

Observatoire des Contentieux du Tribunal judiciaire de Nanterre

Recueil n° 2

Septembre 2025

NUMÉRO GÉNÉRAL – SEPTEMBRE 2025

OCTN

Table des matières

COMITÉ DE DIRECTION	3
CONTRIBUTRICES ET CONTRIBUTEURS	4
AVANT-PROPOS	7
PARTIE 1. CONTENTIEUX DES AFFAIRES FAMILIALES ET DE L'ÉTAT DES PERSONNES ..10	
Demande d'exhumation en vue d'une inhumation définitive conforme à la volonté du défunt.....	10
Retour d'un enfant en Tunisie à la suite d'un enlèvement international, par application de la Convention de La Haye de 1980	22
PARTIE 2. CONTENTIEUX DE LA CONSOMMATION	29
L'obligation précontractuelle d'information aux frontières du droit de la consommation et du droit commun des contrats	29
PARTIE 3. CONTENTIEUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	35
Adoption de l'enfant du conjoint : réflexions sur le renvoi de la loi étrangère à la loi française	35
PARTIE 4. CONTENTIEUX PÉNAL.....	43
Absence d'immunité et diffamation qualifiée pour la reprise dans la presse de propos tenus devant une commission d'enquête parlementaire	43
Difficultés probatoires en présence du « syndrome du bébé secoué ».....	51
Délit de « publication d'un montage non apparent avec les images d'une personne non consentante » (C. pén. art. 226-8).....	57
PARTIE 5. CONTENTIEUX DE LA PRESSE	68
Protection des droits de la personnalité et liberté d'expression : à propos du critère de l'inscription dans un débat d'intérêt général	68
PARTIE 6. CONTENTIEUX DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	86
Le droit d'auteur à l'épreuve du Bolero de Ravel.....	86
PARTIE 7. CONTENTIEUX SOCIAL	111
L'effectivité du droit de l'Union européenne au secours de l'action en défense de l'intérêt collectif ?.....	111
ORGANISATION DE L'OBSERVATOIRE	119
Direction et coordination.....	119
Constitutrices et contributeurs.....	119

COMITÉ DE DIRECTION



Benjamin DEPARIS

Président du Tribunal judiciaire de Nanterre



Sylvain JOBERT

Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre,
Directeur de l'Institut d'études judiciaires Henri Motulsky,
Directeur adjoint du Centre de droit civil des affaires et du
contentieux économique (CEDCACE) (EA 3457)



Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD

Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre,
chargée des relations avec le Tribunal judiciaire de
Nanterre, membre du Centre de droit civil des affaires et du
contentieux économique (CEDCACE) (EA 3457)

CONTRIBUTRICES ET CONTRIBUTEURS



Camille BOURDAIRE-MIGNOT

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE



Olivier CAHN

Professeur de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC



Audrey DARSONVILLE

Professeure de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC



Jeanne LE MARC'HADOUR

Doctorante en droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC



Marc PICHARD

Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE



Sébastien RAIMOND

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE et membre associé du CERDI (Université Paris-Saclay)



Marjolaine ROCCATI

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEJEC



Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD

Professeure en droit privé à l'Université Paris Nanterre, chargée des relations avec le Tribunal judiciaire de Nanterre, membre du CEDCACE



Laurence SINOPOLI

Professeure en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEJEC



Lou THOMAS

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre de l'IRERP

AVANT-PROPOS

Benjamin DEPARIS

Président du Tribunal judiciaire de Nanterre

Dans la crise démocratique et de confiance dans les institutions que traversent nos sociétés, une réponse forte doit être apportée à la défiance grandissante manifestée à l'égard de l'autorité judiciaire ou des pouvoirs judiciaires dans le monde.

À cet égard, le droit, matière vivante qu'il a toujours été, est, plus que jamais, une arme de combat pour une défense de l'état de droit qui ne soit pas seulement scandée, ou brandie comme un étendard pour convaincre des convaincus, mais concrète et conquérante.

Certes le droit n'est pas sacré, il n'est pas immuable non plus et peut changer, - on sait depuis le doyen Carbonnier qu'il est flexible -, et que l'on peut même s'en passer, mais on sait aussi, nous autres les juristes, que l'on soit civiliste, pénaliste ou publiciste, qu'il est la branche la plus solide de l'organisation de la société, de la protection des individus et des systèmes, de la pacification du corps social et du fonctionnement d'un État qui reste encore soumis au droit. Il est la branche centrale, au cœur d'un arbre ancien aux fortes racines et ramifications, que l'on ne voit plus très bien pour ce qu'il est, par trop habitués à sa présence que nous sommes.

S'il est aussi sa branche utile, servant de résolution à la plupart des conflits et controverses de notre temps, qui s'achèvent le plus souvent dans un prétoire, c'est que malgré le gros temps, le droit est et demeurera toujours notre ancrage le plus puissant pour garantir à la liberté et à l'égalité leur effectivité, pour assurer la promotion et le respect des droits fondamentaux, et pour préserver les acquis de la démocratie libérale.

Ce deuxième recueil général de l'observatoire des contentieux du Tribunal judiciaire de Nanterre, après l'intérêt particulier qui a été porté, cette année, au numéro spécial sur la responsabilité des produits défectueux de santé paru en janvier 2025, constitue, très modestement, notre pierre commune, en reflet des enjeux socio-économiques, démocratiques et sociétaux que portent ces décisions. En cela, magistrats, universitaires et enseignants-chercheurs, nous sommes comme les colibris de cet édifice démocratique : à chacun sa goutte d'eau pour sa préservation.

Je remercie infiniment toutes celles et ceux, à l'université Paris Nanterre, qui sont à l'origine de ces précieuses contributions et de ce grand travail de compilation et d'analyse, ainsi que tous mes collègues pour les petites et grandes rivières dont ils dessinent, chaque jour, par leurs actions et décisions, les futurs sillons.

Sylvain JOBERT

Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre,
directeur de l'Institut d'études judiciaires Henri Motulsky,
directeur adjoint du Centre de droit civil des affaires et du
contentieux économique (CEDCACE) (EA 3457)

Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD

Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre, chargée des
relations avec le Tribunal judiciaire de Nanterre, membre du Centre de droit civil des
affaires et du contentieux économique (CEDCACE) (EA 3457)

Le premier Recueil de l'OCTN (urlr.me/mB8U3b) avait été l'occasion de montrer
que, selon les domaines, l'Observatoire met l'accent sur l'enjeu juridique de la décision
ou sur ses aspects sociétaux, ou socio-économiques.

Les décisions commentées dans ce numéro confirment parfaitement ces
différents prismes d'analyse.

De nouveau se retrouve la spécificité du contentieux porté devant la juridiction
en matière de propriété littéraire et artistique, la juridiction nanterroise étant l'une des
rares juridictions compétentes, en matière civile, pour connaître des questions de droit
d'auteur, ce qui lui a permis ainsi d'être saisie d'une question dont la complexité est à
l'image de la richesse de l'œuvre concernée - le Bolero de Ravel (TJ Nanterre, 28 juin
2024, n° RG 18/06332), et en matière de presse (TJ Nanterre, pôle presse, 14^e ch., 2 avr.
2024 à propos de la reprise dans la presse de propos tenus devant une commission
d'enquête parlementaire), le Tribunal judiciaire de Nanterre étant, en dehors du
Tribunal judiciaire de Paris (17^e chambre, qui dispose de six audiences de presse par
semaine), la seule autre juridiction francilienne à disposer d'une audience
correctionnelle dédiée à ce contentieux (14^e chambre du tribunal judiciaire de
Nanterre).

D'autres décisions témoignent de l'inscription du contentieux dans un ressort
territorial socio-économique particulier qui est celui du quartier de la Défense, lieu de
sièges sociaux de grandes entreprises. Cette implantation a ainsi donné à la juridiction
nanterroise l'occasion de se prononcer, à la lumière du droit de l'Union européenne,
en faveur d'une appréciation plus souple de la recevabilité de l'action syndicale en
défense de l'intérêt collectif d'une profession, celle des salariés des mines et de
l'énergie (TJ Nanterre, 25 avr. 2024, RG n°23/9393)

De nouveau se vérifie la saisine de la juridiction nanterroise pour des litiges
marqués par un important contexte médiatique, donnant lieu à neuf décisions du
Tribunal judiciaire de Nanterre concernant les atteintes au droit à la vie privée et au
droit à l'image de la collaboratrice et compagne d'un célèbre polémiste, commises
dans une temporalité proche de sa déclaration de candidature à l'élection
présidentielle française du printemps 2022 (TJ Nanterre, pôle civil, 1^{re} ch., 24 juin 2024,

RG 23/04028, 23/04030, 23/05867, 23/05877, 23/05878, 23/05880, 23/05882, 23/07113, 23/07185).

Ce deuxième recueil est, enfin, de nouveau, l'occasion d'analyser des décisions qui présentent un intérêt juridique eu égard à la tâche délicate du juge en la matière qu'il s'agisse d'apprécier la demande d'exhumation (TJ Nanterre, pôle civil, 23 juillet 2024, RG 23/04670), ou d'établir le « syndrome du bébé secoué » (TJ Nanterre, 21^e Chambre correctionnelle, 19 juin 2024), eu égard à la complexité du raisonnement à déployer pour déterminer la loi applicable à l'adoption lorsque la loi étrangère renvoie à la loi française (TJ Nanterre, pôle civil, chambre du conseil, 2 avril 2024, RG 23/06360), ou appliquer les conventions internationales en matière d'enlèvement international d'enfants (TJ Nanterre, chambre des urgences JAF, 17 juin 2024, RG 24/03228, CA Versailles, chambre famille 2-2, 3 octobre 2024, RG 24/04174), ou eu égard à la subtilité de l'analyse menée (TJ Nanterre, 14^e Chambre correctionnelle, 1^{er} oct. 2024 à propos du délit de « publication d'un montage non apparent avec les images d'une personne non consentante » et Tribunal de Proximité de Boulogne-Billancourt, 21 janvier 2025, RG 11-24-160 concernant l'obligation précontractuelle d'information du consommateur).

PARTIE 1. CONTENTIEUX DES AFFAIRES FAMILIALES ET DE L'ÉTAT DES PERSONNES

Demande d'exhumation en vue d'une inhumation définitive conforme à la volonté du défunt

TJ Nanterre, pôle civil, 23 juillet 2024, RG 23/04670

Analyse par Camille BOURDAIRE-MIGNOT, maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457)

Dans la présente affaire, le Tribunal judiciaire de Nanterre a eu à se prononcer sur une demande d'exhumation de cadavre (en vue d'une inhumation définitive en Israël) formée par la veuve du défunt, quelque temps après le décès, dans un contexte de conflit familial. La décision permet d'illustrer **un aspect du contentieux relatif aux funérailles, où la difficulté réside le plus souvent pour l'essentiel dans la recherche de la volonté du défunt.**

Contexte de la demande. À son décès, le 28 février 2022, M.S. - de confession juive - a été enterré au nouveau cimetière à Neuilly-sur-Seine, commune où il résidait avec son épouse. Près d'un an plus tard, sa veuve a saisi le maire de cette commune d'une demande d'exhumation du corps du défunt¹ afin qu'il soit inhumé en Israël. Le maire a refusé d'y faire droit en raison de l'opposition manifestée par l'aîné des enfants du couple, monsieur E.S. (soutenu par sa tante, l'une des sœurs du défunt, madame N.S.)². **C'est dans ce contexte qu'en mai 2023, la veuve a fait assigner son fils aîné et sa belle-sœur devant le tribunal judiciaire de Nanterre afin de voir constater qu'elle était le plus proche parent du défunt et qu'elle avait, à ce titre, qualité pour solliciter l'exhumation du corps de son époux en vue de son transfert en**

¹ L'exhumation est une « opération funéraire relevant du service extérieur des pompes funèbres, consistant en l'extraction de restes d'une fosse ou d'un caveau, impliquant ou non la sortie du cercueil. Une telle opération ne peut avoir lieu que pour des finalités déterminées et en suivant une réglementation précise, à défaut elle constitue l'infraction de violation de sépulture et engage la responsabilité de la puissance publique », A. Gailliard, « Exhumation », in *Petit lexique de droit funéraire*, Dalloz, éd. 2024, p. 100.

² Le Conseil d'État a en effet déjà jugé que « Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'exhumation, l'autorité administrative compétente doit s'assurer, au vu des pièces fournies par le pétitionnaire, de la réalité du lien familial dont il se prévaut et de l'absence de parent plus proche du défunt que lui ; qu'il appartient en outre au pétitionnaire d'attester sur l'honneur qu'il n'existe aucun autre parent venant au même degré de parenté que lui, ou, si c'est le cas, qu'aucun d'eux n'est susceptible de s'opposer à l'exhumation sollicitée ; que si l'administration n'a pas à vérifier l'exactitude de cette attestation, elle doit en revanche, lorsqu'elle a connaissance d'un désaccord sur cette exhumation exprimé par un ou plusieurs autres parents venant au même degré de parenté que le pétitionnaire, refuser l'exhumation, en attendant le cas échéant que l'autorité judiciaire se prononce » (CE 9 mai 2005, n° 262977, M. Rabau, *AJDA* 2005, n° 28, p. 1590). Certes, en l'espèce, le conjoint constitue *a priori* le plus proche parent au sens de la loi (v. *infra*) mais ce n'est pas au maire de décider quel parent doit être considéré comme le plus proche du défunt, c'est au juge judiciaire de trancher cette question (v. en particulier en ce sens à propos d'un conflit entre l'épouse et le fils du défunt : TA Amiens, 23 mai 2005, David M., n° 0400344 : Coll. terr. 2006, n° 8, note D. Dutrieux).

Israël afin qu'il soit inhumé au cimetière du Kibboutz Léhavot Habashan, conformément à sa volonté.

Nature de la demande et compétence du juge judiciaire. Il n'est pas rare que le décès d'une personne soit à l'origine de conflits familiaux. Le plus souvent c'est autour de la dévolution successorale³ que le litige se noue mais le désaccord peut aussi concerner l'organisation des funérailles et notamment le lieu définitif d'inhumation du corps comme c'était le cas en l'espèce. **En ces circonstances, il est d'ailleurs assez fréquent qu'aspects patrimoniaux et personnels soient mêlés. L'affaire dont a eu à connaître le tribunal ne déroge pas à la règle.** Le conflit relatif à la sépulture du défunt semble en effet trouver sa source dans un différend entre ses enfants, à propos d'une libéralité consentie au plus jeune, monsieur D.S. (non partie à l'instance et vivant en Israël), qui en aurait refusé le rapport à la succession, ce qui aurait conduit son frère (défendeur à l'instance et vivant en France) à s'opposer à la demande d'exhumation. **C'est en tout cas le désaccord familial à propos du lieu de sépulture de M.S. qui justifie la compétence du juge judiciaire – le tribunal judiciaire de Nanterre en l'espèce, puisque M.S. est décédé (et a été inhumé) dans son ressort géographique⁴, à Neuilly-sur-Seine –.** La demande porte en effet sur le droit à sépulture et non sur le statut juridique de celle-ci (lequel relève du juge administratif⁵). Dans une telle situation, c'est au juge judiciaire⁶ qu'il revient de trancher. L'enjeu est d'importance puisqu'il s'agit de concilier le respect dû au cadavre et celui de la volonté du défunt. C'est pourquoi le cadre légal et jurisprudentiel est restrictif⁷ : l'exhumation – qui ne peut être demandée que par « le plus proche parent » - n'est possible que pour des motifs graves et sérieux. **En l'espèce, après avoir estimé la demande de la veuve recevable, le tribunal s'est livré à un examen rigoureux des éléments de preuve relatifs tant à la volonté du défunt qu'au caractère provisoire de l'inhumation, pour la juger finalement bien fondée et y faire droit.** Cette décision est l'occasion de revenir sur les personnes ayant qualité pour former une telle demande (I) ainsi que sur les motifs susceptibles de justifier l'exhumation du défunt (II).

³ Le tribunal judiciaire a une compétence exclusive en matière successorale (art. R 211-3-25 du Code de l'organisation judiciaire, ci-après COJ).

⁴ L'article R 211-14 du COJ précise que « *Dans le cas prévu à l'article R. 211-3-3, la demande est portée devant le tribunal dans le ressort duquel s'est produit le décès ou, si le décès est survenu à l'étranger, devant le tribunal dans le ressort duquel est situé le dernier domicile du défunt en France* ».

⁵ En l'absence de conflit familial, le refus du maire de faire droit à une demande d'exhumation, relève du juge administratif car la question porte alors sur le statut juridique de la sépulture et non sur le droit à sépulture. Toutefois, le juge judiciaire reste seul compétent pour statuer sur la qualité de plus proche parent. Sur ces questions, v. D. Tsiaklagkanou, « Distinction entre le droit à la sépulture et le droit à l'exhumation », *AJ fam.* 2020, p. 137, note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, n° 18-21.513. V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 7 déc. 2008, n° 07-17.596.

⁶ De manière générale, le tribunal judiciaire est compétent en matière de contestations sur les conditions des funérailles (art. R 211-3-3 COJ).

⁷ En ce sens, v. A. Gailliard, *Les fondements du droit des sépultures*, Institut Universitaire Varenne, coll. Thèses, tome 150, 2017, spéc. n° 129 et s. L'auteur explique notamment que ce cadre juridique strict est justifié par le principe d'immutabilité des sépultures.

I/ Les personnes ayant qualité pour demander l'exhumation du défunt

On sait l'importance que la loi attache à l'intégrité du corps, y compris du corps mort, dont le principe du respect est désormais posé à l'article 16-1-1 du Code civil⁸. En ce domaine, le respect de la volonté de la personne est primordial. La question qui se pose est celle de savoir qui peut faire valoir et respecter cette volonté quand la personne ne peut plus le faire elle-même. S'agissant du sort de la dépouille, et singulièrement d'une demande d'exhumation en vue d'une inhumation définitive conforme à la volonté du défunt, seul « le plus proche parent » peut former la demande, à défaut d'autre choix par le défunt (A). Comparée à d'autres situations touchant à l'intégrité du corps d'une personne empêchée (vivante et hors d'état de s'exprimer ou décédée), la solution apparaît relativement originale dans la mesure où elle implique une hiérarchisation des membres de la famille (B).

A/ La désignation du « plus proche parent »

Le choix du défunt. Qui peut solliciter l'exhumation du cadavre en vue d'une inhumation conforme à la volonté du défunt ? S'agissant d'une question touchant à l'intégrité de son enveloppe charnelle, c'est au premier chef la personne concernée qui peut en décider elle-même, à l'avance. C'est ce que permet l'institution ancienne de l'exécuteur testamentaire, réformée par la loi du 23 juin 2006⁹. Par ce biais, le *de cujus* peut désigner au moins une personne pour exécuter ses volontés après sa mort, mission qui peut s'étendre aux effets extra-patrimoniaux de sa succession, telle que l'organisation de ses funérailles¹⁰. Il peut ainsi choisir (parmi les membres de sa famille ou non¹¹) la personne qu'il estime le plus à même de faire respecter et exécuter ses volontés *post-mortem*. Cela étant, malgré la réforme de l'institution, qui était quelque peu tombée en désuétude avant 2006, la désignation d'un tel exécuteur testamentaire semble assez peu fréquente¹². **C'est pourquoi, en ce domaine, ce sont le plus souvent les dispositions supplétives de la volonté du défunt qui trouvent à s'appliquer, comme c'était le cas dans la présente affaire.**

Le « plus proche parent » désigné à titre supplétif. Au terme de l'article R 2213-40 du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT), seul le « plus proche parent » est habilité à solliciter l'exhumation du corps¹³ du défunt notamment pour permettre son inhumation définitive conformément à la volonté exprimée par

⁸ C'est la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 qui a inséré ce texte dans le Code civil mais « *le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait* » à cette loi (en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, Bull. civ. I, n° 178).

⁹ Art. 1025 et s. du Code civil.

¹⁰ Sur la définition, v. F. Sauvage, *Répertoire civil*, « Exécution testamentaire », Dalloz, juill. 2021 mise à jour juin 2022, spéc. n° 1.

¹¹ A l'origine, l'institution était dotée d'un certain succès lié à une relative défiance à l'égard des membres de la famille, v. F. Sauvage, préc., n° 2.

¹² En ce sens F. Sauvage (se fondant sur une enquête menée avant la réforme, en 1998), préc., n° 5. L'auteur précise que ce recours à l'exécuteur testamentaire pour toutefois se rencontrer dans certaines situations comme celle des auteurs d'œuvres littéraires qui désignent un exécuteur pour exercer après leur mort leur droit moral.

¹³ L'opération de réunion de corps peut être assimilée à une exhumation et impose la demande du plus proche parent (Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 10-13.580, Bull. civ. I, n° 118).

celui-ci. Il en résulte qu'une seule personne est habilitée à faire la demande. Le texte reste toutefois silencieux tant sur la notion de « parent » que sur la hiérarchie qui implique la détermination du plus proche. C'est pourquoi, l'on peut se reporter à l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999¹⁴ qui précise qu'à « *titre indicatif et sous réserve de l'appréciation des tribunaux, en cas de conflit [entre les membres de la famille], l'ordre suivant peut être retenu pour la détermination du plus proche parent : le conjoint non séparé (veuf, veuve), les enfants du défunt, les parents (père et mère), les frères et sœurs.* »¹⁵. Le conjoint (non séparé) est ainsi présumé être le plus proche parent du défunt, devant les enfants notamment.

En l'espèce, en sa qualité de veuve du défunt, la demanderesse était donc bien présumée être « le plus proche parent », seule recevable à ce titre, à former la demande d'exhumation. Observons à cette occasion que la présomption en faveur du conjoint montre que la notion de « parent » ne doit pas s'entendre ici au sens strict de personne unie au défunt par un lien de parenté¹⁶. Le texte vise en réalité la famille du défunt, ce qui inclut naturellement le conjoint mais aussi le partenaire pacsé et le concubin¹⁷, lesquels doivent également être présumés figurer en tête de classement des membres du groupe familial¹⁸. En ce sens, la Cour de cassation a déjà admis l'intérêt légitime de la concubine à s'opposer au transfert de la dépouille demandé par la mère et la sœur du défunt¹⁹.

Le conjoint, présumé « plus proche parent » pour l'organisation des funérailles. Cette solution est à mettre en lien avec la loi du 15 novembre 1887 qui pose le principe du respect de la volonté du défunt pour l'organisation de ses funérailles²⁰ et pour l'application de laquelle l'instruction générale de l'état civil – se référant à une jurisprudence constante – précise, d'une part, qu'en l'absence d'écrit du défunt désignant la personne chargée de l'organisation de ses obsèques les membres de la famille sont présumés être chargés de pourvoir aux funérailles et que, d'autre

¹⁴ Ce texte, publié au journal officiel, a valeur de circulaire.

¹⁵ Instruction préc., art. 426-7.

¹⁶ « *Lien généalogique, reconnu par le droit, unissant les personnes entre elles. La parenté est directe lorsque les personnes descendent les unes des autres. Elle est collatérale lorsque les individus descendent d'un auteur commun* », Th. Debard et S. Guinchard, « Parenté » in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, éd. 2024-2025.

¹⁷ La famille est une notion complexe qui ne se laisse pas enfermer dans une définition unique. Si elle est traditionnellement définie en droit civil par référence aux liens d'alliance et de parenté (en ce sens J.-J. Lemouland, *Répertoire civil*, « Famille », Dalloz, janv. 2025, n° 1 et n° 12 et s.), d'autres définitions sont possibles plus restrictives (uniquement les membres tenus à une obligation alimentaire par exemple) ou extensives (incluant le partenaire pacsé et le concubin). La référence exclusive au conjoint dans l'instruction générale s'explique sans doute par le fait que ce texte est antérieur à la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁸ Le partenaire ou le concubin (non séparé) doivent être – à l'instar du conjoint – présumés comme le plus proche parent au sens du texte du CGCT dès lors que, dans d'autres dispositions en lien avec la protection de la personne, ils apparaissent comme les protecteurs naturels de la personne vulnérable au même titre que le conjoint (v. notamment l'article 449 du code civil).

¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 1986, n°85-12.725, *Bull. civ.* I, n° 205.

²⁰ Article 3 de la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles.

part, le conjoint survivant « *a la priorité pour les conditions de la sépulture du défunt même sur les autres membres de la famille* »²¹.

Cette faveur pour le conjoint (ou du partenaire pacsé ou du concubin) n'a rien d'étonnant. La relation de couple est en effet propice aux discussions sur des questions intimes telles que la mort et les dernières volontés. Le compagnon (ou la compagne) du défunt apparaît *a priori* le mieux qualifié pour faire interpréter et exécuter sa volonté quant à l'organisation de ses funérailles et en particulier le lieu de son inhumation, et ce, d'autant, qu'il n'est pas rare que le couple exprime le souhait d'une sépulture commune, de sorte que la décision le concerne aussi directement²².

Un classement indicatif. Si la loi implique la désignation d'une personne en particulier, **le classement préconisé – dans un texte qui n'a du reste valeur que de circulaire – est « indicatif et sous réserve de l'appréciation des tribunaux »**²³. **La place primordiale du conjoint, en particulier, ne s'impose pas au juge.** C'est aussi ce qui est jugé, plus généralement en matière d'organisation des funérailles²⁴. Si, conformément à la présomption posée par l'instruction générale de l'état civil, le conjoint est souvent désigné par le juge comme la personne la plus qualifiée pour faire valoir et respecter la volonté du défunt²⁵, il a pu être écarté notamment au profit des sœurs du défunt²⁶ ou de la mère de celui-ci²⁷ en fonction des circonstances. L'appréciation de cette qualité relève en tout état de cause du pouvoir souverain des juges du fond.

²¹ Instruction préc., art. 426-1.

²² Si le droit d'une personne de demander à être inhumée aux côtés de son conjoint relève du respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un tel droit ne justifie pas nécessairement pour autant qu'elle puisse exiger l'exhumation de la dépouille du conjoint pour en demander le transfert dans le cimetière où elle sera elle-même inhumée. C'est ce qu'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) qui a estimé que l'ingérence que constitue le refus d'exhumation opposé à la veuve par les autorités suédoises en l'espèce ne caractérisait pas une violation de l'article 8 de la Convention européenne dès lors qu'elle était fondée sur une législation encadrant strictement l'inhumation dans le but légitime de garantir le respect du caractère sacré de la tombe (CEDH 17 janvier 2006, Affaire Elli Poluhas Dödsbo c. Suède, Requête n° 61564/00). La question reste toutefois sensible comme le montre l'opinion dissidente des juges Türme, Ugrekhelidze et Mularoni exprimée dans cette affaire.

²³ Instruction préc., art. 426-7.

²⁴ La Cour de cassation juge ainsi « *qu'à défaut de manifestation expresse sur ce point, il appartient aux tribunaux dans le silence de la loi, de décider quel membre de la famille ou quel héritier est, suivant les circonstances de la cause, le plus qualifié pour l'interprétation et l'exécution de la volonté présumée du de cujus et à qui, par suite, doit être réservé le droit de fixer le lieu et le mode de la sépulture* », Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1970, n° 62-12.083, *Bull. civ. I*, n° 265.

²⁵ V. par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2009, 09-66.589, *Bull. civ. I*, n° 106 et Cass. civ. 1^{re}, 2 fév. 2010, 10-11.295, *Bull. civ. I*, n° 24.

²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1970, n° 62-12.083, *Bull. civ. I*, n° 265. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, le défunt avait engagé une procédure de divorce avant son décès, et la Cour de cassation a estimé que ses sœurs, avec qui il avait conservé des relations affectueuses, étaient plus qualifiées que sa veuve pour interpréter sa volonté.

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-28.951, *Bull. civ. I*, n° 79.

Cela étant, au cas présent, le tribunal judiciaire n'a pas eu à se livrer à une telle appréciation puisque la qualité de plus proche parent dont se prévalait madame A.S. n'était pas contestée par les défendeurs. C'est pourquoi sa demande d'exhumation a été jugée recevable.

B/ La hiérarchisation des membres de la famille

Si l'anticipation de la volonté et le recours à la famille sont des éléments que l'on retrouve dans d'autres situations touchant à l'intégrité corporelle d'une personne empêchée dont il s'agit de faire valoir et respecter la volonté, la hiérarchisation des membres de la famille n'est pas toujours de mise dans ces hypothèses. À cet égard, la solution applicable en matière de demande d'exhumation apparaît relativement originale.

L'anticipation comme moyen de faire respecter la volonté de la personne empêchée. La question du respect de la volonté de la personne qui ne peut plus s'exprimer clairement (ou plus du tout) pour des décisions touchant à son intégrité corporelle se pose en dehors de la situation spécifique dont a eu à connaître le tribunal judiciaire en l'espèce. On pense en particulier aux décisions médicales concernant une personne empêchée, soit parce qu'elle est hors d'état d'exprimer sa volonté (éventuellement dans un contexte de fin de vie) soit parce qu'elle est décédée (prélèvement génétique ou d'organe *post-mortem*, don du corps aux fins d'enseignement et de recherche). Dans ces situations délicates, où le droit privilégie l'autonomie décisionnelle, on observe, depuis une vingtaine d'années, un mouvement en faveur de l'anticipation. Différents dispositifs permettent de désigner à l'avance une personne habilitée à faire valoir et respecter sa propre volonté à sa place. On pense en premier lieu à « la personne de confiance »²⁸ qui sera notamment consultée – prioritairement à tout autre membre de la famille²⁹ ou proche – pour la réalisation d'un acte médical si le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté³⁰ ou pour rechercher une éventuelle opposition à la réalisation d'examens génétiques *post-mortem* prescrits dans l'intérêt de la parentèle. On pense également à « la personne référente »

²⁸ La personne de confiance, définie à l'article L 1111-6 du Code de la santé publique (ci-après CSP), est un dispositif d'anticipation de la volonté du patient créé par la loi Kouchner du 4 mars 2002.

²⁹ A noter que pour les personnes mineures, les parents sont présumés « personnes de confiance », sans que la volonté du mineur puisse les écarter en ce sens que le mineur ne peut pas désigner de personne de confiance par exemple (sur ce point, v. C. Bourdair-Mignot et T. Gründler, « Le médecin, les parents et le juge, trois regards sur l'obstination déraisonnable », *Actualités Droits-Libertés, Revue des droits de l'homme*, mai 2017).

³⁰ Sa désignation anticipée par le patient en fait l'interlocuteur privilégié des professionnels de santé dans de nombreuses situations et, en particulier en fin de vie. Ainsi, c'est elle qui devra être informée de la décision du médecin de réunir une procédure collégiale pour statuer sur un éventuel arrêt des traitements au titre de l'obstination déraisonnable ou de la décision d'écarter – dans ce cadre – les directives anticipées du patient (article L 1111-11 al 4 CSP). Si c'est la personne de confiance qui souhaite que soit organisée une procédure collégiale (pour décider d'un éventuel arrêt des traitements au titre de l'obstination déraisonnable), c'est elle seule qui pourra le demander. C'est encore elle qui devra être informée de l'éventuelle décision d'arrêter les traitements qui maintiennent la personne en vie (article R 4127-37-2 CSP). On peut relever en revanche que les textes ne lui confèrent pas une place spécifique en matière de prélèvement d'organes *post-mortem*. Pour autant, la personne peut malgré tout choisir un proche à qui elle peut confier un écrit dans lequel elle indique son opposition au prélèvement d'organes (art. R1232-4-4 CSP).

que celui qui souhaite donner son corps à des fins d'enseignement médical et de recherche peut spécialement désigner parmi sa famille ou ses proches pour être l'interlocuteur de l'établissement qui recevra son cadavre³¹.

Le cadre supplétif : la famille ou les proches (sans hiérarchie). Dans toutes ces situations, et en l'absence de désignation anticipée par la personne, la loi prévoit le recours à la famille (étendue le plus souvent aux proches) pour faire valoir la volonté de la personne empêchée. Sans surprise, et conformément à la solution applicable en matière de funérailles, la famille est présumée être la plus à même de protéger la personne, défendre ses intérêts et témoigner le mieux de sa volonté. Mais dans ces hypothèses, c'est la collégialité qui prime, aucune hiérarchie n'est posée, les textes exigeant la recherche de la volonté de la personne auprès de la famille ou des proches de manière globale, sans qu'une personne en particulier soit présumée plus qualifiée qu'une autre pour faire valoir et exécuter cette volonté. C'est le cas notamment, en fin de vie d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté lorsqu'il s'agit de décider d'un éventuel arrêt des traitements au titre de l'obstination déraisonnable³² ou encore dans le cas de la recherche d'une éventuelle opposition de la personne à un prélèvement d'organe *post-mortem*³³ ou à la réalisation d'un examen génétique³⁴. Même si les professionnels de santé – parfois confrontés à un conflit familial – déplorent l'absence de hiérarchisation des membres de la famille et des proches, il est sans doute préférable – surtout lorsque l'enjeu de la décision à prendre est la mort de la personne – qu'aucune présomption ne soit posée dans ces situations très délicates et toutes singulières³⁵.

³¹ Article R. 1261-1 IV CSP.

³² Au terme de l'article R 4127-37-2 I CSP, dans une procédure collégiale réunie au titre de l'obstination déraisonnable, il convient de rechercher le témoignage de la volonté du patient, à défaut de personne de confiance, auprès « *de la famille ou de l'un des proches* ».

³³ Si l'opposition au prélèvement d'organe se fait principalement sur le registre national automatisé tenu par l'Agence de biomédecine (art. L 1231-1 CSP), elle peut aussi être relayée par un proche (art. R 1232-4-4 CSP).

³⁴ Au terme des articles L. 1130-3 et 4 CSP, la recherche d'une éventuelle opposition à la réalisation d'un examen génétique à des fins médicales dans l'intérêt de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté ou dans l'intérêt de la parentèle si la personne est décédée se fait, à défaut personne de confiance, auprès de sa famille ou à défaut d'un proche (on note que ce texte donne expressément priorité à la famille sur les proches mais sans hiérarchiser les individus au sein de la famille).

³⁵ La tentation est pourtant forte comme en témoignent les débats récents à propos de la proposition de loi relative aux soins palliatifs et d'accompagnement (1102), n° 1281, qui vient d'être adoptée par l'Assemblée nationale le 27 mai 2025. A la faveur d'un amendement adopté par la commission des affaires sociales, un article 15 bis avait été ajouté à la proposition d'origine en vue de modifier l'actuel article L. 1111-12 du CSP qui prévoit que « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, est hors d'état d'exprimer sa volonté, et n'a pas rédigé de directives anticipées, le médecin doit recueillir le témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, tout autre témoignage de la famille ou des proches, afin de définir la volonté du patient. ». Ce nouvel article 15 bis entendait instaurer une hiérarchie entre les membres de la famille en prévoyant qu'après le mot : « défaut, », la fin de la seconde phrase de l'article L. 1111-12 du code de la santé publique serait ainsi rédigée : « de l'époux, du partenaire auquel la personne est liée par un pacte civil de solidarité ou du concubin ou, à défaut, du ou des enfants majeurs ou, à défaut, du ou des parents ou, à défaut, du ou des frères ou de la ou des sœurs majeurs. » Lors des débats, il a été objecté que cette hiérarchisation était trop stricte au regard de la diversité des situations et des relations au sein des couples et des familles (voir les débats du 16 mai 2025). L'article 15 bis n'a finalement pas été adopté par l'Assemblée nationale.

À cet égard, la solution retenue pour la demande d'exhumation apparaît relativement originale. La hiérarchisation des membres de la famille prévue dans ce cas rapproche davantage cette situation de celle qui prévaut en matière de protection des majeurs³⁶, laquelle peut certes valoir pour des décisions personnelles touchant à l'intégrité physique de la personne mais est en premier lieu pensée pour la gestion de ses biens. En ce domaine en effet, la loi prévoit un classement pour la désignation du protecteur³⁷, en tête duquel on retrouve le conjoint (ou le partenaire pacsé ou le concubin), spontanément désigné comme le plus à même de protéger l'intérêt de l'autre. En son absence, l'ordre retenu pour choisir le protecteur s'inspire du modèle de la dévolution successorale légale³⁸. C'est aussi ce modèle qui est retenu pour la demande d'exhumation puisque l'instruction générale de l'état civil vise, après le conjoint, les enfants du défunt, les parents (père et mère) et les frères et sœurs du défunt.

L'approche civiliste apparaît plus dogmatique que celle retenue par le droit de la santé, plus sensible à la complexité humaine. C'est pourquoi, en cas de conflit sur la qualité de plus proche parent, l'appréciation – *in concreto* – du juge est primordiale.

Une fois la recevabilité de la demande de madame A.S. établie, les juges se devaient d'examiner son bien-fondé.

II/ Les motifs susceptibles de justifier l'exhumation du défunt

L'exhumation d'un cadavre se heurte *a priori* au principe du respect de la dignité des restes des personnes décédées qui interdit notamment de déplacer la dépouille au gré des conflits familiaux. Il en va de la paix des morts. C'est ce que rappelle ici en premier lieu la motivation du jugement qui vise, outre l'article 16-1-1 du Code civil, un arrêt de la Cour de cassation, qui a déjà jugé que « lorsque le lieu de sépulture a été décidé, avec l'accord de tous les intéressés, il ne doit pas être changé sans une nécessité absolue, le respect de la paix des morts ne devant pas être troublé par la division des vivants »³⁹. C'est pourquoi, la jurisprudence décide que l'exhumation d'un corps ne peut être effectuée que pour des motifs graves et sérieux⁴⁰, tels le respect de la volonté du défunt (A) et/ou le caractère provisoire de la sépulture (B).

³⁶ Dans ce domaine aussi, l'anticipation est possible. Le majeur peut désigner à l'avance la personne qui sera chargée de sa protection pour le cas où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts. C'est ce que permet le mandat de protection future créé par la loi du 5 mars 2007 (articles 477 et s. du Code civil).

³⁷ Il résulte ainsi de l'article 449 du Code civil qu'à défaut d'autre choix par la personne, il convient de désigner en premier lieu le conjoint (ou le partenaire ou le concubin) non séparé comme protecteur du majeur vulnérable, avant les parents, les autres alliés ou des tiers proches - personnes résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables.

³⁸ Lequel prévoit un classement des héritiers par ordre et par degré.

³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 1986, n°85-12.725, *Bull. civ. I*, n° 205. L'expression « paix des morts » « est utilisée par la jurisprudence dans les conflits sur l'expression de la volonté du défunt quant à son lieu de sépulture, « le respect de la paix des morts ne doit pas être troublé par les divisions des vivants » est une formule utilisée pour encadrer l'exhumation. Elle signifie que, sauf cas de nécessité absolue, le lieu de sépulture où a été inhumé le défunt ne peut être modifié, au nom d'un principe d'immutabilité de la sépulture. », A. Gailliard, « Paix des morts » in *Petit lexique de droit funéraire*, préc., p. 153.

⁴⁰ V. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 17 fév. 2018, n°17-18.298, inédit.

A/ L'exhumation justifiée par la volonté du défunt

L'appréciation souveraine du juge des éléments de preuve de la volonté du défunt. Le respect de la volonté du défunt justifie l'exhumation de son cadavre en vue de permettre une inhumation définitive conforme à sa volonté. Le droit accorde une importance toute particulière à cette volonté, laquelle se traduit par la liberté de tester pour décider de la répartition de ses biens mais aussi, depuis la loi du 15 novembre 1887, par le droit de décider de l'organisation de ses funérailles. Le non-respect de la volonté du défunt relativement à celle-ci, constitue d'ailleurs une infraction pénale sévèrement sanctionnée⁴¹. Le souhait du défunt d'être définitivement inhumé dans un autre lieu que celui de sa sépulture initiale justifie donc de faire droit à la demande d'exhumation. Une telle demande implique que le juge apprécie la volonté du défunt, dont la preuve peut être rapportée par tout moyen. **En l'absence de testament sur ce point⁴², c'est précisément la preuve de la volonté de M.S. qui posait difficulté en l'espèce, sa veuve soutenant qu'il souhaitait de longue date être inhumé en Israël dans un kibboutz, tandis que son fils aîné et sa sœur soutenaient qu'il avait exprimé le souhait, dans les derniers moments de sa vie – et en particulier après le décès de son frère inhumé dans un cimetière de région parisienne – de demeurer en France, « près du lieu où vivent ses proches ».** Le tribunal se devait donc d'examiner les différents moyens de preuve produits par les parties, lesquels étaient constitués d'attestations de membre de la famille du défunt, de sa veuve, d'amis et d'un rabbin ainsi que d'un enregistrement audio, et – fait plus rare – d'éléments matériels établissant l'achat de deux emplacements dans le cimetière du kibboutz en Israël en 2021.

En l'espèce, la difficulté ne venait pas de l'absence d'éléments de preuve de la volonté de M.S. d'être inhumé dans le cimetière du kibboutz mais de la présence de déclarations contradictoires faites par le défunt à la fin de sa vie. Certes M.S. n'avait pas pris de dispositions testamentaires spécifiques en ce sens mais les attestations produites établissaient qu'il avait exprimé *« de longue date à son entourage proche notamment son épouse, l'un de ses fils, l'une de ses sœurs mais également plusieurs de ses amis proches et membres de la famille de sa femme, le souhait d'être inhumé en Israël, comme l'[avaient] été ses parents »*. À cet égard, les juges ont estimé que son intention était *« non seulement claire mais aussi précise »* en ce sens qu'il avait indiqué à ses proches le lieu exact où il souhaitait être inhumé avec son épouse. Par ailleurs, les juges ont retenu qu'il était démontré que cette volonté s'était traduite par des démarches concrètes de visite du kibboutz (en 2015), puis de réservation de deux emplacements (en 2018) et enfin du paiement d'une somme d'argent à cet effet (en février 2021). Les juges ont également relevé le témoignage du rabbin soulignant *« la cohérence de la volonté exprimée »* avec la *« pratique religieuse [du défunt] et son*

⁴¹ L'article 433-1-1 du Code pénal dispose : *« Toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance, sera punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »*

⁴² Le juge apprécie la valeur de l'écrit contenant les volontés du défunt sur l'organisation de ses funérailles à l'aune des conditions de validité du testament. Il a ainsi été jugé que ne pouvait avoir valeur d'un écrit sous forme testamentaire le document contenant les volontés du défunt relatives à ses funérailles dont la période de rédaction ne pouvait être précisément délimitée (Cass. civ. 1^{re}, 8 avr. 2009, n° 08-12. 217).

attachement aux rituels judaïques », ainsi que le fait que l'intention exprimée s'inscrive dans une tradition familiale (les parents du défunt étant inhumés dans ce lieu). Enfin, la nature commune du projet (les époux mariés depuis plus de cinquante ans souhaitaient être inhumés ensemble) a manifestement constitué un indice important de cette volonté. C'est donc au terme d'une analyse minutieuse des attestations et autres éléments de preuve produits que les juges ont souverainement estimé que la preuve d'une volonté de longue date du *de cujus* d'être inhumé dans le cimetière du kibboutz était établie.

Pourtant, d'autres éléments semblaient contradictoires avec cette volonté. Or ces éléments étaient plus récents que ceux produits par la veuve et étaient en conséquence présentés, par les défendeurs, comme les dernières volontés du défunt. Ceux-ci affirmaient en effet que M.S. avait « exprimé clairement en présence de son épouse, [de son fils défendeur à l'instance] et de son aide-soignante, la volonté d'être inhumé près du lieu où vivent ses proches début novembre 2021, soit postérieurement à [une] vidéo (...) [produite par la veuve] ». Ils expliquaient que l'expression de ces dernières volontés faisait suite au décès du frère de M.S., lequel avait été inhumé dans un cimetière en région parisienne. La décision ne précise pas la nature des éléments produits au soutien de ces affirmations mais la motivation montre qu'elles étaient étayées. Ce n'est en tout cas pas en raison de l'absence de preuve de ces allégations que le tribunal a écarté ces déclarations contradictoires du défunt. Au contraire, il les a prises en considération mais a estimé qu'elles n'étaient pas « *déterminantes dans la mesure où [M.S.] se trouvait alors très fragilisé par la maladie de Charcot mais surtout manifestement sous la pression de ses deux fils déjà en conflit* ». **De ces deux motifs, c'est surtout le dernier qui emporte la conviction. Il met en effet en lumière une volonté contrainte, non libre du défunt, laquelle ne pouvait en effet être retenue dans ces conditions. La décision apparaît ainsi parfaitement motivée.**

L'incidence de la vulnérabilité de la personne. La référence – dans la motivation du jugement – à la situation de vulnérabilité de M.S. à la toute fin de sa vie, en raison de la maladie, invite toutefois à s'interroger sur la place à accorder à une volonté changeante dans les derniers moments de la vie. En l'absence de pression exercée par les tiers, comment prendre en compte une volonté qui évolue à l'approche de la mort ? Une telle volonté – bien qu'émanant d'une personne fragilisée – n'est pas moins valide que celle exprimée à un moment où la personne était moins fragile. Elle peut même être plus proche des derniers souhaits de la personne et valoir à ce titre comme la seule volonté à prendre en considération. Il faut admettre en effet que, s'agissant en particulier de décisions qui touchent à l'intimité du sujet – et singulièrement à sa mort – la volonté peut évoluer, notamment en fin de vie sans pour autant perdre sa force. Par ailleurs, il ne faut pas confondre perte d'autonomie fonctionnelle et altération des facultés mentales, laquelle n'est d'ailleurs pas nécessairement synonyme d'incapacité à exprimer sa volonté.

