour de cassation dans le cadre de l'abus d'agrément par silence. Mais la réparation en nature, la baisse du prix, la substitution de la chose, la substitution de contractant, sont autant de pistes exploitables.

Le lien entre responsabilité contractuelle et non-exercice d'un droit ou d'une faculté est donc moins saugrenu qu'il en a l'air. Il est au contraire solide, plus encore que celui qui unit la responsabilité délictuelle et la passivité.

- **Sous-section 2 : la responsabilité délictuelle pour non-exercice d'un droit**

La responsabilité délictuelle, qui a pour point de départ l'article 1240 du Code civil selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », ne vaut qu'à titre résiduel, c'est-à-dire lorsque la responsabilité contractuelle ne s'applique pas. Or, si la responsabilité contractuelle pour non-exercice prend une ampleur inédite, c'est la responsabilité délictuelle, résiduelle, qui en fait les frais.

La formule de l'article est inchangée depuis 1804, elle s'articule autour de la notion de faute qui a en grande partie le sens que lui donne la jurisprudence de la Cour de cassation. Mais c'est là qu'intervient une scission entre l'autorité du standard de la faute, fixé par l'article 1240, et le recours direct à cet article pour sanctionner une faute. En effet, bien des comportements de non-exercants semblent relever de la faute de l'article 1240, sans pour autant être régis par cet article de droit commun.

L'exemple du défaut de conservation des sûretés attachés à un droit le démontre. Lorsque la caution perd le bénéfice de la subrogation par l'insouciance légèreté du créancier, qui oublie entre autres de déclarer la créance⁷²¹, on a bien une forme de faute au sens de l'article 1240 du code civil. C'est néanmoins l'article 2314 du même code qui s'y applique, et qui tend à décharger la caution de son engagement. De manière plus générale, les comportements du contractant sont soumis à une responsabilité contractuelle, de droit commun ou spécial.

La responsabilité délictuelle pour non-exercice d'un droit est quant à elle très restreinte. L'application de l'article 1240 pour sanctionner le non-exercice est plutôt une chimère. Depuis le fameux arrêt Branly du 27 février 1951, il est acquis que l'abstention peut être fautive, en l'espèce l'oubli de mentionner le nom d'un scientifique de renom dans un article retraçant l'évolution du télégraphe sans fil. Mais c'est à nouveau le manquement à une obligation professionnelle, celle pour l'historien de citer les auteurs d'une avancée significative, qui est combattu. Pour dire vrai, peu de cas viennent à l'esprit lorsque la question est formulée ainsi : le non-exercice d'un droit peut-il constituer une faute au *visa* de l'article 1240 du code civil ?

Le seul cas de figure existant pour l'heure est le non-exercice du droit de vote en assemblée générale de l'arrêt Flandin du 9 mars 1993. Autrement dit, une jurisprudence pour une thématique, cela fait peu ! Il faut de plus noter l'inadéquation entre le *visa* et la solution adoptée.

La réponse première était pensée par rapport aux besoins du groupement. Le besoin n'était pas celui d'une réparation financière, mais de procéder à l'opération essentielle en cause. Or, le seul moyen d'y procéder efficacement est de procéder à un nouveau vote avec nomination

⁷²¹ Civ. 1^{ère}, 6 octobre 1971, *Dalloz*, 1973, p. 316, note Ivainier ; Civ. 3^{ème}, 12 novembre 1974, *JCP*, 1975, II, 18182, note Simler.

d'un mandataire ou un vote direct par le juge, voire un abaissement du quorum nécessaire lors du vote, tandis que la sanction la moins efficace serait la responsabilité délictuelle seule.

En effet, la responsabilité délictuelle, à cause de la rédaction de l'article 1240 du code civil, fait peser la réparation du dommage sur l'auteur de la faute, bien que la responsabilité d'autrui soit envisageable aussi au travers des régimes tracés par les articles 1242 et suivants du même code. C'est bien là le problème, l'associé minoritaire fautif n'est pas la personne à qui il faut s'adresser pour que la société survive. Il y a donc une distorsion entre l'article 1240 et la réparation, pour la simple et bonne raison qu'en matière de non-exercice, ce n'est pas le fautif qui peut satisfaire les victimes.

De cette inadéquation découle le constat qu'aucune jurisprudence ne combine la caractérisation d'une faute, fondée sur l'article 1240 du Code civil, et la condamnation à des dommages-intérêts. Un retour à une application littérale de l'article 1240, ou l'invalidation du non-exercice du droit de vote auquel viendrait s'ajouter une sanction financière, seraient à même de substantier le principe d'une condamnation financière au titre de la responsabilité délictuelle pour non-exercice d'un droit.

Toujours est-il que ce pas en avant ne serait pas le prélude à une grande expansion et que la responsabilité délictuelle est, en matière de non-exercice, un coup d'épée dans l'eau.

Cette section a mis en lumière un phénomène plus ou moins prévisible, le non-exercice génère une responsabilité par essence contractuelle. En effet, le contenu du contrat, en particulier celui qu'ajoute les parties par clause, et les nouvelles modes du monde contractuel, entre devoir de réaction et actions interrogatoires, se prêtent à l'éclosion de la faute derrière le non-exercice. S'y ajoute la malléabilité des dispositions classiques du droit des contrats, avec des sanctions variées et adaptées aux circonstances, mieux à même de sanctionner le non-exercice avec efficacité et selon les convenances de la victime.

Pour la responsabilité délictuelle, le non-exercice déçoit davantage car il est traité par des dispositions spécifiques du code civil, celles relatives au droit des sûretés, au droit des sociétés. Or, à situation spécifique, solution spécifique. Les sanctions *ad hoc* prévues à cet égard ne prennent pas la forme d'une condamnation financière. Elles sont modelées à chaque situation, heureusement car la sanction financière peut être une faiblesse et cacher le préjudice sans le réparer.

- **Section 2 : le retrait du droit non-exercé**

Le droit peut être retiré à son titulaire partiellement ou entièrement. Partiellement, il l'est lorsque l'auteur d'une faute conserve le droit mais perd toute liberté dans sa mise en œuvre. Le droit est retiré entièrement lorsque l'individu le perd pour de bon.

Les mesures de référence sont nombreuses, que l'on pense à la paralysie du droit ou à la nomination d'un remplaçant consécutif au transfert de la faculté d'exercer un droit. Avec la paralysie, que l'on trouve dans le droit des sociétés, c'est le groupe qui, à l'occasion d'un nouveau vote, choisira la marche à suivre comme si le titulaire de droits se rangeait derrière lui, tandis qu'avec le remplacement, le transfert est parfait puisqu'une autre personne, mandataire ou autre titulaire de droits, exercera le droit de prime abord inutilisé.

Ce retrait partiel s'observe également à travers divers mécanismes qui, pour autant, ne doivent pas être considérés comme des sanctions du non-exercice des droits. Il sera donc nécessaire d'exclure de nombreuses mesures de ce développement (sous-section 1) pour se concentrer sur le retrait authentique du droit (sous-section 2).

- **Sous-section 1 : le champ d'application limité du retrait d'un droit**

Outre la paralysie et la nomination d'un remplaçant, déjà évoqués et traités, le dessaisissement vient vite à l'esprit sous le prisme du retrait d'un droit. Le terme est évocateur, dessaisir quelqu'un signifiant lui retirer quelque chose. La notion est toutefois loin du thème du non-exercice, qui n'est ni son point de départ, ni celui d'arrivée.

Le dessaisissement est la mesure appliquée dans le cadre de procédures collectives telle que la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, par laquelle le débiteur est dessaisi d'une partie de ses droits. Il s'applique en droit des entreprises et concerne le dirigeant qui, s'il conservera le droit d'effectuer certains actes, de disposition et d'administration par exemple, ne pourra en effectuer certaines autres dont la validation requiert l'aval d'un

administrateur désigné par le tribunal. Dans cette lignée, on peut considérer que, par le retrait de la faculté d'effectuer les actes visés, le non-exercice est une solution envisagée contre le dirigeant défaillant. C'est le cas des actes qui ne relèvent pas de la gestion courante et des décisions de reconduire les contrats en cours.

Pour séparer ce qui relève du non-exercice et ce qui n'en relève pas, il faudrait alors distinguer ce qui relève de la catégorie des droits dessaisis de ce qui relève des droits qui perdurent, mais la doctrine a mis en avant le pointillisme de cette frontière. Une série d'arrêts de 2018 éclaircit cette démarcation et compile des éléments de distinction. Dans un arrêt du 24 janvier 2018⁷²², la chambre commerciale, à propos du droit propre du débiteur d'interjeter appel d'une décision fixant une créance dans la procédure collective, a admis que le débiteur pouvait effectuer seul un tel recours, alors même que l'administrateur était désigné pour l'assister dans tous les actes de gestion, l'arrêt consolidant cette faculté solitaire « *pour tout recours contre une décision du juge-commissaire en matière de vérification et d'admission des créances* »⁷²³. Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, il fut rappelé⁷²⁴ que le débiteur continue d'assurer la gestion de son entreprise, ceci est un droit propre dont il ne peut être dessaisi. L'administrateur judiciaire n'a qu'un rôle de surveillance des opérations de gestion de l'entreprise, ou de certains actes déterminés par le tribunal⁷²⁵. Son rôle n'est pas de remplacer le débiteur, et son opération de surveillance sur ses activités est elle-même restreinte à certains actes. Au rang des droits propres, on peut citer celui d'attaquer les décisions qui lui font grief prises pendant la procédure⁷²⁶. Dans un arrêt rendu le 24 janvier de la même année, relatif au placement en liquidation judiciaire, c'est le droit de critiquer une transaction portant sur des droits patrimoniaux, transaction monopolisée par le liquidateur, qui fut laissé au débiteur dessaisi. Encore un droit propre, puisque le recours en vue de contester les conditions de réalisation de ses biens était en jeu, ce qui amenait le professeur Lucas à souligner « *que la jurisprudence découvre en de multiples occasions pour limiter la portée du dessaisissement affectant le débiteur* »⁷²⁷.

⁷²² Com, 24 janvier 2018, n° 16-21.701.

⁷²³ B. Rolland, « Précisions sur les pouvoirs d'un débiteur en procédure de sauvegarde », *LSJ, Entreprises et affaires*, n° 20, 17 mai 2018, pp. 26-28, spéc. p. 26.

