



RISQUES, ÉTUDES ET OBSERVATIONS

2023-2

Etude :

Mathieu Perrin, Une question « de détails » et de « peu d'importance » ? Les « grosses réparations » en matière de baux à loyer, moyen de prévenir les risques liés aux chutes d'immeubles citadins durant l'Ancien Régime.....6

Varia :

Moncef El Younsi, Les risques posés par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une rapide analyse des différentes conceptions.....39

Marc Léger, Le nucléaire au risque de la guerre. Peut-on encore espérer l'efficacité du droit sur la force ?.....53

Maciej Bujalski, Les clauses abusives : le risque n'est pas que juridique. Exemple de crédits libellés en francs suisses en Pologne.....70

Marouane Rhartaoui, Les conséquences d'une mauvaise définition du consommateur et du professionnel sur la protection de l'investissement. Étude comparée des droits américain, français et marocain.....80

Mentions légales

Ligne éditoriale :

Risques, Études et Observation (Riséo) est une revue doctrinale universitaire dédiée à la question des risques en droit. Elle publie à un rythme biannuel des articles variés articulés autour de la question du ou des risques. Rattachée au Centre européen de recherche sur les Risques, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC) de l'Université de Haute-Alsace, elle est publiée en *open access*, téléchargeable en PDF sur le site www.riseo.cerdacc.uha.fr et diffusée sur la plateforme, Calaméo

La rédaction :

Responsable scientifique : Dariusz PIATEK
Coordinatrice éditoriale : Nathalie ARBOUSSET
Éditeur numérique : Université de Haute-Alsace

Politique de publication :

Titre : Riséo
Sous-titre : Risques, études et observations
ISSN : 2110-5537
Périodicité : bi-annuelle, sous réserve de numéro exceptionnel
Type de support : électronique
Année de création : 2010

Politique des droits d'auteurs et de diffusion :

Publication d'accès ouvert et de réutilisation « lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou créer un lien vers un texte intégral ».

Politique d'évaluation :

Les soumissions sont libres, à l'adresse suivante : cerdacc.riseo@gmail.com
Les auteurs et autrices conservent leurs droits d'auteurs ; les articles ne font en conséquence l'objet d'aucune rémunération.
La sélection et les éventuelles demandes de modifications sont opérées par le responsable scientifique. En cas de participation à la rubrique dossier, la sélection et éventuelles demandes de modification sont effectuées par les coordinateurs ou coordinatrices du dossier.
Les articles ne sont pas soumis à contraintes de signes. Il revient toutefois aux auteurs et autrices de respecter la charte graphique : Charte graphique.
Conformément aux règles de la déontologie scientifique, la revue condamne fermement toute pratique de plagiat et de falsification des données.

Éditorial

Chers lecteurs,

Ce second numéro 2023 de *Risques, études et observations* se démarque à plusieurs égards des éditions précédentes. Nous avons rarement eu l'occasion d'accueillir des contributions abordant le risque sous l'angle de l'analyse historique. Ce vide se trouve aujourd'hui comblé grâce à l'excellente étude de Mathieu Perrin consacrée à la prévention des risques liés aux chutes d'immeubles citadins durant l'Ancien Régime par laquelle débute ce numéro.

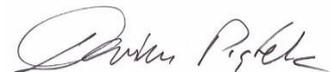
La rubrique *Varia*, est, quant à elle, marquée par les sujets d'une actualité brûlante, tant pour les publicistes que pour les privatistes.

Dans le contexte des tensions internationales inédites, Moncef El Younssi nous propose un panorama des risques posés par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Marc Léger se penche sur la protection juridique des installations nucléaires en temps de guerre.

Du côté du droit privé, *Riséo* s'enrichit d'excellentes études du droit comparé. La contribution de Maciej Bujalski nous éclaire, en pleine crise économique, sur les risques sociétaux induits par les crédits libellés en francs suisses, très en vogue sur le marché polonais. Marouane Rhartaoui s'intéresse à l'attractivité de nos marchés pour les investisseurs étrangers dans une étude consacrée à la définition du consommateur et du professionnel dans les législations française, américaine et marocaine.

Bonne lecture !

Dariusz Piatek
Directeur de publication
Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace
CERDACC (UR 3992)



Sommaire

ETUDE	5
Une question « <i>de détails</i> » et de « <i>peu d'importance</i> » ? Les « grosses réparations » en matière de baux à loyer, moyen de prévenir les risques liés aux chutes d'immeubles citadins durant l'Ancien Régime, Mathieu PERRIN	6
VARIA.....	38
Les risques posés par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une rapide analyse des différentes conceptions, Moncef EL YOUNSSI.....	39
Le nucléaire au risque de la guerre. Peut-on encore espérer l'efficacité du droit sur la force ? Marc LEGER	53
Les clauses abusives : le risque n'est pas que juridique. Exemple de crédits libellés en francs suisses en Pologne, Maciej BUJALSKI	70
Les conséquences d'une mauvaise définition du consommateur et du professionnel sur la protection de l'investissement. Etude comparée des droits américain, Marouane RHARTAOUI	80

ÉTUDE

Une question « de détails » et de « peu d'importance » ? Les « grosses réparations » en matière de baux à loyer, moyen de prévenir les risques liés aux chutes d'immeubles citadins durant l'Ancien Régime

Mathieu PERRIN

Docteur en Histoire du droit et des institutions de l'Université de Strasbourg,
UMR 7354 Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES)

Résumé :

En matière de baux d'habitation, la postérité a retenu que la thématique de l'entretien de l'immeuble loué relève de « questions de détails » et de « peu d'importance ». Cette vision, que l'on doit notamment à certains commentateurs du Code civil, est erronée. Durant l'Ancien Régime, les principales places fortes du royaume, toutes des « villes de locataires », forment chacune un périmètre dense, où les malheurs sont légion. Les citadins, tout comme le quidam passant, s'exposent quotidiennement à des dangers liés aux chutes et aux effondrements d'immeubles. Dès lors, le bâti privé urbain cesse de constituer un abri, son office premier. Son dépérissement est le produit de malfaçons et surtout de la négligence des propriétaires. Un risque de tous les instants, que les autorités constituées ne pouvaient ignorer. Mais en produisant une législation coercitive et de réaction, les souverains et les édiles parviennent difficilement à remédier à ces drames, malgré un perfectionnement au fil du temps. Les lacunes de cette politique publique sont alors palliées par la sphère privée et contractuelle : le bail, en chargeant les propriétaires bailleurs de l'entretien de l'immeuble loué par le biais des « grosses réparations », constitue un modèle et un remède prompt à prévenir ces risques et périls.

Mots-clés : Bail ; grosses réparations ; risques ; périls ; ville ; ancien régime.

Abstract:

As far as residential leases are concerned, posterity has held that the issue of maintenance of the rented property is a matter of "detail" and of "little importance". This view, held by certain commentators on the Civil Code, is incorrect. Under the Ancien Régime, the main strongholds of the kingdom, all "tenant towns", each formed a dense perimeter where misfortunes were legion. City dwellers and passers-by were exposed to the daily dangers of falling and collapsing buildings. As a result, private urban buildings cease to be shelters, their primary function. Their decline is the result of poor workmanship and, above all, the negligence of their owners. This was a constant risk that the authorities could not ignore. But by producing coercive and reactive legislation, the sovereigns and councilors had little success in remedying the tragedies, despite improving it over time. The shortcomings of this public policy were then remedied by the private and contractual sphere: the lease, by making landlords responsible for maintaining the rented building through "major repairs", was a swift remedy to prevent these risks and perils.

Keywords: Lease ; major repairs ; risks ; perils ; cities ; ancien régime.

Dans la France d'Ancien Régime, être citadin équivalait à vivre dangereusement, en s'exposant constamment aux « hasards de l'existence quotidienne »¹. Cela s'explique aisément : la ville n'est pas une nature morte. Elle est un corps dynamique qui se transforme et dont les organes, des édifices bâtis, se détériorent au fil du temps. Dans ce théâtre à ciel ouvert, la comédie humaine vire souvent à la tragédie. En matière de construction et de reconstruction, les négligences et les malfaçons entraînent le dépérissement des immeubles : leurs chutes fréquentes constituent donc un risque de tous les instants. En 1775, le *Dictionnaire ou Traité*

¹ M. Taillefer, *Vivre à Toulouse sous l'Ancien Régime*, Paris, Perrin, 2000, p. 309-310.

de la police générale atteste qu'il n'y a guère de villes sans maisons vétustes menaçant ruine. Un phénomène dangereux, car ces bâtisses vétustes engendreraient en cas d'écroulement une cascade de dommages :

« Elles enseveliraient ceux qui se trouveraient dedans et écraseraient par leur chute peut être bien des personnes dans la rue, indépendamment du tort que leur chute pourrait causer aux maisons voisines »².

Du latin *risicum*, empruntée de l'Italien *risico*³ et de l'Espagnol *risco*⁴, la notion de risque, parfois employée au féminin⁵, serait un dérivé de *discrimen*, de *periculum* et d'*alea*⁶. Il s'agit d'un péril, d'un danger, d'un hasard auquel l'on s'expose⁷. Bien que Furetière, dès la fin du XVII^e siècle, et que le dictionnaire « de Trévoux », encore à la fin du XVIII^e siècle, qualifient le risque de « *terme de Palais* »⁸, aucun des dictionnaires juridiques d'Ancien Régime ne consacre d'entrée à la notion. Les lexicographes lui préfèrent le terme générique d'accident, c'est-à-dire le hasard, le « *coup de fortune* », ou l'« *événement imprévu dont il résulte quelque malheur ou quelque trouble public* »⁹ : c'est la définition même du cas fortuit¹⁰, tels les intempéries, les inondations ou les incendies provoqués par la foudre¹¹. Outre ces désastres, l'acception d'accident renvoie aux événements qui naissent de la « *malice et de la perversité des hommes* »¹² : il s'agit donc de véritables délits, dont les auteurs doivent être contraints de payer un juste dédommagement aux personnes préjudiciées.

Ces réalités tangibles tranchent radicalement avec une autre donnée : la ville est un « *assemblage de plusieurs maisons disposées par rues et fermées d'une clôture commune* »¹³. En qu'immeuble, bien fixe attaché à la terre¹⁴, la maison exprime l'idée d'ancrage dans un lieu donné. La notion dépasse ainsi le cadre de la matérialité. Tout comme l'espace urbain dans lequel elle s'incorpore, elle est un véritable microcosme, un « *être vivant ayant un corps et*

² E.-C. de La Poix de Fréminville, *Dictionnaire ou Traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses et seigneuries de la campagne*, Paris, 1775, p. 422.

³ A. Hatzfeld et A. Darmesteter, *Dictionnaire général de la langue française, du commencement du XVII^e siècle à nos jours*, Paris, Delagrave, 1926, t. II, p. 1968.

⁴ D. Diderot et J. Le Rond d'Alembert, *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, Le Breton, 1751-1765, t. XIV, p. 301.

⁵ « On dit prov. *A toute risque*, pour dire, à tout hasard : Et dans cette phrase, *Risque* est Féminin. » Le Dictionnaire de l'Académie française, dédié au Roy, Paris, Coignard, 1740, t. II, p. 592

⁶ « Toutes ces étymologies ne me plaisent point. Et, pour parler franchement, je ne sais d'où vient *risque*. » G. Ménage, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, Briasson, 1750, t. II, p. 409-410.

⁷ C.-P. Richelet, *Dictionnaire François, contenant les mots et les choses, plusieurs nouvelles remarques sur la langue française*, Genève, Widerhold, 1680, partie II, p. 320 ; Le grand vocabulaire français, Paris (2^e éd.), Panckoucke, 1767-1774, t. XXV, p. 163 ; P. Poitevin, *Dictionnaire de la langue française, glossaire raisonné de la langue écrite et parlée*, Paris (3^e éd.), Chamerot, 1855, p. 873 ; J.-B. La Curne de Sainte-Palaye, *Dictionnaire historique de l'ancien langage français ou glossaire de la langue française*, Paris, Champion, 1875, t. IX, p. 242 ; P.-C.-V. Boiste, *Dictionnaire universel de la langue française, avec le latin et l'étymologie*, Paris (13^e éd.), Firmin Didot, 1851, p. 633.

⁸ « *Risque*, en termes de Palais, se dit en cette formule : Il a pris cela à ses *risques*, périls et fortunes, sans garantie. » A. Furetière, *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots français, tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, La Haye, Leers, 1690, t. III, p. 427 ; Dictionnaire universel français et latin, vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux, Paris, Compagnie des Libraires associés, 1771, t. VII, p. 393.

⁹ A. Furetière, *op. cit.*, 1690, t. I, p. 17 ; Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1718, t. I, p. 11 ; Encyclopédie méthodique. Jurisprudence, Paris, Panckoucke, 1789, t. IX, La police et les municipalités, p. 76.

¹⁰ Couchot, *Dictionnaire civil et canonique, contenant les étimologies, définitions, divisions & principes du Droit français*, Paris, Besoigne, 1687, p. 128 ; C. de Ferrière, *Introduction à la Pratique, contenant l'explication des principaux termes de Pratique, & de Coutume*, Paris, Cochart, 1679, p. 4 ; C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique ou Dictionnaire des termes de pratique, de droit, d'ordonnance et de coutumes*, Paris, Prudhomme, 1734, t. I, p. 268.

¹¹ L'édition de 1701 du *Dictionnaire universel* rapporte : « Ce mot est composé du mot *astre*, et de la particule *des*, comme qui dirait, *mauvais astre*. » A. Furetière, *op. cit.*, 1701, t. I (s. p.).

¹² Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. IX, La police et les municipalités, p. 77.

¹³ Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1718, t. II, p. 786.

¹⁴ P.-J. Brillon, *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, Paris, Besoigne, 1697, p. 508-509 ; H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, Paris, Leclerc, 1763, t. II, p. 337-338.

une âme »¹⁵. Le langage courant ne confirme-t-il pas cet anthropomorphisme, avec des expressions telles que « maison lépreuse »¹⁶, « maison borgne »¹⁷ ou encore « maison décrépète »¹⁸ ? La maison est un asile, c'est-à-dire un refuge où l'on est à couvert¹⁹. Elle détient donc un rôle d'accueil et de sécurité qui traverse les âges²⁰. En tant qu'abri, elle est pour ses habitants le premier moyen de protection contre toutes les menaces provenant de l'extérieur²¹. En outre, elle mêle l'habitation – élément significatif des sociétés humaines – et l'habitat, qui renvoie « aux pratiques et aux usages multiples de la maison rurale ou citadine, lieu de la vie familiale et des relations sociales, symbole de pouvoir »²².

Or, plus que tout autre contrat, la *locatio rei*, ou louage de choses, est la manifestation juridique de cette combinaison : son influence sur les sociétés modernes n'est en effet plus à démontrer. Telles les saisons de l'année, les baux rythment des villes entières avec leurs quatre termes ordinaires pour déménager. Le phénomène accentue un peu plus la métaphore de l'espace urbain perçu en tant que « ruche humaine »²³, où chaque famille jouit précairement d'un certain « nombre d'alvéoles »²⁴. Cet exode constant des locataires citadins, parfaitement dépeint dans *Le Tableau de Paris* de Mercier, s'explique de manière empirique : le bail est d'un « usage très nécessaire et très fréquent »²⁵.