La volonté, si elle est libre et éclairée, doit pouvoir être entendue jusqu'au dernier moment. C'est la solution qui prévaut en matière de testament, où l'on retient la dernière volonté exprimée puisque le testament demeure révocable jusqu'au dernier

souffle du testateur⁴³. C'est pourquoi, sauf altération significative des facultés mentales de la personne et/ou contrainte subie par elle, c'est l'expression la plus récente de sa volonté qui doit prévaloir. Il faut prendre garde à ne pas s'en tenir par principe à une volonté plus ancienne au prétexte qu'elle serait plus clairement exprimée. C'est là le paradoxe des dispositifs d'anticipation conçus pour favoriser l'autonomie de la personne mais qui ont pour effet de figer la volonté.

Par ailleurs, il faut lutter contre le risque de disqualification de la parole de la personne vulnérable (en raison de la maladie et/ou de l'âge notamment). La fragilité fonctionnelle du sujet ne dit rien de son autonomie décisionnelle. C'est pourquoi la seule référence à la maladie ne suffit pas à écarter la parole de la personne. La tentation de disqualifier la parole du malade existe toutefois, comme le montre l'une des attestations produites par la veuve, dans laquelle les témoins avaient précisé que la volonté de M.S. avait « *été exprimée avant la survenance de [sa] maladie* ». Et d'ailleurs, même lorsque l'autonomie de la personne est atteinte, le droit reconnaît qu'elle est encore parfois apte à exprimer seule sa volonté. C'est ce qui ressort du régime applicable aux décisions personnelles des majeurs protégés. En effet, même lorsque la mesure de protection prévoit une représentation relative à la personne (laquelle implique le plus souvent une altération relativement sérieuse des facultés mentales), la personne continue de prendre seule ses décisions personnelles lorsqu'elle est apte à exprimer sa volonté⁴⁴.

Il faut toutefois reconnaître que, pour le juge, qui doit déterminer si la preuve de la volonté de la personne est rapportée, la tâche est délicate. Il est en particulier impossible de ne pas « objectiver » un tant soit peu la volonté du sujet. À cet égard, la recherche d'une cohérence entre les différents éléments permettra de conforter la conviction du juge. Au cas présent, c'est sans doute la raison pour laquelle les juges ont relevé que l'attestation du rabbin mettait en évidence « *la cohérence de la volonté exprimée par [M. S.] avec sa pratique religieuse et son attachement aux rituels judaïques* ». Ce que l'on souhaite simplement souligner ici c'est que si la cohérence constitue un guide dans la détermination de la volonté de la personne, toute évolution dans la volonté de la personne ne doit pas, par principe être considérée comme incohérente avec des actes et décisions passées et être écartée.

Outre la volonté du défunt, le caractère provisoire de l'inhumation constitue également un motif sérieux qui justifie l'exhumation.

B/ L'exhumation justifiée par le caractère provisoire de l'inhumation

Au cas d'espèce, la volonté établie du défunt d'être inhumé en Israël aurait suffi à justifier la décision. Pour autant, les motifs du jugement relatifs au caractère provisoire de l'inhumation à Neuilly ne sont pas inutiles. D'une part, le

⁴³ C'est un peu la même idée qui prévaut en matière de décision médicale touchant à l'intégrité physique de la personne : le consentement du patient est toujours révoquant (art. L 1111-4 al. 4 CSP).

⁴⁴ Article 459 du Code civil. C'est aussi ce que prévoit, pour les décisions médicales, l'article L 1111-4 du CSP depuis l'ordonnance du 11 mars 2020. Par ailleurs, le majeur protégé – y compris en cas de mesure de représentation relative à la personne – prend toujours seul ses décisions strictement personnelles (art. 458 du Code civil).

tribunal devait se prononcer sur ce point dès lors que la demanderesse avait fondé sa demande notamment sur le caractère provisoire de l'inhumation, lequel était contesté par les défendeurs. D'autre part, outre que le caractère provisoire de l'inhumation à Neuilly était susceptible de caractériser en soi un motif grave et sérieux d'autoriser l'inhumation⁴⁵, il constituait également un indice supplémentaire de la volonté du défunt d'être inhumé en Israël. **La motivation du jugement sur ce point vient donc conforter celle relative à la preuve de la volonté du défunt.**

Si la volonté du défunt était d'être inhumé en Israël, pourquoi l'avoir inhumé en France ? C'était la question soulevée par les défendeurs pour mettre en doute la thèse de la veuve. À cet égard, ils faisaient notamment valoir que, contrairement à ce qu'elle avait soutenu, la situation sanitaire au moment du décès ne constituait pas un élément probant car cette crise ne s'opposait pas à un transfert immédiat du cadavre en Israël. Selon eux, la durée – relativement longue – de la concession – 15 ans en l'espèce – était en revanche la preuve du caractère définitif de l'inhumation à Neuilly. **L'argument n'a toutefois pas convaincu les juges qui ont relevé que cette durée était la durée minimale proposée par la mairie de Neuilly-sur-Seine, de sorte que cet élément ne permettait pas d'exclure l'hypothèse du caractère provisoire de l'inhumation litigieuse.**

Ce qui a finalement convaincu les juges que l'inhumation était bien provisoire en l'espèce est le fait que la concession initiale était unique, alors que les époux avaient manifesté la volonté d'être inhumés ensemble. En estimant qu'« il apparaît certain que l'acquisition d'une concession unique ne pouvait revêtir qu'un caractère provisoire » les juges se sont référés notamment à la volonté de l'épouse. Pourquoi, alors qu'elle soutenait que son souhait était d'être inhumée aux côtés de son époux, aurait-elle permis l'inhumation définitive dans une concession où elle n'aurait pu être inhumée à ses côtés ? Afin d'écarter tout doute quant au caractère provisoire de l'inhumation, les juges ont pris le soin de relever que le délai assez long – un an – écoulé entre l'inhumation et la demande d'exhumation ne remettait pas en cause ce caractère compte tenu de la tradition judaïque (non contestée par monsieur E.S d'ailleurs) qui s'oppose au déplacement du corps avant un tel délai, comme l'avait attesté le rabbin. C'est ainsi que **les juges ont retenu que la preuve du caractère provisoire de l'inhumation, destinée à permettre aux proches vivant en France de se recueillir avant d'organiser le transfert du corps, était rapportée.**

Bien que le tribunal ait estimé la demande d'exhumation formée par madame A.S. recevable et bien fondée, il ne lui a pas entièrement donné satisfaction. **Contrairement à ce que souhaitait la veuve, le tribunal a écarté l'exécution provisoire de sa décision** – comme le lui permet l'article 514-1 du Code de procédure civile – au motif qu'une telle exécution « *apparaît en l'espèce incompatible avec la nature de l'affaire, puisqu'un transfert du corps serait susceptible d'entraîner une atteinte disproportionnée au respect dû à la personne décédée en cas d'infirmité de*

⁴⁵ Le seul caractère temporaire de l'inhumation en particulier suffit à faire droit à la demande (en ce sens, v. Cass. civ. 1^{re}, 1er juin 2011, n° 10-18.337). Pour un cas où la sépulture n'a pas été considérée comme provisoire, ce qui a empêché l'exhumation (en l'absence de volonté exprimée par le défunt) v. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-22.955.

la décision ». **Une telle solution doit être pleinement approuvée dès lors qu'elle apparaît la seule à permettre le respect de la volonté du défunt sans porter atteinte au respect de l'intégrité de la dépouille.**

Retour d'un enfant en Tunisie à la suite d'un enlèvement international, par application de la Convention de La Haye de 1980

TJ Nanterre, chambre des urgences JAF, 17 juin 2024, RG 24/03228
CA Versailles, chambre famille 2-2, 3 octobre 2024, RG 24/04174

Analyse par Marjolaine ROCCATI, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEJEC (EA 2320)

Les conflits familiaux sont d'autant plus difficiles à résoudre qu'une frontière vient s'immiscer entre les parents, alors qu'à l'issue d'un divorce l'un d'entre eux retourne dans son pays d'origine et emmène avec lui l'enfant du couple. C'est la situation à laquelle fut confronté le juge aux affaires familiales de Nanterre, saisi d'une demande de retour d'un enfant en Tunisie, introduite par le père en avril 2024. La décision, rendue le 17 juin 2024, fut confirmée par la Cour d'appel de Versailles le 3 octobre 2024, à l'issue de procédures accélérées dont il faut saluer la rapidité, indispensable pour répondre efficacement à une situation alléguée d'enlèvement international d'enfant.

En l'espèce, **Inès A. se trouvait au cœur du conflit parental. Née en septembre 2012 d'une mère franco-tunisienne et d'un père belgo-tunisien mariés en 2009 à Paris, elle résidait depuis 2015 en Tunisie, de même que ses parents, bien que séparés.** Le tribunal de première instance de Tunis avait alors confié la garde d'Inès à sa mère et accordé un droit de visite avec hébergement à son père. Prononcé en avril 2022, le jugement de divorce entre les parents reprenait les mêmes dispositions relatives au droit de garde, ce droit étant par la suite quelque peu étendu au profit du père par une décision de mars 2024.

Toutefois, un mois plus tôt, **la mère quittait la Tunisie avec sa fille pour la France où elle résidait et travaillait depuis déjà plusieurs mois**, au cours desquels l'enfant était confiée à sa grand-mère maternelle en Tunisie. S'étant aperçu peu après de cette absence, **le père engageait un détective privé pour les retrouver à Maisons-Laffite, et saisissait ensuite le Tribunal judiciaire de Nanterre d'une demande de retour.** Conformément aux articles 12 et 29 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la demande est introduite en effet devant l'autorité judiciaire de l'État contractant où se trouve l'enfant. En France, l'article L211-12 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que "*[d]es tribunaux judiciaires spécialement désignés connaissent des actions engagées sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et communautaires relatives au déplacement illicite international d'enfants*", en

l'occurrence le Tribunal judiciaire de Nanterre pour le ressort de la Cour d'appel de Versailles⁴⁶.

En réponse, la mère contestait la recevabilité de la demande, réalisée sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980 et non pas celui de la Convention franco-tunisienne du 8 mars 1982 en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires. Elle démentait par ailleurs le caractère illicite du déplacement et faisait valoir que le retour d'Inès l'exposerait à un risque grave de danger.

Le Tribunal judiciaire de Nanterre devait ainsi statuer tant sur les règles applicables au litige que sur le retour de l'enfant. Sa décision lui permet de relever l'application combinée de conventions internationales en matière d'enlèvement international d'enfants (I), affirmer le caractère illicite du déplacement (II) et interpréter strictement les exceptions au retour de l'enfant (III). Saisie en appel de ce seul dernier point, la Cour d'appel confirme la décision de première instance.

I. L'application combinée de conventions internationales

La convention de référence en matière d'enlèvement international d'enfant est la Convention de La Haye du 25 octobre 1980⁴⁷, ratifiée par plus d'une centaine d'États dans le monde, entrée en vigueur entre la France et la Tunisie le 1^{er} septembre 2023⁴⁸. La question se posait de son articulation avec une convention bilatérale franco-tunisienne, conclue le 18 mars 1982⁴⁹, portant sur le droit de garde des enfants. La mère de l'enfant soutenait l'application de cette dernière, et en particulier de son article 8, suivant lequel la saisine de la juridiction doit être faite par l'intermédiaire des autorités centrales, le père étant alors irrecevable à saisir seul le juge aux affaires familiales. Le père défendait au contraire l'application combinée des deux textes et la possibilité d'appliquer l'article 29 de la Convention de La Haye, lui permettant de saisir directement l'autorité judiciaire.

L'application combinée de plusieurs textes n'est pas habituelle en droit international privé. Lorsque deux conventions internationales, ou un règlement européen et une convention internationale, étendent leur champ d'application à la même situation, il faut généralement faire un choix. Ce choix s'opère bien souvent à partir des dispositions des textes concernés eux-mêmes, le texte adopté ultérieurement organisant son articulation avec les textes antérieurs⁵⁰. À défaut, la

⁴⁶ Voir le tableau VII en annexe du Code de l'organisation judiciaire; sur la compétence du juge aux affaires familiales, voir l'article 1210-5 du Code de procédure civile.

⁴⁷ Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur en France le 1^{er} décembre 1983 et en Tunisie le 1^{er} octobre 2017.

⁴⁸ Conformément à l'article 38 de la Convention, celle-ci n'a d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui déclarent accepter cette adhésion ; en l'occurrence, la France a accepté l'adhésion de la Tunisie le 12 juin 2023.

⁴⁹ Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires (Décret n°83-555 du 30 juin 1983, *JORF du 01.07.1983*, p. 1998).

⁵⁰ Voir par exemple l'article 19 du règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la

maxime *specialia generalibus derogant* invite à appliquer en priorité le texte plus spécifique à la situation, à l'exclusion d'un autre texte plus général.

Toutefois, **l'enlèvement international d'enfants constitue un domaine atypique, marqué par l'application combinée d'instruments internationaux**. C'est le cas lorsque le déplacement illicite d'un enfant s'opère entre deux États membres de l'Union européenne, donnant lieu à l'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et du règlement Bruxelles II ter⁵¹, suivant l'articulation prévue par ce dernier⁵². C'est le cas également lorsque le déplacement s'opère vers ou depuis un État tiers, comme en l'espèce, et qu'une convention bilatérale s'applique entre les deux États concernés. La Convention de La Haye prévoit à cet égard à l'article 34 qu'elle « *n'empêche pas qu'un autre instrument international liant l'État d'origine et l'État requis, ni que le droit non conventionnel de l'État requis, ne soient invoqués pour obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement* ». Le rapport explicatif de la Convention⁵³, cité dans les motifs de la décision, précise que « *même dans son domaine propre, la Convention ne prétend pas être appliquée de façon exclusive : elle désire, avant tout, la réalisation des objectifs conventionnels et reconnaît donc explicitement la possibilité d'invoquer, simultanément à la Convention, toute autre règle juridique qui permette d'obtenir le retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement, ou l'organisation d'un droit de visite* » (§39). Ce faisant, le texte guide également l'application combinée entre les textes : l'objectif, issu de l'article premier de la Convention, est celui « *d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement* ». Le cas échéant, la France et la Tunisie auraient pu souhaiter exclure ou limiter l'application du texte multilatéral au profit de la convention bilatérale qui s'appliquait antérieurement entre eux, mais aucune réserve n'a été exprimée en ce sens, ce que relève le Tribunal judiciaire de Nanterre.

Le père a estimé que la saisine directe du juge aux affaires familiales de Nanterre faciliterait le retour de l'enfant, à l'inverse d'une saisine du Ministère de la Justice tunisien, autorité centrale désignée⁵⁴. Il aurait pu à l'inverse se prévaloir de la Convention franco-tunisienne s'il l'avait considérée plus efficace à cette fin. C'est ainsi par exemple que cette dernière entend plus strictement les exceptions au retour d'un enfant déplacé illicitement⁵⁵. Toutefois, l'obligation de saisir

séparation de corps, *JO L 343* du 29.12.2010, pp. 10-16, intitulé « *Liens avec les conventions internationales en vigueur* », qui fait prévaloir les conventions internationales en vigueur, à l'exception de celles conclues exclusivement entre États membres de l'Union européenne.

⁵¹ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), *JO L 178* du 2.7.2019, pp. 1-115 ; applicable aux actions introduites après le 1^{er} août 2022, il s'est substitué au règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JO L 338* du 23.12.2003, pp. 1-29, dit « Bruxelles II bis ».

⁵² Voir le chapitre III du règlement.

⁵³ Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera, librement téléchargeable sur le site de la Conférence de La Haye (<https://www.hcch.net/fr/home> consulté le 25 avril 2025)

⁵⁴ Voir l'article 2 de la Convention franco-tunisienne.

⁵⁵ Voir l'article 11 de la Convention franco-tunisienne : « *Le juge de l'Etat où l'enfant a été déplacé ou retenu doit ordonner, à titre conservatoire, la remise immédiate de l'enfant, à moins que la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant n'établisse :*

le ministère de la Justice tunisien et de s'en remettre à une coopération entre autorités centrales, avant la saisine de l'autorité judiciaire⁵⁶, aurait nécessairement allongé la procédure et exposé par ailleurs le père à un défaut de coopération entre autorités centrales. Notons au passage que la convention franco-tunisienne a été critiquée à cet égard, du moins par le passé, un auteur relevant en 2014 qu'elle « *n'a jamais permis le retour d'un enfant déplacé illicitement* »⁵⁷. Par ailleurs, sur les dispositions faisant exception au retour d'un enfant déplacé illicitement, le doute s'immisce à la lecture du rapport explicatif précité, relatif à la Convention de La Haye. Ce dernier envisage uniquement une application simultanée des textes. Il ne prévoit pas que la convention multilatérale s'efface derrière la convention bilatérale. En ce sens, en présence d'un déplacement illicite d'enfants du Maroc vers la France, ont pu être appliquées de façon cumulative les exceptions au retour de la Convention de La Haye et de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, considérées non remplies dans l'affaire concernée⁵⁸. Ainsi, si les exceptions au retour s'appliquent en vertu de la Convention de La Haye, celle-ci ne pourrait être écartée au motif que les exceptions au retour de la Convention bilatérale ne sont pas remplies. Pour autant, l'article 34 de la Convention de La Haye se révèle moins explicite que son rapport explicatif, ouvrant la possibilité de se fonder uniquement sur une convention bilatérale en matière de déplacement illicite d'enfant. De même, l'article 29 ouvre la faculté pour la personne qui prétend qu'il y a eu une violation du droit de garde au sens de la Convention de s'adresser directement aux autorités judiciaires ou administratives des Etats contractants, "*par application ou non des dispositions de la Convention*". Le demandeur conserve dès lors la possibilité de saisir cette juridiction sur un autre fondement que celui de la Convention de La Haye, comme ce fut le cas dans d'autres affaires⁵⁹. En tout état de cause, la question ne s'est pas posée en l'espèce, le père s'étant fondé uniquement sur la Convention de La Haye.

Le débat devant le juge aux affaires familiales s'est alors cristallisé autour du déplacement illicite de l'enfant et de l'admission ou non des exceptions à son retour, en vertu de cette dernière.

1. Qu'à l'époque de la violation invoquée, la personne à qui la garde avait été confiée avant le déplacement n'exerçait pas effectivement ou de bonne foi le droit de garde sur l'enfant, ou
2. Que la remise de l'enfant serait de nature à mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle depuis l'attribution de la garde.
Dans l'appréciation des circonstances visées ci-dessus, les autorités judiciaires prennent en considération les informations fournies par l'autorité centrale de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, notamment sur sa situation sociale et sur la teneur des dispositions législatives concernant le droit de garde dans cet Etat. »

⁵⁶ Voir article 8 de la Convention franco-tunisienne.

⁵⁷ H. Yalaz, « Les déplacements illicites d'enfants et les conventions bilatérales franco-algérienne et franco-tunisienne », *AJ Famille*, 2014, p. 351.

⁵⁸ Voir Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n°17-11.840.

⁵⁹ Voir Cass. civ. 1^{re}, 18 avr. 2000, n°97-20.809 : seule la convention franco-portugaise du 20 juillet 1983 fut appliquée à un déplacement illicite d'enfant du Portugal vers la France, alors même que la Convention de La Haye était entrée en vigueur au Portugal le 1^{er} décembre 1983, tout comme en France ; la Cour de cassation est critiquée par ailleurs pour avoir raisonné à propos de la convention franco-portugaise comme si elle interprétait la convention de La Haye (voir E. Gallant, *RCDIP*, 2001, p. 341) ; il convient de noter que les règlements précités « *Bruxelles II bis* » (article 59) puis « *Bruxelles II ter* » (article 94) se sont substitués aux conventions conclues exclusivement entre États membres.

II. Le caractère illicite du déplacement de l'enfant

La mère a vainement tenté de convaincre le juge aux affaires familiales que la résidence de l'enfant depuis 2015 en Tunisie était une résidence « *forcée* », rendue nécessaire par la décision du juge tunisien ayant accordé au père un droit de visite. Cette résidence n'en était pas moins licite, conforme au droit de garde ainsi prononcé. L'enfant, âgée alors de deux ans et demi, a résidé en Tunisie jusqu'en février 2024, y était scolarisée et disposait d'un ancrage familial tant du côté maternel que paternel. **La résidence habituelle de l'enfant en Tunisie avant son déplacement par sa mère en France ne laissait donc place au doute.**

Le juge aux affaires familiales de Nanterre devait ensuite apprécier si le déplacement était illicite. Conformément à l'article 3 de la Convention de La Haye, « *[l]e déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite [...] lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne [...] seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour* ». La mère estimait que le droit de garde de l'enfant dont elle disposait incluait le droit de modifier seule sa résidence, tant en vertu du droit français que du droit tunisien. Toutefois, se fondant sur ce dernier⁶⁰, seul applicable, le juge aux affaires familiales en a déduit que **la mère, bien que titulaire du droit de garde sur l'enfant, n'avait pas le pouvoir de décider seule de s'établir en France.**

En appel, la mère ne contestera plus ces deux points, se prévalant uniquement des exceptions au retour de l'enfant en cas de déplacement illicite, prévues à l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980.

III. L'interprétation stricte des exceptions au retour

L'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 prévoit, en cas de déplacement illicite d'un enfant, la possibilité pour le juge de ne pas ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit « *b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable* ». L'article 13 ajoute la possibilité de refuser le retour de l'enfant si le juge « *constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion* ».

Au vu du climat bien souvent éminemment conflictuel qui oppose les parents, le parent ayant déplacé illicitement l'enfant s'appuie généralement sur cette disposition pour faire en sorte que le retour ne soit pas ordonné. L'interprétation de l'article 13 b) a ainsi donné lieu à une jurisprudence abondante jusque devant la Cour

⁶⁰ Le juge aux affaires familiales a détaillé sa motivation à cet égard, convoquant les articles 54, 61, 62 et 67 du code du statut personnel tunisien, ainsi que la jurisprudence tunisienne ; pour rappel, le contrôle opéré par la Cour de cassation sur l'interprétation du droit étranger se limite à un contrôle de motivation et d'absence de dénaturation du droit étranger (voir entre autres M. Farge, « Chapitre 512 – Détermination du droit applicable », *Dalloz action Droit de la famille*, 2023-2024, n°512.611 à 512.614).

de cassation. Or, la grande majorité des décisions⁶¹ révèle que **l'exception est rarement retenue, les juges privilégiant une interprétation stricte pour ne pas mettre en péril l'objectif premier de la Convention, à savoir mettre fin à une situation illicite**. Par exemple, la Cour de cassation a censuré dans un arrêt du 30 novembre 2022⁶² une cour d'appel, pour n'avoir pas caractérisé le danger grave encouru par l'enfant en cas de retour immédiat ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, alors que face à un enfant de quatre ans, en France depuis l'âge de deux ans, les juges du fond avaient considéré qu'une séparation prolongée avec sa mère, dans des conditions nécessairement conflictuelles et douloureuses, l'exposerait à un grave danger pour son équilibre psychique. Cette interprétation stricte n'a pas toujours été retenue, des décisions plus anciennes semblant marquer une interprétation plus souple de l'exception⁶³.

En l'espèce, la mère dénonçait pourtant des faits graves d'exposition à des images pornographiques, des propos ou gestes à caractère sexuel, des violences, du harcèlement scolaire. Le père niait ces accusations, non portées à la connaissance du juge tunisien. Il appartenait dès lors au Tribunal judiciaire de Nanterre de reprendre l'ensemble des pièces du dossier afin de caractériser ou non le danger grave encouru par l'enfant en Tunisie. Après s'être assurée lors de l'audience que le départ en France n'était pas motivé par un risque de danger pour l'enfant et fait état des relations conflictuelles entre les parents, la magistrate relève que le risque de danger repose sur les déclarations de l'enfant et ne sont pas corroborées par d'autres pièces du dossier, la mère ayant par ailleurs refusé de poursuivre l'évaluation débutée par les services sociaux tunisiens. La juge aux affaires familiales met en avant le conflit de loyauté dans lequel se trouvait l'enfant, ainsi que son arrivée récente en France. Elle en déduit que la seule opposition de l'enfant ne justifie pas le rejet de la demande de retour du père.

En appel, la Cour d'appel relève que les déclarations de l'enfant ont évolué dans le sens d'une aggravation des accusations contre son père depuis son arrivée en France. Pour autant, elle note l'absence de suivi psychologique ou de plainte déposée par la mère. Elle observe qu'une psychologue clinicienne n'a pas souhaité confirmer les termes d'un certificat rédigé en juin 2024, après consultation de l'enfant en septembre et octobre 2023. Le père produit à l'inverse un rapport de la déléguée tunisienne de la protection de l'enfance, qui revient notamment sur les circonstances de l'ouverture accidentelle d'une vidéo à caractère pornographique par l'enfant. Les faits de harcèlement scolaire ne sont pas étayés.

Les magistrats du Tribunal judiciaire de Nanterre comme de la Cour d'appel de Versailles ont ainsi procédé à un travail minutieux d'examen et confrontation des preuves, leur permettant de déterminer si le risque de danger grave est établi par la mère, à qui incombait la charge de la preuve.

⁶¹ Soit 38 décisions de la Cour de cassation sur 46, relatives à l'application de l'article 13 b), recensées sur 30 ans d'application de la Convention, entre 1994 et 2024.

⁶² Cass. civ. 1^{re}, 30 nov. 2022, n°22-16.976 ; voir également Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2024, n°23-16.883, décision citée par le juge aux affaires familiales.

⁶³ Comp. avec Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n°93-15.495 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1999, n°98-17.902.

Après avoir également entendu l'enfant, la Cour d'appel approuve notamment les juges de première instance d'avoir considéré avec prudence ses déclarations, Inès A. étant mise par sa mère face au choix de vivre avec elle en France ou repartir en Tunisie avec son père. Pour reprendre les termes des juges, ce « *conflit de loyauté particulièrement lourd à porter pour une jeune adolescente de 12 ans* » fait que son opinion ne peut à elle seule justifier une décision de non-retour.

La Cour d'appel écarte les autres arguments invoqués par la mère, tirés d'un risque d'incarcération ou de décisions civiles et pénales la privant définitivement de tout lien avec sa fille en Tunisie, considérés comme non avérés.

La mère se prévalait enfin d'une autre exception, issue de l'article 20 de la Convention de La Haye, suivant lequel le retour de l'enfant peut être refusé s'« *il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». À l'appui de cette allégation, elle produit plusieurs articles d'experts nationaux et internationaux se montrant critiques sur l'efficacité des dispositifs de protection de l'enfance en Tunisie. Le père de l'enfant rappelle en réponse l'arsenal juridique et les structures dédiées, dont l'inefficacité ne serait pas rapportée en l'espèce.

La Cour d'appel confirme alors dans son dispositif le jugement du Tribunal judiciaire de Nanterre ordonnant le retour de l'enfant en Tunisie, l'assortissant d'une astreinte pour en garantir l'exécution. Sa motivation détaillée, de même que celle du Tribunal judiciaire, emporte la conviction. Pour autant, ces décisions masquent mal le sentiment d'insatisfaction persistant, face à l'âpreté des conflits familiaux qui se nouent autour d'un enlèvement international d'enfant, devant lequel l'effet pacificateur de la justice bien souvent s'incline.

PARTIE 2. CONTENTIEUX DE LA CONSOMMATION

L'obligation précontractuelle d'information aux frontières du droit de la consommation et du droit commun des contrats

TJ Nanterre, Tribunal de Proximité de Boulogne-Billancourt, 21 janvier 2025, RG 11-24-160

Analyse par Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Professeur à l'Université Paris Nanterre, chargée des relations avec le Tribunal judiciaire de Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457)

Compétent sur un litige civil dont le montant des demandes est inférieur ou égal à 10 000 €, le tribunal de proximité a vocation à traiter des contentieux du droit de la consommation. Cependant, dans le cas de succès d'une médiation de la consommation, ou d'un autre mode de règlement amiable dont la tentative est obligatoire pour les litiges inférieurs à 5000 €, le tribunal de proximité verra une part des litiges lui échapper. Or **la saisine du tribunal de proximité présente un intérêt résidant tant dans la faculté de relevé d'office du juge, que dans le prononcé de sanctions, deux voies que les médiateurs de la consommation n'ont pas vocation à emprunter. La décision rendue par le tribunal de proximité de Boulogne-Billancourt, l'un des 7 tribunaux de proximité du ressort du Tribunal judiciaire de Nanterre, en est une parfaite illustration.**

Une personne avait, le 25 juin 2023, conclu auprès d'une société un contrat de fourniture et pose de deux radiateurs en contrepartie d'un prix de 5 024,84 € dont 3 014,90 € payés par acompte. La décision ne renseigne pas sur le mode de conclusion du contrat mais celui-ci a vraisemblablement été opéré à distance (par téléphone, courrier postal ou plus vraisemblablement par échange de courriers électroniques), la cliente évoquant avoir reçu avec le devis une photographie des deux radiateurs référencés. Le contrat ayant été conclu à des fins personnelles, la juridiction relève à juste titre qu'« *il n'est pas douteux qu'en l'espèce les parties sont professionnel (..) et consommateur (...) au sens de l'article liminaire du code de la consommation* ». Le jour de la livraison et de l'installation des radiateurs, le consommateur, constatant que leur taille ne convenait pas à l'emplacement de leur installation, a refusé l'exécution du contrat et allégué un défaut de conformité. Le professionnel a refusé cette réclamation au motif que les radiateurs référencés sur le devis étaient bien ceux livrés, qu'ils correspondaient à la puissance nécessaire au chauffage prévu pour les lieux de leur installation et que leur référence portée sur le devis aurait permis au consommateur de vérifier leurs dimensions sur le site de la marque. Le consommateur a par conséquent fait assigner le professionnel devant le tribunal de proximité de Boulogne-Billancourt, principalement aux fins de voir prononcer la résolution judiciaire du contrat sur le fondement d'un défaut de conformité au sens de l'article L. 217-4 du Code de la consommation, et subsidiairement en constater la nullité pour dol. Outre la condamnation du professionnel à lui verser la somme de 3 014,90 € en restitution de l'acompte, le consommateur sollicitait l'allocation de 3 000 € à titre de dommages-

intérêts en réparation d'un préjudice de jouissance, pour avoir été privé de chauffage par l'effet des manquements du professionnel.

Le professionnel n'ayant pas comparu, le tribunal de proximité observe, en application de l'article 93 du Code de procédure civile, qu' « *il s'avère que le domicile de la demanderesse et le lieu d'exécution du contrat se situent à Suresnes mais que la défenderesse a son siège à Sèvres, soit dans le ressort de ce tribunal de proximité, de sorte que l'absence de comparution de cette dernière n'entraîne pas d'éventuelle incompétence territoriale de ce tribunal* ». On ajoutera cependant que si le consommateur peut saisir, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, celle du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service (CPC, arts 42 et 46), il bénéficie lorsqu'il est demandeur, d'une option de compétence supplémentaire (C. consom., art. R. 631-3) lui permettant de saisir le tribunal du lieu de son propre domicile en matière contractuelle. Grâce à ce privilège de juridiction du consommateur, le tribunal de proximité de Boulogne Billancourt se trouvait territorialement compétent.

Pour condamner le professionnel à restituer l'acompte, la juridiction fait droit à la demande subsidiaire en nullité du contrat au titre du droit commun des contrats (II), après avoir pertinemment relevé d'office le manquement à l'obligation précontractuelle d'information du Code de la consommation (I).

I/ Le relevé d'office d'un manquement à l'obligation d'information du Code de la consommation

Issu de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008, le pouvoir du juge de relever d'office les dispositions du droit de la consommation, qui se mue en une obligation dès lors qu'est en jeu une clause abusive⁶⁴, est opportun à raison de l'infériorité du consommateur⁶⁵ et au risque, non avéré en l'espèce, qu'il ne compareisse pas.

En l'espèce, la juridiction observe à juste titre que la cliente ne peut se prévaloir d'un défaut de conformité, puisque les radiateurs « *correspondent effectivement aux spécifications du contrat et que leur impropriété à l'usage de chauffage n'est pas démontrée* ». En d'autres termes, malgré le caractère élargi du défaut de conformité du Code de la consommation, lequel englobe tant, le manquement à l'obligation de délivrance du droit commun, que le vice caché du Code civil, il n'était pas possible de caractériser en l'espèce un défaut ni au regard du critère subjectif de conformité -les spécifications du contrat⁶⁶-, ni au regard du critère objectif de conformité⁶⁷- l'impropriété à l'usage. En revanche, la juridiction fait droit à la demande subsidiaire fondée sur la réticence dolosive au sens de l'article 1137 du Code civil, à savoir « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le*

⁶⁴ C. consom., art. R. 632. V. J.-C. Bruyère, M. Plissonnier, N. Sauphanor-Brouillaud, « L'effet perturbateur du droit de la consommation toujours d'actualité ? Réflexions en procédure civile à l'aune de la jurisprudence sur les clauses abusives », en ligne sur le site internet du CEDCACE : <https://cedcace.parisnanterre.fr/>.

⁶⁵ CJUE, 21 nov. 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00.

⁶⁶ C. consom., art. L. 217-4.

⁶⁷ C. consom., art. L. 217-5.

caractère déterminant pour l'autre partie». À cet effet, elle relève d'office le manquement à l'obligation précontractuelle d'information au sens du Code de la consommation, en appliquant la qualification de caractéristiques essentielles (A) et en caractérisant le défaut de délivrance de l'information dont les modalités méritent d'être discutées (B).

A/ L'application de la qualification des caractéristiques essentielles

Issue de la transposition de la directive 2011/83, l'obligation précontractuelle d'information diffère selon que le contrat est conclu à distance ou hors établissement (Dir. 2011/83, art 6), ou en dehors de ces contextes spécifiques (Dir. 2011/83, art. 5). Cependant, certaines informations, telles celles sur les caractéristiques essentielles des biens et services, sont communes à l'ensemble de ces contrats. Longtemps, le législateur français a entretenu la confusion, puisque s'il avait bien transposé le contenu de l'article 5 de la directive 2011/83 dans l'article L. 111-1 du Code de la consommation, il avait en revanche, au sein de l'article L. 221-5, 1° ayant trait aux contrats à distance et hors établissement, procédé à un renvoi à l'article L.111-1 pour les informations précontractuelles communes. Le renvoi a été depuis gommé, le nouvel article L. 221-5 (issu de l'ord. n° 2021-1247 du 29 sept. 2021), s'alignant désormais sur l'article 6 de la directive 2011/83, pour énumérer l'ensemble des renseignements requis pour les contrats hors établissement et à distance. En présence d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information sur les caractéristiques essentielles d'un contrat à distance ou hors établissement, les juges se réfèrent généralement à l'article L. 111-1, texte général, issu d'une harmonisation minimale, qui ne s'applique pas à ces contextes particuliers. On peut regretter cette habitude judiciaire dans la mesure où l'information, concernant ces contrats est régie par une harmonisation maximale, soumise à un formalisme spécifique, et sanctionnée par des règles particulières. Cependant, en l'espèce, la décision ayant fait le choix d'une sanction issue du droit commun des contrats, le fondement du texte général au lieu de celui applicable aux contrats à distance n'a pas eu de conséquences fâcheuses.

En l'absence de définition des caractéristiques essentielles, le juge a été amené à en préciser les contours. Ont été considérées comme telles la production d'électricité d'une installation de photogénérateur⁶⁸, la marque du bien ou du service faisant l'objet du contrat⁶⁹ ou encore, les dimensions d'un mobilier ainsi que sa compatibilité avec l'espace indiqué⁷⁰. **La qualification de caractéristique essentielle appliquée par la juridiction à l'égard des dimensions d'un matériel destiné au chauffage qui « prend une place nécessairement importante » est parfaitement fondée.** En ajoutant que « *le devoir d'information exigé par l'article L 111-1 du code de la consommation doit être exécuté complètement et spontanément par le professionnel* », la juridiction apporte, incidemment, une précision sur les modalités de délivrance de l'information précontractuelle.

⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2023, n°22-14.020, publié au *Bulletin*.

⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2024, n°21-20.691, *D.* 2025, p. 664, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

⁷⁰ CA Versailles, 21 mai 2013, *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. 224, obs. G. Raymond à propos d'une armoire-lit.

B/ Les précisions sur les modalités de délivrance de l'information précontractuelle

Lorsque le contrat est conclu hors contexte spécifique, l'information précontractuelle doit être « *fournie* » au consommateur⁷¹, ce qui suppose une démarche active de la part du professionnel, le consommateur restant passif. Comme l'a indiqué la juridiction, le devoir d'information exigé par l'article L 111-1 « *exclut donc toute démarche supplémentaire du consommateur aux fins de le compléter* ». Cependant, s'agissant vraisemblablement en l'espèce d'un contrat à distance, la délivrance de l'information précontractuelle obéissait à un régime spécifique axé autour de la distinction entre la phase précontractuelle et la phase de confirmation du contrat. Lors de la première, le professionnel est autorisé à délivrer au consommateur les informations de deux façons. Soit il les « *fournit* », soit il les « *met à disposition sous une forme adaptée à la technique de communication à distance* »⁷², le consommateur devant alors dans ce deuxième cas adopter une démarche active pour consulter les informations en cliquant par exemple sur un lien hypertexte. Lors de la phase de la confirmation du contrat, les informations doivent en revanche être délivrées de telle sorte que le consommateur n'ait aucune action à entreprendre⁷³.

Dans la présente affaire, **le professionnel avait fait valoir que grâce à la référence des radiateurs mentionnée sur le devis, la consommatrice avait eu la possibilité de s'assurer de leur taille en allant consulter le site internet de la marque. À cet égard, si le professionnel avait, par exemple, sur son propre site internet, indiqué la taille des radiateurs par le biais d'un lien hypertexte vers le site du fabricant, cette modalité de délivrance de l'information aurait pu être jugée valable au stade précontractuel. Cependant, en l'espèce, tel n'était pas le cas, puisque le professionnel n'avait ni fourni l'information, ni mis celle-ci à disposition du consommateur.** La juridiction ne s'y est pas trompée en relevant que « *les dimensions des radiateurs prévus par le contrat n'ont en l'espèce pas été communiquées au consommateur préalablement à la conclusion du contrat, ce que la société (...) a de facto reconnu* » en écrivant à la consommatrice « *qu'elle pouvait en prendre par elle-même connaissance sur le site du fabricant* ». **Comme l'a observé la juridiction, « en sa qualité de professionnel, la société (...) ne pouvait ignorer être redevable de cette information ; or il est constant qu'elle ne l'a pas fournie au prétexte erroné qu'il appartenait à un tiers de le faire à sa place ».** Ayant ainsi caractérisé, sur le terrain du droit de la consommation, le manquement à l'information précontractuelle sur les caractéristiques essentielles, la juridiction prononce la nullité du contrat au titre du droit commun des contrats.

⁷¹ Dir. 2011/83, art. 5. Lors de la transposition, au sein de l'article L.111-1 du Code de la consommation, le législateur français a remplacé le terme « fourni » par celui de « communiqué ». C'est regrettable dans la mesure où cette différence sémantique réduit pour le juge interne la portée des décisions de la CJUE qui interprète les termes de la directive.

⁷² Dir. 2011/83, art. 8.1 ; C. consom., art. L. 221-11.

⁷³ Dir. 2011/83, art. 8.7 ; C. consom., art. L. 221-13 ; CJUE, 24 fév. 2022, *Tiketa*, aff. C-536/20, D. 2023, p. 623, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

II/ Le prononcé de la nullité du contrat au titre du droit commun des contrats

Pour faire droit à la demande subsidiaire fondée sur le dol, la juridiction a fait le choix d'une caractérisation de ce vice du consentement qu'il convient d'analyser (A) avant d'évoquer l'alternative qui permet désormais de procéder à une présomption du vice du consentement (B).

A/ Le choix d'une caractérisation d'un vice du consentement

L'élément matériel du dol invoqué par le consommateur était celui qui, prenant place aux côtés des manœuvres et du mensonge, est constitué par « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* », selon l'article 1137 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats applicable en l'espèce. Si le texte ne subordonne pas la réticence à une information de source légale⁷⁴, la décision présente l'intérêt de montrer que la réticence dolosive peut être également caractérisée à raison de l'existence d'une telle obligation. **C'est parce qu'elle avait relevé le manquement à une obligation d'information dont la source est le Code de la consommation que la juridiction en déduit la caractérisation de l'élément matériel du dol au sens du droit commun des contrats. Et c'est également grâce à la qualification de caractéristiques essentielles au sens du Code de la consommation, que la juridiction en déduit le caractère déterminant au sens de l'article 1137 du Code civil.**

S'agissant de l'élément intentionnel du dol, il est lui aussi habilement déduit par la juridiction, de la qualité de professionnel, au sens du Code de la consommation, de l'auteur du dol. Elle relève que la société ne pouvait « *de bonne foi* » faire peser sur le consommateur une obligation dont elle-même a légalement la charge, ce dont elle déduit « *la caractérisation de la volonté de rétention par le professionnel d'une information dont il ne pouvait ignorer le caractère essentiel au consentement du consommateur* ». **Le raisonnement qui s'est attaché à caractériser le vice du consentement de la consommatrice est parfaitement fondé** au regard de l'argumentation développée par celle-ci. **Il permet à la juridiction de prononcer outre la nullité du contrat, qui assure ainsi la restitution de l'acompte versé, l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement d'un préjudice moral** (la rétention abusive de l'acompte versé)⁷⁵. **Une alternative existe cependant, désormais, consistant à mettre en œuvre une présomption d'un vice du consentement.**

⁷⁴ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 3^e éd., 2024, n°327.

⁷⁵ Le préjudice de jouissance n'est pas caractérisé, la juridiction ayant observé qu'« *il ressort du contrat entre les parties que d'autres radiateurs préexistaient dans les lieux de l'installation et devaient être déposés* ».

B/ L'alternative d'une présomption d'un vice du consentement

Dans une décision du 20 décembre 2023, la première chambre civile a jugé qu'« *il résulte de la combinaison de l'article L. 111-1 du code de la consommation, qui n'assortit pas expressément de la nullité du contrat le manquement aux obligations d'information précontractuelles qu'il énonce, et de l'article 1112-1 du code civil, qu'un tel manquement du professionnel à l'égard du consommateur entraîne néanmoins l'annulation du contrat, dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants du code civil, si le défaut d'information porte sur des éléments essentiels du contrat* »⁷⁶.

La Cour de cassation a donc ouvert la voie à une présomption de vice du consentement du consommateur, lorsqu'est caractérisé un manquement du professionnel à la délivrance d'informations essentielles au sens de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Entrent assurément dans cette qualification les renseignements sur les caractéristiques essentielles du bien.

Une telle présomption présente l'intérêt pour les juges de réduire la casuistique dans le choix de la sanction civile, générée par le silence du Code de la consommation, tant à l'égard des informations précontractuelles dues au titre des contrats conclus en dehors d'un contexte spécifique que pour les contrats conclus à distance, le manquement à l'information précontractuelle n'étant passible de la nullité du contrat que pour un type de contrat conclu à distance, le contrat conclu par voie électronique⁷⁷. Aussi, **pour le cas où en présence d'un manquement à l'information, le juge ne ferait pas le choix d'une nullité virtuelle, mais s'en tiendrait à une nullité textuelle⁷⁸, la présomption s'avère d'un précieux secours pour éviter la preuve d'un vice du consentement.** En l'espèce, la juridiction n'a cependant pas eu besoin d'un tel secours, la preuve ayant été caractérisée grâce à une très fine articulation entre le droit de la consommation et le droit commun des contrats.

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2023, n° 22-18.928, Publié au *Bulletin*, *LEDC* Fev. 2024, p. 4, obs. C.-M. Pégliion-Zika, *D.* 2024, p. 404, note J.-D. Pellier et p. 652, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

⁷⁷ C. consom., art. L. 242-2.

⁷⁸ S. Bernheim-Desvaux, N. Sauphanor-Brouillaud, « Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation », *RDC* 2018, p. 122.

PARTIE 3. CONTENTIEUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Adoption de l'enfant du conjoint : réflexions sur le renvoi de la loi étrangère à la loi française

TJ Nanterre, pôle civil, chambre du conseil, 2 avril 2024, RG 23/06360

Analyse par Laurence SINOPOLI, Professeure en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEJEC (EA 2320)

Les liens de filiation prennent différentes formes qui reflètent une diversité de modèles familiaux. Fondée sur la volonté des intéressés, l'adoption de l'enfant du conjoint procède d'une recomposition de la famille dont la traduction juridique peut se réaliser dans des phases avancées de la vie. Ainsi, le jugement du Tribunal judiciaire de Nanterre prononce l'adoption simple d'une personne âgée d'une cinquantaine d'années par le mari de sa mère. Le tribunal exerce ses fonctions dans sa dimension gracieuse, saisi sur requête de l'adoptant, après consentement reçu par acte notarié, en application des articles 370 et suivants du Code civil relatifs à l'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple et 1166 et suivants du Code de procédure civile. Le procureur de la République a émis un avis favorable à la demande. La fonction du juge consiste à vérifier les conditions exigées par la loi pour constituer le nouveau lien de filiation, lequel, dans le cadre d'une adoption simple, s'ajoute aux liens de filiation avec la famille d'origine. Ce dispositif s'appuie sur les catégories et régimes du droit français. Or, en l'espèce, l'adoptant était de nationalité canadienne tandis que l'adoptée avait une double nationalité franco-canadienne. Au vu de ces éléments d'extranéité, le tribunal a invité les parties à conclure sur les deux questions de droit international privé : la compétence de la juridiction et la détermination de la loi applicable. En effet, lorsque le tribunal est amené à statuer sur « des droits [qui] ne sont pas disponibles », il doit relever d'office l'applicabilité des règles de conflits de lois⁷⁹. Sur la question de compétence juridictionnelle, le tribunal suit les conclusions du requérant qui considérait la juridiction française compétente en application de l'article 1166 du Code de procédure civile les intéressés étant domiciliés en France. Surtout le tribunal retient que la loi française, par un renvoi de la loi québécoise, était applicable.

