

LE BULLETIN DE L'ADENDUR



25 avril 2022

Numéro 4

Direction du bulletin n°4 : Boubacar CAMARA et Souleymane NDOUR

Édition : Chloé DERAEDT

Sommaire

Édito : *In memoriam*

I. Droit privé

- [Compliance et Responsabilité Sociale des Entreprises à travers le prisme de la réglementation classique des activités commerciales : Une opportunité pour les sociétés coopératives agricoles ?](#), par Henry AMOUSSOU, Doctorant en droit privé à l'Université de Reims – CEJESCO
- [Le groupe de l'action de groupe : une structure en quête de puissance à l'instar du groupe de sociétés](#), par Boubacar CAMARA, Docteur en droit privé et ATER à l'URCA – CEJESCO
- [La Responsabilité sociétale des entreprises \(RSE\) : Une soft law devenue incontournable pour garantir les droits des salariés](#), par Roland GUIRAO, Docteur en droit public, Université de Reims Champagne-Ardenne – CRDT

II. Droit public

- [Les modes diplomatiques de règlement des différends à l'épreuve du conflit russo-ukrainien](#), par Edwige BIESSOU, ATER en droit public à l'URCA – CRDT
- [L'adaptation du droit des contrats administratifs au droit des sociétés](#), par Mark Arthur KERE, Doctorant en droit public à l'Université de Reims – CRDT
- [L'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution : un processus encore inachevé vers l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives](#), par Charlotte MAGNIEN, Doctorante contractuelle en droit public comparé à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Pierre-Emmanuel RODRIGUEZ, Doctorant contractuel en droit public comparé à l'URCA – CRDT
- [De quoi la cohabitation municipale est-elle le nom ? Une première dans la Ville de Mor Niang](#), par Souleymane NDOUR, Doctorant contractuel en droit public à l'URCA – CEJESCO
- [Promouvoir une méthode historico-comparative en droit administratif comparé](#), par Audrey-Pierre SO'O, Docteur en droit public

In memoriam

Boubacar CAMARA

Docteur en droit privé et ATER à l'URCA – CEJESCO

Souleymane NDOUR

Doctorant contractuel en droit public à l'URCA – CEJESCO

La nuit du samedi au dimanche 21 novembre 2021 sera éternellement gravée dans nos mémoires. La disparition de Mor Niang a provoqué une profonde consternation au sein de l'Association des Doctorants en Droit de l'Université de Reims (ADENDUR). Membre fondateur et contributeur au bulletin trimestriel de l'ADENDUR, ses collègues ont jugé nécessaire de consacrer ce bulletin spécial en son hommage.

Doctorant en droit privé au sein des Universités de Reims Champagne-Ardenne et de Laval, le destin de Mor Niang avec le droit commença en 2008. Né le 31 décembre 1987 à Guédiawaye, c'est dans cette ville de la banlieue dakaroise qu'il entama son cursus scolaire. À la suite de l'obtention d'un Baccalauréat en Sciences Humaines et Sociales avec la *Mention Assez Bien* (Série L2) au Lycée Seydina Limamou Laye, il a été orienté à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD). C'est dans ce temple du savoir que Mor Niang obtint une Licence en droit privé, option Affaires en 2012, puis un Master 1 en Droit privé et Sciences criminelles, l'année suivante.

Le Master 1 en poche, ce dernier décida de poursuivre ses humanités en France aux fins de découvrir d'autres cultures juridiques. Il fut admis en Master 1 Droit privé général de l'Université de Reims Champagne-Ardenne au titre de l'année académique 2014-2015. Après la validation de la première année de Master avec la *Mention Assez Bien*, sa demande de candidature a été acceptée dans l'un des Masters II les plus sélectifs de ladite université à savoir le Master II Droit des affaires-Droit des PME-PMI, dirigé par Monsieur Emmanuel Brocard¹. Son mémoire de fin de Master porta sur "La transmission de l'entreprise par le biais de la cession d'actions d'une société par actions simplifiée", sous la direction du Professeur Pauline Pailler. Ce travail scientifique a été validé avec la *Mention Très bien* et couronné par une publication sur le site internet du petit juriste.

Par ailleurs, souhaitant renforcer ses compétences dans le domaine du droit des affaires, Mor Niang intégra le Master II Droit des assurances de l'Université du Mans au courant de l'année universitaire 2016-2017. Il traita, dans son rapport de stage, la spécificité

¹ Emmanuel Brocard est Maître de conférences HDR à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, avocat au

barreau de la Cour d'appel de Reims. Il fut par ailleurs son directeur de thèse.

du contrat d'assurance de protection juridique.

Après l'obtention de ce diplôme avec la *Mention Assez Bien*, il revint à Reims pour réaliser son rêve d'étudiant : réaliser une thèse de doctorat en droit des affaires. Ce rêve fut concrétisé par une double inscription au sein des Universités de Reims Champagne-Ardenne et de Laval du Québec, pour étudier le sujet suivant : **"les coopératives agricoles, analyse de droit comparé : France et Canada"**. Malheureusement, il n'aura pas eu le temps de compléter cette thèse.

Parallèlement à ses activités de chercheur, il a été recruté comme vacataire, chargé d'enseignement de travaux dirigés à l'Université de Reims Champagne-Ardenne dès sa première année d'inscription en doctorat. Entre 2017 et 2019, Mor Niang enseigna de nombreuses matières : introduction au droit (L1), Droit commun des contrats (L2), Responsabilité civile (L2) et Droit commercial général (L2).

Ce brillant parcours scolaire, Mor ne l'a pas accompli en perdant de vue les qualités humaines qui forgeaient sa personnalité. Quid précisément de ces celles-ci ?

« *Ça va aller mon frère* ». Par ces mots, celui pour qui on s'évertue à rendre hommage dans ce numéro avait l'unique secret et finesse de motiver l'esprit le plus démoralisé qui puisse exister. C'est du moins le constat le plus partagé des personnes qui ont eu la chance de croiser son chemin ; qu'il s'agisse de celles du Sénégal, de la France et dans Le grand nord blanc. Mor Niang fut cette personne dont l'humilité, la gentillesse, la pudeur, l'intelligence se conjuguaient au singulier. Difficile de rencontrer quelqu'un qui réunit toutes ces qualités humaines. Son sens de

l'écoute ne pouvait laisser personne indifférent. En bon sénégalais ancré dans les valeurs qui font la fierté de tout fils de ce pays, il fut un port étendard des valeurs comme le *Jom*, le *teggan*, le *muñ*, le *màndu*... La définition de ces diverses notions permettra de mieux connaître qui était véritablement Mor Niang et en quoi consistaient les traits de sa personnalité.

Le *jom*² signifie en Wolof³ le sens de l'honneur. Il consiste à entretenir dans le rapport avec les autres une relation empreinte de probité et une conduite éloignée de toute atteinte à la moralité. Être un homme d'honneur, c'est refuser l'asservissement et le rabaissement, quelles que soient les circonstances auxquelles on est confronté. Pour paraphraser Jean Carbonnier, selon qui la personnalité juridique commence à la naissance et cesse au décès, le *Jom* est une vertu qui accompagne l'homme du berceau jusqu'à la tombe. *Nit Jom*⁴, dit l'adage wolof. Le dédicataire de ses hommages avait jusqu'à son lit de mort mis un point d'honneur sur cette vertu cardinale.

Le *teggan* renvoie à la politesse, à la courtoisie. Il s'agit pour celui qui incarne cette valeur, qui n'est pas des moindres, de s'engager à se conformer aux règles relatives aux rapports avec son prochain dans le but d'échanges amicaux et fraternels. Cela se reflète par la bienveillance, le protocole de communication avec ses semblables en usant des termes comme *jéréjef* (merci), *jéggal ma* (pardon), *jàmm nga yendu* (bonjour). Cette vertu était constamment mise en pratique par le défunt Mor. D'un abord facile, le Mor fut l'incarnation de cette valeur. De fil en aiguille on pouvait facilement entretenir des rapports cordiaux avec lui, le tout dans la fraternité.

² Pour la traduction des mots en wolof voir, Jean Léopold Diouf, *Dictionnaire wolof-français et français-wolof*, Karthala, 2003.

³ Le wolof est une langue parlée au Sénégal qui a le statut de langue nationale. 90% de la population s'exprime dans

cette langue. C'était par conséquent, la langue maternelle du défunt Mor Niang.

⁴ C'est l'honneur qui définit l'être humain.

Ses amis du Canada, pays où il a passé très peu de temps durant sa courte vie, en témoignent jusqu'aujourd'hui.

Le *muñ* veut dire en wolof l'endurance, l'abnégation ou encore la longanimité. C'est à l'aune de l'épreuve que l'on apprécie, dans le sens du terme, la capacité de l'homme à faire sienne une telle vertu. Mor était la plus parfaite illustration du *muñ*. Il a su faire preuve de courage dans les moments les plus difficiles de sa vie. Il n'a jamais cédé au pronostic le plus funeste des médecins. Croire jusqu'au dernier souffle de sa vie qu'aucune faiblesse ne pouvait le rebouter.

Le mändu : ce terme peut être défini en français comme étant l'intégrité morale. Si toutes les vertus précédemment évoquées occupent une place importante dans le quotidien d'un bon *homos senegalensis*, sans toutefois procéder à une classification, l'homme qui est *mändu* inscrit son nom dans le registre de la sagesse. C'est en ce sens quelqu'un qui s'empêche toute calomnie, médisance ou jugement gratuit. Cette qualité humaine était une identité toute particulière qui décrivait feu Mor Niang. Comme le dit un sage africain, en l'occurrence Ahmadou Hampathé Bâ « *juger, c'est ne pas comprendre* ». Toute personne ayant côtoyé Mor peut attester que cette vertu lui était intrinsèque. Il s'absténait de juger son semblable, en lieu et place, il cherche à chaque fois à le comprendre.

La *teranga* reste le mot le plus célèbre de la langue wolof, loin pour nous de verser dans l'euphémisme, puisque c'est le surnom du Sénégal (pays de la *teranga*). Il se définit par l'hospitalité, la générosité et la charité. Mor avait le sens de l'hospitalité, il n'hésitait pas à faire découvrir à ses amis, toutes les fois que l'occasion se présentait, les mets sénégalais

notamment le *thiéboudiène*⁵. Un de ses amis du Canada, d'origine camerounaise, témoignait après son décès que tous les plats qu'il connaît du Sénégal, il le devait à feu Mor. En outre, il a toujours ouvert sa porte aux étudiants qui venaient d'arriver à Reims, en les accueillant ; ou encore, il fournissait de l'aide scolaire aux étudiants en droit qui étaient en premier cycle afin de leur permettre de mieux s'adapter au système français.

En somme, à ces traits humains qui caractérisent tout sénégalais, on peut rajouter le *woyof* (la modestie, la simplicité), le *fulla ak fayda* (le sens de la dignité), le *kollère* (la fidélité), le *njub* (la droiture, l'honnêteté), le *fit* (courage), la *kersa* (la pudeur), la *sutura* (la discréption), le *dëgg* (la bonne foi)... La liste n'est pas exhaustive. Le défunt Mor était profondément attaché à ces valeurs. Il les véhiculait à chaque situation qui était propre à l'une d'entre elles.

La courageuse épouse de Mor, pour qui il laisse un énorme vide, confirme sans nuance tout ce qui vient d'être dit à son propos. Il en va de même de sa famille : sa vaillante maman, son valeureux père, ses frères et sœurs ainsi que tous ses amis du Sénégal, de la France et du Canada.

Mor le juriste fut un brillant esprit de droit comme l'a rappelé sa directrice de thèse de l'université de Laval⁶. Sa polyvalence lui permettait même en tant que privatiste de discuter avec ses camarades spécialisés en droit public. Il laisse derrière lui un chantier inachevé du droit des coopératives ainsi que du droit comparé dont l'aboutissement aurait pu servir le milieu académique, mais aussi et surtout celui professionnel.

Repose en paix cher Mor, ta vie a certes été courte, mais bien remplie. Tel un soldat

⁵ Boubacar et moi témoignons avoir été les derniers parmi ses amis à manger un plat de *thiéboudiène* qu'il avait lui-même préparé. Le mot signifie du riz au poisson.

⁶ Charlaine Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise Entrepreneurs et sociétés de personnes*, Tome I, Ivon Blais, 4^e éd., 2022. Voir dédicaces.

tombé au champ de bataille, ta mission est accomplie.

En hommage à Mor Niang

Patrick Kasparian

Maître de conférences à l'université de Reims

Avocat à la cour

Evoquer Mor Niang ravive le souvenir d'un être d'une grande amabilité, d'une soif de connaissance et d'enrichissement personnel et d'un équilibre rare entre le sérieux que requiert la poursuite d'un Doctorat en droit et l'agilité d'esprit que la matière sollicite.

J'ai connu Mor Niang dans un tout premier temps comme étudiant curieux et brillant, poursuivant des études en droit des affaires.

Avide de perfectionnement et amoureux du droit des sociétés, il m'avait fait part de son projet de Doctorat auquel je l'avais encouragé. Il était déterminé à braver toutes

les difficultés auxquelles l'exercice expose l'impétrant – et qui ne sont pas des moindres – et, après été retenu pour un contrat doctoral, n'hésita pas à poursuivre son parcours entre la France et le Québec.

A l'occasion de nos échanges, cette passion pour le savoir, pour la vie, animait infailliblement Mor et forçait l'admiration de ses collègues rémois.

Il nous lègue cette flamme que nous tenterons de relayer et de porter fièrement, en mémoire à sa vie, à son amitié et à sa détermination.

Compliance et Responsabilité Sociale des Entreprises à travers le prisme de la réglementation classique des activités commerciales : Une opportunité pour les sociétés coopératives agricoles ?

Henry AMOUSSOU

Doctorant en droit privé à l'Université de Reims – CEJESCO

Les profondes mutations économiques et sociales, la mondialisation et la digitalisation, ont changé le monde, contribuant ainsi à l'évolution et à la transformation du droit. De nouvelles notions, étrangères à la conception française du Droit commercial, ont été incorporées au droit interne, sous l'influence du droit européen. Il s'agit des notions d'entreprise, d'entrepreneur, de micro-entrepreneur, d'activité et d'activité économique qui ont substituées dans le droit moderne celles d'acte de commerce, de commerçant et de commercialité¹. Ces mutations consacrent par ricochet l'émergence des notions d'entreprise et d'activité économique dans la doctrine juridique, clé importante pour la compréhension du droit moderne des sociétés contemporaines. Que recouvrent ces néo-notions « d'entreprise » et « d'exercice d'activités économiques » ?

L'une permet de définir l'autre car la notion d'entreprise est définie à partir de celle universelle et fondamentale d'exercice des activités économiques. Ceci se justifie par la place de l'exercice des activités économiques² au cœur de la vie des sociétés dans le monde. Pour en général désigner l'entreprise, « Au sens juridique, on parle de société qui n'est rien d'autre qu'une technique d'organisation de l'entreprise »³. Le terme entreprise est utilisé dans un premier sens pour désigner le seul exercice de l'activité économique (comme celui de « *Business* » dans le monde anglo-saxon). Dans un second sens, le terme entreprise désigne l'ensemble des mécanismes de gestion de l'entité sociale constituée par les salariés qui réalisent l'activité économique. Les salariés étant au cœur de l'activité, ils ont des intérêts personnels et des intérêts communs reconnus et faisant objet de protection par le Droit du travail. Ainsi, l'entreprise ne constitue plus uniquement une entité économique, mais

¹ Pendant très longtemps le Droit commercial reposait sur des piliers fondamentaux : le commerçant (Droit des commerçants) et l'acte de commerce (Droit des actes de commerce).

² L'exercice d'une activité économique est la pratique d'une activité (ou d'activités) de production, de transformation, de distribution de biens et de prestation de services ou de certaines de ces fonctions. Cette activité

peut être industrielle, commerciale, financière, libérale, agricole, artisanale... Elle peut être de nature aussi bien civile que commerciale.

³ M. NIANG, *La transmission de l'entreprise par le biais de la cession d'actions d'une société par actions simplifiée*, Mémoire Master II Droit des affaires-PME-PMI, Univ. Reims, 2016, p.5.

également une entité sociale. N'étant donc pas une entité juridique, d'où proviennent ses liens avec le Droit ?

Les activités économiques sont exercées par des personnes juridiques que sont les personnes physiques ou les personnes morales⁴. Il s'agit là de la première cause de diffusion des notions d'exercice d'activités économiques et d'entreprise dans les branches du Droit. À cela s'ajoute d'une part la prise en compte par les normes, de la réalité économique et sociale de l'exercice des activités économiques dans les différentes branches du Droit. D'autre part, les normes édictées et appliquées le sont en fonction de la réalité économique et sociale de l'exercice des activités économiques et de ses composantes. En d'autres termes, l'objet, l'objectif et la finalité des normes diffusées dans les branches du Droit, sont pertinents au regard de leur appréhension fonctionnelle au sein de l'entreprise⁵. Les activités économiques et donc les entreprises investissent de nombreuses branches du Droit. Toutefois, l'organisation de l'entreprise et de l'exercice des activités économiques par le Droit des sociétés, ici nous intéresse.

Le Droit civil a pour fonction première de permettre à l'entreprise d'exister sur le plan juridique. Cette dernière, créée par une personne physique exerçant une activité économique, elle n'existe réellement qu'à travers cette personne. Or, la société est en principe dotée d'une personnalité morale, ce qui est d'une manière générale, une technique d'organisation de l'exercice des activités économiques et plus spécifiquement de l'entreprise. L'exercice de l'activité économique constitue l'objet de la société.

⁴ Une même activité économique peut parfois être exercée par plusieurs personnes juridiques qui peuvent n'être liées que par des liens de fait ou par des liens de droit comme dans des groupes de sociétés par exemple.