⁷²⁴ Voir la chronique de F-X. Lucas et P. Cagnoli, « Procédures collectives », *Dalloz*, 2018, n° 33, pp. 1837-1838.

⁷²⁵ Voir l'article L. 622-1 du Code de commerce sur l'exigence d'une double signature des chèques par exemple.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ *Ibid.*

Ces exemples démontrent que dessiner une frontière entre les droits propres et les autres est possible. Quand bien même, il faut retracer le régime du dessaisissement jusqu'au bout pour observer que la mesure n'entérine pas la défaillance, et qu'elle ne vise pas à éviter que le dirigeant fautif mette l'entité davantage en difficulté à l'avenir. Le dessaisissement est prolongé par un transfert systématique du droit retiré à une autre personne chargée de le mettre en œuvre dans le sens le plus efficace possible, ce que ne faisait plus le dirigeant initial.

On comprend dès lors le parallèle qui peut être fait par la doctrine entre le dessaisissement et l'incapacité d'exercice ou de protection⁷²⁸. Comme avec les régimes de protection des personnes, le dessaisissement est mis en œuvre à l'occasion de mesures de traitement des difficultés variées, allant de la sauvegarde de justice à la liquidation en passant par le redressement judiciaire.

Une partie des droits reste aux mains du fautif d'une part, l'autre partie étant transférée dans le but d'être mise en œuvre. Le non-exercice n'est pas souhaité, il est combattu par le dessaisissement. L'idée est accréditée par l'avenir des actes passés outre le dessaisissement, en particulier en cas de liquidation judiciaire. Plutôt que la nullité, la jurisprudence a choisi l'inopposabilité de ces actes à la procédure collective engagée contre le débiteur⁷²⁹, voire à l'intégration du nouveau rapport de créance à la procédure collective par la ratification de ces actes par le liquidateur⁷³⁰. Autrement dit, même là où le non-exercice devient le principe, une tolérance est prévue pour éviter aux tiers les conséquences préjudiciables de l'attitude du dirigeant dessaisi.

La perte du droit vient aussi en tête lorsque l'on envisage le retrait du droit, non que les termes soient parfaitement analogues mais ils se ressemblent. La perte du droit correspond néanmoins à sa disparition par l'effet du temps, elle est objective, tandis que le retrait renvoie à une manœuvre par laquelle le droit est extirpé du patrimoine de son ancien titulaire. La sanction s'exprime bien davantage à cet égard.

⁷²⁸ Voir C. Saint Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^{ème} éd., 2016, LGDJ, n° 1237.

⁷²⁹ Com., 23 mai 1995, n° 93-16.930, Bull. civ. IV, n° 150 ; Dalloz, 1995, p. 413, note F. Derrida ; Dr. Sociétés, 1995, n° 165, note Y. Chabut ; Com., 24 janvier 2006, n° 02-15.295 ; Com., 21 novembre 2006, n° 05-18.207.

⁷³⁰ Com., 20 février 2001, n° 97-18.062.

- **Sous-section 2 : l'existence de mesures de retrait d'un droit**

C'est la notion de déchéance qui est le plus souvent utilisée pour faire référence à la suppression du droit à titre de sanction en cas de manque de diligence de l'individu. La notion amasse diverses difficultés de définition⁷³¹ et il est sans doute utile de la circonscrire. Elle n'est pas un fondement ou une notion à part entière mais le résultat de l'application préalable d'une notion, ce qui explique qu'elle ait pu être présentée comme la conséquence de la forclusion ou d'une incombance.

Elle en serait une conséquence unitaire comme si le défaut d'accomplissement d'une incombance ou d'une diligence durant le délai de forclusion conduisait en tout et pour tout à ce que l'auteur soit déchu de son droit. La réalité est cependant plus complexe. Peuvent être opposés l'article 381 du code civil, qui aborde la radiation d'une affaire pour « *[sanctionner] (...) le défaut de diligence des parties* » et « *[emporter] suppression des affaires en cours* », et l'article 386 du même code, qui prévoit que « *l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ».

Le même fait, la négligence procédurale, peut être analysé par le biais de l'incombance ou de la forclusion, et surtout aboutir à un résultat qui n'est pas toujours la déchéance. Avec la radiation de l'article 381, une simple demande suffit pour le rétablissement de l'affaire, tandis qu'avec la péremption de l'instance, la déchéance est irréversible et l'action close pour de bon. La déchéance est donc un résultat possible parmi d'autres.

Il faut aussi distinguer la déchéance au titre de la perte neutre du droit, qui émerge en cas d'incombance et de forclusion, de la déchéance au titre du retrait d'un droit à caractère de sanction⁷³².

⁷³¹ Cette difficulté est rappelée par O. Sautel, *Sur la déchéance en droit privé [contribution à la théorie de la permanence de la cause]*, Dalloz, 1999.

⁷³² Dans un autre ordre d'idées, M. Jault rappelle également une séparation introduite par Rouast entre différents types de déchéance, les unes étant répressives, les autres protectrices (comme la déchéance des droits parentaux) : A. Jault, *La notion de peine privée*, préf. de F. Chabas, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 442, 2005, p. 96.

Lorsqu'elle tend vers cette fin, elle devient une vraie sanction, et c'est même la sanction ultime de la passivité par laquelle le droit prend l'individu au mot et lui retire son droit. Ici, une vraie police des comportements est assurée, ce qui distingue cette version de la déchéance, la rend unique, et l'oppose à toutes les réactions possibles face au non-exercice.

Contrairement au dessaisissement, le retrait est définitif, l'individu perd tout espoir de recouvrer son droit. Contrairement à la substitution, l'individu voit son droit disparaître, éventuellement au profit de quelqu'un d'autre, mais en tout cas celui qui le détient désormais n'aura pas pour tâche d'agir au nom du titulaire substitué. Contrairement à l'invalidation, aucune deuxième chance n'est donnée à l'auteur d'une faute, c'était-là sa dernière chance. Contrairement à la responsabilité, la sanction de l'individu n'a pas vocation à lui insuffler la volonté de mieux faire à l'avenir, il n'est plus question ni de dissuasion ni d'encouragement. Enfin, contrairement à la forclusion, dans une moindre mesure l'incombance, la déchéance ne laisse pas le droit intact en frappant uniquement le droit d'agir, elle vise la substance et punit l'auteur du non-exercice qui n'est plus digne de détenir le droit.

Une telle définition isole la déchéance qu'évoque le retrait du droit mais n'est pas sans rappeler la définition donnée par un célèbre *Vocabulaire juridique* : « *perte d'un droit (...) encourue à titre de sanction* »⁷³³. Cette référence est bienvenue puisque ce même *Vocabulaire juridique* donne des exemples de déchéance-sanction⁷³⁴ : déchéance de l'autorité parentale, déchéance de nationalité, déchéance du terme.

La déchéance de nationalité est *a priori* exclue de notre sujet. Le contenu de l'article 25 du code civil, qui balise cette véritable déchéance, n'est pas modulable par rapport au non-exercice des droits. Il vise plutôt l'excès, et précisément la commission d'une infraction⁷³⁵.

⁷³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, précité, p. 297.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ L'article en question est ainsi rédigé : « *L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride :*

1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ;

2° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal ;

3° S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national ;

4° S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France ».

Mais l'absence de possession d'état pendant cinquante ans, s'il est possible de parler de non-exercice, est une cause de perte de la nationalité selon l'article 23-6 du code civil, ce qui augure une forme de perte de la nationalité par désuétude.

La déchéance du terme s'en rapproche un peu plus. Elle s'applique au terme dont bénéficie le débiteur pour rallonger un délai d'exécution, et dont il peut être privé lorsqu'il diminue les sûretés attachées à une créance⁷³⁶, également, jusqu'à 1986⁷³⁷, s'il se trouvait en état de déconfiture. C'est là une vraie déchéance, une perte totale. L'hypothèse du non-exercice d'un droit n'est pas absente, si le terme n'est pas à proprement parler un droit, le bénéfice de son prolongement en est un.

Le retrait de l'autorité parentale dissipe toutes les ambiguïtés, il se situe en plein cœur du non-exercice des droits. Prévue aux articles 378 et suivants du Code civil, cette déchéance est applicable en cas de non-exercice des droits parentaux, comme le précise l'article 378-1. Il montre en son alinéa 1^{er} que « *peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, (...) par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant* », et poursuit dans son deuxième alinéa : « *peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7* ».

La mesure ne doit pas être confondue avec le retrait de l'exercice de l'autorité parentale de l'article 378-2, qui aboutit à suspendre des droits pendant un délai déterminé. Il s'agit ici d'un retrait définitif, qui consume les droits parentaux en réaction à une négligence des parents que le code érige en faute. Son effet est partiel lorsqu'il se limite « *aux attributs [que le juge] spécifie* »⁷³⁸, et total lorsqu'il « *porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale* »⁷³⁹.

⁷³⁶ L'article 1305-4 du Code civil dispose que « *le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* ».

⁷³⁷ L'ancien article 1188 du Code civil, modifié par une loi n°85-98 du 25 janvier 1985, évoquait avant le 1^{er} janvier 1986 la faillite du débiteur en sus de la diminution volontaire des sûretés.

⁷³⁸ Voir l'article 379-1 du Code civil.

⁷³⁹ Voir l'article 379 du Code civil.

Le rangement des droits parentaux parmi les droits-fonction permet de rebondir et d'envisager un pan entier de cas de non-exercice pouvant conduire au retrait du droit à titre de sanction. Cette place dans cette catégorie est en effet partagée avec d'autres prérogatives. Les plus proches d'un retrait-sanction sont les droits de propriété et assimilés, c'est le cas des baux d'exploitation ou des licences d'exploitation.

Il n'est pas étonnant de voir émerger une multitude d'obligations d'exploiter, de jouir de manière effective des droits d'exploitation sur un bien, au risque de se voir retirer cette possibilité. Pour les fonds ruraux inexploités, les articles 125-1 et suivants du code rural et de la pêche maritimes tendent à une mise en valeur des terres incultes. L'article 1766 du code civil vise l'absence de culture et la sanctionne par la mise à bail forcé ou le retrait des droits du preneur.