La compétence de la juridiction fondée sur le lieu où demeure le requérant, prévue comme première hypothèse par l'article 1166 du Code de procédure civile n'appelle guère de commentaires si ce n'est que la règle est étendue, classiquement, aux situations internationales⁸⁰, permettant de déterminer la compétence internationale et interne du tribunal judiciaire. Ainsi, le domicile du requérant étant situé dans le ressort du Tribunal judiciaire de Nanterre, la compétence de ce dernier est justifiée.

Concernant la loi applicable aux conditions de l'adoption, l'article 370-3 du Code civil français désigne celle de la nationalité de l'adoptant en cas d'adoption par une seule personne. L'adoptant étant de nationalité canadienne, les dispositions de cet État

⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, note H. Muir Watt ; *Gaz. Pal.* 2000, n°62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, LGDJ, 8^e éd., 2023, n°717, p. 309.

⁸⁰ M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire, *op. cit.*, n°485 et s., p. 365 et s.

plurilégislatif doivent être examinées. De son lieu de naissance et de résidence jusqu'en 2003, année de son départ en France, le tribunal judiciaire déduit au sein du système étranger plurilégislatif, l'applicabilité du droit québécois⁸¹. Or, en vertu de l'article 3092 du Code civil du Québec, « *les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile* ».

Le Tribunal judiciaire de Nanterre se trouve ainsi face à la possibilité de faire jouer le renvoi, puisque la règle de conflits de lois française (fondée sur la nationalité) désigne un système juridique qui retient un autre élément de rattachement (le domicile) et qui, ce faisant, ne se reconnaît pas compétent. En d'autres termes, **tandis que la règle de conflit de lois française désigne le droit québécois, la règle de conflit de lois de ce dernier désigne la loi française. Il s'agit d'un renvoi au premier degré puisque le droit étranger renvoie à la loi française, la *lex fori*.**

Les motifs du jugement permettent d'explorer les différentes théories tentant d'expliquer le renvoi. Selon certains auteurs, le renvoi au premier degré constitue un renvoi de coordination entre les règles de conflit de lois qui joue dès lors que la structure de la règle de conflit revêt certains caractères (I). Selon un autre courant prônant une approche fonctionnelle, l'admission du renvoi suppose de vérifier qu'il présente une utilité au vu des objectifs du règlement du conflit de lois (II).

I/ L'admission du renvoi au premier degré en matière de filiation adoptive : un renvoi-coordination ?

L'admission du renvoi, dès lors que la règle de conflit de lois française est bilatérale et neutre, a été affirmée par la jurisprudence, y compris en matière de filiation (A). Les motifs du jugement, qui s'appuient sur « l'harmonie des solutions », invitent à rattacher cette solution au renvoi-coordination (B).

A/ Les règles de conflit bilatérales et neutres : l'admission du renvoi

Pour faire jouer le renvoi, le Tribunal judiciaire de Nanterre s'appuie sur un raisonnement par analogie en se référant à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de filiation. Par un arrêt du 4 mars 2020, la première chambre civile de la Cour de cassation a « *admis la possibilité du renvoi en matière de filiation* »⁸². L'arrêt concernait la contestation d'une filiation non adoptive et relevait, en conséquence, de l'article 311-14 du Code civil. Cette règle de conflit de lois spécifiquement française désigne la loi nationale de la mère. Pendant plusieurs décennies, la possibilité de faire jouer le renvoi, lorsque la loi nationale de la mère désigne un système juridique qui renvoie notamment à la loi du domicile, a suscité des interrogations⁸³. Mettant fin à cette incertitude, l'arrêt de la Cour de cassation a

⁸¹ V. Parizot, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leur solution », *Rev. crit. DIP* 2014/3, p. 469.

⁸² Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2020, n° 18-26.66, *D.* 2020, p. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; *AJ fam.* 2020. 255, obs. J. Houssier; *RTD civ.* 2020, p. 340, obs. L. Usunier; *Rev. crit. DIP* 2020. 369, note D. Bureau; *RID comp.* 2021, p. 27, note J. Hage Chahine; *JCP* 2020, n° 818, note E. Fongaro; *JCP N* 2020, n° 1076, note H. Péroz ; le renvoi est admis depuis l'arrêt Req. 22 février 1882, *Forgo* ; B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd. 2006, n°8.

⁸³ Pour un refus de faire jouer le renvoi Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 109, note I. Fadlallah.

considéré que l'article 311-14 du Code civil « *qui énonce une règle de conflit bilatérale et neutre, n'exclut pas le renvoi* ». Bilatérale, la règle de conflit peut désigner aussi bien la règle étrangère que la *lex fori*; neutre, elle ne préjuge pas d'une préférence pour une solution substantielle.

Le Tribunal judiciaire de Nanterre considère en effet que **la règle de conflit de lois issue de l'article 370-3 du Code civil est également bilatérale et neutre**. En effet, s'agissant de l'adoption d'un majeur par un adoptant, seules les dispositions initiales du premier alinéa de cet article s'appliquent aux conditions de l'adoption⁸⁴. Or, s'agissant de l'adoption par une seule personne, le critère de la nationalité revêt les deux caractères de bilatéralité et de neutralité⁸⁵.

En revanche, les alinéas suivants ne pourraient donner lieu à un renvoi notamment en cas d'adoption d'un mineur : la prohibition par la loi nationale de ce dernier apparaît impérative et n'est écartée, par le texte lui-même, qu'à la double condition de la réalisation en France de la naissance et de la résidence du mineur⁸⁶.

Quant aux effets de l'adoption, l'article 370-4 du Code civil français pose que « *les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française* ». Aucun renvoi n'est donc envisageable par cette règle de conflit de lois unilatérale qui désigne la *lex fori*.

Le Tribunal judiciaire de Nanterre accepte le jeu du renvoi en limitant son analyse aux règles de conflit de lois pertinentes pour le cas d'espèce et fragmente ainsi l'article 370-3 du Code civil. À cette fin, il doit également mettre en œuvre la règle de conflit de lois québécoise.

La mise en œuvre du renvoi par le juge français est opérée en interprétant la règle de conflit de lois étrangère par référence aux concepts du droit étranger⁸⁷. En effet, que la règle de conflit étrangère soit appliquée ou « prise en considération »⁸⁸ pour se combiner avec la règle de conflit de lois française, la coordination suppose de se référer au droit étranger pour déterminer le sens de la norme.

Le tribunal se réfère ainsi au droit québécois pour préciser le sens de l'article 3092 du Code civil québécois aussi bien quant à la catégorie qu'au critère de rattachement. Se référant à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, le tribunal

⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, 10-30.821, *AJ fam.* 2011, p. 319, obs. A. Boiché ; *Dr. fam.* 2011, n° 98, obs. C. Neirinck ; en ce sens, Amiens, 5 mai 2004, 03/4374.

⁸⁵ S'il y a deux adoptants, la loi applicable est celle des effets de leur union, mais en permettant à la loi nationale de chacun d'eux de prohiber l'adoption. Ici, dans la mesure où il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint (du partenaire ou du concubin), l'on pourrait se demander si la règle de conflit de lois prévue pour l'adoption par une seule personne est adaptée. Même si l'adoption est le fait d'une seule personne, le cercle familial concerné au premier chef comprend également l'autre conjoint, déjà parent de l'enfant.

⁸⁶ Néanmoins la prohibition ne s'applique plus une fois l'enfant devenu majeur ; Amiens, 5 mai 2004, 03/4374.

⁸⁷ En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 21 sept. 2005, 04-10.217, *Rev. crit. DIP* 2006. 100, obs. H. Muir Watt, *D.* 2006, p.1726, note F. -X. Morisset, décidant que le rattachement canadien au domicile devait être compris comme le droit international privé canadien entendait cette notion.

⁸⁸ P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *Droit international privé*, LGDJ, 12^e éd., 2019, n° 227, p. 165.

indique que l'adoption d'une personne majeure relève bien de la catégorie⁸⁹. L'élément de rattachement « *domicile* » est défini lui-même par la disposition de l'article 75 du Code civil québécois comme « *le lieu de son principal établissement* ». Afin d'appliquer le droit étranger, le Tribunal judiciaire de Nanterre l'interprète conformément à ce dernier.

B/ Les différents sens de « l'harmonie »

La référence à la jurisprudence de la Cour de cassation se double d'un motif qui souligne l'intérêt du renvoi : « *Le renvoi, plus particulièrement lorsque la loi désignée est celle du domicile des parties, est en effet de nature à favoriser une harmonie des solutions apportées aux personnes qui résident de façon durable sur le territoire français et dont les rapports de filiation ont vocation à se développer en France* ».

L'harmonie des solutions constitue l'un des arguments en faveur du renvoi⁹⁰. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 2020 avait ainsi précisé que l'application du droit français permettait « *d'assurer la cohérence entre les décisions quelles que soient les juridictions saisies par la mise en œuvre de la théorie du renvoi* ». Ces termes d'harmonie (TJ de Nanterre) ou de cohérence (Cour de cassation) sont sans doute à rapprocher des analyses qui fondent le renvoi sur la coordination entre règles de conflit bilatérales (la règle de conflit de lois du for et la règle de conflit de lois du système juridique désignée par la première)⁹¹. Le renvoi est ainsi présenté comme une question d'opportunité : « *la coordination est opportune, comme concourant à l'harmonie internationale des solutions* »⁹².

Cet argument peut toutefois être nuancé si le système juridique étranger applique également le renvoi. Dans un tel cas, chacune des juridictions appliquerait par le jeu du renvoi au premier degré sa propre loi plutôt que la loi étrangère. En l'espèce, s'agissant du droit québécois, le Code civil prévoit l'absence de renvoi⁹³. Il est donc probable que si le juge québécois avait été amené à statuer sur l'adoption, il aurait appliqué le droit français, à l'instar du Tribunal judiciaire de Nanterre.

Toutefois la formulation du Tribunal laisse à penser que l'harmonie des solutions recherchée n'est pas nécessairement l'harmonie internationale quelle que soit la juridiction saisie. Il est précisé qu'il s'agit des solutions apportées « *aux personnes qui résident de façon durable sur le territoire français et dont les rapports de filiation ont vocation à se développer en France* ». L'on peut lire cette phrase comme visant

⁸⁹ Citant une décision du 26 avril 2013, n°105-43-000135-126 présente dans les annotations du Code.

⁹⁰ L'argument de l'intérêt pour un juge d'appliquer sa propre loi a parfois été expressément visé : Req. 9 mars 1910, *Soulié*, *RDIP* 1910, p. 870 ; *JDI* 1910, p. 888.

⁹¹ P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *Droit international privé*, Dalloz, 2023, 11^e éd., n°390, p. 286 ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 5^e éd., 2021, tome I, n°502, p. 621.

⁹² P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *op. cit.*, n°228 p 165 ; B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 9^e éd., 2022, n°298, p. 271. Cet argument est surtout opérant pour le renvoi au second degré, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la règle de conflit étrangère désigne un troisième système qui lui reconnaît sa propre loi applicable.

⁹³ Selon l'article 3080 du Code civil du Québec, « Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois ».

l'harmonie de traitement des personnes résidant en France, quelles que soient leurs nationalités, dès lors que leur loi nationale renvoie à la loi de leur domicile. Ceci nous invite à explorer une autre manière de justifier le renvoi, s'appuyant sur une recherche des objectifs de la règle de conflit de lois.

II/ Un renvoi subordonné à l'intérêt d'appliquer la loi du domicile de l'adoptant conjoint du parent de l'adopté majeur ?

Le Tribunal de Nanterre s'appuie donc non seulement sur la structure bilatérale et neutre de la règle de conflit de lois pour justifier le jeu du renvoi mais également sur l'analyse de la différence entre le droit étranger et le droit français (A) dont découle l'utilité du renvoi (B).

A/ La différence entre le droit québécois et le droit français

Les motifs du jugement précisent : « *l'adoptant sollicite qu'il soit fait application des règles de conflits de lois québécoises (...). Cette demande se justifie par le fait que les parties résident depuis de nombreuses années en France et que les conditions de l'adoption d'une personne majeure diffèrent en droit québécois et en droit français, le droit québécois exigeant que l'adoptant ait rempli auprès de la personne mineure un rôle de parent, avec toutefois la possibilité pour le tribunal de passer outre (article 545 du code civil québécois), tandis que le droit civil français ne pose pas une telle exigence. Les effets de l'adoption sont également différents puisque le droit québécois connaît un seul mécanisme comparable à l'adoption plénière, qui conduit à effacer la filiation de l'enfant à l'égard du parent d'origine qui n'est pas le conjoint de l'adoptant (articles 577 et 577.1 du code civil québécois), alors que le droit français prévoit deux types d'adoption différents, plénière ou simple. Or, l'adoptant et l'adoptée souhaitent une adoption simple* ».

Le raisonnement induit par la règle de conflit de lois, fût-elle « neutre », se réalise en fonction des différentes lois applicables en substance. Or, la différence entre adoption simple et adoption plénière existant en droit français semble ignorée en droit québécois. L'article 577 du Code civil québécois prévoit que « *l'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. L'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile* ». Toute différence est l'adoption simple du droit français puisqu'elle « *confère à l'adopté une filiation qui s'ajoute à sa filiation d'origine (...). L'adopté continue d'appartenir à sa famille d'origine et y conserve tous ses droits. Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine.* » Cette différence des effets de l'adoption rejaillit nécessairement sur les conditions de l'adoption. Aussi, les conditions auxquelles est subordonnée l'adoption simple de l'enfant du conjoint majeur sont-elles bien moins rigoureuses que celles prévues dans l'hypothèse d'une adoption qui rompt les liens avec la famille d'origine. **La requête d'adoption simple en application du droit français ne trouvait donc pas de cadre légal approprié dans le droit québécois qui ne semble pas connaître l'adoption simple.**

En l'occurrence, le droit substantiel étranger prévoit que l'adoption d'une personne majeure est réservée à « *ceux qui, alors qu'elle était mineure, remplissaient auprès d'elle le rôle de parent* » selon l'article 545 du Code civil québécois. Une exception de taille est toutefois prévue par le second alinéa : « *le tribunal peut, dans l'intérêt de l'adopté, passer outre à cette exigence, en prenant notamment en considération la qualité, la durée et la pérennité des relations entre l'adoptant et la personne majeure* ». Le juge français pourrait, en application de cette règle dans des circonstances analogues, faire jouer cette exception : l'adoptant « *a connu l'adoptée alors qu'elle était âgée de dix-sept ans et (...) il a construit avec elle une relation de nature filiale* ». L'adoptant et l'adoptée « *entretiennent toujours à ce jour une relation affective forte et ils se voient très régulièrement* ».

En admettant le renvoi, le Tribunal judiciaire de Nanterre a appliqué le droit français en vérifiant que ce lien de filiation « *n'est pas de nature à compromettre la vie familiale* » (art 353-1 alinéa 3 du Code civil), ainsi que le consentement du conjoint, parent de l'enfant (article 343-1 alinéa 2 du Code civil). Cette espèce n'offre pas de quoi montrer une divergence forte entre le droit français applicable aux effets de l'adoption simple et le droit étranger de la nationalité de l'adoptant qui s'appliquerait en l'absence de renvoi.

La question se pose de savoir si les motifs en faveur du renvoi au premier degré fondés sur la différence entre le droit étranger et le droit français, ainsi que la demande expresse de l'adoptant de l'application du droit français, constituent des conditions auxquelles le juge subordonnerait le jeu du renvoi. En d'autres termes, en présence d'une règle de conflit de lois bilatérale et neutre, le renvoi serait-il optionnel, ou encore conditionné à la démonstration de son utilité au vu des objectifs de la règle de conflit de lois ?

B / Un renvoi « fonctionnel » ?

Parmi les analyses doctrinales sur le renvoi, deux courants se distinguent aujourd'hui en France. Pour les tenants du renvoi-coordination déjà évoqué, le renvoi est de droit en présence d'une règle de conflit bilatérale et neutre, sauf exception⁹⁴. Mais **une autre approche dite « fonctionnelle » subordonne le jeu du renvoi à la démonstration d'une utilité dans le cas précis**⁹⁵. Le renvoi ne serait plus de règle en présence d'une règle de conflit bilatérale et neutre, il conviendrait de s'attacher également aux « objectifs » de la règle de conflit de lois (du for) pour déterminer si le renvoi doit être ou non admis⁹⁶.

En matière de successions internationales, la jurisprudence de la Cour de cassation a ainsi admis le renvoi dont le jeu concourrait à unifier la loi applicable à une succession⁹⁷. Qu'en est-il en matière de filiation ? L'arrêt de 2022 n'indique rien à cet

⁹⁴ P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *op. cit.*, n° 231, p. 167 ; D. Bureau, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2020 précitée.

⁹⁵ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n°304, p. 275 ; J. Guillaumé, *J.-Cl. Civil Art 3* Fasc. 32, n°139-186.

⁹⁶ M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire *op. cit.*, n°357, p. 276.

⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 février 2009, 06-12.140, *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *D.* 2009, pan., obs. P. Courbe ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *JDI* 2009, p. 567, note H. Péroz.

égard et, par sa formule générale, semble redonner un caractère lui-même général au renvoi dès lors qu' « *il n'est pas exclu par le législateur* »⁹⁸.

Les motifs formulés par le tribunal judiciaire de Nanterre pourraient relever du courant selon lequel le renvoi n'est admis que s'il est démontré qu'il est utile. En l'occurrence, **l'application du droit français aux conditions de l'adoption s'avère utile car elle permet d'appliquer une même loi aux conditions et aux effets de l'adoption**. S'agissant des effets de l'adoption, celle-ci est régie par le droit français dès lors qu'elle est prononcée par un juge français selon l'article 370-4 du Code civil. Par le jeu du renvoi avec la règle de conflit québécoise en matière de conditions de l'adoption, la loi française est appliquée aussi bien aux effets qu'aux conditions de l'adoption de l'enfant du conjoint. **Dès lors que les intéressés projettent une adoption simple en application du droit français désigné pour régir les effets de l'adoption, pourquoi appliquer aux conditions de l'adoption une loi qui ne connaîtrait pas l'adoption simple ? Le renvoi au premier degré présente ici l'avantage d'assurer une cohérence.**

Il est tentant de poursuivre la réflexion en se demandant si ce correctif est suffisant. En effet, dans l'hypothèse où la règle de conflit de lois étrangère prévoit également la nationalité de l'adoptant comme critère de rattachement, le renvoi ne joue pas, et le juge français devrait alors appliquer le droit étranger. Mais ceci est justifié par **l'importance conférée par le droit international privé français à la nationalité en matière personnelle et familiale**⁹⁹. Or, comme en témoigne la règle de conflit de lois québécoise, le domicile constitue un critère de rattachement qui présente également certains avantages.

Le Tribunal judiciaire de Nanterre formule le motif suivant pour justifier l'admission du renvoi à la loi du domicile par le droit québécois (loi de la nationalité de l'adoptant). « *Le renvoi, plus particulièrement lorsque la loi désignée est celle du domicile des parties, est en effet de nature à favoriser une harmonie des solutions apportées aux personnes qui résident de façon durable sur le territoire français et dont les rapports de filiation ont vocation à se développer en France* ».

Les relations personnelles et familiales sont en effet écartelées entre les liens avec l'État national et ceux avec l'État du domicile, voire de la résidence habituelle. Le droit international privé français érige le critère de la loi nationale en principe, privilégiant le lien entre le sujet et son État à l'application du droit français aux personnes domiciliées sur le territoire. Le critère de la nationalité offre une plus grande stabilité à la loi applicable aux personnes ou aux liens familiaux. À l'inverse, le critère du domicile participerait davantage à l'assimilation des personnes étrangères sur le territoire. En outre, l'accès à la connaissance du droit du lieu de son domicile est probablement meilleur¹⁰⁰. Aussi, le renvoi aurait-il dans cette hypothèse pour fonction d'appliquer une loi

⁹⁸ D. Bureau, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2002 précitée.

⁹⁹ Article 3 du Code civil ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire *op. cit.*, n°27, p. 46.

¹⁰⁰ P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *op. cit.*, n°532, p. 367.

présentant des liens très étroits avec la situation¹⁰¹. Le renvoi au premier degré intervient souvent dans cette hypothèse où la règle de conflit de lois du pays d'origine retient le critère du domicile¹⁰². Il est fréquent que le tribunal saisi soit celui du domicile, ce qui conduit à retrouver une coïncidence entre le juge compétent et la loi applicable et à faciliter l'exercice de la fonction juridictionnelle¹⁰³.

Le Tribunal judiciaire de Nanterre, qui vise « *une harmonie des solutions* » pour les personnes résidant durablement en France avec une intention d'y demeurer (« *les rapports de filiation ont vocation à se développer en France* ») pour justifier l'admission du renvoi au droit français, montre **l'intérêt de coordonner le critère de rattachement lié à la nationalité avec celui du domicile**.

Dans la mesure où un lien familial vise plusieurs personnes, au moins deux, la loi qui les rassemble (car elles ont un domicile dans un même État) est susceptible d'être plus proche de la situation qu'une loi qui les distinguerait. Mais il convient de souligner que les personnes adoptante et adoptée étaient, pour la première, canadienne, et pour la seconde, franco-canadienne, de sorte qu'elles partageaient également une loi nationale commune, la loi canadienne. Ces circonstances de fait montrent que la recherche de la loi présentant les liens les plus étroits semble vaine.

Dans ce cas de figure, il s'agissait d'une requête en adoption simple où l'ensemble des personnes des cercles familiaux adhéraient au projet. De plus, nous avons vu que l'adoption prononcée en application du droit français aurait certainement pu l'être en application du droit canadien. Mais, dans le cas où certains membres seraient en désaccord, ou dans celui où les droits présenteraient des divergences plus importantes, la nécessité de prévoir le droit applicable paraît important. Or, subordonner le jeu du renvoi à la démonstration d'une utilité au regard des objectifs de la règle de conflit de lois paraît source d'incertitude. Le jugement ne nous permet pas de savoir si les motifs relatifs à l'intérêt d'appliquer le renvoi étaient déterminants ou si le renvoi joue dès lors que la règle de conflits est bilatérale et neutre, sauf lorsqu'il est exclu par le législateur ; il a néanmoins finement montré tout l'intérêt du renvoi au premier degré.

¹⁰¹ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n°305, p. 276.

¹⁰² M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire, *op. cit.* : « Le rattachement à la loi nationale, fondé sur le principe de souveraineté dans le souci de préserver les liens des individus avec leur droit national, n'a pas à être imposé à un droit étranger qui n'établit pas un tel lien », n° 357, p. 276.

¹⁰³ B. Audit, L. d'Avout, *op.cit.*, n°305, p. 276.

PARTIE 4. CONTENTIEUX PÉNAL

Absence d'immunité et diffamation qualifiée pour la reprise dans la presse de propos tenus devant une commission d'enquête parlementaire

TJ Nanterre, pôle presse, 14^e ch., 2 avr. 2024

Analyse par Jeanne LE MARC'HADOUR, doctorante en droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC (EA – 3982)

Le 14 février 2021, était publié dans l'hebdomadaire *Le Journal du Dimanche* un article relatif à l'association Anticor, diffusé également sur son site internet, sous la signature de M. C. Considérant que certains propos étaient constitutifs du délit de diffamation envers particuliers, l'association Anticor, M. A. et M^{me} V. ont déposé plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction près le tribunal judiciaire de Nanterre le 7 mai 2021.

Le 28 juillet, une information judiciaire était ouverte des chefs visés dans la plainte. Les investigations ont permis d'identifier M^{me} B. comme directrice de la publication et M. C. comme auteur de l'article, tous deux mis en examen le 28 mars 2022.

Par une ordonnance du 2 septembre 2022, ils étaient renvoyés devant le tribunal correctionnel.

À l'audience du 5 mars 2024, le tribunal retient en premier lieu que, contrairement à ce qu'alléguait le conseil des prévenus, l'immunité prévue à l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 ne s'applique pas aux propos poursuivis et ne saurait fonder la relaxe.

Concernant les propos, le tribunal retient leur caractère diffamatoire envers M. A. et M^{me} V. et relaxe les prévenus du chef de diffamation envers l'association Anticor, en rappelant qu'une diffamation ne saurait être constituée par ricochet.

Sur le choix de la qualification, le tribunal considère que les propos poursuivis doivent être analysés comme constitutifs de la diffamation qualifiée prévue à l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881, à raison de la qualité de témoin des personnes visées. Dès lors, en rejetant le moyen tiré d'un formalisme excessif entravant le droit d'accès à un tribunal, la juridiction prononce la relaxe des prévenus pour le chef de diffamation envers particuliers et déboute de leurs demandes les parties civiles néanmoins reçues en leur constitution.

La compétence du tribunal correctionnel de Nanterre ne soulève aucune difficulté dans sa dimension matérielle, la diffamation publique envers un particulier relevant du ressort du tribunal correctionnel statuant dans sa composition collégiale.

La dimension territoriale de la compétence de la juridiction suscite en revanche quelques observations. S'il n'est pas rare que le tribunal correctionnel de Nanterre connaisse d'affaires de presse, cette compétence ne semble pas découler de la seule

application des règles procédurales. Les infractions de presse, par voie papier ou par voie électronique, étant diffusées sur tout le territoire national, tout tribunal correctionnel peut se trouver compétent en la matière¹⁰⁴. **Si la pratique judiciaire conduit la majorité du contentieux devant la 17^e chambre du tribunal judiciaire de Paris, la juridiction nanterroise n'est pas en reste. En effet, c'est la seule autre juridiction francilienne (hors Paris) disposant d'une audience correctionnelle dédiée au contentieux du droit de la presse. Elle connaît également d'une part importante du contentieux en matière d'atteinte à la vie privée, notamment en référé. Cette spécialité nanterroise peut d'ailleurs conduire à un phénomène de *forum shopping* avec la 17^e chambre du tribunal judiciaire de Paris, au gré des montants alloués pour la réparation du préjudice causé.** Le cas d'espèce concernant une diffamation publique envers particuliers, tout tribunal correctionnel du ressort du territoire français pouvait être saisi.

L'initiative de la procédure en matière de presse relevant du choix de la partie plaignante, c'est la plainte avec constitution de partie civile de l'association Anticor, M. A. et M^{me} V. qui a déterminé la compétence du tribunal correctionnel de Nanterre.

La décision commentée rappelle, outre le champ d'application de l'immunité en matière de presse (I), l'impossible rejaillissement du caractère diffamatoire sur autrui (II) dans les cas où cela n'est pas prévu par une diffamation qualifiée (III).

I/ Le champ d'application de l'immunité dans la loi du 29 juillet 1881

La présente décision semble faire une application classique de la lettre de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881¹⁰⁵, à l'alinéa 3 duquel est prévue l'immunité des propos tenus devant une commission d'enquête parlementaire.

Le tribunal, en soulignant que la disposition vise à protéger « *la liberté de parole au sein du pouvoir législatif, pour lequel, tout comme l'autorité judiciaire qui fait l'objet d'une immunité analogue, les débats sont publics* », s'inscrit dans l'esprit du législateur de 2008. Par l'introduction de cet alinéa, la loi du 14 novembre 2008 n° 2008-1187 relative au statut de témoin devant les commissions d'enquête parlementaires¹⁰⁶ étend la protection de la parole du témoin judiciaire à celle du témoin entendu par les chambres dans le cadre d'une commission d'enquête. Cette immunité, visant à assurer la sérénité des débats parlementaires, permet au témoin d'avoir la parole aussi libre dans l'hémicycle que dans le prétoire.

La protection de la parole du témoin est élargie à sa reprise dans les comptes-rendus des réunions publiques de la commission, à la double condition qu'elle soit fidèle et de bonne foi. Dès lors, l'immunité du compte-rendu ne concerne que la reprise

¹⁰⁴ Paris 30 sept. 2009, RG 09/09773, *Com. Com. Electr.* 2010, Chron. 3, n°3, obs Ch. Bigot.

¹⁰⁵ Art. 41 al. 3 loi 29 juil. 1881 : « *Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage ni les propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat, par la personne tenue d'y déposer, sauf s'ils sont étrangers à l'objet de l'enquête, ni le compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi* ».

¹⁰⁶ Loi n° 2008-1187 du 14 novembre 2008 relative au statut des témoins devant les commissions d'enquête parlementaires.

des propos du témoin, protégeant la retranscription de sa parole d'une action en diffamation. Peu importe le support, l'extension de l'immunité vise à protéger la presse de l'action exercée contre les propos du témoin tenus devant la commission d'enquête. L'immunité étant attachée au témoin, seule la reprise fidèle et de bonne foi de ses propos peut en bénéficier.

Dans l'espèce qui nous intéresse, les propos sont les suivants : « *Pour éluder les interrogations devant les députés de la commission, [M^{me} V.], avocate de profession, avait affirmé "je ne connais pas l'identité de nos donateurs". Le vice-président d'Anticor, le magistrat parisien [M. A.], avait fait de même, et tous deux étaient sous serment. Or des échanges d'e-mails Internes (évoqués cette semaine par Le Point) démontrent qu'ils savent bien qui est leur "généreux donateur"* ». Si certains passages sont des extraits des dépositions des témoins, le passage précité prétend les analyser voire les discuter en y apposant des éléments extérieurs à leur témoignage « *Or des échanges d'e-mails Internes (évoqués cette semaine par Le Point) démontrent qu'ils savent bien qui est leur "généreux donateur"* ». Les développements excédant le simple compte-rendu pouvant être couverts par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, le juge écarte le bénéfice de l'immunité pour les prévenus.

L'objet de l'immunité des comptes-rendus parlementaires est de protéger la publicité des réunions publiques de la commission d'enquête et des propos qui y sont tenus. La protection de la publicité des réunions publiques trouve son fondement dans la volonté de garantir la liberté de parole des témoins devant la commission d'enquête. **Dès lors, invoquer son bénéfice pour échapper à une action en diffamation exercée par les témoins eux-mêmes peut sembler à tout le moins étonnant.** L'immunité étendue aux comptes-rendus trouvant son point d'ancrage dans celle de la parole du témoin, elle ne saurait couvrir les propos portant atteinte à la personne protégée en premier lieu. **Les développements excédentaires jetant un trouble sur la bonne foi voire la véracité des propos tenus devant la commission d'enquête, l'immunité attachée au témoin ciblé par ces insinuations est inopérante.**

La décision, en s'attachant à rappeler le champ d'application de cette immunité, rappelle l'esprit de la protection de la parole devant les commissions d'enquête. **Assurer la liberté de parole du témoin permet la recherche de la vérité politique par la commission, qui doit pouvoir se fonder sur des faits matériellement exacts**¹⁰⁷. Les propos apposés aux extraits de la déposition devant la commission, en discutant la véracité de ces faits, suggèrent la tenue d'un faux témoignage. Cette infraction pénale, qui n'est pas couverte par l'immunité prévue à l'alinéa 3 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881¹⁰⁸, trace les contours de la liberté de parole du témoin.

¹⁰⁷ E. Lemaire, « Accusations de « faux témoignage » devant une commission d'enquête parlementaire : que risque Mme Le Pen ? », *Le Club des Juristes*, https://www.leclubdesjuristes.com/politique/accusations-de-faux-temoignage-devant-une-commission-denquete-parlementaire-que-risque-mme-le-pen-711/#_ftn1

¹⁰⁸ Art. 41 al. 3 loi 29 juil. 1881 : « *Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage ni les propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat, par la personne tenue d'y déposer, sauf s'ils sont étrangers à l'objet de l'enquête, ni le compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi* ».

La liberté de parole est protégée tant qu'elle permet d'évoquer librement les faits sur lesquels repose la recherche de la vérité. Si les faits sont viciés par le mensonge, la protection tombe, faute de pouvoir garantir les fondements d'une recherche de la vérité par la commission d'enquête. Le mensonge, indifférent à la diffamation depuis 1819¹⁰⁹, constitue ici le point de bascule de l'immunité et fonde la poursuite pour diffamation des témoins.

II/ L'impossible diffamation par ricochet

Après avoir rappelé les principes sur lesquels il fonde sa démonstration¹¹⁰, le tribunal recherche le fait précis imputé aux plaignants, incontestablement identifiables dans les développements litigieux. Il ressort des propos poursuivis que les témoins auraient eu connaissance d'informations qu'ils ont déclaré ignorer, constituant dès lors un mensonge devant la commission d'enquête. Le caractère diffamatoire des propos poursuivis étant apprécié *in abstracto* par le tribunal, la seule imputation de mensonge ne suffit pas à caractériser l'atteinte à l'honneur¹¹¹. Partant, seul le mensonge érigé en infraction pénale peut fonder l'atteinte à l'honneur, élément constitutif de la diffamation. En l'espèce, « *Il se déduit de l'ensemble de ces textes que le fait de mentir lors d'une audition sous serment devant une commission d'enquête parlementaire est assimilé à un faux témoignage en justice et puni comme tel par la loi pénale, ce que rappelle le message litigieux qui fait état de plaintes déposées par des tiers par le*

¹⁰⁹ E. Raschel, *Droit de la presse, Les sanctions des abus de la liberté d'expression*, Paris, Dalloz, 1^{re} édition 2025, p. 159.

¹¹⁰ Énumérés par la présente décision : « *Il sera rappelé que :*

- *l'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ;*

- *il doit s'agir d'un fait précis, susceptible de faire l'objet d'un débat contradictoire sur la preuve de sa vérité, ce qui distingue ainsi la diffamation, d'une part, de l'injure - caractérisée, selon le deuxième alinéa de l'article 29, par toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait - et, d'autre part, de l'expression subjective d'une opinion ou d'un jugement de valeur, dont la pertinence peut être librement discutée dans le cadre d'un débat d'idées mais dont la vérité ne saurait être prouvée ;*

- *l'honneur et la considération de la personne ne doivent pas s'apprécier selon les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci, mais en fonction de critères objectifs et de la réprobation générale provoquée par l'allégation litigieuse, que le fait imputé soit pénalement répréhensible ou manifestement contraire aux règles morales communément admises ;*

- *la diffamation, qui peut se présenter sous forme d'allusion ou d'insinuation, doit être appréciée en tenant compte des éléments intrinsèques et extrinsèques au support en cause, à savoir tant du contenu même des propos que du contexte dans lequel ils s'inscrivent.*

Par ailleurs, ni les parties, ni les juges ne sont tenus par l'interprétation de la signification diffamatoire des propos incriminés proposée par l'acte initial de poursuite et il appartient aux juges de rechercher si ceux-ci contiennent l'imputation formulée par la partie civile ou celle d'un autre fait contenu dans les propos en question, les juges étant également libres d'examiner les divers passages poursuivis ensemble ou séparément pour apprécier leur caractère diffamatoire ».

¹¹¹ Rappelé par la décision commentée : « *L'imputation d'avoir menti ne porte pas en soi atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne, faute d'être pénalement répréhensible ou manifestement contraire aux règles morales communément admises* ».

président de la commission d'enquête "pour mensonges" »¹¹². Le caractère diffamatoire des propos est ainsi constitué à l'égard de M. A et de M^{me} V.

En alléguant qu'elle se trouvait atteinte dans son honneur et sa considération, à raison de l'imputation du mensonge de sa présidente et de son vice-président devant une commission d'enquête parlementaire, l'association Anticor étend le champ d'application de la diffamation envers particulier. **L'atteinte à l'honneur ne saurait rejaillir sur autrui que dans la mesure où l'imputation elle-même lui serait élargie.** Il ressort des propos poursuivis qu'aucun fait portant atteinte à son honneur ou à sa considération n'est personnellement imputé à l'association, faisant obstacle à la caractérisation de la diffamation envers particulier. Par ailleurs, la décision rappelle « *qu'il ne saurait y avoir d'assimilation entre une personne morale et les personnes physiques qui la composent* »¹¹³. L'infraction de diffamation envers particulier n'étant pas constituée, la relaxe est prononcée pour la poursuite intentée par l'association.

Si la diffamation envers particulier ne saurait être établie à l'égard de l'association Anticor, le raisonnement proposé par cette dernière soulève un point intéressant. Elle estime être « *accusée, par la voie de ses représentants, d'avoir effectué un faux serment, de l'avoir violé. En filigrane, l'association est en réalité accusée de violer les principes qu'elle a pour mission statutaire de défendre, à savoir la transparence et la lutte contre la corruption, puisqu'il est allégué que ses dirigeants éluderaient volontairement le nom de ses donateurs* ». Dès lors, elle considère qu'imputer un faux témoignage à ses présidente et vice-président porterait atteinte aux valeurs qu'elle entend défendre, notamment celle de transparence. Partant, ses représentants se trouveraient atteints dans leur honneur, personnellement mais également en tant que membres d'une association qui prétend garantir la transparence de la vie publique¹¹⁴. **Si la construction ne permet pas l'action en diffamation par l'association faute de fondations juridiques, l'architecture du raisonnement présente des similitudes avec la diffamation qualifiée prévue à l'article 31 de la**

¹¹² L'ensemble des textes étant sus-cités dans la décision « *L'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires dispose ainsi que peuvent être éventuellement créées au sein de chaque assemblée parlementaire des commissions d'enquête auxquelles les dispositions dudit article s'applique.*

Ce texte prévoit que la personne qui ne comparaît pas ou refuse de déposer ou de prêter serment devant une commission d'enquête est passible de deux ans d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Il ajoute que "En cas de faux témoignage ou de subornation de témoin, les dispositions des articles 434-13, 434-14 et 434-15 du code pénal sont respectivement applicables".

Les articles du code pénal cités sont relatifs aux entraves à l'exercice de la justice.

L'article 434-13 du code pénal dispose spécialement que "Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende" ».

¹¹³ Dans la lignée d'une jurisprudence constante, voir notamment Crim. 26 mars 2008, n°06-87.838, P n°78, AJ 2008. 281, obs. G. Royer ; CCE 2008, comm. 81, obs. A. Lepage ; Crim. 23 nov. 2010, n°09-87.527, NP ; Crim. 10 sept. 2013, n°12-83672, Bull. crim., n° 178.

¹¹⁴ L'association Anticor a pour objet, selon ses statuts, de « *mener des actions en vue de réhabiliter la démocratie représentative, de promouvoir l'éthique en politique, de lutter contre la corruption, la fraude fiscale ou toute autre atteinte à la probité tant sur le plan local, national et international. Elle milite pour un usage régulier des deniers publics* ».

loi du 29 juillet 1881¹¹⁵. C'est ce fondement que le juge retient pour les propos litigieux, rejetant la caractérisation d'une diffamation envers particulier à l'encontre des représentants d'Anticor.

III/ La protection de la probité parlementaire au-delà de l'honneur particulier

La loi du 29 juillet 1881, après avoir défini les éléments constitutifs de la diffamation¹¹⁶, énonce à ses articles 30, 31 et 32 les différentes hypothèses de son incrimination, distinguées par la qualité des personnes visées par les propos¹¹⁷. Placée après les diffamations qualifiées des articles 30 et 31, la diffamation commise envers un simple particulier relève de l'alinéa 1 de l'article 32 de la loi. Les parties plaignantes ont fondé leur poursuite sur cette dernière disposition, considérant qu'il avait été porté atteinte à leur honneur particulier.

Souscrivant à la thèse défendue par les prévenus, la décision rejette ce fondement en recherchant par une approche historique voire téléologique la diffamation adéquate à l'espèce.

Le débat se cristallise sur la notion de témoin, qualité visée à l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 dans l'énumération des personnes faisant l'objet d'une protection accrue lorsqu'elles sont victimes de diffamation publique. Si la défense allègue que les témoins déposant devant une commission d'enquête parlementaire doivent relever de l'article 31, les parties civiles opposent l'absence de mention de ces commissions dans la lettre des diffamations qualifiées. Seul l'article 41 alinéa 3 mentionne expressément les personnes entendues par « *une commission d'enquête* », et ce sans employer le terme « *témoin* » mais en les désignant comme

¹¹⁵ Art. 31 loi 29 juil. 1881 « *Sera punie de la même peine et d'une peine de travail d'intérêt général, la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers le Président de la République, un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition* ».

¹¹⁶ Art. 29 loi 29 juil. 1881 « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés* ».

¹¹⁷ Rappelées par la décision commentée : « *La loi de 1881 distingue la diffamation commise envers les simples particuliers, personnes non concernées par les autres textes d'incriminations ou dès lors que ceux-ci ne trouvent pas à s'appliquer au cas d'espèce (article 32 alinéa 1) d'un certain nombre de diffamations qualifiées : diffamation "envers les cours, les tribunaux, les armées [...], les corps constitués et les administrations publiques" (article 30) ; diffamation "envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition" (article 31) ; diffamation "envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée" (article 32 alinéa 2) ».*

« *personne tenue d'y déposer* ». Dès lors, le législateur n'aurait pas entendu soumettre ces personnes au régime particulier de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881.

Recherchant l'esprit du législateur, le magistrat mobilise des sources contemporaines à l'entrée en vigueur de la loi en 1881 voire antérieures à celle-ci¹¹⁸ desquelles ressort que la distinction fondamentale réside dans la présence d'un serment. Ainsi, il importe peu que la personne soit désignée comme témoin tant que sa déposition est effectuée sous serment. La jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation semble conférer au témoin visé par l'article 31 le même attribut solennel, écartant de cette catégorie les personnes entendues au cours de la procédure en l'absence de serment¹¹⁹. De surcroît, exclure les témoins déposant devant une commission d'enquête parlementaire de la protection de l'article 31 restreindrait son champ d'application en lui ajoutant une condition que la loi ne prévoit pas. Peu importe que le serment ait été effectué devant une juridiction judiciaire ou une chambre parlementaire dès lors que la déposition est faite devant une autorité publique. La démonstration s'achève sur la nécessaire qualité de témoin sous serment des personnes déposant devant les commissions d'enquête parlementaires dans la mesure où l'article 6 de l'ordonnance de 1958 incrimine le faux témoignage et la subornation de témoin.

Il doit donc être considéré que la personne déposant sous serment devant une commission d'enquête parlementaire est un témoin au sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881. Pour être constitué, cet article prévoit que la personne diffamée doit l'avoir été à raison de sa qualité, ici de témoin¹²⁰. Les propos litigieux imputant à M. A. et M^{me} V. d'avoir menti lors de leur déposition devant une commission d'enquête parlementaire, cet élément constitutif de la diffamation qualifiée ne fait pas débat.

¹¹⁸ Le magistrat remonte notamment à la jurisprudence antérieure à 1881 : « *Sur ce, il y a lieu d'observer que le terme de témoin ne fait l'objet d'aucune définition légale. Georges BARBIER, dans son Code expliqué de la presse, expose que "la jurisprudence établit une distinction entre les témoins proprement dits qui déposent sous la foi du serment et les personnes qui, pour une raison ou pour une autre, ne peuvent être entendues qu'à titre de renseignements, et refuse d'étendre, à ces dernières personnes qui ne sont pas des témoins dans le sens légal du mot, les dispositions de l'article 31 (Montpellier, 2 avril 1855, D. 55, 5, 550, et trib. corr. de Troyes, 13 nov. 1883, Gaz. Pal., t. IV, p. 149 et L.N., 1883, 3, 144-290)". Il convient de rappeler qu'en opposant une distinction entre les particuliers et les personnes publiques, la loi du 29 juillet 1881 ne fait que reprendre la classification établie par la loi du 17 mai 1819 de sorte que les jurisprudences antérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi sur la presse ne sont pas a priori dépourvues de pertinence* ».

¹¹⁹ Comme le souligne la décision commentée : « *La jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation tend vers une analyse similaire. Elle estime que relève de l'article 31, le témoin qui dépose devant la juridiction de jugement et le témoin qui dépose devant le juge d'instruction. Ce n'est pas le cas en revanche des personnes entendues par les policiers lors de l'enquête préliminaire, de celles entendues devant le tribunal à simple titre de renseignement ou encore du témoin qui assiste un huissier pratiquant une saisie. Cette différence recoupe là encore la présence ou non d'un serment* ».

¹²⁰ Cette règle est rappelée par la décision : « *Cette condition n'est cependant pas suffisante en soi, dès lors que ce texte ne punit de peines particulières, et contrairement aux autres personnes, protégées à raison des qualités qu'il énonce, que l'hypothèse où le témoin est visé à raison de sa déposition. Il est donc nécessaire, pour l'application de ce texte, que la déposition elle-même soit l'objet de la diffamation. Si les imputations diffamatoires adressées au témoin ne se rapportent pas directement à sa déposition, si bien que s'étant produites à l'occasion de cette déposition, elles visent des faits qui lui sont étrangers, elles ne peuvent être réprimées que comme diffamations envers un simple particulier* ».

La démonstration proposée pour justifier le choix de cette qualification emprunte la voie historique et téléologique afin de clarifier les contours de la catégorie de témoin, notion pivot de la diffamation qualifiée de l'article 30. Si le cheminement intellectuel du magistrat est ordonné par les moyens soulevés de part et d'autre, la spécificité du fait diffamatoire imputé renforce le choix de la diffamation qualifiée. Les propos poursuivis insinuent la tenue d'un faux témoignage, infraction prévue à l'article 434-13 du Code pénal¹²¹, dont l'article 6-III, alinéa 4 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958¹²² prévoit l'application pour les faits commis devant les commissions d'enquête parlementaires. Cette infraction réprime le témoignage fait sous serment, devant la commission d'enquête parlementaire, lorsqu'il est mensonger.