Impossible de donner tort à Domat, auteur de cette formule devenue consacrée. À l'époque moderne, la location à court terme fait l'objet d'une expansion attestée²⁶, sous la forme d'immeubles dits « de rapport ». De telles opérations deviennent massives au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, faisant des principales places fortes du royaume des « villes de locataires »²⁷. Marché locatif et urbanité demeurent ainsi intrinsèquement liés, pour ne pas dire indissociables. Tous deux partagent, si l'on peut dire, le goût du risque : le premier se fonde sur un contrat qui confère au locataire un *jus ad rem*, droit de jouissance par essence précaire,

¹⁵ C. Lecouteux, *La maison et ses génies. Croyances d'hier et d'aujourd'hui*, Paris, Imago, 2000, Introduction, p. 13-14.

¹⁶ P. Le Loyer, *Discours et histoires des spectres, visions et apparitions des esprits, anges, demons, et ames, se montrans visibles aux hommes*, Paris, Buon, 1605, livre VI, chapitre XV, p. 675.

¹⁷ Se dit figurément d'un lieu obscur. Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1694, t. I, p. 114.

¹⁸ L'adjectif décrépi renvoie à ce qui est « fort vieux, qui radote ». Il est donc employé pour une personne : « cet homme est décrépi. Femme décrépète. Vieille décrépète », illustrent les Académiciens en 1762. *Ibid.*, 1762, t. I, p. 477.

¹⁹ Le grand vocabulaire français [...], *op. cit.*, 1767, t. III, p. 148.

²⁰ D. Roche, *Histoire des choses banales, naissance de la consommation XVII^e-XIX^e siècle*, Paris, Fayard, 1997, partie II, chapitre IV « Maisons rurales, maisons urbaines », p. 96.

²¹ Dans son commentaire des *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans*, Robert-Joseph Pothier rapporte par exemple que le propriétaire doit « réparer les portes et fenêtres de manière que le locataire soit clos et à l'abri des voleurs, et les couvertures, de manière qu'il ne pleuve pas dans le logis ». R.-J. Pothier, *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Paris, Debure Père, 1772, titre XIX, chapitre I, art. I, §. II, n°11, p. 701.

²² D. Roche, *Histoire des choses banales [...]*, *op. cit.*, partie II, chapitre IV « Maisons rurales, maisons urbaines », p. 97.

²³ L.-S. Mercier, *Tableau de Paris*, Amsterdam, 1783, t. IV, chapitre LXXXIX, p. 283.

²⁴ G. d'Avenel, *Histoire économique de la propriété, des salaires, des denrées et de tous les prix en général, depuis l'an 1200 jusqu'en l'an 1800*, Paris, Imprimerie Nationale, 1894, t. VI, livre V, chapitre V, p. 191.

²⁵ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Coignard, 1689, t. I, partie I, Introduction du livre I, p. 61-62 et partie I, livre I, Introduction au titre IV, p. 184.

²⁶ Georges d'Avenel indique qu'au XVI^e siècle, Paris compte environ 14 000 maisons. Le chiffre est porté à 20 000 au XVII^e siècle, et atteint 26 000 au XVIII^e siècle. G. d'Avenel, *op. cit.*, t. I, livre II, chapitre X, p. 478.

²⁷ D. Roche, *Le peuple de Paris, essai sur la culture populaire au XVIII^e siècle*, Paris, Aubier-Montaigne, 1981, partie II, chapitre IV « Manières d'habiter », p. 109-110. v. aussi : N. Lozancic, « Le logement à Lyon aux XVII^e et XVIII^e siècles, une approche : le bail à loyer », *Cahiers d'histoire*, n°44-4, 1999, p. 537-558 ; N. Lyon-Caen, « L'immobilier parisien au XVIII^e siècle. Un marché locatif », *Histoire urbaine*, 2015/2, n°43 ; C. Pascal, « Se loger à Montpellier en 1756. Étude sur les manières d'habiter urbaines au XVIII^e siècle », *Cahiers d'histoire*, n°44-4, 1999, p. 531 ; A. Pardailhé-Galabrun, *La naissance de l'intime, 3 000 foyers parisiens, XVII^e-XVIII^e siècles*, Coll. Histoires, Paris, PUF, 1988, partie II, chap. 7 « Les conditions de logements », 3. *La fonction des pièces et leur degré de spécialisation*, p. 257 ; P. Couperie et E. Le Roy Ladurie, « Le mouvement des loyers parisiens de la fin du Moyen Âge au XVIII^e siècle », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, n°4, 1970, p. 1002-1023.

c'est-à-dire incertain et sans garantie de durée²⁸ ; la seconde, toujours embarrassée, est le lieu de toutes les nuisances, et se mue souvent en espace mortifère.

L'entretien et la conservation du bâti en milieu urbain constituent un enjeu prépondérant. Autrement, c'est le début d'un cercle vicieux susceptible de provoquer une désertification des cités. La « peur sur la ville » nécessite alors une vigilance constante de la part des autorités constituées. La tranquillité et la sécurité publiques en dépendent²⁹, si bien que la prévention des risques, maître mot en la matière, doit se manifester par des mesures de contrainte rapides à l'encontre de tout propriétaire dont la négligence est blâmable. Mais le bilan mitigé de cette police urbaine invite à un constat : quoiqu'affinée et perfectionnée, elle n'évite pas toujours la survenance des malheurs **(I)**.

Voilà pourquoi les baux constituent un observatoire privilégié, tant pour les autorités de police que pour les édiles. Les intérêts en présence sont convergents : un immeuble donné à bail est un immeuble occupé, surveillé et entretenu, car maintenu en bon état de réparations. Considérant les nombreuses boutiques louées pour commercer, les multiples ateliers loués pour travailler et les appartements loués pour loger, comment ne pas affirmer que le contrat, *instrumentum* de nature privée, s'inscrit au service de la santé urbaine, dessein de nature publique ? Cela se vérifie, à plus forte raison, si l'on considère que tout bail à loyer tient en cet aphorisme : « *les charges sont inséparables du bénéfice* »³⁰. Le propriétaire-bailleur s'engage en effet à assurer au locataire une jouissance pleine et paisible tout au long du contrat. Cette obligation prédominante et contrepartie du loyer est satisfaite par le biais de deux charges subsidiaires. D'une part, le propriétaire doit délivrer un bien conforme à la destination pour laquelle il a été loué. D'autre part, l'immeuble doit être entretenu, et ce par la réalisation de réparations qualifiées de « grosses » par les sources. *Ipsa facto*, la thématique combine la technicité du droit à des considérations politiques. La prévention des risques qui menacent les personnes et leurs biens est un objectif justifiant plusieurs dispositifs prompts à garantir l'accomplissement de cette obligation contractuelle **(II)**.

I) « Peur sur la ville » : une politique publique lacunaire face aux accidents et aux malheurs

« *Periculum in mora.* » Dans les dictionnaires d'Ancien Régime, l'expression « *péril en la demeure* » se dit « *au Palais* » ou en « *style de pratique* » pour signifier qu'il faut « *promptement remédier à quelque chose* », ou que le « *retardement peut causer préjudice* »³¹. Pour les citadins, l'expression a du sens au propre comme au figuré. En ville, le bâti est en quelque sorte dichotomique : il sert d'abri, tout en représentant un danger **(A)**. Un péril de tous les instants, auquel tentent de réagir les autorités constituées. Cependant, cette politique publique de coercition se révèle souvent lacunaire **(B)**.

²⁸ A. Furetière, *op. cit.*, 1690, t. III, p. 209 ; É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1873-1874, t. III, p. 1267 ; A. Hatzfeld et A. Darmesteter, *op. cit.*, 1926, t. II, p. 1792-1793 ; Le nouveau Littré, édition augmentée du Petit Littré, Paris, Garnier, 2004, p. 1077.

²⁹ Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. IX, La police et les municipalités, p. 76-77.

³⁰ B.-L. Pelée De Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens avec le droit romain, les ordonnances du royaume, et les autres coutumes*, Sens, Tarbé, 1787, titre XXI, article CCLXI, n°1, p. 372.

³¹ Dictionnaire universel françois et latin [...], *op. cit.*, 1771, t. VI, p. 680 ; Le grand vocabulaire françois [...], *op. cit.*, 1769, t. VII, p. 567. « Péril en la demeure » ou « péril d'évasion » signifie également l'autorisation le décret de prise de corps « du séducteur, sur l'accusation de la fille séduite ». A. Riston, *Conférence, par ordre alphabétique, des matières contenues en l'Ordonnance de Lorraine*, Nancy, Lamort, 1774, partie II, p. 88.

A) L'état du bâti privé, mal urbain : quand l'abri se mue en danger

Les périls inhérents au dépérissement du parc immobilier urbain se manifestent en premier lieu à l'intérieur des logements. Les fréquents écroulements des plafonds ou des planchers ont été une source d'inspiration privilégiée pour les auteurs de la littérature classique et contemporaine. En 1776, Merdy, Le Tourneur et Fontaine Malherbe livrent au public leurs audacieuses traductions des œuvres de Shakespeare. Dans leur *Histoire d'Othello*, ils n'hésitent pas à revisiter l'infâme complot du Maure vénitien et de Iago son enseigne, soucieux de maquiller le meurtre de Desdémone en couvrant sa dépouille des décombres du plancher écroulé de leur maison vétuste³². D'aucuns se souviendront également de la mort tragique du maître parfumeur Giuseppe Baldini, à la suite de l'écroulement inopiné de sa maison du Pont-au-Change, dans *Le Parfum* de Patrick Süskind³³. Dans le courant du XVIII^e siècle, les gazettes et journaux sont particulièrement friands de ces faits divers funestes. En 1788 par exemple, la *Gazette des gazettes* rapporte que le quartier de la Croix-Rousse à Lyon a été le théâtre de l'écroulement d'une maison :

« Le mardi 16, on était allé avertir un architecte qui, par malheur, avait cru pouvoir renvoyer sa visite au lendemain. L'enfant Monin, âgé de 11 ans, le plus jeune des locataires, mais sur ce point le plus prévoyant, ne pouvait se résoudre à coucher ce jour-là dans la maison. Pour le rassurer, son grand-père, appuie une échelle contre le mur soupçonné, et lui dit qu'avec cet étai il n'y a plus rien à craindre ; l'enfant se couche. À 11 heures, la veuve Tignard se retirant ne peut ouvrir sa porte ; le grand-père Monin fait des efforts pour lui aider à l'ouvrir. Le mur qui s'affaissait, rendait cette ouverture impossible. La veuve Tignard, effrayée, se décide à coucher ailleurs ; Monin, que rien n'intimide, reste chez lui et se couche. À une heure, on entend un fracas effroyable. Le mur s'écroule et entraîne avec lui les planchers. Le fils de la Mélin, qui couchait avec l'enfant Monin, s'échappe par une fenêtre à l'aide d'une échelle qu'on lui tend ; il invite Monin à le suivre. Non, lui répond ce bon et honnête enfant, il faut auparavant que j'aie averti mon grand-père et ma grand-mère. Il y court aussitôt, et l'infortuné est la victime de sa piété filiale ; lorsqu'on a dû parvenir jusqu'à lui, on l'a trouvé mort dans la ruelle du lit de son grand-père et de sa grand-mère, morts tous les deux »³⁴.

Le bilan humain est lourd : sur les quatorze locataires occupant la maison, trois sont morts et trois sont blessés. Les huit autres, qui sont parvenus à se sauver « *en chemise* », ont perdu « *leurs habits, leurs métiers et tous leurs effets* »³⁵. Relayé par d'autres publications, le récit du destin tragique du jeune Monin a fait grand bruit dans tout le royaume³⁶. Sur place, l'intendant Terray sollicite alors la générosité de ses concitoyens. Supervisée par l'abbé Rozier, une cagnotte est spontanément organisée pour venir au secours des victimes³⁷. Une philanthropie nécessaire, et ce d'autant plus que la chute de l'immeuble a considérablement

³² J.-C. Merdy, P.-P.-F. Le Tourneur et J. Fontaine-Malherbe, *Shakespeare traduit de l'Anglois, dédié au Roi*, Paris, Veuve Duchesne, 1776, t. I, p. 275.

³³ P. Süskind, *Le Parfum, Histoire d'un meurtrier*, Paris, Fayard, 1986, chapitre 22, p. 161. Pour son récit, le romancier s'est vraisemblablement inspiré de faits réels : Y. Carbonnier, « Les maisons des ponts parisiens à la fin du XVIII^e siècle : étude d'un phénomène architectural et urbain particulier », *Revue Histoire, économie et société*, 17^e année, n°4, 1998, p. 711-723.

³⁴ Journal politique, ou Gazette des gazettes, Bouillon, année 1788, novembre, première quinzaine, p. 62-63.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ V. notamment : *Mercur de France, dédié au Roi*, par une société de Gens de Lettres, Paris, n°41, octobre 1788, p. 118-119. Pour un autre exemple, en l'occurrence l'explosion d'un tonneau de poudre à Toulouse qui provoque l'écroulement d'une maison le 22 décembre 1780 : Journal politique, ou Gazette des gazettes, Bouillon, janvier 1781, p. 81-82.

³⁷ *Ibid.*, année 1788, novembre, première quinzaine, p. 62-63.

endommagé les biens voisins : trente autres locataires sont contraints de déloger, et désormais « réduits à la dernière indigence »³⁸.

Un enseignement peut en être tiré : les malheurs se manifestent aussi sur la voie publique, dans l'enceinte extérieure de l'immeuble en péril. L'histoire montre d'ailleurs que c'est tout le tissu urbain qui souffre de ce phénomène endémique. À ce propos, les *Rerum Senilium* du poète florentin Pétrarque décrivaient déjà la décadence de Paris sous Jean le Bon³⁹. Sous le règne de Charles VI, et au commencement de celui de Charles VII, Paris connaît alors son « état le plus triste »⁴⁰ : les épidémies, les disettes⁴¹, les dévastations de la guerre et l'occupation anglaise⁴² provoquent tour à tour la désertion des populations⁴³. En raison de ces calamités, l'entretien des bâtiments est totalement négligé dans la capitale, alors dans un état de délabrement généralisé. Les maisons, en grande partie ruinées ou en péril⁴⁴, provoquent la dépréciation des immeubles et, *ipso facto*, une baisse généralisée des loyers⁴⁵.

Héritier direct de ces vicissitudes, le « beau XVI^e siècle »⁴⁶ initie une époque marquée par l'essor de la location à court terme⁴⁷. Mais les constructions en bois issues de la période médiévale laissent péniblement place aux édifices en pierre⁴⁸. Aussi, l'*intra-muros* est-il délaissé par les spéculateurs : son parcellaire limité impose la densification, ainsi que l'élévation du bâti existant. C'est le cas à Marseille⁴⁹, à Toulouse⁵⁰, à Lyon⁵¹, à Bordeaux⁵², ou encore à Lille⁵³. Le phénomène atteint même son paroxysme dans la capitale du royaume : pour de nombreux Parisiens, le cœur historique de la cité, vétuste et étroit, est synonyme d'entassement et de promiscuité⁵⁴.

Pléthores en ville, les effondrements d'immeubles mettent en exergue le fait que la plupart des cités, toujours de fondation gallo-romaine, souffrent d'une matérialité urbaine assimilable à un fardeau. Cela se vérifie notamment à travers la chute fréquente des cheminées, des

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ F. Petrarca, *Lettere senili volgarizzate e dichiarate con note da Giuseppe Fracassetti*, Florence, Le Monnier, 1879 (Progetto manuzio, edizione elettronica del 7 aprile 2010), livre X, Lettre II à Guy, Archevêque de Gênes, p. 764-765.