La même logique se retrouve avec les fonds de commerce inexploités⁷⁴⁰, mais aussi les marques. La licence forcée est également une solution en matière de brevet, où elle permet à la société de bénéficier d'une innovation, tant et si bien que se dessine un régime de la déchéance en droit de la propriété intellectuelle⁷⁴¹. Une déchéance, est encourue aussi à titre de sanction, tant en matière de licences d'exploitation de débit de boisson⁷⁴².

Ce constat d'une lutte organisée contre le non-usage avait d'ailleurs été tenu de longue date par Ripert lui-même, « *pour les brevets d'invention la déchéance est prononcée contre celui qui n'exploite pas. Les autres droits de propriété intellectuelle et les fonds de commerce ne se soutiennent que par l'exploitation, qui ne sauraient être arrêtée longtemps sans que le droit périclite* »⁷⁴³. Il persiste, à tel point qu'un auteur y a vu une remise en cause de la souveraineté

⁷⁴⁰ Com., 6 mai 2002, n° 00-11.569, *RTD Comm*, 2003, p. 55, obs. B. Saintourens, *JCP E*, 2002, 1509, note L. Leveneur.

⁷⁴¹ Pour les brevets, voir l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle : « *Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet (...) obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause :*

a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet (...) ».

Pour les marques, voir l'article L.714-5 du même code : « *Encourt la déchéance de ses droits le titulaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, pendant une période ininterrompue de cinq ans (...)* ».

⁷⁴² L'article L. 3333-1 du Code de la santé publique fixe que « *un débit de boissons de 3e et de 4e catégorie qui a cessé d'exister depuis plus de cinq ans est considéré comme supprimé et ne peut plus être transmis* ».

⁷⁴³ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1955, p. 231.

du propriétaire sur son bien et du caractère perpétuel de la propriété : « *d'une manière quelque peu surprenante, certains propriétaires ne bénéficient désormais, en raison de l'obligation d'exploiter, que d'un simple droit d'usage temporaire, soumis à une destination déterminée, toute non-exécution de cette obligation étant même susceptible de s'opposer au maintien de leur titre de propriété* »⁷⁴⁴.

Si le but sous-jacent est louable, on doit néanmoins être circonspect quant à l'interprétation de ces déchéances. La vision de l'intérêt général peut être fluctuante, sujette à une certaine subjectivité, et une critique peut par conséquent être adressée à l'encontre de cette multiplication des causes de retrait du droit. L'expropriation pour cause d'utilité simplement privée n'est pas loin, comme dans la mitoyenneté des murs, à ceci près que le droit n'est pas partagé ici, mais supprimé. En effet, la déchéance en matière de marques interroge, pour ne prendre qu'un exemple, car elle vise principalement à éviter le dépôt de marques de barrage⁷⁴⁵. La sacrosainte innovation, qu'il ne faut pas empêcher, est un argument aléatoire, et de mal en pis l'on se retrouve très loin du retrait des droits parentaux pour protéger un mineur vulnérable.

On remarque donc que le retrait d'un droit, sanction privative par excellence, est possible. Vue son étendue finale, elle dépasse le cas d'école. Malgré son intensité, elle demeure souvent légitime. L'intérêt supérieur de l'enfant commande une précaution de tous les instants de leurs parents, et l'intérêt social, économique voire sanitaire derrière la propriété intellectuelle, moins derrière les débits de boisson, penche en faveur de l'octroi d'une licence obligatoire consécutive au retrait des droits d'un titulaire.

Cette philosophie ne se retrouvait pas avec les mesures de substitution déjà évoquées, car ici le droit n'appartient plus du tout à son ex-titulaire.

Conclusion du chapitre 2

Ce chapitre portant sur la coercition a fait apparaître une série de mesures qui peuvent être scindées selon leur cible, la personne ou le droit.

⁷⁴⁴ C. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ*, 2014, p. 803.

⁷⁴⁵ Voir C. Carreau, « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 23. Voir aussi, A. Chavanne, J. Azéma, obs. sous CA Paris, 11 février 1975, *RTD Comm.*, 1976, pp. 506 et s.

Avec la responsabilité, c'est le non-exerçant qui est visé en personne. Les deux types de responsabilité, contractuelle et délictuelle, ont été abordées mais elles n'ont pas fourni un résultat analogue. En effet, la responsabilité contractuelle peut apparaître moins intuitive par rapport au sujet, car l'on se demande bien dans quelles situations le non-exercice d'une faculté contractuelle peut générer la responsabilité. L'hypothèse s'est avérée courante, et avec elle ont été révélées la pertinence de toutes les sanctions généralement d'usage en cas de responsabilité. La responsabilité délictuelle, qui paraît quant à elle inévitable de par son lien avec l'abus de droit, donc l'abus par inaction, est beaucoup plus isolée. Cela démontre que le non-exercice fautif risque de se retrouver davantage en matière contractuelle que délictuelle, mais que les sanctions appropriées existent et qu'un choix parmi elles est possible en fonction des circonstances dans lesquelles est née la faute d'inaction.

Le retrait du droit non-exercé, loi du talion dans ce sujet, s'attaque au droit et sanctionne, à titre indirect, le titulaire non-exerçant. Il doit être distingué des différentes mesures de substitution bien que les modèles aient des similitudes. En effet, le retrait est le prélude à un transfert du droit à autrui dans de nombreux cas, même s'il y a le contre-exemple de la perte de la nationalité. Mais sa spécificité est que le titulaire initial n'a plus de droit, tandis qu'avec la substitution, c'est simplement la mise en œuvre qui est transférée. Le retrait ne coïncide pas, non plus, avec la perte. Le choix des termes était limité et il a fallu se résoudre à donner un sens circonstancié à ces deux-là. Pour la perte, il fut choisi de lui adosser une certaine neutralité, dans ce sens que la perte n'est pas une sanction mais un constat. Le retrait est, lui, consécutif à une faute. Il assure donc une police des comportements que la perte ne poursuit pas.

Conclusion du titre 2

Le traitement des cas de non-exercice illicites a été présenté comme étant susceptible de reposer sur deux logiques, évasive et coercitive.

La logique évasive n'est pas fondée sur la sanction du comportement du titulaire de droits négligent ou malveillant. Elle vise à contourner la passivité d'un individu parce que ses conséquences sont indésirables, et parce que l'attention est, par priorité, focalisée sur la préservation des intérêts d'autrui. Le contournement de l'inaction a pu s'exprimer selon deux modalités, l'invalidation du non-exercice et le remplacement dans l'exercice.

Avec l'invalidation, une once de confiance semble régner encore vis-à-vis de l'auteur de la faute d'inaction. Son inertie est annulée et la situation à l'occasion de laquelle elle s'est produite renaît. Une seconde chance lui est alors donnée de mettre en œuvre le droit à exercer à bon escient. La vision fut moins angélique, et ce n'est pas tant la confiance qui guide le choix d'une telle mesure que la nature du droit inactivé. On ne saurait en effet exercer un droit propre à la place d'autrui. Alors, quitte à donner cette seconde chance, il a semblé hautement probable que l'auteur d'un non-exercice malveillant ne revienne pas à meilleure attitude. D'autres sanctions plus dures doivent compléter l'invalidation pour la rendre efficace, persuasive, comme la responsabilité financière.

Pour que l'exercice soit garanti, la nomination d'un remplaçant par le juge s'est imposée comme une option plus intelligente encore. Sous couvert de ne pas interférer dans la vie d'un groupe d'individus, comme un groupement social, et pour respecter cette logique de droit propre, le juge peut orienter considérablement le choix d'un spécialiste du droit (administrateur puis mandataire) dont il est presque certain qu'il fera bon usage du droit de son titulaire, que ce dernier conserve par ailleurs. C'est en effet une solution sporadique, et le droit est conservé.

L'efficacité plus sûre de ce remplacement justifie que l'initiative d'une substitution soit parfois laissée directement aux individus. Ainsi était illustré le cas des actions pour autrui, qu'il s'agisse de l'action *ut singuli* par laquelle un membre ou le codirigeant-coassocié d'une société pallie l'inertie du dirigeant pour défendre l'intérêt commun de la structure sociale, ou de l'action oblique au travers de laquelle le créancier renfloue le patrimoine de son débiteur en recouvrant ses créances détenues vis-à-vis de débiteurs de second rang, cela au bénéfice de tous les créanciers du même débiteur initial.

L'esprit de sanction était présent mais ténu, en tout cas moins visible qu'avec la logique coercitive. Cette dernière renvoie à autant de mesures sanctionnatrices de l'auteur d'une inaction fautive, et dont les exemples prennent dans l'ensemble deux formes : la responsabilité et le retrait du droit.

La responsabilité financière consiste en l'octroi d'une réparation du préjudice causé par l'inaction à ses victimes par leur auteur. En droit privé, elle s'exprime dans le cadre contractuel et, à titre résiduel, dans un cadre délictuel. L'article 1240 du Code civil qui pose le principe

d'une réparation des fautes commises prenait a priori une place de choix dans l'illustration de cette réparation. Mais les jurisprudences qui l'utilisent par ailleurs ont davantage fourni un support d'interprétation des fautes préalable à l'application d'un régime de responsabilité spécial, que le support d'une condamnation en tant que tel. En termes de non-exercice d'un droit, l'article 1240 fournit la définition de la faute, mais un autre article du code civil ou du droit spécial (code de commerce) s'applique. A *contrario*, la responsabilité contractuelle régit le non-exercice des droits plus que ce que l'on peut penser à première vue. Modulée à la faveur de l'inexécution d'une obligation, de l'excès, de l'exercice abusif, elle est pertinente pour l'abstention fautive cependant que l'inaction favorise l'émergence de nouveaux devoirs de réaction, de nouvelles incombances. En cela, le non-exercice des droits revigore le vivier d'obligations du contractant.

Le retrait du droit s'avère enfin la sanction qui mime le non-exercice, à inaction du titulaire de droit, disparition du droit. Synonyme de la perte d'un droit et de ses attributs, elle fut illustrée par la possibilité de retirer l'autorité parentale à des parents négligents. Mais elle a pu être défrichée dans d'autres pans du droit privé, avec la déchéance du terme en droit des faillites, ou encore le transfert forcé des licences d'exploitation. Un vrai régime de la déchéance pour préserver l'intérêt d'autrui ou général est finalement apparu. Le retrait a donc une portée générale, peut-être trop, ce qui lui donne force et faiblesse.