Le mensonge, indifférent à la constitution du caractère diffamatoire de l'imputation, fonde ici la diffamation en ce qu'il constitue une infraction pénale autonome. Si imputer à autrui de mentir ne porte pas atteinte à son honneur, lui imputer ce même fait lorsqu'il est commis sous serment devant une commission d'enquête a un caractère diffamatoire. Certes, l'imputation d'une infraction pénale suffit à établir le caractère diffamatoire des propos, mais la nature du mensonge justifie également le choix de la diffamation qualifiée.

Imputer à autrui d'avoir menti devant une commission d'enquête parlementaire porte incontestablement atteinte à son honneur particulier, le faux témoignage étant pénalement répréhensible. Cette imputation porte également atteinte à la probité de l'institution parlementaire, le témoignage mensonger ayant vicié les faits sur lesquels la commission recherche la manifestation d'une vérité politique. Partant, les conclusions de la commission sont fragilisées, provenant d'une procédure rendue défailante par l'hypothèse du mensonge. L'atteinte portée par l'imputation diffamatoire touche l'autorité publique à travers la personne nommément visée en sa qualité de témoin, condition nécessaire à la caractérisation diffamatoire des propos. **La diffamation portée au témoin à raison de sa qualité rejaillit ainsi sur l'institution parlementaire, touchant à la confiance dans son bon fonctionnement.**

Le choix de cette diffamation s'impose, tant en raison de la qualité de la personne visée que de la nature de l'imputation. Le juge de presse n'ayant pas de pouvoir de requalification, la relaxe est prononcée pour les poursuites engagées sur le fondement de diffamation envers un simple particulier. Dès lors, il est inopérant de soutenir que le formalisme excessif de la loi du 29 juillet 1881 porterait atteinte au droit d'accès à un juge, garanti par l'alinéa 1^{er} de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le tribunal rejette ce moyen en rappelant le caractère protecteur reconnu aux exigences

¹²¹ Art. 434-13 C. pén. « *Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ».

¹²² Art. 6-III, al. 4 ord. N° 58-1100 17 nov. 1958 « *En cas de faux témoignage ou de subornation de témoin, les dispositions des articles 434-13, 434-14 et 434-15 du code pénal sont respectivement applicables* ».

procédurales de la loi du 29 juillet 1881 par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme¹²³.

En rendant la première décision tranchant ce point précis de la loi du 29 juillet 1881, la 14^e chambre correctionnelle du Tribunal de Nanterre rappelle l'actualité constante de la loi centenaire. De la précision apportée aux contours de la qualité de témoin en droit de la presse rejaillit un éclairage sur la complexité des rapports entre mensonge et diffamation.

Difficultés probatoires en présence du « syndrome du bébé secoué »

TJ Nanterre, 21^e Chambre correctionnelle, Jugement n°1, °2 et °3 du 19 juin 2024

Analyse par Audrey DARSONVILLE, Professeure de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC - EA 3982

Le syndrome du bébé secoué (SBS) « est une pathologie qui survient lorsqu'un nourrisson, généralement saisi par le thorax, est violemment secoué par un adulte (un parent ou une nourrice dans la quasi-totalité des cas) placé dans une situation de stress ou d'épuisement attribuée aux pleurs ininterrompus de l'enfant. Certains enfants meurent de cette maltraitance. Dans d'autres cas, la majorité, l'enfant gardera des séquelles à vie »¹²⁴ ou des séquelles temporaires comme dans les jugements

¹²³ Développé par le tribunal en ces termes : « Il sera rappelé à cet égard que la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit les infractions de presse et le régime procédural qui leur est applicable en cherchant à établir un équilibre entre la protection de la liberté d'expression et les conditions de poursuite des infractions qui peuvent résulter de son exercice.

C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que "la conciliation ainsi opérée entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel du demandeur et, d'autre part, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression et le respect des droits de la défense ne revêt pas, y compris dans les procédures d'urgence, un caractère déséquilibré" (Décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013). La Cour européenne des droits de l'homme elle-même "admet que les exigences procédurales prévues par la loi du 29 juillet 1881 ont également pour but de protéger la liberté d'expression (Vally et autre c. France (déc.), no 39141/04, 17 juin 2008) et reconnaît la légitimité d'une telle finalité" (Diémert c/ France, req. N° 71244/17, 30 mars 2023).

Le droit d'accès au tribunal au sens de l'article 6 précité, dont se prévalent les parties civiles, garantit à chacun le droit de faire statuer par un tribunal sur toute contestation portant sur ses droits et obligations (Grzęda c. Pologne [GC], req. N° 43572/18, 15 mars 2022) encore que des limitations existent.

S'agissant du cas d'espèce, il ne peut qu'être constaté que les parties civiles ont bien vu leur cause entendue par un tribunal et qu'il a été statué sur leur demande, de sorte que ce qui est principalement reproché en réalité est la violation d'un supposé droit d'avoir gain de cause, qui n'est à l'évidence aucunement garantie ».

124 C. Bossis et N. Saidi-Cottier, « Bébé secoué : de l'indispensable critique des expertises judiciaires », *AJ pénal* 2022. 77 ; A. Laurent-Vannier, « La mutation des savoirs : syndrome et séquelles du bébé secoué », *Les cahiers de la justice* 2018. 47 : « Le mécanisme est bien plus violent qu'une chute de faible hauteur, et même qu'une chute de grande hauteur. Il correspond à la violence d'un accident de la voie publique à haute cinétique. Il s'agit d'un mouvement de flexion-extension et rotation brutale infligé à la tête de l'enfant. (...). Mais il ne faut surtout pas oublier le rapport de force entre l'enfant et l'adulte, qui s'occupe de lui. Le poids de l'adulte peut être de 10 à 20 fois le poids de l'enfant. (...). Il faudrait imaginer les conséquences de secousses d'un adulte de 50 kg par un être pesant 500 kg à une tonne ».

d'espèce¹²⁵. Ce syndrome est l'objet d'une littérature scientifique destinée à favoriser un diagnostic rapide afin de mieux prendre en charge les enfants victimes. La Haute Autorité de Santé (HAS) a d'ailleurs émis en juillet 2017 un guide de recommandations de bonne pratique pour établir le SBS¹²⁶. Outre l'enjeu médical relatif au diagnostic et aux soins à apporter au bébé victime, l'établissement d'un SBS par le corps médical donne lieu à un signalement au parquet car il est un acte de violence constitutif d'une infraction pénale. Cependant, la détermination du SBS par les experts médicaux ne résout que partiellement la difficulté probatoire à laquelle le juge pénal est confronté pour établir les potentielles responsabilités pénales. La question probatoire est au cœur des trois jugements rendus par la 21^e chambre correctionnelle du TJ de Nanterre. Les jugements sont désignés par un numéro (jugement 1, jugement 2 et jugement 3) afin de les identifier, tout en préservant l'anonymat des parties. Ces jugements seront envisagés ensemble, car ils se sont heurtés aux mêmes obstacles dans l'établissement de la vérité judiciaire et ils reposent sur une qualification pénale identique, les violences volontaires suivies d'incapacité supérieure à 8 jours sur un mineur de 15 ans par un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime. Deux jugements ont donné lieu à une relaxe (jugements 1 et 3) et un jugement a conclu à une condamnation pénale (jugement 2).

I/ Compétence du TJ de Nanterre et procédure

En vertu de l'article 382 du Code de procédure pénale, « Est compétent le tribunal correctionnel du lieu de l'infraction, celui de la résidence du prévenu ou celui du lieu d'arrestation ou de détention de ce dernier, même lorsque cette arrestation ou cette détention a été opérée ou est effectuée pour une autre cause ».

La compétence territoriale du TJ de Nanterre repose sur le lieu de l'infraction, à savoir le domicile des assistantes maternelles chargées de la garde des enfants victimes (jugement 1 et 2) ou celui des parents de l'enfant concerné (jugement 3). Les différents domiciles se trouvant dans le département des Hauts-de-Seine, les faits relèvent du ressort du TJ de Nanterre.

Il convient de souligner qu'en vertu de l'article 222-12, a) du Code pénal, les violences ayant entraîné une ITT supérieure à 8 jours sont punies d'une peine de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur. L'infraction en cause est donc un délit mais, dans les trois affaires jugées en l'espèce, une instruction préparatoire avait été ouverte, révélant la gravité intrinsèque des faits ainsi que la difficile appréhension des responsabilités pénales. Les trois prévenus ont été placés sous contrôle judiciaire dans

125 Dans l'hypothèse de séquelles permanentes, la qualification pénale retenue serait celle de violences volontaires avec une infirmité permanente, qualification non retenue dans les jugements soumis à analyse.

126 HAS, *Recommandations de bonne pratique, Syndrome du bébé secoué ou traumatisme crânien non accidentel par secouement*, juill. 2017, www.has-sante.fr/jcms/c_2794425/fr/syndrome-du-bebe-secoue-ou-traumatisme-cranien-non-accidentel-par-secouement. Le Conseil d'État a rejeté une requête, formée par une association de personnes se disant victimes d'erreurs judiciaires, tendant à enjoindre la HAS d'abroger ses recommandations, CE 7 juill. 2021, n° 438712, Lebon.

l'attente du procès et la prévenue dans le jugement 2 a même été placée en détention provisoire durant quelques mois. De plus, les procédures pénales enclenchées en présence d'une suspicion de violences volontaires sur un mineur ont également des conséquences civiles à l'encontre des parents qui peuvent être placés, durant le temps de l'instruction, sous assistance éducative alors même que les faits se sont produits au domicile de l'assistante maternelle. Ainsi, dans le jugement 3, la fillette victime a été provisoirement placée avec un droit de visite exclusivement au bénéfice de la mère. Par la suite, l'enfant a réintégré le domicile familial mais le père, mis en cause, avait interdiction de résider dans ce domicile et bénéficiait d'un droit de visite réduit. Cette séparation, nécessaire pour préserver la santé de l'enfant victime le temps de l'établissement des responsabilités, génère indéniablement des souffrances pour les parents et les enfants. Les incidences de la procédure pénale sont donc multiples et douloureuses lors de la commission de telles infractions.

II/ Présentation des trois décisions

Le premier jugement concerne une suspicion de SBS perpétrée par l'assistante maternelle en charge de la garde d'une petite fille âgée d'un an. La fillette présentait différents symptômes (vomissements, pleurs inexpliqués) avant de faire un malaise chez sa nounou. Cette dernière alertait les secours et l'enfant était hospitalisée. La nounou mise en cause réfutait être à l'origine des dommages subis par le bébé. Elle est relaxée faute de certitude quant aux faits et à son implication.

Le deuxième jugement met également en cause une assistante maternelle à l'encontre de laquelle un signalement avait été émis en 2016 pour des suspicions de violences à l'encontre d'un enfant gardé chez elle. L'expert médical affirmait être en présence d'un SBS mais la plainte était finalement classée sans suite. L'assistante maternelle, dont l'agrément avait été retiré à la suite de la plainte des parents, avait finalement pu recommencer à garder des enfants, son agrément lui ayant été restitué. Un nouvel enfant était placé sous sa garde. Il était récupéré un soir par son père avec des fractures à la jambe et au bras. Une plainte était déposée entraînant un nouveau retrait de l'agrément à l'encontre de la nounou qui sera condamnée, par le TJ de Nanterre, du chef de violences volontaires à une peine de 3 ans d'emprisonnement avec sursis. Elle sera également condamnée à une interdiction définitive d'exercer la profession d'assistante maternelle et à une interdiction d'exercer une activité impliquant un contact avec les mineurs pendant 5 ans, ainsi qu'à une peine d'inéligibilité de trois ans.

Le troisième jugement vise une situation différente puisque c'est le père de l'enfant qui a été visé par les poursuites pénales. Il lui était reproché d'avoir secoué avec violence sa fille âgée de quelques mois après un malaise de celle-ci alors qu'il la gardait seul au domicile familial. À la suite de son appel aux urgences, il était descendu en courant pour aller à la rencontre des pompiers et admettait que lors de cette descente, sous l'effet de la panique, il n'avait peut-être pas maintenu la tête de sa fille, angoissé de perdre du temps alors qu'elle avait perdu connaissance. Il contestait tout acte de violences volontaires sur son enfant. En dépit des expertises médicales attestant que l'enfant avait été victime d'un SBS, le père est relaxé.

Aucun des trois prévenus n'avait d'antécédents judiciaires au moment des poursuites pénales.

III/ Discussion probatoire

Les trois jugements proposent une motivation détaillée pour asseoir le raisonnement judiciaire. Dans ces espèces, la juridiction pénale était confrontée à une double difficulté, à savoir, l'établissement d'un SBS et la détermination de l'auteur de tels faits. Ces interrogations sont classiques en droit pénal mais, en présence d'un SBS, elles revêtent une difficulté particulière liée notamment à l'enjeu de l'expertise médicale.

A. Preuve du SBS

Les trois décisions s'attachent à établir ou exclure le SBS comme cause des lésions constatées sur les enfants. En effet, les dommages subis ne sont pas contestés, certains étaient même encore en cours de consolidation lors des audiences. L'origine des lésions est en revanche l'objet de discussions qui voient s'opposer l'expertise scientifique et le raisonnement judiciaire qui repose sur la présomption d'innocence et l'adage *in dubio pro reo* permettant à la personne poursuivie d'être relaxée au bénéfice du doute. Dans les trois jugements, la motivation de la décision rappelle que « *la vérité judiciaire répond à un processus de constitution qui n'a rien de commun avec celui des vérités scientifiques. Cette vérité, qui est à la source des décisions de condamnations et de non-condamnations, est à la fois plus fragile (puisqu'elle n'est pas fondée sur une méthodologie aussi puissante et rigoureuse que la méthode scientifique) et plus déterminante pour tel ou tel individu (puisqu'elle vise à déclarer coupable, de façon absolue et intemporelle, un individu pour une infraction, voire à le priver de sa liberté pour ce motif) que la vérité scientifique. Cette double nature de la vérité judiciaire rend nécessaire qu'elle réponde à un principe fondamental de certitude suffisante – autrement dit que le doute profite à la personne poursuivie* ». Cette formule remarquable résume à elle seule toute la difficulté probatoire à laquelle se heurtent les juges en présence d'une suspicion de SBS. Les trois espèces procèdent en deux temps, d'abord la présentation des expertises médicales puis, leur appréciation par les juges à l'aune d'autres éléments probatoires contextuels.

En premier lieu, il apparaît dans les trois espèces que les expertises médicales réalisées sur les enfants tendent à la reconnaissance d'un SBS. Sur le plan probatoire, selon les jugements, « *les enquêtes mobilisant le Syndrome du Bébé Secoué présentent une spécificité notable et probablement unique en matière judiciaire : les expertises médicales, corrélées avec les recommandations de la Haute Autorité de Santé, permettraient, à elles seules, d'obtenir la « certitude » de la commission d'un délit, voire d'un crime, de violences aggravées* ». Cependant, les juges soulignent que le SBS est objet de controverses au sein du corps médical¹²⁷ et que « *la connaissance*

127 A. Laurent-Vannier, « La mutation des savoirs : syndrome et séquelles du bébé secoué », *Les cahiers de la justice* 2018. 47 ; A. Laurent-Vannier, Syndrome du bébé secoué, halte au déni, *AJ pénal* 2022.194 : « *aucun étayage scientifique ne soutient la contestation des recommandations de la Haute Autorité de santé. (...) S'il existe de plus en plus souvent de véritables agressions dans les tribunaux judiciaires envers les experts judiciaires, il n'y a pas de désaccord scientifique national ou international. Seul un tout petit nombre de déniéristes, médecins, juristes, journalistes... contestent des connaissances*

médicale progresse selon un processus, classique en matière scientifique, de réfutabilité, c'est à dire qu'un énoncé médical est à bon droit considéré comme vrai jusqu'à ce qu'il ait été réfuté par une nouvelle expérience, une nouvelle théorie, une nouvelle constatation. La vérité médicale est par conséquent toujours provisoire, et n'évolue que par la controverse scientifique – la constitution d'une vérité scientifique, comme les controverses d'ailleurs, répondant à des règles déontologiques et à une méthodologie particulière ». Ainsi, les évolutions scientifiques sur le SBS pourraient amener à l'avenir à des modifications dans l'établissement des diagnostics. Toutefois, en l'état des connaissances scientifiques, le tribunal correctionnel a reconnu pour chaque espèce « *qu'il existe davantage de probabilités que M. ait été victime d'un Syndrome du Bébé Secoué que qu'il en ait été exempt, les travaux de l'expertise judiciaire se référant à un étayage scientifique important* ». Au regard des expertises médicales, le SBS semble donc très probable. Dans le jugement 3, un tel diagnostic paraît même atteindre un degré de quasi-certitude puisque les différentes expertises médicales convergent toutes vers la reconnaissance d'un SBS. En dépit de ces expertises concordantes, le jugement souligne que ces dernières « *ne peuvent qu'être appréhendées comme un élément d'appréciation, certes essentiel, mais à toujours resituer dans le contexte plus général des autres preuves rassemblées à charge et à décharge contre la personne poursuivie* ».

En second lieu, les juges s'éloignent des vérités assénées par la science pour revenir à un raisonnement judiciaire fondé sur une pluralité de preuves à charge comme à décharge. Les trois jugements rappellent qu'en vertu de l'article 427 du Code de procédure pénale, la preuve est libre. Dès lors, l'expertise médicale ne présente pas une force probante absolue. Certes, elle présente une force probante importante, qui peut d'ailleurs apparaître comme supérieure aux autres preuves, mais celle-ci n'est pas absolue. Le tribunal s'est donc attaché à recueillir d'autres éléments probatoires comme des enquêtes sur la personnalité des mis en cause, des témoignages de proches, etc. C'est à la lumière de ces divers éléments que le tribunal a prononcé les deux relaxes et la condamnation. Les deux relaxes sont étayées par des éléments pluriels confortant le comportement non violent des mis en cause. Des témoignages en leur faveur affirment la qualité des soins prodigués aux enfants et l'enquête a révélé l'absence d'antécédents de violence de leur part. À l'inverse, la condamnation est justifiée par les procédures anciennes qui avaient déjà été diligentées à l'encontre de l'assistante maternelle, provoquant d'ailleurs un retrait de son agrément, mais aussi par le comportement de cette dernière durant l'enquête. En effet, la prévenue avait

scientifiques de plus en plus abondantes et consensuelles » ; C. Bossis et N. Saidi-Cottier, art. préc., *AJ pénal* 2022. 77 : « *Le SBS a été théorisé dans les pays anglo-saxons à partir des années 70, notamment sur la base des travaux du neurochirurgien pédiatrique britannique Norman Guthkelch, selon lequel l'apparition de lésions cérébrales chez le nourrisson, même en l'absence d'impact sur le crâne, est une possible conséquence de maltraitance infantile. Pourtant, dès les années 80, à la faveur de nouvelles recherches scientifiques, un nombre croissant de médecins et de chercheurs ont commencé à s'inquiéter du manque de fiabilité de cette méthode de diagnostic. (...) Le Dr Guthkelch, lui-même, a critiqué le sort réservé à ses travaux, indiquant en 2015 : « Dès le départ, j'étais contre le fait de définir cette chose comme un syndrome. Aller jusqu'à dire qu'à chaque fois que vous voyez ces lésions, c'est un crime... C'est devenu une manière bien trop facile de finir en prison* ». Ces critiques de plus en plus régulières ont conduit certains pays à abandonner ou à atténuer le recours au diagnostic du SBS (Suède et Canada notamment) ».

menti sur la présence de sa fille le jour du malaise du bébé. Ce mensonge avait été mis à mal par l'enquête policière mais le fait qu'elle ait essayé de s'exonérer de sa responsabilité par le recours à un tel procédé est un élément à charge qui est relevé dans le jugement. Ces différentes preuves ont convaincu les magistrats d'entrer en voie de condamnation et donc de corroborer le diagnostic médical de SBS. Cette décision de condamnation confirme que les expertises scientifiques, à elles seules, ne suffisent pas à fonder une condamnation si elles ne sont pas corroborées par d'autres éléments. Le SBS, diagnostic médical, n'est ainsi pas toujours traduit par une qualification pénale de violence volontaire. Les trois jugements en date du 19 juin 2024 rappellent que le juge pénal reste libre dans l'appréciation des preuves fournies pour forger son intime conviction. Comme l'énoncent les jugements, les diagnostics médicaux « *ne peuvent conduire le tribunal à considérer que les preuves rapportées par les expertises scientifiques pourraient constituer, à elles-seules, des formes de vérité absolue et intemporelle* ».

B/ Détermination de l'auteur du SBS

Lorsque le SBS est constaté, le juge pénal doit encore résoudre une seconde difficulté, à savoir déterminer avec certitude qui en est l'auteur. En vertu de l'article 121-1 du Code pénal, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Le juge doit donc établir que la personne mise en cause est bien celle qui a perpétré le geste violent. La science apporte une réponse à cette question puisque l'établissement d'un SBS offre « *la quasi-certitude de l'identité de son auteur dans la mesure où la dernière personne à avoir été en contact avec l'enfant au moment de son malaise est presque automatiquement convaincue d'être l'auteur des violences compte tenu des discussions autour de la notion d'absence d'intervalle libre entre les secouements et le malaise* ». Par conséquent, dans les trois affaires, les mis en cause étaient naturellement les personnes présentes lors du malaise de l'enfant. Cependant, dans le jugement de condamnation, l'ordonnance de non-lieu rendue précédemment par le juge d'instruction se fondait sur l'impossibilité de démontrer que les violences avaient été perpétrées par la prévenue. La Chambre de l'instruction réfutait cette analyse en retenant « *qu'il n'y avait strictement aucun autre adulte au domicile, et sans doute aucun des enfants de R., en tout cas pas son époux, mais encore où R. elle-même reconnaît qu'il était impossible que quiconque à part elle pût s'occuper d'un enfant dont elle avait la charge* ». Dès lors, les juges du tribunal correctionnel ont retenu la prévenue dans les liens de la prévention.

Les jugements d'espèce sont très intéressants car ils sont une manifestation d'un raisonnement dit « probabiliste »¹²⁸ opéré par l'autorité judiciaire. Ce raisonnement sous le joug probabiliste résulte du fait que le juge oscille entre « *l'incertitude factuelle et son expression sur la forme d'une probabilité. (...) La probabilité décrit une situation intermédiaire entre l'existence et l'inexistence du fait. Elle est synonyme d'incertitude, situation inconfortable sur le terrain de la preuve* »¹²⁹. Le SBS est un objet parfait pour un raisonnement judiciaire probabiliste puisqu'il se réalise sans témoin, par la personne qui est le plus souvent celle qui alerte les secours et sur une victime très jeune et donc dénuée de capacité d'expression orale, obligeant l'autorité judiciaire à

128 E. Vergès et G. Vial, « Les raisonnements probabilistes des juges », *D.* 2025.542.

129 E. Vergès et G. Vial, art. préc.

tenter de transformer des probabilités en certitude afin de pouvoir entrer ou non en voie de condamnation. Ces jugements révèlent que « *chaque juge définit son propre standard de preuve, c'est-à-dire le seuil qu'il doit atteindre pour estimer que les faits sont suffisamment établis. C'est cette liberté qui rend possible l'usage des raisonnements probabilistes dans la formation de la conviction* »¹³⁰.

Délit de « publication d'un montage non apparent avec les images d'une personne non consentante » (C. pén. art. 226-8)

TJ Nanterre, 14^e Chambre correctionnelle, 1^{er} oct. 2024

Analyse par Olivier CAHN, Professeur de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC - EA 3982 et du CESDIP - UMR 8183

Le 13 octobre 2022, M. R. publiait sur un réseau social un message reprochant à la présentatrice d'une émission de radio d'avoir invité un lobbyiste du Qatar, membre des Frères musulmans, sans l'avoir évoqué à l'antenne. Il illustrait ce message d'une photographie représentant M. E. posant devant deux panneaux de signalisation routière modifiés pour présenter, sur le premier, l'emblème de la confrérie des frères musulmans et sur le second, situé en dessous, la mention « frères musulmans » écrite en arabe.

Par courrier en date du 23 janvier 2023, le conseil de M. E. saisissait le procureur de la République de Paris d'une plainte simple pour des « faits de publication d'un montage réalisé avec l'image d'une personne sans son consentement ». Il exposait, d'une part, que son mandant avait publié sur ses comptes Facebook et Instagram, le 5 janvier 2018, un cliché le représentant auprès de deux panneaux respectivement de limitation de vitesse et annonçant la ville de Taza au Maroc, et, d'autre part, qu'il avait été invité dans une émission de radio, et qu'à la suite de l'émission, M. R. avait publié sur Twitter le message assorti de l'image querellée. Il estimait que, dès lors qu'il n'apparaissait pas à l'évidence qu'il s'agissait d'un photomontage, réalisé sans le consentement de M. E., une telle publication caractérisait le délit prévu et réprimé à l'article 226-8 du Code pénal.

L'enquête diligentée par le parquet de Paris permettait de constater que le message litigieux était toujours accessible au public le 21 février 2023 et d'établir que M. R. était domicilié à Clamart, ce qui conduisait le parquet parisien à se dessaisir au profit du procureur de la République de Nanterre. Le 17 mars 2023, ce dernier diligentait une enquête préliminaire. Durant son audition, le mis en cause déclarait,

130 E. Vergès et G. Vial, art. préc. : « *L'effet du doute sur la décision de justice est souvent analysé en jurisprudence sous l'angle de la charge de la preuve, mais il s'agit plutôt d'une question relative au seuil de conviction que le juge doit atteindre. La question peut ainsi être posée : à partir de quel niveau de probabilité, le juge peut-il considérer qu'un fait allégué est suffisamment prouvé ? (...) ce seuil doit égaler la certitude, la réalité est plus complexe, car il faut prendre en considération le jeu des présomptions de fait. C'est dans un tel contexte que les probabilités prennent leur place* ».

d'une part, qu'il considérait M. E. comme « un adversaire politique », d'autre part, qu'il n'était pas l'auteur du photomontage et, enfin, qu'il « était évident que l'image était un photomontage dès lors qu'il était manifeste, s'agissant du panneau rectangulaire, que le texte avait été "collé grossièrement dessus" et que le panneau de circulation figurant au-dessus n'existait à l'évidence pas dans le code de la route ». Néanmoins, le parquet de Nanterre décidait de citer M. R. devant le tribunal correctionnel des chefs d'atteinte à la représentation de la personne, tels que prévus et réprimés à l'article 226-8 du Code pénal.

À l'audience, le prévenu déclarait que l'utilisation qu'il avait faite du photomontage « avait pour but de symboliser le rapprochement entre M. E. et la confrérie des frères musulmans, ce type d'illustration faisant partie de la communication politique usuelle sur les réseaux sociaux ». Le parquet requérait la condamnation du prévenu à une peine d'emprisonnement de trois mois, assorti du sursis simple, et à une amende de 5 000 euros. La défense sollicitait la relaxe en invoquant le défaut de caractérisation de l'infraction, dès lors qu'il apparaissait à l'évidence que la publication querellée était un photomontage, et, subsidiairement, invoquait le fait justificatif prétorien tiré de la liberté d'expression politique (art. 10 de la CESDH).

Dans leur jugement en date du 1^{er} octobre 2024, les juges de la 14^e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Nanterre rappellent, d'abord, que le délit de publication d'un montage non apparent avec les images d'une personne non consentante, défini à l'article 226-8 du Code pénal, « ne réprime pas le montage en tant que tel, mais en ce qu'il tend à déformer de manière délibérée des images [...], soit par ajout, soit par retrait d'éléments », et que « ce montage doit en outre être réalisé sans le consentement de la personne dont l'image [fait] l'objet d'une manipulation et sans que sa qualité de montage ne soit évidente ou mentionnée ». Ils estiment, ensuite, qu'il « est constant que le cliché publié par le prévenu [...] est un photomontage représentant [M.] E., réalisé à partir d'un cliché publié plusieurs années auparavant par la partie civile et sans le consentement de celle-ci » et qu'il « n'est aucunement fait mention que la publication est un montage ». Toutefois, ils considèrent, enfin, « qu'il apparaît à l'évidence que le cliché est un montage ».

Pour le démontrer, le tribunal commence par rappeler que la publication litigieuse est intervenue dans un « contexte » d'une critique adressée à la présentatrice de l'émission, lui reprochant « d'avoir reçu "un agent d'influence du Qatar et Frère musulman" sans en aviser le public ». Les juges décident alors, d'une part, que le montage « figure la partie civile devant ce qui est à l'évidence un panneau de signalisation routière de prescription placé sur le même support qu'un panneau d'entrée d'agglomération, étant rappelé que la convention internationale sur la signalisation routière, signée à Vienne le 8 novembre 1968, prescrit l'uniformité internationale des signaux et symboles routiers et des marques routières », d'autre part, que « si le caractère évident du montage doit s'analyser dans son contexte de publication, il ne peut être en revanche pris en compte, ainsi que l'ont soutenu la partie civile et le ministère public, des habitudes présumées de navigation des internautes pour justifier d'une attention limitée aux images et par voie de conséquence, à des éventuelles modifications apportées à celle-ci » et, enfin, qu'il « ne peut qu'être

constaté en l'espèce que le texte écrit en arabe figurant sur le panneau d'agglomération est un calque ajouté en surimpression du panneau original, dont la couleur de l'arrière-plan diffère et dont les différentes traces d'usage apparaissent comme en transparence », que « la présence surtout du logotype des frères musulmans, au surplus légèrement décentré, dans un panneau de circulation routière n'a aucun sens et ne peut par conséquent que se comprendre comme un montage visant à dénoncer une proximité entre [M.] E. et cette organisation encore que son insertion dans un panneau d'interdiction brouille le message » et que « l'apposition dudit logotype en surimpression est d'autant plus manifeste qu'à l'instar du panneau inférieur, le bord du panneau est maculé de traces d'usage dont l'emblème des frères musulmans est tout à fait vierge, jurant ainsi particulièrement dans la composition formée ».

Les juges en déduisent que « le cliché litigieux apparaît à l'évidence être un photomontage de sorte que les éléments constitutifs du délit prévu à l'article 226-8 du code pénal ne sont pas entièrement réunis » et relaxent en conséquence M. R. des faits de publication d'un montage non apparent avec les images d'une personne non consentante.

Note

Le délit aujourd'hui prévu et réprimé à l'article 226-8 du Code pénal a été créé par la loi n°70-643 du 17 juillet 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*¹³¹ « pour réagir contre les excès de ce que l'on appelait alors les "mass medias" »¹³². Dans la troisième partie de ce texte, intitulée « Protection de la vie privée », l'article 22 a ajouté au Code civil un article 9 relatif à la protection de la vie privée, tandis que l'article 23 a créé, dans le Code pénal, un article 370, dont l'alinéa 1^{er} disposait que « Sera puni des peines prévues à l'article 368 quiconque aura sciemment publié, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne, sans le consentement de celle-ci, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention », et un article 372, qui ajoutait que « La tentative sera punie comme le délit lui-même » et que « l'action publique ne pourra être engagée que sur plainte de la victime ».

La réforme du Code pénal, opérée par la loi n°92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*¹³³, a conservé cette infraction, placée au Livre II « Des crimes et délits contre les personnes », titre II « Des atteintes à la personne humaine », chapitre VI « Des atteintes à la personnalité », section 2 « De l'atteinte à la représentation de la personne ». Cette section est composée de deux articles. Tout d'abord, l'article 226-8 dispose : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image

¹³¹ JO du 19 juillet 1970, p.6751. V. R. Lindon, « Les dispositions de la loi du 17 juin. 1970 relatives à la protection de la vie privée », *JCP, G*, 1970, 2357 ; J. Pradel, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 », *D*. 1971. 115 ; encore peut-il être noté que ces deux auteurs ne manifestent qu'un intérêt anecdotique pour l'infraction, objet du présent commentaire.

¹³² E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., LGDJ, 2023, p.230.

¹³³ JO du 23 juillet 1992.

d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ». Ensuite, l'article 226-9 prévoit que « les articles 226-5 et 226-7 sont applicables à la présente section »¹³⁴. L'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 *portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs*¹³⁵ a substitué aux 100 000 francs d'amende encourus un montant de 15 000 euros.

La grande stabilité de cette incrimination peut être relevée, puisque depuis le 20 juillet 1970, la définition de l'infraction n'a été que marginalement modifiée - alors même que les moyens de la commettre se sont considérablement améliorés et diversifiés, la capacité à produire un photomontage étant, par le développement de l'informatique individuelle et des logiciels de traitement des images, désormais à la portée de tous. De fait, il aura fallu attendre la loi n°2024-449 du 21 mai 2024 *visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique*¹³⁶ pour qu'intervienne un toilettage notable de l'article 226-8 du Code pénal. L'alinéa 1^{er} de cette disposition a en effet été modifié pour remplacer le mot « publier » par les mots « porter à la connaissance du public ou d'un tiers ». En outre, il a été ajouté, d'une part, au même alinéa : « Est assimilé à l'infraction mentionnée au présent alinéa et puni des mêmes peines le fait de porter à la connaissance du public ou d'un tiers, par quelque voie que ce soit, un contenu visuel ou sonore généré par un traitement algorithmique et représentant l'image ou les paroles d'une personne, sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un contenu généré algorithmiquement ou s'il n'en est pas expressément fait mention » et, d'autre part, un alinéa deuxième ainsi rédigé : « Ces peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende lorsque les délits prévus au présent article ont été réalisés en utilisant un service de communication au public en ligne » ; enfin, dans le nouvel alinéa troisième, les mots « le délit prévu par l'alinéa précédent est » sont remplacés par les mots « les délits prévus au présent article sont »¹³⁷. Principe de non-rétroactivité de la loi pénale oblige, cette nouvelle rédaction n'était cependant pas applicable aux faits, objet du jugement ici commenté.

Davantage que par sa qualité rédactionnelle, sujette à caution, la stabilité du texte s'explique certainement par le peu d'intérêt qu'il suscite. Il est, en effet, quelque peu paradoxal de constater qu'alors même que l'usage plus ou moins malveillant du photomontage est banal, la jurisprudence afférente à l'article 226-8 du Code pénal est plus que sporadique. À ce titre, le jugement du tribunal correctionnel de Nanterre en date du 1^{er} octobre 2024 mérite d'être commenté, d'autant que, s'il confirme pour l'essentiel la maigre jurisprudence existante, il apporte une précision non négligeable à l'interprétation de l'élément matériel de l'infraction (I). De surcroît, il autorise aussi quelques réflexions sur l'utilité même de cette infraction (II).

¹³⁴ L'article 226-5 incrimine la tentative du délit et l'article 226-7 prévoit la responsabilité pénale des personnes morales et les sanctions applicables à ces dernières.

¹³⁵ JO du 22 septembre 2000.

¹³⁶ JO du 22 mai 2024, texte n°2.

¹³⁷ Cf. *infra*.

I/ Confirmations et apport du jugement

Pour mémoire, l'article 226-8 du Code pénal, dans sa version applicable à l'époque des faits, disposait qu'« est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention ».

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser certaines modalités de consommation de cette infraction, qui ne sont pas remises en cause par le jugement du tribunal correctionnel de Nanterre.

Ainsi, l'infraction consiste en une « utilisation frauduleuse d'un attribut de la personne », quelle que soit la manière dont il a été obtenu, pour réaliser un « montage audio, visuel ou audiovisuel [...] avec les paroles ou l'image d'autrui, sans qu'il apparaisse à l'évidence qu'il s'agit d'un montage »¹³⁸.

Pour qu'il soit porté atteinte à la représentation de la personne, il faut que l'existence d'un « montage » soit établie¹³⁹. La jurisprudence fait une interprétation extensive de cette notion, le « montage » pouvant consister dans l'insertion d'une photo de la victime dans un cadre dans lequel elle ne s'est pas trouvée¹⁴⁰, dans l'ajout à une image sur laquelle est présente la victime d'un texte ou d'une légende qui lui donne une signification que n'a pas souhaitée la victime¹⁴¹ ou, plus simplement et comme c'était le cas en l'espèce, par une manipulation de la composition et du contenu d'une image pour lui donner une signification que n'avait pas l'original¹⁴².

De surcroît, quelles que soient la technique et l'ampleur du « montage », celui-ci n'est pas *per se* répréhensible. Le législateur n'incrimine en effet que l'atteinte à « l'intégrité de la personnalité [...] altérée par une représentation fallacieuse de la personne, de nature à tromper autrui sur ce qu'elle est réellement »¹⁴³.

Il faut ainsi, d'abord, que le montage ait été réalisé sans le consentement de la personne qui en est victime - ce qui était certainement le cas en l'espèce, comme l'alléguait la plainte déposée par M. E.

Ensuite, la falsification de l'image doit servir au travestissement de la vérité, au « dévoiement de [la] signification »¹⁴⁴ de l'image, consister à « déformer de façon délibérée des images »¹⁴⁵ par ajout ou retrait d'éléments étrangers à leur objet ou dans

¹³⁸ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2024, p.588.

¹³⁹ TJ Nanterre, 14^e corr., 6 juin 2023, *M.P. c/ P. Balkany*, n°21055000036, *Légipresse* 2023, n°6, p.321.

¹⁴⁰ Crim. 30 janvier 1978, *Bull. crim.* n°34 ; *RSC* 1978, 864, obs. G. Levasseur ; *Gaz. Pal.* 1978, 2, 467.

¹⁴¹ Par exemple, un document de propagande électorale : Toulouse, 26 février 1974, *JCP*, 1975, II, 17903, note R. Lindon ; *RSC* 1976, 119, obs. G. Levasseur.

¹⁴² Paris, 29 oct. 1997, *Dr. pénal* 1998, n°30, obs M. Véron.

¹⁴³ A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis Droit, 2015, p.343.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ M. Véron, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., Sirey, 2019, p.241.

la « manipulation du sens des images ou des paroles enregistrées »¹⁴⁶. Ainsi, le montage « ne se limite pas à une intervention sur les supports du message, mais s'étend à ce qu'ils signifient »¹⁴⁷. En l'espèce, le remplacement de panneaux routiers par le sigle et le nom en arabe des Frères musulmans constituaient bien « un trucage ou une manipulation »¹⁴⁸ qui caractérisait le « montage » permettant, par la « modification de la portée ou de la signification »¹⁴⁹ de l'image, de placer et représenter M. E. sous la « bannière » de cette organisation controversée.

Enfin, le montage doit faire l'objet d'une publication « par quelque voie que ce soit » - c'est-à-dire qu'il doit être porté à la connaissance du public, par un moyen médiatique quelconque¹⁵⁰, sans pour autant que le législateur exige que la publicité prenne l'une des formes prescrites par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* ou que le message soit diffusé à un public indéterminé¹⁵¹. Ainsi, ce n'est pas la réalisation mais la publication d'un montage qui est susceptible de consommer l'élément matériel de l'infraction - ce qui justifie que le prévenu pouvait en l'espèce être poursuivi, alors même qu'il n'était pas le réalisateur du montage et qu'il en ignorait l'auteur, dès lors que, conscient qu'il s'agissait d'un montage, il avait pris l'initiative de le publier sur son compte Twitter.

De surcroît, l'infraction ne peut être caractérisée que si le montage est susceptible de tromper le public - c'est-à-dire qu'il présente un « caractère non discernable » et qu'il « n'est pas identifié comme tel »¹⁵². En d'autres termes, le montage « doit être suffisamment réaliste pour présenter l'apparence de la vérité et laisser croire que la personne a réellement tenu les propos ou adopté le comportement qui lui est frauduleusement prêté »¹⁵³. Ainsi, comme en a décidé le tribunal de Nanterre en l'espèce, la publication du montage est licite, même en l'absence de toute mention expresse, lorsque ledit montage apparaît de manière évidente¹⁵⁴. Ce faisant, le législateur « sauvegarde la liberté de parodies et pastiches tout en abandonnant une marge d'appréciation importante au juge »¹⁵⁵.

L'élément moral de l'infraction consiste dans l'intention¹⁵⁶ de publier un montage illicite en ayant conscience, au moment de la publication, que « le montage a été réalisé sans le consentement de la personne concernée et qu'il n'est pas

¹⁴⁶ Crim. 30 mars 2016, *D.* 2016. 898 ; *Dr. pénal* 2016, n°104, obs. P. Conte ; *AJ Pénal* 2016.384, obs. D. Aubert, « La notion de "montage" définie par la Chambre criminelle » ; *RSC* 2016. 767, obs. H. Matsopoulou. V. aussi, P. Conte, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., LexisNexis, Manuels, 2024, p.223.

¹⁴⁷ P. Conte, obs. sous Crim. 30 mars 2016, n°15-82.039, *Dr. pénal* 2016, comm. 104.

¹⁴⁸ D. Aubert, « La notion de "montage" définie par la Chambre criminelle (note sous Crim. 30-03-2016 n° 15-82.039) », *AJ Pénal* 2016, p.384.

¹⁴⁹ Crim. 30 mars 2016, précit.

¹⁵⁰ T. corr. Paris, 9 juin 1972, *Gaz. Pal.* 1973. 2, p.680 ; *RSC* 1976. 117, obs. G. Levasseur.

¹⁵¹ Crim. 30 janv. 1978, précit.

¹⁵² E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Ellipses, Cours magistral, 2016, p.258.

¹⁵³ P. Bonfils et L. Grégoire, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Cours, 2022, p.200.

¹⁵⁴ Paris, 29 oct. 1997 et Toulouse, 26 fév. 1974, précit.

¹⁵⁵ E. Dreyer, *op. cit.*, 2023, p.231.

¹⁵⁶ Par déduction de l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du Code pénal, puisque le législateur est muet sur ce point.

perceptible aux yeux des tiers »¹⁵⁷. En revanche, le but de la publication, ou le résultat escompté, qui relèvent des mobiles de l'auteur, sont indifférents.

Cependant, l'apport du jugement commenté ne saurait être négligé.

Il a été rappelé qu'aux termes de l'article 226-8 du Code pénal, la publication d'un montage n'est illicite qu'autant qu'il « n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage », ce qui, selon E. Dreyer, confère « une marge d'appréciation importante au juge ».

Le jugement le confirme. La partie civile et le ministère public arguaient que le caractère évident du montage devait s'apprécier en considération des « habitudes [...] de navigation des internautes » qui ne portent qu'« une attention limitée aux images et par voie de conséquence, à des éventuelles modifications apportées à celle-ci ». Aussi pertinent que puisse apparaître *a priori* un tel argument dans la mesure où le *scrolling* est devenu une pratique habituelle des utilisateurs de réseaux sociaux, le tribunal écarte sans ménagement cette interprétation, en estimant qu'elle est fondée sur une appréciation d'habitudes « présumées » - c'est-à-dire non étayées et non démontrées.

En l'espèce, pour considérer « qu'il apparaît à l'évidence que le cliché est un montage », les juges relèvent, d'une part, que le montage « figure la partie civile devant ce qui est à l'évidence un panneau de signalisation routière de prescription placé sur le même support qu'un panneau d'entrée d'agglomération, étant rappelé que la convention internationale sur la signalisation routière, signée à Vienne le 8 novembre 1968, prescrit l'uniformité internationale des signaux et symboles routiers et des marques routières », d'autre part, qu'il « ne peut qu'être constaté en l'espèce que le texte écrit en arabe figurant sur le panneau d'agglomération est un calque ajouté en surimpression du panneau original, dont la couleur de l'arrière-plan diffère et dont les différentes traces d'usage apparaissent comme en transparence », que « la présence surtout du logotype des frères musulmans, au surplus légèrement décentré, dans un panneau de circulation routière n'a aucun sens et ne peut par conséquent que se comprendre comme un montage visant à dénoncer une proximité entre [M.] E. et cette organisation » - même si, non sans ironie, ils notent que « son insertion dans un panneau d'interdiction brouille le message » - et que « l'apposition dudit logotype en surimpression est d'autant plus manifeste qu'à l'instar du panneau inférieur, le bord du panneau est maculé de traces d'usage dont l'emblème des frères musulmans est tout à fait vierge, jurant ainsi particulièrement dans la composition formée ».

Selon le dictionnaire de l'Académie française, l'évidence se définit comme la « qualité de ce qui emporte l'assentiment immédiat de l'esprit en s'imposant à lui de façon claire et distincte » ou la « qualité de ce qui est clairement perçu par les sens, notamment par la vue ».

Or, pour conclure à l'évidence du montage, la juridiction nanterroise fait une appréciation très optimiste du principe *nemo censetur ignorare legem*, en postulant

¹⁵⁷ A. Lepage et H. Matsopoulou, précit.

que chaque internaute aura immédiatement perçu le trucage de panneaux de signalisation dès lors que la convention internationale de Vienne sur la signalisation routière du 8 novembre 1968 prescrit l'uniformité internationale des signaux, marques et symboles routiers. De même, elle postule un entretien et une préservation de l'état des panneaux de signalisation qui témoignent peut-être d'une conception stato-centrée, tant l'existence de dégradation, l'ajout de surimpression et les traces de divers usages en des temps différents sur lesdits panneaux sont courants dans des pays moins fortunés que les États d'Europe occidentale. Notons, à ce propos, que le paysage sur l'image querellé est d'une aridité peu caractéristique de l'Europe occidentale... Enfin, la pratique de la couverture des panneaux routiers pour y apposer des symboles, des sigles ou des revendications est utilisée, y compris en France, par différents mouvements protestataires.