⁵ Par exemple, les normes portent sur la détention du pouvoir de décision, l'organisation de l'activité ou des

C'est donc par la personnalité morale de la société que l'entreprise accède à la vie juridique. L'entreprise trouve une identité à travers la personnalité morale, ce qui lui permet de pleinement réaliser son objet. La réalisation de l'objet pouvant être comparée à un mécanisme binaire. Ainsi les relations avec le personnel sont organisées sous l'égide de la personnalité morale d'une part. Quant à la concentration des intérêts dont l'activité économique est la cause, c'est la personne morale qui exerce l'activité économique (organisant ainsi l'entreprise) qui les concentre d'autre part. Cela reste évolutif.

L'évolution du Droit des sociétés et de celui de la personnalité morale montre qu'ils n'ont cessé et ne cessent de s'adapter aux besoins de l'exercice des activités économiques. Cette adaptation concerne aussi bien le Droit des sociétés commerciales que celui des sociétés civiles. Implicitement, certaines activités ne peuvent être exercées par n'importe qui, ni n'importe comment⁶. Il est donc impératif, notamment pour des raisons de protection de ceux qu'elles concernent (consommateurs, clients, personnel, environnement...), que leur exercice soit, en fonction de leur nature, réglementé pour éviter, voir limiter, les risques qu'elles comportent⁷. La première étape pour organiser juridiquement l'exercice de ces activités, c'est de les définir de manière claire et précise. Dès lors qu'elles sont exercées par des personnes morales, la seconde étape consiste à concevoir et à construire l'organisation juridique de ces personnes morales de telle sorte qu'elles

activités, les intérêts des actionnaires, ceux du personnel et des parties prenantes au sein de l'entreprise.

⁶ La médecine, les activités bancaires, les assurances ou les activités dangereuses pour l'environnement par exemple.

⁷ P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, p. 166 et s.

satisfassent les exigences qui conditionnent leur exercice⁸.

La finalité et les objectifs de l'exercice des activités économiques déterminent une partie importante de leur organisation juridique. Tel est le cas, par exemple, des diverses sociétés coopératives dont l'organisation juridique est conçue en fonction, non seulement de la nature particulière de leurs activités (agricoles⁹, production, distribution, ...), mais aussi de leurs finalités et de leurs objectifs. C'est aussi le cas des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Ces activités économiques ont toujours été régulées par les législateurs et le sont aujourd'hui, à la fois par l'Union européenne et par les États.

Le législateur a adapté tout le Droit des sociétés à la société française en pleine mutation économique et sociale. Ceci sous le titre ambitieux, « Repenser la place des entreprises dans la société » qui, à travers la Loi Pacte¹⁰, a modifié les articles 1833, 1835 et 1844-10 du Code civil. L'article 169 de la loi Pacte a ajouté en, effet, à l'article 1833 du Code Civil un second alinéa aux termes duquel, « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »¹¹. Ce changement de paradigme a constitué une manifestation de l'intégration de la RSE en Droit¹². Ce concept de RSE consacre à première vue des considérations au

⁸ Jean PAILLUSSEAU, « L'irrésistible ascension des activités économiques et de l'entreprise dans le droit », in *Un juriste pluriel, Mélanges en l'honneur d'Alain COURET*, Dalloz, 2020, p. 43.

⁹ La mention particulière en guise d'illustration de ce type d'entreprise que constitue les sociétés coopératives agricoles, est faite à dessein en hommage à Feu Mor NIANG dont le sujet de thèse portait sur « Les coopératives agricoles, analyse de droit comparé : France et Canada ».

¹⁰ Art. 169, Loi 2019-486 du 22-5-2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n°0119 du 23 mai 2019, dite Pacte.

¹¹ Art. 169, Loi Pacte.

¹² R. De QUENAUDON, K. MARTIN-CHENUT, *La RSE saisie par le droit – Perspectives internes et internationales*, Pédonne, 2015; V. Martineau-Bourgninaud, « L'influence de la RSE sur le droit des

contenu vague¹³, mais résume en réalité sous forme de principe les exigences formulées par de nombreux textes sur la responsabilité sociale et environnementale¹⁴. Dans le cadre de la compliance, à travers la Loi Sapin2, ledit principe et ses exigences sont limités en application à certaines entreprises, cotées ou non, en fonction de leur taille et du montant de leur chiffre d'affaires¹⁵. C'est dire que la RSE a pour fondement « l'intérêt social ».

En raison de son ambiguïté par rapport à son contenu et à sa portée, l'intérêt social est défini par le Conseil d'État comme étant « l'intérêt fondamental de la société considérée comme personne morale, indépendamment de l'intérêt des associés »¹⁶. L'intégration du concept de RSE en Droit des sociétés conduit à personnaliser l'entreprise pour faire d'elle une citoyenne soucieuse des enjeux sociaux et environnementaux. Ces enjeux, constituant les déclinaisons de l'intérêt social, procèdent de l'insertion dans le droit dur, d'une norme de droit souple qui en elle-même ne crée ni droits ni obligations pour leurs destinataires, mais a pour objet de modifier ou d'orienter leurs comportements en suscitant leur adhésion, dans la mesure du possible. Ainsi, au-delà des règles juridiques, les comportements et l'éthique sont sollicités.

Rappelons toutefois que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion des

sociétés », in *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, (Dir.) J. Leroy, D. Piatek et P. Szewko, Mare et Martin, 2017, p.255.

¹³ A. Tadros, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi Pacte », in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1765.

¹⁴ J. – J. Daigre, « Loi Pacte : ni excès d'honneur, ni excès d'indignité », in *BJS*, 2018, n°10, p.541.

¹⁵ C.com.art. R225-104 : sociétés non cotées dont le total bila HT ou le montant net du CAHT dépasse 100 M d'euros et dont le nombre de salariés est supérieur à 500, et sociétés cotées dont le total bilan HT dépasse 20 millions d'euros ou le montant net du CAHT dépasse 40 millions d'euros et dont le nombre de salariés est supérieur à 500.

¹⁶ CE avis n°394599 et 395021 sur le projet de loi Pacte du 14 juin 2018.

sociétés n'est pas révolutionnaire car un corpus normatif existait et les prévoyait. En effet, outre le Code du travail et le Code de l'environnement, la Charte des droits fondamentaux assure la protection des droits sociaux et de l'environnement, doublement renforcée par la Charte de l'environnement, à valeur constitutionnelle, qui impose à chacun une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement pouvant résulter de son activité. Désormais, aucune entreprise ne peut envisager son succès et son profit sans considérer les impacts sociaux et environnementaux de son activité car, une entreprise respectueuse des droits fondamentaux des travailleurs et de l'environnement aura une performance économique plus durable. La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux permet à l'entreprise de faire des bénéfices par l'amélioration de sa compétitivité, par exemple, en réduisant le risque de réputation accentué par la pratique du *name and shame*¹⁷.

Les obligations de *reporting* RSE¹⁸ et les obligations de vigilance¹⁹ ont été mises à la charge de grandes sociétés qui, du fait de leurs activités, sont susceptibles de créer des risques particuliers. L'évolution de la RSE a placé l'entreprise sous la fibre d'une analyse éthique. Cette dernière et ses valeurs ont pleinement intégré le Droit des sociétés. Les valeurs éthiques innervent le Droit des sociétés dont les corolaires pour les entreprises sont la défense des dites valeurs. La RSE intègre donc les problématiques de gouvernance qui constituent des objets naturels de la *soft law* (Codes de gouvernement d'entreprise et recommandations). Le bouleversement du

droit des sociétés est ainsi acté à travers le nouveau paradigme de « délégation du Bien commun » aux entreprises, sous le contrôle des juges. Ce nouveau paradigme sonne comme un aveu de faiblesse de l'État.

L'intégration de la RSE dans la gestion des sociétés est, en dépit d'une large couverture médiatique et académique, relativement restreinte sur le plan juridique. En effet, seules les sociétés anonymes, les sociétés en commandites par actions et les sociétés européennes²⁰ dont les titres sont admis sur un marché réglementé, ou qui dépassent certains seuils cumulatifs²¹, sont soumises à l'obligation de *reporting* social et environnemental prévue à l'article L.225-102-1 du Code Commerce²².

D'ailleurs, le caractère arbitraire de ce choix de n'imposer qu'aux sociétés et à quelques autres personnes morales l'obligation de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité aurait dû exposer le législateur au reproche d'avoir méconnu le principe constitutionnel d'égalité devant la loi. On appréhende mal en effet les éléments pertinents justifiant que certaines entreprises ne soient pas visées (parce qu'elles ne sont pas exploitées par une société) et l'on n'aperçoit davantage pas les motifs d'intérêt général qui justifient ici une dérogation au principe d'égalité. Cette interrogation se justifie à plus d'un titre car, se prononçant sur le concept de redevabilité à la lecture de la Charte sur l'environnement, le Conseil Constitutionnel²³, affirme que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ».

¹⁷ N. Cuzacq, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2017, 473.

¹⁸ C. com. art. L. 225-102-3.

¹⁹ C. com. art. L. 225-102-4 et Loi Sapin 2 art. 17. Il existe en outre de nombreux dispositifs sectoriels.

²⁰ On en dénombre moins de 50.

²¹ Montant net du chiffre d'affaires ou total du bilan supérieur ou égal à 100 millions d'euros et nombre moyen de salariés permanents supérieur ou égal à 500.

²² On en dénombre environ 400 sur 28 142 SA et 465 SCA.

²³ Cons. Const. 8 avril 2011, décision n° 2011-116 QPC.

S'il est absurde d'avoir inscrit cette exigence de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux de la gestion sociale dans un article applicable à toutes les sociétés, il l'est tout autant d'avoir soumis à cette contrainte les seules sociétés et d'en avoir affranchi les entreprises non exploitées sous la forme sociale, pourtant les plus nombreuses. Ceci parce que la société n'est qu'une technique d'organisation de l'entreprise, parmi tant d'autres et qu'encore elle n'est pas que cela puisque nombre de sociétés n'exploitent pas d'entreprises.

La personne morale qu'est l'entreprise a pour objectif la réalisation de profit, tandis que la personne publique qu'est l'État, a pour raison d'être l'intérêt général. De ce fait, le but du Droit européen est d'introduire au sein de l'entreprise, le but de l'État, qu'est l'intérêt général à travers la compliance. Cette dernière résulterait donc d'un échec des États à moraliser le monde des affaires et participerait à redéfinir les frontières du droit entre légalité et illégalité ou licéité et illicéité. La compliance suppose une intervention *ex-ante* pour prévenir un risque identifié tandis que le Droit intervient souvent ex-post pour sanctionner. Le concept de gouvernance d'entreprise (développé pour contrer l'exercice solitaire du pouvoir du management) est donc interprété de façon plus large. En effet, la gouvernance d'entreprise s'est avérée être un outil précieux pour concilier les intérêts des individus, des entreprises et de la société civile dans la recherche d'un intérêt commun.

Cette conception plus large de la gouvernance d'entreprise permet de prendre en considération les intérêts de toutes les parties prenantes qui interagissent avec les entreprises multinationales. Elle inclut dans son périmètre les questions portant sur les Droits de l'homme, les conditions de travail, l'environnement, le climat, la lutte contre la corruption, la concurrence, la fiscalité, la

science et l'innovation technologique. Pour autant, la compliance laisse perplexe les juristes civilistes, car elle reste étrangère à la tradition juridique en mêlant *hard law* et *soft law*.

La Loi Sapin 2 qui est un texte de conceptualisation de l'objet juridique de la compliance, renforce les obligations des entreprises en matière de lutte contre la corruption, particulièrement la corruption internationale et instaure de nouveaux dispositifs d'incitation de contrôle et de mise en conformité. Véritable cadre substantiel et procédural, cette loi accentue la pénétration du concept de compliance au sein du système juridique.

Dans ce même élan, la Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres traduit également une prise en compte de la compliance par le législateur français, à travers l'instauration d'une obligation de diligence raisonnable. D'aucuns parlent de « due diligence », de la « Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE) » qui se traduit par de nouvelles obligations, de nature civile, pour tenter de prévenir la survenance des dommages sociaux, pouvant être occasionnés par des entreprises transnationales et les grands groupes internationaux.

La RSE est, ainsi, un axe majeur de la stratégie de *Coop de France* qui regroupe l'ensemble des sociétés coopératives de France. S'emparer de ce sujet a permis : de donner de la visibilité et de la cohérence aux pratiques responsables des coopératives, de démontrer que leurs activités et leurs stratégies sont durablement en phase avec les attentes de la société et de différencier l'offre produite dans un marché en pleine mutation. Il s'agit donc d'un triple enjeu en termes d'image et de compétitivité. Si les coopératives agricoles et leurs filiales

agroalimentaires sont concernées par la RSE comme l'ensemble des entreprises, la RSE fait bien partie de leur ADN : elles peuvent légitimement capitaliser sur cette thématique pour assoir leur communication et bâtir des relations durables avec leurs parties prenantes. C'est d'ailleurs ce qui a motivé la représentation de Coop de France, au titre de l'ensemble des entreprises coopératives (Coop FR), au sein de la plateforme nationale RSE.

La RSE (Responsabilité Sociétale des Entreprises) s'articule autour de sept principes

: redevabilité, transparence, conduite éthique, respect des intérêts des parties prenantes, conformité légale, respect des normes internationales de comportement et respect des droits humains. Des témoignages autour de la RSE ont été apportés lors d'une table-ronde, organisée par Coop de France, à l'occasion de son assemblée générale. Si elle peut apparaître comme une contrainte à court terme, la RSE représente pour certains, l'opportunité de mettre en avant la vertu de l'entreprise, à condition que tous les maillons de la filière s'engagent dans une telle démarche.

Le groupe de l'action de groupe : une structure en quête de puissance à l'instar du groupe de sociétés

Boubacar CAMARA

Docteur en droit privé et ATER à l'URCA – CEJESCO

De l'UCAD* à l'URCA**.

Que ton âme repose en paix Mor !

L'inexistence d'une définition du groupe. – La notion de groupe n'a pas fait l'objet d'une définition légale. C'est la doctrine qui a tenté d'apporter une réponse afin de remédier à ce vide législatif. Le Dictionnaire juridique du Doyen Cornu conçoit le groupe comme un « ensemble de personnes (physiques ou morales) ayant un caractère ou un objectif commun (licite ou illicite), ou unies par un lien de droit ». Il ressort de cette définition que l'existence d'« un objectif commun » ou d'un « lien de droit » caractérise la notion de groupe. Ces critères alternatifs peuvent aussi coexister au sein du groupe de l'action de groupe. En effet, les victimes qui adhèrent au groupe ont un objectif commun : la réparation des préjudices individuels subis en raison de l'atteinte portée à leurs droits subjectifs par la commission d'un dommage de masse. Préalablement au déclenchement de l'action, elles partagent parfois des liens juridiques,

tels qu'un contrat de location ou de téléphonie¹. Il pourra s'agir, par exemple, des « clients d'un même opérateur de téléphonie, s'ils ont été confrontés au même dysfonctionnement du réseau, ou bien d'une certaine catégorie de clients si le manquement ne concerne que ceux qui ont souscrit un certain type d'abonnement »². La transgression de tels droits par un fait dommageable unique conditionne le déclenchement d'une procédure d'action de groupe, car les victimes se trouvent dans une situation identique ou similaire³. Dans cette perspective, le groupe réunit ainsi des victimes qui ont expressément manifesté leur volonté d'obtenir une indemnisation après l'établissement de la responsabilité du défendeur. La particularité de ce groupe est qu'il est exclusivement composé de personnes physiques. L'action de groupe à la française privilégie un système d'*opt-in*, ce

* Université Cheikh Anta Diop de Dakar. C'est dans cet établissement que le dédicataire de ces lignes a commencé ses études en droit, de la Licence 1 jusqu'au Master 1.

** Université de Reims Champagne-Ardenne.

¹ E. JEULAND, « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G*, n°13, 27 mars 2017, doctr. 354.

² Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n°2014-1081 du 24 septembre 2014 relative à l'action de groupe en matière de consommation.

³ Art. L623-1 du Code de la consommation dispose « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut agir devant une

juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales, relevant ou non du présent code, ou contractuelles :

^{1°} A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ainsi que dans le cadre de la location d'un bien immobilier ;

^{2°} Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

qui exclut toute présomption de consentement des membres du groupe à l'action⁴. La mise en place du groupe suppose non seulement que le jugement statuant sur la responsabilité ne soit plus susceptible d'aucun recours, mais également que les mesures de publicité destinées à informer les victimes soient accomplies⁵. Le délai d'adhésion ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois⁶ après l'achèvement des mesures de publicité en matière de consommation, alors qu'en droit de la santé c'est entre six mois et cinq ans⁷. L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante⁸.

L'union fait la force. – Le groupe de l'action de groupe est, dans le langage courant, la consécration parfaite de l'adage, selon lequel, « l'Union fait la force ». Il est évident que ce qui est impossible individuellement pourra l'être collectivement⁹ au moyen de regroupement des efforts individuels. La nécessité de cet agissement groupé apparaît incontournable dans le contexte de développement des sociétés de consommation de masse. L'apparition de telles sociétés, corollaire de la révolution industrielle et numérique¹⁰, s'est accompagnée de la multiplication des préjudices individuels occasionnés aux

consommateurs¹¹. Les engagements contractuels se nouent sous la forme de modèles types de contrats, ouvrant la possibilité au professionnel d'offrir à « l'ensemble des consommateurs une gamme de produits ou de services identiques à des conditions contractuelles identiques »¹². C'est pourquoi un même « produit défectueux vendu en série » ou une « publicité mensongère largement diffusée »¹³ peut entraîner des dommages à grande échelle. Or, ces derniers ne sont pas souvent incités à ester en justice aux fins de réparation¹⁴. Cette inaction est liée à la modicité des préjudices subis par les consommateurs. La faible valeur financière des sommes sur lesquelles portent les litiges ne justifie pas à leur égard l'engagement d'une procédure judiciaire¹⁵. C'est la raison pour laquelle le consommateur renonce parfois à faire valoir ses droits devant le juge. Il s'agit par exemple « d'un opérateur de téléphonie mobile [qui] facture indûment quelques minutes de communication à des milliers de clients. Bien rares sont ceux qui intenteront un procès pour récupérer les quelques euros, voire les quelques centimes, auxquels ils ont droit »¹⁶.