Conclusion de la partie 2

Le non-exercice est illicite, par opposition au phénomène licite, lorsqu'il est constitutif d'une faute de son auteur.

La faute est dans ce cadre l'élément qui justifie la sanction de l'auteur, mais il est évidemment indispensable de séparer les types de faute commises en fonction du comportement tenu, pour ensuite adapter au mieux la sanction prononcée.

La première attitude combattue est le manquement. Le terme englobe tous les cas dans lesquels l'individu a porté atteinte aux intérêts d'autrui. La présence ou l'absence d'une volonté de nuire ne présente pas d'importance. La contrariété de la posture adoptée par rapport à la nécessité d'utiliser un droit justifie la sanction de l'individu. Il n'est pas besoin de rechercher sa volonté, ce qui ne ferait qu'alourdir l'examen du comportement et rendre le verdict un peu divinatoire.

La deuxième est l'intention de nuire et elle requiert, logiquement, une analyse des traits d'esprit de la personne. C'est la théorie. En pratique, la caractérisation de la malveillance est assez floue, jamais certaine, et elle tient plus de l'opération d'extériorisation que d'une coloration scientifique. Des outils sont à disposition pour la trouver, comme l'utilité qu'aurait représentée l'action et la connaissance par l'auteur d'une inaction des conséquences négatives de celle-ci pour des partenaires. L'opération est ésotérique et fastidieuse, mais elle est nécessaire. En effet, pour certains droits, qualifiables de discrétionnaires, ou dans certains contextes, l'inaction n'est pas, par elle-même, incompatible avec le droit. Dans cette veine, le manquement n'est plus un facteur pertinent, et c'est pour éviter de laisser perdurer la léthargie qu'un détour par la volonté de nuire, aussi critiquable soit-il, doit être emprunté.

Le constat de l'illicéité, en fonction de ces deux paramètres, est le préalable à l'application d'une sanction dont il justifie la mise en œuvre.

Puisque les comportements sanctionnés diffèrent, les sentiments réveillés sont de nature différente. On peut ressentir le besoin urgent de résoudre la situation, de protéger les victimes présentes ou à venir de l'inaction, ou s'enticher de faire payer au prix fort l'auteur de l'inaction, au sens strict avec la responsabilité, ou au sens figuré avec le retrait du droit.

Ce sont là, en effet, deux voies classiques de la sanction en cas de faute. La responsabilité, très connue par les civilistes, peut être de nature contractuelle ou délictuelle, en tout cas les dispositions en soutien ne manquent pas, de même que les sanctions concrètes qui vont avec. Mais la déchéance, habituellement présentée en procédure civile comme la conséquence de l'application de l'arrivée à terme de certains délais, forclusion ou prescription entre autres, peut prendre une forme singulière avec le retrait du droit. Le retrait n'est pas neutre car l'individu se voit dépouiller de la prérogative inutilisée définitivement. Le droit disparaît.

Avec d'autres mesures, comme la substitution, le droit subit une éclipse partielle. Parce qu'il n'était pas correctement utilisé, son usage est transféré à autrui mais la substance reste dans le patrimoine de l'inactif. Cette substitution, qui est une sanction autonome, peut en outre venir en soutien d'une invalidation du non-exercice. Cette mesure consiste à pardonner le non-exerçant pour lui laisser une deuxième chance. La renforcer, l'assortir d'autres mesures, semble utile. Oublier le non-exercice et transférer l'usage du droit à un mandataire ou faire peser la chape de plomb financière sur le non-exerçant paraît moins naïf.

Le non-exercice illicite des droits subjectifs, après étude, déçoit quelque peu, et c'est fort heureux. En effet, une question à dix sous que l'esprit cartésien formalisera à la lecture du sujet est qu'il porte, peu ou prou, sur la prescription, et c'est bien tout. Se lancer dans des approfondissements pouvait faire croire que le non-exercice est avant tout une attitude fautive, uniquement traitée par cette notion de prescription ou quelques autres. L'ampleur du sujet en était réduite. Visualiser après coup la diversité de sanctions et leur manque d'unité, c'est aussi traduire l'absence de réponse unitaire à un phénomène qui ne l'est pas moins. Le non-exercice se cache dans une multitude de cas, de circonstances différentes, cache des attitudes simplistes ou plus complexes qu'elles en ont l'air. Aucune solution n'est donc parfaite.

Une certaine pureté se dégageait, par opposition, du non-exercice licite. Les inactifs pouvaient se sentir rassurés à certains égards, et le panel de mécanismes pensés ou envisageables pour les assister suscite une satisfaction, celle de pouvoir répondre que le non-exercice des droits, ce n'est pas uniquement la prescription, ce n'est pas uniquement la faute, c'est aussi une question de légitimité, de pardon, d'aide ou d'entraide, et de perfectionnement du système juridique. Alexandre le bienheureux a alors de beaux jours devant lui.

Conclusion générale

Le non-exercice des droits suscite, à tort, trop peu de réflexions juridiques. Dès le début de cette thèse, la recherche de travaux spécifiquement dédiés au phénomène est devenue fastidieuse. Un article unique soulève le débat en ces termes, une thèse l'aborde sous l'angle de l'abstention, et certains auteurs ont entamé des développements sur le terrain de l'abus. C'est trop peu quand l'on connaît les développements relatifs à l'exercice des droits, leur effectivité, le non-exercice en étant la face opposée.

Cette faiblesse est un défaut qui révèle les symptômes inhérents au non-exercice. Le phénomène a souvent été tourné en dérision, il semble de prime abord illégitime. Son inverse, l'exercice, attire logiquement les convoitises à son détriment.

Pour autant, la carence dont souffre la littérature juridique à cet égard fut une invitation à explorer le non-exercice, à déceler ce que le droit, au sens objectif, si tant est qu'il ait une âme, pense du phénomène. De manière moins anthropomorphique, c'est bien entendu la considération concrète du phénomène qui devait être cernée. Il fallait vérifier si l'inaction est toujours ce mal que l'on pense.

Ce fut possible à travers la lecture de différentes normes, dont la rédaction attribue parfois une valeur au non-exercice. Ici, le travail du chercheur est simplifié, il se limite à reprendre une formulation et l'expliquer. La tâche se complique néanmoins lorsqu'une norme utilise le biais d'une notion, d'un concept, et ne donne pas directement la valeur du non-exercice. Le travail du chercheur est bien plus nécessaire dans ce cadre. Or, la compréhension du non-exercice n'est presque jamais facilitée de la sorte. Il faut toujours en passer par un décryptage du texte, de la notion qu'elle évoque, pour attribuer un sens à l'inaction. Une recherche approfondie était dès lors indispensable.

Les notions en cause sont nombreuses. Cela n'a rien d'étonnant : la thématique est transversale, les concepts impliqués sont pluriels et ne présentent pas forcément de rapports entre eux.

Jongler entre l'analyse de la nature des droits, des fondements réels de concepts en lien avec le temps (prescription, forclusion), l'apparition de notions sur lesquelles aucun mot n'avait été mis jusqu'à des travaux récents (incombance), l'interprétation du silence, la force conférée à

la volonté, les effets concrets du non-usage, mais encore des standards mentionnés par la loi (abus, manquement), est une acrobatie.

Pour parvenir à franchir cette ligne sinueuse, il fut possible d'emprunter les chemins tracés par l'interprétation du juge, qui demeure celui qui assigne, *in fine*, une valeur au non-exercice.

Cette traversée a mis au jour deux grandes voies d'interprétation du phénomène, qui est soit licite, soit illicite. De nombreuses autres manières de l'envisager existaient sans doute. Le cas échéant, de futurs travaux les utiliseront en tant que supports d'un plan. En attendant, la distinction entre le versant licite et le versant illicite du phénomène a le mérite de la simplicité et de répondre clairement à la question que n'importe quel non-exerçant se pose s'il a conscience de sa condition : je n'utilise pas un droit, suis-je en faute ? La réponse est négative si le non-exercice est licite, et positive s'il est illicite.

Une série justifications expliquent la licéité du non-usage, et le rendent tantôt légitime, tantôt pardonnable.

Contre toute attente, le non-exercice peut en effet être légitime. Certains auteurs, prenant l'exemple de Robinson seul sur son île, n'ont jamais hésité à marteler que les droits subjectifs sont dévolus pour régir des rapports juridiques sociaux, et que l'activité des uns a toujours une influence sur les autres. Vu ainsi, l'inactivité ne peut que leur nuire, d'où la négation de la légitimité du non-exercice. C'était toutefois oublier la réalité de certains droits, voués à servir la personne dans son intimité et sa dignité. Le parallèle avec la catégorie des droits de la personnalité était inéluctable, aussi avec les libertés, et il fut démontré que leur inutilisation n'est aucunement un problème. Par leur nature, ces droits et libertés octroient à leurs titulaire une option entre l'usage et le non-usage. Le choix pour l'un ou l'autre est systématiquement justifié par la nature du droit, il est parfaitement normal.

Dans cette perspective, encore faut-il caractériser ce choix. Or, autant il est simple de donner un sens à un choix exprimé, la renonciation relayée par la signature d'un acte est inscrite dans le marbre, autant il est difficile de déchiffrer ce que veut l'individu silencieux. Pour rendre l'objectivation de son silence moins périlleuse, ce sont des signaux concrets (défaut de réponse à des sollicitations) voire la loi, qui permettent de déduire que l'individu inactif ne compte pas utiliser son droit, qu'il y renonce.

En ce sens, la légitimité peut être extirpée y compris dans des contextes flous.

Il peut encore être licite si le non-exerçant, tout en donnant l'impression de commettre une faute, mérite en réalité le pardon. Encore une fois, ce pardon n'est pas subjectif et il n'est pas accordé de bonne volonté, ses fondements sont juridiques. De même que l'auteur d'une faute peut être exonéré s'il établit que ce n'est pas son fait qui est à l'origine du dommage, le non-exerçant peut démontrer que l'inaction qu'il cause ne lui est pas imputable. Elle peut être due au fait d'autrui, à un cas de force majeure, à une carence en données (information) ou moyens (financiers). En bref, des causes très simples peuvent expliquer le non-usage d'une faculté et mettre un terme aux préjugés.

Une fois ces deux valeurs justifiées, l'apparition d'une dualité de traitement du phénomène était naturelle.