Certes, l'appréciation du caractère évident du montage relève assurément du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et loin de nous l'idée de critiquer celle opérée, en l'espèce, par le tribunal correctionnel de Nanterre. Il n'en demeure pas moins que l'étude de ce jugement conduit à relever que les juges ont interprété la lettre de l'article 226-8 du Code pénal - « s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage » - comme requérant de l'observateur, non un simple coup d'œil, mais une analyse attentive, sceptique et circonspecte de l'image offerte à sa vue. Ainsi, le tribunal condamne une interprétation de la disposition répressive qui serait fondée sur le « présumé » que le public ne prête qu'une attention négligente aux images auxquels il est exposé et rappelle implicitement le spectateur à sa responsabilité.

Cette solution nous semble, au demeurant, devoir être approuvée. Outre qu'elle traite les utilisateurs de réseaux sociaux en adulte, une telle interprétation est seule à même de protéger la satire, la liberté de moquer ou de dénoncer, ou l'expression d'une juste liberté d'expression politique *lato sensu*, et de prévenir le développement de recours à des procédures-bâillon fondées sur le délit de l'article 226-8 du Code pénal.

II/ Réflexions suscitées par le jugement sur le délit de représentation fallacieuse par montage de la personne d'autrui

D'abord, en l'espèce, la partie civile doit peut-être à sa négligence ou à son manque de clairvoyance son échec à faire condamner son contempteur pour l'offense qu'elle prétendait lui avoir été infligée.

En effet, aux termes des articles 23, 29 et 32 combinés de la loi du 29 juillet 1881, se rend coupable de diffamation celui qui impute à une personne un « fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération » de celle-ci, lorsque ladite diffamation est perpétrée par des « images » diffusées par « tout moyen de communication au public par voie électronique ».

Aucun des motifs qui justifient habituellement qu'il soit recouru à l'article 226-8 du Code pénal plutôt qu'aux dispositions de la loi de 1881 n'existait en l'espèce : l'honneur ou la considération de la partie civile était bien affecté par l'imputation de sa proximité, voire de son soutien, à une organisation controversée, la représentation de la partie civile était en conséquence dévalorisante et l'image avait été portée à la

connaissance du public par l'un des moyens prévus à l'article 23 de la loi *sur la liberté de la presse*¹⁵⁸.

Il est donc vraisemblable que le choix de la qualification portée à l'article 226-8 du Code pénal a été déterminé par le retard pris par M. E. à agir, comme autorise à le penser le dépôt de la plainte dix jours après l'acquisition de la prescription de l'action publique pour les faits de diffamation¹⁵⁹. Il est possible aussi que la partie civile n'ait pas souhaité prendre le risque de se voir opposer l'*exceptio veritatis* prévue à l'article 35 de la loi de 1881, voire le fait justificatif de bonne foi, tel qu'il est interprété par la jurisprudence¹⁶⁰. Peut-être l'interprétation exigeante adoptée en l'espèce par le tribunal correctionnel de Nanterre trouve-t-elle, au moins pour partie, une explication dans le souci de ne pas cautionner une telle stratégie.

Ensuite, la relaxe de M. R., faute de caractérisation des éléments constitutifs de l'infraction, a dispensé les juges nanterrois de se prononcer sur l'existence, en l'espèce, d'un fait justificatif tiré de la liberté d'expression politique, comme l'avait invoqué la défense à titre subsidiaire.

Le tribunal prend néanmoins la peine de rappeler que « le message du prévenu [visait] à reprocher à la journaliste [...] d'avoir reçu "un agent d'influence du Qatar et Frère musulman" sans en aviser le public » et qu'outre qu'il l'avait « rappelé à l'audience », il produisait « au soutien de cette assertion un extrait même de l'émission où [M.] E. [parlait] du Qatar et une vidéo en faveur de Tariq RAMADAN, petit-fils du fondateur des Frères musulmans et réputé proche de la confrérie ».

Ce « contexte » de la publication situait indéniablement cette dernière dans un débat d'intérêt général de nature politique, la confrérie des Frères musulmans ayant, d'une part, une action politique dans les États où ses membres et thuriféraires agissent et, d'autre part, une réputation controversée sur ses desseins, particulièrement son ambition de transformer les systèmes politiques pour les rendre conformes à sa conception du rôle et de la place de l'Islam dans la société¹⁶¹.

Or, la Cour EDH a, sur le fondement de l'article 10 de la Convention, développé une jurisprudence protectrice de la liberté d'expression en matière politique¹⁶² et les

¹⁵⁸ V. sur ces points, E. Dreyer, *op. cit.*, 2023, p.230-232.

¹⁵⁹ Art. 65 de la loi de 1881.

¹⁶⁰ V. sur ces points, E. Raschel, *Droit de la presse*, Dalloz, Précis, 2025. V. aussi « Soupçons d'ingérence étrangère : le politologue Nabil [E.] remis en liberté », *Le Monde*, 29 janvier 2025.

¹⁶¹ V. par exemple, F. Bergeaud-Blackler, *Le Frérisme et ses réseaux. L'enquête*, Odile Jacob, 2023 et les réactions suscitées par cet ouvrage ; C. Ayad, « Pour le patron du renseignement territorial, "les deux risques majeurs pour la cohésion nationale sont le narcotrafic et le séparatisme islamiste" », *Le Monde*, 23 décembre 2024 ou la réponse du Secrétariat d'État auprès du ministre de l'Intérieur et des outre-mer à la question orale n°1176 sur l'interdiction des réseaux d'influence des Frères musulmans en France et en Europe, Sénat, 10 avril 2024.

¹⁶² V. P. Conte, *op. cit.*, 2024, p.224 et *Dr. pénal* 2016, comm. 104.

juridictions civiles¹⁶³, puis la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁶⁴, ont progressivement admis ce fait justificatif en droit national, au moins s'agissant des infractions n'impliquant pas la perpétration de violences contre les personnes.

Dans ces conditions, il est vraisemblable que l'infraction prévue et réprimée par l'article 226-8 du Code pénal puisse être soumise au contrôle de la conformité de sa répression aux exigences de la liberté d'expression politique protégée par l'article 10 CESDH et, en l'espèce, l'argument aurait sans doute pu prospérer.

Enfin, un mot peut être dit de la réforme de l'article 226-8 du Code pénal opérée par l'article 15 de la loi n°2024-449 du 21 mai 2024 *visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique*¹⁶⁵. Cette réforme n'était pas prévue dans le projet de loi et n'a donc été envisagée ni dans l'étude d'impact, ni dans l'avis du Conseil d'État¹⁶⁶, ni discutée par la Commission du Sénat¹⁶⁷.

Reste que, selon l'exposé des motifs, cette loi vise à lutter contre les « risques pour les individus et les entreprises qui interagissent et opèrent quotidiennement dans notre espace numérique » et les « mésusages du numérique lorsque celui-ci se retrouve vecteur d'expression de la haine en ligne, de manipulation de l'information, d'atteintes aux données personnelles ou au bien-être des mineurs lorsqu'ils sont exposés à des contenus inappropriés ou dangereux », imposant à l'État de « garantir que ce qui est illégal hors ligne le soit également en ligne ». Cela explique probablement que, bien qu'ajouté tardivement dans la loi, cet article n'ait pas été censuré par le Conseil constitutionnel comme un cavalier législatif¹⁶⁸.

La réforme de l'article 226-8 du Code pénal a ainsi été opérée par un amendement gouvernemental, lors du débat en première lecture au Sénat. Selon le ministre qui l'a soutenu, l'ambition du législateur était de « renforcer » le dispositif de l'article 226-8 « en y incluant les hypertrucages, ou *deepfakes*, c'est-à-dire des montages conçus à l'aide d'algorithmes qui permettent de multiplier la capacité d'exposition du public à de fausses informations, voire de déclencher ou de favoriser le déclenchement de cyberattaques ». Le gouvernement estimait que « le terme "montage" retenu dans la rédaction de l'article 226-8 [n'était] pas suffisamment précis pour désigner les hypertrucages »¹⁶⁹, dès lors que ces images et vidéos sont réalisées intégralement par l'intelligence artificielle et n'impliquent en conséquence aucun « montage » au sens strict du terme. À cet égard, la réforme mérite d'être approuvée ;

¹⁶³ Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, *D.* 2018. 2039, obs. S. Canas ; *JCP*, 2018. 1222, obs. J. Antippas ; 11 juillet 2018, *D.* 2019.217, obs. E. Dreyer, *JCP* 2018. 1222, obs. J. Antippas. V. M.-L. Rassat, *op. cit.*, p.590.

¹⁶⁴ X. Pin, « Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'*incrimination* ou atténuation de la *peine* ? c'est selon... », *RSC* 2022.817 et « Légitimation de l'infraction : liberté d'expression pour tous !... vraiment ? (Crim. 6 sept. 2023, n° 22-86.132, Légipresse 2023. 452 et les obs) », *RSC* 2023.777.

¹⁶⁵ Précit.

¹⁶⁶ CE, Avis sur un projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique, 27 avril 2023, n°406991.

¹⁶⁷ La réforme n'est ainsi pas évoquée dans P. Chaize et L. Hervé, Rapport n°777 fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique (procédure accélérée), Sénat, 27 juin 2023, ni durant les débats du même jour de ladite Commission.

¹⁶⁸ Cons. const., Déc. n°2024-866 DC du 17 mai 2024.

¹⁶⁹ J.-N Barrot, ministre délégué, Sénat, 4 juillet 2023.

au demeurant, l'amendement a été adopté sans presque aucun débat au Sénat et n'a fait l'objet que d'une réécriture marginale¹⁷⁰ par l'Assemblée nationale¹⁷¹, avant d'être adopté par la commission mixte paritaire dans la rédaction issue de l'Assemblée nationale¹⁷² et approuvé par le Parlement.

Notons, enfin, que la discussion à l'Assemblée nationale a permis au ministre de rappeler que l'exigence de l'absence d'évidence du trucage ou du *deepfake* devait être maintenue « car il existe des hypertrucages qui ne sauraient passer pour des contenus réels » et qui, « poursuivant une visée simplement récréative », voire « humoristiques », doivent être tolérés car « ils ne veulent faire du tort ou du mal à personne ». De même, la rapporteure du texte à l'Assemblée nationale a précisé que la répression des *deepfakes* ne concernerait pas « les œuvres audiovisuelles qui, à l'évidence, ne se confondent pas avec la réalité » et rappelé que « l'article 226-8 du code pénal, qui punit d'ores et déjà le fait de réaliser un montage avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, n'a jamais donné lieu à la censure d'œuvres audiovisuelles ». Cela est rassurant. En revanche, d'aucuns pourraient regretter qu'il ne se soit trouvé aucune voix, au banc du gouvernement ou parmi les parlementaires, pour conforter la jurisprudence protectrice consacrant le fait justificatif déduit de la liberté d'expression politique ; il faut plutôt s'en féliciter : comme le rappelle, implicitement mais nécessairement, l'espèce ici commentée, seul le juge est à même, au cas par cas et par un examen scrupuleux de l'image querellée, de distinguer la critique politique légitime de la manœuvre de désinformation.

¹⁷⁰ Consistant, avec l'avis favorable du gouvernement et de la commission des lois, à remplacer le terme « publier » par la formule « porter à la connaissance du public ou d'un tiers » dans l'alinéa 1^{er}, tel que modifié par la loi de 2024, de l'article 226-8 du Code pénal.

¹⁷¹ V. P. Midy, Rapport n°1674 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée *visant à sécuriser et réguler l'espace numérique*, Ass. Nat., 21 septembre 2023 et le texte adopté le même jour par la Commission puis par l'Assemblée, en première lecture, le 9 octobre 2023.

¹⁷² CMP, Rapport n°2404 (Ass. Nat) et n°469 (Sénat) au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique, 26 mars 2024.

PARTIE 5. CONTENTIEUX DE LA PRESSE

Protection des droits de la personnalité et liberté d'expression : à propos du critère de l'inscription dans un débat d'intérêt général

TJ Nanterre, pôle civil, 1^{re} ch., 24 juin 2024, RG 23/04028, 23/04030, 23/05867, 23/05877, 23/05878, 23/05880, 23/05882, 23/07113, 23/07185

Analyse par Marc PICHARD, Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457)

Neuf décisions du Tribunal judiciaire de Nanterre en date du 24 juin 2024 concernent des demandes formées par la même justiciable qui s'estime victime de multiples atteintes à sa vie privée, d'une part, à son droit à l'image, d'autre part. Sont en cause les publications de quatre titres de presse différents (dont cinq publications du même titre¹⁷³ et deux d'un autre¹⁷⁴), qui s'échelonnent du 23 septembre 2021 au 4 mars 2022. Toutes sont relatives non seulement à la demanderesse mais aussi à un célèbre polémiste autour de la déclaration de candidature de celui-ci à l'élection présidentielle française du printemps 2022, déclaration formalisée le 30 novembre 2021 : les premières publications la précèdent de deux mois, la plus tardive lui succède de trois mois. Toutes insinuent ou affirment que la demanderesse entretient une relation non seulement professionnelle – elle en serait la plus proche conseillère – mais aussi intime avec le futur candidat à l'élection, par ailleurs marié – l'hypothèse d'une grossesse étant même avancée dans les publications à partir de la fin du mois de novembre¹⁷⁵, la dernière publication évoquant la perte de l'enfant du couple¹⁷⁶. Toutes les publications sont assorties de photographies prises dans l'espace public – le cas échéant dans le cadre d'activités non publiques, à Paris, sur une plage de la métropole ou un paradisiaque territoire ultramarin. Tous les actes introductifs d'instance sont signifiés plus d'un an après les publications, en 2023.

Les organes de presse concernés ont leur siège social respectivement à Paris, Bagneux, Levallois-Perret ou Gennevilliers. Si trois des sociétés défenderesses ont donc leur siège dans le ressort du Tribunal judiciaire de Nanterre, de sorte que la compétence de celui-ci peut se fonder sur l'article 42 du Code de procédure civile, ce n'est pas le cas de la première. L'atteinte aux droits de la personnalité relevant de la matière délictuelle, la compétence du tribunal peut toutefois se fonder sur l'article 46 du même code : « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : [...] - en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* ». S'agissant d'une atteinte aux droits de la personnalité par voie de presse, le dommage est subi sur l'ensemble du territoire de diffusion de la publication concernée. Ainsi peut s'expliquer la compétence du Tribunal judiciaire de Nanterre. Mais, de fait, le raisonnement aurait pu conduire à rendre compétent n'importe quel tribunal judiciaire français, s'agissant de titres de presse à l'audience nationale, et pour l'ensemble des

¹⁷³ RG 23/05867 ; RG 23/05877 ; RG 23/05878 ; RG 23/05880 ; RG 23/05882.

¹⁷⁴ RG 23/04028 ; RG 23/04030.

¹⁷⁵ La première publication à en faire état est datée du 26 novembre 2021 (RG 23/04028).

¹⁷⁶ RG 23/05882.

demandes. Sans doute, la spécialisation *de facto* du Tribunal judiciaire de Nanterre dans ce type de contentieux peut-elle expliquer d'y faire converger les demandes.

Dans huit décisions, les organes de presse sont condamnés ; dans l'une d'elles, les demandes sont toutes rejetées. Si les atteintes aux droits de la personnalité donnent lieu à un traitement différent selon les espèces (I), l'examen des décisions de condamnation révèle, en réalité, une même faveur pour la liberté d'expression (II).

I/ Un traitement différent des atteintes aux droits de la personnalité

La première partie des motifs est toujours identiquement structurée : « la publication litigieuse », d'abord ; « les atteintes à la vie privée et au droit à l'image », ensuite.

La présentation de la publication litigieuse commence par l'identification du magazine concerné et de sa une – tous les numéros incriminés consacrant en l'espèce leur couverture au couple. Suit un paragraphe consistant en un résumé du contenu de l'article agrémenté de brefs extraits. Seule une publication¹⁷⁷ fait l'objet d'une longue citation, d'une trentaine de lignes, qui semble correspondre à l'intégralité de l'article¹⁷⁸. Un troisième paragraphe est ensuite consacré à la description des photographies.

Les données présentées, s'ouvre l'examen des atteintes à la vie privée et au droit à l'image. Avant de rendre compte de la pratique du contrôle (B), il convient de s'arrêter sur les références mobilisées (A).

A/ Les références du contrôle

Toutes les décisions se caractérisent par **l'omniprésence des références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**. Si l'article 9 du Code civil est mobilisé le premier, la présentation de sa teneur est immédiatement suivie de l'affirmation selon laquelle « *ce droit [au respect de sa vie privée], également protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, doit être concilié avec la liberté d'expression garantie tant constitutionnellement que par l'article 10 de cette convention. Les droit et liberté ainsi énoncés ayant la même valeur normative, il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre eux et de privilégier, le cas échéant, la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Leur mise en balance implique notamment, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de prendre en considération l'objet de la publication incriminée, son contenu, sa forme, ses répercussions, sa contribution à un débat d'intérêt général ou à l'actualité, ainsi que la notoriété de la personne visée et son comportement antérieur* ». Et tous les jugements citent ensuite très largement des extraits de l'arrêt de la Cour européenne *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France* du 23 juillet 2009¹⁷⁹ avant de tous se référer à

¹⁷⁷ RG 23/07113.

¹⁷⁸ Pour une explication, v. *infra*.

¹⁷⁹ Cour EDH, 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France*, req. n° 12268/03.

un arrêt (de Grande Chambre) *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* du 10 novembre 2015¹⁸⁰.

L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne est donc assumée ; les décisions qui inspirent le raisonnement sont identifiées, présentées ou citées. Inversement, avant que soit abordée, le cas échéant, la question du préjudice et des mesures réparatrices¹⁸¹, il n'est fait aucune référence expresse à la Cour de cassation, dont aucune décision n'est spécifiquement identifiée.

L'invisibilisation de la Cour de cassation et de ses décisions paraît à certains égards paradoxale dans la mesure où l'influence de la jurisprudence interne sur les termes du contrôle n'est pas nulle.

L'affirmation selon laquelle « *les droit et liberté ainsi énoncés [ont] la même valeur normative* » et celle selon laquelle « *il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre eux et de privilégier, le cas échéant, la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* », que l'on retrouve dans les neuf jugements, ne proviennent en effet pas de la Cour européenne mais de la Cour de cassation. Ainsi lisait-on déjà dans un arrêt de la première chambre civile du 9 juillet 2003 : « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »¹⁸². Et la référence à l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* est elle-même une pratique de la Cour de cassation, qui le mentionne notamment dans un arrêt du 21 mars 2018, dont la structure est extrêmement proche de celle des décisions du Tribunal judiciaire de Nanterre¹⁸³.

¹⁸⁰ Cour EDH, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 40454/07.

¹⁸¹ V. *infra*.

¹⁸² Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, pourvoi n° 00-20.289, *Bull.*

¹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.741, *Bull.* : « *Attendu, cependant, que le droit au respect de la vie privée et le droit au respect dû à l'image d'une personne, d'une part, et le droit à la liberté d'expression, d'autre part, ont la même valeur normative ; qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ; qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, pour procéder à la mise en balance des droits en présence, il y a lieu de prendre en considération la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies (CEDH, arrêt du 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France [GC]*, n° 40454/07, § 93) ; que la définition de ce qui est susceptible de relever de l'intérêt général dépend des circonstances de chaque affaire (ibid., § 97) ».* Rapp. Cass. 1^{re} civ. 11 mars 2020, pourvoi n° 19-13.716, *Bull.*, §5, qui rattache la solution à l'arrêt précité de 2018, la référence de la Cour européenne des droits de l'homme étant alors éludée : « *Le droit au respect dû à la vie privée et à l'image d'une personne et le droit à la liberté d'expression ayant la même valeur normative, il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Pour effectuer cette mise en balance des droits en présence, il doit prendre en considération la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que les circonstances de la prise des*

Les neuf jugements rendus sont donc en réalité sous l'influence directe de la Cour de cassation. Notamment, il semble possible d'avancer l'hypothèse que c'est parce que la Cour de cassation se réfère à un arrêt rendu par la Cour européenne contre la France que le Tribunal judiciaire de Nanterre procède de même. En effet, d'un point de vue européen, ce choix ne s'impose pas avec la force de l'évidence : les critères à prendre en compte dans le cadre du contrôle étaient déjà identiquement posés dans deux arrêts de Grande Chambre antérieurs, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2)¹⁸⁴ et, du même jour, *Axel Springer AG c. Allemagne*¹⁸⁵, auxquels l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* se réfère du reste explicitement, et pour poser que les critères qu'il mobilise sont directement issus des arrêts relatifs à l'Allemagne¹⁸⁶.

Que cette influence de la jurisprudence interne soit tue n'est toutefois pas si étonnant dans la mesure où, en matière de confrontation des droits de la personnalité et de la liberté d'expression, la Cour de cassation se place elle-même très clairement sous l'influence de la Cour européenne¹⁸⁷.

De fait, la confrontation du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression fait partie des domaines dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme produit des modèles de raisonnement à destination des juges internes en charge de l'application de la Convention. Aux côtés, pour s'en tenir aux décisions relatives à l'article 8, de la question du respect de la vie privée et des correspondances

photographies, et procéder, de façon concrète, à l'examen de chacun de ces critères (1^{re} Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.741, Bull. 2018, I, n° 56) ».

¹⁸⁴ Cour EDH [GC], 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. n°s 40660/08 et 60641/08.

¹⁸⁵ Cour EDH [GC], 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. n° 39954/08. Alors que l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) concerne une décision où l'éditeur avait échappé à la condamnation, de sorte que la décision des juridictions allemandes était analysée comme portant atteinte à l'article 8, l'arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* concerne une décision où l'éditeur avait été condamné, si bien que la décision allemande est analysée comme une atteinte à l'article 10, protecteur de la liberté d'expression. Pour la Cour européenne, que l'affaire soit analysée sous l'angle d'un article ou de l'autre ne modifie pas les termes du contrôle. V. not. en ce sens Cour EDH, 10 novembre 2015 [GC], *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., §91 : « Dans les affaires qui nécessitent une mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, la Cour considère que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon que l'affaire a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié. En effet, ces droits méritent a priori un égal respect [...]. Dès lors, la marge d'appréciation devrait en principe être la même dans les deux cas ».

¹⁸⁶ Cour EDH [GC], 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., §93 : « La Cour a déjà eu l'occasion d'énoncer les principes pertinents qui doivent guider son appréciation dans ce domaine. Elle a ainsi posé un certain nombre de critères dans le contexte de la mise en balance des droits en présence (*Von Hannover* (no 2), précité, §§ 109-113, et *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, §§ 90-95, 7 février 2012). Les critères pertinents ainsi définis sont la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies. Dans le cadre d'une requête introduite sous l'angle de l'article 10, la Cour vérifie en outre le mode d'obtention des informations et leur véracité ainsi que la gravité de la sanction imposée aux journalistes ou aux éditeurs (*ibidem*). La Cour estime que les critères ainsi définis peuvent être transposés à la présente affaire ».

¹⁸⁷ En ce sens, v. not. J.-M. Bruguière et B. Gleize, *Droit des personnes*, Lefebvre Dalloz, coll. Sirey Université, 2023, § 624, p. 366 : « L'article 10, tel qu'interprété par les juges européens, est [...] au cœur de la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'il s'agit d'arbitrer un conflit entre droits de la personnalité et liberté d'expression ».

sur le lieu de travail¹⁸⁸, du contentieux des expulsions¹⁸⁹ ou de la surveillance secrète de masse¹⁹⁰, les conflits entre droit au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention et liberté d'expression protégée par l'article 10 font partie de ces contentieux récurrents pour lesquels la Cour européenne produit un « mode d'emploi »¹⁹¹ à destination des juges internes. Or la Cour de cassation française - que l'on y voie une parfaite expression de la subsidiarité ou une révérence excessive - a, de longue date, fait le choix de le suivre. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 21 mars 2018 l'illustre d'ailleurs parfaitement qui, après avoir rappelé les critères posés par l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France* casse l'arrêt frappé de pourvoi aux motifs que, « *en se prononçant comme elle l'a fait, sans procéder, de façon concrète, à l'examen de chacun de ces critères, et, notamment, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le public avait un intérêt légitime à être informé du mariage religieux d'un membre d'une monarchie héréditaire et du baptême de son fils, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». De fait, « *si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes* »¹⁹². Qu'en est-il en l'espèce ?

B/ La pratique du contrôle

Avant que soit mis en œuvre un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit à l'image, doit être constatée l'existence même d'une atteinte.

Dans sept des neuf jugements, le Tribunal relève que « *le principe des atteintes n'est pas contesté par* » la société éditrice¹⁹³.

Dans le jugement qui, *in fine*, ne donne pas lieu à condamnation, le tribunal retient que « *le principe des atteintes n'est pas véritablement [nous soulignons] contesté* »¹⁹⁴.

Seule une publication se distingue à cet égard, celle, déjà isolée, dans laquelle le contenu même de l'article est relaté *in extenso* et pas résumé. De fait, on comprend que sa présentation mérite plus de précision, dès lors que la société éditrice ne reconnaît pas l'atteinte. Sa caractérisation n'appelle toutefois pas d'amples développements : « *La production par [la demanderesse] d'une copie du magazine [...]*

¹⁸⁸ Cour EDH [GC], 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08.

¹⁸⁹ Cour EDH [GC], 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, req. n° 46410/99.

¹⁹⁰ Cour EDH [GC], 25 mai 2021, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15 ; Cour EDH [GC], 25 mai 2021, *Centrum för rättvisa c. Suède*, req. n° 35252/08.

¹⁹¹ Mobilisant également cette expression, v. J.-M. Bruguière et B. Gleize, *op. cit.*, n° 630, p. 371.

¹⁹² Cour EDH [GC], 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, préc., § 107.

¹⁹³ RG 23/04028 ; RG 23/04030 ; RG 23/05867 ; RG 23/05877 ; RG 23/05878 ; RG 23/05880 ; RG 23/05882.

¹⁹⁴ RG 23/07185 : « *Bien que ni la Une ni l'article ne révèlent explicitement l'existence d'une relation sentimentale entre [la requérante et le polémiste], cette relation sentimentale, certes évoquée par insinuation dans l'article, se trouve corroborée par les clichés les figurant dans l'eau enlacés et le principe des atteintes n'est pas véritablement contesté par la [société éditrice]. Celles-ci, acquises, résident : », et suit une présentation plus précise.*

daté du 24 au 30 septembre 2021 prouve la réalité de la publication à sa date ainsi que le contenu de l'article tel qu'il a déjà été décrit »¹⁹⁵.

Le débat ne concernant pas le principe de l'atteinte, **il se concentre sur la proportionnalité de celle-ci**. Dans tous les jugements, est présentée une synthèse des critères à prendre en compte : « *l'objet de la publication incriminée, son contenu, sa forme, ses répercussions, sa contribution à un débat d'intérêt général ou à l'actualité, ainsi que la notoriété de la personne visée et son comportement antérieur* ». La reprise de l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi c. France* donne lieu à une présentation dans un ordre différent : « *La Cour a précisé [...] au titre des principes généraux concernant la marge d'appréciation et la mise en balance des droits [...] que les critères pertinents pour procéder à cette dernière sont la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies* ». De fait, cette seconde présentation est plus éclairante car plus conforme à la hiérarchisation des critères opérée dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) : la Cour européenne y qualifie en effet le seul premier d'« essentiel »¹⁹⁶, le deuxième d'« important »¹⁹⁷, quand les autres sont « à prendre en compte »¹⁹⁸, « peuvent entrer en ligne de compte »¹⁹⁹ ou « peu[vent] revêtir une importance »²⁰⁰. C'est donc très logiquement la question de la contribution à un débat d'intérêt général qui est au centre des neuf jugements ; c'est ce critère qui conduit à exclure la condamnation dans l'un d'entre eux.

Dans les huit décisions qui condamnent la société éditrice, c'est en raison de l'absence de contribution à un débat d'intérêt général : « *l'article ne s'inscrivant pas dans un débat d'intérêt général qui est rétrospectivement défini par la société [éditrice] et dont il ne reprend pas les termes, les atteintes qu'il génère, consommées, ne sauraient être regardées comme légitimes* »²⁰¹.

Avant de parvenir à cette conclusion, plusieurs jugements font état de **la nature du titre de presse**. Dans cinq jugements relatifs à deux titres de presse différents, le tribunal pose en effet que « *le lecteur [...] ne s'attend pas à lire des contributions à un débat public dans un magazine [de ce type]* »²⁰² - que l'on rangerait dans la catégorie de la presse « people », que la Cour européenne désigne, par exemple dans l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France* « *comme la presse dite "à sensation"*,

¹⁹⁵ RG 23/07113.

¹⁹⁶ Cour EDH [GC], 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), préc., § 109 : « Un premier élément essentiel est la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apporte à un débat d'intérêt général ».

¹⁹⁷ Arrêt préc., § 110.

¹⁹⁸ Arrêt préc., § 111.

¹⁹⁹ Arrêt préc., § 112.

²⁰⁰ Arrêt préc., § 112.

²⁰¹ RG 23/04028, RG 23/05867, RG 23/05877, RG 23/05878, RG 23/05880, RG 23/05882 et RG 23/07113. On note une infime différence de rédaction dans le jugement RG 23/04030 : l'absence de l'incise «, consommées, ».

²⁰² Pour un titre : RG 23/05877 ; RG 23/05878 ; RG 23/05880 ; RG 23/05882 ; pour l'autre : RG 23/07113.

ou “*presse du cœur*” »²⁰³. Si l’un des jugements relatifs à l’un des deux titres de presse en cause ne procède pas de la sorte²⁰⁴, si les deux décisions concernant un autre titre de la même catégorie ne font pas mention des attentes du lectorat²⁰⁵, l’affirmation du tribunal laisse entendre que le support du message pourrait influencer sur sa perception et donc sur son appréciation par le juge. De fait, on note que la formule ne se retrouve pas s’agissant du seul titre de presse relevant plutôt de la catégorie des *news* magazines.

La nature du titre de presse ne semble donc pas indifférente au raisonnement tenu, mais l’essentiel n’est pas là. C’est dans un arrêt de la Cour européenne qui n’est pourtant mentionné que dans une seule décision de condamnation²⁰⁶ et dans la décision rejetant les prétentions de la demanderesse²⁰⁷ que se situe probablement la clef de compréhension des décisions : la Cour européenne « *a également admis dans son arrêt Bédar c. Suisse du 29 mars 2016 (§64) que pour qu’une publication puisse être regardée comme contribuant à un débat d’intérêt général, il faut non seulement que le sujet à l’origine de l’article litigieux relève de l’intérêt général, mais encore que le contenu de cet article soit de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question* ». La distinction est du reste également mobilisée dans un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2020, qui se réfère lui-même explicitement à l’arrêt *Bédar c. Suisse* : « *l’atteinte portée à la vie privée d’une personne publique ou au droit dont elle dispose sur son image ne peut être légitimée par le droit à l’information du public que si le sujet à l’origine de la publication en cause relève de l’intérêt général et si les informations contenues dans cette publication, appréciée dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s’inscrit, sont de nature à nourrir le débat public sur ce sujet [nous soulignons]* »²⁰⁸. En somme, **le sujet de l’article ne suffit pas ; c’est le contenu qui importe – donc le traitement**. « *S’il est exact que toute publication peut, même modestement, sans analyse de fond et avec un style et une forme légère propres à une ligne éditoriale que l’organe de presse est libre de définir sans s’exposer à un contrôle judiciaire, contribuer à un débat d’intérêt général, y compris sans y faire une référence explicite, encore faut-il que ce débat soit identifiable et que ce rattachement soit intellectuellement possible à raison des éléments intrinsèques de la publication [nous soulignons]. La construction des termes du débat d’intérêt général ne peut être laissée au seul lecteur, la définition de son objet étant sinon dépendante des complexions de chacun et étant ainsi hasardeuse* »²⁰⁹. Pour s’inscrire dans un débat d’intérêt général, il faut, précisément, une démarche d’inscription, il faut que la publication donne accès audit débat. Et la référence faite dans plusieurs décisions aux attentes du lectorat²¹⁰ laisse entendre que la présentation des termes du débat devrait certainement être plus explicite encore lorsque le titre de presse relève d’une catégorie

²⁰³ Cour EDH [GC], 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., § 86.

²⁰⁴ RG 23/05867.

²⁰⁵ RG 23/04028 et RG 23/04030.

²⁰⁶ RG 23/04030.

²⁰⁷ RG 23/07185.

²⁰⁸ Cass. 1^{re} civ. 11 mars 2020, pourvoi n° 19-13.716, *Bull.*, §7. Alors que la décision mobilise expressément l’arrêt *Bédar c. Suisse*, certains commentateurs ont pu y voir une manifestation de « *résistance de la Cour de cassation vis-à-vis de la Cour européenne* » et de la faveur de celle-ci pour la liberté d’expression (J.- M. Bruguière et B. Gleize, *op. cit.*, n° 630, p. 371, note 3).

²⁰⁹ RG 23/05867 ; RG 23/05877 ; RG 23/05878 ; RG 23/05880 ; RG 23/05882.

²¹⁰ V. *supra*.

de laquelle on n'attend pas à un apport à un débat d'intérêt général : pour que le lecteur d'un tel titre puisse « *déceler le rattachement* » à un débat d'intérêt général, « *l'auteur du texte [doit] lui donner les clés, même sommairement* » ou « *même sommairement et de manière allusive, lui donnant accès à la teneur du débat allégué* »²¹¹.

Or rapporter des « faits bruts », sans contextualisation, ne permet pas l'inscription de l'article dans un débat d'intérêt général.

Ainsi est-il jugé que la présentation de l'article par la société éditrice « *livrée ex post [...] apparaît artificielle puisque l'article se contente de rapporter des faits bruts (la liaison et la possibilité d'une grossesse) sans jamais évoquer leur contexte autrement que par la référence ponctuelle à la candidature [du polémiste]. L'article n'évoque ainsi pas leurs liens et leurs éventuelles conséquences quant à l'implication politique de [la demanderesse] supposée leur conférer, selon la défenderesse, un intérêt général* »²¹².

Ou bien, elle « *apparaît totalement [nous soulignons] artificielle puisque l'article se contente de relater des faits bruts (la relation sentimentale et la perte d'un enfant) sans mettre en exergue l'éventuel lien entre ces informations et le débat d'intérêt général auquel l'article est supposé contribuer. En outre l'article suppose la perte d'un enfant, événement qui revêt un caractère éminemment intime dans la vie d'un couple et qui ne saurait, quelque [sic] soit la manière dont il est présenté, éclairer le lecteur, potentiel électeur, sur la faculté d'un candidat ou d'une future première dame à assurer de possibles fonctions officielles futures* »²¹³.

Présentation artificielle encore « *puisque l'article se contente de relater des faits bruts (la relation sentimentale [des intéressés] et le déroulement de leur après-midi du 10 novembre 2021) sans jamais évoquer leur contexte autrement que par la référence ponctuelle à la candidature [du polémiste] et au statut de collaboratrice de [la demanderesse], ni les inscrire dans un éventuel débat d'intérêt général, lui-même non-défini. La publication se contente, au contraire, d'exposer la "session shopping" des intéressés pour décrire leurs tenues vestimentaires "coordonnées" et évoquer leur décision "en ce bel après-midi d'automne ensoleillé", de "se consacrer à un thème qui leur est cher, le grand remplacement... de la garde-robe de madame !". Le caractère adultérin [sic] de leur relation y est à peine suggéré, [la demanderesse] gérant "d'une main de maîtresse son emploi du temps..." et encore moins mis en avant pour souligner les contradictions alléguées entre les idées et les actes [du candidat]* »²¹⁴.

Si la décision mérite d'être longuement citée, c'est qu'elle met sur la piste de ce qui, pour le tribunal, dans le contexte en cause, pourrait constituer la contribution la plus importante à un débat d'intérêt général : **la contradiction du comportement privé et des discours publics des intéressés**, et notamment, en l'espèce, d'un futur

²¹¹ « *Même sommairement* » : RG 23/05878 ; « *Même sommairement et de manière allusive* » : RG 23/05877, RG 23/05880 ; RG 23/05882 ; RG 23/07113.

²¹² RG 23/04028.

²¹³ RG 23/05882.

²¹⁴ RG 23/05877.

candidat à l'élection présidentielle. Avant de relever que ce n'est pas ce que fait l'article en l'espèce, le tribunal peut ainsi affirmer qu'« *il est certain que l'évocation d'une relation adultère entre le candidat et sa plus proche conseillère dont la notoriété n'a cessé de croître à raison de son rôle de premier plan dans la campagne présidentielle [...] et présentée comme l'âme de sa campagne est susceptible de contribuer à un débat d'intérêt général étant utile à la pleine compréhension de son programme et de l'origine des idées qui le compose. Il est également certain que cette relation, à la condition d'en souligner le caractère adultérin [sic], ainsi que la grossesse de sa conseillère permet d'interroger la sincérité et la cohérence entre les idées d'un candidat soutenu par des mouvements catholiques conservateurs défendant une vision traditionnelle de la famille [...], et le mode de vie qu'il adopte* »²¹⁵.

L'hypothèse n'est pas sans rappeler celle ayant fait la matière d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 décembre 2013²¹⁶ puis d'un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 9 avril 2015²¹⁷. Était en l'espèce en cause la révélation dans un ouvrage consacré à un parti politique de l'orientation sexuelle de son secrétaire général. La cour d'appel estime que le droit du public à être informé de l'homosexualité de ce responsable politique prime sur le droit au respect de ce pan de sa vie privée aux motifs qu'il « *est une personnalité politique de premier plan puisqu'il est secrétaire général du Front national et que, comme le rappelle le livre "Le Front National des villes et le Front National des champs", il sera le candidat de ce parti lors de prochaines élections dans une commune dont le livre rappelle l'importance dans la stratégie de conquête électorale menée par le Front national* » et « *que l'évocation de [son] homosexualité [...] et de la supposée influence de cette orientation sexuelle sur la politique du Front national est de nature à apporter une contribution à un débat d'intérêt général puisque, dans un contexte de fort clivage entre la gauche et la droite parlementaire à l'occasion de l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe, le Front national a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels, ce qui a donné lieu à des questionnements publics sur les relations entre la droite nationaliste et les homosexuels, comme le montrent des pièces produites aux débats et relatives par exemple à la sortie en 2012 du livre «'Pourquoi les gays sont passés à droite'» ou*

²¹⁵ RG 23/05882. On retrouve une formule très proche dans RG 23/05877 : « *il est certain que l'évocation d'une grande proximité intellectuelle, telle qu'elle deviendra sentimentale entre le candidat encore non-déclaré mais déjà fortement pressenti et sa plus proche conseillère de plus en plus médiatisée [...]et présentée comme l'âme de sa campagne est susceptible de contribuer à un débat d'intérêt général étant utile à la pleine compréhension de son programme et de l'origine des idées qui le compose. Il est également certain que, à la condition d'en souligner le caractère adultérin [sic], l'existence d'une telle relation permet d'interroger la sincérité et la cohérence entre les idées d'un candidat soutenu par des mouvements conservateurs défendant une vision traditionnelle de la famille [...] et le mode de vie qu'il adopte* ». Rapp. RG 23/07113 : « *Il est certain que le rôle joué par [la demanderesse], proche conseillère politique [d'un] candidat non-officiel mais très médiatisé à l'élection présidentielle de 2022 [...], désignée par la presse comme sa directrice de campagne [...] poste clé dans l'organisation d'une campagne et la définition d'un positionnement politique et d'un programme relève de la légitime information du public et plus particulièrement des électeurs appelés à voter. Il est également certain que sous cet angle, l'existence d'une grande proximité, intellectuelle d'abord et sentimentale ensuite, entre une conseillère de cette importance et un candidat à l'élection présidentielle encore marié, par ailleurs soutenu dans sa campagne par des mouvances catholiques conservatrices comme le Mouvement conservateur créé dans le sillage de la Manif pour tous [...] et défenseur de la famille dans sa conception la plus traditionnelle [...], revêt la même légitimité* ».

²¹⁶ CA Paris, 19 décembre 2013, RG 13/23969.

²¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 avril 2015, pourvoi n° 14-14146, *Bull.*

des enquêtes dans des organes de presse aussi divers que le quotidien Le Monde en juin 2012 sous le titre "Le nouveau nationalisme est-il gay" que l'hebdomadaire "Minute" en janvier 2013 sous le titre "'Question taboue': existe-t-il un lobby gay au FN"». Saisie sur pourvoi de l'intéressé, la Cour de cassation estime qu'« ayant ainsi apprécié le rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi par l'auteur, libre de s'exprimer et de faire état de l'information critiquée, et la protection de la vie privée [du responsable politique], la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Le rapprochement des espèces se justifie aussi parce que l'arrêt d'appel distingue le sort du secrétaire général du parti et celui de son compagnon, conseiller régional dont la « *notoriété ne dépasse pas ce cadre régional* » : dès lors « *qu'il ne ressort pas des débats qu'il aurait quelque influence sur la ligne politique du Front national et que la révélation de son orientation sexuelle serait tellement utile au débat dans une société démocratique qu'elle justifierait que [son] intérêt personnel [...] doive s'effacer derrière l'intérêt des lecteurs, fussent-ils aussi des électeurs* », « *l'homosexualité de [l'intéressé] et la vie de couple de ces deux personnes ne saurait être maintenue dans le livre "Le Front National des villes et le Front National des champs"* ».

Or la nécessité de distinguer selon les fonctions exercées s'exprime dans les jugements rendus par le Tribunal judiciaire de Nanterre, et notamment dans l'un d'eux²¹⁸ : « *À raison de l'importance de la candidature, longuement envisagée puis déclarée, [du polémiste] durant la campagne présidentielle de 2022 et compte tenu de la ligne conservatrice tenue par ce dernier, défenseur des valeurs familiales les plus traditionnelles et d'une infériorité des femmes [...], l'article litigieux, pris dans son ensemble et apprécié à l'égard [du candidat à l'élection], en ce qu'il relate l'existence d'une relation adultère avec une conseillère politique dont la notoriété n'a cessé de croître à raison de son rôle de premier plan durant la campagne présidentielle [...], sa potentielle grossesse et, selon l'angle adopté, le choix de son lieu de vacances et leur coût, relève du traitement d'un débat d'intérêt général relatif notamment à la cohérence entre les idées défendues et le mode de vie adopté, point d'importance dans le cadre d'une personnalisation constante des débats politiques. Ce raisonnement ne peut toutefois être transposé et appliqué à l'identique à l'égard de [la demanderesse] [nous soulignons] qui, bien qu'occupant alors un rôle prépondérant dans l'organisation de la campagne présidentielle [du candidat], n'était pas elle-même candidate à cette élection, et ne pouvait dès lors être soumise à la même exigence de cohérence entre le comportement qu'elle adopte et les idées défendues par le candidat, cohérence dont l'évaluation aux vues des informations contenues dans l'article litigieux contribuerait à un débat d'intérêt général* »²¹⁹. On constate que la fonction exercée n'est pas saisie comme élément de la notoriété, autre critère à prendre en compte²²⁰, mais bien sous l'angle de la contribution à un débat d'intérêt général.

²¹⁸ RG 23/0403.

²¹⁹ Sur cette tendance à une « *application distributive entre liberté d'expression et droit à la vie privée* », v. J.-M. Bruguière et B. Gleize, *op. cit.*, n° 637, p. 380.

²²⁰ V. *supra*.

L'argument ne suffit toutefois pas en lui-même à exclure que l'article en cause puisse relever du débat d'intérêt général. Seul jugement de condamnation à mobiliser l'arrêt *Bédat c. Suisse*, la décision souligne que, s'il n'est pas exclu que l'article concerne un sujet d'intérêt général, il ne s'y inscrit pas suffisamment : « *Par ailleurs, si l'information relative à l'impact de la proche collaboratrice d'un candidat à l'élection présidentielle dans la diffusion de ses idées est susceptible de nourrir une question d'intérêt général, encore faut-il que cette implication soit décrite et abordée en substance. Or, le tribunal relève que, la publication litigieuse se contente d'aborder la qualité de "conseillère" [de la demanderesse], par ailleurs "diplômée de l'ENA" pour ensuite ne focaliser son propos que sur des éléments tenants aux vacances de la demanderesse, à sa relation amoureuse avec le candidat et à sa potentielle maternité à venir [...], sans davantage développer l'implication politique de [la demanderesse] qui confèrerait à l'information ainsi relatée un intérêt général* ».

En cela, l'article se distingue de celui qui ne donne pas lieu à condamnation²²¹. Après avoir pris soin de distinguer la situation du candidat à l'élection présidentielle et celle de la demanderesse, qui n'« *était pas elle-même candidate à cette élection* », le jugement, seul à mobiliser l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*²²² dans ses motifs, relève que « *l'information relative à l'influence de la plus proche collaboratrice d'un candidat à l'élection présidentielle dans la diffusion de ses idées et dans l'organisation de sa campagne à venir nourrit une question d'intérêt général, ce d'autant lorsque cette proche collaboratrice, était susceptible, de fait, de devenir première dame, étant acquis qu'au jour de la publication litigieuse, [le polémiste] était un candidat certes non officiel mais certain à l'élection présidentielle française de 2022* ». Or, **l'article s'avère riche en informations sur la demanderesse, son itinéraire, son rôle auprès du futur candidat, les stratégies déployées à son service.** « *Il s'ensuit que la proximité intellectuelle, telle qu'elle deviendra sentimentale, entre le candidat certes encore non déclaré mais certain et sa conseillère, présentée par la presse nationale comme l'âme de sa campagne, sa "spin doctor" est utile à la pleine compréhension du programme [du candidat], de sa cohérence, ainsi que de l'origine de ses idées par les citoyens appelés à voter. En ce sens, l'auteur livre des éléments précis qui permettent au lecteur de déterminer d'emblée la teneur du débat que sert implicitement l'article. Ainsi, la publication querellée s'inscrit pleinement dans un débat d'intérêt général actuel à la date de sa parution selon une ligne éditoriale que l'organe de presse est libre de définir sans s'exposer à un contrôle judiciaire. Et, ce débat, au regard de l'enjeu électoral d'alors, avait une grande importance en France, toute contribution à son traitement bénéficiant de ce fait d'un haut degré de protection* ». Au-delà, du reste, le tribunal estime que la demanderesse « *a, par un manque de discrétion à l'évidence calculé ainsi que le révèlent les photographies litigieuses [...] et le contexte médiatique de leur captation (politique mais également strictement factuel, le journal le Monde [...])*

²²¹ RG 23/07185.