Cette situation est favorable aux auteurs de dommages de masse, puisqu'elle entraîne la réalisation de gains illicites. Une rupture

⁴ B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *répert proc civ*, 2021, n°266.

⁵ Art. L623-7 du Code de la consommation.

⁶ Art. L623-8 du Code de la consommation.

⁷ Art. L1143-4 du Code de la santé publique.

⁸ Art. L623-9 du Code de la consommation.

⁹ M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013, p.1

¹⁰ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *RLDA*, n°69, 2012, p.2.

¹¹ B. CAMARA, « La réparation de l'atteinte causée à l'intérêt individuel des consommateurs par un dommage de masse : comparaison des mécanismes de droit processuel dans les droits français et sénégalais » in L. GAMET, PSA. BADJI (Ss.dir), *La dépendance économique, regards croisés entre le droit sénégalais et français*, PUD, 2021, p.143 ; B. SCHULZ, « Les litiges de consommation en Europe, approche européenne » in C. AUBERT DE VINCELLES, N. SAUPHANOR-

BROUILLAUD (Ss dir), *Les 20 ans du Code de la consommation. Nouveaux enjeux*, Coll. LEJEP, 2013, p.183.

¹² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, L. USUNIER, *Les contrats de consommation-Règles communes*, tr. de droit civil, 2^e éd. LGDJ, 2018, n°1272, p.1282.

¹³ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., précis Dalloz, 2015, n°654, p.657.

¹⁴ H. BOUTHINON-DUMAS, « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages et intérêts punitifs » in *Les recours collectifs quels enjeux stratégiques et économiques*, RLDC, 2011, n°28, p.52.

¹⁵ Y. STRICKLER, « L'action de groupe » in V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER, *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, 2015, éd. L'épitoge-lexenso, coll. L'unité du droit, vol XVI, p.139.

¹⁶ J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd. LGDJ, 2015, n°100, p.98.

s'installe alors dans les relations consommateurs-professionnels. Le droit perd donc sa fonction régulatrice et laisse place à un pur rapport de force. Le groupe de l'action de groupe apparaît ainsi comme un moyen de remédier à cette absence de réparation. Il permet en effet aux victimes de demander la réparation de leurs préjudices¹⁷, après la fixation de la responsabilité du défendeur par la juridiction compétente. L'adhésion des victimes octroie au groupe une force, permettant à chaque adhérent d'obtenir la réparation des préjudices subis. La demande d'adhésion doit contenir les nom, prénom, domicile du consommateur ainsi que, le cas échéant, une adresse électronique à laquelle celui-ci accepte de recevoir les informations relatives à la procédure. Elle précise aussi le montant demandé en réparation du préjudice invoqué¹⁸.

La puissance du groupe de l'action de groupe. - Le groupe de l'action de groupe ne peut être résumé à l'adage « l'union fait la force ». Au-delà de la force, ce groupe manifeste une certaine puissance à l'égard des auteurs de pratiques illégales. La force est matérielle et mesurable, tandis que la puissance relève de l'ordre de la virtualité¹⁹. Selon Julien Freund, être puissant, c'est « avoir le pouvoir de », « être capable de faire une chose »²⁰. Le dictionnaire Larousse abonde dans le même sens, en considérant la puissance comme une « personne ou chose

¹⁷ M. BACACHE, « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », *Gaz. Pal.*, 2013, n°136, p.3.

¹⁸ Art. R623-17 du Code de la consommation.

¹⁹ J. FREUND, *L'essence du politique*, Dalloz 2004, p.135-138.

²⁰ *Ibid.*, p.135-138.

²¹ Le déclenchement d'une action de groupe ne suppose pas toujours l'existence d'un contrat entre les victimes et le défendeur.

²² K. CISSE-DEPARDON, G. DARMON, C. PAPETTI, « L'action de groupe constitue-t-elle une promesse de résistance plus efficace du consommateur », <http://www.marketing-trends.com>

qui exerce une grande influence ». C'est dans ce sillage que s'inscrit le groupe de l'action de groupe. Cette idée d'influence caractérise celui-ci. Il ne constitue pas une simple structure, dont le but est de regrouper des victimes afin de permettre l'indemnisation de leurs préjudices. Au-delà de la réparation, il a pour finalité d'exercer une influence sur les comportements du responsable. L'addition des différentes indemnisations permet d'atteindre cette finalité. Cette influence permet de rééquilibrer les rapports contractuels²¹. Le montant total des indemnisations offre au groupe une puissance qui permet de peser fortement sur la conscience des auteurs d'actes illégaux²². Il s'agit de restaurer l'équilibre dans les relations opposant les tenants de la puissance économique (entreprises, professionnels) et ceux qui subissent les effets de la domination, en l'occurrence les consommateurs, les patients ou encore les salariés. La mise en place du groupe tend à réduire la disproportion²³ qui existe entre les contractants vulnérables et les professionnels afin d'instaurer un certain équilibre entre les parties. La restauration d'un tel équilibre suppose une réparation effective des préjudices subis par les victimes. Cette dimension réparatrice constitue le socle de l'action de groupe dans le domaine de la consommation qui vise exclusivement l'indemnisation de préjudices.

congress.com/archives/2016/pages/PDF/CISSE-DEPARDON_DARMON_PAPETTI.pdf, p.8.

²³ M.J. AZAR-BAUD, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *Rec. D.* 2015, p.2136 : « En matière de consommation, cette procédure vise à réduire l'inégalité criante du rapport de force qui existe entre la collectivité des consommateurs lésés, dont les préjudices ne sont pas assez importants pour justifier l'exercice de recours individuels, et des professionnels fautifs qui jouissent d'une impunité pernicieuse » ; A. BAZOT, « La conception de l'indemnisation » in Soraya Amrani Mekki (Ss.dir), *Le principe de l'indemnisation*, *Gaz. Pal.*, 2013, n°136.

La finalité dissuasive du groupe de l'action de groupe. – La puissance du groupe de l'action de groupe permet de dissuader les auteurs de comportements illégaux. Ces derniers n'agissent pas de manière inopinée. Ils mettent en place une stratégie fondée sur une méthode préalablement élaborée et longuement réfléchie, dans la mesure où ils ne transgessent les règles juridiques que lorsque cette violation leur est économiquement rentable. C'est le bénéfice d'un gain illicite supérieur aux éventuelles pertes qui détermine leur conduite. Le législateur est conscient que les actions individuelles ne peuvent estomper cette « immunité économique »²⁴. Seule la réunion des demandes individuelles pourra produire un effet dissuasif sur le comportement des auteurs d'actes fautifs²⁵. La dissuasion peut se réaliser d'une double façon : la dimension du groupe et l'incertitude relative au montant de la sanction. En effet, l'addition des dommages et intérêts individuels des victimes aboutit à un montant colossal à la charge du responsable. Elle évite le calcul selon lequel « violer la loi coûte parfois moins cher que la respecter »²⁶. Toutefois, la consistance des dommages et intérêts dépend de la taille du groupe. L'adhésion de nombreuses victimes au groupe constraint le responsable à allouer des dommages et intérêts exorbitants aux victimes. La commission des dommages de masse crée une situation de surprofit du responsable qui demeure impuni²⁷. L'objectif du législateur est de permettre, outre la

²⁴ D. MAINGUY, *L'action de groupe en droit français. Après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Gaz. Pal., 2014.

²⁵ K. CISSE-DEPARDON, G. DARMON, C. PAPETTI, « L'action de groupe constitue-t-elle une promesse de résistance plus efficace du consommateur », *op.cit.*, p.8.

²⁶ M.J. AZAR-BAUD, « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe » in Linda Arcelin Lecuyer (Ss.dir), *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, PUR, 2015, p.106.

²⁷ D. COHEN, « Introduire des actions de groupe en droit français » in D. Cohen, *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010, p.116.

réparation de préjudices, d'éviter la réitération des comportements fautifs du professionnel par le biais de la sanction²⁸. Cette dernière permet de retirer le « profit illégitime réalisé par le professionnel contrevenant »²⁹. Cet idéal ne peut se réaliser qu'à travers un agissement groupé des différentes victimes par le biais d'une association afin d'atteindre une taille importante³⁰ vis-à-vis des auteurs de pratiques illégales qui sont souvent en position de puissance économique. Au-delà, l'incertitude qui entoure le montant des dommages et intérêts renforce la finalité dissuasive du groupe. L'auteur du dommage ne peut pas prévoir à l'avance le nombre de victimes qui composera le groupe, puisque celui-ci sera établi après le jugement de responsabilité. Cet établissement *a posteriori* du groupe fait la différence de l'action de groupe avec l'action en représentation conjointe³¹, dont le groupe est établi avant l'engagement de la procédure judiciaire. L'action en représentation conjointe est une action en représentation dont la recevabilité requiert de la part de l'association de mandats émanant de consommateurs. Afin d'ester en justice, l'association doit au moins avoir deux mandats de la part de consommateurs identifiés. Alors qu'en matière d'action de groupe, le syndicat ou l'association exerce une action qui lui est personnelle³². De ce fait, elle n'a pas à recueillir de mandats préalablement à son action. D'ailleurs, au moment de l'introduction de l'action en

²⁸ D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP_E*, n°12, 2014, 1144.

²⁹ *Ibid.* 1144.

³⁰ Travaux de l'association Henri Capitant, journées colombiennes, Tome LVII/2007, Bruylant et LB2V, 2010, p.669.

³¹ *Ibid.*, p.7.

³² E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd. LGDJ, 2014, p.309.

justice, les victimes demeurent inconnues à l'exception de quelques cas particuliers dont l'association se sert pour le soutien de son assignation³³.

Le groupe de l'action de groupe et le groupe de sociétés. – Le groupe de l'action de groupe s'apparente au groupe de sociétés. Ce type de sociétés est défini par le lexique des termes juridiques comme l'« Ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, mais formant une même unité économique en raison des liens financiers étroits ». Il a été admis en jurisprudence par un arrêt de la chambre des requêtes du 10 décembre 1878 dans lequel elle déclarait qu'« aucun texte de loi, aucun principe de droit n'interdit aux sociétés d'entrer comme associé dans d'autres sociétés du même genre »³⁴. Ces deux groupes ont une finalité identique : la quête de la puissance. Cette dernière se déploie néanmoins, de façon différente. La puissance du groupe de l'action de groupe consiste, à travers la réparation des préjudices, à la capacité de dissuader l'auteur d'un dommage de masse de la réitération de pratiques illégales. En revanche, la puissance du groupe de sociétés se manifeste par la domination. Cette forme d'organisation permet de réunir des sociétés dans une structure plus vaste, le groupe, dont l'organisation interne permet de les soumettre à une unité de décision économique³⁵. Chaque société intégrée dans le groupe conserve sa personnalité juridique, mais le groupe en tant que tel ne bénéficie pas de cette prérogative. Le groupe est constitué d'une société mère qui a un pouvoir de décision et de filiales qui mettent en œuvre les

activités du groupe conformément à leur spécialisation. En effet, le groupe existe à partir du moment où des liens caractérisent une influence déterminante d'une ou plusieurs sociétés dominantes sur des sociétés dominées³⁶. L'interdépendance entre les filiales octroie au groupe une puissance de domination économique et une extension considérable sur le marché. La répartition de l'activité entre les différentes filiales permet de rationaliser l'activité totale du groupe et cette division intensifie les échanges intra-groupes³⁷.

Existence éphémère du groupe de l'action de groupe – durable du groupe de sociétés.

- Au-delà de cette identité de finalité, le groupe de l'action de groupe se distingue parfois du groupe de sociétés. Le groupe de l'action de groupe se caractérise par son existence éphémère. Son admission en droit interne est récente. Elle remonte de la loi du 17 mars 2014³⁸ créant la procédure d'action de groupe en droit de la consommation et en droit de la concurrence, avant d'être étendue au domaine de la santé par la loi du 26 janvier 2016³⁹, et aux domaines de discrimination au travail, d'environnement et de protection de données à caractère personnel par la loi du 18 novembre 2016⁴⁰. Le groupe de l'action de groupe a vocation à disparaître au terme de la procédure. Sa mise en place se justifie par un objectif précis : la réparation des préjudices individuels subis par les victimes d'un dommage de masse. Il est voué à disparaître dès lors que les droits individuels transgressés auront été réparés. Ainsi, en l'absence de contestations transmises par les victimes pour refus d'indemnisation, le juge constate

³³ B. JAVAUX, « Action de groupe : les enseignements du jugement rendu le 27 janvier 2016 par le tribunal de grande instance de Paris », *Rec. D.* 2016, p.1690.

³⁴ P. DIDIER, P. DIDIER, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Tome2, Economica, 2011, p.962.

³⁵ M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, *op.cit.*, p.5.

³⁶ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^e éd., 2015, p.947.

³⁷ M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, *op.cit.*, p.8 ; P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p.947.

³⁸ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³⁹ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé.

⁴⁰ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

l'extinction de l'instance⁴¹. Une telle extinction entraîne automatiquement la dissolution du groupe. Il s'agit d'un groupe constitué pour les besoins d'une bonne administration de la justice et de pure gestion des contentieux de masse. C'est ainsi que certains auteurs l'ont qualifié de « groupe circonstanciel »⁴² en ce sens que c'est l'existence d'une souffrance commune⁴³ qui justifie sa création. Dès que cette souffrance aura été réparée, son existence n'a plus raison d'être. Le groupe de sociétés, quant à lui, a une existence durable. Cela correspond à son but qui « repose sur une volonté d'organiser

la gouvernance de ces entreprises en intégrant des objectifs de développement économique commun »⁴⁴. Le groupe permet de structurer un ensemble de sociétés et de profiter d'avantages fiscaux souvent significatifs. En dépit de cette différence entre le groupe de l'action de groupe et le groupe de sociétés, ces deux groupes sont à la recherche de la puissance. Cette quête de puissance fait de l'action de groupe, non seulement une technique de réparation de préjudices, mais également un instrument de moralisation des comportements.

⁴¹ B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op.cit.*, n°276.

⁴² JP. VILAIN, C. LEMIEUX, *La mobilisation des victimes d'accidents collectifs. Vers la notion de « groupe circonstanciel »*, politix, vol.11, num.44, 1998 p.159.

⁴³ *Ibid.*, p.159.

⁴⁴ C. MAUGUET, « Le groupe de sociétés, définition et avantages structurels », <https://agicap.com/fr/article/groupe-de-societes/>.

La Responsabilité sociétale des entreprises (RSE) : Une *soft law* devenue incontournable pour garantir les droits des salariés

Roland GUIRAO

Docteur en droit public, URCA – CRDT

« *Ce qui donne un sens à la vie donne un sens à la mort* ».

Antoine de Saint Exupéry

La définition largement répandue de la Responsabilité sociétale des entreprises (RSE) est celle qui émane de la Commission européenne. Elle la conçoit comme « l'intégration volontaire par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »¹. Une dizaine d'années plus tard, la Commission européenne a, dans une communication, considéré la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »². Le réajustement de cette définition par la Commission européenne est démonstratif de l'importance que ce concept occupe de plus en plus dans la vie des entreprises.

La RSE concerne toutes les entreprises sans considération particulière pour le secteur d'activité de celles-ci. Elle a vocation à intégrer dans le fonctionnement des entreprises, la prise en compte de mécanismes respectueux de l'environnement, du développement durable, de leurs clients et les fournisseurs, mais également de leurs salariés

qui sont désignés par la Commission européenne comme les parties prenantes. La notion de parties prenantes a connu plusieurs approches avant d'aboutir à deux principales. Au sens étroit, il s'agit de « tout groupe ou agent dont l'entreprise est dépendante pour sa survie (actionnaires, salariés, clients, fournisseurs) »³. Au sens large, il s'agit de « tout groupe pouvant affecter le fonctionnement de l'entreprise ou être affecté par celui-ci »⁴.

Que ce soit dans un sens comme dans un autre, on peut remarquer que les salariés sont une partie prenante indispensable au sein de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle ils sont considérés comme la « cible privilégiée » de la RSE.

Si à l'origine, la RSE était considérée comme une démarche volontaire des entreprises d'aller au-delà des règles de droit en instaurant des pratiques pour le bien-être de leurs salariés et se donner une bonne réputation, la situation a bien évolué à ce jour. Les consommateurs tiennent compte désormais de la responsabilité sociétale des

¹ Livre vert de la Commission Européenne, 2001, p.3.

² K. MARTIN-CHENUT, « La RSE saisie par le droit et par les juristes », in, *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, classiques GARNIER, Paris, 2017, p.206.

³ D. CAZAL, « Parties prenantes », in, *Dictionnaire Critique de la RSE*, Presses universitaires du septentrion, 2013.

⁴ *Ibid.*

⁵ I. DESBARATS, « La RSE : les salariés comme parties prenantes de l'entreprise », in, *La place des salariés dans l'entreprise*, Editions mare & martin, 2019, p.180.

entreprises avant d'acheter leurs produits. Certaines entreprises ont vu leurs actions en bourse connaître de grosses chutes ou ont connu des boycotts à la suite de révélations sur des comportements non éthiques à l'égard de leurs salariés ou de l'environnement. Ce qui devait être effectué sur la base du volontariat a connu une forte expansion au point de devenir une obligation légale avec l'adoption de la loi PACTE⁶.

Cependant, l'on est soucieux de se demander quel est l'intérêt de cette obligation légale qu'on pourrait qualifier de nouvelle quand on sait qu'il existe déjà un droit du travail très protecteur des salariés en France ? En d'autres termes, quelle est la valeur ajoutée réelle de la RSE dans la protection des salariés ?

La réponse à cette interrogation est perceptible dans la démonstration du caractère primaire *soft* de la RSE (I) et de sa métamorphose en règle incontournable salutaire, pour garantir le droit des salariés (II).

I. La RSE : Une *Soft Law* à l'origine, pour le droit des salariés

La RSE a été considérée comme une *soft law* parce qu'elle répondait à une démarche volontaire des entreprises (A) et consistait dans une certaine mesure qu'à instruire les salariés (B).