La licéité du non-exercice légitime est certaine. Il est impensable de le sanctionner. Il est indifférent d'un point de vue juridique et, si l'on cherche à l'encadrer, c'est par la voie de la protection.

La licéité du non-exercice pardonné est tout aussi vraie, mais il semble logique de ne pas le laisser prospérer. Il est en effet nuisible pour le titulaire de droits, et pour autrui. Mais comme il demeure licite, la sanction est à nouveau écartée. Sa réduction s'opère avec plus de douceur par l'adoption et l'application de mesures incitatives. Leur finalité, aider quelqu'un à retourner vers l'exercice de ses droits, rend logique leur dispersion. Tous les moyens sont bons pour diminuer l'inaction. Certains moyens sont connus de longue date, comme l'aide d'un avocat, l'aide financière, tandis que des mécanismes ont été peu à peu bâtis dans cette perspective, les actions en substitution notamment. D'un point de vue contemporain, ce panel de mesures incitatives constitue sans nul doute le cœur de la thèse. Il s'élargit au gré des progrès techniques, de l'informatisation. Son actualisation est permanente, ce qui aide d'autre part à comprendre l'absence d'étude sur la thématique du non-exercice pendant tant d'années. La question de l'incitation ne se posait pas à une certaine époque, elle est récente.

L'idée d'un non-exercice illicite est plus traditionnelle. En faire une dichotomie fut néanmoins intéressant. En effet, celui qui n'agit pas est *a priori* en position favorable pour omettre de faire ce qui était attendu de lui, il commet ce faisant un manquement. Mais il fallait identifier à quoi l'individu pouvait bien manquer, et surtout trouver un second axe pour justifier l'illicéité du non-exercice, et répondre aux canons d'une présentation bipartite.

Là aussi, la crainte d'une artificialisation du développement a été dissipée par le recours à la nature des droits, la coloration de la volonté cachée derrière le silence, les effets de l'inaction, avec en soutien la formulation légale et les formulations prétoriennes.

Comme pressenti, le manquement est la notion-clé du non-exercice fautif, et que l'on peut manquer à bien des exigences. Certains droits sont en effet érigés dans une double-direction, et requièrent de leurs titulaires une veille permanente quant à l'intérêt d'individus bénéficiaires de ces droits. Après les droits de la personnalité, qui régissent une part d'intime, sont alors apparus les droits-fonction, qui tournent ceux à qui ils sont dévolus vers autrui de manière systématique et constante. Ne pas les utiliser revient à nier cette orientation du droit. Également, la personne qui laisse un droit inutilisé peut, sans arrière-pensée, nuire à autrui. Cette nuisance n'a pas lieu d'être et le non-exercice risque vite de devenir illicite, sitôt que ne sont pas remplies diverses obligations, comme la bonne foi, l'intérêt d'un groupe, ou qu'une incombance n'est pas remplie, dès lors qu'elle aménage une dernière chance au profit d'un partenaire mauvais payeur par exemple. La protection de l'individu bénéficiaire d'un droit-fonction, l'encadrement progressif des relations contractuelles par ces valeurs, fondent l'illicéité du non-exercice bien qu'il ne soit pas le support d'une intention malveillante.

Mais la volonté de nuire du non-exerçant, lorsqu'elle peut être caractérisée, peut rendre l'inaction indéniablement illicite. Le constat n'étonne pas et la notion utilisée comme biais d'interprétation de ce silence malveillant n'a rien d'original. L'abus, qui de même qu'elle permet d'engager la responsabilité de quiconque souhaite et réalise le mal d'autrui, émaille sans surprise une lignée jurisprudentielle dans laquelle tel non-exercice, dans telle matière (droit des sociétés, reconnaissance d'enfants), constitue un abus de droit pouvant donner lieu à la sanction de son auteur.

La distinction entre l'illicéité pour manquement et l'illicéité pour abus a alors de multiples vertus. Elle offre la base pour la dichotomie exigée, elle reflète la réalité de la jurisprudence et, partant, du droit positif, et elle ouvre la voie tantôt à l'analyse objective de ce à quoi manque l'individu, tantôt à l'analyse subjective de ce qu'a voulu l'individu en restant reclus.

Si le manquement et l'abus prennent leurs distances par leur nature et la gravité du comportement sous-jacent, leur traitement n'est toutefois pas différenciée et il fut impossible de séparer le traitement de l'un ou de l'autre. Cela peut se comprendre dès lors que la

nécessité de sanctionner une mauvaise attitude sera en permanence conjugué au besoin de protéger la victime de l'inaction. En ce sens, tous les moyens sont bons pour endiguer le non-exercice illicite et éviter ses conséquences préjudiciables, qu'il s'agisse d'invalidation, de remplacement, d'engagement de responsabilité, de retrait d'un droit.

Ces lignes étant désormais tracées, une rétrospective rapide permet de répondre à la sempiternelle question qu'a soulevé ce si long travail auprès de son rédacteur, quel but poursuivait-il ?

Après coup, l'objectif n'était pas l'exhaustivité. Prétendre traiter le sujet de fond en comble et écrire des vérités absolues serait manquer d'honnêteté. Le sujet est trop vaste.

Au lieu d'affirmer des réponses bornées, le souhait qu'exprime cette thèse est celui de poser les bonnes questions, de chercher si la thématique présente une unité et, sinon, d'expliquer pourquoi elle n'en présente pas.

Selon un aspect technique, l'organisation du plan de ce travail reste donc l'intérêt majeur d'une étude approfondie du non-exercice. La transversalité de ce sujet comporte une difficulté de synthèse que l'on espère avoir contournée. L'apport souhaité, à savoir trouver et justifier une adéquation entre la valeur du non-exercice et sa résolution, a fait apparaître de nombreuses façons de traiter le phénomène, avec autant de nuances. Rien n'est en effet ou tout blanc ou tout noir, et l'axiome vaut avec ce sujet. La réception du non-exercice dépend de multiples facteurs, et son traitement ne se résume pas à l'approbation ou la sanction. Il s'agit aussi de dissipation des ambiguïtés, d'incitations.

Selon un aspect théorique, l'aboutissement de ce travail ne comporte pas de parties exclusivement réservées à des propositions doctrinales, dont le but serait d'améliorer le sort du non-exercice. C'est encore un souhait d'honnêteté qui est ici poursuivi. La mise en lumière des nuances de ce sujet a pu soulever un défaut d'unité, notamment dans son traitement. Y est inhérente une impossibilité d'encadrer avec unité le phénomène, de sorte qu'une proposition d'encadrement unitaire serait tout de suite erronée. Le non-exercice n'est pas tel qu'on le pense être, et il ne peut être tel qu'on voudrait qu'il soit. Il est tel qu'il est, avec ses défauts et sa complexité, comme peut l'être le non-exerçant. Une chose est certaine, si le droit ne fait pas l'éloge de l'oisiveté, comme aurait pu le souhaiter tant de penseurs, de Sénèque à

Russell en passant par Stevenson, il est loin de faire l'apologie de l'hyperactivité. Tout dépend du contexte et, en tout lieu, un juste équilibre est-il plus souvent souhaitable.

Index

A

abus, 11, 22, 25, 29, 92, 93, 96, 112, 161, 212, 213, 220, 221, 223, 228, 230, 232, 238, 241, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 273, 274, 275, 276, 284, 298, 299, 309, 310, 317, 318, 320, 329, 330, 332, 334, 335, 337

action de groupe, 196, 197, 198, 199

action directe, 289

action oblique, 281, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 311, 333, 334, 335

action *ut singuli*, 281, 291, 311

aide juridictionnelle, 41, 114, 115, 183, 184, 185, 186, 187, 191, 193, 204, 330

assistance d'un avocat, 113, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 176, 186, 191, 203

B

bonne foi, 100, 126, 130, 146, 160, 161, 211, 213, 215, 217, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 240, 243, 249, 320

brevet, 119, 121, 123, 230, 243, 308

C

class action, 196, 199

D

déchéance, 67, 112, 118, 123, 158, 159, 224, 238, 293, 294, 305, 306, 307, 308, 309, 312, 315, 330

délai de réflexion, 19, 85

délai de rétractation, 68

désuétude, 12, 307

détournement de pouvoir, 221, 245, 256, 266

devoir de réaction, 161, 233, 238, 243, 298, 301, 332

droit de la personnalité, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 97

droit de se taire, 168, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 332, 333, 334, 336

droits-fonction, 25, 211, 217, 218, 219, 225, 226, 228, 229, 232, 233, 242, 243, 251, 256, 257, 260, 265, 308, 320

F

fait d'un tiers, 120, 121

force majeure, 63, 70, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 137, 139, 140, 231, 234, 236, 237, 319, 334

forclusion, 35, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 72, 73, 75, 95, 99, 106, 117, 135, 136, 144, 145, 148, 150, 152, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 205, 293, 294, 305, 306, 315, 317, 337

I

ignorance, 13, 63, 70, 91, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 109, 117, 119, 120, 135, 136, 138, 139, 141, 166, 275, 338

incapacité, 18, 27, 304

incombance, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 163, 164, 205, 305, 306, 317, 320, 329, 336

L

liberté négative, 41, 42, 46, 47

liberty clause, 236, 237, 255, 296, 297, 298, 299

licence, 46, 121, 122, 123, 229, 230, 231, 308, 309, 330

M

manquement, 9, 29, 55, 60, 61, 64, 109, 155, 178, 199, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 223, 225, 228, 229, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 251, 255, 257, 261, 262, 265, 266, 267, 268, 274, 287, 300, 314, 318, 319, 320

N

non-recours, 6, 103, 107, 132, 133, 180, 182, 331, 333, 337

nudge, 201, 202, 203

O

obligation d'information, 102, 104, 105, 109, 139, 168, 169, 170, 177, 178, 179, 182

oisiveté, 18, 321

P

prescription, 14, 26, 35, 36, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 77, 95, 99, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 116, 117, 118, 119, 131, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 178, 179, 205, 293, 294, 315, 317, 329, 332, 334, 337

prestation sociale, 202, 205

R

renonciation, 11, 20, 23, 24, 34, 35, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 72, 73, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 163, 224, 239, 242, 245, 283, 318, 328, 329, 330, 331, 333, 336

responsabilité civile, 70, 71, 110, 179, 252, 274, 289, 293, 294, 330, 332

S

silence, 30, 31, 32, 34, 50, 54, 67, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 89, 92, 95, 97, 160, 161, 163, 173, 175, 177, 212, 213, 216, 228, 244, 255, 256, 258, 259, 261, 275, 279, 298, 299, 317, 318, 320, 327, 329, 333, 334