²²² Cour EDH [GC], 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13. L'arrêt est relatif à la publication de données fiscales accessibles au public. Son objet est donc assez éloigné de celui des affaires à trancher en l'espèce. Il est ici mobilisé pour la délimitation qu'il propose des questions d'intérêt général. Son apport en la matière est toutefois incertain, dès lors que l'arrêt lui-même renvoie à l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés* sur ce point (v. §171, auquel le jugement lui-même renvoie).

évoquant de nombreux baigneurs se photographiant avec [les intéressés]) aggravé le risque connu auquel elle s'exposait ». Il conclut que « les atteintes à la vie privée de [la demanderesse], si elles sont intrinsèquement sérieuses, perdent en gravité subjective, à raison du contexte et de son comportement et ne fondent pas dans ces circonstances la primauté de son droit sur la liberté d'expression ».

Le même raisonnement pouvait-il toutefois s'appliquer au droit à l'image, quand **la contribution à un débat d'intérêt général tient essentiellement aux informations contenues dans le texte de l'article**, qui le distinguent des huit autres publications querellées ? Le tribunal l'affirme. S'il admet que « *le lien avec le débat d'intérêt général est plus ténu pour les photographies de plage, dont la pertinence relève du choix de l'organe de presse* », il juge qu'« *elles constituent néanmoins un éclairage adéquat et utile pour le lecteur qui pouvait grâce à elles mieux se représenter la proximité évoquée par l'article entre [les intéressés]* ». Ce faisant, le tribunal fait sien l'analyse de la Cour européenne. Alors que « *c'est le texte qui contribue à l'information légitime* », « *par voie de contamination, la Cour "peut accepter" que la photographie apporte "dans une certaine mesure", une contribution à un débat d'intérêt général* »²²³. Dès lors que les clichés ne portent pas atteinte à la dignité de la demanderesse, précise le tribunal, « *l'atteinte au droit de [l'intéressée] sur son image est également justifiée en droit* ».

Le raisonnement mené dans cette décision illustre une incontestable primauté accordée à la liberté d'expression sur la protection des droits de la personnalité. Mais, en réalité, cette faveur s'exprime aussi dans les décisions retenant une violation des droits de la demanderesse.

II/ Une même faveur pour la liberté d'expression

Les huit décisions de condamnation s'ouvrent sur les principes applicables à la réparation : « *La seule constatation de la violation de la vie privée ou du droit à l'image ouvre droit à réparation, dont la forme est laissée à la libre appréciation du juge, lequel tient de l'article 9 du code civil le pouvoir de prendre toute mesure propre à empêcher ou à faire cesser l'atteinte ainsi qu'à en réparer le préjudice, son évaluation étant appréciée au jour où il statue, et en fonction des éléments de fait invoqués par les parties : l'atteinte caractérise par elle-même le dommage duquel résulte, ainsi que l'affirme constamment la Cour de cassation, un préjudice qui existe par principe et dont l'étendue, dont la preuve incombe aux demandeurs, dépend de l'aptitude du titulaire de droits lésé à éprouver effectivement le dommage et des pièces produites* ».

Le tribunal se réfère donc en la matière à la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci décide, depuis un fondamental arrêt du 5 novembre 1996, que, « *selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »²²⁴. La décision consacre l'autonomie du régime de l'atteinte à un droit de la personnalité par rapport au droit commun de la responsabilité civile, dès lors que la preuve d'un dommage et celle d'un lien de causalité avec le fait générateur ne sont pas alors exigées. En revanche, **l'ajout à l'attendu de principe de la formule**

²²³ J.-M. Bruguière et B. Gleize, *op. cit.*, n° 637, p. 379.

²²⁴ Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1996, pourvoi n° 94-14.798, *Bull.*

« dont la forme est laissée à la libre appréciation du juge » n'est pas, formellement, issu de la jurisprudence de la Cour de cassation. On l'identifie en revanche dans le moyen annexé à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 31 octobre 2012²²⁵. Le pourvoi reproduit un passage de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 22 septembre 2011 dont la cassation est recherchée : *« la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et au droit à l'image ouvre droit à réparation dont la forme est laissée à la libre appréciation du juge qui tient de l'article 9 du code civil, le pouvoir de prendre toute mesure propre à empêcher ou à faire cesser l'atteinte ainsi qu'à en réparer le préjudice en proportion des atteintes retenues au sens de la Convention européenne des droits de l'homme »*. L'hypothèse semble pouvoir être avancée d'adoption par l'une des juridictions du fond d'une formule initiée par l'autre, sans que l'on puisse identifier précisément la dynamique à l'œuvre : historiquement, le tribunal a-t-il fait sienne une formule appliquée par la cour d'appel dont il relève ou la Cour de Versailles a-t-elle adopté les motifs pratiqués par le Tribunal de Nanterre ?

Si donc, s'agissant des mesures de réparation de l'atteinte, les jugements se réfèrent explicitement à la Cour de cassation, le droit européen des droits de l'homme est également explicitement mobilisé, mais pour analyser les demandes complémentaires. On lit en effet dans les huit décisions : *« Il convient de rappeler que la liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que constituent les réparations civiles que dans les cas où celles-ci, prévues par la loi et poursuivant un but légitime dans une société démocratique, constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 de l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne portent pas une atteinte disproportionnée à l'exercice de cette liberté »*.

La référence au second paragraphe de l'article 10 de la Convention fonde le rejet de l'ensemble des demandes complémentaires (B) à une indemnisation elle-même très mesurée (A).

A/ La mesure de l'indemnisation

L'évaluation du dommage consécutif à une atteinte au droit au respect de la vie privée ou au droit à l'image est, il n'est pas nécessaire d'y insister, nécessairement empreinte d'une certaine subjectivité, faute de directive à portée générale sur le « prix » d'une atteinte à un droit de la personnalité. **Les décisions donnent toutefois à voir un principe d'évaluation et des critères de modulation.**

S'agissant du principe d'évaluation, une règle préside à la réparation : *« son évaluation [celle du préjudice] [est] appréciée au jour où [le juge] statue »*. Pour n'avoir pas respecté cette règle, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 22 septembre 2011 avait d'ailleurs été cassé²²⁶. La règle connaît ici une importance d'autant plus grande

²²⁵ Cass. 1^{re} civ. 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-26941.

²²⁶ Cass. 1^{re} civ. 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-26941, préc. : au visa des articles 9 et 1382 (ancien) du Code civil, la Cour, après avoir rappelé que *« les juges du fond ayant à évaluer un dommage subi doivent se placer à la date à laquelle ils statuent »*, relève que *« saisie de la demande d'indemnisation du*

que **la demanderesse n'a pas saisi le tribunal dès la publication des articles, mais une à deux années plus tard**. Le tribunal y insiste : en soi, la relative tardiveté de la demande ne saurait signifier la « *faible intensité* » ou la « *faible gravité dommage allégué* »²²⁷.

Mais, d'une part, si ce délai est jugé indifférent, c'est « *dès lors que [la demanderesse] le justifie* », par exemple, « *en indiquant qu'elle souhaitait éviter toute exposition médiatique supplémentaire de sa vie privée au regard des nombreux articles parus pendant la campagne électorale, cette raison apparaissant plausible* »²²⁸. La donnée est en l'espèce sans portée parce que la demanderesse a pu s'en expliquer. *A contrario*, on en déduit que, pour le tribunal, **une saisine tardive qui ne serait pas justifiée de manière convaincante pourrait justifier une minoration de l'indemnisation**.

D'autre part, le délai écoulé permet au tribunal de **prendre en considération plus de données postérieures à la publication pour limiter le montant de l'indemnisation**. En l'espèce, la principale des données postérieures est en réalité de très peu consécutive aux publications, de sorte que l'écoulement d'un assez long délai avant que le tribunal ne soit saisi ne change pas l'issue : il s'agit de l'officialisation de la liaison par le candidat dans une émission télévisée. « *Indice de la perte d'intensité du dommage au jour où le juge statue, [le candidat] a reconnu sa relation sentimentale avec sa conseillère postérieurement à la parution du magazine litigieux, le 12 janvier 2022* »²²⁹. L'officialisation de la liaison ne s'accompagnant en revanche d'aucune annonce de la grossesse, « le préjudice né de l'annonce de la grossesse demeur[e] toutefois intact »²³⁰.

S'agissant des critères d'évaluation du préjudice moral, trois données sont systématiquement rappelées : l'objet des révélations ; la captation de photographies dans l'espace public, le cas échéant « *au téléobjectif* »²³¹ ; « *l'ampleur donnée à l'exposition de l'article* », elle-même caractérisée par « *l'annonce en page de couverture de l'article* », parfois qualifiée de « *tapageuse* »²³², « *la surface éditoriale*

préjudice moral de M. X., la cour d'appel, pour le fixer à 10 000 euros, énonce qu'il doit s'apprécier à la date de la publication litigieuse » et, partant, a violé les textes visés.

²²⁷ La formule se retrouve dans les huit décisions : « *La société editrice n'est en revanche pas fondée à invoquer le délai de presque deux ans [ou un an, ou quinze mois, selon les espèces] écoulé entre la publication litigieuse et l'action en justice comme attestant de la faible intensité du dommage allégué. [...] Il ne peut être déduit de ce délai une faible gravité du dommage allégué* ».

²²⁸ RG 23/05867. Toutes les décisions de condamnation font état de justifications au fond très proches mais dont la formulation peut légèrement varier. V. par exemple, RG 23/04028 : la demanderesse « *le justifie en indiquant avoir préféré attendre que la presse s'intéresse moins à elle pour saisir la présente juridiction, cette raison apparaissant plausible compte tenu de l'emballement médiatique autour de la campagne présidentielle, de son rôle dans la conduite de celle-ci et du couple qu'elle forme avec [le candidat]* ».

²²⁹ Les décisions relatives à des publications de très peu postérieures à l'officialisation de la liaison ajoutent quelques mots pour souligner la brièveté du délai écoulé. V. par ex. RG 23/05880 (« *soit cinq jours après la parution de l'article en cause* ») et RG 23/04030 (« *soit cinq jours après la parution du magazine litigieux* »).

²³⁰ RG 23/04028 et RG 23/05880.

²³¹ V. not. RG 23/05877 qui souligne « *la captation d'une photographie d'illustration prise au téléobjectif qui [...] surprennent [la demanderesse] dans un moment de vie privée* ».

²³² RG 23/04028

consacrée aux atteintes constatées » et « l'importance de la diffusion du magazine litigieux »²³³. À ces trois données, s'ajoute parfois une quatrième : la répétition des atteintes subies par la demanderesse, source d'un « sentiment d'impuissance à l'égard de la société éditrice »²³⁴. Mais **la répétition des atteintes a un effet ambivalent sur l'évaluation de l'indemnisation** : elle peut aussi être un facteur de minoration du préjudice.

Outre le fait que « les photographies ne figurent pas [la demanderesse] à son désavantage »²³⁵, « figurent l'image banale de [la demanderesse] présentée sous un jour non dévalorisant » ou « la représentent dans des actes anodins de la vie courante »²³⁶, parmi les facteurs de minoration du préjudice est en effet prise en compte la révélation antérieure de l'information.

La reprise d'une information diffusée par d'autres fait perdre au dommage de son intensité. Minore le préjudice « le fait que la grossesse dont il s'agit n'est que la reprise de la révélation antérieure [d'un autre] magazine [...] dans le sillage immédiat duquel la publication litigieuse s'inscrit, cette circonstance, qui n'annihile pas le préjudice subi, étant néanmoins de nature à en diminuer l'intensité, le dommage causé résidant moins, ici, dans le dévoilement de l'information que dans l'ampleur supplémentaire donnée à sa diffusion »²³⁷.

Au regard de la prise en considération pour aggraver le préjudice du « sentiment d'impuissance » face à une société éditrice, doit être relevé que **la reprise d'une information dévoilée antérieurement par le même titre de presse est aussi un facteur de minoration du préjudice** : « Apparaît également de nature à relativiser le dommage revendiqué, le fait que l'information relative à la supposée grossesse de [la demanderesse] n'est que la reprise d'une révélation antérieure publiée dans [un précédent numéro] du même magazine [...] dans le sillage immédiat de laquelle la publication litigieuse s'inscrit, cette circonstance, qui n'annihile pas le préjudice subi, étant néanmoins de nature à en diminuer l'intensité, le dommage causé résidant

²³³ Pour une caractérisation très précise de celle-ci, v. par ex. RG 23/05880 qui évoque « l'importance de la diffusion du magazine litigieux, qui jouit d'une large visibilité et touche un public nombreux (pièce 5 en demande), encore disponible en 2023 à la vente en ligne sur le site internet ePresse.fr (pièce 6 en demande) ».

²³⁴ Cette donnée est mobilisée dans les décisions relatives aux quatrième et cinquième articles du même titre de presse relatifs à la demanderesse, RG 23/05880 et RG 23/05882 : « la publication litigieuse s'inscrit à la suite de trois [en l'occurrence, quatre] précédentes publications des 24 septembre, 15 novembre, 3 décembre 2021 et 7 janvier 2022 du magazine [en cause] également attentatoire à la vie privée de [la demanderesse], ce qui participe de son sentiment d'impuissance à l'égard de la société éditrice ».

²³⁵ RG 23/04028.

²³⁶ RG 23/04028.

²³⁷ RG 23/05878. Rapp. RG 23/05880 : « Par ailleurs, la relation adultère et la grossesse dont il s'agit ne sont que la reprise de révélations antérieures [...] dans le sillage immédiat desquelles la publication litigieuse s'inscrit, cette circonstance, qui n'annihile pas le préjudice subi, étant néanmoins de nature à en diminuer l'intensité, le dommage causé résidant moins, ici, dans le dévoilement de l'information que dans l'ampleur supplémentaire donnée à sa diffusion, [la demanderesse] ne produisant aucun élément propre à caractériser les conséquences particulières qu'a eu, sur sa personne, le rappel opéré par cette publication seconde. L'évocation du lieu des vacances est en revanche tenue pour être la première puisque les publications dans [d'autres publications] opposées par la défenderesse [...] sont concomitantes ».

moins, ici, dans le dévoilement de l'information que dans l'ampleur supplémentaire donnée à sa diffusion, [la demanderesse] ne produisant aucun élément propre à caractériser les conséquences particulières qu'a eu, sur sa personne, le rappel opéré par cette publication seconde ».

Aussi bien constate-t-on une ambiguïté de la reprise d'informations par un même titre : subjectivement, comme indice d'acharnement, elle aggrave le préjudice ; objectivement, comme simple rappel d'une information déjà diffusée, elle le minore²³⁸.

Mais **le facteur de minoration le plus important à relever sur le plan théorique est la prise en compte de « l'anticipation du risque »**. Sept des huit décisions de condamnation relèvent en effet que « *l'anticipation nécessaire du risque induit une souffrance moindre à l'occasion de sa réalisation attendue* »²³⁹. Pour conclure de la sorte, le tribunal se réfère systématiquement au contexte politique, dans des termes qui ne varient qu'à la marge : « *Si [la demanderesse] n'est pas une personnalité publique au même titre que [le candidat à l'élection], il est certain qu'en devenant sa proche conseillère politique occupant un rôle clé dans l'organisation de sa campagne présidentielle, elle ne pouvait ignorer que sa vie, même privée, serait scrutée par les médias* »²⁴⁰ ; « *dans un contexte de pré-campagne présidentielle où le comportement des candidats est particulièrement scruté, [la demanderesse] ne pouvait ignorer l'attention particulière dont elle ferait l'objet, en sa qualité de proche conseillère [du futur candidat], et que sa vie, même privée, serait scrutée par les médias* »²⁴¹.

Le critère est susceptible d'appréciations contrastées, lorsqu'on le met en rapport avec certains préjudices reconnus dans des domaines, certes spécifiques, de la responsabilité civile.

Il n'est pas sans cohérence avec l'admission, depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 23 janvier 2014, du préjudice d'impréparation en matière médicale²⁴². De fait, si « *le défaut de préparation aux conséquences d'un [...] risque* » constitue un préjudice moral, on conçoit que l'on puisse *a contrario* admettre que la nécessaire conscience d'un risque réduise le préjudice moral résultant de sa survenance.

Il s'inscrit au contraire en rupture avec l'admission d'autres postes de préjudice. On pourra en effet s'étonner que vivre en redoutant en permanence la survenance d'un

²³⁸ Sur l'incidence de divulgations antérieures, autorisées comme non autorisées, v. J.-M. Bruguière et B. Gleize, *op. cit.*, n° 632, p. 373 et s.

²³⁹ Ne mentionne pas ce facteur de minoration la décision RG 23/07113, sans que cette absence ne trouve d'explication évidente.

²⁴⁰ RG 23/04028 et RG 23/04030.

²⁴¹ RG 23/05867 ; RG 23/05877 ; RG 23/05878 ; RG 23/05880 ; RG 23/05882.

²⁴² Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2014, pourvoi n° 12-22.123 : « *indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation* ».

dommage soit ici considéré comme une source de minoration du préjudice quand, toutes choses égales par ailleurs, l'anxiété a été consacrée comme objet spécifique d'un préjudice propre depuis l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 mai 2010²⁴³. Du reste, peut-on admettre en la matière la prise en compte d'une acceptation des risques, pourtant en recul dans tout le droit de la responsabilité civile²⁴⁴ ?

In fine, la demanderesse se voit allouer 54 000 € de dommages-intérêts, 37 500 au titre de l'indemnisation des atteintes à son droit au respect de la vie privée et 16 500 au titre de l'indemnisation des atteintes à son droit à l'image. S'agissant des huit dossiers en question, les demandes totales s'élevaient à 430 000 € au titre des atteintes à la vie privée et autant au titre des atteintes au droit à l'image (en faisant donc abstraction des 100 000 € demandés à chacun des deux titres pour la publication n'ayant pas donné lieu à condamnation).

On constate donc **un décalage très significatif entre les demandes et les condamnations effectivement prononcées**, qui représentent à peine plus de 6% des montants demandés... L'exemple illustre l'intérêt qu'il y aurait à diffuser, sinon un barème, du moins un guide des montants susceptibles d'être alloués dans ce type de contentieux, le cas échéant après avoir mené une recherche d'ampleur sur les pratiques des juridictions du fond les plus régulièrement saisies de cette catégorie de litiges. Même si la rationalisation ne serait jamais que relative, une certaine discipline des demandes pourrait ainsi être espérée. Or les effets des facteurs de minoration seraient mieux compris s'ils s'appliquaient à une demande elle-même plus compréhensible, car objectivable en référence aux pratiques judiciaires.

On constate également que, alors que la demanderesse réclamait systématiquement la même somme au titre de la violation de son droit au respect de la vie privée, d'une part, de son droit à l'image, d'autre part²⁴⁵, **le tribunal, non moins systématiquement, alloue moins au titre de l'indemnisation de l'atteinte au droit à l'image que de l'atteinte au droit au respect de la vie privée**²⁴⁶. Sans doute le fait

²⁴³ Cass. soc., 11 mai 2010, pourvois n° 09-42.241, 09-42.242, 09-42.243, 09-42.244, 09-42.245, 09-42.246, 09-42.247, 09-42.248, 09-42.249, 09-42.250, 09-42.251, 09-42.252, 09-42.253, 09-42.254, 09-42.255, 09-42.256 et 09-42.257 : « les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse ; [la Cour d'appel] a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété et légalement justifié sa décision ».

²⁴⁴ Pour son éviction de principe de la responsabilité du fait des choses, v. Cass. 2^e civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.947, *Bull.* : « Attendu que la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques ».

²⁴⁵ Pour chaque affaire sont présentées l'indemnisation demandée au titre de l'atteinte à la vie privée d'abord, celle demandée au titre de l'atteinte au droit à l'image ensuite : RG 23/04028 : 80 000 € et 80 000 € ; RG 23/04030 : 50 000 € et 50 000 € ; RG 23/05867 : 50 000 € et 50 000 € ; RG 23/05877 : 15 000 € et 15 000 € ; RG 23/05878 : 30 000 € et 30 000 € ; RG 23/05880 : 50 000 € et 50 000 € ; RG 23/05882 : 90 000 € et 90 000 € ; RG 23/07113 : 65 000 € et 65 000 €.

²⁴⁶ Pour chaque affaire sont présentées l'indemnisation obtenue au titre de l'atteinte à la vie privée d'abord, celle obtenue au titre de l'atteinte au droit à l'image ensuite : RG 23/04028 : 6 000 € et 2 000 € ;

que toutes les photographies aient été prises dans l'espace public peut-il l'expliquer²⁴⁷, à moins que les juges du tribunal estiment le tort causé par les mots toujours plus fort que le choc des photos.

B/ Le rejet des autres modalités de réparation

À la demande d'indemnisation du préjudice subi, la demanderesse ajoutait systématiquement trois demandes complémentaires : en premier lieu, l'interdiction « *de faire directement usage ou de consentir tout usage commercial, sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que ce soit des clichés incriminés* » ; en deuxième lieu, la condamnation sous astreinte à engager des démarches « *pour rendre inaccessibles sur les kiosques numériques* » les clichés ; en troisième lieu, la publication en une de chacun des magazines d'un communiqué faisant état de la condamnation. Ces demandes de réparations complémentaires sont systématiquement rejetées. Le fondement de ces rejets est **la restriction des ingérences dans la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux mesures nécessaires** et, donc, le principe de proportionnalité.

L'interdiction de tout nouvel usage des clichés en cause serait, selon le tribunal, disproportionnée. « *D'une part, l'illicéité de la reproduction de clichés, même pris à l'insu de la personne y figurant, dépend intrinsèquement du contexte de leur publication, et s'il a été retenu que la reproduction des clichés en cause dans l'article litigieux constitue une atteinte aux droits de la partie demanderesse, il ne peut être préjugé, en droit, que ces clichés ne pourront pas être utilisés afin d'illustrer, licitement, un article à paraître, dans les conditions préalablement énoncées, notamment en présence d'un fait d'actualité ou d'un débat d'intérêt général. D'autre part, la seule limite absolue et intangible à cette possibilité réside dans la protection de la dignité humaine, à laquelle les clichés en cause ne portent pas atteinte* »²⁴⁸. Ainsi le tribunal mobilise-t-il **une distinction fondamentale dans le champ, celle des atteintes aux droits de la personnalité, d'une part, et des atteintes à la dignité (de la personne) humaine, d'autre part**, pour réserver les limites les plus importantes à la liberté d'expression à ces dernières.

Pour la même raison, et parce que l'interdiction requise « *apparaît extrêmement large* », la demande de rendre inaccessibles les clichés sur les kiosques numériques entretenant des relations commerciales avec les sociétés éditrices est jugée disproportionnée.

RG 23/04030 : 4 500 € et 3 000 € ; RG 23/05867 : 4 000 € et 2 000 € ; RG 23/05877 : 3 500 € et 1 500 € ; RG 23/05878 : 4 500 € et 2 000 € ; RG 23/05880 : 4 500 € et 3 000 € ; RG 23/05882 : 6 500 € et 2 000 € ; RG 23/07113 : 4 000 € et 1 000 €.

²⁴⁷ La décision RG 23/07113 fait état d'une cause particulière de minoration du dommage causé par l'utilisation d'un cliché : « *ici, l'atteinte au droit sur l'image découlant exclusivement d'un détournement des clichés implicitement consentis de leur contexte prévisible d'exploitation, le dommage est minime* ».

²⁴⁸ Le motif est repris dans les huit décisions de condamnation qui ajoutent toutefois : « *Ainsi, cette demande d'interdiction de toute nouvelle diffusion des photographies litigieuses apparaît disproportionnée, étant toutefois observé que la société défenderesse s'expose à de possibles nouvelles condamnations en cas d'atteintes réitérées aux droits de la personnalité de la partie demanderesse* ».

Quant à la publication de communiqués, le Tribunal ne l'estime pas nécessaire, l'indemnisation pécuniaire des préjudices étant jugée suffisante à la réparation.

In fine, une grande mesure dans les restrictions de la liberté d'expression, parfaitement conforme aux tendances qui, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, régissent la matière, s'exprime dans les décisions rendues, tant le jugement excluant toute condamnation que ceux en retenant une. En somme, si une seule décision ne retient pas de violation des droits de la personnalité, **toutes révèlent une grande faveur pour la liberté d'expression.**

PARTIE 6. CONTENTIEUX DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Le droit d'auteur à l'épreuve du Bolero de Ravel

TJ Nanterre, 28 juin 2024, n° RG 18/06332

Analyse par Sébastien RAIMOND, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE et membre associé du CERDI (Université Paris-Saclay)

Ironie du destin ? Peut-être... Quoi qu'il en soit, les destinées judiciaires du *Bolero* se sont jouées comme en miroir de la composition si particulière du chef-d'œuvre de Maurice Ravel, même si la durée de sa protection patrimoniale ne pouvait être à la mesure de son immarcescible renommée²⁴⁹. En effet, l'on sait que la célèbre composition, créée pour orchestre symphonique, repose sur la répétition d'une même ritournelle en deux mesures, entrelacées à deux thèmes, précédant chacune de leurs entrées et en arrière-fond de la mélodie, pour lui servir d'accompagnement rythmique et harmonique – ces vingt ritournelles s'enrichissant de façon progressive d'un ou plusieurs instruments ; fallait-il donc qu'à l'instar de ces instruments se faisant entendre l'un après l'autre et de plus en plus, divers coauteurs d'un *Bolero* regardé comme œuvre de collaboration donnent voix au fil des ans, et que sa chute dans le domaine public soit reportée en tenant compte du décès du dernier vivant d'entre eux ?

Le tribunal judiciaire de Nanterre ne l'a pas entendu de cette oreille, et, le 28 juin 2024, a rendu un jugement brisant net les espoirs des héritiers d'Alexandre Benois, comme d'ayants droits de Ravel, dont les prétentions connaissent un naufrage que l'on pourrait voir comme préfiguré dans le fracas final de l'exécution orchestrale du morceau. **Si le destin judiciaire de l'œuvre était ainsi scellé, son compositeur**

²⁴⁹ Sur ce point, cf. not. P. Noual, « Benois, Ravel et la SACEM : imbroglio juridique sur la titularité du *Boléro* », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 218, oct. 2024, qui rappelle not., à l'occasion d'un commentaire érudit de l'affaire à l'aune de l'histoire de la musique, que pendant des années, sa diffusion aurait rapporté plusieurs millions d'euros aux ayants droit du compositeur et, à tout le moins comme métaphore de l'ampleur de la diffusion de son œuvre, qu'une exécution commencerait chaque quart d'heure à travers le monde. Par ailleurs, on note que le jugement évoque le *Bolero* sans doter la lettre « e » d'un accent aigu, orthographe en usage néanmoins dans beaucoup d'écrits en langue française. On retiendra ici la dénomination telle que présentée dans le jugement.

pourrait ainsi reposer pour l'éternité comme son seul auteur, mais ses ayants droit, aussi bien que ceux de Benois, seraient quant à eux fort marris que cette ultime reconnaissance du maître se paie au prix d'une chute de l'œuvre dans le domaine public dès l'année 2016, sans résurrection des droits patrimoniaux d'auteur²⁵⁰.

Car tel semblait bien l'enjeu de l'affaire, même si le procès a été engagé, non par la succession Ravel, mais par les héritiers du susnommé Alexandre Benois, que l'on peut présenter ici, pour être simple, comme décorateur-costumier, bien qu'il ait été connu comme librettiste de ballets, peintre et historien d'art, ainsi que le relève le jugement²⁵¹.

L'affaire semble bien illustrer qu'il y a parfois de bien défavorables circonstances pour penser de nobles questions de droit – même s'il faut ici s'empresser d'ajouter que ce sentiment ne résulte nullement de quelconques appréciations déplacées sur les membres de la succession Ravel²⁵². Voilà en effet un procès engagé par la succession de Benois, décédé en 1960, héritiers qui – pour le prétendre auprès de la SACEM coauteur du *Bolero* joué en 1928 comme ballet – attendent le 8 avril 2016, soit quelques jours avant la chute de l'œuvre dans le domaine public des œuvres du compositeur, environ 78 ans après la mort de ce dernier et 56 ans après la disparition du prétendu coauteur, avant que des ayants cause de Ravel veuillent au passage y adjoindre Bronislava Nijinska, chorégraphe du ballet, quant à elle décédée en 1972, de façon à faire partir la durée de protection du *Bolero* du 1^{er} janvier de l'année civile suivant le décès de ce dernier vivant des prétendus coauteurs et reporter ainsi la chute de l'œuvre dans le domaine public, prorogations de guerre incluses, bien longtemps après celle des créations solitaires du maître. Le tout pour, comme on le verra, étriller la SACEM au titre de diverses fautes, dont celle consistant à refuser de faire suite à une déclaration modificative de l'œuvre et de continuer à assurer la gestion d'une œuvre qui serait encore protégée par les droits d'auteur, puis espérer bénéficier de la perception de redevances d'exploitation du chef-d'œuvre, sans bien que l'on sache à quel titre la succession du scénographe pouvait obtenir une telle rémunération pour l'exploitation séparée de la musique, quand bien même le *Bolero* serait un ballet

²⁵⁰ Le conditionnel s'impose, dès l'instant que les adversaires de la SACEM ont interjeté appel de cette décision, l'affaire n'ayant donc pas encore connu son épilogue.

²⁵¹ On le soulignera plus amplement *infra*, une discussion a existé sur le rôle joué par Benois comme auteur d'un « argument » du ballet, metteur en scène. Le jugement relève cependant que ce qui n'était pas utilement contesté, c'est seulement que Benois était auteur des costumes et décors, qualité dont il était fait état lors de la divulgation de l'œuvre le 22 novembre 1928 sur l'affiche et le programme de la soirée.

²⁵² Là encore, cf. sur ce point, p. ex., P. Noual, *op. cit.*, qui rappelle que le frère de Maurice Ravel, seul héritier du compositeur, a légué ses droits d'auteur à sa gouvernante, qui les a elle-même légués à son mari – lequel les a transmis à son tour aux enfants qu'ils avaient eus ensuite d'une seconde épouse. Dans le procès, plusieurs fautes ont été reprochées à la SACEM du fait, pour reprendre les termes du jugement, de « l'animosité manifestée par le président du conseil d'administration de la SACEM envers la succession de Maurice Ravel pendant le traitement de leur demande », not. du fait de propos relatifs à « l'in vraisemblable succession Ravel ». Le jugement énonce sur ce point, qui n'appellera pas ici d'analyse approfondie, « d'une part que l'héritage de Maurice Ravel s'est transmis dans des conditions qui ne sont pas banales et courantes, sans que cela n'appelle aucun jugement de valeur, et d'autre part, qu'il a suscité une longue procédure judiciaire, qui a été médiatisée ».

constitutif d'une œuvre de collaboration. On peut sans doute admettre qu'il y a des circonstances plus propices à faire voir d'un bon œil pareilles demandes.

Les héritiers et autres ayants droits n'ayant pas répugné à tirer tous azimuts, **le tribunal judiciaire s'est vu contraint d'examiner de nombreuses questions, pour prononcer un jugement à la mesure des difficultés de l'affaire, et comptant non moins de 42 pages remplies d'analyses serrées** dont la lecture peut susciter la verve critique du juriste, comme l'audition de la composition ferait le bonheur du mélomane.

Eu égard à l'ampleur du différend et de la décision qui le tranche, la présente analyse se veut cependant moins un commentaire de celle-ci qu'une libre réflexion sur les questions qui *ont été* mais aussi *auraient pu être* soumises au tribunal ou, à tout le moins, mériteraient d'être soulevées dans l'absolu – questions posées ici sans que l'on ait cherché à y apporter de réponses fermes, mais seulement animé de l'espoir d'ouvrir humblement quelques pistes.

Il n'y a pas lieu de s'étendre ici sur la compétence matérielle et territoriale du tribunal judiciaire de Nanterre, qui n'a pas été discutée et se justifiait suffisamment comme celle du lieu où la SACEM, défenderesse, a son siège social (à Neuilly-sur-Seine)²⁵³.

S'il a déjà fait l'objet de savants commentaires concernant le refus de regarder le *Bolero* comme une œuvre de collaboration²⁵⁴, **le jugement peut néanmoins susciter encore quelques observations sur la qualification et le régime de cette œuvre plurale (I), que l'on abordera avant de s'intéresser plus longuement à ce qui en fait à nos yeux l'intérêt majeur, concernant les rapports entre l'organisme de gestion collective et ses adhérents (II)**, notamment dans le domaine de la musique, où la collaboration est omniprésente et où l'on a eu vent qu'il ne serait pas si rare, notamment dans la « musique urbaine », de déclarer comme coauteurs des personnes n'ayant pas participé à la création des œuvres. Le *Bolero* de Ravel serait-il un modèle pour les rappeurs ? Voyons cela.

I/ Sur la qualification et le régime d'une œuvre de collaboration

Le jugement peut inspirer réflexion sur la qualification (A) comme sur le régime (B) de l'œuvre de collaboration.

²⁵³ S'agissant de la compétence matérielle, on sait que seuls certains tribunaux judiciaires, dont celui de Nanterre, sont compétents pour connaître des questions de droit d'auteur et de celles, connexes, fondées sur la concurrence déloyale (cf. CPI, art. L. 331-1 et D. 331-1-1 ; COJ, art. L. 211-10 et D. 211-6-1, et annexe Tableau VI). En ce qui concerne la compétence territoriale, on sait que l'auteur agissant en contrefaçon a, en application des dispositions de l'article 46 du Code de procédure civile, le choix d'assigner le prétendu contrefacteur devant la juridiction dans le ressort de laquelle ce dernier a son domicile ou son siège social, ou du lieu où a été commis le fait dommageable, ou encore du lieu où le dommage a été subi.

²⁵⁴ Cf., outre l'art. préc. de P. Noual, P. Léger, « Le rejet de la qualification d'œuvre de collaboration du *Boléro* de Ravel », *Dalloz IP/IT* 2024, p. 650 ; F. Pollaud-Dulian, « Pavane pour un droit d'auteur défunt : qui est l'auteur du *Boléro* sinon Ravel ? », *RTD com.* 2024, p. 867 ; *LEPI* oct. 2024, p. 1, obs. A.-E. Kahn ; *Propri. intell.* 2024, n° 93, p. 44, obs. A. Lucas.

A/ Sur la qualification d'œuvre de collaboration

On l'a vu, l'analyse faite par les juges de l'inexistence d'une œuvre de collaboration a été largement commentée, et approuvée par ses commentateurs²⁵⁵. Quelques observations complémentaires – et quelque peu dissonantes – peuvent néanmoins être présentées à cet égard.

C'est aux termes d'une motivation très riche qu'après avoir analysé les pièces produites aux débats et en avoir même, pour certaines d'entre elles, reproduit la teneur dans le jugement, puis fait une appréciation approfondie, **le tribunal, sans répugner aux pas de danse, livre une analyse qui virevolte entre le ballet et la musique prise en elle-même, semblant écarter la qualification d'œuvre de collaboration (dont Ravel serait coauteur) de l'un comme de l'autre, mais sans toujours les dissocier très nettement**²⁵⁶.

Pour l'essentiel – étant rappelé qu'une œuvre de collaboration suppose, comme le retient le jugement, « *l'existence d'une participation personnelle et concertée de plusieurs personnes physiques, en qualité d'auteurs, à la création de l'œuvre* »²⁵⁷, ce qui impliquerait notamment une « *communauté d'inspiration et de but poursuivi* » entre les contributeurs²⁵⁸ – **le rejet de la qualification pour le *Bolero* repose en substance sur le défaut de communauté d'inspiration entre, d'un côté, Maurice Ravel et, de l'autre, Alexandre Benois, d'une part, Bronislava Nijinska, d'autre part, la situation de chacun d'eux étant distinctement appréciée.**

On peut s'interroger sur les mérites de cette approche en deux temps. Le jugement semble avoir été ici enfermé dans l'écrin des prétentions formées par les parties – la succession de Benois faisant valoir la qualité de coauteur de celui-ci, et reprochant notamment à la SACEM une faute pour lui avoir dénié cette qualité, tandis que les sociétés cessionnaires des droits patrimoniaux de Ravel reprochaient distinctement à la SACEM une faute tenant, selon ce qu'en dit le jugement, à un « *refus de poursuivre la gestion des droits sur le Bolero en dépit de la qualité de coauteur de Bronislava Nijinska* ». Même si la SACEM était en conflit avec plusieurs parties, et même si les demandes de celles-ci n'étaient pas exactement identiques, **il peut sembler artificiel de s'interroger sur une communauté d'inspiration entre contributeurs en examinant isolément la situation respective de ces derniers plutôt que de l'ensemble de ceux qui, selon les parties, étaient coauteurs d'une œuvre de collaboration**, c'est-à-dire Ravel, Benois et Nijinska, respectivement compositeur, décorateur-costumier et chorégraphe du ballet. **Pareil raisonnement fait l'économie de la question de savoir si, pour caractériser une œuvre de collaboration, il est impératif qu'une inspiration commune soit établie entre tous les contributeurs, ou s'il pourrait suffire qu'elle existe entre certains des contributeurs.**

²⁵⁵ Cf. P. Léger, *op. cit.* ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*

²⁵⁶ Cf. not. P. Léger, *op. cit.*, qui estime que les juges ont écarté « *l'existence d'une œuvre de collaboration dont Maurice Ravel serait l'un des coauteurs, que cette œuvre soit un ballet ou la seule composition musicale* », en relevant ensuite également un « *va-et-vient entre ces objets lors de leur analyse* ».

²⁵⁷ Cf. art. L. 113-2 du CPI, selon lequel est « *dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* ».

²⁵⁸ Cf. not., sur cette présentation « classique » de la notion, H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3^e éd., 1978, n° 134.

De plus, on l'a vu, l'approche du tribunal le conduit à affirmer que Nijinska n'était pas coauteur du *Bolero*, pas plus que Benois, à défaut d'inspiration commune avec Ravel, sans faire nettement la distinction entre la composition musicale et le ballet. À suivre le jugement, Ravel est le seul auteur de la musique. Pour autant, le ballet pouvait être une œuvre de collaboration (par exemple entre Benois et Nijinska²⁵⁹), tout en étant une œuvre composite pour avoir intégré la composition musicale préexistante de Ravel, *sans la collaboration de celui-ci*²⁶⁰. Selon nous, **c'est en réalité Ravel qui, auteur de la musique comme œuvre préexistante, n'est pas coauteur du ballet. Le jugement donne parfois le sentiment, à sa lecture, qu'il fallait à toute force exclure la qualification du ballet en tant qu'œuvre de collaboration, alors qu'il suffisait surtout de souligner qu'il s'agissait d'une œuvre composite en ce qu'elle intégrait la musique de Ravel sans la collaboration de ce dernier.**

On pourrait aussi se demander si le critère d'une *inspiration commune* n'est finalement pas exagérément restrictif, alors que l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle évoque en termes assez ouverts un concours des contributeurs à la création de l'œuvre, et pourrait très bien être lu comme exigeant une communauté d'inspiration *ou* de but²⁶¹. Il suffit de songer, par exemple, à une chanson, dont un compositeur aurait élaboré la musique avant qu'un parolier ne lui adjoigne un texte, et sans même que le compositeur se soit concerté avec le parolier avant d'écrire la musique. L'important n'est-il pas que la musique et le texte aient été tous deux élaborés *en vue de créer une chanson* ? La communauté « de but » ne pourrait-elle pas suffire ? Le jugement relève, pour écarter la qualification du ballet en tant qu'œuvre de collaboration, que Ravel a créé seul la musique, sans qu'il y ait avant sa conception de vision commune avec Benois, et en puisant son inspiration dans une « *esthétique industrielle* » plutôt qu'au vu d'une esquisse du scénographe représentant « *une rue de Barcelone et une vaste salle d'un tripot où danse sur une estrade une jeune femme entourée d'un cercle d'hommes* ». Dont acte. Cela étant, **la décision, qui ne consacre pas moins de cinq pages à la question de la qualité de coauteur de**

²⁵⁹ Point qui n'est lui-même pas évident. Par exemple, l'auteur de costumes ou de décors n'est pas présumé coauteur d'une œuvre audiovisuelle (cf. art. L. 113-7 du CPI).

²⁶⁰ Cf. not. les célèbres affaires, souvent données en exemples dans les manuels et traités, concernant l'orchestration par Maurice Ravel des *Tableaux d'une exposition* de Modeste Moussorgski (CA Paris, 10 mars 1970 : *D.* 1971, p. 114, note P. L.) ou l'achèvement de l'opéra *Le Prince Igor*, par des élèves d'Alexandre Borodine (Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 1973, *RTD com.*, 1974, p. 514, obs. H. Desbois).

²⁶¹ Même si l'on sait bien que le jugement ne fait que suivre sur ce point une approche doctrinale très dominante, ainsi que la position de la Cour de cassation (cf. not. Cass. Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 17-14.728, *Bull. civ. I*, n° 57, *D.* 2018. 670 ; *Dalloz IP/IT* 2018. 496, obs. T. Petelin ; *Légipresse* 2018. 187 et les obs. ; *RTD com.* 2018. 677, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 2020. 89, obs. F. Pollaud-Dulian, l'arrêt rejetant le pourvoi formé contre un arrêt ayant « *exactement énoncé que, pour caractériser une œuvre de collaboration, il convient d'établir la communauté d'inspiration de ses coauteurs* »). Les propos qui suivent se veulent surtout comme une invitation, peut-être un peu provocatrice, à repenser même ce que l'on pourrait tenir pour évidence, sans même qu'une opinion ferme soit ici arrêtée... Comp. C. Bernault et A. Lebois, in *J.-Cl. Propr. litt. et artis.*, fasc. 1185, *Titulaires du droit d'auteur – Règles générales*, n° 29 : « *Il faut (...) se garder de faire une lecture trop "rigide" de la loi ou de la jurisprudence : certes, dans l'idéal, la collaboration implique une concertation quasi-permanente de tous les intervenants mais en pratique, la simple participation à un projet commun, le fait de partager un même but, peut suffire à caractériser la collaboration. Cette souplesse permet donc, sous réserve du respect de toutes les conditions prédéfinies, de qualifier certaines œuvres multimédias d'œuvres de collaboration* ».

Benois, illustre bien que, pour caractériser une communauté d'inspiration, il faut se livrer à une analyse très subtile, au vu de documents relatant le processus créatif et les intentions de tel ou tel contributeur – en l'occurrence, de Ravel, dont on sonde les reins et le cœur, au travers de divers témoignages d'époque. C'est assurément passionnant du point de vue de l'histoire de la musique et des arts, mais, à vrai dire, cela peut laisser un peu dubitatif du point de vue de l'application de la règle de droit. **La qualification d'œuvre de collaboration doit-elle dépendre d'appréciations subjectives concernant ce qu'avait à l'esprit tel ou tel contributeur ?** Sans oublier le risque de dépérissement des preuves, lorsqu'il s'agit de qualifier un travail créatif de longue date. **L'existence d'un « but commun » semble pouvoir être plus objectivement caractérisée**, dès lors que l'on peut vérifier si une création a été faite spécialement pour intégrer une œuvre à la création de laquelle concourent plusieurs personnes physiques ou, au contraire, faite antérieurement et réutilisée dans une œuvre distincte conçue et réalisée sans la collaboration dudit auteur, l'œuvre étant alors composite. En tout cas, nul ne conteste que Ravel a bien créé la musique du *Bolero* sur une commande faite par Ida Rubinstein pour qu'elle soit jouée dans un ballet dont les costumes et décors ont été réalisés par Benois et la chorégraphie, par Nijinska.

B/ Sur le régime de l'œuvre de collaboration

Même si la qualification du ballet comme œuvre de collaboration a été écartée en l'espèce, il reste intéressant de s'interroger sur ses conséquences, en ayant notamment à l'esprit toutes les œuvres de collaboration intégrant une musique pouvant être jouée indépendamment de ces œuvres en elles-mêmes.