A. La RSE : Une démarche volontaire des entreprises

La prise en compte des pratiques de RSE au sein d'une entreprise consistait à volontairement établir un Code de conduite ou une charte éthique au sein de celle-ci et

éventuellement conclure un Accord-Cadre International.

Le Code de conduite ou la charte éthique volontairement instituée est, selon la Commission européenne, « une déclaration officielle des valeurs et pratiques commerciales d'une entreprise et, parfois, de ses fournisseurs. Un code énonce des normes minimales et atteste de l'engagement pris par l'entreprise de les observer et de les faire observer par ses contractants, sous-traitants, fournisseurs et concessionnaires ⁷ ».

Selon la jurisprudence nationale, il s'agit « d'un engagement unilatéral de volonté, qui ne saurait contredire des stipulations contractuelles ⁸ ». Pour la doctrine, on pourrait qualifier la RSE d'accord collectif dans la mesure où les normes éthiques ne sont quasiment jamais adoptées en conformité avec les conditions de validité des actes négociés⁹. C'est la raison pour laquelle la portée des Codes et chartes éthiques s'évalue sur la base du règlement intérieur.

La déduction qui s'impose au regard de tous les éléments ci-dessus est imparable. Le Code de conduite et la charte éthique dans leur état initial ont une portée juridique et contraignante amoindrie, voire inexistante.

C'est ce qui explique sans doute le recours parfois aux accords-cadres internationaux afin de légitimer les démarches éthiques. Ces accords vont permettre aux représentants syndicaux de négocier avec les dirigeants une application effective du code de conduite ou de la charte éthique au sein de l'entreprise, mais surtout sur le territoire de tous les pays où opère l'entreprise.

Dans un cas comme dans un autre, les pratiques de la RSE étaient une sorte de bienveillance de l'entreprise qui pouvait

⁶ Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises. Entrée en vigueur le 22 mai 2019.

⁷ Livre vert de la Commission Européenne, 2001, p.27.

⁸ Cass, soc, 2 mars 2016, n° 14-16.414 à 14-16.420.

⁹ I. DESBARATS, « La RSE : les salariés comme parties prenantes de l'entreprise », in, *La place des salariés dans l'entreprise*, op.cit, p.182.

consister aussi à informer les salariés sur le droit et son application.

B. La RSE : une démarche instructive à l'égard des salariés

Selon certains auteurs¹⁰, l'avènement et l'expansion des pratiques de RSE sont salutaires pour garantir le droit des salariés. En l'absence d'un caractère contraignant, ces pratiques instaurées volontairement par les entreprises revêtent une sorte d'espoir pour l'amélioration de leurs droits.

Comme évoqué précédemment, l'instauration volontaire des pratiques RSE se fait par des documents qui ont vocation à informer le salarié de ses droits et devoirs, mais également de prendre l'engagement pour l'entreprise de respecter ses droits. On peut donc parler d'un caractère pédagogique et informatif des pratiques RSE¹¹.

Ce caractère informatif se perçoit aussi à travers des communications annuelles des entreprises sur les efforts et les actions mises en œuvre pour garantir ou faire croître l'égalité homme – femme en leur sein. Elles démontrent également les efforts de volonté constants de ne pas rompre ou limiter le dialogue avec les salariés par la publication du nombre de réunion avec le comité d'entreprise ou les représentants du personnel.

En revanche, les pratiques de RSE peuvent être aussi instructives pour une autre catégorie de salariés. Il s'agit de ceux qui songent ou qui ont le désir d'intégrer l'entreprise. En effet, le postulant peut sur la base des rapports annuels et de la réputation de l'entreprise pour laquelle il candidate se faire une idée du

niveau d'exemplarité de celle-ci en termes de pollution, d'impact sur l'environnement et d'attitudes vis-à-vis de ses ressources humaines.

D'ailleurs, en France, il existe plusieurs sortes de classement des entreprises en matière de bonne gestion des ressources humaines. Les plus connus sont « Best Place to Work » et « Top Employeurs »¹². Ces distinctions sont octroyées sur la base d'un certain nombre de critères que sont d'une part, la satisfaction des salariés à savoir le niveau de confiance qu'ils accordent à leur hiérarchie, le plaisir qu'ils ont à travailler pour l'entreprise. D'autre part, elles sont basées sur les conditions de travail et les moyens mis en œuvre pour leur développement professionnel.

Ces démarches instructives et d'évaluation émanaient de la seule et libre volonté des entreprises. Elles le faisaient dans l'optique certes de contribuer au bien-être de leurs salariés, mais surtout pour améliorer leur réputation et être citées en exemple.

Cependant, l'exigence légale de ces démarches instructives est qu'elles doivent être sincères, précises et exactes. On assiste sans doute au premier passage à la dimension incontournable de la RSE.

II. La dimension incontournable de la RSE pour garantir le droit des salariés

Au fil des années, les pratiques RSE sont passées de volontaires à légalement obligatoires à l'égard des entreprises. Ce changement a connu son apogée avec la loi PACTE qui a impulsé de nouvelles exigences aux entreprises (A). Ce changement de cap de

¹⁰ B. DUBRION et E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *Semaine sociale Lamy*, N° 1576, 18 mars 2013.

¹¹ P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires - Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337.

¹² B. DUBRION et E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *op.cit.*

la RSE a aussi impacté d'autres catégories de salariés (B).

A. Les nouvelles exigences de la RSE impulsées par la loi PACTE

Avec la promulgation de la loi PACTE, les entreprises ont l'obligation de garantir une bonne représentation des salariés au sein des conseils d'administration et de surveillance. Avant la promulgation de cette loi, les entreprises composées d'un millier de salariés ou 5000 en France et à l'étranger devaient justifier d'au moins deux représentants de salariés lorsque le nombre des membres non-salariés était supérieur à douze. En revanche, si le nombre des membres non-salariés est inférieur ou égal à douze, l'entreprise ne pouvait justifier que d'un seul représentant des salariés. Désormais, si le nombre des représentants des salariés n'augmente pas, celui des membres non-salariés ne peut excéder huit.

La représentation des salariés actionnaires a elle aussi fait l'objet de modification par la loi PACTE. Si les dispositions du Code de Commerce (L225-23), obligent la représentation de salariés actionnaires détenant plus de 3% du capital social en l'absence d'un salarié élu aux conseils d'administration et de surveillance dans les entreprises cotées, la loi PACTE pérennise cette obligation et l'élargit aux entreprises et sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et franchissant un certain seuil d'effectif¹³.

Dans l'optique de les rendre aptes à la compréhension des défis de l'entreprise et de les emmener à apporter des propositions pertinentes, la loi PACTE a augmenté les heures de formation sollicitées par les représentants salariés en les passant de 20 à

40 heures. Ces avancées peuvent être qualifiées de timorées,¹⁴ mais il n'empêche qu'elles sont quand même notables.

Par ailleurs, la loi PACTE vient compléter les dispositions du Code du travail (L1132-1) en étendant l'interdiction des discriminations basée sur un motif prohibé aux procédures de nomination à des fonctions exécutives. La loi va également exiger la parité homme-femme au sein des organes de directions qui risquent de voir frapper de nullité leurs décisions en cas de non-respect de cette exigence (art 189).

La loi PACTE va également intervenir en vue de favoriser une redistribution plus équitable des valeurs produites par l'entreprise. Elle prescrit donc aux entreprises d'effectuer des négociations avec les salariés dans l'optique d'établir des régimes de branche d'épargne salariale.

Depuis le drame du Rana Plaza, les pratiques RSE en matière de prévention de la santé et de la sécurité des travailleurs ont été aussi durcies par la loi française. Il ne s'agit plus de faire la promotion de la santé des travailleurs. Désormais, certaines entreprises ont l'obligation d'instaurer un plan de vigilance sur lequel elles devront s'appuyer pour respecter le devoir de vigilance.

En définitive, nous pouvons affirmer notre total accord avec les conclusions du rapport Notat-Senard, qui estiment que « l'entreprise ne se résume pas à la réalisation de profits : elle a une dimension sociale, environnementale¹⁵ ». Désormais, les entreprises ne peuvent plus s'exempter de prendre en considération l'importance des enjeux sociaux et environnementaux. D'ailleurs, on constate une distanciation de profits de 13% selon une étude de « Stratégie France » entre les entreprises qui se sont approprié les pratiques de la RSE et celles qui

¹³ L. ENJOLRAS, « Le volet RSE de la loi PACTE », *Revue Lamy droit des affaires*, N° 150, 1^{er} juillet 2019.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Rapport Notat-Senard, l'entreprise, objet d'intérêt collectif, 9 mars 2018.

ne le sont pas. Les pratiques RSE ne peuvent qu'être bénéfiques pour la prospérité de l'entreprise d'où l'obligation de les appliquer à la fois à tout type d'entreprises et de salariés.

B. L'obligation d'appliquer les pratiques RSE à d'autres catégories de salariés

Cette prise en compte est démonstrative du renforcement de la dimension contraignante de la RSE. La démarche volontaire d'alors est désormais une obligation de prendre en compte une certaine catégorie de salariés. Il s'agit des salariés des plateformes numériques. Mais, l'on souhaiterait aussi que soient pris en compte les salariés détachés.

En ce qui concerne les salariés des plateformes numériques, le législateur a considéré qu'à défaut de leur reconnaître la qualité de travailleurs salariés ou aléatoires, il obligerait les plateformes numériques à être socialement responsables vis-à-vis de ces salariés. C'est en cela que l'article L7342-1 du Code du travail dispose que « Lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix, elle a, à l'égard des travailleurs concernés, une responsabilité sociale qui s'exerce dans les conditions prévues au présent chapitre ».

Cette responsabilité sociale telle qu'indiquée par le législateur implique une amélioration des conditions de travail, la prévention des risques professionnels auxquels les travailleurs peuvent être exposés, un dialogue entre la plateforme et les travailleurs sur les conditions d'exercice de leur activité professionnelle¹⁶ ainsi que l'instauration d'un droit de grève¹⁷. Cela révèle l'importance et le caractère contraignant novateur réel de la

RSE qui pourrait s'étendre à d'autres catégories de salariés.

Il s'agit des salariés détachés qui travaillent sous le couvert d'une législation européenne et nationale qu'on pourrait qualifier de satisfaisante. Néanmoins, il n'empêche que cette législation présente quelques imperfections qui servent à diverses fraudes, notamment les recours à des faux travailleurs indépendants, les recours au régime des pluriactifs, la création d'une entreprise « boîte aux lettres » auxquelles les entreprises s'adonnent. Les pratiques RSE aideraient donc à y remédier.

Les solutions que pourrait apporter la RSE aux salariés détachés sont suggérées par la professeure Donnette-Boissière¹⁸. Elle estime que la RSE pourrait atténuer considérablement voire éradiquer la fraude en plus de mieux encadrer les cas de salariés qui dans les faits sont en situation de détachement, mais ne sont pas soumis à son cadre légal et donc pas protégés convenablement. Par ailleurs, ce serait pour les entreprises une façon d'exporter cette pratique dans un État qui ne l'applique sans doute pas et donner ainsi des idées aux dirigeants ou au législateur de cet État.

Concrètement, selon la professeure, intégrer la RSE dans l'encadrement légal des salariés détachés conviendrait à s'engager à respecter les conditions de travail et de salaire du pays d'accueil. En revanche, si ces conditions sont en deçà des exigences du pays de l'entreprise (la France par exemple), celle-ci doit s'engager à aller au-delà des exigences du pays d'accueil si elles existent ou se référer aux prescriptions de l'OIT (Organisation Internationale du Travail). Ce qui pourrait engendrer, sur le long terme, un droit harmonisé du travail.

¹⁶ Article L 7342-9 du Code du Travail.

¹⁷ Article L 7342- 5 du Code du Travail.

¹⁸ A. DONNETTE-BOISSIÈRE, « RSE et détachement », *Revue Lamy droit des affaires*, N° 150, 1^{er} juillet 2019.

Nous n'en sommes pas encore à ce stade. Cependant, avec le nouveau statut que lui accorde la loi PACTE, la RSE se trouve dans

une dynamique porteuse de grands espoirs pour le futur.

Les modes diplomatiques de règlement des différends à l'épreuve du conflit russo-ukrainien

Par Edwige BIESSOU

ATER en droit public à l'URCA – CRDT

À *Mor Niang*

« *Nos morts vivent dans nos cœurs. C'est la forme d'immortalité la plus consolante et celle à laquelle je tiens le plus* ».

David Servan-Schreiber

« Soit la diplomatie, soit la guerre totale »¹. Par ces mots, l'ancien président français Nicolas Sarkozy semble enfermer la diplomatie et la guerre dans un système horizontal où toutes deux auraient la même valeur. Les États pourraient donc librement recourir soit à la diplomatie, soit à la force en cas de « désaccord sur un point de droit ou de fait »². Si ce principe a pendant longtemps prévalu, il est aujourd'hui rejeté par la communauté internationale³. Il est en effet – et ce – depuis le XXème siècle interdit de recourir à la force dans les relations internationales. Cette interdiction a même été érigée en norme impérative. Parallèlement, l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques, qui en est le corollaire⁴, a également acquis valeur impérative⁵.

Celle-ci est affirmée par les articles 2, paragraphe 3, et 33 de la Charte des Nations Unies, et avec plus de force encore, par la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États », votée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 24 octobre 1970. D'après ce texte : « Tous les États *doivent* régler leurs différends internationaux avec d'autres États par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ».

Les États jouissent toutefois d'une totale liberté quant au choix du mode de règlement pacifique. Ceux-ci peuvent emprunter la voie de la diplomatie, tout comme celle des instances juridictionnelles. Le

¹ Extrait du discours de l'ex-président français Nicolas Sarkozy à la sortie de son entretien avec l'actuel président français Emmanuel Macron le 25 février 2022.

² La CPJI définit le différend comme « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ». In CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 sur les exceptions préliminaires, série A, n°2, p. 11.

³ Voir Résolution A/ES-11/L.1 de l'Assemblée générale de l'ONU votée le 1^{er} mars 2022 relative à l'agression contre l'Ukraine.

⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, Recueil 1986, p. 145.

⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 8^e édition, 2009, p. 918.

consensualisme strict du mode juridictionnel a néanmoins pour conséquence que la très grande majorité des différends entre États se règle par la voie diplomatique. Ce mode de règlement moins satisfaisant « quant aux possibilités de réalisation du droit, mais plus conforme à la structure de la société internationale »⁶ tend à l'adoption par l'organe de règlements d'une solution acceptable par les deux parties. Le compromis peut ainsi être le résultat d'une négociation, de bons offices, d'une médiation ou d'une conciliation.

La négociation, les bons offices et la médiation sont des procédures informelles de règlement. Tandis que la négociation se limite au sens strict à un tête-à-tête bilatéral entre les deux parties au différend, les bons offices et la médiation font intervenir une tierce personne. La médiation se distingue des bons offices par le degré plus élevé d'intervention du tiers, qu'on pourrait qualifier de mission active. La conciliation quant à elle se rapproche des modes juridictionnels en ce qu'elle comporte une organisation procédurale plus complexe et une plus grande autonomie de l'organe de règlement par rapport aux parties⁷.

Cela dit, en l'état actuel de son développement, la communauté internationale ne peut exiger que les parties à un différend aboutissent à un règlement effectif. L'alternative est dès lors de multiplier les pressions en ce sens, par le recours à des sanctions tant collectives qu'individuelles. Les récents événements survenus sur le continent européen en sont

une parfaite illustration puisqu'elles font état d'importantes sanctions économiques et politiques prises à l'encontre de la Russie afin de la contraindre à retirer ses troupes de l'Ukraine⁸. Le contexte – *il faut le souligner* – est particulièrement tragique. Le jeudi 24 février 2022 à 5h30 – heure de Moscou –, le président russe Vladimir Poutine annonce à la télévision sa décision de « mener une opération militaire spéciale » pour « démilitariser et dénazifier l'Ukraine ». Cette agression autorisée par le Conseil de la Fédération de Russie vise selon les termes du discours diffusé à « protéger les personnes qui, depuis huit ans, sont victimes d'intimidation et de génocide de la part du régime de Kiev »⁹. D'autant que d'après M. Poutine les moyens déployés pour une solution pacifique du conflit n'ont « aucune perspective ». La guerre se présente dès lors comme la seule issue possible.

Le choix russe d'un règlement militaire du différend qui l'oppose à l'Ukraine soulève d'innombrables questions quant à la pertinence des procédés diplomatiques de résolution des conflits. Ne faudrait-il pas privilégier une autre voie de règlement lorsque l'une des parties ou les deux n'ont clairement pas la volonté d'aboutir à une solution pacifique ?

La réponse peut paraître laxiste, voire permissive. Pourtant, dans le cadre de la guerre en Ukraine, la diplomatie reste la meilleure option. Comme l'a rappelé le président français Emmanuel Macron, la solution à la guerre en Ukraine ne peut être que politique et la base reste les accords de

⁶ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 12e éd, 2016, p. 566.

⁷ *Ibid.*, pp. 569-570.

⁸ Plusieurs organisations sportives ont banni les équipes russes des compétitions ; l'UE a gelé les avoirs de hauts dignitaires du régime russe dont le président russe lui-même. Elle a également pris d'autres mesures restrictives telles que l'interdiction du survol de l'espace aérien de l'Union pour tous les transporteurs russes ou encore la suspension de diffusion dans l'Union des médias d'État

Russia Today et Sputnik. In Catherine Maia, « ANALYSE : Aggression de l'Ukraine par la Russie : réflexions sur l'impuissance du Conseil de sécurité », *MULTIPOL - Réseau d'analyse et d'information sur l'actualité internationale*, 5 mars 2022.

⁹ Traduction française publiée par La revue politique et parlementaire le 24 février 2022. Disponible sur [[Intervention du Président Poutine - Revue Politique et Parlementaire](#)], consulté le 11/03/22.

Minsk dans le cadre du format Normandie. Ces accords n'ont certes pas réussi à apaiser les tensions (I), mais face à un adversaire détenteur de l'arme nucléaire et qui menace de surcroit de s'en servir, la diplomatie demeure l'unique moyen de sauver des vies humaines (II).