T

third party funding, 192, 193, 194, 195, 204, 331

V

volonté de nuire, 9, 212, 213, 220, 228, 243, 244, 245, 253, 254, 255, 262, 266, 267, 287, 314, 320

Références bibliographiques

Ouvrages et manuels

Ouvrages généraux

- Abel O., *Le pardon. Briser la dette et l'oubli*, Les éditions Autrement, 1991
- Albiges C., *Introduction au droit*, Bruylant, 9^{ème} édition, 2023
- Amrani-Mekki S., Strickler Y., *Procédure civile*, Puf, 2014
- Azéma J. et Galloux J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2017
- Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012
- Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^{ème} édition, 2017
- Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2023
- Carbonnier J., *Droit civil. Introduction*, Puf, Thémis, 20^{ème} édition, 1991
- Carbonnier J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^{ème} édition, 1998
- Carbonnier J., *Sociologie juridique*, Puf, 2004
- Carbonnier J., *Droit civil*, vol. 1, Puf, Quadrige manuels, 2004
- Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2008, p. 272.
- Chénéde F., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2018
- Dabin J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- Demogue R., *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911
- Druffin-Bricca S., Henry L., *Introduction générale au droit*, 2023, Lextenso
- Guinchard S., Chainais C., Ferrand F., *Procédure civile*, Dalloz, 32^{ème} édition, 2014
- Guinchard S., Ferrand F., Chainais C., *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 5^{ème} édition, 2017
- Guinchard S., Ferrand F., Chainais C., *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 7^{ème} édition, 2021
- Greer S., *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 17, 2000
- Josserand L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1939

Lombois C., *Introduction au droit civil, Droit des personnes et des biens*, DEUG 1ère année, Litec, 1997

Martial-Braz N., Terryn F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS, bibliothèque de l'IRJS - A. Tunc, t. 54, 2014

Mémeteau G., *Droit des biens*, Bruylant, 11^{ème} édition, 2018

Mémeteau G., *Droit des biens*, Bruylant, 13^{ème} édition, 2021

Morvan P., *Criminologie*, LexisNexis, 4^{ème} édition, 2022

Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1949

Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1955

Saint Alary-Houin C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2016

Saint Alary-Houin C., Houin-Bressand C., Monsérié-Bon M.-H., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 13^{ème} édition, 2022

Sudre F. (dir.), *Les grands arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Puf, 9^{ème} édition, 2019

Sudre F. (dir.), *Les grands arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Puf, 10^{ème} édition, 2022

Supiot A., *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005

Terré F., Simler P., Lequette Y., Chénéde F., *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} édition, 2018

Terré F., Simler P., Lequette Y., Chénéde F., *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} édition, 2022

Thaler R. H., Sunstein C. R., *Nudge, La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Vuibert, 2010

Walline M., *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2007

Wéry P., *Droit des obligations*, Vol. 1, théorie générale du contrat, 3^{ème} édition, 2021

Traités

Demogue R., *Traité des obligations en général, II, Effets des obligations*, t. VI, Paris, Rousseau, 1931

Ghestin J. (dir.), Goubeaux G., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 3^{ème} édition, 1990

Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 3^{ème} éd., n° 947, 1931

Ripert G., Boulanger J., *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, 1956-1957

Saint-Pau J.-C., *Droits de la personnalité*, Traités, LexisNexis, 2013

Mélanges

Mélanges en l'honneur de D. Bastian, Editions techniques, 1974

Mélanges dédiés à L. Boyer, Puf, t. II, 1996

Mélanges offerts à A. Colomer, 1993, Litec

Mélanges en l'honneur de J. Dabin, Tome II, Sirey, 1963

Mélanges en l'honneur de A. Françon, Dalloz, 1995

Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, Dalloz, 2010

Mélanges offerts à P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981

Mélanges en l'honneur d'A. Honorat, éditions Frison-Roche, 2002

Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, PUF, 1999

Mélanges en l'honneur de P. le Tourneau, Dalloz, 2008

Mélanges dédiés à J. Vincent, Dalloz, 1981

Dictionnaires

Alland D., Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 1^{ère} édition, 2003

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Puf, 9^{ème} édition, 2012

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Puf 14^{ème} édition, 2022

Mazeaud D. (dir.), Boffa R., Blanc N., *Dictionnaire du contrat*, Les dictionnaires, LGDJ Lextenso éditions, 2018

Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 1^{ère} édition, 2013

Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 3^{ème} édition, 2022

Thèses

Amrani-Mekki S., *Le temps et le procès civil*, préface de L. Cadiet, Dalloz, 2002

André C., *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 356, 2002

Arroyo J., *La renonciation aux droits fondamentaux*, Pédone, 2016.

Bloud-Rey C., *Le terme dans le contrat*, P.-Y. Gautier (préf.), PUAM, 2003

Bout R., *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, dir. H. Solus, préf. P. Kayser, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 124, 1972

Brunel F., *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, thèse Clermont Auvergne, 2017, accessible en ligne

Célice B., *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, J. Carbonnier (préf.), LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 84, 1968

Chabas C., *L'inexécution licite du contrat*, préf. de J. Ghestin, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 380, 2002

Collin A., *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, 2010

Diener P., *Le silence et le droit privé. Essai sur le silence en droit privé*, thèse, 1975

Dreifuss-Netter F., *Les manifestations de volonté abdicative*, A. Rieg (dir.), LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 185, 1983

Fabre-Magnan M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Anthologie du droit 2014

Fages B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997

Freleteau B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 576, 2017

Frumer P., *La Renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, 2001

Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. Cornu, Economica, thèse Lille II, 1985

Godé P., *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, Puf, 1977

Grammatikas G., *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Etude parallèle de droit français et du droit hellénique)*, préf. de J. Carbonnier, LGDJ, 1971

Hyde A. A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, IRJS, t. 60, 2015

Jault A., *La notion de peine privée*, préf. de F. Chabas, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005

Karimi A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préface de P. Simler, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 306, 2001

Le Tourneau P., *La règle Nemo auditur*, LGDJ, préface P. Raynaud, 1970

Mirabail S., *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 284, 1997

Mouly C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies technique, 1979

Moréteau O., *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse Lyon, 1990

Najjar I., *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 85, 1967

Najm-Makhlouf C., *Tacite reconduction et volonté des parties*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 542, 2013

Porcherot E., *De l'abus de droit*, préf. de L. Venot, thèse Dijon, 1901

Sautel O., *Sur la déchéance en droit privé [contribution à la théorie de la permanence de la cause]*, Dalloz, 1999

Savatier R., *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse Poitiers, 1916

Serna J.-C., *Le refus de contracter*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 76, 1967

Sintez C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, C. Thibierge et P. Noreau (dir.), thèse Orléans, 2009

Sourzat C., *La renonciation en procédure pénale*, LGDJ Lextenso édition, 2013

Stoffel-Munck P., *L'abus dans le contrat*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 357, 2000

Tardieu-Guigues E., *La licence de marque*, thèse Montpellier, 1991

Tetu M., *La catégorie juridique des droits et libertés*, thèse Lyon, 2020

Vidal J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957

Weiller L., *La liberté procédurale du contractant*, Préf. J. Mestre, Puam, Institut de droit des affaires, 2004

Rapports

Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'autorité parentale, présenté par L. Jozeau-Marigné le 5 mai 1970 au Sénat, pp. 11 et s.

Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport rédigé par P. Gosselin, N. Moutchou (prés.), *Rapport d'information déposé en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'aide juridictionnelle*, n° 2183, 23 juillet 2019, I) B) 2.

Défenseur des droits, étude rédigée par D. Neven, C. Olm, H. Revil, R. Médard-Inghilterra, S. Slama, J. Arroyo, *La « particulière vulnérabilité économique »*, *Éclairages sociologiques en vue d'une meilleure appréhension par le droit de la non-discrimination*, février 2023, disponible en ligne.

Ministère de la justice, rapport rédigé par G. Vignoble, *Les Maisons de justice et du droit*, 1995, disponible en ligne

Services des études juridiques, Sénat, « L'aide juridique », *Étude de législation comparée*, n° 137, juillet 2004, disponible en ligne

Sites Internet

Blankenburg E., « Cultures juridiques comparées, Droit et société », n° 16, 1990, *Droit et médias*, pp. 321-333, accessible en ligne

Blankenburg E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours au droit », *Droit et société*, n° 28, 1994, accessible en ligne

Fieulaine N., Kalampalikis N., Haas V., « Usages du droit et représentations de la Justice, Enquête sur le (non) recours au droit », Université de Lyon, Laboratoire GRePS, *Mission de Recherche "Droit & Justice"*, 2009, p. 30, accessible en ligne

François C., « Présentation des articles 1344 à 1344-2 du nouveau paragraphe 1 "La mise en demeure du débiteur" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, accessible en ligne

Gotman A., « Le prodigue saisi par le droit », *Cairn*, 2011/4, n° 166, pp. 24-30, accessible en ligne

Madar A., Durand A. A., « Non-recours : des aides sociales qui n'atteignent pas leurs bénéficiaires », *Journal Le Monde*, article paru le 12 juin 2018, accessible en ligne

Villa F., « Le financement du contentieux par des tiers (third party funding) », *Anwalts Revue de l'avocat*, 5/2014, accessible en ligne

Yvernès E., « L'assistance judiciaire », *Journal de la société statistique de Paris*, tome 36, 1895, pp. 220-225, accessible en ligne

Articles

Adam-Ferreria R., « La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux ? La renonciation aux droits procéduraux dans la jurisprudence du conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2007, n° 4, pp. 747-748

Afroukh M., « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen » *RDLF*, 2019, chron. n°43

Akyurek O., De Perthuis C., « Third party funding : changement du paysage judiciaire », *LPA*, 11 juillet 2018, n° 138, pp. 20 et s.

Albiges C., « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.*, 2014, pp. 795 et s.

Amar-Layani B., « La tacite reconduction », *Dalloz*, 1996, pp. 143 et s.