Selon l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre de collaboration est la « *propriété commune des coauteurs* », qui « *doivent exercer leurs droits d'un commun accord* », doctrine et jurisprudence s'accordant à y voir une sorte d'indivision²⁶². Cela étant, le même texte prévoit que lorsque « *la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune* ». C'est sans doute sur ce point que l'action de la succession Benois pouvait surprendre le plus, en ce qu'elle tendait notamment à l'obtention de dommages et intérêts correspondant au manque à gagner constitué par le défaut de perception de redevances liées à l'exploitation du *Bolero*. En effet, **en tout état de cause, on ne peut confondre l'exploitation de l'œuvre de collaboration, en tant que telle, et celle, faite séparément, d'une contribution**. Même à voir le *Bolero* comme un ballet, œuvre de collaboration, la diffusion de la musique, dans les mille et une interprétations qui se sont succédé depuis sa création, pourrait être vue comme n'étant pas une exploitation du *ballet lui-même*, mais une

²⁶² Cf. not. sur ce point F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica 2^e éd. 2014, n° 253 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis 5^e éd. 2017, n° 195, qui soulignent qu'il s'agirait d'une indivision particulière dont il faut douter de la soumission au régime de droit commun prévu par le Code civil.

exploitation séparée de la contribution que la *musique* constituerait alors²⁶³. Sans doute le point peut-il être discuté²⁶⁴, mais l'on ne voit pas pourquoi l'exploitation séparée de la musique d'un ballet devrait n'être caractérisée comme telle qu'en présence de l'intégration de la musique dans une autre œuvre²⁶⁵. **Ainsi, même en faisant courir la durée des droits patrimoniaux sur l'œuvre de collaboration, comme le prévoit l'article L. 123-2 du Code précité, à partir du décès du dernier vivant des collaborateurs – ce qui aurait été en l'occurrence celui de Nijinska (en 1972) – et en reportant ainsi la chute du *Bolero* dans le domaine public, il demeure que la propriété commune des contributeurs n'aurait pas à s'exercer normalement sur l'exploitation séparée de la musique, mais seulement sur celle du ballet créé en 1928, pris dans son ensemble.** On peut imaginer que cette difficulté est l'une des raisons pour lesquelles la succession Benois avait mis en avant la qualité de rédacteur d'un « argument » ayant inspiré la composition musicale elle-même, au-delà de la conception de costumes et décors du ballet de 1928.

En toute hypothèse, les titulaires de droits patrimoniaux de Ravel avaient le plus intérêt à la reconnaissance d'une œuvre de collaboration du point de vue du calcul de la durée de protection – ce qui ne pouvait évidemment que laisser circonspect sur la démarche de la succession de Benois, à l'origine du différend, dès l'instant qu'elle était tout au plus titulaire des droits patrimoniaux du scénographe et que l'on ne sache pas que le spectacle de 1928 soit en lui-même l'objet d'une exploitation intense, près d'un siècle après sa création. **L'affaire peut susciter là encore une réflexion sur une question qui n'était pas dans les débats, mais selon nous intéressante : le point de savoir si, au titre de l'exploitation séparée de la contribution du coauteur défunt, le titulaire *post mortem* des droits patrimoniaux de ce coauteur pourrait, ou non, se prévaloir du calcul de la durée des droits sur l'œuvre de collaboration,**

²⁶³ L'exemple de la chanson est même présenté comme exemple type de l'œuvre de collaboration se prêtant à une exploitation séparée de ses contributions : cf. p. ex. A. Lucas et a., *op. cit.*, n° 202 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 458.

²⁶⁴ La discussion existe not. du fait que l'art. L. 113-3, alinéa 3 du CPI vise la participation de chacun des coauteurs qui « *relève de genres différents* », certaines décisions estimant ainsi qu'il ne pourrait y avoir exploitation séparée du texte et de la musique d'une chanson, dès lors que ces deux contributions appartiendraient au même « genre de la chanson » (cf. p. ex. CA Paris, ch. 4 B, 20 juin 2008, n° 05/16247 ; *Propri. intell.* 2008, p. 420, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2008, p. 545 obs. F. Pollaud-Dulian ; CA Versailles, 1^{re} ch., sect. 1, 19 nov. 2019, n° 18/08181 ; *LEPI* mars 2020, p. 3, obs. A. E. Kahn ; *Propri. intell.* 2020, n° 74, p. 44, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2020, p. 89, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Légipresse* 2020, p. 47, obs. P. Pérot). Une telle solution est critiquée en doctrine et l'on s'y associe. La Cour de cassation semble plus ouverte à la reconnaissance de contributions de genres différents, dès lors qu'elle a, dans une affaire concernant la reproduction dans une biographie d'extraits de chanson de Jean Ferrat, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant « *énoncé, à bon droit, que, le texte et la musique d'une chanson relevant de genres différents et étant dissociables, le seul fait que le texte ait été séparé de la musique ne portait pas nécessairement atteinte au droit moral de l'auteur* » (Cass. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2023, n° 21-23.976, publié au Bull. ; *LEPI* avr. 2023, p. 2, obs. A. Zollinger ; *Propri. intell.* 2023, n° 87, p. 27, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2023, p. 103, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Légipresse* 2023, p. 215, obs. P. Allaëys et B. Domange ; *Dalloz IP/IT* 2023, p. 141, obs. D. Roblin-Lapparra). En tout état de cause, il n'est pas sûr qu'un ballet puisse être traité de la même façon qu'une chanson ou même qu'un opéra, pour lesquels texte et musique « font corps », alors qu'une musique de ballet se prête à diverses chorégraphies et qu'il semble moins évident de les regarder comme un tout indissociable.

²⁶⁵ Même si l'on a conscience que cette approche peut poser difficulté d'un point de vue pratique, au regard not. de la structuration de la gestion collective autour d'un domaine de la création ou d'un type d'exploitation.

donc d'un point de départ reporté au décès du dernier vivant des contributeurs.

Il est certain que l'article L. 123-2 du Code de la propriété intellectuelle ne fait pas expressément de distinction entre l'exploitation de l'œuvre de collaboration et celle faite par un coauteur, séparément, de sa contribution. Néanmoins, le texte fait seulement référence à l'œuvre de collaboration, ce qui peut très bien s'entendre comme l'œuvre collaborative *en tant que telle*. Au-delà de la lettre de la loi, on peut aussi relever que la raison d'être de cette règle spéciale est de ne pas défavoriser les successeurs du dernier vivant des collaborateurs, s'agissant de l'exploitation de l'œuvre de collaboration²⁶⁶. Comme le révèle la présente espèce, et en s'intéressant à l'exploitation séparée de la musique composée par Ravel, le report de la chute dans le domaine public devrait profiter avant tout à sa succession, et non à celle des coauteurs décédés bien après. En réalité, l'exploitation séparée d'une contribution à l'œuvre collaborative n'est-elle pas avant tout l'exploitation d'une œuvre prise indépendamment de son intégration dans cette œuvre plurale ? Si l'on ne saurait ici, dans les limites d'un commentaire du jugement, arrêter une opinion définitive, l'on peut au moins estimer que **l'application de la règle spéciale concernant la durée des droits patrimoniaux relatifs à une œuvre de collaboration ne s'impose pas avec la force de l'évidence s'agissant de l'exploitation séparée d'une contribution à celle-ci.**

Si la décision et, au-delà, l'affaire elle-même sont intéressantes s'agissant de la qualification et du régime de l'œuvre de collaboration, leur intérêt nous paraît néanmoins plus vif encore s'agissant des rapports entre un organisme de gestion collective tel que la SACEM, et ses adhérents, au premier rang desquels les auteurs.

II/ Sur les rapports entre un organisme de gestion collective et ses auteurs affiliés

Même si de précédents commentateurs de la décision ont préféré s'abstenir d'aborder la question, il est vrai fort épineuse, du pouvoir qu'avait ou non la SACEM de refuser la modification de la déclaration du *Bolero* et de ne pas poursuivre la gestion de droits d'auteur sur la musique, regardée comme tombée dans le domaine public à l'instar des autres créations solitaires de Ravel, les rapports entre un organisme de gestion collective (OGC) et ses auteurs affiliés (adhérents), méritent une attention particulière, dès lors qu'il nous semble que c'est sur ce point que les analyses du jugement peuvent résonner au-delà du cercle des parties au procès, et à tout le moins ne pas rester sans écho, d'autant que le thème n'apparaît pas avoir encore été très exploré²⁶⁷.

²⁶⁶ Cf. p. ex., en ce sens, Ch. Alleaume, in *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1270, « Droits des auteurs – Durée de la protection », n° 49 : « Faut-il retenir la date de décès du premier collaborateur ? Du dernier ? Faire partir un délai par collaborateur ? Ou encore calculer à compter de la date de publication de l'œuvre ? Cette dernière solution aurait désavantagé les auteurs bénéficiant d'une durée de vie plus longue que les autres : dans l'absolu, un jeune auteur créant avec un collaborateur plus âgé décédant rapidement après la publication aurait pu subir de son vivant la chute de l'œuvre à laquelle il a collaboré dans le domaine public ».

²⁶⁷ Là encore, les propos qui suivent se veulent surtout une invitation à la réflexion sur un sujet épineux, sans même qu'une opinion ferme soit ici arrêtée sur tous les points en discussion dans cette affaire.

En substance, **saisi de demandes indemnitaires et tendant à voir enjoindre à la SACEM de reprendre la gestion de droits d’auteur relatifs au *Bolero*, le tribunal y voit une action en revendication mêlée à une action en responsabilité, non prescrite car imprescriptible, avant d’écarter néanmoins ces demandes l’une après l’autre, dès lors que l’OGC, qui avait le « *pouvoir de contrôler si le déclarant est bien le créateur de l’œuvre déclarée ou s’il a contribué à sa création, indépendamment de toute appréciation portée sur son originalité ou celle de sa part contributive* », n’avait ni commis d’excès de pouvoirs, ni, notamment, entaché leur exercice d’une mauvaise appréciation des pièces soumises pour faire valoir la qualité de coauteur du déclarant.** Avant que, arroseur arrosé, la titulaire du droit moral sur le *Bolero* se retrouve condamnée pour abus dans l’exercice du droit de paternité, c’est en réalité une véritable averse de fautes que les parties demanderesses et intervenantes ont voulu faire pleuvoir sur la SACEM, et l’on ne saurait donc les examiner toutes. La SACEM s’étant faufilée entre les gouttes, on peut tout au moins réfléchir à la nature de l’action formée contre un OGC par son adhérent ou un tiers (A), à la possibilité de distinguer l’appréciation de l’existence d’une œuvre et de la qualité d’auteur de celle d’une création ou d’une contribution à sa création (B), aux fondements et limites du pouvoir d’appréciation d’un OGC quant à l’existence et la titularité de droits d’auteur sur une œuvre (C), ainsi qu’à l’existence d’une obligation de vérification à la charge de l’OGC (D), ou encore à la responsabilité de l’OGC et à la possibilité de lui faire injonction d’assurer la gestion des droits d’auteur (E) – on espère que le programme ne sera pas trop dense.

A/ Sur la nature de l’action formée contre un OGC par son adhérent ou un tiers

Le jugement commenté, pour déterminer l’objet du litige et écarter la prescription des demandes formées par les adversaires de la SACEM, retient « qu’à leur action en responsabilité se mêle une action en revendication de droits d’auteur sur l’œuvre *Bolero* », dès l’instant que les parties demandaient aux juges de reconnaître à Alexandre Benois la qualité de coauteur de l’œuvre litigieuse. Estimant ensuite que le « *droit à la paternité, dont le respect exige que l’œuvre soit associée à son créateur tant qu’elle subsiste, est le siège de l’action en revendication de la qualité d’auteur d’une œuvre* », le jugement énonce que pareille action est imprescriptible, avant de retenir que, dans le cas d’espèce, la mise en œuvre de cette imprescriptibilité ne cause aucune atteinte disproportionnée au principe de sécurité juridique ni au droit à la preuve – soulignant notamment, de façon très pertinente, que c’est en tout état de cause au prétendu titulaire de faire la preuve de l’existence d’une œuvre et de ses droits.

La discussion, que la SACEM elle-même a engagée en raisonnant à partir de l’imprescriptibilité d’une action tendant à se voir reconnaître la qualité d’auteur – discussion que l’on ne peut donc reprocher au tribunal d’avoir examiné dans cet état – nous apparaît reposer sur un raisonnement contestable²⁶⁸.

²⁶⁸ On note que F. Pollaud-Dulian, dans ses observations sur le jugement (*op. cit.*), évoque le « *caractère tardif de la revendication de paternité* », et rend compte du raisonnement du tribunal sur l’imprescriptibilité sans émettre de critique à cet égard, mais sans non plus se prononcer nettement en sa faveur.

On peut douter qu'il existe une action en revendication de droit d'auteur, distinctement de l'action en contrefaçon – dont une partie de la doctrine souligne qu'elle en serait une forme particulière, ou en emprunterait le régime en même temps que celui de l'action en responsabilité²⁶⁹. À la différence des droits de propriété industrielle, qui reposent sur un titre de protection dont le Code de la propriété intellectuelle prévoit qu'il peut faire l'objet d'une action en revendication²⁷⁰, aucun texte ne consacre une telle action au bénéfice d'un auteur.

D'abord, on ne voit pas qu'une action en revendication ait seulement pour « siège » le droit de paternité, comme le dit le tribunal, dès lors que, comme la présente espèce le montre d'ailleurs, il s'agit essentiellement de faire valoir des droits exclusifs d'exploitation, droits patrimoniaux. **S'il devait exister un fondement de l'action en revendication, il ne pourrait s'agir en tout état de cause que du droit d'auteur, en ses deux attributs moraux et patrimoniaux.** L'affaire montre bien au demeurant que la succession Benois ne visait pas directement à se plaindre d'une atteinte au droit de paternité du prétendu coauteur sur le *Bolero*, mais à faire valoir ses droits patrimoniaux.

En outre, qu'il agisse en contrefaçon contre un tiers ou, à divers titres, contre son cocontractant, un créateur peut bien entendu faire valoir sa qualité d'auteur, et donc invoquer l'existence d'une œuvre et de ses droits sur elle, en tant que créateur de celle-ci. Cela étant, dans tout contexte procédural, nulle prétention ne peut aboutir à une prétendue « reconnaissance de la qualité d'auteur » à l'égard de tous (i.e. erga omnes). Ce que le créateur peut demander utilement, c'est, par exemple, d'être indemnisé par un plagiaire au titre de la contrefaçon qu'il a commise. L'espèce ici analysée offre une autre illustration, certes plus rare, mais ne méritant pas d'autre approche : un auteur adhérent peut poursuivre un OGC, son cocontractant²⁷¹, ayant refusé de le reconnaître comme tel sur une œuvre donnée et, partant, de lui verser les redevances d'exploitation de son œuvre. Que demande-t-il alors ? On peut estimer qu'il ne s'agit pas moins d'une contrefaçon, s'il y a eu exploitation, et lorsque l'OGC se voit reprocher une telle exploitation sans le respect des droits d'auteur du contributeur. L'hypothèse très particulière de l'absence d'exploitation d'une œuvre regardée comme tombée dans le domaine public, comme dans l'affaire commentée, appelle, quant à elle, une analyse tout aussi spécifique, et loin d'être évidente. Si l'on reste sur le terrain des droits patrimoniaux, et s'il s'agit de

²⁶⁹ Cf. not. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1715, qui estime que l'action en contrefaçon ne peut être réduite à une action en responsabilité civile en ce qu'elle « *tend surtout à rétablir l'auteur dans la plénitude de son droit exclusif en faisant cesser les empiètements ou les usurpations et en lui restituant l'intégralité de sa propriété intellectuelle, en quoi cette action s'apparente aux actions "révindicatoires"* » ; cf. encore A. Lucas et a., *op. cit.*, n° 1259, évoquant plus prudemment une « *nature hybride* » de l'action en contrefaçon.

²⁷⁰ Cf. p. ex., l'art. L. 611-8 du CPI, en matière de brevets d'invention ; l'art. L. 712-6 du même code, en matière de marque. En substance, ces textes prévoient que si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur le titre peut revendiquer sa propriété en justice.

²⁷¹ L'existence d'un contrat entre l'OGC et ses adhérents n'est pas douteuse, même si leurs rapports n'ont pas qu'une dimension contractuelle, comme on y reviendra *infra*. Cf. not. l'art. L. 321-1 du CPI, qui fait référence à la gestion collective obligatoire et à celle, facultative, assurée « *en exécution d'un contrat* ».

faire valoir un gain manqué, du fait de l'absence de perception avant le jugement de telles redevances, l'auteur adhérent n'exercerait-il pas une action en *responsabilité contractuelle*, pour obtenir réparation du préjudice subi du fait du manquement de son cocontractant²⁷² ? S'il s'agit de faire injonction à l'OGC d'assurer l'exploitation et de lui verser à l'avenir pareilles redevances, ne s'agirait-il pas en réalité de réclamer l'*exécution forcée du contrat*²⁷³ ? Quoiqu'il en soit, il nous semble que le créateur ne se borne pas à « revendiquer » sa qualité d'auteur, mais demande concrètement une mesure destinée à réparer l'atteinte ou à la faire cesser²⁷⁴. Le même raisonnement peut s'appliquer au demeurant pour une action fondée sur une atteinte au droit moral, et notamment au droit d'attribution, l'auteur pouvant ici demander à être indemnisé ou encore, par exemple, à ce qu'il soit fait injonction au défendeur de le présenter comme tel lors de l'exploitation qu'il fera de l'œuvre.

On observe de surcroît que si, en propriété industrielle, un titre peut être revendiqué et ainsi attribué à son titulaire légitime, qui pourra dès lors l'opposer *erga omnes*, nul titre n'existe en propriété littéraire et artistique, et l'autorité relative de la chose jugée exclut implacablement qu'une quelconque décision de justice grave dans le marbre la qualité d'auteur du demandeur à l'action, notamment s'il souhaitait la faire valoir dans un autre procès contre d'autres parties²⁷⁵.

À suivre ce raisonnement, l'action formée par la succession Benois n'était pas imprescriptible, pour être « mêlée » d'une action en revendication, mais n'aurait peut-être pas encouru pour autant la prescription, dès lors que le manquement reproché à la SACEM consistait dans un refus d'enregistrement du bulletin de déclaration modificatif concernant l'œuvre, intervenu le 8 avril 2016, soit moins de cinq ans avant l'introduction du recours le 20 juin 2018 et donc dans le respect de la prescription quinquennale de droit commun²⁷⁶. Par où l'on voit qu'un autre chemin, peut-être moins glissant, existait pour parvenir à la même issue.

²⁷² On reviendra *infra* sur la responsabilité de l'OGC dans son rapport avec ses membres. On peut déjà noter à ce stade que les demanderesses n'ont pas présenté leur action comme une action en contrefaçon, mais comme une action tendant à faire reconnaître une faute de la Sacem et à lui enjoindre de reprendre la gestion des droits d'auteur sur le *Bolero*.

²⁷³ On reviendra également *infra* sur ce point.

²⁷⁴ Sous cet angle, l'action que formerait contre ceux présentés comme seuls coauteurs d'une œuvre de collaboration un contributeur « négligé » peut être regardée comme une action en contrefaçon au titre des exploitations que le demandeur n'a pas autorisées (arg. p. ex. Civ. 1^{re}, 27 novembre 2001, n° 00-11.506, Bull. civ. I, n° 296).

²⁷⁵ La propriété industrielle reposant sur un titre de protection, sa revendication conduit à en conférer la propriété au revendiquant. De même, une décision d'annulation « a un effet absolu sous réserve de la tierce opposition » (cf. art. L. 613-27 du CPI en matière de brevet d'invention ; art. L. 716-2-2 du même Code en matière de marque). En l'absence de titre de protection par le droit d'auteur, une décision judiciaire, même irrévocable, ne fait que trancher le procès entre le titulaire du droit d'auteur et une partie. L'observation du contentieux, notamment s'agissant des créations de la mode, permet de vérifier qu'une entreprise invoquant son droit d'auteur sur un modèle peut tantôt gagner, tantôt perdre un procès en contrefaçon en raison, not., d'une appréciation divergente des juges sur l'originalité. Même si la situation est (heureusement) rare, l'autorité relative de la chose jugée ne peut cependant pas être ignorée dans la réflexion. Au demeurant, l'autorité relative de la chose jugée s'attache aussi à une décision statuant sur une action en revendication d'immeuble (cf. en ce sens, Ch. Atias, in *J.Cl. Notarial, Fasc. 12 « Modes divers d'acquérir la propriété. – Action en revendication immobilière »*, n° 77).

²⁷⁶ Comp., en matière de contrefaçon, Cass. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2023, n° 22-23.266, publié au Bull. ; *D.* 2024. 156, note J. Douillard ; *Dalloz IP/IT* 2023. 612, obs. C. Lamy ; *Légipresse* 2023. 597 ; *Comm. com. électr.*

B/ Sur la possibilité de distinguer l'appréciation de l'existence et de l'originalité d'une création ou d'une contribution

Le jugement considère que la SACEM « n'a pas le pouvoir de porter une appréciation sur l'originalité des œuvres qui lui sont déclarées, pas plus que sur celle des contributions de chaque coauteur des œuvres de collaboration », mais, en revanche, disposerait « du pouvoir de contrôler si le déclarant est bien le créateur de l'œuvre déclarée ou s'il a contribué à sa création, indépendamment de toute appréciation portée sur son originalité ou celle de sa part contributive ».

La solution est subtile. Aussi, la première question à se poser à ce titre est celle de savoir s'il est vraiment possible de distinguer, comme le jugement le suggère, entre ces deux appréciations, d'autant que l'argumentation de la SACEM et de ses adversaires, telle qu'elle est présentée dans le jugement, ne semblait pas reposer nettement sur une telle dichotomie.

D'un point de vue théorique, on est tenté de l'admettre. Par exemple, avant de vérifier si la conception de l'« argument » d'un ballet (une sorte d'intrigue, de trame narrative) est une contribution à la forme originale dudit ballet, encore faut-il qu'il soit établi qu'un tel « argument » a été conçu par son prétendu créateur. **Sans doute convient-il donc de s'intéresser à la preuve de l'existence matérielle d'une contribution avant de se prononcer sur son éventuelle originalité.**

Cela étant, le jugement, s'il écarte une appréciation par l'OGC de l'originalité de l'œuvre ou d'une contribution à celle-ci, ne précise pas très nettement que l'OGC ne pourrait pas apprécier en outre l'existence d'une *communauté d'inspiration ou de but*, critère de l'œuvre de collaboration distinct de l'existence d'un apport original de chaque collaborateur. Dès l'instant que, de ce critère, dépend la reconnaissance d'une œuvre de collaboration et, partant, des droits d'auteur à son égard, s'impose selon nous le même raisonnement que pour l'examen de l'originalité de l'œuvre et de ses contributions. Au demeurant, le tribunal n'a pas ménagé ses efforts d'analyse pour faire apparaître que la SACEM, aux termes de sa lettre en date du 9 mai 2016 communiquant le refus de modification du bulletin de déclaration du *Bolero*, ne se serait pas fondée sur l'absence de toute communauté d'inspiration, mais sur un seul motif, « *ayant traité à l'absence de démonstration de la qualité de rédacteur de l'argument d'Alexandre*

2024, comm. 3, P. Kamina ; *Resp. civ. et assur.* 2024, comm. 16, L. Bloch : après avoir rappelé les termes de l'article 2224 du Code civil, la Cour régulatrice rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant à bon droit « énoncé que la prescription des actions civiles en contrefaçon de droit d'auteur est soumise à ces dispositions ». *Mutatis mutandis*, la même solution peut s'appliquer à une action en responsabilité contre l'OGC. Selon nous, cela ne devrait pas, en cas de réitération d'un comportement portant atteinte au droit d'auteur, interdire une nouvelle action – même si l'on ne peut ici discuter plus amplement de la question délicate du point de départ de la prescription, notamment lorsque la contrefaçon est caractérisée à un instant donné mais se prolonge. Il est certain qu'une difficulté importante apparaît si l'on considère que le point de départ de l'action devrait être fixé au jour où le prétendu coauteur de l'œuvre de collaboration pouvait connaître la méconnaissance de son droit d'auteur, par exemple dès la première exploitation faite sans son consentement. La jurisprudence récente de la Cour de cassation sur le point de départ de l'action en contrefaçon de droit d'auteur peut être critiquée. En outre, le droit moral ne peut en lui-même être soumis à la prescription.

Benois ». De même, pour écarter ensuite « *une faute dans l'appréciation des pièces soumises à la SACEM pour justifier de la qualité d'auteur d'Alexandre Benois* », le jugement se fonde sur la carence probatoire de sa succession concernant la prétendue conception d'un « argument » ou une quelconque participation à la composition musicale du chef-d'œuvre, et non pas directement sur l'absence d'inspiration commune.

Plus généralement, le jugement n'affirme pas non plus très nettement que l'OGC ne pourrait pas apprécier l'existence d'une œuvre de collaboration. Bien entendu, l'analyse du tribunal devrait être comprise en ce sens, dès lors que l'un des critères de qualification de cette œuvre plurale tient à une participation de chaque contributeur *en tant qu'auteur*, et donc à l'existence d'une contribution originale de chacun des coauteurs. L'OGC ne peut à tout le moins statuer sur l'originalité de telle ou telle contribution lorsque, comme le jugement l'a estimé pour la SACEM, selon son règlement général, ladite originalité est présumée dans ses rapports avec ses adhérents.

Cela étant, **si l'on estime que l'OGC n'a pas le pouvoir de dire que l'œuvre à elle soumise est ou non une œuvre de collaboration, il n'est pas aisé de dire qu'une œuvre est plurale sans apprécier les conditions de sa création.** Par exemple, peut-on vraiment dire si l'œuvre est un ballet ou, au contraire, seulement une composition musicale, et ce qu'est un ballet – donc dire par exemple qu'il s'agirait seulement de la musique et de son éventuel « argument », mais pas d'autre chose (les décors, la mise en scène, etc.), sans se prononcer sur l'existence ou non d'une œuvre de collaboration ? Est-il possible et légitime, en droit, de définir ce que serait un ballet et de dire si l'on est en présence d'un ballet ou d'une musique préexistante qu'on y a intégrée, sans examiner les critères de l'œuvre de collaboration et la distinguer de l'œuvre composite ? Peut-on catégoriser des œuvres et préalablement définir quel type de contribution on devrait prendre en compte ? Il faut rappeler ici la règle de l'indifférence du genre ou de la forme d'expression²⁷⁷.

On sait en outre que les OGC ont leurs propres « domaines d'intervention ». On conçoit que, par exemple, l'exploitation du spectacle que constitue le ballet relève de l'un, la diffusion de la musique, d'un autre²⁷⁸. Cela étant, qu'est-ce qui justifierait qu'un OGC puisse, pour apprécier l'existence d'une contribution à une œuvre de collaboration, postuler qu'il devrait nécessairement s'agir d'une contribution à l'élément dont elle assure la gestion, par exemple la *musique* du ballet, et non à un tout qui l'inclurait, par exemple à un ballet pris dans son ensemble ? La délimitation du domaine d'intervention de l'OGC justifie-t-elle en elle-même un pouvoir de définir l'œuvre à laquelle il faut avoir contribué ou la nature de la contribution qui peut être prise en compte ?

L'hésitation reste donc permise sur la possibilité de dissocier ainsi deux types d'analyse, d'autant plus au vu des difficultés pratiques que cela peut engendrer.

²⁷⁷ Cf. art. L. 112-1 du CPI.

²⁷⁸ Le jugement relève par exemple que si Bronislava Nijinska était reconnue comme chorégraphe du ballet par la SACD, elle n'était pas adhérente de la SACEM.

D'un point de vue pratique, il faut noter que la distinction retenue par le tribunal contraint à une grande rigueur dans l'analyse que l'OGC serait en droit d'effectuer.

Si le pouvoir de l'OGC doit être cantonné, il faut vérifier que l'analyse de l'OGC a été conduite dans le cadre de son pouvoir. D'abord, il faudrait nettement **circonscrire le(s) motif(s) du refus de l'OGC**. En effet, si l'OGC n'est pas en droit d'apprécier l'existence d'une œuvre de collaboration originale et l'originalité de telle ou telle contribution, encore faut-il, si l'on veut apprécier un « excès de pouvoir » de l'OGC dans une situation donnée, savoir ce qui a déterminé son refus et s'il ne s'est donc pas fondé sur une appréciation de l'existence de droits d'auteur au profit de celui qui entend les faire valoir – outrepassant alors son pouvoir. Ensuite, il faudrait bien déterminer **de quelle œuvre on fait l'analyse**. Pour savoir si le déclarant a contribué à une œuvre susceptible d'être dite de collaboration, il faut en effet bien savoir de quelle œuvre il s'agirait. Il n'y a de possible *contribution* à un *ballet* que si l'on a préalablement considéré qu'existe bien un *ballet*, œuvre formant un tout composé de plusieurs éléments, et non une simple composition musicale. Faut-il faire partir l'analyse de la déclaration initiale ou modificative effectuée auprès de l'OGC ? S'il y a déclaration en tant qu'œuvre plurale, l'OGC doit nécessairement se prononcer sur l'existence de cette œuvre plurale avant que d'y déceler une contribution. Enfin, il faudrait également bien déterminer **de quelle(s) contribution(s) on fait l'analyse**. À cet égard, l'OGC ne devrait pas pouvoir se limiter aux éléments qu'il lui plairait d'invoquer, pas plus que le juge ne pourrait le faire pour apprécier le prétendu excès de pouvoir. Le déclarant peut très bien invoquer plusieurs contributions de son fait. De plus, si l'OGC n'a pas le pouvoir d'apprécier l'originalité ni la qualité d'auteur, c'est que son rôle ne peut que tenir à la vérification de l'existence d'une intervention, *de quelque nature qu'elle soit*. Il s'agirait seulement de déceler ou non une participation de la personne, qu'elle soit créatrice ou par exemple simple exécutante, prestataire technique. En effet, s'il s'agissait de vérifier que la personne mentionnée comme contributeur a participé à la *création* de l'œuvre en elle-même, c'est nécessairement apprécier sa qualité d'auteur, le coauteur étant celui qui fait un apport créatif.

À cet égard, la motivation du jugement révèle les difficultés pratiques d'analyses dissociées.

S'agissant des motifs de refus, l'analyse du tribunal procède tout de même d'un certain exercice d'équilibrisme, car la lettre de refus susmentionnée, émise par la SACEM, faisait bien état de deux motifs, l'un tiré de l'absence de preuve de la rédaction d'un « argument », l'autre de l'absence de communauté d'inspiration. Pour s'en tenir à sa logique, le tribunal, considérant que la SACEM n'avait pas excédé ses pouvoirs en statuant sur la qualité de coauteur, souligne que le seul motif réel du refus tenait à cette absence de preuve de la rédaction d'un argument. Le point est d'ordre purement factuel – et l'appréciation des juges, souveraine, dès lors qu'il ne semble pas que ladite lettre serait un acte clair ayant été dénaturé –, mais il y a matière à discussion et l'on peut ne pas être pleinement convaincu en l'absence d'une connaissance exacte des termes de ce courrier, dont la teneur n'est pas reproduite *expressis verbis* : dès lors que le courrier révèle que l'absence de communauté d'inspiration a bien été prise en compte, on aurait peut-être pu l'interpréter comme révélant une appréciation portée

par la SACEM sur l'existence des droits d'auteur de Benois. **À tout le moins faut-il recommander à l'OGC refusant d'inscrire un contributeur de veiller à ne faire état que de circonstances relatives à l'absence de preuve d'une exécution matérielle de la création.**

S'agissant de l'œuvre concernée et de ses contributions, l'analyse doit sur ce point être aussi prudente, dès lors que le jugement ne reproduit pas les termes de la déclaration effectuée par la succession Benois auprès de la SACEM. Il est néanmoins permis de s'étonner que, sans plus d'explications, le jugement examine, pour apprécier l'excès de pouvoir de la SACEM, le seul motif mentionné dans la lettre émise par elle, tenant à l'absence de preuve de la rédaction d'un « argument » du ballet, de même que, pour statuer sur une erreur d'appréciation de l'OGC, le tribunal se limite à l'analyse de l'argument et de la composition musicale, alors qu'au stade de l'appréciation d'une œuvre de collaboration, le tribunal examine non seulement l'argument, mais encore la création des décors et costumes et la scénographie du ballet – excluant à ce titre la communauté d'inspiration.

En effet, après avoir fixé les limites du pouvoir reconnu à la SACEM et écarté un excès de pouvoir de celle-ci, le tribunal se livre d'abord à un examen d'une « *faute dans l'appréciation des pièces soumises à la SACEM pour justifier de la qualité d'auteur d'Alexandre Benois* ». Sur ce point, le jugement énonce qu'aucun élément ne devait convaincre la SACEM que Benois avait la qualité de coauteur, laquelle supposait « *qu'il devait avoir conçu un argument pour le Bolero, dont l'existence n'était nullement démontrée, ou à tout le moins, avoir d'une quelconque manière contribué, même intellectuellement seulement, par l'inspiration qui pouvait être la sienne, à la composition musicale de Maurice Ravel, telle qu'enregistrée* ». **Le jugement n'explique pas nettement pourquoi, pour apprécier l'existence d'une contribution de Benois sans préjuger de son originalité, on pouvait se limiter à relever l'absence de preuve de rédaction d'un argument ou d'intervention dans la composition de la musique.** Si l'on devait envisager le *ballet* et ne s'intéresser qu'à la preuve d'une *participation à ce dernier*, sans appréciation de son originalité, on pouvait peut-être prendre en compte la réalisation de décors, de costumes, ou encore une prétendue mise en scène. Lorsque le tribunal entend statuer sur la qualification d'œuvre de collaboration, il rappelle au demeurant « *que le ballet Bolero existe par la réunion de contributions de genres différents, celle de Maurice Ravel pour la composition musicale, celle de Bronislava Nijinska pour la chorégraphie, et celle d'Alexandre Benois pour les décors et costumes, ce qui n'est pas contesté par la SACEM, qui reconnaît à Alexandre Benois cette contribution, dont il a d'ailleurs été crédité lors de la divulgation de l'œuvre, sur l'affiche et le programme de la soirée du 22 novembre 1928* » et que « *le caractère original des costumes et décors en cause ne fait l'objet d'aucun débat* ». Si l'on comprend bien, la SACEM, pour apprécier les pièces justifiant de la qualité d'auteur de Benois, pouvait donc décider qu'il fallait apprécier l'existence d'une contribution de Benois, non pas à un ballet, mais à la musique prise isolément – ce qui était peut-être justifié au regard des propres éléments invoqués par sa succession auprès de l'OGC, sans que le jugement le précise nettement. N'était-ce pas là présupposer que le *Bolero* était une œuvre composite, et non pas une œuvre de collaboration – donc porter une appréciation sur l'existence, ou non, d'une œuvre de

collaboration ? L'on peut avoir quelque peine à comprendre la dissociation des analyses faites par le tribunal.

C/ Sur les fondements et limites du pouvoir d'appréciation d'un OGC quant à l'existence et la titularité de droits d'auteur sur une œuvre

La question de l'existence, ou non, d'un pouvoir d'appréciation de l'OGC, est aussi et peut-être surtout celle des fondements d'un tel pouvoir – et, partant, des limites qu'ils induiraient.

Selon ce qu'en dit le jugement, l'argumentation de la SACEM semblait plutôt être en faveur d'un pouvoir de l'OGC d'apprécier l'existence d'une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur et la qualité d'auteur, sans limitation à la simple existence matérielle d'une participation du contributeur déclaré, tandis que ses adversaires faisaient valoir l'absence de tout pouvoir dudit OGC.

On peut, d'après ce que suggèrent tant le jugement que les argumentations des parties, **distinguer trois approches, qui peuvent dans une certaine mesure ne pas s'exclure mutuellement mais être complémentaires.**

La première est extérieure aux caractéristiques de la gestion collective, et tient à la considération que l'existence d'une œuvre de l'esprit et la qualité d'auteur sont d'ordre public²⁷⁹. Le jugement relève en ce que sens que « *l'originalité, qui constitue une condition de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, est un concept d'ordre public qui échappe à la volonté individuelle des parties, ainsi qu'aux classifications opérées par les organismes de gestion collective, lesquelles n'ont d'incidence que sur la perception et la répartition des droits, seul le juge étant compétent pour apprécier l'originalité d'une œuvre* ».

Les deux autres approches sont quant à elles fondées sur les caractéristiques propres de la gestion collective. On propose, pour être simple, de distinguer une approche contractuelle et institutionnelle de la gestion collective, la première reposant sur la considération de ce que les statuts de l'OGC prévoient, l'autre de ce que les dispositions légales et réglementaires prévoient à leur endroit.

On peut ici montrer que, là encore, il n'est pas évident de tracer une voie médiane et de délimiter les pouvoirs de l'OGC en excluant une appréciation de l'originalité de l'œuvre ou d'une contribution de leur part.

1/ Sur une approche externe à la gestion collective

La succession Benois faisait valoir, pour reprocher à la SACEM, un excès de pouvoir, que la qualité d'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi – ce dont il faudrait déduire, selon les héritiers du scénographe, que l'OGC n'avait donc aucun pouvoir d'appréciation à cet égard.

²⁷⁹ L'appréciation portée par la SACEM ne lie pas le juge qui demeure, seul, chargé de se prononcer sur l'originalité d'une œuvre, car ce point « *relève exclusivement de la loi* » (cf. p. ex. Cass. Civ. 1^{re}, 15 oct. 2014, n° 10-12.065 ; *RTD com.* 2014. 804, obs. F. Pollaud-Dulian).

L'argument ne saurait convaincre, et même si, comme le souligne le jugement, **il est certain que la qualité d'auteur peut être dite d'ordre public.**

S'il revient au juge de trancher la difficulté lorsqu'une personne se revendique auteur dans un procès contre un cocontractant ou un tiers, par exemple dans le contexte d'une action en contrefaçon, on ne peut nier absolument toute liberté contractuelle, en l'absence de tout titre de protection tel le brevet d'invention. En effet, **au moment de conclure un contrat, les parties doivent bien s'entendre sur l'existence, ou non, d'une œuvre, la qualité d'auteur de celui qui l'a conçue et/ou réalisée, et, partant, l'existence de droits d'auteur, tant qu'une décision de justice ne l'a pas écartée dans leurs rapports.** Lorsqu'un auteur et un éditeur concluent un contrat d'édition, ils postulent qu'il existe une œuvre de l'esprit couverte par le droit d'auteur, alors qu'aucun titre de protection ne l'atteste – ce qui revient bien, à ce stade, à porter une appréciation sur l'existence d'une œuvre originale. On ne saurait exclure qu'ils s'entendent pour retenir l'existence d'un objet de droit d'auteur, sous prétexte qu'un juge pourrait, en cas de contentieux, écarter l'originalité de l'œuvre concernée. Aussi bien, même si l'appréciation portée par un juge s'impose sur celle des parties au contrat, cela ne signifie pas que les parties n'auraient aucun pouvoir d'appréciation, dans leurs rapports respectifs, tant qu'un juge n'a pas statué.

Même si la qualité d'auteur est d'ordre public, il n'en résulte donc pas nécessairement, selon nous et contrairement à ce que le jugement affirme de la sorte, que la SACEM n'aurait pas le pouvoir de porter une appréciation sur l'originalité des œuvres ou des contributions à une œuvre de collaboration qui lui sont déclarées en l'absence de toute décision judiciaire sur ce point.

Plus précisément, il nous semble que **l'approche ne permet en elle-même de fonder ni l'existence, ni les limites du pouvoir d'appréciation de l'OGC.** En réalité, la question nous semble dépendre de l'approche contractuelle ou institutionnelle que l'on peut adopter – et d'ailleurs, le jugement ajoute à sa considération première celle selon laquelle « *l'originalité est en définitive présumée dans les rapports entre la SACEM et ses membres, en vertu de l'article 38 de son règlement général* ».

2/ Sur la combinaison d'une approche contractualiste et institutionnaliste de la gestion collective

Le rapport entre un OGC et son adhérent est essentiellement de nature contractuelle²⁸⁰. Un OGC est une personne morale de droit privé, bien que souvent à but non lucratif²⁸¹, et l'adhésion de l'auteur, lorsque la gestion collective n'est pas imposée par la loi mais facultative, est laissée à la liberté de l'auteur²⁸².

²⁸⁰ Cf. sur ce point, not., art. L. 321-1 du CPI.

²⁸¹ Cf. le texte préc., qui dispose cependant que les OGC doivent *soit* être contrôlés par leurs membres titulaires de droits, *soit* être à but non lucratif.

²⁸² La gestion collective, lorsqu'elle n'est pas imposée par les textes, par exemple en présence d'une licence légale, reste une simple faculté pour l'auteur, qui peut préférer une gestion individuelle.

L'auteur adhérent, qui devient par exemple associé d'une société civile, doit respecter les statuts de l'OGC, de même que d'autres actes, tel le règlement général adopté selon les prévisions statutaires. Le jugement a relevé en ce sens, pour considérer que la SACEM avait le pouvoir de contrôler si le déclarant est bien le créateur de l'œuvre déclarée ou s'il a contribué à sa création, qu'il « *est prévu par le règlement général de la SACEM, en particulier par ses articles 29 et 39 (...), d'une part, que lors de la déclaration des œuvres, chaque membre est tenu de fournir dans l'hypothèse où la SACEM en ferait la demande, tous documents prouvant sa qualité de créateur, d'éditeur ou d'ayant droit, et d'autre part, que toute déclaration modifiant une précédente déclaration devra nécessairement être soumise au Conseil d'administration de la SACEM, autrement dit à son contrôle, lequel est susceptible de porter notamment sur les justificatifs apportés portant sur la qualité de créateur, d'éditeur ou d'ayant droit du déclarant* ».

Cocontractant des auteurs (notamment), l'OGC n'est cependant pas un cocontractant comme les autres. On peut, selon une conception « institutionnaliste » de la gestion collective, relever que l'organisation et le fonctionnement de celle-ci sont encadrés par la loi, dès lors que cette gestion est d'essence « fiduciaire »²⁸³ – l'organisme ne l'assumant pas dans son intérêt propre mais dans l'intérêt de ses membres – et même si elle n'est pas regardée comme assurée dans l'intérêt général pour ce qui concerne la gestion proprement dite²⁸⁴. Par exemple, l'article L. 322-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que les OGC sont tenus d'accepter la gestion des droits dès lors que cette gestion relève de leur domaine d'activité, et les textes visent à protéger les adhérents et à prévoir une organisation et un fonctionnement garantissant ce respect des intérêts collectifs des titulaires de droits. **Cela étant, nul texte ne dispose nettement qu'un OGC a le pouvoir, sinon le devoir, de contrôler l'existence effective de droits d'auteur sur l'objet de la déclaration faite par l'adhérent.** Si, aux termes de l'article L. 321-1, I, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle les OGC « *agissent au mieux des intérêts des titulaires de droits qu'ils représentent et ne peuvent leur imposer des obligations qui ne sont pas objectivement nécessaires pour protéger leurs droits et leurs intérêts ou pour assurer une gestion efficace de leurs droits* », ce texte n'offre qu'un bien fragile fondement de l'une ou l'autre thèse – existence ou absence d'un pouvoir d'appréciation de l'existence des droits d'auteur, ou, plus simplement, de l'existence matérielle d'une contribution : on pourrait soutenir à partir de sa lettre qu'un contrôle serait dans l'intérêt de l'ensemble des titulaires de droits, ou au contraire qu'il mettrait à la charge de l'adhérent une obligation (celle de justification de sa qualité d'auteur) qui n'est pas objectivement nécessaire pour protéger ses droits.

Par ailleurs, et même si le jugement fait leur analyse à un autre titre, les articles L. 322-3 et L. 322-4 du Code de la propriété intellectuelle n'offrent pas plus de fondement. Le premier dispose notamment que l'autorisation de gestion des droits par l'OGC porte, au choix du titulaire, sur tout ou partie des droits, catégories de droits,

²⁸³ Cf. not. A. Lucas et a., *op. cit.*, n° 1049 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1663.

²⁸⁴ Cf. en ce sens F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1623. Au-delà de la gestion proprement dite, l'art. L. 321-1, II, du CPI, prévoit néanmoins que les OGC « *peuvent mener des actions de promotion de la culture et fournir des services sociaux, culturels et éducatifs dans l'intérêt des titulaires de droits qu'ils représentent et du public* ».

types d'œuvres ou autres objets protégés et territoires définis par les statuts ou le règlement général de l'organisme, le second que les OGC sont tenus d'accepter la gestion des droits dans ces conditions dès lors que cette gestion relève de leur domaine d'activité, les conditions qu'ils fixent devant reposer « *sur des critères publics, objectifs, transparents et non discriminatoires* ». Comme le souligne le tribunal, ces dispositions, qui transposent l'article 6 de la directive 2014/26 du 26 février 2014, ne concernent que l'affiliation, c'est-à-dire l'adhésion, et non l'inscription de telle ou telle œuvre de l'adhérent au répertoire ou la mention de tel ou tel de ses auteurs²⁸⁵.

Le rôle que peut jouer la prévision contractuelle du pouvoir de l'OGC dépend en tout cas du point de savoir s'il faut s'en tenir à une approche contractualiste ou, au contraire, institutionnaliste, ou encore si la première de ces approches n'est que complémentaire à la seconde²⁸⁶. Si l'on estime que les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la gestion collective fondent le pouvoir d'appréciation des OGC, voire lui imposent un devoir, ce que dit le contrat peut être regardé comme indifférent : pas plus qu'il ne pourrait conférer un pouvoir dont la loi priverait tout OGC, il ne pourrait lui retirer un pouvoir que la loi lui imposerait d'exercer. **Pour être mise en œuvre de façon simplement complémentaire, l'approche contractualiste suppose que la loi n'impose pas, pas plus qu'elle n'interdit le contrôle, mais admet seulement l'existence d'une faculté pour l'OGC. La prévision contractuelle du pouvoir de l'OGC apparaît alors comme une condition non suffisante, mais nécessaire.**

À cet égard, l'analyse faite par le tribunal interroge à nouveau. Le jugement relève que « *l'admission sans aucun contrôle de toute déclaration modifiant une précédente déclaration, y compris lorsqu'elle porterait adjonction d'un nouveau collaborateur qui n'aurait à l'évidence nullement contribué à la création de l'œuvre, nuirait gravement à la gestion des droits tant dans la relation avec les tiers que dans les répartitions au bénéfice des sociétaires en violation de l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle* ». Le jugement donne ainsi à penser que la prévision contractuelle des pouvoirs de l'OGC ne suffirait pas, mais que les règles de la gestion collective justifieraient un contrôle restreint aux déclarations modificatives, non applicable aux déclarations initiales, et exclusif de toute appréciation de l'originalité de l'œuvre ou d'une contribution.