I. L'échec des tentatives de « désescalade »

L'invasion de l'Ukraine n'est pas « le fruit d'une lubie subite »¹⁰. Elle pourrait trouver ses origines dans l'indépendance de l'Ukraine en 1991, à la suite de la dislocation de l'URSS. Néanmoins, la décennie 2010 a marqué un tournant décisif dans les relations russo-ukrainiennes. Les faits remontent à l'année 2007 lorsque l'Ukraine envisage un rapprochement avec les États européens et négocie pendant plusieurs années un contrat d'association avec l'Union européenne (UE). Le gouvernement ukrainien décide finalement d'interrompre le processus en novembre 2013 alors que le contrat d'association a été établi. En réponse à ce revirement, un mouvement insurrectionnel parfois appelé euro-maidan éclate au cœur de Kiev. Fortement réprimée par les forces de l'ordre, la protestation pro-européenne aboutit en février 2014 à la destitution du président en exercice Viktor Ianoukovytch.

Les autorités russes contestent la légitimité du nouveau gouvernement ukrainien considéré comme hostile aux populations russophones. Afin d'assurer la protection desdites populations, le Conseil de la Fédération de Russie autorise le 1^{er} mars le recours à la force armée sur le territoire ukrainien. Dans les jours qui suivent, la Crimée proclame son indépendance et décide de son rattachement à la Russie. De façon concomitante, des

manifestations pro-russes s'intensifient dans l'Est de l'Ukraine, à Kharkiv et dans la région du Donbass. Elles évoluent en une véritable insurrection armée en avril 2014 où s'affrontent mouvements rebelles pro-russes et armée régulière. Le conflit s'enlisant, les entités sécessionnistes du Donetsk et de Louhansk proclament à leur tour leur indépendance respectivement le 7 avril 2014 et le 11 mai 2014. La situation se dégrade avec des éclosions de violences dans le sud-est de l'Ukraine.

Dans l'optique de mettre un terme au conflit entre l'armée ukrainienne et les séparatistes soutenus par Moscou, un accord de cessation des hostilités est signé le 5 septembre 2014 à Minsk grâce aux bons offices de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). L'accord, connu également sous le nom de Protocole de Minsk I, a été rédigé et approuvé par le groupe de travail trilatéral composé des représentants de la Russie, de l'Ukraine et de l'OSCE. Les représentants des territoires séparatistes du Donetsk et de Louhansk ont également consenti à l'application dudit Protocole. Les termes de l'accord ressemblent largement au plan de paix en quinze points proposé par l'ancien président ukrainien Petro Porochenko. Schématiquement, le protocole impose entre autres un cessez-le-feu bilatéral immédiat, l'adoption par l'Ukraine d'une loi relative au statut spécial des régions du Donetsk et de Louhansk, l'organisation d'élections locales libres dans les régions susvisées, la poursuite d'un dialogue national, la libération des otages et des personnes retenues illégalement. Le protocole a été complété le 19 septembre 2014 par un Mémorandum qui précisait les conditions d'un cessez-le-feu. Si l'accord n'est pas parvenu à mettre un terme aux combats, il en

¹⁰ C.-A. CHASSIN, « La guerre en Ukraine : une analyse de droit international », *Institut international des Droits de l'Homme et de la Paix*, 3 mars 2022, p. 9.

a sensiblement diminué l'intensité jusqu'à ce qu'il échoue courant décembre 2014¹¹.

C'est dans ce contexte qu'un second Accord de Minsk est signé le 12 février 2015 par les représentants de la Russie, de l'Ukraine, de l'OSCE, du Donetsk et de Louhansk. Il vient préciser les conditions de mise en œuvre des mesures imposées par Minsk I qui opposaient les deux parties. Des délais et un calendrier de mise en application de Minsk I sont fixés. L'accord stipule par exemple que le premier jour après le retrait des armes lourdes, un dialogue sera entamé sur les modalités de la tenue d'élections locales conformément à la législation ukrainienne et à la loi de l'Ukraine « sur un ordre temporaire de gouvernement local dans certaines zones des régions de Donetsk et de Louhansk »¹².

Toutes les précisions apportées n'ont cependant pas empêché des violations incessantes des Accords de Minsk. S'inquiétant de la situation sécuritaire en Europe, le président de la République française accueille le 9 décembre 2019 à Paris avec la Chancelière Allemande, les présidents russe et ukrainien pour un sommet en format Normandie. L'objectif est clair : apaiser les tensions entre la Russie et l'Ukraine. Après de longues heures de discussion, les parties au conflit se sont engagées à mettre totalement et intégralement en œuvre le cessez-le-feu. Cependant, à y regarder de plus près le Protocole de Minsk ne satisfait aucune des parties. D'une part, la Russie et les séparatistes n'avaient aucune garantie que leurs intérêts seraient protégés si les armes et les troupes étaient retirées. D'autre part, les

responsables ukrainiens, soucieux de leur cote de popularité, n'étaient pas certains de rester au pouvoir si un statut spécial était reconnu aux territoires séparatistes¹³.

Il ne fut alors guère étonnant de voir les affrontements perdurer dans l'est de l'Ukraine. En réaction au non-respect des Accords de Minsk, la Russie renforce progressivement sa présence militaire à la frontière ukrainienne. C'est l'escalade tant crainte par les pays européens. Assurant la présidence de l'UE, le président français Emmanuel Macron organise début février 2022 plusieurs visites diplomatiques en vue d'une résolution pacifique du différend. Il se rend à Kiev après s'être entretenu à Moscou avec le président russe Vladimir Poutine, lequel a demandé que soit bloquée une éventuelle adhésion de l'Ukraine à l'OTAN afin de garantir l'autonomie des territoires séparatistes. De son côté, Kiev craint qu'un tel compromis ne soit convenu à ses dépens. S'exprimant lors d'un point de presse, le ministre ukrainien des affaires étrangères a déclaré que l'Ukraine n'accepterait aucun ultimatum pour apaiser les tensions avec la Russie¹⁴.

Malgré les bons offices du président français, la tension s'intensifie dans le Donbass. Le 19 février 2022, la Russie évoque un tir d'obus parti, semble-t-il, d'Ukraine qui aurait frappé les environs de Rostov-sur-le-Don. L'Ukraine conteste immédiatement ce tir. Le même jour, les entités sécessionnistes du Donbass lancent un appel à la mobilisation générale. Face au blocage, la Doma russe demande au Président de reconnaître la souveraineté des deux

¹¹ Pour un rappel historique plus exhaustif, cf. « Tout ce qu'il faut savoir sur les Accords de Minsk en 22 questions », publié le 06/12/2019 sur [<https://www.jeanjaures.org/publication/tout-ce-qu'il-faut-savoir-sur-les-accords-de-minsk-en-22-questions/>], consulté le 12/03/2022.

¹² Pour les autres mesures, voir le texte complet des Accords de Minsk II.

¹³ Il faut rappeler à ce propos les affrontements entre nationalistes ukrainiens et forces de police à la suite de

l'adoption le 31 août 2015 des amendements constitutionnels de décentralisation exigés aux termes des Accords de Minsk. Le processus a même été interrompu.

¹⁴ Cf. N. ZINETS et P. POLITYUK, « Ukraine : "Pas de trahison" durant la visite de Macron, dit Kiev », *La Tribune*, 09/02/2022. Disponible sur [<https://www.latribune.fr/depeches/reuters/KBN2KE23T/ukraine-pas-de-trahison-durant-la-visite-de-macron-dit-kiev.html>], consulté le 12/03/2022.

républiques autoproclamées de Donetsk et de Louhansk. En violation des accords de Minsk, le président russe reconnaît officiellement les Républiques populaires autoproclamées de Louhansk et de Donetsk le 21 février 2022. Trois jours plus tard, accusant l'Ukraine d'être un État nazi commettant un génocide sur les populations russophones, Vladimir Poutine ordonne aux troupes russes d'entrer sur le territoire ukrainien par plusieurs points d'accès. C'est le début de l'invasion de l'Ukraine.

II. La nécessité d'une poursuite des négociations : l'exemple des pourparlers russo-ukrainiens sur un cessez-le-feu

La guerre en Ukraine sonne le glas des Accords de Minsk. Le compromis tant recherché relève désormais du passé. Les paroles ont cédé la place aux armes. Mais l'espoir de faire taire les chars de guerre n'est pas encore perdu. Les autorités russes et ukrainiennes ont bien compris qu'au-delà de leurs divergences politiques, la diplomatie reste la seule voie possible d'obtenir un cessez-le-feu. Elles ont en ce sens multiplié les rencontres diplomatiques. Les premières négociations eurent lieu le lundi 28 février 2022 à la frontière ukraino-bélarusse, dans la région de Gomel. Les négociateurs des deux pays se sont ensuite retirés après avoir pris connaissance des propositions et contre-propositions de l'autre partie, tout en envisageant un second tour. Ce dernier s'est tenu le jeudi 3 mars à la frontière entre la Pologne et la Biélorussie. Kiev avait trois revendications : un cessez-le-feu immédiat, l'armistice et la mise en place de couloirs humanitaires afin d'évacuer les civils pris au piège par les bombardements. Moscou pour sa part exigeait que l'Ukraine soit neutralisée par le biais d'une opération de démilitarisation et de dénazification et qu'elle

reconnaisse par ailleurs l'annexion de la Crimée.

La délégation ukrainienne a cependant jugé que les prétentions russes étaient inacceptables. Les parties n'ont pu dès lors s'accorder que sur la mise en place de couloirs humanitaires. L'accord de cessez-le-feu temporaire n'a finalement été appliqué que le mardi 9 mars 2022 pour permettre l'évacuation des civils en provenance de Kiev, ainsi que des villes de Soumy, Kharkiv, Tchernigov et Marioupol.

Sur le terrain la situation reste tendue, néanmoins sur le front diplomatique de nouveaux pourparlers sont organisés sous les auspices du président turc Recep Tayyip Erdogan. Les négociations se sont déroulées le jeudi 10 mars 2022 entre les ministres des Affaires étrangères russe et ukrainien. Le cadre turc n'a toutefois pas ouvert la voie à un apaisement. Aucun accord de cessez-le-feu n'a été conclu. Alors que les protagonistes ont modéré leurs exigences avant la tenue de ce sommet. Les diplomates russes ont en effet affirmé que la Russie ne cherchait pas à renverser le gouvernement ukrainien, contrairement à ce qui a été annoncé le 24 février. Cet adoucissement serait dû à la volonté du président ukrainien de reléguer au second plan l'adhésion de l'Ukraine à l'OTAN.

Quoi qu'il soit, les parties au conflit sont conscientes du fait qu'elles doivent parvenir le plus rapidement possible à un compromis si elles veulent épargner les populations civiles. Le ministre ukrainien Dmytro Kuleba a lui-même rappelé lors de son déplacement en Turquie la nécessité de trouver une solution humanitaire à cette guerre.

La situation semble évoluer dans ce sens depuis les annonces de Vladimir Poutine ce vendredi 11 mars 2022. Selon l'agence de presse russe, le président Poutine a indiqué à son homologue biélorusse Alexandre

Loukachenko que des avancées lui ont été signalées par ses négociateurs. Interrogé sur les récentes déclarations de Poutine, Volodymyr Zelensky s'est dit « content d'avoir un signal de la Russie ». Le président ukrainien a en outre précisé que lors des dernières discussions, Moscou ne posait plus simplement des ultimatums ; ce qui constitue « une approche fondamentalement différente » et par ricochet redonne espoir à de nombreuses victimes de cette guerre.

Il va sans dire que la recherche d'une sortie de crise par les voies diplomatiques n'empêche pas le recours aux juridictions internationales. Les procédés politiques et juridiques peuvent se succéder « sans autre lien logique que celui défini par les tactiques des États »¹⁵. C'est en ce sens que l'Ukraine a saisi la Cour internationale de justice d'un contentieux contre la Russie le 27 février 2022. La requête introductory se fonde sur la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide adoptée en 1948. L'Ukraine entend démontrer que l'intervention russe visant à prévenir et réprimer un soi-disant génocide

est dépourvue de tout fondement juridique (§ 21 de la requête). Bien au contraire, elle accuse elle-même la Russie de planifier un génocide en Ukraine (§ 24 de la requête). La requête est accompagnée d'une demande de mesures provisoires, fondées sur l'article 41 du Statut de la Cour internationale de justice.

La responsabilité non plus de la Russie, mais des dirigeants russes peut parallèlement être recherchée sur le plan pénal eu égard à la gravité des crimes commis. Dans cette optique, Le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) a procédé le 2 mars 2022, à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Ukraine sur la base des renvois reçus. L'enquête portera sur toutes les allégations passées et présentes de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocide commis sur toute partie du territoire de l'Ukraine par toute personne à partir du 21 novembre 2013. Le processus sera indéniablement long ; cependant pourra-t-il pour la première fois aboutir au procès d'un président non africain à La Haye ? L'avenir nous le dira¹⁶.

¹⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 920.

¹⁶ Cet article ne tient pas compte des évolutions postérieures au 18 mars 2022.

L'adaptation du droit des contrats administratifs au droit des sociétés

Mark Arthur KERE

Doctorant en droit public à l'Université de Reims – CRDT

Le mode de gestion contemporaine des affaires de l'État rompt avec les pratiques unilatérales¹ pour donner place à l'affirmation de l'outil contractuel², perçu comme mode de gestion plus souple de l'action publique. Ce vaste mouvement est qualifié de contractualisation³.

Avec ce changement de paradigme, l'administration ne cesse d'utiliser le contrat pour, notamment, se procurer des biens et services, l'amenant à interagir avec les entreprises privées soumises à un régime de droit privé. Parmi les contrats auxquels la collectivité recourt, figurent les contrats de la commande publique⁴, les conventions d'occupation du domaine public⁵, les contrats de recrutement d'agents publics⁶ qui sont tous des contrats administratifs et par conséquent, régis par le droit public.

Si le juge a admis qu'aucune disposition n'empêche les personnes publiques de prendre part aux contrats de la commande publique⁷, et donc implicitement aux conventions d'occupation du domaine public, il n'en demeure pas moins que le cocontractant « privilégié » de la collectivité

reste l'entreprise en tant que société privée⁸. Or, l'administration cherche avant tout à garantir l'intérêt général⁹ alors que l'entreprise privée est orientée vers un but purement lucratif¹⁰.

Se pose donc la question de savoir comment deux droits aux essences foncièrement différentes que sont le droit public et le droit privé arrivent à cohabiter ensemble surtout dans le domaine des « affaires » ? Autrement dit, en prenant en compte les singularités inhérentes à la vie des entreprises privées, quelles sont les « atténuations » prévues par le droit des contrats administratifs, à leur endroit, pour la bonne marche du droit des affaires *lato sensu* ? Cette réflexion permet ainsi de mettre en lumière les ajustements directs ou indirects du droit public des affaires sur le droit des sociétés.

Pour y arriver, il nous semble opportun de rappeler d'abord la « suprématie » de principe du régime du droit public des affaires sur le droit des sociétés avant d'évoquer les différentes adaptations en vigueur. Pour ce faire, nous verrons dans une première partie

¹ JEGOUZO (Y.), « L'administration contractuelle en question », in *Mélanges en l'honneur de Frank Moderne, Mouvement du droit public : Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français au droit des autres*, Dalloz, 2004, p. 543.

² Conseil d'État, « Le contrat mode d'action publique et création de normes », Rapport pub. 2008, *EDCE* n° 59, La Documentation Française, 2008.

³ V. FORTIN (Y.), (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980, Actes de colloques des 12, 13 et 14 décembre 1996 à la Fondation nationale des sciences politiques de Paris*, L'Harmattan, 1999, p. 6 et s.

⁴ Pour la définition : V. Art. L. 2 CCP.

⁵ C'est le contrat par lequel la collectivité autorise l'occupation privative d'une dépendance du domaine public.

⁶ V. loi du 06 août 2019 sur la transformation de la fonction publique et ses décrets d'application.

⁷ CE, 14 juin 2019, *Société Armor SNC*, n° 411444, Publié au recueil *Lebon*.

⁸ V. CE avis, 23 octobre 2003, *EDCE*, n° 55, p. 207 ; CP-ACCP 2004, n° 34, note FATÔME (E.).

⁹ RICHER (L.) et LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, p. 35.

¹⁰ COZIAN (M.) et alii., *Droit des sociétés*, 33^e éd., LexisNexis, 2020, p. 1.

la nature dérogatoire du régime des contrats administratifs (I) avant d'analyser, dans une seconde partie, son assouplissement vis-à-vis du droit des sociétés (II).

I. La nature dérogatoire du régime des contrats administratifs

Le droit de la commande publique et des conventions d'occupation du domaine public sont régis par des règles spécifiques au regard de leur caractère administratif. Par ailleurs, la particularité de leurs objets respectifs a nécessité l'aménagement de principes supplémentaires.

Ainsi, pour la commande publique, il lui a été consacré certaines règles cardinales¹¹ à telle enseigne que l'on parle dorénavant de principes constitutionnels de la commande publique¹² : il s'agit de la liberté d'accès, le principe de transparence et l'égalité de traitement¹³.

Tous ces principes visent à assurer l'efficacité de la commande publique de même que la bonne gestion des deniers publics¹⁴. Pour ce faire, des procédures de mise en concurrence ont été instaurées pour la désignation du choix du cocontractant¹⁵. Ainsi, pour candidater, les soumissionnaires que sont les entreprises de droit privé sont tenus au strict respect des conditions de candidatures imposées par l'administration au risque de leur exclusion¹⁶.

De ce fait, si au terme de la procédure, un contrat de la commande publique devrait être

conclu, on peut y voir quand même des traces d'« *unilatéralisme* »¹⁷. Mieux, étant donné que le contrat administratif est un outil de dévolution du service public¹⁸, il est permis à la personne publique de le modifier unilatéralement¹⁹ et les contrats de délégation de service public prévoient même des clauses réglementaires²⁰. Tous ces éléments montrent clairement que le droit des contrats administratifs a tendance à s'affirmer sur le droit des entreprises dans la mesure où la personne privée contractante est soumise à ses règles contraignantes, en l'occurrence, celles de la commande publique.