⁴⁰ A.-L. Leclerc du Brillet, *Continuation du Traité de la Police*, Paris, Herissant, 1738, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, p. 123.

⁴¹ G.-A. Lobineau, *Histoire de la ville de Paris composée par D. Michel Felibien*, Paris, Desprez, 1725, t. II, livre XV, p. 776.

⁴² J. Bodin, *Les paradoxes du Seigneur de Malestroit*, Paris, Martin le Jeune, 1578, p. 39.

⁴³ Vers 1430, il est possible de considérer que le pays ne compte plus de 10 millions d'âmes. F. Bayard et P. Guignet, *L'économie française aux XVI^e – XVII^e – XVIII^e siècles*, Coll. synthèse et histoire, Paris, Ophrys, 1991, partie I, chapitre 3 : Le « beau XVI^e siècle », 1. La « copiosité du populaire », p. 90-91.

⁴⁴ A.-L. Leclerc du Brillet, *loc. cit.*

⁴⁵ G. d'Avenel, *op. cit.*, t. I, livre II, chapitre IX, p. 429.

⁴⁶ A. Béroujon, *Peuple et pauvres des villes dans la France moderne, De la renaissance à la Révolution*, Paris, Armand Colin, 2014, 1. Peuple, pauvre et marginaux, des frontières mouvantes, p. 22.

⁴⁷ C. Topalov, *Le logement en France, Histoire d'une marchandise impossible*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1987, chapitre I, p. 35-37 et chapitre II, p. 66 et s. ; R. Faivre-Faucompré, « Le métaconcept de propriété à l'épreuve du droit romano-canonique médiéval », X. Prévost et N. Laurent-Bonne (dir.), *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*, Actes du colloque organisé les 9 et 10 mars 2017, Université de Bordeaux, Paris, Lextenso, LGDJ, 2018, partie IV, I., p. 192-197.

⁴⁸ O. Zeller, « La ville moderne XVI^e-XVIII^e siècles », J.-L. Pinol (dir.), *Histoire de l'Europe urbaine*, Paris, Éditions du Seuil, 2003, Introduction, p. 19-22 ; L. Mumford, *La Cité à travers l'Histoire*, Marseille, Agone, 2011, p. 413-421.

⁴⁹ J. Puget, « Les négociants marseillais et la fabrique urbaine, entre désintérêt immobilier et implication politique (1666-1789) », *Rives méditerranéennes*, n°49, novembre, 2014, p. 142. v. aussi : F.-X. Emmanuelli, *Vivre à Marseille sous l'Ancien Régime*, Paris, Perrin, 1999.

⁵⁰ M. Taillefer, *op. cit.*, chapitre I, *Portrait de la ville à la fin de l'Ancien Régime, Les maisons*, p. 45.

⁵¹ F. Bayard, *Vivre à Lyon sous l'Ancien Régime*, Paris, Perrin, 1997, chapitre 7 « Se loger », Les formes des maisons, p. 221-222 ; N. Lozancic, « Le logement à Lyon [...] », *op. cit.*, p. 538 ; M. Garden, *Lyon et les Lyonnais au XVIII^e siècle*, Thèse pour le Doctorat ès Lettres, Université de Lyon, Faculté des Lettres et Sciences Humaines, Paris, Les belles-lettres, 1969, partie I, chapitre I, Les maisons de Lyon, Tableau II, p. 19.

⁵² P. Butel, *Vivre à Bordeaux sous l'Ancien Régime*, Paris, Perrin, 1999, partie II, chapitre VII, *Un kaléidoscope urbain*, p. 176-177.

⁵³ P. Guignet, *Vivre à Lille sous l'Ancien Régime*, Paris, Perrin, 1999, partie III, chapitre 8, p. 293 ; J. Beaujeu-Garnier, « Lille, une grande ville ? », *Revue Hommes et Terre du Nord*, 1963, n°2, p. 118 ; J. Dilly, « Structure de l'agglomération lilloise », *Revue du Nord*, t. XXXVII, n°147, juillet-septembre 1955, p. 38.

⁵⁴ Daniel Roche expose à ce titre que 90% des rues parisiennes du vieux centre mesurent moins de cinq mètres. D. Roche, *Histoire des choses banales [...]*, *op. cit.*, partie II, chapitre IV « Maisons rurales, maisons urbaines », *Densité et continuité, la maison urbaine*, p. 111.

balcons⁵⁵ et des entablements, derniers rangs de pierres en saillie « *qui est au haut des murs, et qui soutient la couverture d'un bâtiment* »⁵⁶. Tragiques destins que ceux réservés à Poan, huissier de la chambre du Roi, victime en 1708 d'une chute d'entablement dans le cloître de Sainte-Opportune⁵⁷, ou encore à ces à trois malheureux passants rue Mazarine en 1712⁵⁸. Par ailleurs, la mauvaise qualité des murs entraîne aussi son lot de catastrophes. À Paris, malgré un jugement du maître général des bâtiments du 29 octobre 1685 « *sur la manière de construire les gros murs des Bâtimens* »⁵⁹, les incidents sont légion. Au mois d'octobre 1724 par exemple, rue du Parchemin, la fille de Martin, libraire réputé de la capitale, perd la vie à la suite de la chute d'un hourdis⁶⁰ d'un pan de bois⁶¹. Tout au long du XVIII^e siècle, les Parisiens déplorent toujours ces drames survenus en raison de malfaçons. Un *Mémoire sur la police des bâtimens* de 1738 rapporte que des maisons s'effondrent alors qu'elles ne sont pas encore achevées, ou six mois à peine après leur construction ou reconstruction⁶².

La transformation du bâti est donc un processus lent et incertain – symbole de la difficulté de concilier des intérêts politiques avec ceux des particuliers – parce qu'elle implique une étape sous-jacente, elle-même génératrice de nuisances en tous genres : le chantier. Cela est particulièrement vrai dans la capitale du royaume. En 1660, les savoureuses *Satires* de Nicolas Boileau dépeignent avec humour les nuisances quotidiennes qu'endurent les Parisiens ou les voyageurs, pour lesquels la quiétude et le repos ne sont qu'utopies : « *Est-ce donc pour veiller qu'on se couche à Paris ?* », demande-t-il⁶³. De plus, tout chantier est, par essence, une entreprise coûteuse... et périlleuse ! La légende de *L'embaras de Paris*, gravure de Guérard datée de 1700, retranscrit parfaitement cette insécurité ambiante : « *Car si vous n'écoutez parmi le tintamarre, gare gare là-bas gare rangez-vous gare, ou du haut ou du bas vous serez écrasés* ».

Le danger concerne cette fois les passants, mais aussi les ouvriers⁶⁴ : l'utilisation d'échafaudages dépourvus de garde-corps ou de plinthes est bien souvent la source de chutes

⁵⁵ A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, p. 124-125.

⁵⁶ A.-C. Daviler, *Dictionnaire d'architecture civile et hydraulique, et des arts qui en dépendent*, Paris, Jombert, 1755, p. 161 ; F.-M. de Marsy, *Dictionnaire abrégé de peinture et d'architecture*, Paris, Nyon, 1746, t. I, p. 218 ; C.-F. Roland Le Virlois, *Dictionnaire d'architecture civile, militaire et navale, antique, ancienne et moderne, et de tous les arts et métiers qui en dépendent*, Paris, Chez les Libraires Associés, 1770, t. I, p. 543.

⁵⁷ Sentence de police du 3 février 1708, qui ordonne aux nouveaux acquéreurs de maisons de faire visiter les biens par un maître-maçon, « à l'effet de connoître s'il n'y a aucun péril », à peine de cinquante livres d'amende. A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, section I, p. 125.

⁵⁸ Outre ces trois victimes, une femme eût les deux jambes brisées. La maison appartenait à un certain Ravière, conseiller au Parlement de Paris. H. Gourdon de Genouillac, *Paris à travers les siècles*, Paris, F. Roy, 1881, t. III, partie III, XXX, p. 68.

⁵⁹ Le texte est en application à compter du 1^{er} novembre. Il prescrit la construction « depuis le bon et solide, jusqu'au rez-de-chaussée des rues ou cours » de murs avec « moellons et libages, de bonne qualité ». Lesdits murs doivent être maçonnés « avec chaux et sable, et d'épaisseurs suffisantes pour l'élévation qu'il y aura au-dessus ». Il fait interdiction de construire des murs en fondation avec du plâtre. A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre IV, section VI, p. 71-72.

⁶⁰ « Hourdir » signifie « maçonner grossièrement, avec du mortier ou du plâtre, des moellons ou plâtras. C'est aussi faire l'aire d'un plancher sur des lattes ». Un « hourdis » est donc « l'ouvrage qu'on fait en travaillant ainsi ». A.-C. Daviler, *Dictionnaire d'architecture [...]*, *op. cit.*, 1755, p. 201.

⁶¹ Dans la foulée, l'incident contraint le maître des bâtiments de rendre une ordonnance prohibant la « construction de pans de bois sur rue et autres endroits, sans que les poteaux fourrant lesdits pans de bois, ne soient ruellés, tamponnés et espacés plus de neuf à dix pouces d'entrevous, et lattés avec lattes de cœur de chêne de trois pouces en trois pouces » A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre IV, section VI, p. 71-72. v. aussi : J.-L. Harouel, *L'embellissement des villes, l'urbanisme français au XVIII^e siècle*, Collection « Villes et sociétés », Paris, Picard, 1993., partie II, 3. p. 220.

⁶² Parmi les incidents déplorés : chute d'une maison située rue Saint-Jean-de-Beauvais appartenant à Lenoir, marchand de vin, qui tue plusieurs ouvriers et blesse plusieurs passants. De même, le 5 août 1737, rue des Petits-Augustins, le 2 mars 1738 rue d'Argenteuil et le 3 mai « rue Salle au Comte derrière S^t-Leu ». *Ibidem*.

⁶³ N. Boileau, *Satires*, Extrait des œuvres classiques de Boileau, Paris, Hatier, 1921, Satire VI, *Les Embarras de Paris*, 1660, p. 41.

⁶⁴ Pour un exemple de chantier d'envergure à Paris au XVIII^e siècle, V. notamment : Y. Carbonnier, « Le déroulement d'un chantier parisien sous l'Ancien Régime : le dégagement des ponts et des quais », *Histoire urbaine*, 2015/2, n°43, p. 71-91 ; V. Nègre, « Quatre accidents saisis sur le vif », V. Nègre (dir.), *L'art du chantier [...]*, *op. cit.*, p. 108-111.

spectaculaires⁶⁵. Le chantier est donc l'objet constant d'interdits et de prescriptions sécuritaires, qui forment une police spéciale, héritage direct du droit romain⁶⁶. L'*Encyclopédie de jurisprudence* en félicite l'excellence. Ses « *sages mesures* » anticipent les accidents, dans un domaine où « *tout peut être prévu* »⁶⁷. La réalité est tout autre : les chantiers envahissent les villes et engorgent les rues. Bien qu'ils s'exposent à la vue de tous, ils sont aussi le théâtre de la clandestinité et de l'illicéité : ouvriers non déclarés, malfaçons et vols de matériaux y sont fréquents⁶⁸. En juin 1740 par exemple, une ordonnance de la chambre des bâtiments déplore le « *peu d'intelligence* » des personnes employées par les maîtres-charpentiers⁶⁹.

ÉVÉNEMENTS

Avant-hier, Fauxbourg S. Antoine, quatre Maçons montés sur un échaffaud fort élevé & mal assuré, en sont tombé ; l'un est mort sur le champ de la chute, les trois autres ont été transportés mourans à l'Hôtel-Dieu.

Extrait du Journal de Paris, 13 septembre 1777, n°256, p. 3, disponible sur : [gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France](https://gallica.bnf.fr/Bibliothèque_nationale_de_France).

Bon an mal an, un corpus normatif abondant et disparate tente d'obvier les dangers inhérents aux chantiers. La première catégorie de règles concerne le transport des pierres, du bois, ou des plâtres. Ce va-et-vient de charrettes, depuis les carrières situées à l'extérieur des villes⁷⁰ jusqu'aux rues étroites du chantier, où elles se mêlent à la foule passante et parmi les étals des boutiques⁷¹, provoque un tapage incessant. Par exemple, une ordonnance de police du 21 décembre 1787 prescrit que les voituriers conduisant les moellons et les pierres doivent garnir leurs voitures de « *ridelles* » devant, derrière et sur les côtés⁷², de sorte « *qu'il ne puisse rien tomber au risque des passants* »⁷³. Les voituriers de sable, autrement appelés « *gravetiers* »,

⁶⁵ E. Desroches, « Miracles et sécurité sur des chantiers traditionnels », communication du séminaire *Chantier et construction. De l'Antiquité à la révolution industrielle en Orient et en Occident*, Maison de l'Orient et de la Méditerranée Jean Pouilloux, Lyon, 14 novembre 2014, disponible en ligne : <https://chantiers.hypotheses.org> ; A. Martinez, « Les accidents survenus lors de l'utilisation d'échafaudages », *Cahiers des comités de prévention du bâtiment et des travaux publics*, volume n°46, n°278, septembre-octobre 1993, p. 19-23.

⁶⁶ Le jurisconsulte Ulpien rapportait déjà que les « les anciens ont pensé que si plusieurs [ouvriers] ont fait tomber une poutre qui a écrasé un homme, tous sont également soumis à l'action de la loi *Aquilia* » *D.*, 9, 11, 4.

⁶⁷ Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. IX, La police et les municipalités, p. 77.

⁶⁸ R. Carvais, « La ville, un chantier permanent », V. Nègre (dir.), *L'art du chantier. Construire et démolir du XVI^e au XX^e siècle*, Gand, Snoeck, Cité de l'architecture et du patrimoine, 2018, p. 145.

⁶⁹ « Et comme il est important pour le public de remédier à des accidents si fâcheux et si fréquents causés par l'inattention des maîtres Charpentiers ou par l'impéritie de leurs Compagnons qui se sont souvent trouvés exposés eux-mêmes ; ainsi que les passants et les autres ouvriers du bâtiment à la perte de leur vie et d'autres et demeures estropiées pour le reste de leurs jours. » Document disponible aux Archives Nationales sous la cote : Z¹¹ 107, fol. 77 v°. *Ibidem*.

⁷⁰ « Les environs de Paris sont excavés ; les immenses quantités de pierres qu'on en a retirées y ont formé des espèces de cavernes qui se prolongent et dans les campagnes, et sous une partie de la ville. » V. l'article « *Carrières* » dans l'*Encyclopédie de jurisprudence* : Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. IX, La police et les municipalités, p. 482-484. v. aussi : B. Comentale, « Les anciennes carrières de pierre en ville, un élément du géopatrimoine : exemples de Paris et de Nantes », *Physio-Géo*, volume 13, 2019, p. 1-24 ; A. Guini-Skliar, « Les carrières parisiennes aux frontières de la ville et de la campagne », *Histoire urbaine*, 2003/2, n°8, p. 41-56 ; P. Benoit, A. Blanc, J.-P. Gély, A. Guini-Skliar, D. Obert et M. Viré, « La pierre de Paris. Méthode d'étude de la pierre à bâtir depuis son extraction jusqu'à sa mise en œuvre », J. Lorenz et G. Coulon (dir.), *La pierre dans la ville antique et médiévale, actes du colloque d'Argentomagus, supplément à la Revue archéologique du centre de la France*, n°18, 2000, p. 121-158.