Deux observations s'imposent néanmoins. D'abord, si l'absence de tout contrôle nuit gravement à la gestion des droits, on peine à comprendre, en première approche, pourquoi ce contrôle ne serait pas un devoir, mais seulement un pouvoir de l'OGC. Ensuite, on peine tout autant à comprendre, en première approche là encore, pourquoi l'OGC n'aurait alors pas le pouvoir (et même le devoir, donc) de contrôler l'originalité et, plus généralement, l'existence des droits d'auteur – en vérifiant ainsi l'existence d'une œuvre protégeable comme la qualité d'auteur du déclarant ou des déclarants. Qu'il s'agisse d'une déclaration initiale ou modificative, l'adjonction d'une personne

²⁸⁵ Même si l'on peut se demander toutefois si une question préjudicielle ne pouvait pas être posée à cet égard, en l'absence d'arrêt de la CJUE déjà rendu sur ce point.

²⁸⁶ La succession Benois avait fait valoir, pour dénier tout pouvoir à la SACEM, le fait qu'elle serait liée à son adhérent par un contrat de société. Le jugement ne s'explique pas sur ce point, mais en tout état de cause, la qualification ne nous semble pas exclure que l'OGC se réserve un pouvoir selon ce que dictent ses statuts ou son règlement général.

qui n'est pas véritable coauteur de l'œuvre conduit à le faire passer pour auteur alors qu'il ne l'est pas. De même, l'inscription au répertoire de l'OGC d'une œuvre non originale et donc, non protégeable, peut conduire à solliciter des tiers le versement de redevances indues et à fausser les répartitions au bénéfice des sociétaires (percevant moins que ce qu'ils auraient pu toucher si un autre ayant droit ne s'était pas ajouté indûment à l'ensemble des sociétaires).

À dire vrai, **l'article L. 321-1 du Code de la propriété intellectuelle ne nous semble cependant ni bannir tout pouvoir d'appréciation d'un OGC, ni en faire un devoir.** L'OGC, dans ses rapports avec les *utilisateurs*, peut négocier une rémunération forfaitaire au titre de l'exploitation de l'ensemble de son répertoire, mais répartit ensuite les fonds entre les adhérents à proportion de l'utilisation effective de leurs œuvres. S'il peut être dans l'intérêt de l'ensemble des sociétaires que la répartition ne soit pas faite au profit de certains qui ne seraient pas les véritables auteurs des œuvres exploitées, il est aussi de leur intérêt que l'OGC ne supporte pas les coûts exorbitants d'un contrôle systématique de toutes les déclarations, d'autant que ce que tel ou tel sociétaire peut espérer percevoir dépend plus de la proportion de l'exploitation de ses œuvres que de la taille du répertoire et du nombre global d'adhérents. Quant aux tiers, ils bénéficient quoi qu'il en soit d'un accès au répertoire, et il importerait donc assez peu que ce dernier intègre aux côtés d'innombrables œuvres protégées certaines œuvres jugées après coup non protégeables ; la répartition des fonds entre les ayants droit leur est par ailleurs indifférente. On peut ainsi surtout penser que si les textes relatifs à la gestion collective méritent d'être considérés, c'est en tant qu'ils n'interdisent pas à un OGC de s'arroger contractuellement un pouvoir d'appréciation, lequel pourrait alors être étendu, selon les stipulations applicables, aussi bien à la vérification de l'existence matérielle d'une contribution qu'à une analyse de l'originalité de l'œuvre. En d'autres termes, **la dimension institutionnelle de la gestion collective nous semble surtout justifier la possibilité d'un aménagement contractuel du pouvoir d'appréciation que peut exercer l'OGC, et non l'imposer ou l'interdire purement et simplement.**

Ce faisant, il faut être particulièrement attentif à la rédaction des statuts et autres règles internes de l'OGC, son pouvoir d'appréciation ne pouvant exister en l'absence de toute prévision. Le tribunal a notamment relevé, de façon très judicieuse, que l'article 38 du règlement général de la SACEM, prévoyant qu'elle décline toute responsabilité quant aux énonciations portées par les déclarants au sujet de l'originalité de l'œuvre déclarée et de ses droits sur celle-ci, *« n'a pas pour effet de lui dénier tout pouvoir d'appréciation de la réalité de la contribution invoquée à l'œuvre déclarée, mais s'analyse seulement en une clause exonératoire de responsabilité justifiée d'une part, par l'absence de tout pouvoir de la SACEM de contrôler l'originalité des œuvres qui lui sont déclarées, et d'autre part, par son impossibilité matérielle de vérifier la réalité des contributions de chaque déclarant et de ses droits sur lesdites œuvres »*. Le jugement relève encore, on l'a déjà rappelé, que l'originalité d'une œuvre ou d'une contribution est en fait *« présumée dans les rapports entre la SACEM et ses membres »*, en vertu dudit article 38 de son règlement général. C'est dire que, si la SACEM a le pouvoir de contrôler, non l'originalité, mais l'existence d'une contribution à la création, une telle solution nous apparaît dictée par les dispositions internes à

l'OGC plutôt que par les dispositions législatives et réglementaires relatives à la gestion collective.

La dimension institutionnelle de la gestion collective pourrait néanmoins, en contrepoint, permettre de circonscrire les possibilités d'aménagement contractuel du pouvoir d'appréciation. Même si les articles L. 322-3 et L. 322-4 du Code de la propriété intellectuelle ne concernent pas l'examen des déclarations faites de leurs œuvres par les adhérents, on ne conçoit pas que le pouvoir que l'OGC se reconnaît soit exercé arbitrairement, de façon discriminatoire, sans objectivité et sans aucune transparence. **L'article L. 321-1 du même Code, en ce qu'il prévoit que les OGC ne peuvent imposer à leurs adhérents « des obligations qui ne sont pas objectivement nécessaires pour protéger leurs droits et leurs intérêts ou pour assurer une gestion efficace de leurs droits », pourrait aussi et à tout le moins exclure qu'un OGC sollicite d'autres justifications que celles se rapportant à l'existence, objectivement appréciable, de la réalité d'une contribution et, le cas échéant, de l'existence de droits d'auteur.**

D/ Sur l'existence d'une obligation de vérification à la charge de l'OGC

La SACEM apparaît, selon ce qu'en dit le jugement, avoir soutenu qu'elle avait le pouvoir, mais même aussi le devoir, d'examiner les éléments produits à l'appui d'une demande de modification d'une déclaration d'œuvre auprès d'elle. Pente glissante, dès lors que l'OGC s'exposerait alors à engager sa responsabilité pour s'être abstenue de remplir son office.

On l'a vu, le jugement semble distinguer entre le contrôle des déclarations initiales et celui des déclarations modificatives, dont il serait justifié qu'il soit systématique, à tout le moins selon les prévisions contractuelles entre l'OGC et ses adhérents.

D'un point de vue pratique, et eu égard au nombre particulièrement élevé d'œuvres dont l'exploitation peut être confiée à un même OGC, il n'est sans doute pas réaliste d'exiger de ce dernier un contrôle systématique de l'existence des droits d'auteur de l'adhérent sur l'œuvre qu'il veut faire inscrire au répertoire. Ainsi qu'on l'a souligné, d'un point de vue théorique, la prise en compte des intérêts de l'ensemble des sociétaires et des tiers, mis en perspective avec ceux de l'adhérent concerné, justifie sans doute que, selon l'approche institutionnelle de la gestion collective, l'OGC se voit reconnaître la faculté de se ménager un pouvoir d'appréciation, et non imposer un devoir.

Il ne reste alors, dans cette perspective, qu'à examiner attentivement le sens des dispositions contractuelles relatives à ce pouvoir d'appréciation. Comme le tribunal l'a relevé, l'article 29 du règlement général de la SACEM prévoit que chaque membre est tenu de fournir *le cas échéant, à la demande de l'OGC*, tous documents prouvant sa qualité de créateur, d'éditeur ou d'ayant droit. Il n'est pas question d'imposer à un OGC un contrôle systématique de toutes les déclarations initiales s'il ne s'est pas engagé à l'accomplir.

Quant au contrôle des déclarations modificatives, le jugement est en revanche moins net – ce que l'on peut tout à fait comprendre, puisque la question posée au tribunal était plutôt de savoir si la SACEM disposait ou non d'un *pouvoir* d'appréciation, et non d'un *devoir*. Si l'article 39 du règlement général précité prévoit que toute déclaration modificative doit être soumise au conseil d'administration de l'OGC, rien n'est dit nettement d'une obligation de vérification de la part de cet organe. En revanche, et au minimum, on ne voit pas ce qui pourrait justifier un examen effectué par le conseil d'administration et, plus encore, un refus, s'il n'y a pas examen des pièces justificatives de la modification sollicitée.

E/ Sur la responsabilité de l'OGC et la possibilité de lui faire injonction d'assurer la gestion des droits d'auteur

L'on peut encore s'interroger, enfin, sur les conséquences de l'existence, ou non, d'un pouvoir de l'OGC, notamment s'agissant de sa responsabilité et de l'injonction qui peut lui être faite, par le juge, d'assurer la gestion collective²⁸⁷.

1/ Sur la responsabilité de l'OGC

Le jugement évoque les « *demandes résultant de la reconnaissance de la qualité de coauteur* », et les rejette après avoir fait une « *appréciation de la qualité d'auteur* » du prétendu scénographe du Bolero et, à ce titre, écarté sa qualité de coauteur d'une œuvre de collaboration. Ce qui pourrait laisser penser, en première approche, que s'il y avait au contraire eu reconnaissance d'une œuvre de collaboration, la SACEM eût pu être responsable. Rien n'est moins certain.

La qualification d'œuvre dépend de la loi, on l'a rappelé. Si cette considération ne justifie pas, selon nous, de priver dans l'absolu un OGC de tout pouvoir d'appréciation de l'originalité d'une œuvre ou d'une contribution à une création plurale, **nul – et pas plus l'OGC que toute autre personne – ne peut être certain, tant que le juge ne l'a pas dit dans le rapport concerné, que l'on est en présence d'une œuvre protégée par le droit d'auteur.**

Si l'œuvre concernée est finalement jugée non protégeable, ou une personne revendiquant être auteur ne pas l'être en réalité, il est douteux que l'OGC puisse être jugé responsable, quand bien même il aurait excédé ses pouvoirs de contrôle dans l'attente d'une décision judiciaire. Il faut en effet, non pas seulement analyser une éventuelle faute, mais aussi le préjudice et le rôle causal qu'aurait pu jouer la faute reprochée. L'absence de perception de redevances d'exploitation, dans le passé comme pour l'avenir, n'a-t-il pas pour seule cause l'absence de droits d'auteur au profit du demandeur ? Le préjudice qu'il invoquerait ne semble pas être ici causé par un excès de pouvoir de l'OGC.

²⁸⁷ Pour les besoins du raisonnement, l'on postule ici l'existence d'un pouvoir de l'OGC, selon les prévisions de ses statuts ou de son règlement général et de ce qui y est prévu. L'on peut partir notamment de l'hypothèse retenue par le jugement, retenant l'existence d'un pouvoir de la SACEM de contrôler l'existence d'une contribution, mais non son originalité.

Par ailleurs, aucune faute ne peut être imputée à l'OGC au titre d'une mauvaise appréciation, si l'analyse effectuée par ledit OGC s'est révélée exacte. À ce titre, l'on se demande si, finalement, le tribunal n'aurait pu, dans l'affaire commentée, faire l'économie d'un raisonnement sur un prétendu excès de pouvoir, dès l'instant qu'il excluait l'existence d'un droit d'auteur d'Alexandre Benois sur le *Bolero*.²⁸⁸

La situation est plus complexe si l'existence de droits d'auteur au profit de l'adhérent est finalement reconnue judiciairement, contrairement à l'appréciation portée par l'OGC.

S'il s'agit de reprocher à l'OGC une *exploitation non autorisée* par le coauteur indûment « écarté », le régime de l'action en contrefaçon apparaît applicable, nonobstant le rapport contractuel qui peut exister entre l'OGC et son adhérent.

S'il s'agit de stigmatiser un *refus d'exploitation* d'une œuvre que l'OGC aurait indûment regardée comme tombée dans le domaine public – comme les demanderesses le soutenaient dans la présente affaire – ou comme non protégeable, il n'est néanmoins pas question de contrefaçon, puisque, précisément, l'OGC a refusé alors d'exploiter l'œuvre en cause, bien qu'elle ait finalement été jugée (encore) protégée. **C'est donc sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de l'OGC que la question mérite d'être examinée.** Il s'agirait par exemple d'un manquement aux obligations nées du contrat liant l'OGC à son adhérent (sachant que le tiers pourrait l'invoquer comme fait générateur de responsabilité délictuelle s'il lui a causé un dommage²⁸⁹) ou aux obligations légales faites à l'OGC, selon ce que l'on estime imposé ou autorisé par la loi²⁹⁰.

On peut imaginer d'abord que l'adhérent ou sa succession reproche à l'OGC un manquement tenant à l'existence du pouvoir ou à son exercice. Si l'OGC effectue une appréciation de l'existence d'une contribution, voire de l'originalité ou de la qualité de coauteur, alors qu'il n'en a pas le pouvoir, selon ce que disent ses statuts ou son règlement général par exemple, on pourrait peut-être utilement lui reprocher un excès de pouvoir s'il s'avère *in fine* que l'œuvre était protégeable et que l'adhérent en était l'un des auteurs. C'est en ce sens que les sociétés cessionnaires de droits sur le *Bolero*, pris comme ballet, faisaient valoir l'absence de pouvoir de la SACEM en stigmatisant l'absence de dispositions statutaires qui autoriseraient le moindre contrôle – argumentation écartée par le tribunal, comme

²⁸⁸ En toute hypothèse, l'inverse ne serait pas vrai : en supposant même un manquement de la SACEM à des obligations contractuelles ou légales, il faudrait que l'existence du droit d'auteur soit établie. L'on comprend ainsi pourquoi les demanderesses, dans l'affaire commentée, s'attachaient à faire valoir à la fois les prétendus manquements de la SACEM et l'existence d'une œuvre de collaboration dont Benois et Nijinska seraient des coauteurs aux côtés de Ravel.

²⁸⁹ On peut rappeler brièvement ici que la Cour de cassation juge que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » (Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. 2006, Ass. plén., n° 9) et que s'il établit un lien de causalité entre ce manquement contractuel et le dommage qu'il subit, il n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement (Cass. Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, publié au Bull.).

²⁹⁰ On a vu que, selon nous, aucun texte ne semble imposer à un OGC d'exercer un contrôle, la loi permettant seulement à ce dernier de s'en ménager contractuellement le pouvoir. L'opinion peut néanmoins et bien entendu être discutée.

on l'a expliqué. En outre, si, par exemple, un OGC ne s'est pas réservé le pouvoir d'apprécier l'originalité, mais seulement celui de vérifier la réalité d'une contribution, il pourrait aussi peut-être engager sa responsabilité contractuelle s'il se livrait à une analyse de l'originalité, plutôt que de s'en tenir à un examen de l'existence matérielle d'une contribution, en commettant ce faisant un excès de pouvoir. Toutefois, parmi les doutes et objections que l'on pourrait formuler contre une telle responsabilité, on peut notamment s'interroger sur la légitimité et l'opportunité de la distinction que l'on ferait ainsi entre les hypothèses dans lesquelles un jugement écarte ou retient au contraire la protection de l'œuvre, et/ou la qualité d'auteur de tel ou tel contributeur. La question pourrait aussi être discutée à l'aune de la distinction pouvant être faite entre simple pouvoir ou, au contraire, obligation d'un OGC, selon la position adoptée à ce sujet.

On peut aussi s'interroger sur un reproche relatif à l'exercice du pouvoir. Si l'on reconnaît par exemple à l'OGC le pouvoir d'effectuer un examen de l'existence d'une contribution, par exemple, peut-être pourrait-il commettre une faute pour l'avoir exclue, à l'issue d'une appréciation erronée ou insuffisante. Dans l'affaire commentée, le jugement n'apparaît pas avoir écarté en son principe même la possible caractérisation d'une telle faute. En tout état de cause, le manquement ne devrait sans doute pas être apprécié au regard des seuls motifs que la lettre de l'OGC a exposés au soutien de son refus, mais des pièces qui lui ont été fournies et qu'il devait vérifier. C'est en ce sens, par exemple, que, dans l'affaire commentée, le tribunal a pris en compte, pour examiner une éventuelle faute dans l'appréciation des pièces invoquées comme justifiant la qualité de coauteur d'Alexandre Benois, celles qui avaient été soumises à la SACEM dans leur requête et, plus généralement, ce que celle-ci avait à sa disposition aux fins d'apprécier l'existence effective d'une contribution à la création du *Bolero*.

2/ Sur les injonctions faites à l'OGC d'assurer la gestion des droits

Si le point est moins délicat, il mérite néanmoins qu'on s'y intéresse en distinguant bien entre la situation de l'adhérent et celle d'un auteur non affilié à l'OGC.

S'agissant d'un auteur membre de l'OGC, il faut ici tenir compte de l'existence d'un contrat entre eux. **L'existence des droits d'auteur n'étant pas à l'entière disposition des parties, le juge qui estime que l'adhérent est bien créateur d'une œuvre protégée par le droit d'auteur peut sans nul doute imposer à l'OGC d'assurer ou de reprendre la gestion de l'œuvre qui n'est pas encore tombée dans le domaine public.** Cela étant, ce n'est pas l'existence de droits d'auteurs qui en elle-même fait naître une obligation pour un OGC d'assurer une gestion collective facultative. Il s'agit en réalité d'une *exécution forcée* du contrat²⁹¹. À cet égard, la dimension contractuelle de la gestion collective suffit à justifier celle-ci, même si sa dimension institutionnelle renforce cette justification, dès lors que l'OGC doit agir au mieux des intérêts des titulaires de droit et que le créateur ne peut en pratique se

²⁹¹ Il faut ici souligner qu'il s'agit bien entendu plus d'une exécution forcée de la cession ou du mandat consenti à l'OGC. L'exécution forcée est désormais de règle (cf. art. 1221 du Code civil), et l'on ne voit pas que celle-ci serait impossible ou qu'il pourrait exister une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier – le coût de la gestion collective n'étant que très faiblement impacté par la reconnaissance d'un ayant droit supplémentaire.

satisfaire d'une gestion individuelle pour des modes d'exploitation concernant d'innombrables utilisateurs.

S'agissant d'un auteur qui n'est pas membre de l'OGC contre lequel l'injonction est sollicitée, ce qui vient d'être souligné permet de douter qu'il puisse l'obtenir du juge. Dans l'espèce ici examinée, les sociétés cessionnaires des droits patrimoniaux de Ravel réclamaient que la SACEM soit condamnée à reprendre la gestion des droits sur le *Bolero*, en invoquant la qualité de coauteur de Nijinska, qui n'avait jamais été membre de l'OGC. Cela étant, ces sociétés ne faisaient jamais qu'invoquer les droits de Ravel, lui-même et ses ayants droit comptant bien quant à eux parmi ses membres. Tout autre aurait été la situation si les prétentions avaient été émises par des ayants droit de Nijinska. En effet, dès lors qu'il n'est pas membre de l'OGC, l'auteur ne peut invoquer aucune obligation contractuelle dudit OGC comme partie au contrat. Si, on l'a vu, un tiers peut invoquer un manquement contractuel lui ayant causé un dommage, **il est douteux qu'un auteur non affilié à l'OGC ait subi personnellement un dommage causé par un refus de l'OGC d'assurer la gestion des droits d'auteur sur l'œuvre, et, en tout état de cause, puisse obtenir la reprise d'une gestion des droits au profit de tiers ou de lui-même.**

Sur ce point comme les autres, la réflexion doit sans doute rester ouverte, même si l'affaire du *Bolero* méritera sans doute de rester dans les annales.

Il est rare, en droit d'auteur, qu'un procès soit aussi retentissant du fait de la célébrité de l'œuvre que complexe, au regard des difficultés juridiques soulevées – le contentieux opposant un OGC tel que la SACEM à ses adhérents étant même particulièrement peu fourni. Ravel n'imaginait certainement pas que sa postérité serait émaillée de tant de péripéties judiciaires concernant les droits d'auteur reconnus sur ses œuvres, ni que ces dernières enrichiraient ainsi non seulement le patrimoine artistique, mais encore, à ce point, la construction et la compréhension de la propriété littéraire et artistique.

PARTIE 7. CONTENTIEUX SOCIAL

L'effectivité du droit de l'Union européenne au secours de l'action en défense de l'intérêt collectif ?

TJ Nanterre, 25 avr. 2024, RG 23/9393

Analyse par Lou THOMAS, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre de l'IRERP

Plus de cent ans après sa consécration, la recevabilité de l'action syndicale en défense de l'intérêt collectif de la profession reste indéniablement une « question sensible » du droit du travail²⁹². L'interprétation des dispositions de l'article L.2132-3 du Code du travail, aux termes duquel les syndicats professionnels « *peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* », continue de diviser la doctrine autant que les juges. Il faut dire que l'enjeu est de taille : dans un système juridique empreint d'individualisme, l'action syndicale a longtemps fait figure d'exception et son expansion a toujours suscité des réticences.

Aujourd'hui, l'existence de « faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession » est aisément admise par les juges²⁹³. Ainsi que l'a récemment exprimé la Cour de cassation, l'action syndicale est possible dès lors qu'est alléguée l'« *existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe d'égalité de traitement* »²⁹⁴. Un syndicat peut donc agir en justice sans avoir à se prévaloir d'un préjudice personnel, à condition que son action tende à garantir le respect de la légalité sociale et professionnelle²⁹⁵. En revanche, le débat (judiciaire) est particulièrement animé s'agissant de la nature des demandes pouvant être formulées. En effet, l'action syndicale n'est pas une action strictement indemnitaire. Si le syndicat requérant peut toujours demander l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession, son action peut remplir d'autres fonctions. En particulier, les juges admettent depuis longtemps que l'article L.2132-3 du Code du travail constitue le fondement d'actions en annulation d'actes juridiques jugés illégaux ou de demandes d'injonction afin de contraindre – éventuellement sous astreinte – l'employeur à se conformer à la légalité. Cependant, l'action syndicale se heurte à une importante limite : la chambre sociale affirme que si un syndicat peut « *demande [...] qu'il soit enjoint à l'employeur de mettre fin à l'irrégularité constatée,*

²⁹² Ainsi que l'ont récemment qualifiée les organisateurs d'un colloque tenu à la Cour de cassation, dont les actes ont été publiés en mars 2025 à la revue *Droit social*. V. en particulier J.-G. Huglo, « Intérêt collectif et trouble social – Questions sensibles de droit du travail », *Dr. Soc.*, 2025, p. 213 et J.-F. Cesaro, « L'intérêt collectif de la profession », *Dr. Soc.*, 2025, p. 218.

²⁹³ C. Wolmark, « L'action dans l'intérêt collectif – Développements récents », *Dr. Soc.*, 2017, p. 631.

²⁹⁴ V. en dernier lieu Cass. Soc., 22 janv. 2025, n° 23-17.782, F-B ; *RDT*, 2025, p. 192, obs. I. Odoul-Asorey ; *Dr. Soc.*, 2025, p. 285, obs. Ch. Radé.

²⁹⁵ Sur ce point, v. notre thèse, L. Thomas, *La défense de l'intérêt collectif en droit du travail*, préf. C. Wolmark, Av.-propos D. Guillouet, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2024, p. 171 et s.

le cas échéant sous astreinte, il ne peut prétendre obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés concernés »²⁹⁶. Depuis un arrêt du 20 avril 2023, cette solution est fondée sur la « *liberté personnelle de chaque salarié de conduire la défense de ses intérêts* »²⁹⁷. Cette restriction, qui trace une frontière contestable entre action collective et actions individuelles, est susceptible de constituer un obstacle à la réalisation de la fonction essentielle de l'action syndicale : le rétablissement de la légalité sociale et professionnelle. En effet, à défaut de régularisation des situations individuelles des salariés lésés par une décision collective illicite, l'injonction à mettre fin à l'irrégularité constatée se trouve, dans une large mesure, privée d'effet.

Dans une décision du 25 avril 2024, le juge de la mise en état du Tribunal judiciaire de Nanterre propose une voie originale pour échapper à cette conception restrictive des rapports entre action collective et intérêts individuels²⁹⁸. Il s'agissait, en l'espèce, d'un litige relatif aux conséquences du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation s'agissant de l'acquisition de droits à congés payés par un salarié absent pour cause de maladie²⁹⁹. Le CSE de la société Gazelénergie Génération et la Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT demandaient notamment au juge que soit modifiée l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, que les salariés soient, en conséquence de cette modification, rétablis dans leurs droits et qu'il soit fait injonction à l'employeur de faire bénéficier les salariés de son entreprise des droits à congés payés dont ils avaient été privés en raison de l'application de dispositions du Code du travail contraires au droit de l'Union européenne.

Il importe, avant toute autre chose, de rappeler à quel titre le TJ de Nanterre était compétent pour connaître de l'affaire. L'action ayant été formée par une organisation syndicale et par une institution représentative du personnel, elle n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes. La Cour de cassation interprète en effet de longue date les dispositions de l'article L.1411-1 du Code du travail, aux termes desquelles le CPH « *règle [...] les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* », comme excluant sa compétence en matière de litiges collectifs³⁰⁰. C'est donc au Tribunal judiciaire, en tant que juridiction de droit commun, qu'il revient de connaître de tels conflits (article L.211-3 du Code de l'organisation judiciaire). La société défenderesse à l'instance étant établie à Courbevoie, c'est le Tribunal judiciaire de Nanterre qui a logiquement été saisi.

²⁹⁶ Cass. Soc., 22 janv. 2025, n° 23-17.782, préc.

²⁹⁷ Cass. Soc., 22 nov. 2023, n° 22-14.807, FS-B ; *RDT*, 2023, p. 791, obs. S. Mraouahi. V. déjà Cass. Soc., 20 avr. 2023, n° 23-40.003, QPC, FS-B.

²⁹⁸ Cette proposition s'inscrit dans une démarche plus générale, de la part du Pôle social du TJ de Nanterre, visant à amenuiser les conséquences déléteres de la jurisprudence de la Cour de cassation. V. sur ce point les décisions commentées par C. Wolmark, « L'action dans l'intérêt collectif au prisme des décisions rendues par le Pôle social du TJ de Nanterre », *Observatoire des contentieux du Tribunal judiciaire de Nanterre*, n° 1, 2024, p. 35.

²⁹⁹ Cass. Soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.340, FP-BR ; Cass. Soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.638, FP-BR.

³⁰⁰ V. sur ce point M. Keller, « La compétence du TGI dans les litiges du travail », *Revue générale des procédures*, 1999, p. 444-470.

L'action du CSE est rejetée, en application de la jurisprudence classique de la Cour de cassation selon laquelle un CSE ne peut agir en justice que pour faire valoir ses droits propres ou le respect des prérogatives qu'il tire de la loi, du règlement ou d'une convention dont il est signataire³⁰¹. En revanche, le juge de Nanterre admet la recevabilité de l'action syndicale. Pour ce faire, il se fonde sur le principe d'effectivité du droit de l'Union européenne. Selon lui, ce principe implique en effet « *que les organisations syndicales puissent demander non seulement que leur méconnaissance cesse pour l'avenir, mais également qu'il soit enjoint à l'employeur de se conformer complètement à ses obligations en octroyant à l'ensemble des salariés, le cas échéant de façon rétroactive, le bénéfice des garanties qu'ils tirent de normes communautaires* (sic) ». L'argumentation retenue est indiscutablement habile (I). Néanmoins, la portée de la décision est pour le moins incertaine (II).

I/ Une argumentation habile fondée sur l'effectivité du droit de l'Union européenne

Pour admettre la recevabilité de l'action syndicale, le juge de la mise en état du TJ de Nanterre a déployé une argumentation habile fondée sur l'effectivité du droit de l'Union européenne. Rappelant que le litige portait sur la mise en œuvre du droit de l'Union (B), le juge a estimé que l'admission de l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession était nécessaire en vue de garantir l'effectivité de l'ordre juridique de l'Union européenne (A).

A/ Une décision fondée sur l'effectivité du droit de l'Union européenne

La décision du TJ de Nanterre s'appuie sur la mobilisation combinée de l'article L.2132-3 du Code du travail, qui institue l'action syndicale en défense de l'intérêt collectif de la profession, et de l'article 4.3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui pose le principe de coopération loyale.

Du premier de ces textes, le juge tire la règle selon laquelle « *une organisation syndicale a qualité pour demander en justice la reconnaissance, au bénéfice des salariés dont elle représente l'intérêt commun, d'un droit ou d'un avantage résultant de la loi, du règlement ou d'une convention collective* ». Il en indique néanmoins immédiatement la limite, affirmant qu'une organisation syndicale « *n'est en revanche pas recevable à solliciter le paiement de sommes déterminées à des salariés nommément désignés ni à formuler une demande qui implique de déterminer, pour chaque salarié, le contenu et les modalités des avantages particuliers qui lui sont dus* ».

Du second, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, le Tribunal tire le principe selon lequel « *les ordres nationaux doivent garantir la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire* ». Il ressort, en effet, de la jurisprudence constante de la CJUE qu'« *en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre*

³⁰¹ Une analyse moins restrictive étant néanmoins envisageable, au regard de l'impact potentiel de la demande de modification du calcul de l'assiette de l'indemnité de congés payés sur le budget de fonctionnement du CSE. Sur ce point, v. J.-B. Dubourg, « Précisions (et incompréhensions) quant à la qualité pour agir du CSE et d'un syndicat professionnel », *BJT*, 2024, n° 7, p. 16, sp. 17.

juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, pour autant, d'une part, que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »³⁰².

L'argumentation tirée de l'effectivité des normes européennes n'est pas totalement inédite. En effet, elle a récemment inspiré à la Cour de cassation le renouveau de sa jurisprudence relative au préjudice nécessaire³⁰³. Pour reprendre les termes du doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, « *lorsqu'est en jeu une obligation européenne ou internationale de sanctionner, l'abandon de l'évaluation du préjudice au pouvoir souverain des juges du fond risque de conduire à l'absence de toute sanction de la violation de la norme européenne ou internationale considérée et à la priver ainsi de toute effectivité* »³⁰⁴. La reconnaissance d'un préjudice nécessaire vient donc pallier l'absence de sanction autonome (ou efficace) prévue par le droit national en cas de manquement à une obligation trouvant sa source dans le droit de l'Union européenne.

Pour le juge de Nanterre, l'interprétation des dispositions de l'article L.2132-3 du Code du travail à la lumière du principe d'effectivité doit conduire à admettre l'action syndicale de manière large lorsque des « *garanties et prérogatives que le droit communautaire reconnaît aux salariés* » sont méconnues par l'employeur. Le syndicat doit pouvoir agir non seulement en vue de mettre un terme au manquement commis par l'employeur (pour l'avenir, donc), mais également en vue d'assurer le respect par l'employeur de ses obligations, en octroyant aux salariés le bénéfice des droits et avantages auxquels ils avaient droit (y compris, le cas échéant, de manière rétroactive). Aux termes de la décision, « *dès lors que la violation des droits présente un caractère général et impersonnel affectant l'ensemble des salariés, l'effectivité de l'ordre juridique communautaire serait insuffisamment garantie si la méconnaissance de ses dispositions était laissée à la seule initiative de chaque travailleur agissant individuellement* ». En somme, chaque fois qu'un droit conféré aux travailleurs par le droit de l'Union européenne est méconnu par un employeur, une organisation syndicale doit pouvoir demander la cessation du manquement, y compris en ce qu'elle implique la régularisation de la situation des salariés concernés. Dans cette perspective, la seule limite à l'action syndicale semble se trouver dans l'impossibilité de demander des mesures individualisées de régularisation.

Sur ce point, l'argumentation du TJ de Nanterre ne manque pas d'habileté. En effet, conditionner le bénéfice de droits conférés par le droit de l'Union européenne à

³⁰² V. notamment CJUE 7 avr. 2022, *IFAP*, aff. C-447/20 et C-448/20, § 53.

³⁰³ Sur ce renouveau, v. notamment A. Brousse, B. Bauduin, « Controverse : Un préjudice nécessaire, pour quoi faire ? », *RDT*, 2022, p. 209 ; H. Gali, « La nécessité du préjudice en droit du travail », *D.*, 2022, p. 908 ; J. Klein, « La progressive identification des préjudices nécessaires », *RTD Civ.*, 2024, p. 958 ; J. Morin, « Pour une autre théorie du préjudice nécessaire », *D.*, 2025, p. 313.

³⁰⁴ J.-G. Huglo, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », *RDT*, 2023, p. 286. V. déjà les explications données par le doyen Huglo à l'occasion des rencontres d'automne de l'AFDT de 2022, « Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ? », *SSL*, 2022, n° 2016, p. 11.

l'exercice d'une action individuelle par les salariés apparaît indéniablement de nature à empêcher le rétablissement de ces derniers dans leurs droits³⁰⁵. L'effectivité du droit de l'Union européenne semble donc bien mise en cause par une application trop stricte de la jurisprudence de la Cour de cassation³⁰⁶.

B/ Un litige portant sur la mise en œuvre du droit de l'Union européenne

Afin d'admettre la recevabilité de l'action syndicale en l'espèce, il convenait donc au préalable d'établir le rattachement du litige à la garantie de droits consacrés dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Sur ce point, l'argumentation du juge est sommaire : il est simplement affirmé qu'il « *est constant que, sans préjudice de leur bien-fondé, les demandes d'injonction litigieuses poursuivent l'application de l'article 31.2 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne et de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail* ». Il en résulte que « *ces demandes visent donc à faire respecter des droits conférés par l'ordre juridique européen* ».

En l'espèce, il ne faisait guère de doute que l'action de la Fédération syndicale visait à garantir aux salariés de l'entreprise le bénéfice d'un droit trouvant sa source dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Il s'agissait, en effet, d'obtenir de l'employeur qu'il tire les conséquences des arrêts du 13 septembre 2023 par lesquelles la Cour de cassation a déclaré non conformes au droit de l'Union européenne les dispositions du Code du travail qui faisaient obstacle à l'acquisition de droits à congés payés par un salarié absent pour cause de maladie³⁰⁷. Pour rappel, en s'appuyant sur l'article 31§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dispose que « *tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés* » et dont la CJUE a reconnu qu'il créait des droits invocables directement par les particuliers³⁰⁸, la chambre sociale a écarté l'application des dispositions des articles L3141-3 et L3141-5 du Code du travail. Il semble ainsi indiscutable que la demande tendant à ce que l'employeur soit condamné à devoir faire rétroactivement bénéficier de leur droit à congés payés les salariés qui en ont été indument privés avait bien pour objet d'assurer l'exercice de droits conférés par l'ordre juridique européen.

Concernant les demandes relatives à la modification de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, en revanche, la solution retenue par le Tribunal apparaît plus audacieuse et témoigne d'une compréhension extensive de la notion de « *droits que les justiciables tirent du droit de l'Union* »³⁰⁹. En effet, contrairement au droit à congés payés, qui fait l'objet d'une disposition spécifique de la directive n° 2003/88/CE

³⁰⁵ On peut ici rappeler qu'en 2022, environ 13 % seulement des demandes émanant de salariés ordinaires formées devant les prud'hommes ne sont pas liées à une rupture du contrat (15 054 demandes), *Références statistiques Justice*, 2023.

³⁰⁶ *Contra* A. Martinon, « Sur l'action des syndicats : la Cour de cassation maintient le cap », obs. sous Cass. Soc., 22 janv. 2025, n° 23-17.782, *BJT*, 2025, n° 3, p. 36, sp. 37.

³⁰⁷ Cass. Soc., 13 sept. 2023, arrêts précités.

³⁰⁸ CJUE, 6 nov. 2018, *Stadt Wuppertal c/ Mme Bauer*, aff. C-569/16, § 87 et s.

³⁰⁹ Au sens de la jurisprudence de la CJUE, cf CJUE 7 avr. 2022, *IFAP*, préc., § 53.

(article 7.1), les modalités de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés ne font l'objet d'aucun texte de droit dérivé de l'Union européenne. Seule la possibilité d'octroyer une telle indemnité « *en cas de rupture du contrat de travail* » est mentionnée (article 7.1 de la même directive).

Quoi qu'il en soit, ayant retenu que les demandes formulées par les requérants tendaient à assurer aux travailleurs le bénéfice de droits reconnus et protégés par l'ordre juridique de l'Union européenne, le Tribunal judiciaire de Nanterre pouvait donc admettre la recevabilité de l'action syndicale.

II/ Une décision à la portée incertaine

La mobilisation des ressources issues de l'ordre juridique de l'Union européenne semble, en l'espèce, remplir son objectif. Elle permet indubitablement de desserrer les liens qui entravent l'action syndicale en défense de l'intérêt collectif de la profession et, dans l'affaire en cause, elle est de nature à favoriser le rétablissement des salariés dans leurs droits. Pour autant, on peut s'interroger sur la portée qu'elle est susceptible d'avoir. À supposer même qu'elle « fasse jurisprudence », ce qui paraît loin d'être garanti en ce qu'elle repose sur l'interprétation d'une formule aujourd'hui abandonnée par la Cour de cassation (A), la solution retenue pourrait bien ne bénéficier qu'à un nombre limité de contentieux (B).

A/ Une solution qui repose sur une formule abandonnée par la Cour de cassation

La première interrogation porte sur la capacité du raisonnement adopté par le juge de la mise en état du Tribunal judiciaire de Nanterre à emporter l'adhésion de la chambre sociale de la Cour de cassation. La difficulté provient de ce que le TJ de Nanterre énonce que la recevabilité de l'action syndicale trouve sa limite dans l'impossibilité de « *solliciter le paiement de sommes déterminées à des salariés nommément désignés [et de] formuler une demande qui implique de déterminer, pour chaque salarié, le contenu et les modalités des avantages particuliers qui lui sont dus* ». Il s'agit là d'une formule longtemps retenue par la Cour de cassation, qui avait permis d'admettre des demandes formulées au profit direct des travailleurs (notamment en exécution d'un accord collectif)³¹⁰. Cependant, cette formule n'est plus conforme à l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation. Depuis 2023, cette dernière fonde son appréciation restrictive de l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession sur la nécessité de protéger la liberté personnelle des salariés³¹¹. Comme l'a récemment exprimé le doyen Huglo, « *l'action collective des syndicats trouve sa borne dans ce qui relève du droit individuel de chaque salarié d'agir ou non à l'encontre de l'employeur quant à sa situation personnelle* »³¹². Dès lors, on peut en déduire que « *toute demande qui pourrait être formulée individuellement par le salarié pour la défense de ses intérêts est exclue du champ de recevabilité des demandes* ».

³¹⁰ V. en particulier Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-13.697, *Bull. Civ.*, V, n° 218 ; *Dr. Ouvr.*, 2014, p. 41, note M. Keller Lyon-Caen.

³¹¹ Cass. Soc., 22 nov. 2023, n° 22-14.807, préc.

³¹² J.-G. Huglo, « Intérêt collectif et trouble social – Questions sensibles de droit du travail », art. préc., p. 216.

formées au titre de l'action dans l'intérêt collectif, que ces demandes soient identiques à celles des autres salariés ou non »³¹³.

La liberté personnelle constitue certainement un fondement critiquable à la restriction des demandes pouvant être formulées dans le cadre d'une action syndicale. Elle est née, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour encadrer la possibilité pour les organisations syndicales d'exercer les actions de substitution³¹⁴. Dans le contexte de l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession (à laquelle, il faut le rappeler, le salarié n'est pas partie³¹⁵), la liberté personnelle ne se présente toutefois pas autrement que comme la liberté du salarié de ne pas bénéficier des droits et avantages qui lui sont reconnus par la loi (*lato sensu*), le règlement, le principe d'égalité de traitement ou par un acte à portée collective liant l'employeur. Une liberté fondamentale du salarié (la liberté de prendre en charge soi-même la défense de ses intérêts) se retourne donc contre l'effectivité de ses droits. Il n'en demeure pas moins que cette conception des limites de l'action syndicale est susceptible de constituer un obstacle supplémentaire à l'adhésion, de la part de la Cour de cassation, au raisonnement proposé par le juge de la mise en état du TJ de Nanterre.

B/ Une solution qui pourrait n'être applicable qu'à un nombre limité de contentieux

Quand bien même la Cour de cassation se rallierait à la nécessité d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne au moyen d'un assouplissement des conditions de recevabilité des demandes syndicales en régularisation des situations individuelles, il est permis de s'interroger sur la portée de la solution³¹⁶.

Pour pouvoir mobiliser le principe de coopération loyale et le principe d'effectivité qui en découle, il est nécessaire que l'action en justice ait pour objet de protéger l'exercice, rendu impossible ou excessivement difficile, d'un droit garanti par le droit de l'Union européenne³¹⁷. Or, ainsi qu'on l'a vu, le juge de Nanterre retient une conception particulièrement large de ces droits. La Cour de cassation, en matière de préjudice nécessaire, en retient une nettement plus étroite, en exigeant que les dispositions du droit de l'Union « *confèrent au salarié [des] droits subjectifs, clairs,*

³¹³ C. Wolmark, « L'action dans l'intérêt collectif au prisme des décisions rendues par le Pôle social du TJ de Nanterre », art. préc., p. 39.

³¹⁴ Cons. const., 25 juil. 1989, n° 89-257 DC, « Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion » ; *Dr. Soc.*, 1989, p. 701, note X. Prétot ; *AJDA*, 1989, p. 798, note F. Benoit-Rohmer.

³¹⁵ F. Guiomard, « L'action en justice des syndicats dans l'entreprise : "vieille lune", toujours actuelle ? », *Dr. Soc.*, 2020, p. 130, sp. 133, qui rappelle que « *le syndicat ne saurait en effet, en application de l'effet relatif du jugement, revendiquer de droits au profit des salariés, qui demeurent des tiers à l'action s'ils n'ont pas été mis dans la cause* ».

³¹⁶ On laissera volontairement de côté la question de la pertinence d'une différence de traitement entre droits en fonction de leur source (nationale ou européenne). On trouvera, s'agissant du préjudice nécessaire, une telle discussion dans J. Morin, « Pour une autre théorie du préjudice nécessaire », art. préc.

³¹⁷ Un autre fondement possible, non exploré dans la présente décision, aurait été le droit au recours effectif, tel qu'il est garanti par l'article 47(1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La CJUE a en effet récemment développé une jurisprudence audacieuse sur ce fondement. V. notamment CJUE, 20 févr. 2024, *KL v. X*, C-715/20.

précis et inconditionnels»³¹⁸. Si un tel champ d'application devait être retenu s'agissant de l'action syndicale, le nombre de contentieux concernés s'en trouverait drastiquement réduit.

En définitive, la décision commentée constitue une proposition ingénieuse pour dépasser la conception restrictive qu'adopte la chambre sociale de la Cour de cassation s'agissant de la recevabilité des demandes de régularisation des situations individuelles présentées par les organisations syndicales. Dans des hypothèses spécifiques, elle pourrait permettre aux organisations syndicales d'assumer pleinement leur rôle de « *procureur de la légalité sociale* »³¹⁹ en favorisant la cessation de situations illicites. Cependant, en l'absence d'une redéfinition de la notion d'intérêt collectif, plus ouverte sur la prise en compte des intérêts des individus membres de la collectivité³²⁰, une telle tentative ne semble pas pouvoir opérer autrement qu'à la marge.

³¹⁸ Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 22-16.129, FS-B et Cass. soc., 4 sept. 2024, n° 22-23.648, FS-B. Sur ces arrêts, v. S. Ranc, « Une pluie de préjudices (non) nécessaires », *BJT*, 2024, n° 10, p. 11.

³¹⁹ M. Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », *Dr. Ouvr.*, 2007, p. 114.

³²⁰ Pour une telle proposition, v. L. Thomas, V° Intérêt collectif, <https://drds-irerp.fr/interet-collectif-2/>.

ORGANISATION DE L'OBSERVATOIRE

Direction et coordination

TRIBUNAL JUDICIAIRE DE NANTERRE

- **Direction**

- Benjamin DEPARIS, Président du Tribunal judiciaire de Nanterre

- **Coordination**

- Léa DESNEUF, Vice-présidente, Secrétaire générale de la présidence
- Vincent SIZAIRE, Vice-président au pôle social et des entreprises

UNIVERSITÉ PARIS NANTERRE

- Sylvain JOBERT, Professeur en droit privé, Directeur de l'Institut d'études judiciaires Henri Motulsky, Directeur adjoint du CEDCACE
- Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Professeur en droit privé, chargée des relations avec le Tribunal judiciaire de Nanterre, membre du CEDCACE

Contributeurices et contributeurs

- Camille BOURDAIRE-MIGNOT, maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE
- Olivier CAHN, Professeur de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC
- Audrey DARSONVILLE, Professeure de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC
- Jeanne LE MARC'HADOUR, doctorante en droit pénal à l'Université Paris Nanterre, membre du CDPC
- Marc PICHARD, Professeur en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE

- Sébastien RAIMOND, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE et membre associé du CERDI (Université Paris-Saclay)
- Marjolaine ROCCATI, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEJEC
- Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Professeur à l'Université Paris Nanterre, chargée des relations avec le Tribunal judiciaire de Nanterre, membre du CEDCACE
- Laurence SINOPOLI, Professeure en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEJEC
- Lou THOMAS, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre de l'IRERP