Quant aux conventions d'occupation du domaine public, elles sont couvertes par les principes généraux du droit des propriétés publiques que sont l'impréscriptibilité, l'inaliénabilité et l'insaisissabilité²¹. Il convient de souligner que l'appropriation à des fins personnelles du domaine public, même par anticipation, fait naître le concept d'usage privatif, et donc l'assujettissement à une procédure de sélection²².

C'est ce titre d'occupation²³ qui permet de protéger la dépendance domaniale car, avant de l'octroyer, le gestionnaire domanial est tenu de s'assurer du respect de l'occupation projetée vis-à-vis de la dépendance concernée. En effet, il doit vérifier que celle-ci est soit conforme, soit compatible à la destination du bien²⁴. Pour cela, le titre revêt un caractère personnel, précaire et révocable²⁵. C'est justement sur la base de ces caractères protecteurs que le juge a toujours méconnu la

¹¹ V. not. Cons. Const. *Décision n° 93-316 DC* du 20 janvier 1993 ou Cons. Const. *Décision n° 2003-473 DC* du 26 juin 2003.

¹² BRACONNIER (S.), *Précis du droit de la commande publique*, 7^e éd., Le Moniteur, 2021, p. 14.

¹³ Art. L. 3 CCP.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Art. R. 2181-2 à R. 2181-4 CCP.

¹⁶ V. art. L. 2141-1 à 10 et L. 3123-1 à 17 CCP.

¹⁷ PEQUIGNOT (G.), *Théorie Générale du contrat administratif*, Pédone, 1945, p. 433.

¹⁸ HOEPFNNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, p. 616.

¹⁹ CE, 21 mars 1910, *Cie générale des tramways*, n° 16178, publié au *Lebon*.

²⁰ V. CE, 09 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982.

²¹ Art. L. 3111-1 CG3P.

²² Art. L. 2122-1-1 CG3P.

²³ Qui peut être unilatérale ou conventionnelle : V. Art. R. 2122-1 CG3P.

²⁴ CE 30 mars 1973, *Schwetzoff*, n° 88151, *Rec.* p. 264.

²⁵ Art. L. 2122-3 CG3P.

conclusion de baux commerciaux²⁶, notamment²⁷, sur le domaine public. En effet, il est vrai qu'en raison du régime également protecteur du bail commercial²⁸, il serait assez difficile de leur assurer une cohabitation avec le domaine public²⁹.

A contrario, il est tout à fait possible qu'un bail commercial ou de droit privé classique conclu sur le domaine public se meut en occupation domaniale, donc en contrat administratif dès lors que les conditions d'aménagements et de nécessité de service public sont réunies³⁰; preuve que l'intérêt général supplante nettement les intérêts privés des entreprises privées.

Toutefois, la quête de valorisation économique des propriétés publiques³¹ et les impératifs du droit des entreprises conduisent le droit des contrats administratifs à prévoir quelques assouplissements.

II. Les assouplissements du droit des contrats administratifs à l'égard du droit des sociétés.

Pour diverses raisons³², un contrat administratif peut faire l'objet d'une cession. Celle-ci est définie comme le procédé ayant « *pour effet de remplacer le titulaire initial auquel l'acheteur a initialement attribué le*

²⁶ CE, 20 janvier 1965, *Sieur Courvoisier et Commune de Mesmay*, n° 57708.

²⁷ Aussi des baux classiques de droit privé : V. CAA Marseille, 28 décembre 1998, *Commune de Cournonterral, req. 96MA1192*.

²⁸ V. art. 145-4 et s. *C. Com.*

²⁹ Position réaffirmée aussi bien par le juge judiciaire (CE 28 décembre 2009, *SARL Brasserie du théâtre, req. n° 290937*) que le juge civil (Civ. 3e, 10 mars 2010, *commune de Palavas-les-Flots*, n° 09-12.714).

³⁰ TC 3 décembre 1979, *ville de Paris*, n° 02143, *Lebon*.

³¹ BERNARDI (E-V), « Valorisation du domaine des collectivités territoriales : où en sommes-nous ? », *AJCT*, 2016, p. 608.

³² RICHER (L.), « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat », *AJDA*, 2014, p. 1925.

³³ Art. R. 3135-7 *CCP*.

³⁴ FATÔME (E.), « Les avenants », *AJDA*, 1998, p. 763.

marché public par un nouveau titulaire »³³. À ce titre, la cession de contrat constitue logiquement une modification substantielle³⁴ pouvant donc empiéter sur la concurrence³⁵ et par conséquent, emporte remise en concurrence³⁶.

Toutefois, il a été admis que la cession de contrat peut être conclue sans remise en concurrence et sans publication au JOUE³⁷ notamment lorsqu'elle intervient « *à la suite d'une opération de restructuration initiale...* »³⁸. Cette règle vise à rendre compatible le droit de la commande publique avec les différentes réformes entamées par les entreprises pour leur efficience ou même pour assurer leur survie³⁹.

On aperçoit donc ici que les contrats administratifs n'entendent pas faire obstacle aux opérations de (ré)organisation propre aux entreprises⁴⁰. Rappelons qu'au-delà des instruments qui peuvent être utilisés dans le cadre d'une restructuration (achat, fusions, acquisitions, etc.), l'effectivité de cette dernière nécessite que la structure juridique initiatrice de l'opération soit affectée⁴¹.

En ce qui concerne les conventions d'occupation du domaine public, il faut dire que leur « mixité » avec l'exploitation de fonds de commerce⁴² semblait inimaginable⁴³

³⁵ DAJ, *Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution*, Fiche technique, 2019.

³⁶ HOEPFNNER (H.), *op. cit.* (n°18), p. 630.

³⁷ Journal officiel de l'Union européenne

³⁸ Art. R. 2194-6, 2^o et R. 3135-6, 2^o *CCP*.

³⁹ RICHER (L.), « Retour sur la cession des contrats de la commande publique », *AJDA*, 2021, p. 1183.

⁴⁰ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C 454/06.

⁴¹ V. MASQUEFA (C.), *La restructuration*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 342, p. 99 et s., 2000.

⁴² V. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « Fonds de commerce et domaine public », *AJDA*, 2002, p. 790 : Le fonds de commerce est défini comme « *l'ensemble des biens mobiliers (corporels et incorporels) affectés à l'exercice de l'activité commerciale* ».

⁴³ CAA Marseille, 18 novembre 2003, *Commune de Nyer*, req. n° 02MA02338 ou CE 31 Juillet 2009, *Société Jonathan loisirs*, req. N°316534.

depuis la décision de 1965 par laquelle le juge administratif avait affirmé l'incompatibilité entre le « *caractère précaire et révocable de l'autorisation et l'exploitation d'un fonds de commerce* »⁴⁴. Or, vu que l'emplacement géographique d'une entreprise joue un rôle important sur sa stratégie commerciale⁴⁵, cette décision lui était donc défavorable.

Il a fallu que le juge judiciaire admette que seule la clientèle constitue l'essence même du fonds de commerce⁴⁶ et d'affirmer clairement que « *Quelle que soit son importance, le droit au bail ne constitue pas, de plein droit, un élément nécessaire du fonds qui peut exister en dehors de lui* »⁴⁷, pour que ces deux notions soient considérées comme compatibles.

Depuis 2014, le législateur a adopté la loi « Pinel » reconnaissant la possibilité à une entreprise privée d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public à condition d'avoir sa propre clientèle⁴⁸. Par ailleurs, sa cession est possible⁴⁹, à l'instar de la licence de taxis⁵⁰ notamment, en dépit du caractère personnel du titre qui l'accompagne⁵¹.

À cela, on aperçoit aussi une fonction « sociale » de la commande publique dans la mesure où la faillite du cocontractant n'est pas une cause de résiliation du contrat⁵² et

qu'une entreprise en redressement judiciaire peut même y prendre part⁵³.

De nos jours, il est évident que la complexification des contrats administratifs nécessite souvent l'intervention de règles de droit privé notamment en matière commerciale. Il s'en suit une véritable collision entre la « *logique administrative* » et la « *logique du marché* » laissant même présager le passage de « *statut d'espace public* » *stricto sensu* à celui de « *lieu juridique hybride* »⁵⁴. Quoiqu'il en soit, on remarque que certaines adaptations sont effectuées pour permettre un partenariat « gagnant-gagnant » entre la collectivité publique et les entreprises privées.

Le mouvement de contractualisation engendre une mitoyenneté constante entre le droit public et le droit privé causant *des* conflits de juridiction⁵⁵, notamment lorsque s'y invite la notion de procédures collectives⁵⁶. Si cette situation était récurrente, la question est dorénavant réglée avec le Tribunal des conflits⁵⁷ qui a consacré, selon les situations, le mécanisme de question préjudicielle⁵⁸.

Ainsi, si le juge des conflits tend à résoudre prudemment les conflits de juridiction, l'idéal serait de consacrer un bloc de compétences propre au juge des contrats administratifs et au juge privé afin d'éviter d'alourdir

⁴⁴ V. not. CE 28 avril 1965, *S^{te} X., D.* 1965, p. 655, obs. (L.) LAMARQUE, à propos de l'installation d'un bar-restaurant dans l'enceinte d'un aérodrome.

⁴⁵ [Choisir son emplacement pour créer son entreprise](http://lecoindesentrepreneurs.fr) (lecoindesentrepreneurs.fr)

⁴⁶ Cass. req. 23 octobre 1934, S. 1934, 1, p. 392 ; Cass. req. 15 février 1937, *DP* 1938, *jur.* p. 13, note CORDONNIER.

⁴⁷ V. Cass. com. 27 avril 1993, *Cts Schertzer c/ M^{me} Walter, n^o 91-19.819, Publié au bulletin*

⁴⁸ Art. 72 de la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, codifié à l'art. L. 2124-32-1 *CG3P*

⁴⁹ Art. L. 2124-34 *CG3P*.

⁵⁰ Art. L. 3121-2 du *C. trans.*

⁵¹ CE 10 mai 1989, *Claude Munoz, Rec.* p. 675.

⁵² CE 22 mars 1902, *Sieurs Chambon et Guébin, Lebon* 244.

⁵³ CE 25 janvier 2019, *Société Dauphin télécom*, n° 421844, *Lebon*.

⁵⁴ YOLKA (Ph.), « *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles* », *AJDA*, 2017, p. 1173.

⁵⁵ V. not. CE 09 décembre 2015, n° 391961 ; Cass. Civ. Com., 6 décembre 2016, n° 15-13.466, *Inédit*.

⁵⁶ V. not. ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015, art. 45 et art. 49 pour les marchés publics ; Délégations de service public et droit des procédures collectives, *Rev. marchés publics* 2011, n° 109 pour les concessions ; CE 17 avr. 2008, n° 277298, *Commune de Cagnes-sur-Mer pour le domaine public*.

⁵⁷ V. T. confl., 24 avril 2017, C4078.

⁵⁸ Pour la définition : V. Art. R. 771-2 et s. *CJA*

davantage le délai des décisions⁵⁹. Les contours et modalités de celui-ci pourront faire l'objet d'une étude approfondie.

⁵⁹ YOLKA (Ph.), *op. cit.* (n° 54)

L’article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution : un processus encore inachevé vers l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives

Charlotte MAGNIEN

Doctorante contractuelle en droit public comparé à l’Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre-Emmanuel RODRIGUEZ

Doctorant contractuel en droit public comparé à l’URCA – CRDT

Pour la troisième fois sous la Cinquième République, le second tour de l’élection présidentielle française s’est joué entre une femme et un homme. Pourtant, à ce jour, pas une seule femme n’a encore accédé à la présidence de la République. Ce sont huit hommes qui se sont jusqu’alors succédé : Charles de Gaulle (1959-1969), Georges Pompidou (1969-1974), Valéry Giscard d’Estaing (1974-1981), François Mitterrand (1981-1995), Jacques Chirac (1995-2007), Nicolas Sarkozy (2007-2012), François Holland (2012-2017) et Emmanuel Macron depuis le 14 mai 2017.

On aurait toutefois tort de penser que l’accès au palais de l’Élysée est réservé aux hommes. La participation des femmes à la vie politique du pays ainsi que leur possibilité d’accéder à des fonctions électives trouvent leur fondement juridique dans l’ordonnance du 21 avril 1944¹ dont l’article 17 dispose que « *Les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes* ». C’est la première étape d’un long processus vers la reconnaissance d’un principe d’égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives. Une reconnaissance nécessaire au

regard de la faible représentation des femmes en politique.

Les chiffres parlent d’eux-mêmes : ce n’est qu’en 1977 qu’une femme accéda pour la première fois aux fonctions de ministre sous la Cinquième République. Alice Saunier-Seïté avait été nommée ministre des Universités dans le deuxième gouvernement de Raymond Barre sous la présidence de Valéry Giscard d’Estaing. La fonction de Premier ministre a été exercée une seule fois par une femme, Édith Cresson, du 15 mai 1991 au 2 avril 1992 sous la présidence de François Mitterrand. La création du premier Secrétariat d’État à la condition féminine est l’œuvre du septennat de Valéry Giscard d’Estaing, septennat qui permit également d’étendre l’accès des femmes à vingt-sept catégories d’emploi qui leur étaient auparavant interdites au sein de la fonction publique.

Lors des élections législatives du 21 octobre 1945, premier scrutin national auquel les femmes participèrent, seulement trente-trois d’entre elles avaient été élues députées. Il est vrai que depuis lors, leur nombre n’a cessé d’augmenter sans toutefois atteindre une

¹ Ordonnance du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération, JORF du 22 avril 1944.

parfaite parité. Actuellement, le pourcentage de femmes au sein des deux chambres du Parlement français est de 41,6% à l'Assemblée nationale et de seulement 35,1% au Sénat². Cependant, jamais aucune femme n'a encore présidé l'Assemblée nationale ou le Sénat.

Dans le même ordre d'idées, on compte en France de plus en plus de femmes aux fonctions de maire ou de conseillers municipaux. Depuis 2020, selon les chiffres de la Direction de l'Information Légale et Administrative (DILA)³, 19,8 % des maires et 42,4 % des conseillers municipaux sont des femmes. Des chiffres qui contrastent avec ceux de 1983 où 4% des maires et 14% des conseillers municipaux étaient des femmes.

Aujourd'hui, l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 tend à garantir explicitement l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. En effet, celui-ci dispose que « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». L'intégration de telles dispositions au sommet de la hiérarchie des normes⁴ devrait être un gage d'effectivité en faveur d'un égal accès aux fonctions électives. Néanmoins, force est de constater que les femmes demeurent moins représentées en politique que les hommes.

Ainsi, l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution offre-t-il une pleine garantie de l'égal accès

des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ?

Si l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution française est un fondement constitutionnel favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives (I), celui-ci demeure insuffisant pour assurer une garantie concrète du principe (II).

I. L'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution, un fondement constitutionnel favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives

En dépit d'une résistance originelle du Conseil constitutionnel (A), l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives est favorisé par l'insertion de l'article 1^{er} alinéa 2 dans la Constitution ainsi que par la concrétisation bienvenue de celui-ci par le législateur (B).

A. De la résistance originelle du Conseil constitutionnel

Le principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives fut d'abord difficilement mis en œuvre en droit public français en raison d'une certaine résistance du Conseil constitutionnel. La décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982⁵ en témoigne. Avaient été déclarées

² Voir les chiffres sur les sites de l'Assemblée nationale (URL : <https://www2.assemblee-nationale.fr/deputes/liste/homme-femme>) et du Sénat (URL : <https://www.senat.fr/senateurs/femsen.html>).

³ Voir les chiffres de la Direction de l'Information Légale et Administrative (DILA). URL : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19618-la-parite-politique>.

⁴ Voir H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997, pp. 164-167 ; B. Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3. URL :

<http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>.

⁵ Cons. const., décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, JO du 19 novembre 1982. Sur la question des quotas par sexe voir G. Calvès, « Le Conseil constitutionnel et les quotas par sexe : une fuite en avant », in X. Bloy, M.-L. Fages (dir.),

inconstitutionnelles les dispositions d'une loi interdisant les listes électorales comportant plus de 75 % de personnes du même sexe aux élections municipales⁶. Le Conseil constitutionnel avait fondé sa décision sur l'article 3 de la Constitution relatif à la souveraineté nationale et sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen portant sur l'admissibilité des citoyens « *à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». La décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999⁷ s'inscrit dans la même optique. Le Conseil constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution la tentative d'instauration d'une parité entre candidats féminins et masculins au sein de chaque liste électorale. Afin de dépasser cette résistance du Conseil constitutionnel à l'instauration d'une obligation de parité, deux révisions constitutionnelles successives furent nécessaires.

Premièrement, la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999⁸ révisa l'article 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958. Le nouvel alinéa inséré à l'article 3 de la Constitution dispose que « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ». Le Conseil constitutionnel s'y conforma dans sa décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000⁹ en reconnaissant la possibilité pour le législateur de mettre en œuvre l'exigence de

parité conformément à l'article 3 de la Constitution française sans qu'il ne soit méconnu aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle. En outre, l'article 4 de la Constitution française, également révisé par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, impose aux partis et groupements politiques de contribuer à la mise en œuvre de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Cette disposition s'accompagne le cas échéant d'une sanction consistant en la diminution des aides et des financements pour les partis et groupements politiques récalcitrants.

Deuxièmement, la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008¹⁰ intégra le principe de parité à l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution française et en étendit le bénéfice aux responsabilités professionnelles et sociales. Ainsi la Constitution française prévoit désormais en son premier article que « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Il s'agissait par-là de dépasser les résistances du Conseil constitutionnel qui persistait à censurer les lois étendant le principe de parité au-delà des mandats électoraux et fonctions électives. Il en allait ainsi de la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001¹¹ relative au refus d'extension de la parité aux élections du Conseil supérieur de la

⁶ Égalité et Parité, Presses Universitaires de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 271 p., spéc. pp. 77-89.