⁷¹ « Mais un éternel sujet de plaintes et une cause perpétuelle d'accidents graves, qu'on ne voit pas que la police ait cherché efficacement à détruire, c'est l'usage de pousser impétueusement un carrosse ou un cabriolet au milieu d'une foule immense, de femmes, d'enfants, de renverser les boutiques ou étalages de petits marchands de fruits ou autres, d'éclabousser insolemment et souvent de dessein prémédité les pauvres piétons qui ne peuvent pas se ranger à temps ». Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, 1789, t. IX, La police et les municipalités, p. 80.

⁷² Une « *ridelle* » est « un des côtés d'une charrette, fait en forme de râtelier ». Il s'agit d'une pièce de bois, « qui règne le long des côtés d'un chariot, ou d'une charrette, qui soutient un petit treillis de bois servant à arrêter les marchandises dont on a la charge ». A. Furetière, *op. cit.*, 1690, t. III, p. 423 ; Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1718, t. II, p. 515.

⁷³ Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, 1789, t. IX, La police et les municipalités, p. 79.

qui enlèvent les matières des décombres, doivent être équipés de « *tombereaux* »⁷⁴ solides, bien clos et d'une grandeur convenable⁷⁵. Une deuxième catégorie de règles a trait aux toits des immeubles. Pour les charpentiers, la moindre erreur peut être fatale : les chutes des ouvriers poseurs sont aussi fréquentes que les chutes de tuiles. À Toulouse, l'*Ordonnance générale sur la voirie* du 10 novembre 1769 enjoint d'enchaîner « *à mortier franc* » les « *tuiles canal* » qui débordent en saillie⁷⁶, sous peine de vingt-cinq livres d'amende pour le propriétaire et les ouvriers, « *solidairement contraints* »⁷⁷. La dernière catégorie de règles vise à faire du chantier un périmètre, à l'enceindre de sorte que le quidam soit tenu à distance. À Paris, deux hommes sont chargés d'avertir les passants du danger⁷⁸. À Lille, le 29 mars 1741, le magistrat de la ville Le Roy, contraint les couvreurs, les charpentiers, et les maçons d'apposer une enseigne ou un signal au moyen « *de deux lattes en croix liées à une corde* » afin que cette dernière soit vue et aperçue de tous les passants⁷⁹. De même, le 20 janvier 1758, une sentence de police ordonne aux maîtres maçons de construire des « *barrières à hauteur d'appui au-devant de leurs travaux en fondation* », afin « *d'empêcher la chute des citoyens tant à pied et à cheval que des voitures* »⁸⁰. Enfin, l'ordonnance de police du 28 janvier 1786 concernant la liberté et la commodité de la voie publique⁸¹ régleme dans le détail le rapport des maçons à l'espace public⁸².

Le XVIII^e siècle est donc le témoin d'une préoccupation croissante concernant la sécurité sur les chantiers. Cela n'empêche pas la chute des pierres et autres matériaux, pas plus que ces prescriptions résorbent les épouvantables nuages de poussière provoqués par les plâtres que les pioches des maçons réduisent en poudre : « *Heureux ceux qui, demeurant près de semblable lieu, peuvent les quitter, surtout pendant les chaleurs, pour aller respirer l'air frais et végétal des champs !* », peut-on lire dans l'*Encyclopédie méthodique*⁸³.

⁷⁴ Un « *tombereau* » est « une charrette entourée de planches pour transporter le sable, la terre, les pierres, le fumier, les ordures, et qu'on décharge en faisant basculer l'arrière de la voiture et en enlevant la planche de derrière ». A. Hatzfeld et A. Darmesteter, *op. cit.*, t. II, p. 2158.

⁷⁵ Par ailleurs, les véhicules ne peuvent être chargés au-delà de quarante-trois / quarante-quatre pieds cubes. Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, 1789, t. IX, La police et les municipalités, p. 79-80.

⁷⁶ « On donna, dans les provinces du midi de la France qui avaient conservé les traditions antiques, la forme d'un trapèze aux tuiles-canal plates, de manière qu'elles pussent se recouvrir sans encoches et par l'introduction du petit côté dans le plus grand. » E. Viollet-Le-Duc, *Dictionnaire raisonné de l'Architecture française du XI^e au XVI^e siècle*, Paris, Bance, 1858, t. IX, p. 322-323.

⁷⁷ J.-A. Soulatges, *Coutumes de la ville, gardiage et viguerie de Toulouse, en latin et en français*, Toulouse, Duplex et Laporte, 1770, Ordonnance générale sur la voirie, délibérée au Consistoire de l'Hôtel de Ville de Toulouse, le 10 novembre 1769, article XXIII, p. 206.

⁷⁸ Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, 1789, t. IX, La police et les municipalités, p. 78. v. aussi : Sentence de Police du 26 juin 1734, qui fait défenses à tous Maîtres Maçons et Entrepreneurs, de commencer aucuns bâtiments, sans au préalable s'être retirés par-devers le Commissaire ancien du quartier, pour avoir de lui un emplacement convenable pour mettre leurs matériaux & décombres. E.-C. de La Poix de Fréminville, *op. cit.*, p. 429-431.

⁷⁹ Ladite enseigne ne doit pas dépasser la hauteur de « huit pieds de distance du pavé ». Recueil des principales Ordonnances des Magistrats de la Ville de Lille, Lille, Henry, 1771, chapitre V, §. I, p. 147.

⁸⁰ Cette prescription est prise en réaction à l'incident suivant : le nommé Biau, maître-maçon, « propriétaire d'un terrain de 5 à 6 toises de face rue du Pot de fer faubourg Saint-Michel ». Sous ce terrain « et à la proximité de ladite rue, ledit Biau avait fait construire et former une entrée de cave sans avoir fait construire une barrière...et par suite de cette négligence, un carrosse de remise appartenant au sieur Marion, se serait précipité dans cette entrée de cave, de la profondeur de quinze pieds ou environ, le mercredi 11 du présent mois de janvier, sur les 4 à 5 heures du matin, en venant de rendre chez eux les convives d'une noce ». Biau fut condamné à trente livres d'amende, ainsi qu'au paiement de vingt-quatre livres pour rémunérer les ouvriers qui ont aidé au sauvetage de la voiture. F. Husson, *Artisans français, étude histoire – les maçons et tailleurs de pierre*, Paris, Marchal et Billard, 1903, chapitre VIII, p. 184-185.

⁸¹ G. Delessert, *Collection officielle des Ordonnances de Police depuis 1800 jusqu'à 1844*, Paris, Paul Dupont, 1844, t. II, n°1044, p. 225.

⁸² Le texte, qui alourdit le montant des amendes encourues - de cent à deux cents livres - est une réaction : la décennie des années 1780 voit le nombre des contraventions prononcées contre les maçons se multiplier, passant de 3 à 6% des affaires examinées aux audiences de la chambre de police. Chiffres donnés d'après les recherches effectuées par Anne Jollet, dans le cadre de son mémoire de maîtrise dirigé par Daniel Roche, intitulé *Hygiène et salubrité publique. Les rues de Paris à la fin du XVIII^e siècle* (1980). Auparavant, les amendes, notamment pour ce qui concerne le dépôt de matériaux n'excédaient jamais les 10 livres. Sur place, le commissaire, relativement tolérant, se passait le plus souvent d'une audience lorsqu'il constatait une contravention. T. Le Roux, « De Delamare à Mercier : visions plurielles appréhension et régulation des boues, cris et embarras de Paris », T. Belleguic et L. Turcot (dir.), *Les Histoires de Paris (XVI^e – XVIII^e siècles)*, Québec, Hermann, 2012, t. II, p. 408-409.

⁸³ Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. IX, La police et les municipalités, p. 78.

Que l'entretien des immeubles soit pourvu ou non, la ville est périlleuse. Si le corpus normatif tend quoique tardivement à prévenir les risques liés à la tenue des chantiers, prévenir l'effondrement d'un immeuble n'en demeure pas moins un enjeu d'intérêt public évident. Les décombres laissent de plus une certaine image de désolation. Il en va donc de la sécurité et de l'esthétique en milieu urbain. Les autorités constituées, qu'il s'agisse de la police des villes ou de l'administration royale, se sont naturellement emparées de la matière. Afin de lutter contre ce véritable fléau, une solution s'impose : partant du postulat qu'un immeuble qui menace ruine est le résultat d'un entretien délaissé et prolongé dans le temps, il s'agit de contraindre le propriétaire négligent.

B) La réaction des autorités constituées : une politique publique perfectionnée, mais lacunaire

En ville, l'entretien du bâti est un dessein impérieux, dont les souverains n'ont pu se désintéresser. Cette contrainte procède en fait d'une tradition juridique solidement ancrée : le *Code* de Justinien, tout comme le *Digeste*, consacraient la pleine autorité du Préteur qui, avant d'ordonner les réparations ou la reconstruction, s'appuyait sur l'avis des édiles, eux-mêmes chargés de veiller à la bonne conservation des bâtisses⁸⁴.

Pour les autorités constituées, il aura fallu que tout soit détruit, pour reconstruire à partir des débris. Ceci, à plus forte raison, si l'on considère l'état de dépérissement du royaume au début du XV^e siècle tel qu'évoqué *supra*. Averti par son procureur au châtelet du danger que représentent les fréquentes chutes d'immeubles, Charles VII réagit par lettres patentes du 21 avril 1438. Deux jours plus tard, elles sont criées et publiées à son de trompe dans toute la capitale. Tous les Parisiens, propriétaires d'un immeuble « *lequel a ou aura péril éminent et apparent sur rue* », sont désormais tenus sous huitaine de faire « *ôter le péril éminent desdits lieux* », soit en faisant démolir et abattre le bien, soit en le mettant « *en tel et si bon état, qu'aucun inconvénient ne s'en puisse ensuivre à corps humain* »⁸⁵. La publication de ce texte initie une politique de prévention coercitive pleinement assumée. Celle-ci ira *crescendo*, avec un dessein de célérité procédurale. Mais les coups de semonce répétés n'ont pas forcément été un gage d'efficacité.

En la matière, « *plus le danger est évident, plus le remède doit être prompt* », signale Leclerc du Brillet⁸⁶. Dès l'aube du siècle suivant, le Parlement de Paris accélère considérablement la procédure : un simple commandement signifié au propriétaire suffit pour que soit autorisée, à ses frais, l'intervention des maîtres de maçonnerie et de charpenterie, qui effectueront les

⁸⁴ C., 8, 10, 8.

⁸⁵ Lettres de Charles VII, par lesquelles il enjoint de démolir ou réparer les maisons de Paris qui sont en ruine, 21 avril 1438 « tous propriétaires, censiers, rentiers et autres, de quelque état ou prééminence qu'ils soient, qui ont ou prétendent aucun droit en et sur quelques maisons, lieux et autres édifices situés en ladite ville, soient habités ou non habités, èsquels a ou aura péril éminent apparent sur rue, que tantôt et incontinent et dedans la huitaine après la publication devant dite, ils fassent ôter le péril éminent desdits lieux, les fassent démolir et abattre, ou mettre en tel et si bon état et disposition, que aucun inconvénient ne s'en puisse ensuivre à corps humain, sur peine de perdre leurs droits, et d'avoir recours sur eux propriétaires, censiers et rentiers, de l'intérêt des parties. » E.-J. de Laurière, D.-F. Secousse, L.-G. Brequigny, L.-G. de Villevalant, J.-M. Pardessus et E. de Pastoret, *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, Paris, De l'imprimerie royale, 1723-1847., t. XIII, p. 261-262.

⁸⁶ A.-L. Leclerc Du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, p. 124. Le célèbre *Traité de la Police* du commissaire Nicolas Delamare est publié sous la forme de trois volumes, lesquels ne représentaient que la moitié du plan que l'auteur avait initialement annoncé. Après la mort de Delamare en 1723, Anne-Louis Leclerc du Brillet entreprend de poursuivre son œuvre : un quatrième volume du *Traité*, relatif à la voirie, sera le seul résultat de cette ambition, la mort l'eût « enlevé si promptement ». N.-T. Des Essarts, *Dictionnaire universel de police, contenant l'origine et les progrès de cette partie importante de l'Administration civile en France*, Paris, Moutard, 1776, t. II, Notice, p. XII. V. également : L.-G. Michaud, *Biographie universelle ancienne et moderne*, Paris, Delagrave et C^e, 1842, t. XXVI, p. 513.

ouvrages nécessaires en vue d'ôter tout péril « *imminent et évident* »⁸⁷. Bien qu'encore timoré sur le fait de l'entretien des bâtiments et de la sécurité des personnes⁸⁸, cet élan témoigne de trois préoccupations.

La première est de sauvegarder l'esthétisme urbain, dessein indissociable de la prévention des périls imminents liés à la ruine des immeubles⁸⁹. En témoigne, par exemple, cette ordonnance de 1527 par laquelle François I^{er} ordonne la destruction de maisons « *hideuses* » situées dans la cour du palais. Au « *très grand préjudice et dommage de Nous et de Notre chose publique* », précise le texte, ces habitations rendent « *ledit lieu moins sûr, trop commun et infecté, et sujet à ordures, pestes et autres maladies contagieuses et autres grands dangers du feu, de larcin* »⁹⁰.

La deuxième est de perfectionner la procédure en vigueur. Autrement dit, la chute d'un immeuble est un péril tel, qu'elle justifie un *modus operandi* privilégiant la célérité des mesures de prévention. Le 20 juillet 1645, une ordonnance de police enjoint les commis de la voirie et les voyers⁹¹ de dresser « *en chacun jour de police* » un rapport concernant les périls imminents qui « *se trouveront ès bâtiments sur les rues* ». Sur ce fondement, le commissaire de quartier⁹² assigne le propriétaire négligent, « *pour sur leur rapport être ordonné ce que de raison* »⁹³. En complément, Louis XIV crée en juin 1693 quatre offices de commissaires de la voirie, qui se partagent l'inspection de la capitale à travers quatre quartiers : Saint-Honoré, Saint-Antoine, Saint-Victor, et Saint-Germain⁹⁴. Malgré leur veille permanente, l'état de la procédure était « *peu certain* » face aux cas « *aussi pressants que le sont les périls imminents* », déplore quelque peu sévèrement Leclerc du Brillet⁹⁵. La célérité est plutôt de mise, y compris en province. À Lille par exemple, le cleric des ouvrages Millan visite le 7 mars 1716 la maison de l'officier des hautes œuvres, sise rue des Étaques : la bâtisse est « *en*

⁸⁷ A.-L. Leclerc Du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, p. 124.

⁸⁸ Leclerc du Brillet ne cite que cinq textes. Il écrit : « Nous n'avons pas autre chose sur le fait de l'entretien des maisons ; ce qui ne suffit pas certainement pour remplir toutes les parties et tous les cas qui sont à prévoir pour la sureté publique dans la construction des bâtiments : l'on conviendra en effet que les accidents les plus ordinaires arrivent par les chutes d'entablements, de cheminées, de plinthes, de balcons, et d'autres ouvrages en en saillie, adhérant aux murs de ces maisons ; cependant il n'y a ni lois générales ni particulières qui soient entrées dans ce détail. » *Ibid.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, p. 124-125.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 123.