Atias C., « Le droit de nuire », *Dalloz*, 1997, pp. 385 et s.

Aubert J.-L., « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur », *RTD Civ.*, 1969, pp. 713 et s.

Azar-Baud M.-J., « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives », *JCP E*, 2018, pp. 1637 et s.

Barbier H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », *RTD Civ.*, 2016, pp. 856 et s.

Barbier H., « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », *RTD Civ.*, 2019, pp. 326-327

Baugard D. (dir.), « La prescription en droit du travail », *Semaine Sociale Lamy*, supplément, n° 2052, 26 juin 2023

Bebe Epale A., « L'administrateur inerte », *LPA*, 3 octobre 2011, n° 196, pp. 6 et s.

Borghetti J.-S., « La conformité aux droits fondamentaux des délais de prescription des actions en responsabilité civile », *Dalloz*, 2014, pp. 1019 et s.

Botton A., « Le droit de se taire, un grief efficace », *RSC*, 2022, pp. 419 et s.

Bouillot P.-E., « Nutri-Score et compagnie, quel avenir pour l'étiquetage nutritionnel simplifié ? », *Dalloz IP-IT*, 2023, pp. 9 et s.

Brenner C., « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, 2008, p. 1435, note 13.

Brochier M., « Class actions à la française : abondance d'actions nuit-elle ? », *Dalloz*, 2020, pp. 1578 et s.

Cabrillac M., « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité », in *Mélanges A. Colomer*, 1993, Litec, pp. 109 et s.

Cadiet L., Le Tourneau P., « Abus de droit, Répertoire de droit civil », *Dalloz*, mai 2017

Caire A.-B., « Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil », *RTD. Civ.*, 2015, pp. 311 et s.

Carbonnier J., « La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* », *Rev. crit. législ. et jurisp.*, 1937, pp. 155 et s.

Carbonnier J., « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, pp. 171 et s.

Carreau C., « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 23 et s.

Cayrol N., « Irrecevabilité de l'action ut singuli des associés de la société mère à l'encontre des dirigeants de la filiale », *RTD Civ.*, 2020, pp. 456 et s.

Cayrol N., « Le droit d'agir en justice dans l'intérêt d'autrui », *RTD Civ.*, 2020, pp. 944 et s.

Cayrol N., « Répertoire de procédure civile, Action en justice – Statut de l'action en justice », *Dalloz*, juillet 2022

Chassagnard-Pinet S., « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et Convention européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp. 225 et s.

Chazal J.-P., « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ*, 2020, pp. 21 et s.

Collet P., « La protection effective de l'information du droit au silence », *JCP édition générale*, n° 50, 9 décembre 2019, comm. 1295.

Crédot F.-J., Samin T., « Comptes sans mouvement-Prescription au profit de l'Etat », *Revue de droit bancaire et financier*, mai 2013, comm. 79, pp. 4 et s.

Dabosville B., « Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit du travail*, 2020, pp. 122 et s

Dalion A., « L'absence d'opposition du créancier à la dissolution sans liquidation de la société n'emporte pas renonciation ou perte de son droit », *Gazette du Palais*, septembre 2020, n° 33, pp. 61-62

De Schutter O., Ringelheim J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Dumont H., Ost F., Van Drooghenbroeck S., Bruylant, 2005, pp. 441 et s.

Dominati M., « Pas de notification du droit de se taire devant les juridictions de l'application des peines », *Dalloz actualités*, 21 septembre 2022

Dumont, M.-P. « Sur l'importance de l'obligation d'exploiter à l'égard du maintien de la clientèle », *Rép. civ., Baux commerciaux*, 2009, n° 245

Flauss J.-F., « A propos de la renonciation au droit à la publicité des débats judiciaires », *RTDH*, 1991, n° 8, pp. 491 et s.

Fin-Langer L., « Dissolution de société par réunion de toutes les parts en une seule main : droits du créancier non opposant », *Bulletin Joly Sociétés*, septembre 2020, pp. 39-42

De Fontmichel M., « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. Sociétés*, 2012, pp. 279 et s.

De Fontmichel M., « Les nouvelles actions interrogatoires », *Dalloz*, 2016, pp. 1665 et s.

Forti V., « La dualité de l'action oblique », *RTD Civ.*, 2021, pp. 27 et s.

François-Lubin B., « L'effectivité des droits sociaux au prisme du non-recours », *LPA*, 9 janvier 2018, n° 131, pp. 5 et s

Frison-Roche M.-A., Barranès W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, 2000, pp. 364 et s.

Garaud E., « Droit des affaires et droit de l'Homme », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2002, chron. n° 18, pp. 724 et s.

Garaud E., « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », obs. sous Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, arrêt précité, *RJPF*, 2003, n°4, pp. 9 et s.

Garaud E., « La violation d'un droit fondamental, Avantage lié à l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme », *Lamy droit du contrat*, n° 245-15

Godon L., « L'exclusion de l'associé manifestant son désintérêt pour les affaires sociales », *Revue des sociétés*, 2021, pp. 93-99

Golshani S., Loric A., « Le poids des actionnaires minoritaires », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 1^{er} juillet 2018, pp. 322 et s.

Goubeaux G., « Carence du débiteur et action oblique », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, pp. 147 et s.

Goudjil S., « Notification du droit de se taire lors de l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction : pas d'obligation d'information en l'absence de comparution de la personne mise en examen », *Dalloz actualités*, 22 février 2021

Grimaldi C., « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *Dalloz*, 2009, pp. 1298-1302

Grimaldi C., « Pas de force majeure pour le créancier mais un enrichissement du débiteur », *Dalloz*, 2021, pp. 89 et s.

Grimonprez B., « Règles de computation des délais, Répertoire de droit civil, Conditions de la prescription acquisitive », *Dalloz*, octobre 2018

Hamelin J.-F., « Agrément du cessionnaire et abstention fautive de l'associé », *Droit des sociétés*, n° 5, mai 2019, comm. 84

Hélaine C., « Refus de la force majeure pour le créancier », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2020

Hennebois J., « Du droit au silence à l'encouragement à se taire », *AJ Pénal*, 2021, pp. 407 et s.

Hilger G., « L'absence de reconnaissance d'un enfant peut-elle constituer un abus de droit ? », *AJ Famille*, 2021, pp.305 et s.

Hilt P., « Répertoire de droit civil, Majeurs protégés », *Dalloz*, 2022, pp. 673 et s

Hontebeyrie A., « Répertoire de droit civil, Prescription extinctive – Imprescriptibilités », *Dalloz*, février 2016

Hourdeau S., « Des droits fondamentaux en assurance : les pesanteurs d'une autre galaxie », *RGDA*, 2018, n°08-09, pp. 287 et s

Houtcieff D., « Le créancier ne peut invoquer la force majeure : qui ne profite pas paye quand même ! », *AJDI*, 2021, pp. 118-121

Karila de Van J., « Le droit de nuire », *RTD Civ.*, 1995, pp. 533 et s.

Kovar R., Larrieu J., Basire Y., « Répertoire de droit européen, Marque – Exercice du droit de marque », *Dalloz*, Avril 2019

Kuhn C., Vernet J., Puig P., « Vulnérabilité économique et sociale », *in* Colloque "Vulnérabilité et droits fondamentaux", 19-20 avril 2018, Université de la Réunion, *RDLF*, 2019, chron. n°17

Laher R., « Prémption et agrément : laisser faire, laisser passer », *Revue des sociétés*, 2020, pp. 172-175

De La Vaissière F., « Prêt viager hypothécaire : point de départ du délai biennal », *AJDI*, 2017, pp. 600-601

Le Cannu P., « Le minoritaire inerte », *Bull. Joly*, 1993, pp. 537 et s.

Le Diascorn H., « L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? », *Dalloz*, 1993, pp. 279 et s.

Lefort C., Boudour L., « Saisie-attribution – Saisies-attribution spécifiques, Répertoire de procédure civile », *Dalloz*, octobre 2022

Lejeune A., « Accès au droit en France : la socialisation juridique comme condition de l'accès aux droits », *Les Politiques Sociales*, 2014/2 (n° 3-4), pp. 48-57

Lucas F.-X. et Cagnoli P., « Procédures collectives », *Dalloz*, 2018, n° 33, pp. 1837-1838

Macorig-Venier F., « L'indifférence du choix de mode de réalisation du gage pour caractériser le préjudice nécessaire au jeu du bénéfice de subrogation », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2018, n° 2, pp. 105 et s.

Marchadier F., Marguénaud J.-P., « De la contribution des hôtes de l'air à l'évolution du droit européen des contrats », *RDC*, 2013, n°4, pp. 1503 et s.

Marchadier F., « L'arrêt Zolotas c/ Grèce au soutien du renforcement des droits des épargnants », *RDC*, 2015, n° 111, pp. 13 et s.

Marguénaud J.-P., Mouly J., « Droit d'association négatif et négociation collective de travail », *Dalloz*, 1997, pp. 363 et s.

Marguénaud J.-P., « Le solidarisme contractuel à la porte du Palais des Droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2013, pp. 336-337

Marino L., « Les contrats portant sur l'image des personnes », *Communication Commerce électronique*, n° 3, Mars 2003, chron. 7

Masson C., « Retour sur la figure de l' « action oblique directe » », *LPA*, 16 mai 2018, n° 98, pp. 20-22

Mestre J., « Ethique et droit des sociétés », *in Procédures collectives, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, A. Cristini et C. Dupuy (dir.), éditions Frison-Roche, 2002, pp. 291-301

Métais P. et Valette E., « *Class action* à la française : une promesse séduisante, une application décevante », *JCP*, 2018, pp. 558 et s.

Millaire K., « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser », *Les Cahiers de droit*, 2019, 60 (4), pp. 991-1029

Molfessis N., « La perception commune du droit », in *Regards sur le droit*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2010, pp. 63 et s.

Moussa T. et De Mersseman I., « Le nouveau dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *Procédures*, octobre 2002, n° 11, pp. 3 et s.

Peyrat D., « Les maisons de justice et du droit : la distance comme problème, la proximité comme solution ? (Réflexions menées au secrétariat général pour la Coordination de la politique de la ville) », *Revue française des affaires sociales*, 2001/3, pp. 115-126

Pousson A., « Le non-exercice des droits subjectifs », in *Mélange Louis Boyer*, Puf, t. II, pp. 586 et s.