⁷ Voir D. Lochak, « Les hommes politiques, les "sages" (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *Droit social*, Editions techniques et économiques, 1983, pp. 131-137 ; J. Noel, « Le Conseil constitutionnel soutient-il une théorie féministe du droit ? » in M. Dubuy, P. Motsch et J. Noel (dir.), *Féminisme(s) et droit public*, PUN – Éditions universitaires de Lorraine, coll. Droit, Politique, Société, 2015, pp. 146-147.

⁸ Cons. const., décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au*

fonctionnement des Conseils régionaux, JO du 20 janvier 1999.

⁹ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n°157 du 9 juillet 1999.

¹⁰ Cons. const., décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, JO du 7 juin 2000.

¹¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008.

¹¹ Cons. const., décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, JO du 26 juin 2001.

magistrature ou encore de la décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006¹² concernant l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Si l'insertion de l'article 1^{er} alinéa 2 au sein du texte constitutionnel marque une étape importante en ce qui concerne l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, l'application concrète de ces dispositions est rendue possible grâce à l'intervention du législateur.

B. Une concrétisation législative bienvenue

Dans le prolongement des révisions constitutionnelles de 1999 et 2008, plusieurs lois ont été promulguées dans le but d'assurer l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux, aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

La loi n° 2000-493 du 6 juin 2000¹³ prévoit l'obligation d'égalité entre les sexes au sein des candidatures pour les scrutins de liste dans les communes de plus de 3500 habitants. Chaque liste doit être composée alternativement d'un candidat de chaque sexe. Par la suite, la loi n° 2003-327 du 11 avril 2003¹⁴ est venue étendre l'exigence d'une stricte alternance entre les sexes aux élections régionales. La loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007¹⁵ a quant à elle instauré la parité pour l'élection des adjoints au maire dans les communes de plus de 3500 habitants ainsi que pour les membres de la commission

permanente et les vice-présidences des conseils régionaux. La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013¹⁶ va dans le même sens concernant les élections des conseillers départementaux. Celles-ci doivent respecter un scrutin binominal à deux tours et la composition d'un binôme de personnes de sexe différent.

Dans le même ordre d'idées, certaines dispositions législatives ont été prises afin de promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales. Il en va ainsi par exemple de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011¹⁷ relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

En somme, l'inscription du principe d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives au sein de l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution française devait ouvrir la voie à sa concrétisation par le législateur tout comme elle devait contraindre le Conseil constitutionnel à en être le gardien. Toutefois, la réalité semble tout autre et l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution apparaît comme un fondement constitutionnel insuffisant pour garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives.

II. L'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution, un fondement constitutionnel insuffisant pour garantir l'égal accès des femmes et des

¹² Cons. const., décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, JO du 24 mars 2006.

¹³ Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF n°131 du 7 juin 2000.

¹⁴ Loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, JORF n°87 du 12 avril 2003.

¹⁵ Loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux

mandats électoraux et fonctions électives, JORF n°27 du 1 février 2007.

¹⁶ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

¹⁷ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, JORF n° n°0023 du 28 janvier 2011.

hommes aux mandats électoraux et fonctions électives

L’insuffisance de l’article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution pour garantir l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives s’illustre à travers la protection limitée de ce principe par le juge constitutionnel (A). Ce constat pousse à s’interroger sur la nécessité d’une révision constitutionnelle de la lettre de l’article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution (B).

A. Une protection constitutionnelle limitée

La mise en œuvre du principe d’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ne dépend pas seulement d’une concrétisation législative. Lorsque des atteintes sont portées à ce principe, encore faut-il qu’une protection effective lui soit garantie. Or, la protection assurée par le Conseil constitutionnel connaît deux limites majeures qui trouvent leur origine dans la décision du 24 avril 2015¹⁸.

D’une part, le Conseil limite l’invocabilité de l’article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution en tant que moyen d’inconstitutionnalité. Il déclare que cet article « *n’institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »¹⁹. Un justiciable ne saurait dès lors soulever une question prioritaire de constitutionnalité afin de contester une atteinte portée au principe de l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Une telle atteinte ne peut donc pas ouvrir la voie à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, c’est-à-dire un contrôle effectué

après l’entrée en vigueur de la loi. Seul est envisageable un contrôle de constitutionnalité *a priori* - contrôle exercé avant l’entrée en vigueur de la loi - dont l’initiative est réservée au Président de la République, au Premier ministre, aux présidents de l’Assemblée nationale et du Sénat ainsi qu’à soixante députés ou soixante sénateurs, à l’exclusion des citoyens²⁰.

D’autre part, le Conseil constitutionnel restreint fortement la portée coercitive de l’article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution. Il considère, en effet, « *que le constituant a entendu permettre au législateur d’instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu’aux responsabilités professionnelles et sociales ; qu’à cette fin, il est loisible au législateur d’adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant ; qu’il lui appartient toutefois d’assurer la conciliation entre cet objectif et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n’a pas entendu déroger* »²¹.

L’adoption de mesures législatives tendant à favoriser l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives apparaît de la sorte comme une *faculté* pour le législateur et non comme une *obligation*. Cela amenuise grandement la garantie du principe prévu à l’article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution française et soulève la question de la nécessité d’une révision constitutionnelle.

¹⁸ Cons. const., décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d’université [Composition de la formation restreinte du conseil académique]*, JORF n°0098 du 26 avril 2015.

¹⁹ *Ibid.*, considérant 14.

²⁰ Art. 61 alinéa 2 de la Constitution de 1958 : « [...] les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant

leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l’Assemblée Nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. »

²¹ *Ibid.*, considérant 13.

B. Une révision souhaitable de la lettre de l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution ?

Afin de remédier aux zones d'ombre de la protection de l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution, la délégation aux droits des femmes du Sénat, créée par la loi n° 99-585 du 12 juillet 1999²², a émis une recommandation lors de l'étude du rapport d'information adopté en avril 2013 en vue de l'examen du projet de loi relatif à l'élection des sénateurs²³. Celle-ci consiste à remplacer le verbe « *favoriser* » par le verbe « *garantir* » dans le 2^{ème} alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution lors d'une prochaine révision constitutionnelle²⁴.

La délégation aux droits des femmes du Sénat propose également de reformuler l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution afin de rassembler au sein d'un même article les dispositions relatives à la parité et au principe d'égalité des femmes et des hommes devant la loi²⁵. L'adjonction des deux principes et la création d'une obligation de garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives au sein de l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 serait le gage d'une meilleure protection du principe. De surcroit, cela aurait une forte portée symbolique dans la mesure où l'article 1^{er} de la Constitution représente, comme l'a souligné le Professeur Ferdinand

Mélin-Soucramanien lors d'une audition devant la délégation aux droits des femmes du Sénat en date du 5 juillet 2018, la « carte d'identité constitutionnelle » de la France²⁶.

On notera enfin que certains États européens ont attribué une dimension plus contraignante aux dispositions constitutionnelles garantissant le principe d'égalité dans leur système. Selon l'article 3 alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, « *Hommes et femmes sont égaux en droits. L'État promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants* ». Dans le même sens, l'article 11 alinéa 2 de la Constitution du Luxembourg du 19 mai 2020²⁷ dispose que « *Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'État veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes* ». La garantie du principe d'égalité, dont découle l'égal accès aux mandats électoraux et fonctions électives, apparaît ainsi comme un véritable devoir de l'État et non seulement comme un simple objectif.

Si elle souhaite poursuivre etachever le processus engagé par l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution, la France aurait tout intérêt à s'inspirer de ses voisins européens.

²² Loi n° 99-585 du 12 juillet 1999 tendant à la création de délégations parlementaires aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, JORF n°160 du 13 juillet 1999.

²³ « Élection des sénatrices et des sénateurs : vers plus d'égalité ? », rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes par Laurence Cohen, n° 533 (2012-2013).

²⁴ « Réforme des institutions : quelle place pour l'égalité et la parité ? », rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes par Annick Billon, n° 670 (2017-2018), déposé le 17 juillet 2018, p. 56.

²⁵ *Ibid.*, p. 57.

²⁶ *Ibid.*, p. 7.

²⁷ Mémorial A - 406 du 15 mai 2020.

De quoi la cohabitation municipale est-elle le nom ? Une première dans la Ville de *Mor Niang*

Souleymane NDOUR

Doctorant contractuel en droit public à l'URCA – CEJESCO

Les Morts ne sont pas sous la Terre :

Ils sont dans le Feu qui s'éteint,

Ils sont dans les Herbes qui pleurent,

Ils sont dans le Rocher qui geint,

Ils sont dans la Forêt, ils sont dans la Demeure,

Les Morts ne sont pas morts.*

Dans un article paru au journal *Le Monde* du 16 septembre 1983, Édouard Balladur évoquait la cohabitation. Il estimait qu'elle devrait s'agir d'une « épreuve de vérité » pour les institutions de la Vème République. D'autant plus que dans le régime politique français, la Constitution ne prévoyait pas explicitement un tel scénario¹. En tout état de cause, cela n'était pas dans la conception gaullienne du fonctionnement des pouvoirs politiques, surtout en ce qui concerne la mise en pratique de la fonction exécutive. Si cette vision d'Édouard Balladur ne pouvait *a priori* être considérée comme une éventualité, elle ne tardait pas à se réaliser puisque dès 1986, le président Mitterrand est contraint de cohabiter avec un Premier ministre (Jacques Chirac) qui n'est pas issu du même bord politique que lui. Les épisodes se succèderont à deux reprises au début et à la fin des années quatre-vingt-dix. D'abord entre Mitterrand et

Balladur, ensuite entre Chirac et Jospin, avant que la réforme constitutionnelle de 2000² ne vienne aligner le mandat du président à celui des parlementaires qui était considéré comme la principale cause d'un tel fait politique. Au Sénégal, ce système politique est de plus en plus envisagé. Après avoir été évoquée sans succès lors des élections législatives de juillet 2017, l'opposition croit imposer à la majorité présidentielle une cohabitation pour les mêmes élections prévues cette année au mois de juillet. En attendant la survenance d'une telle probabilité, une autre forme de cohabitation connaît, quant à elle, une application effective à savoir : celle municipale. On la constate singulièrement dans la ville de naissance du dédicataire de ces pages. C'est-à-dire dans la ville de Guédiawaye³.

La cohabitation municipale existe lorsque le maire élu sur une liste n'est pas de la même

* B. Diop, « Le souffle des ancêtres », in *Recueil Leurres et lueurs*, Présence africaine, 1960.

¹ Voir l'article « La cohabitation est-elle prévue à l'origine de la Constitution » disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-cohabitation-est-elle-prevue-a-l-origine-de-la-constitution>.

² Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 constitutionnelle relative à la durée du mandat du Président de la République.

³ Guédiawaye est une ville côtière du Sénégal, située au nord de la région de Dakar. Guédiawaye est le chef-lieu du département éponyme. Elle est la 4^e ville du pays par sa population. Elle est située sur le littoral nord de la presqu'île du Cap-Vert, la ville est construite sur un ensemble de cordons dunaires séparés par des lacs asséchés et des bas-fonds fertiles appelés Niayes.

tendance politique que la majorité du bureau municipal. Autrement dit, l'opposition a plus de conseillers que lui dans la formation de ce dernier.

Se pose alors la question de savoir si cette situation politique peut constituer une entrave à la mise en œuvre des compétences du nouveau magistrat de la ville.

La cohabitation municipale semble être un moyen de contrôle de l'action du maire (I) ; néanmoins, elle serait dépourvue d'efficacité lorsqu'on apprécie l'essence du pouvoir exécutif de celui-ci (II).

I. La cohabitation municipale : un moyen de contrôler l'action du maire

Selon les propos tenus par le maire sortant, « *En tant que coordinateur de ladite coalition, je me satisfais d'avoir obtenu ce résultat avec mes camarades qui ont eu 11 adjoints avec bien entendu, nos divers partenaires qui sont aussi conseillers municipaux. Cela nous permet de façon historique, d'initier quelque chose d'inédit, à savoir une cohabitation municipale puisqu'en présence du maire, qui certes est prépondérant, nous aurons un bureau municipal dominé par d'autres conseillers qui ne sont pas des rangs de la majorité.* »⁴ Par ces termes, Alioune Sall estime qu'en dépit de sa défaite, sa formation politique perd certes le fauteuil de maire,⁵ mais remporte la majorité des postes du bureau municipal⁶. Dans le cadre de la formation du bureau

municipal, le nouveau maire n'avait pas pris toutes les précautions afin de conforter sa majorité, étant entendu que la composition se fait au suffrage universel indirect. Cette erreur a profité à ses adversaires politiques. Grâce au jeu des alliances politiques, l'opposition a réussi à convaincre les autres partis politiques qui n'étaient de la majorité pour obtenir plus de conseillers municipaux. Cela leur donne un important pouvoir dans la prise de décision. Au lieu d'être des conseillers municipaux « figurants », ils pourront en vertu de leur majorité confortable participer activement à la bonne gestion de leur collectivité. Du reste, c'est à en croire le maire sortant, l'objectif affiché. Une telle ambition contribue au renforcement du jeu démocratique puisque le maire minoritaire devra collaborer avec la majorité du conseil municipal. Celle-ci pourra à son tour, jouer le rôle de contre-pouvoir en s'opposant aux décisions qu'elle jugerait contraires aux intérêts des administrés de la ville. Il reste à savoir si cela sera la véritable visée de la cohabitation voulue par l'opposition. Dans le sens où, surpris par l'élection du nouveau maire, le maire sortant par le biais de sa coalition pourrait user de la coexistence des majorités afin d'obstruer la politique de ce dernier.

Il est toutefois nécessaire de nuancer l'impact de la cohabitation municipale sur le bon fonctionnement de la collectivité ainsi que de la mise en œuvre effective des pouvoirs du maire.

⁴ Propos du Maire après l'élection du bureau municipal le mercredi 2 mars 2022.

⁵ En vertu de la modification du Code électoral n° 2021-35 du 23 Juillet 2021, pour la première fois au Sénégal, l'élection du maire se faisait au suffrage universel direct : ce ne sont plus les conseillers qui élisent les maires, mais les citoyens directement. Les conseillers municipaux sont quant à eux élus, pour 45% au scrutin de liste majoritaire à un tour, sur liste complète, sans possibilité de panachage ni de vote préférentiel ; pour 55%, au scrutin proportionnel avec application du quotient municipal. Pour notre exemple, la ville de Guédiawaye ne dispose que de 86 conseillers municipaux de ville dont 47 doivent être

élus sur une liste proportionnelle et 39 conseillers municipaux désignés par les communes constitutives. La coalition du maire élu a remporté 39 conseillers pour le scrutin de liste majoritaire et la coalition du maire sortant a obtenu 37 sur le scrutin de liste proportionnelle. Par le jeu des alliances politiques, cette dernière a réussi à convaincre quasiment les 10 autres conseillers restant pour former une solide majorité au sein du conseil municipal. Elle dispose ainsi de 11 conseillers sur les 14 qui composent le bureau municipal.

⁶ Il convient de préciser que le Conseil municipal peut être composé de conseillers municipaux de la majorité comme de conseillers municipaux appartenant à l'opposition.

II. La cohabitation municipale : moyen inefficace de contrôler l'action du maire

Juridiquement, la cohabitation n'a pas de conséquence majeure sur le travail de maire puisqu'il est l'autorité élue et chargée de mener la politique au niveau de sa collectivité.

Conformément aux dispositions normatives relatives à la compétence du maire ainsi que du bureau municipal, il revient au maire d'exercer les compétences dites transférées. Il décide de la politique locale et de l'orientation qu'elle doit prendre. Quant aux adjoints du maire, les attributions qu'ils mettent en œuvre dans le cadre des délibérations du conseil municipal ne leur permettent pas de s'opposer de façon irréversible aux politiques du maire, dans la mesure où ils n'ont pas de pouvoir

propre. C'est donc peine perdue, de penser qu'avec un conseil municipal composé majoritairement de membres de l'opposition que le fonctionnement de la ville sera soumis à leur volonté politique. Toutefois, le véritable enjeu de la cohabitation municipale surgit dans l'hypothèse suivante. Le maire, qui n'est pas du même camp politique que la majorité de ses adjoints, a intérêt à ce qu'il n'y ait pas de blocage au niveau du conseil municipal. Le risque serait pour lui — appartenant au parti de l'opposition de la mouvance présidentielle — l'installation en cas de dysfonctionnement du conseil municipal, d'une délégation spéciale. En vertu de l'article 163 du code des collectivités territoriales, cette dernière s'impose lorsque le conseil municipal est dissout du fait qu'il ne fonctionne pas de façon durable.

Promouvoir une méthode historico-comparative en droit administratif comparé

Audrey-Pierre SO’O

Docteur en droit public

Cher ami, je n’ai pas trouvé mieux que cet extrait de W. Shakespeare (*La vie et la mort du roi Richard II*) qui sonne juste et apaise : « *Mourir en combattant, c'est la mort détruisant la mort* ». Cette courte contribution en guise d’hommage au comparatiste que tu étais (*RIP*).

Il n’existe pas à proprement parler une manière de faire la comparaison¹. Il faut surtout opérer des choix méthodologiques² et se conformer à un certain nombre de règles méthodologiques³. C’est pourquoi le droit comparé à lui seul ne suffit pas⁴. La comparaison doit suivre une certaine démarche. L’une des possibilités est alors d’associer le droit comparé à l’histoire du droit afin de comparer aussi bien dans le temps que dans l’espace. Ainsi la méthode historico-comparative qui n’est totalement fructueuse qu’en optant pour une comparaison diachronique (II). Certains préalables sont cependant nécessaires pour la mettre en œuvre (I).