⁹⁰ V. notamment : C. Gérard, *Histoire du Châtelet et du Parlement de Paris*, Paris, Librairie Historique de Cognat, 1847, p. 150-151 ; F. Rittiez, *Histoire du Palais de Justice de Paris et du Parlement (860-1789)*, Mœurs, coutumes, Institutions judiciaires, Procès divers, Progrès légal, Paris, Durand, 1860, chapitre XI, p. 165-166.

⁹¹ De manière générale, le « commis » est « celui à qui le supérieur a donné quelque charge, quelque emploi, quelque manieement, ou recouvrement à faire ». Le « Voyer » est « un Officier qui a soin des rues, et voies publiques, et qui en cette qualité a inspection sur les saillies, auvents et avenues : il donne des alignements pour empêcher qu'on n'entreprene sur la voie publique, et fait étayer les maisons qui menacent ruine, afin d'empêcher qu'elles ne causent du dommage en tombant ». J.-H. Perrot, *Dictionnaire de Voirie*, Paris, Onfroy, 1782, p. 71 ; C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique ou Dictionnaire [...]*, *op. cit.*, 1734, t. I, p. 364 et t. II, p. 943.

⁹² Le « commissaire » désigne, de manière générale, « toutes personnes désignées pour remplir par commission (ou même aussi quelquefois par office) des fonctions de justice ou de police ». M. Marion, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Picard et C^{ie}, 1968, p. 120 ; G. Cabourdin et G. Viard, *Lexique historique de la France d'Ancien Régime*, Collection U Histoire, Paris (3^e éd.), Armand Colin, 2012, p. 74 ; G. Lepointe, *Petit vocabulaire d'Histoire du droit français*, Paris, Domat Montchrestien, 1948, p. 71 ; V. Milliot, « Saisir l'espace urbain : mobilité des commissaires et contrôle des quartiers de police à Paris au XVIII^e siècle », *Revue d'Histoire moderne & contemporaine*, 2003/1, n°50-1, p. 54-80.

⁹³ A.-L. Leclerc du Brillet, *loc. cit.*

⁹⁴ Déclaration portant règlement pour les fonctions et droits des officiers de la voirie, Rocroy, 16 juin 1693. F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieux, 1822-1833, t. XX, n°1505, p. 190.

⁹⁵ A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, section II, p. 127. La déclaration de 1693 prévoyait notamment, une autorisation préalable pour démolir, ainsi que le paiement de cinq livres pour la vacation des commissaires de la voirie : « Faisons défense à tous particuliers, maçons ou ouvriers, de faire démolir, construire ou réédifier aucuns édifices ou bâtiments, élever aucuns pans de bois, balcons ou auvents cintrés, établir des travaux de maréchaux, poser pieux ou barrières, étaies ou étrépillons, sans avoir pris les alignements et permissions nécessaires de nos dits trésoriers de France, à peine pour les contrevenants de vingt livres d'amende. » L.-M. Anibert, *Commentaire sur l'article des Réglemens et Statuts de la Police de la Ville d'Arles, intitulé des édifices, touchant les fonctions des Juges-Voyers*, 1779, p. 12-13.

danger de crouler », conclut-il, menaçant toutes les petites maisons contiguës, occupées par des locataires. Le 10 mars, les commis de la ville procèdent également à une inspection. Après avoir identifié Antoine Lambert comme le propriétaire des lieux, et après avoir constaté qu'il « *y a un danger éminent de crouler et d'accabler les occupants qui y demeurent* », le procès-verbal préconise leur évacuation immédiate. Le 12 mars, Duhamel, magistrat de la ville, ordonne aux locataires de quitter les lieux. Dans le même temps, le propriétaire est assigné à comparaître. Le 27 mars, soit dix jours après la visite initiale du clerc des ouvrages, une ordonnance l'enjoint à démolir incessamment sa maison, puis à la rebâtir. Cette décision est exécutoire, nonobstant les voies de recours ouvertes au propriétaire⁹⁶.

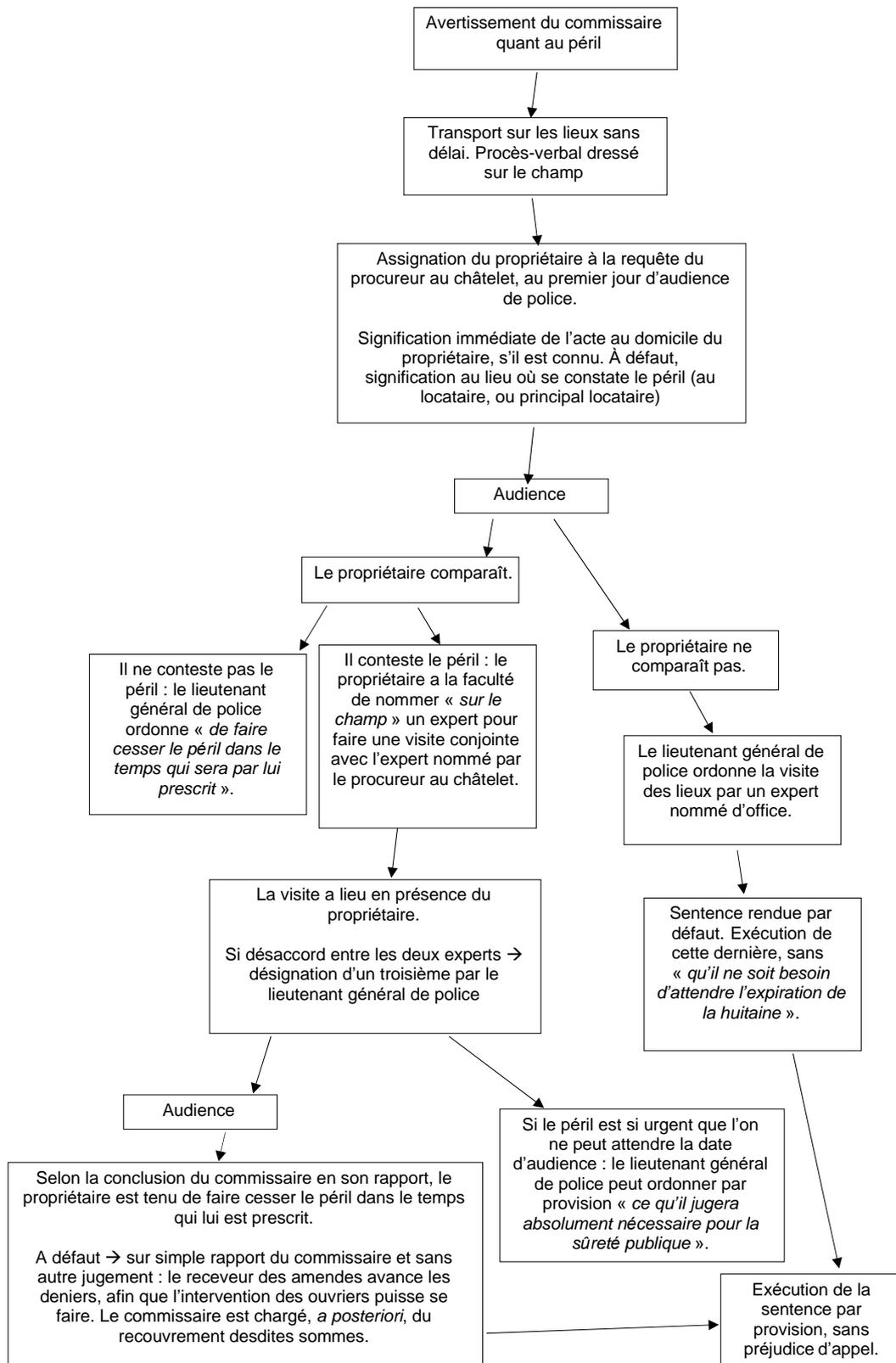
Cet exemple met en exergue une faille : l'absence de règles uniformes. C'est chose faite, sous le règne de Louis XV⁹⁷, dont les déclarations du 18 juillet 1729 et du 18 août 1730⁹⁸ visent aussi à « *obvier aux retardements qu'entraînent les discussions judiciaires* »⁹⁹. Le schéma proposé *infra* récapitule la procédure en vigueur :

⁹⁶ Archives municipales de Lille. Série AG - Affaires générales ; AG/1-760. Bâtiments ; Rues. AG/49/17. 1716. Ordonnance enjoignant à Antoine Lambert et autres propriétaires des maisons près de celle de l'officier des Hautes-Cœuvres, dans la rue des Étaques, de les démolir, pour cause qu'elles menaçaient ruine, et aux locataires d'en sortir incessamment. Lille, 10 mars et 27 mars 1716.

⁹⁷ A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, section II, p. 127.

⁹⁸ Texte intégralement retranscrit dans : E.-C. de La Poix de Fréminville, *op. cit.*, 1775, p. 422-424.

⁹⁹ J.-H. Perrot, *op. cit.*, p. 329.



La troisième préoccupation est de renforcer le caractère coercitif des mesures. L'idée est donc de prévenir, en dissuadant les particuliers d'adopter un comportement négligent. Par exemple, une ordonnance de police du 5 septembre 1698 rappelle que les propriétaires parisiens sont « *tenus de pourvoir au plutôt à la sûreté de leurs maisons, tant au dedans qu'au dehors, en sorte qu'il n'y ait aucun danger pour les passants ni locataires* ». La sanction des récalcitrants se veut exemplaire : le montant de l'amende est fixé à cinq cents livres¹⁰⁰, en sus de la responsabilité de toutes pertes, dépens, et dommages-intérêts. De plus, le texte porte une prescription tout à fait remarquable : pareilles sanctions seront prononcées contre les locataires et sous-locataires qui auront omis d'avertir « *dans le jour* » leur propriétaire afin que ce dernier fasse incessamment « *mettre les lieux en bon et convenable état pour la sûreté du public* »¹⁰¹. La responsabilisation des locataires devient ainsi un gage d'efficience.

La capitale fait à cet égard office de figure de proue. À Toulouse par exemple, la voirie¹⁰² est réservée aux Capitouls¹⁰³ depuis l'arrêt du Parlement en date du 12 mars 1735¹⁰⁴. En cette qualité, ils procèdent à l'inspection des rues, des maisons de la ville et de ses faubourgs, en s'intéressant à tout ce qui a trait à la sûreté et la commodité publique¹⁰⁵. À l'occasion d'une *Ordonnance générale sur la voirie* du 10 novembre 1769, les Capitouls rappellent ainsi « *cette portion précieuse* » de leurs compétences, qui embrasse « *les objets les plus essentiels* »¹⁰⁶. Parmi eux, se retrouvent les mesures coercitives de l'article XIII :

« *Tous Propriétaires seront tenus de pourvoir au plutôt à la sûreté de leurs maisons, où il y aura péril imminent de chute, sur les rues, ou places publiques, à peine de 100 livres d'amende, et de demeurer garants de toutes pertes, dépens, dommages, et intérêts ; enjoignons, sous semblable amende, aux principaux locataires et sous-Locataires, d'avertir dans le jour les propriétaires, lorsqu'ils reconnaîtront le danger des maisons qu'ils occupent ; comme aussi, et à la même peine, d'en donner avis aux Officiers de police* »¹⁰⁷.

D'un point de vue pratique, l'approche est logique : contrairement aux propriétaires, les locataires sont censés occuper quotidiennement les lieux. D'un point de vue juridique, cette mesure transpose une règle issue de l'usufruit : quand il le peut, l'usufruitier est tenu de dénoncer au propriétaire les dangers de ruine du fonds dont il a la jouissance, au risque de

¹⁰⁰ En 1698, 500 livres équivalent approximativement à 9 564 euros. <http://convertisseur-monnaie-ancienne.fr>.

¹⁰¹ A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, section II, p. 127.

¹⁰² « Voirie » s'entend ici en tant que « la police qui se fait pour la réparation des grands chemins ». Couchot, *op. cit.*, p. 771.

¹⁰³ Les Capitouls sont des Magistrats « ou Officiers municipaux » de la Ville de Toulouse, « qui y exercent la même juridiction que les échevins à Paris, les Jurats à Bordeaux, les Consuls en Provence et en Languedoc » : « On ne choisit pour remplir ces places, que des bourgeois des plus honnêtes familles, et c'est un honneur que d'avoir passé par ces charges », ajoute l'Abbé Mallet dans l'*Encyclopédie*. D. Diderot et J. Le Rond d'Alembert, *op. cit.*, t. II, « AZYME-CEZIMBRA », p. 633.

¹⁰⁴ Arrêt du Parlement de Toulouse, du 13 mars 1735, qui maintient les Capitouls de Toulouse dans la possession d'exercer la Voirie dans ladite Ville & Gardiage. Par ailleurs, un arrêt du Conseil, du 18 juillet 1741, en déboutant les Trésoriers de la Généralité de Toulouse, maintient les Capitouls « dans la possession d'exercer, dans ladite Ville et Gardiage, la Police et Voirie privativement auxdits Trésoriers & autres Officiers subalternes, en première instance, sauf l'appel au Parlement ». J.-A. Soulatges, *op. cit.*, partie IV, titre IV, « Des Édifices et Bâtiments », observations sous l'article I^{er}, p. 123 et *Arrêts de Règlements, & Ordonnances de Police de la ville de Toulouse*, p. 180. v. aussi : J.-L. Laffont, « Le service de la voirie toulousaine sous l'Ancien Régime », *Siècles, Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, n°14, décembre 2001, Assainissement et salubrité publique en Europe méridionale, p. 5.

¹⁰⁵ Outre les causes criminelles, les Capitouls disposent par ailleurs de la qualité de « Grands-Voyers », ce qui leur permet de connaître « de tout ce qui concerne les alignements, l'entretien et la liberté des rues, des places publiques et des grands chemins, qu'ils peuvent faire réparer lorsqu'ils le jugent nécessaire ». J.-A. Soulatges, *op. cit.*, Quatrième partie, titre I^{er} « Des Fiefs », observations sous l'article XIII, p. 62 et titre IV, « Des Édifices et Bâtiments », observations sous l'article I^{er}, p. 123.

¹⁰⁶ Cette Ordonnance a été délibérée au Consistoire de l'Hôtel de Ville de Toulouse. *Ibid.*, *Arrêts de Règlements, & Ordonnances de Police de la ville de Toulouse*, p. 197.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Ordonnance générale sur la voirie, délibérée au Consistoire de l'Hôtel de Ville de Toulouse, le 10 novembre 1769, article XIII, p. 203.

devoir lui verser des dommages-intérêts¹⁰⁸. Avec cette ordonnance de police de 1698, la ruine d'immeuble se révèle en tant que préoccupation d'ordre public, qui justifie un accroissement des obligations du locataire. Tout comme l'usufruitier, le locataire devient le « *gardien* », le « *procureur du propriétaire* »¹⁰⁹.