Praduroux S., « Quelques remarques sur la protection de la liberté contractuelle en droit européen », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pp. 450 et s.

Putman E., « Barbara Freleteau, Devoir et incombance en matière contractuelle », *RTD Civ.*, 2016, pp. 976 et s.

Racine J.-B., « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *LPA*, 2014, n° 190, pp. 7 et s.

Ranieri P., « Verwirkung et renonciation tacite, quelques remarques de droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, Editions techniques, 1974, pp. 427 et s

Reiner G., « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit privé en Allemagne », in *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif, Journées Italiennes*, Travaux de l'association Henri Capitant, Bruylant, Tome LXVII, 2017, pp. 49 et s.

Reygrobellet A., « L'opposition à la fusion : où quand une faculté devient une obligation », *Bull. Joly Sociétés*, n° 12, pp. 40 et s.

Ribeyre C., « Obligation de notifier le droit de se taire lors de l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction », *JCP édition générale*, n° 26, 1er juillet 2019, comm. 705

Ripert G., « Abus et relativité des droits », *Revue critique*, 1929, pp. 33 et s.

Rivero J., « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, pp. 99-102

Roets D., « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *Dalloz*, 1997, pp. 92 et s.

Rolland B., « Précisions sur les pouvoirs d'un débiteur en procédure de sauvegarde », *LSJ, Entreprises et affaires*, n° 20, 17 mai 2018, pp. 26-28

Rouast A., « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, pp. 1 et s.

Rouvière F., « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA*, n° 152, 31 juillet 2009, pp. 7 et s.

Rouvière F., « La nature juridique du délai butoir », *RTD civ.*, 2019, pp. 219 et s.

Schmidt D., « Le pouvoir du juge de sanctionner un abus de minorité », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} mai 2014, n° 5, pp. 302 et s.

Serra Y., « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme », *Dalloz*, 2020, pp. 2421-2432

Serverin E., « Causes et effets du non-recours au RSA-activité », *RDSS*, 2012, pp. 637 et s.

Stoffel-Munck P., « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », *Revue des contrats*, 2018, n° 1, pp. 20 et s.

Tadros A., « L'abus du droit d'agrément dans une société en nom collectif », *Dalloz*, 2019, pp. 568 et s.

Testu F.-X., « Théories destinées à favoriser la reconnaissance d'un engagement contractuel », *Dalloz, Contrats d'affaires*, 2010, Chapitre 15, section 2

Tharaud D., « Le sort contrasté du droit au logement opposable français devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS*, 2015, pp. 651 et s.

Thibierge C., « Les « normes sensorielles », Exploration de la normativité du quotidien aux confins du droit », *RTD Civ.*, 2018, pp. 567 et s.

Tisseyre S., « Force majeure : l'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier », *Dalloz*, 2021, pp. 114-117

Tisseyre S., « L'action ut singuli est ouverte au cogérant associé », *Bull. Joly Sociétés*, 2021, n°9, pp. 32 et s.

Trescases A., « Les délais préfix », *LPA*, n° 22, 30 janvier 2008, pp. 6 et s.

Valette D., « Les cliniques juridiques universitaires, un modèle à inventer », *Dalloz actualité*, 23 mars 2018

Warin P., « Pour une approche économique du non-recours », *RDSS*, 2012, pp. 614 et s.

Zouag S., « Class action : où en est-on ? », *Juristourisme*, 2021, n° 146, pp. 31 et s.

Table des matières

Remerciements	3
Liste des abréviations	5
Sommaire	9
Introduction.....	11
I) L'expression « <i>non-exercice</i> » clarifiée	14
II) L'expression « <i>droits subjectifs</i> » clarifiée.....	19
• Partie 1 : Le non-exercice licite des droits subjectifs	30
○ Titre 1 : la catégorisation du non-exercice licite des droits subjectifs	32
▪ Chapitre 1 : le non-exercice légitime.....	34
• Section 1 : la liberté dans l'utilisation d'un droit.....	34
○ Sous-section 1 : L'absence de limitation temporelle au non-usage d'un droit.....	36
▪ Paragraphe 1 : L'utilisation souple des libertés.....	36
▪ Paragraphe 2 : La souplesse d'utilisation des droits de la personnalité	48
○ Sous-section 2 : La limitation temporelle au non-usage d'un droit	57
▪ Paragraphe 1 : la prise en compte de l'écoulement du temps par la prescription et la forclusion.....	58
▪ Paragraphe 2 : la multitude de droits soumis à un délai de prescription ou de forclusion.....	66
• Section 2 : la renonciation à un droit	72
Sous-section 1 : le non-exercice assimilé à une renonciation.....	73
Sous-section 2 : le non-exercice consécutif à une renonciation	79
▪ Paragraphe 1 : la renonciation à l'exercice des droits fondamentaux.....	80
▪ Paragraphe 2 : les qualités requises du consentement renonciateur.....	85
▪ Chapitre 2 : le non-exercice pardonné	98
• Section 1 : le non-exercice consécutif à l'ignorance	99
○ Sous-section 1 : l'ignorance de l'existence d'un droit.....	100
○ Sous-section 2 : l'ignorance d'une situation réclamant la mise en œuvre d'un droit	106
• Section 2 : le non-exercice causé par la contrainte.....	109
○ Sous-section 1 : l'effet inhibiteur de la contrainte endogène.....	110
▪ Paragraphe 1 : la nécessité financière.....	111
▪ Paragraphe 2 : l'impossibilité d'exercer un droit	116
○ Sous-section 2 : l'effet inhibiteur de la contrainte exogène	119
▪ Paragraphe 1 : le non-exercice justifiable par la force majeure	120
▪ Paragraphe 2 : le non-exercice justifiable par la complexité	131
○ Titre 2 : le traitement du non-exercice licite des droits subjectifs.....	141

▪	Chapitre 1 : la perte du droit	143
•	Section 1 : l’ambiguïté levée par la perte du droit	143
○	Sous-section 1 : la perte de principe du droit	144
○	Sous-section 2 : la survivance de l’obligation naturelle	148
•	Section 2 : l’action stimulée par le risque de perte du droit	151
○	Sous-section 1 : la jouissance du droit subordonnée à l’accomplissement d’une incombance	152
○	Sous-section 2 : la prise de position précipitée par l’action interrogatoire	160
▪	Chapitre 2 : le retour vers la mise en œuvre du droit	165
•	Section 1 : la prévention du non-exercice	166
○	Sous-section 1 : les obligations d’information	167
▪	Paragraphe 1 : les obligations d’information en matière pénale	167
▪	Paragraphe 2 : les obligations d’information en matière civile	177
○	Sous-section 2 : l’accompagnement dans l’exercice	183
▪	Paragraphe 1 : L’aide matérielle à la mise en œuvre des droits	184
▪	Paragraphe 2 : l’aide à la compréhension du droit	187
•	Section 2 : l’incitation à l’exercice	191
○	Sous-section 1 : l’action facilitée	192
▪	Paragraphe 1 : le <i>third party funding</i>	193
▪	Paragraphe 2 : les actions de groupe	196
○	Sous-section 2 : l’intention d’agir captée	200
•	Partie 2 : le non-exercice illicite des droits subjectifs	211
○	Titre 1 : la catégorisation du non-exercice illicite des droits subjectifs	213
▪	Chapitre 1 : la caractérisation d’un manquement	214
•	Section 1 : le défaut de prise en compte de l’intérêt d’autrui	215
○	Sous-section 1 : le non-exercice constitutif d’un manquement à l’intérêt individuel	217
▪	Paragraphe 1 : présentation de la théorie des droits-fonction	218
▪	Paragraphe 2 : le non-exercice d’un droit-fonction	223
○	Sous-section 2 : le non-exercice constitutif d’un manquement à l’intérêt général....	229
•	Section 2 : l’inaction incompatible avec un standard	233
○	Sous-section 1 : l’existence de multiples standards juridiques se confondant avec la bonne foi	233
○	Sous-section 2 : l’action requise au regard de la bonne foi	235
▪	Chapitre 2 : la caractérisation d’une volonté de nuire	244
•	Section 1 : l’adaptation de la notion d’abus au non-exercice des droits	247
○	Sous-section 1 : le domaine étroit de l’abus de droit par inaction	247

○	Sous-section 2 : les critères de l’abus de droit par inaction.....	252
▪	Paragraphe 1 : la combinaison de l’utilité de l’action et de la nuisance permettant de présumer la malveillance	254
▪	Paragraphe 2 : l’exclusion du détournement de l’objet du droit et de l’intensité du préjudice en tant que critères de la malveillance	256
•	Section 2 : l’application de la notion d’abus au non-exercice des droits.....	257
○	Titre 2 : le traitement du non-exercice illicite des droits subjectifs.....	268
▪	Chapitre 1 : les mesures élusives	270
•	Section 1 : l’invalidation du non-exercice d’un droit.....	271
○	Sous-section 1 : une solution imparfaite au non-exercice	271
○	Sous-section 2 : l’ajout imparfait de sanctions supplémentaires.....	272
•	Section 2 : le remplacement dans l’exercice d’un droit	276
○	Sous-section 1 : la nomination d’un remplaçant.....	277
○	Sous-section 2 : la substitution spontanée	280
▪	Paragraphe 1 : L’action <i>ut singuli</i>	282
▪	Paragraphe 2 : L’action oblique.....	285
▪	Chapitre 2 : les mesures coercitives	293
•	Section 1 : la responsabilité pour non-exercice d’un droit	294
○	Sous-section 1 : la responsabilité contractuelle pour non-exercice d’un droit.....	295
○	Sous-section 2 : la responsabilité délictuelle pour non-exercice d’un droit	299
•	Section 2 : le retrait du droit non-exercé	302
○	Sous-section 1 : le champ d’application limité du retrait d’un droit.....	302
○	Sous-section 2 : l’existence de mesures de retrait d’un droit.....	305
	Conclusion générale	317
	Index.....	324
	Références bibliographiques	327
	Ouvrages et manuels	327
	<i>Ouvrages généraux</i>	327
	<i>Traités</i>	328
	<i>Mélanges</i>	329
	<i>Dictionnaires</i>	329
	Thèses.....	329
	Rapports.....	331
	Sites Internet	332
	Articles.....	332
	Table des matières	339