I. Préalables à une méthode historico-comparative fructueuse

Bien connaître la culture juridique des systèmes objets de la comparaison. — Le droit comparé contribue avant tout à la connaissance des modèles étudiés⁵. C’est « la discipline qui permet de décrire les structures de n’importe quel système juridique »⁶. Son « potentiel explicatif » est d’envergure dès lors qu’il est « l’instrument le plus puissant pour décrire le droit national »⁷. Il n’est ainsi pas de comparaison que celle qui se borne à établir les convergences et les différences. Il va de soi que cela est un préalable obligatoire « puisque l’identité des modèles peut être représentée par l’idée “différence = 0”, la comparaison consiste à mesurer les

¹ Voir ici le panorama dressé par B. Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, 2005, n° 57-1, p. 29-48 ; G. Resta, « Les luttes de clocher en droit comparé », *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 62, n° 4, 2017, p. 1153-1199.

² K.-P. Sommermann, « Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », in D. Merten, H.-J. Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte*, t. 1, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, p. 631-678.

³ Sur cette exigence et les pistes, voir A. Billier-Maryioli, « Le statut épistémologique de la connaissance juridique dans la théorie italienne contemporaine du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol 37, 1996, p. 45-69.

⁴ Il n’est pas à proprement parler une méthode. « Le droit comparé constitue une discipline scientifique qui consiste

dans l’étude de la comparaison des droits, c’est-à-dire tant des traditions juridiques – on parle alors de “macrocomparaison” – que des institutions ou règles juridiques qui révèlent des cadres juridiques internes des États, il s’agit de “microcomparaison”. Il va de soi qu’un processus de microcomparaison ne prend véritablement son sens que s’il s’inscrit au préalable dans une vision macrocomparative des traditions juridiques ». Th. Rambaud, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Puf, 2014, p. 4-5.

⁵ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 8 et s.

⁶ O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, p. 275.

⁷ *Ibid.*

différences existant entre plusieurs modèles juridiques »⁸. L’analyse comparée procède donc en – grande – partie de la « curiosité scientifique »⁹ et non d’un instrument de « satisfaction » de son modèle ou d’un autre modèle, ni d’un outil de contestation de quelque modèle que ce soit¹⁰.

Le droit comparé peut servir à « décrire, expliquer, justifier, élaborer et tester »¹¹ une autre hypothèse de lecture en se servant de la connaissance offerte par plusieurs systèmes juridiques. « Seule la comparaison nous décèle certains détails des différents modèles considérés »¹². Elle permet de vérifier si des thèses sont des idées reçues, des idées universelles au-delà des différences de structure ou alors des doctrines contingentes. À cet égard, le droit comparé porte en lui un haut potentiel critique. Il faudra alors nécessairement réintégrer le terme ou l’institution étudié dans son système juridique, en comprenant son milieu politique, économique et social. « Pour celui qui s’intéresse à un système de droit, la connaissance des règles de droit en vigueur ne peut suffire »¹³. Pierre Legrand en fait même la condition *sine qua non* d’une bonne comparaison : « Le comparatiste doit réhabiliter la tradition, qui ne s’épuise jamais dans ce que l’on connaît, comme processus de conditionnement intellectuel historique. Il doit éviter de voiler la tension entre la tradition et le soi par des nivelllements

précipités. C’est la tradition [...] qui forme l’arrière-plan et donc la condition de possibilité du connaître du juriste, de ses jugements de valeur et de ses opinions critiques »¹⁴.

Identifier et surmonter les obstacles de la comparaison spatiale et temporelle. — Cela étant dit, l’un des dangers de la recherche en droit comparé est de tomber dans la compilation et la juxtaposition des systèmes sans passer à l’étape supérieure de la comparaison¹⁵. Ce piège est évitable d’abord en resserrant l’ampleur de l’objet de la comparaison afin d’arriver à un échantillon qui permette d’examiner en détail les institutions et règles des systèmes juridiques étudiés. Ensuite, la juxtaposition révèle parfois une identification insuffisante de la question centrale et des questions auxquelles l’on veut apporter une réponse¹⁶. Mais même avec autant de précautions, le piège de la juxtaposition, de la superposition des ordres de juridiction n’est pas évité. Pour cause, le cercle paraît vicieux : une étude dans le détail des systèmes juridiques suppose de les analyser successivement, une analyse systématiquement simultanée pouvant à cet effet brouiller la clarté et la précision du propos. Or, c’est aussi là le meilleur moyen de tomber dans la juxtaposition. Ainsi les présentations successives des ordres juridiques peuvent se faire en insistant sur la mise en parallèle, en procédant à des

⁸ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit., p. 9.

⁹ O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », art. cité.

¹⁰ Voir F. Melleray (dir.), *L’argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, extraits de l’article de l’auteur disponible à l’adresse suivante (consulté en septembre 2021) :

http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/fabrice_melleray.pdf

¹¹ *Ibid.*

¹² R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit., p. 10.

¹³ C. Jauffret-Spinosi, « La structure du droit français », in O. Moréteau, J. Vanderlinden (dir.), *La structure des*

systèmes juridiques, XVI^e congrès de l’Académie internationale de droit comparé, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 259-273, spéc. p. 259.

¹⁴ P. Legrand, « Sur l’analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 1053-1071, spéc. p. 1055.

¹⁵ R. B. Schlesinger, « Introduction », in R. B. Schlesinger (dir.), *Formation of Contracts. A study of the Common Core of Legal systems*, Oceana, New York, 1968, p. 11.

¹⁶ On verra ici G. della Cananea, « Organiser la pluralité : le fonds commun des droits administratifs en Europe », in Association française pour la recherche en droit administratif (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 135-154, spéc. 146 et s.

synthèses, en examinant les ordres juridiques sous l'angle de la question centrale et des sous-questions. Cette démarche se heurte néanmoins à des obstacles de plusieurs ordres.

D'abord, il devient presque redondant de souligner l'obstacle de la langue qui n'est surmontable que par une familiarité avec les langues étrangères, sauf à renoncer à l'étude.

Ensuite, et surtout, l'accès à la littérature juridique en droit étranger est parfois une grande source de difficultés, avec une mention particulière pour les États dont le droit public est jeune en raison notamment de la colonisation et de ses conséquences normatives. L'exemple belge le démontre : la Belgique, colonisée par la France jusqu'à l'occupation des Pays-Bas en 1814, n'a pas d'importante littérature sur l'histoire du droit administratif qui lui soit propre¹⁷. Les ouvrages de Droit administratif belge lorsqu'ils évoquent le droit antérieur, citent le droit français, notamment la loi des 16-24 août 1790 et les textes qui suivent. La méthode historico-comparative est mise à mal. Pour surmonter cet obstacle, il faut – entre autres – recourir aux différents tomes de la *Pasinomie*, c'est-à-dire le recueil des lois, décrets, ordonnances à caractère historique en Belgique pour repérer les textes qui lui sont propres et à partir de là identifier les conceptions qui gouvernent ses structures originelles. Il faut procéder de la sorte car l'occupation française résultait d'une domination politique, ce qui n'excluait pas une acculturation forcée. La littérature renvoie aux travaux français : pendant presque deux décennies les deux droits se

confondaient. La période hollandaise qui débute en 1815 n'améliore pas la situation. La littérature sur cette période est bien maigre et se résume à des passages sommaires soulignés au passage par la doctrine. L'histoire du droit est alors d'un puissant secours pour construire une réflexion personnelle et prendre le recul nécessaire à l'autonomie de la pensée : « L'approche selon laquelle le droit se confinerait à ses formulations législatives et, le cas échéant, judiciaires ne relève guère d'une réflexion approfondie sur l'ontologie du juridique »¹⁸.

Enfin, le dernier obstacle est propre à la structure étatique des États objets de la comparaison. Par exemple, on note la jeunesse de la juridiction administrative fédérale allemande, mise en place en 1953. Une étude de l'histoire du droit administratif devient ce faisant compliquée car les droits des États fédérés étaient éclatés, voire désordonnés. Encore une fois, la comparaison dans le temps est mise en difficulté. L'étude du droit contemporain est alors plus simple à réaliser, du moins à partir des années 1960. Le cas n'est toutefois pas à généraliser : certains États composites ne posent pas de particulière difficulté suivant le thème de l'étude. Contrairement en Allemagne où le droit administratif naît dans les territoires, en Belgique, cette considération n'a pas les mêmes répercussions.

Ces préalables sont fondamentaux pour éviter, *in fine*, le piège du comparatisme : « Le comparatiste français se consacrant à sa recherche voudra se munir d'une conception du droit, autre que celle qui vaut seulement en

¹⁷ La difficulté est propre à l'histoire du droit. Voici ce que dit G. Bigot : « Les limites sont de deux sortes. Des limites d'ordre matériel se présentent en premier lieu. Ce sont les plus frustrantes car on peut espérer les voir surmontées dans un plus ou moins long terme. C'est en effet faute d'investigations suffisantes dans la jurisprudence et les archives du XIX^e siècle que l'histoire du droit administratif ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Les

travaux exclusivement consacrés à ce siècle n'existent quasiment pas ; des dizaines de milliers d'arrêts (Conseil d'État, Cour de cassation ou Tribunal des conflits) gisent oubliés dans le recueil de jurisprudence ». G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Puf, 2002, p. 13-14.

¹⁸ P. Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je ?, Puf, 2011, p. 35.

France, lui permettant de cerner le lieu et le temps des droits d'ailleurs »¹⁹.

II. Bref exposé de la méthode historico-comparative

Privilégier une comparaison diachronique pour découvrir toutes les vertus de la méthode historico-comparative. — La méthode historico-comparative est avant tout à privilégier pour les sujets non balisés en droit comparé afin de construire une démonstration solide, attestant la maîtrise profonde et complète des systèmes juridiques étudiés. R. Gassin s'en fait à juste titre le chantre : « *Très souvent, surtout lorsqu'il s'agit des questions neuves, il n'existe pas de théories préformées [...] Pour cela, l'histoire du droit et le droit comparé constituent deux auxiliaires précieux* »²⁰. Le propos de Pierre Sandevoir trouve à s'appliquer ici : « La théorie viendra enluminer l'histoire, et l'histoire viendra fixer la théorie. Car dans ce domaine, l'histoire n'éclaire pas seulement, elle justifie ; l'histoire n'apparaît pas alors comme un simple préambule ornemental, elle constitue une partie intégrante de l'analyse théorique, la conditionne, la sous-tend »²¹. L'histoire du droit et le droit comparé constituent des outils puissants d'une analyse. L'association des deux est doublement révélatrice : et du passé et de l'autre. La comparaison dans le temps et dans l'espace est certes source de difficultés. Elle a cependant l'avantage de mener à une

investigation plus profonde contrairement à la comparaison synchronique. Le droit administratif, en particulier certaines thématiques, notamment celle du dualisme juridictionnel, se satisfait mal d'une simple conception contentieuse. La thèse selon laquelle « *comparison involves history* »²² prend ici tout son sens. « Lorsqu'elle se constitue en discipline au XIX^e siècle, l'histoire du droit cultive l'ambition de tenir un discours critique à l'égard de l'enseignement du droit positif qu'elle considère appauvrissant [...] L'histoire du droit ne croit pas que le droit positif soit tout le droit »²³. Le discours est relayé par les comparatistes²⁴ : s'agissant spécifiquement du droit administratif, « l'état des connaissances dont nous disposons n'est pas toujours satisfaisant. Il n'est pas satisfaisant en ce qui concerne une période fondamentale pour le droit administratif et un sujet qui a été central au XIX^e siècle et dans la première moitié du dernier siècle, c'est-à-dire le contrôle juridictionnel de l'Administration »²⁵. En fonction des sujets, se contenter d'une comparaison synchronique, visant à examiner la vie concrète des régimes juridiques, reviendrait à laisser un pan entier du sujet de côté. La méthode historico-comparative présente l'avantage de comparer et d'approfondir les règles matérielles, procédurales et institutionnelles. Ces dernières sont souvent réduites, et c'est faire erreur, à un état du droit positif ou un produit de l'histoire. Traiter les

¹⁹ *Ibid.*, p. 34.

²⁰ R. Gassin, « Une méthodologie de la thèse de doctorat en droit », *RRJ*, 1996, p. 1167 et s., spéc. p. 1182.

²¹ P. Sandevoir, *Études sur le recours de pleine juridiction*, thèse, LGDJ, 1964, p. 15.

²² Voir par exemple : G. Gloria, *Diritto comparato e diritto comune Europa*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 39 ; J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2000, p. 10.

²³ G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, *op. cit.*, p. 11-12.

²⁴ Une fois de plus P. Legrand, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 39, insiste : « La recherche comparative soucieuse de

parer à l'anesthésie de la théorie et désireuse de se crédibiliser ne saurait intervenir qu'au terme d'une réflexion sur la singularité du juridique orientant le comparatiste et lui permettant, à la lumière de telle ou telle autre expérience du droit et des unités épistémologiques caractéristiques qui y contrôlent l'organisation du savoir juridique, de jauger, toujours audacieusement, l'à-propos des sources potentielles d'information dont il voudrait s'inspirer dans la préparation de sa critique ».

²⁵ G. della Cananea, « Organiser la pluralité : le fonds commun des droits administratifs en Europe », art. cité, spéc. p. 151.

institutions comme le parent pauvre de la comparaison au profit des règles matérielles et procédurales prive l'étude menée d'analyses explicatives d'envergure, notamment sur les éventuelles divergences existantes. Il faut l'affirmer avec force : les spécificités des droits administratifs s'éclairent d'autant mieux en examinant la raison d'être des institutions objets de la comparaison surtout si le sujet s'y prête.

La comparaison dans l'espace et dans le temps a aussi l'avantage de pouvoir mettre en exergue l'identité²⁶ de chaque ordre juridique²⁷ permettant alors de faire la part entre les traditions juridiques²⁸ et l'acculturation qui résulterait éventuellement des phénomènes d'exportation, d'importation et d'influence. La chose est d'autant plus importante que la rencontre des droits peut créer des confusions. Le développement des ordres juridiques supranationaux tend d'ailleurs à exacerber le discours de la globalisation des droits administratifs. Aussi, aucune étude ne peut plus tenir à l'écart le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'Union européenne. L'approche historico-comparative a donc le mérite et de la complétude et de la solidité, repoussant ainsi des croisements artificiels. « Un tel recours à l'histoire est autre chose qu'un simple voyage dans le temps. Il est un détour nécessaire à qui veut comprendre les réalités administratives contemporaines et les problèmes qu'elles soulèvent »²⁹.

²⁶ Voir ici l'analyse de J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », art. cité.

²⁷ F. Burdeau souligne à cet égard que « l'émergence et le développement de cette ambition nouvelle [l'histoire du droit administratif] [...] ne sont pas le fait du hasard. L'importation en France d'une science administrative d'origine anglo-saxonne, et son introduction dans les Facultés de droit, engendrent en ce moment même une demande en recherches historiques ». F. Burdeau, *Histoire de l'Administration française, du 18^e siècle au 20^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, p. 11-12.

Affiner soigneusement le cadre temporel.

— Le cadre temporel est une autre difficulté de la méthode historico-comparative. « La seconde sorte de limite à l'histoire du droit administratif est d'ordre chronologique : à quelles dates doit-on commencer etachever l'étude de cette branche du droit »³⁰. La date du terme ne pose pas de particulière difficulté dès lors que l'étude, pour être complète, doit envisager aussi bien l'histoire du droit que le droit positif actuel. Les règles contentieuses actuelles doivent tenir une place de choix. La comparaison dans le temps et l'espace se prolonge jusqu'aux solutions actuelles.

Le point de départ quant à lui est plus problématique. Tout dépendra encore du thème de l'étude. Mais il faut éviter des découpages de confort en privilégiant le point de départ qui rende compte avec pertinence de l'histographie des problèmes de fond mis en relief. En d'autres termes, le découpage temporel doit être guidé par l'exactitude, la question étudiée, en sélectionnant alors, non pas d'une façon artificielle, les connaissances utiles qui peuvent éclairer la comparaison.

Cela étant dit, la comparaison des solutions pose parfois, particulièrement pour les règles matérielles, un problème de décalage temporel entre les principes mis en parallèle. On s'en explique : non seulement, les règles ne se construisent pas au même moment, mais en plus certaines réformes peuvent survenir dans un système et pas dans les autres. Les solutions sont ainsi quelquefois espacées de décennies, ce qui peut laisser le sentiment

²⁸ Voir par exemple V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 189-190 : le passé « peut également porter le juriste à retrouver l'esprit originel du droit, tout particulièrement dans le droit romain [...] Associée à une méthode comparative [...] la méthode historique peut aussi servir plusieurs perspectives futures [...] la mise en évidence et la défense de ce qui reste de singulier à chaque ordre juridique national ».

²⁹ F. Burdeau, *Histoire de l'Administration française, du 18^e siècle au 20^e siècle*, op. cit., p. 13.

³⁰ G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, op. cit., p. 14.

d'une comparaison de solutions anachroniques. Pour donner une vision concrète de la difficulté, chacun sait que le droit français des conflits a connu une profonde réforme en 2015, que la voie de fait a été redéfinie en 2013, victime des référés administratifs, que cette redéfinition a emporté avec elle l'emprise irrégulière. Or, les droits belge et allemand n'ont pas connu de bouleversements aussi profonds qui affectent les règles matérielles de compétences entre les ordres de juridictions depuis des décennies. Sauf à procéder à des découpages temporels artificiels qui nierait ces réalités juridiques, il faut mener le raisonnement par un découpage en idées fortes et ne surtout pas s'enfermer dans « l'évolutionnisme ». Rien n'empêche, afin

d'affiner la méthode historico-comparative, de la coupler avec d'autres méthodes.

Ces quelques mots sont, en bref, une invitation à suivre le conseil de Jean-Louis Mestre. Son avertissement sur les difficultés de ce qu'on qualifie ici de méthode historico-comparative ne doit pas effrayer, mais stimuler en miroitant un résultat fructueux : « *Les recherches comparatives doivent prendre en considération l'ensemble des perspectives historiques. Certes, elles deviendront encore plus complexes, mais elles gagneront en force, car elles expliqueront des similitudes ou des divergences surprenantes a priori, car elles révéleront des filiations inconnues* »³¹.

³¹ J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Puf, 1985, p. 19.