Pourtant, cette sévérité croissante peine à porter ses fruits. Un rapide bilan permet de constater l'état déplorable des centres historiques de certaines villes françaises. Au XVII^e siècle, cette réalité s'impose encore féroce dans la capitale : sous le règne de Louis XV, les propriétaires, plutôt que de reconstruire, préfèrent rafistoler ou réparer à « *tour de bras* »¹¹⁰. Pour que l'opération soit rentable, il faut entasser une population misérable qui augmente de plus en plus¹¹¹. Par ailleurs, les réparations coûtent de plus en plus¹¹². Ce constat vaut également pour Lyon, avec un règlement de police arrêté le 14 décembre 1688¹¹³. Les désordres et les contestations concernant les ouvrages entrepris par les maçons et les charpentiers portent sur des malversations, la mauvaise qualité des matériaux, du mortier, ou du bois. De plus, les prétentions tarifaires des entrepreneurs sont souvent perçues comme injustes, car ils ont l'habitude de toiser leurs ouvrages qu'une fois ceux-ci achevés. Pour les autorités lyonnaises, ces abus méritent un « *solide remède* » : pour ce faire, dix-neuf articles réglementent les constructions ou les reconstructions, de sorte que ces opérations concilient les intérêts pécuniaires des parties – le particulier mandant et son entrepreneur – tout en assurant des ouvrages viables et solides sur le long terme¹¹⁴. Leur non-observation se fait à peine de dépens, dommages-intérêts et de cent cinquante livres d'amende¹¹⁵.

Dans le même ordre d'idées, le 29 mars 1706, les procureurs des trois états du pays de Provence émettent au contrôleur général une correspondance, après la création d'inspecteurs « *visiteurs de matériaux* » par un édit de juin 1705¹¹⁶. Les mots des procureurs sonnent alors comme un avertissement :

¹⁰⁸ Le principe est issu du commentaire de la coutume de Paris par Charles Dumoulin. C. Dumoulin, *opera omnia*, Paris, Cramoisy, 1625, *Commentarii in consuetudines Parisienses*, t. I, titre I, §. I, glose n°8, n°70, p. 221-222.

¹⁰⁹ H. de Boniface, *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes, et Finances du même Païs*, Lyon, Veuve Molin, 1708, t. V, livre I, titre XXIX, chapitre I, n°IV, p. 183.

¹¹⁰ D. Roche, *Le peuple de Paris [...]*, *op. cit.*, partie II, chapitre IV « Manières d'habiter », p. 101-102.

¹¹¹ Sur la question de la migration des populations miséreuses vers les villes, v. : A. Béroujon, *op. cit.*, 1. Peuple, pauvres et marginaux, des frontières mouvantes, Migrations : les promesses de la ville, p. 26 et s.

¹¹² Pour le XVIII^e siècle, v. les chiffres donnés par Daniel Roche : entre 1718 et 1722, le dossier des experts jurés de Paris recense 53 reconstructions totales ou partielles projetées : seules 25 seront réalisées. Entre 1788 et 1792, les « projetées » s'élèvent à 42 : seules 8 sont réalisées. Concernant les réparations, les chiffres sont encore plus marquants : le rapport « projetées/réalisées » est de 493/102 pour la période 1718-1722 et de 298/116 pour la période 1788-1792. D. Roche, *Le peuple de Paris [...]*, *op. cit.*, partie II, chapitre IV « Manières d'habiter », p. 101-102.

¹¹³ Ledit règlement est arrêté par : Laurens Pianello-Besset, trésorier général de France au Bureau des finances de la Généralité de Lyon, Louis Athiaud de Monchanin, Conseiller au Parlement de Dombes, et Jean-Louis de Pasturel, échevin de la ville.

¹¹⁴ L'article XVIII énonce par exemple : « Les maçons, charpentiers, et tailleurs de pierre, ne pourront prétendre le paiement des ouvrages qu'ils auront faits et fournis, outre le contenu en leurs devis et prix faits, s'il y en a, à moins qu'ils n'aient eu de celui pour lequel ils travaillent un pouvoir spécial, ou consentement par prix. » Règlement général, concernant les œuvres de maçonnerie, pierre de taille, charpenterie, emploi des matériaux pour la construction des bâtiments, et Toisages de tous lesdits ouvrages, qui sera observé tant dans la Ville de Lyon, que Faubourgs d'icelle, Lyon, Jullieron, 1689).

¹¹⁵ En 1688, 150 livres équivalent approximativement à 3 230 euros. <http://convertisseur-monnaie-ancienne.fr>.

¹¹⁶ Ceux-ci sont chargés de vérifier la conformité matérielle des constructions ou des reconstructions des bâtisses. Édit portant création d'inspecteurs visiteurs de matériaux, Versailles, juin 1705. F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XX, n°1964, p. 466.

« Les propriétaires se dégoûtent et ne font plus que les bâtisses d'une nécessité indispensable : en sorte que les droits des inspecteurs et contrôleurs seront fort modiques et produiront un grand mal dans le public en ce qu'ils éloigneront ceux qui seraient encore en état de faire des réparations à leurs fonds »¹¹⁷.

Cette correspondance met en exergue un point cardinal de la thématique : *pecunia nervus rerum*. La dimension économique de l'entretien des immeubles est à la fois à l'origine de la problématique – l'incapacité pécuniaire ou la cupidité entraînant une négligence certaine – mais aussi le principal vecteur pour contraindre les propriétaires. La politique de prévention des autorités se fonde pleinement sur cet aspect : une peine d'amende, dont le montant conséquent témoigne de l'importance des enjeux en présence, sanctionne lourdement le défaut de prévenance des propriétaires.

In fine, deux constats, tout à fait didactiques, sont permis. Le premier concerne la temporalité omniprésente, plus précisément le point de départ, l'instant de l'intervention de l'autorité publique. Leurs prescriptions relèvent de la réaction, plutôt que de l'anticipation. La norme juridique ne produit ses effets que lorsqu'un immeuble présente des détériorations telles, qu'il convient de prévenir un danger redoutable : l'effondrement, ou la chute de l'immeuble. Ainsi, deux temps se distinguent : l'état de dépérissement avancé du bien, qui est un fait certain motivant la réaction du droit, et la chute de l'immeuble, qui est un risque motivant la prévention du droit. « Tout le monde sait en effet que le péril imminent n'est point un dommage arrivé, mais que l'on a lieu de craindre par le mauvais état de la chose », souligne Leclerc du Brillet¹¹⁸.

Cette idée se vérifie à l'aune d'une brève analyse sémantique de la notion de ruine. Du point de vue des hommes de l'art, seule la matérialité prévaut : la ruine signifie le reste, c'est-à-dire les décombres ou les débris d'un bâtiment détruit¹¹⁹. Les architectes présupposent donc qu'un immeuble en ruine est un immeuble dont une partie considérable a chuté. Pour leur part, les linguistes retiennent une signification plus large. Par exemple, Antoine Furetière définit la ruine comme la « *décadence d'un bâtiment, soit par la longueur du temps, soit par la négligence du possesseur, et faute d'être entretenu* »¹²⁰. Au propre, une maison ruineuse est celle qui menace ruine ; au figuré, elle est celle qui cause du dommage. Les Académiciens ne sont pas si nuancés : le substantif féminin ruine signifie au singulier « *la destruction d'un bâtiment* » et au pluriel, « *les débris d'un bâtiment abattu* »¹²¹. La temporalité est alors une clef de voûte. D'abord, l'immeuble ruiné et l'immeuble effondré relèvent de l'instantané : la ruine semble coïncider avec la chute de la bâtisse. Ensuite, la ruine est le produit du temps, ou plutôt le résultat d'une négligence prolongée dans le temps. Enfin, la menace de ruine ne signifie pas encore la survenance d'un malheur : les autorités constituées profitent donc de ce laps de temps, véritable brèche pour intervenir. Il est donc aisé de déduire que la célérité est l'unique gage d'efficacité de la protection de la chose publique. Cet objectif consiste en une politique de prévention des risques, mais non en une anticipation de leur source originelle : elle apparaît en tant qu'ultime recours contre la survenance de dommages corporels ou

¹¹⁷ A.-M. de Boislesle, *Correspondance des Contrôleurs généraux des finances avec les Intendants des Provinces publiée par ordre du Ministre des Finances d'après les documents conservés aux Archives Nationales*, Paris, Imprimerie Nationale, 1874, t. II, n°1002, p. 313-314.

¹¹⁸ A.-L. Leclerc du Brillet, *op. cit.*, t. IV, De la voirie, livre VI, titre IV, chapitre XIV, p. 123.

¹¹⁹ A.-C. Daviler, *Explication des termes d'architecture ou l'art de bâtir*, Paris, Langlois, 1691, p. 811.

¹²⁰ A. Furetière, *op. cit.*, 1690, t. III, p. 454.

¹²¹ Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1718, t. II, p. 537 ; C.-P. Richelet, *op. cit.*, 1732, t. II, p. 657.

matériels, en contraignant les propriétaires dont les biens détériorés menacent d'une ruine imminente. Toutefois, la négligence de ces propriétaires s'est manifestée bien en amont. À défaut d'un cas fortuit avéré, la menace de ruine n'est que le produit d'un retard notoire dans l'exécution des grosses réparations.

Ceci conduit à un second constat : l'importance des baux à loyer. Ce contrat est d'abord un socle juridique utile, car un immeuble loué est un immeuble occupé. Face à la menace de ruine de l'immeuble qu'il habite, le locataire doit faire preuve de vigilance et même de diligence, en alertant les autorités compétentes. Le droit émet donc cette présomption : la responsabilité du locataire se déduit du fait qu'il a tout intérêt à faire perdurer son droit de jouissance. Le bail est ensuite un modèle : l'obligation d'effectuer les grosses réparations nécessaires n'attend pas l'état de dégradation avancé, la menace apparente d'une ruine, pour manifester ses effets. Une opportunité est en effet offerte au locataire : le droit l'autorise, en cas de négligence de la part du propriétaire, à prendre la main sur les travaux.

II) Le bail à loyer, socle et modèle de prévention des risques et périls

Le bail impose au propriétaire-bailleur d'entretenir son immeuble. L'obligation de réaliser les grosses réparations lorsqu'elles sont nécessaires constitue *de facto* un formidable remède aux maux urbains **(A)**. En concourant à une véritable politique de prévention des risques liés au dépérissement du bâti en zone urbaine, le bail à loyer s'affirme comme vecteur d'optimisation d'un dessein d'intérêt public. Il sert à la fois de socle, mais aussi de modèle : face à la négligence de son propriétaire, le locataire est en droit d'utiliser le montant des loyers pour financer les grosses réparations. Strictement conditionné, ce mécanisme impose le respect d'une procédure, véritable gage d'efficacité et de célérité. De plus, la protection des biens et des personnes se manifeste une fois le dommage survenu. Ici, la prévention laisse naturellement place à la sanction ou, plutôt, la dissuasion **(B)**.

A) Une obligation contractuelle, remède d'intérêt public : la réalisation des « grosses réparations nécessaires »

Les grosses réparations sont « *toujours à la charge du propriétaire* »¹²². En cela, elles concourent à la satisfaction de la jouissance du locataire. À cet égard, Domat écrit que le bailleur, « *tenu de faire jouir librement le preneur, fermier ou locataire* », doit lui délivrer la chose « *en état de servir à l'usage pour lequel elle est louée, et de l'entretenir dans ce bon état, y faisant les réparations nécessaires* »¹²³. L'essence même des baux à loyer en dépend. Les grosses réparations renvoient aux « *gros ouvrages* », notion technique par laquelle les architectes comprennent les murs en fondation, ceux de face et de refend, ceux qui sont avec crépis, enduit et ravalements, et toutes les espèces de voûtes de pareille matière¹²⁴. Elles mettent à couvert de la pluie et de l'ardeur du soleil, et constituent un versant de ce que le droit nomme le « *clos et couvert* »¹²⁵. Datées de 1514, les coutumes du Labourd, de Soule et de Bayonne, l'énoncent de manière très explicite :

¹²² C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction* [...], *op. cit.*, 1734, t. II, p. 653.

¹²³ J. Domat, *op. cit.*, t. I, livre I, titre IV, section III, n°1, p. 58.

¹²⁴ A.-C. Daviler, *Explication* [...], *op. cit.*, 1691, p. 717 ; F.-M. de Marsy, *op. cit.*, t. II, p. 36.

¹²⁵ A.-N. Maillart, *Coutumes générales d'Artois avec des notes*, Paris, Gosselin, 1704, t. II, Notes sur le texte de l'article CLXXIX, n°12, p. 919.

« S'il pleut en la maison louée le conducteur le doit remonstrer au locateur, et le requérir qu'il la fasse réparer »¹²⁶.

D'après un sondage effectué au sein des sources, quatre éléments composent les grosses réparations : les « gros murs », les « couvertures », les « poutres » et les « voûtes »¹²⁷. Lapidaire, cette énumération laisse présumer l'exhaustivité, ou du moins une certaine récurrence. Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, de nombreux dictionnaires juridiques citent une constitution similaire¹²⁸. Ce quatuor n'a pas été retenu *ex nihilo* : il est fondé sur l'article CCLXII des *Coutumes de la Prevôté et Vicomté* de Paris, réformées en 1580¹²⁹. Didactique, cette énumération gagnera en précisions au fil des siècles : en témoignent les riches développements proposés par Desgodets et son annotateur Goupy dans *Les loix des bâtimens*¹³⁰, ouvrage d'« architecture légale »¹³¹, véritable « bréviaire des experts », mais aussi le « livre fondateur du droit privé de la construction »¹³².

Deux approches méthodiques coexistent pour qualifier les grosses réparations. Il convient à cet égard de souligner l'influence considérable de Dumoulin, notamment l'auteur d'une apostille sur l'article XXXVII des *Coutumes du Bailliage de Vermandois*¹³³. Contrairement aux réparations qu'il qualifie de « viagères » ou de « menues » et qui sont réputées ne durer que dix ou vingt ans, les grosses réparations sont celles qui se rapportent à « l'utilité perpétuelle » de la chose, ou qui « dépassent la vie même d'un seul homme »¹³⁴. Cette combinaison entre le facteur temps et le critère de finalité servira de références à la doctrine¹³⁵ : les grosses réparations, censées survivre à leur commanditaire, sont destinées à faire perdurer

¹²⁶ *Coutumes de la Ville et Cité de Bayonne et de la Jurisdiction d'icelle*, titre VII « Des louages », article X ; *Coutumes generales du Pays et Vicomté de Sole* (1520), titre XXII « De Louadge », article VII ; *Coutumes generales gardée et observées au Pays et Bailliage de La Bourc* (1514), titre VII « Des louages », article VII : C.-A. Bourdot de Richebourg (BDR), *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France*, Paris, Brunet, 1724, t. IV, p. 950, p. 971 et p. 991.

¹²⁷ C. de Ferrière, *Introduction a la Pratique* [...], *op. cit.*, 1679, p. 251.

¹²⁸ E.-J. de Laurière, *Glossaire du Droit françois, contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les Ordonnances de nos Roys, dans les Coutumes du Royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres*, Paris, Guignard, 1704, t. II, p. 310 ; H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, Paris, Leclerc, 1763, t. III, p. 359-360.

¹²⁹ « La femme qui prend douaire coutumier, est tenu entretenir les héritages de réparations viagères, qui sont toutes réparations d'entretien, hors les quatre gros murs, poutres, et entières couvertures et voutes. » *Coutumes de la Prevosté et Vicomté de Paris* (1580), titre XI « Des Douaires », article CCLXII. BDR, *op. cit.*, t. III-1, p. 48.

¹³⁰ A. Desgodets, *Les loix des bâtimens, suivant la coutume de Paris* [...] Avec les notes de M. Goupy, *Architecte Expert-Bourgeois*, Paris, 1748, Seconde Partie « Des Servitudes », article 262, p. 27 et s.

¹³¹ P. Lepage, *Lois des bâtimens ou Le Nouveau Desgodets*, Paris, Yonet, 1843, t. I, Préface, p. XI.

¹³² Robert Carvais expose l'« immense succès » des travaux de Desgodets et Goupy : au cours du seul XVIII^e siècle, cette incontournable référence est rééditée onze fois, sur un total de seize éditions. R. Carvais, « Quand les architectes jugeaient leurs pairs, les juristes représentaient-ils encore le Droit des bâtimens ? L'histoire des relations pratiques entre droit et architecture », *Droit et Ville*, Institut des Études Juridiques et de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement, 2013, Vol. 76, n°2, p. 80-81. Dans la 3^e édition du *Traité des réparations*, l'Architecte Alfred Le Bègue évoque également Antoine Desgodets, « notre maître à tous », un auteur « si compétent en cette matière, et sur lequel Pothier n'a pas craint de s'appuyer ». A. Le Bègue, *Traité des réparations (Lois du bâtiment) – Réparations locatives, gros entretien, réparations usufuitières, grosses réparations*, Paris (3^e éd.), Ducher et C^e, 1881, partie I, IV « Réparations locatives, avant la promulgation du Code civil », n°28, p. 33-34.

¹³³ C. Dumoulin, *op. cit.*, t. III, *Notæ solemnes ad consuetudines Gallicas*, p. 172-174. V. aussi : *Coutumes du Bailliage de Vermandois* (1556), titre « Des Douaires », article XXXVII : « Douairières sont tenues d'entretenir les édifices qu'elles tiennent en douaire de menues réparations, et les tenir clos et couverts : et quant aux réparations de grosses matières, comme de maçonnerie et charpenterie, qu'il conviendrait employer auxdits édifices, le propriétaire est tenu de les faire à ses dépens. » BDR, t. II, p. 458.

¹³⁴ P. Biarnoy de Merville, *Les notes de Maistre Charles Du Moulin sur les Coutumes de France, mises par matières*, Paris, Pissot, 1715, Lettre « D-Douaire », p. 123 ; C. de Saligny, *Coutumes de Vitry-le-François*, Châlons (4^e éd.), Seneuze, 1676, chapitre V, article LXXXVII, p. 182 ; C. de Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, Paris, Thierry, 1685, t. II, titre XI, article CCLXII, n°2-3, p. 796 ; J. Boucheul, *Coûtumier general, ou Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume du comté et pays de*, Poitiers, Faulcon, 1727, t. II, titre IV, article CCLXI, n°29, p. 52.

¹³⁵ J. Bonnot, *La Coustume de Bourgogne, de nouveau commentee, abregee, et conferee avec toutes les autres Coustumes de France*, Genève, Chouët, 1632, « Des droicts appartenans a gens mariez, et de la communion d'iceux », §. 6, p. 158 ; G.-F. Frigot, *Coutume de Normandie, avec l'extrait des différents commentateurs*, Coutances, Joubert, 1779, t. I, chapitre XV « Du Douaire », article CCCLXXV, p. 425 ; A. Despeisses, *Œuvres de M. Antoine d'Espeisses, Avocat et jurisconsulte de Montpellier, ou toutes les plus importantes matières du Droit Romain sont methodiquement expliquées, & accomodées au Droit François*, Lyon, Huguetau et Ravaud, 1660, t. I, Traicté des contracts, partie II, titre I, article I, section II, n°7, p. 552.

l'immeuble, ou sont « *nécessaires pour l'existence perpétuelle de la propriété* »¹³⁶. Sans elles, la chose louée ne serait plus : en se détériorant peu à peu, les gros murs, poutres, couvertures et autres voûtes ne seraient plus à même d'en assurer la subsistance. Trois conséquences en résultent.

En premier lieu et selon l'expression consacrée, le locataire est contraint de « *souffrir les grosses réparations* ». Il s'agit-là d'une charge tacite de tout bail à loyer¹³⁷. Au XVI^e siècle, Papon rapporte par exemple que si « *la maison demeurerait entière* » et que le locataire « *y eut pu commodément habiter* », il ne peut être excusé de ne pas payer « *l'entière pension de tout le temps* »¹³⁸. Impossible, pour le locataire, de feindre l'ignorance : « *il a dû s'attendre que pendant le cours du bail il en surviendrait* », affirme Pothier¹³⁹. Bien qu'elles soient susceptibles de rendre « *entièrement inexploitable la plus grande partie des cénacles* » de l'immeuble loué¹⁴⁰, le locataire doit endurer sans dédommagement les grosses réparations, pourvu qu'on lui laisse une portion habitable¹⁴¹. Ce principe, solidement consacré par les jurisconsultes, procède d'une logique évidente. S'il était nié, le caractère déjà suffisamment dispendieux des grosses réparations serait alourdi : la perte du loyer combinée à l'éventuelle allocation d'un dédommagement pécuniaire au profit du locataire incommodé, s'ajouterait aux frais importants des travaux. Un véritable frein qui, en dissuadant les propriétaires de les effectuer, provoquerait des conséquences en cascade. À terme, le dépérissement du parc immobilier en zone urbaine entraînerait l'exode des populations et un recul de l'activité économique. Ainsi, les grosses réparations tendent à s'éloigner du strict cadre contractuel : elles sont un remède qui revêt un caractère d'intérêt public.

En deuxième lieu, si la satisfaction de cette obligation constitue une atteinte notoire à la jouissance du locataire, le dispositif n'en demeure pas moins protecteur de ses intérêts. Il serait en effet « *injuste* » que le locataire « *payât le loyer d'une chose dont il serait totalement privé* », affirme Bourjon avec vigueur¹⁴². Cette nuance permet non sans difficulté de jauger l'étendue de l'obligation incombant au propriétaire bailleur : la réalisation des grosses réparations n'emporte pas *de jure* la résolution du contrat de bail, parce qu'elles ne consistent pas à réédifier ou à « *refaire une maison toute neuve* »¹⁴³. Il en va donc de cette distinction prépondérante entre le fait de réparer et le fait de reconstruire l'immeuble à neuf : l'un s'impose parce qu'il anticipe un risque de déclin, l'autre s'impose parce qu'il résorbe un délabrement avéré. De plus, « *souffrir les grosses réparations* » ne signifie aucunement souffrir toutes les réparations, pas plus qu'elle n'impose au locataire de souffrir toutes les grosses réparations. Deux conditions *sine qua non* se complètent à cet effet. D'une part, les réparations doivent révéler leur nécessité eu égard à la menace imminente d'un péril

¹³⁶ C. Serres, *Les institutions du droit françois, suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris, Veuve Cavelier, 1753, livre II, titre IV « *De usufructu* », §. 7, p. 152. G. Du Rousseaud de Lacombe, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, Paris, Mesnier, 1736, p. 322 ; D. Le Brun, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, Chez Michel Guignard, 1709, livre III, chapitre II, distinction VII, n°4, p. 372.

¹³⁷ F. Bourjon, *Le droit commun de la France et de la Coutume de Paris réduits en principes*, Paris, Rouy, 1747, t. II, titre IV, chapitre II, section IV, n°XVII, p. 35.

¹³⁸ J. Papon, *Instrument du premier Notaire*, Lyon, de Tournes, 1568, Livre II, Chapitre II, p.108.

¹³⁹ R.-J. Pothier, *Coutumes [...]*, *op. cit.*, 1772, titre XIX, chapitre I, article I, §. II, n°10, p. 701.

¹⁴⁰ R.-J. Pothier, *Traité du Contrat de Louage selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Orléans, Rouzeau-Montaut, partie II, chapitre I, section II, article I, §. I, n°77, p. 80. Selon l'édition du *Dictionnaire* de l'Académie de 1762, « cénacle » n'a d'usage « qu'en style de l'Écriture-Sainte, signifier une salle à manger ». Le *Dictionnaire* de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1762, t. I, p. 262.

¹⁴¹ T.-J.-A. Cottureau, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Lodunois*, Tours, Vauquer-Lambert, 1778-1788, t. I, partie I, chapitre II, section I, article II, §. 3, distinction III, n°3353, p. 279-280 ; B. Automne, *La conférence du droit françois avec le droit romain*, Paris (3^e éd.), Fôüet, 1629, t. II, *Ad titulum LXV de Locato, et Conducto, ad L. III Aede*, p. 216.

¹⁴² F. Bourjon, *op. cit.*, 1747, t. II, titre IV, chapitre II, section IV, n°XXI, p. 36.

¹⁴³ A. Desgodets, *op. cit.*, 1787, partie II, article CLXXI, n°8, p. 465.

qu'encourent les lieux loués. D'autre part, les travaux ne doivent pas excéder la durée de six semaines¹⁴⁴.

En troisième lieu, l'importance des grosses réparations devient flagrante lorsque le propriétaire n'y pourvoit pas. Ce paradoxe permet un truisme : la « *chute de la maison oblige nécessairement le locataire de vider, et même de sortir avant la chute, pour éviter de périr* », écrit Pierre Dupin¹⁴⁵. La synthèse est parfaite, car elle manifeste un motif de résolution du bail, issu du droit romain et admis sous l'Ancien Droit : en vertu de la loi dite « *Habitatores* », la crainte légitime, c'est-à-dire fondée sur une « *juste raison* » de voir la maison s'écrouler, autorise le locataire à la quitter et le dispense du paiement des loyers¹⁴⁶. Il est même en droit d'exiger le paiement des loyers par le propriétaire, si ce dernier a donné son consentement à une nouvelle location. De ce point de vue, le locataire a tout intérêt d'agir de manière proactive : Marcus Antistius Labeo estime que si le locataire se maintient dans les lieux loués malgré le péril ou même la crainte de ce péril, les loyers resteront dus¹⁴⁷. Ensuite, la négligence du propriétaire, volontaire ou non, n'en reste pas moins blâmable : à terme, un immeuble d'habitation non entretenu tend littéralement vers sa propre ruine. Ce péril imminent, loin d'être inévitable, justifie donc la mise en place de plusieurs dispositifs juridiques de protection des personnes et de leurs biens. En effet, des règles spécifiques se manifestent en amont de la ruine et donc des dommages qu'elle est susceptible de provoquer. À cet égard, le bail à loyer se révèle en tant que socle juridique de choix : en vertu du contrat, des garanties visent à pallier, ou sanctionner la défaillance du propriétaire.

B) Pallier et sanctionner la défaillance du propriétaire-bailleur : deux garanties issues des baux à loyer

Face à la défaillance de son propriétaire, le locataire est autorisé à prendre la main pour initier les travaux nécessaires : le coût des grosses réparations nécessaires, dette du propriétaire, sera financé par le montant du loyer, dette du locataire **(1)**. Par ailleurs, la protection des biens et des personnes se manifeste une fois le dommage survenu. Ici, la prévention laisse naturellement place à la sanction. Le propriétaire négligent est en effet responsable des malheurs qui affecteraient les occupants de son immeuble. Bien souvent catastrophiques, les conséquences matérielles et humaines justifient une réparation pécuniaire équitable. Fondée sur le contrat, l'action ouverte au locataire permettant d'engager la responsabilité de son propriétaire laisse apparaître, avant l'heure, une obligation de sécurité issue du bail à loyer **(2)**.

¹⁴⁴ L'article 1724 du Code civil de 1804 est l'héritier direct de l'ancien droit, en confirmant premièrement que si, durant le bail, « la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée ». Outre l'obligation de « souffrir » les « grosses réparations » nécessaires et urgentes, la règle des six semaines se retrouve au deuxième alinéa du texte : « si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée » dont le locataire aura été privé. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. XIV, livre III, titre VIII, chapitre I, section III, article 30, p. 245

¹⁴⁵ P. Dupin, *Conférence de toutes les questions traitées par Mr. de Ferron*, Bordeaux, Lacornée, 1746, Lettre « L », n°83, p. 193.

¹⁴⁶ *D.*, 19, 2, 27, 1.

¹⁴⁷ Le jurisconsulte Labéon pense par ailleurs que, quand bien même le propriétaire n'aurait pas donné son assentiment au nouveau bail, il serait obligé d'indemniser le locataire. *D.*, 19, 2, 28, 2.

1) La rétention, la reconvention et la compensation : quand le locataire prend la main sur les travaux

Le bail à loyer procède d'une réciprocité aussi simple qu'efficace. L'inexécution par le propriétaire bailleur de pourvoir à l'entretien de son immeuble autorise le locataire à « détourner le prix du bail »¹⁴⁸ : le montant du loyer, dette pourtant privilégiée¹⁴⁹, sera désormais destiné aux entrepreneurs en bâtiment sollicités en vue d'effectuer les grosses réparations nécessaires. En un mot : une dette pallie une autre. Ce mécanisme singulier est consacré de manière constante par l'Ancien Droit. Dans ses annotations sur les *Costumes du Pays et Comté de Nivernois*, Guy Coquille rappelle qu'il s'agit d'un héritage direct du droit romain¹⁵⁰ : le *Digeste* prévoyait déjà que « chacun doit devant sa maison entretenir la rue, nettoyer l'aqueduc qui y passe, et construire s'il en a besoin de manière à ne pas embarrasser le passage. Si les propriétaires ne le font pas, les locataires sont autorisés à le faire faire, et à imputer leurs dépenses à cet égard sur leur loyer »¹⁵¹.

La négligence du propriétaire autoriserait donc le locataire à exécuter une obligation qui ne lui incombe pas. Est-ce cependant à déduire qu'il jouit d'une « autorité privée »¹⁵² ? L'affirmative faciliterait l'initiative, en la purgeant de toute formalité : le montant des loyers serait automatiquement assigné au paiement des travaux nécessaires. Mais il n'en est rien : le défaut de réparations ne peut servir de prétexte au locataire pour refuser le paiement du loyer, pas plus qu'il fait office de motif pour « faire réparer ou reconstruire de son autorité, et compenser cette dépense avec ce qu'il doit »¹⁵³. Ainsi, les grosses réparations, quoique nécessaires, ne motivent pas *ipso jure* la mise en œuvre d'un dispositif exorbitant du droit commun.

Une démarche préalable doit être *a minima* satisfaite : avertir le propriétaire que l'immeuble loué nécessite des travaux qui sont de son ressort. En sus d'un point de départ procédural, il s'agit d'un impératif, car un débiteur négligent est, *a fortiori*, un débiteur informé. La mise en garde de Billon, commentateur des coutumes auxerroises, est limpide : le locataire ne pourrait être remboursé du montant des réparations, quand bien même elles seraient « les plus urgentes et nécessaires du monde ». L'auteur y voit une « punition » venant sanctionner une manœuvre que le locataire ne doit pas faire à l'insu ou contre la volonté son cocontractant¹⁵⁴. Cette formalité, exigée dès le début du XVI^e siècle dans le corpus coutumier¹⁵⁵, souffre

¹⁴⁸ Le loyer est une dette qui s'éteint par son paiement qui, pour être valable, « doit être fait ou au créancier, ou à quelqu'un qui ait pouvoir de lui, ou qualité pour recevoir ». R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris, Debure, 1761, t. II, partie III, chapitre I, article II, n°465, p. 10.

¹⁴⁹ En 1730, les *Règles du Droit françois* de Pocquet de Livonnière, ouvrage auquel a contribué son fils, Claude-Gabriel, énoncent : « Il y a plusieurs dettes privilégiées pour lesquelles il n'est pas permis d'obtenir lettres de répit, ou pour lesquelles ces lettres demeurent sans effet ». Le loyer intègre cette catégorie de dettes. C. Pocquet de Livonnière, *Règles du droit françois*, Paris, Coignard, 1730, livre V, chapitre VI, n°XI, p. 647.

¹⁵⁰ G. Coquille, *Œuvres*, Paris, De Cay, 1646, *Les Costumes du Pays et Comté de Nivernois*, titre « Des exécutions, criées & subhastations », article XVIII, p. 354.

¹⁵¹ *D.*, 63, 10, 3.

¹⁵² A. Furetière, *op. cit.*, 1690, t. I, p. 199 ; Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1718, t. I, p. 120.

¹⁵³ B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes de Boulonnois, conférées avec les Coutumes de Paris, d'Artois, de Ponthieu, d'Amiens, et de Montreuil, le Droit Commun de la France et la Jurisprudence des Arrêts*, Paris, Didot, 1777, t. II, titre XVIII « Du Louage », chapitre II, section I, p. 328.

¹⁵⁴ E. Billon, *Coûtume du Comté et Bailliage d'Auxerre, avec les nôttes et actes de notoriété d'un ancien Avocat dudit Bailliage, vivant homme tres-sçavant en ladite Coûtume*, Paris, Guignard, 1693, titre VI, article CLII, p. 312.

¹⁵⁵ *Coutumes generales gardées et observées au Bailliage de Troyes* (1509), titre XI « Assiette & prisée de terre », article CCII : BDR, t. III-1, p. 253 ; *Coutumes generales du Pays et Duché de Bourbonnois* (1520), chapitre XIII « Des Executions », article CXX : BDR, t. III-2, p. 1240. V. aussi : *Coutumes du Comté et Bailliage d'Auxerre, anciens ressorts et enclaves d'iceluy* (1561), titre VI « De Contracts & Conventions », article CLIII : BDR, t. III-1, p. 602 ; *Les Coutumes et Usages de la Ville, Election et Jurisdiction de Poperinghe* (1620), titre VI « Des Louages, des Baux, & des Cens », article V : BDR, t. I-2, p. 930 ; *Les Coutumes locales et particulières de la Ville et Bourgeoisie de La Gorgue et de la Loy*

néanmoins d'une carence : *quid* de sa forme ? La question est permise, car en matière de baux à loyer, les avertissements entre les parties revêtent souvent la forme orale¹⁵⁶.

Si aucun dictionnaire ne fait état d'une quelconque forme imposée, trois éléments permettent de dissiper le doute. Premièrement, certaines sources emploient le terme d'acte, soit « *tout ce qui est écrit, et qui sert à justifier quelque chose* »¹⁵⁷. Secondement, Patou rapporte une décision du bailliage de Lille, datée de 1699, laquelle a retenu que l'oralité ne peut être une forme convenable afin de sommer le propriétaire¹⁵⁸. Troisièmement et enfin, certains auteurs plaident en faveur d'une sommation à laquelle serait adjointe une assignation, indispensable lorsqu'il s'agit d'anticiper le comportement d'un propriétaire susceptible d'être de « *difficile convention* »¹⁵⁹. En ce cas, l'assignation initie l'action personnelle *ex conducto*, qui impose au locataire de saisir un juge compétent dans le *ratione loci* du domicile du propriétaire¹⁶⁰.

Cette étape de l'information en préfigure une autre : la visite des lieux par des experts, afin d'éviter les contestations en amont¹⁶¹. En 1781, Le Camus de Mézières dénombre qu'un édifice requiert ordinairement l'intervention de onze sortes d'entrepreneurs pour être rendu habitable¹⁶². Ainsi, réparer un immeuble nécessite le savoir-faire de corps de métier distincts et qualifiés : les parties au contrat, pas plus que le juge sollicité, n'ont les compétences nécessaires pour établir un cliché fiable et fidèle de l'immeuble détérioré. Ainsi, les réparations sont nécessaires parce qu'elles doivent avoir été qualifiées comme telles par un professionnel du bâtiment. Aussi n'est-il pas étonnant de retrouver la trace de ce procédé dans le corpus coutumier dès le début du XVI^e siècle¹⁶³ : l'approche de ces textes est pratique, car elle requiert la présence d'hommes de l'art, sollicités pour constater la nécessité et l'urgence des travaux, mais aussi en estimer le coût.

En 1579 avec l'ordonnance de Blois, Henri III ordonne que dans toutes les matières où il est question d'informer et de faire preuve par témoins de la valeur de quelque chose, les parties sont tenues « *d'une part et d'autre convenir de gens experts et à ce connaissant* »¹⁶⁴. Le dispositif est confirmé sous le règne de Louis XIV, avec l'ordonnance civile *touchant la réformation de la justice* d'avril 1667, qui consacre un titre aux « *nomination et rapports*

d'Arras (1627), rubrique IX « *Des Louages & Fermes* », article LXXX : BDR, t. II, p. 1009 ; V. également : *Les Coutumes des Ville et Chastellenie de Bailleul* (1632), rubrique XVIII « *Des Censives, Louages & Baux* », article IX : BDR, t. I-2, p. 972 ; *Coutumes locales de Saint-Sever*, titre III « *Des louages de maisons* », article VI ; BDR, t. IV, p. 939.

¹⁵⁶ V. par exemple : A. Weber, *Des usages locaux, la coutume d'Orléans, Baux verbaux, louage des domestiques*, Orléans, H. Herluison, 1882, partie I, n°I-II, p. 7-9.

¹⁵⁷ P.-J. Brillon, *op. cit.*, 1697, p. 21.

¹⁵⁸ F. Patou, *Commentaires sur les coutumes de la ville de Lille et de sa châtellenie et conférence de ces coutumes avec celles voisines et le droit commun*, Lille, Dumortier, 1788-1790, t. II, titre XV, article V, n°XI, p. 645.

¹⁵⁹ L. Le Grand, *Coutume du Bailliage de Troyes*, Paris, de Luynes, 1681, titre XI, article CCII, Glose II, n°5, p. 336.

¹⁶⁰ En ce sens, Claude de Laville cite un arrêt du 3 août 1570. C. de Laville, *Ordre alphabétique ou Dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais confirmées par les arrêts du Parlement de Paris et des autres Parlements de France*, Paris, Osmond, 1692, Lettre « S », chapitre XXII, n°9463, p. 919.

¹⁶¹ J.-B. Née de La Rochelle, *Commentaires sur la coutume du bailliage et comté d'Auxerre, anciens ressorts et enclaves, rédigés en présence et du consentement des trois états du pays*, Paris, Bauche, 1749, titre VI « Des contrats et des conventions », article CLI, p. 219.

¹⁶² Sont énumérés : le maçon, le charpentier, le serrurier, le couvreur, le plombier, le menuisier, le carreleur, le peintre, le marbrier, le vitrier et le paveur. N. Le Camus de Mézières, *Le guide de ceux qui veulent bâtir*, Paris, Jombert, 1786, Lettre IV, p. 23.

¹⁶³ *Coutumes de la Prevosté et Vicomté de Paris* (1580), titre IX, article CLXXXIV : BDR, t. III-1, p. 42. *Coutumes generales gardée et observées au Pays et Bailliage de La Bourc* (1514), titre VII « *Des louages* », article VII et *Coutumes generales du Pays et Vicomté de Sole* (1520), titre XXII « *De Louadge* », article VII : BDR, t. IV, p. 971 et p. 991 ; *Les Coutumes locales et particulieres de la Ville et Bourgeoisie de La Gorgue et de la Loy d'Arras* (1627), rubrique IX « *Des Louages & Fermes* », article LXXX : BDR, t. II, p. 1009 ; *Coutumes, Loix et Statuts de la Ville et Bourgeoisie d'Ipre* (1619), rubrique XV « *Du louage des maisons* », article VII : BDR, t. I-2, p. 894.

¹⁶⁴ Article 162 de l'Ordonnance du Roy Henry III, Roy de France et de Pologne, sur les plaintes & doleances faites par les Deputez des Estats de son Royaume convoquez & assemblez en la Ville de Blois, mai 1579 : F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XIV, p. 419.

d'experts »¹⁶⁵. D'ordinaire, chaque partie sollicite son expert, à moins qu'elles ne s'accordent pour en nommer un seul¹⁶⁶. Dans les faits, le juge nomme un commissaire, lui-même chargé de désigner les experts¹⁶⁷. Pour ce faire, le commissaire rend immédiatement une ordonnance qui assigne la partie adverse, afin que cette dernière nomme son expert¹⁶⁸. En cas de refus ou d'omission, le commissaire nomme d'office un expert pour la partie défaillante, qui a toujours la possibilité de le récuser¹⁶⁹ en arguant une cause légitime devant le juge¹⁷⁰.

Une fois nommés, les experts assermentés¹⁷¹ doivent immédiatement se rendre sur les lieux afin d'y faire la visite¹⁷², et y établir un rapport détaillé, fidèle et contradictoire¹⁷³, en suivant scrupuleusement ce qui est ordonné par le jugement¹⁷⁴. Interdiction leur est donc faite de donner leur avis sur une question de droit¹⁷⁵. Sur place, les experts peuvent être du même avis et inscriront leur accord en conclusion du procès-verbal. Ils peuvent à l'inverse donner un avis séparé qui contraindra le juge à nommer un tiers-expert¹⁷⁶. Gastier donne à ses lecteurs l'aperçu d'un modèle de procès-verbal dressé par des experts :

« Et le tel jour, par-devant nous Commissaire susdit, sont comparus tels, qui nous ont rapporté, et mis ès main le rapport par eux fait, suivant ladite Sentence, lequel ils ont affirmé véritable, la teneur duquel ensuit.

Nous tels Maître Maçons et Charpentiers, en vertu de la Sentence du tel jour, et prestations de serment par nous fait par-devant M. Maître tel, Conseiller du Roi en sa Cour de Parlement, Commissaire ès requêtes du Palais, et en cette partie, nous nous sommes transportés en tel lieu, lequel nous avons vu et visité de fonds en comble, haut et bas ; et par toutes les chambres, cave, grenier, cour, jardin, et autres endroits de ladite maison, laquelle nous avons trouvée en bon état, fors qu'il convient faire telles réparations en tels lieux, qu'avons prisés et estimés à la somme de tant..., et ainsi des autres choses, ce que nous certifions être vrai en nos consciences, et avoir par nous ainsi fait : En témoin de quoi nous avons signé le présent rapport. À Paris ce...jour de...Signés tels »¹⁷⁷.

¹⁶⁵ Son article VIII dispose : « Les jugements qui ordonneront que les lieux et ouvrages seront vus, visités, toisés ou estimés par experts, feront mention expresse des faits sur lesquels les rapports doivent être faits, du juge qui sera commis pour procéder à la nomination des experts, recevoir leur serment et rapport, comme aussi de délai dans lequel les parties devront comparoir par devant-le commissaire. » *Ibid.*, t. XVIII, n°503, p. 141.

¹⁶⁶ C.-E. Briseux, *Architecture moderne, ou l'art de bien bâtir pour toutes sortes de personnes*, Paris, Jombert, 1764, t. II, livre V « Des Us et Coutumes », p. 6.

¹⁶⁷ Ordonnance de 1667, titre XXI, article IV : F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XVIII, n°503, p. 140. Au Châtelet de Paris, la nomination des experts « ne se fait point par les Commissaires-Enquêteurs, mais par un acte signifié de Procureur à Procureur » : D. Jousse, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, Debure, 1757, t. I, p. 274.

¹⁶⁸ F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XVIII, n°503, p. 140-141.

¹⁶⁹ article IX : *Ibidem*.

¹⁷⁰ A. Desgodets, *op. cit.*, 1748, Première partie « Des Servitudes en général », article 184, n°7 et note (i), p. 33-34 ; C. de Ferrière, *Corps et compilation* [...], *op. cit.*, 1714, t. II, titre IX, article CLXXXIV, n°5, p. 1497-1498.

¹⁷¹ Le serment des experts est exigé par l'article CLXXXIV de la coutume réformée de Paris. R. Carvais, « La force du droit. Contribution à la définition de l'entrepreneur parisien du bâtiment au XVIII^e siècle », *Histoire, économie et société*, 1995, n°2, p. 180.

¹⁷² C.-E. Briseux, *op. cit.*, 1764, t. II, livre V « Des Us et Coutumes », p. 7.

¹⁷³ C. de Ferrière, *Corps et compilation*, [...], *op. cit.*, 1714, t. II, titre IX, article CLXXXIV, n°9, p. 1499-1500.

¹⁷⁴ Ordonnance de 1667, titre XXI, article VIII : F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XVIII, n°503, p. 141.

¹⁷⁵ Sauf si le jugement qui les commet l'ordonne expressément. A. Desgodets, *op. cit.*, 1748, Première partie « Des Servitudes en général », article 184, n°11, note (p), p. 36.

¹⁷⁶ Ordonnance de 1667, titre XXI, article XIII. F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XVIII, n°503, p. 142.

¹⁷⁷ R. Gastier, *Les nouveaux styles du Parlement de Paris, de la Cour des Aydes, Requestes du Palais et de l'Hostel, Chambre des Comptes et du Tresor, & des autres Juridictions de l'enclos du Palais*, Paris (4^e éd.), Billaine, 1666, Le nouveau style de la Cour des requestes du Palais, p. 191.

Ainsi dressé, le procès-verbal signé par les experts et le commissaire est remis au demandeur, qui doit en faire signifier copie par huissier à la partie adverse¹⁷⁸. Sous réserve des voies de recours ouvertes afin de contester l'acte, une ultime question se pose : le juge est-il tenu de trancher conformément au contenu du procès-verbal ? Sur ce point, Desgodets expose que « *le juge doit juger suivant le Rapport des Experts convenus par les Parties ou nommés d'office, sans rien y changer* »¹⁷⁹. Plus subtil, Martin Goupy son annotateur, indique que le juge est plutôt tenu de suivre l'avis des experts lorsque le fait sur lequel porte cet avis est totalement étranger à ses « *lumières* »¹⁸⁰.

Une fois les questions de preuves éludées, l'ultime phase du mécanisme prend le relais. Celle-ci est complexe, car elle se décline. Dans les coutumes, deux éléments se distinguent : d'une part, le mécanisme de la « rétention », qui n'est autre qu'un moyen de déduire du montant du loyer le coût des réparations nécessaires ; d'autre part, la « reconvention » et la « compensation », soit deux actions visant généralement à anéantir le droit d'un créancier. Leur coexistence dans le corpus normatif impose une analyse séparée afin de les définir et d'en identifier les caractéristiques.

La rétention ou le verbe « retenir » sont les premiers termes qui émergent du corpus coutumier¹⁸¹. La consultation des dictionnaires juridiques démontre que la notion est une composante de la langue du droit. En 1679, Ferrière propose, outre des développements concernant l'expression « *retenir par puissance de fief* », une définition de la « *rétention de cause* »¹⁸². Les dictionnaires juridiques retiennent la même acception¹⁸³, à l'exception de l'*Encyclopédie méthodique de jurisprudence* : l'ouvrage consacre une entrée à « *Retenue* », qui « *signifie quelquefois ce que l'on déduit à quelqu'un sur un paiement qu'on lui a fait* »¹⁸⁴. Dès lors, la rétention doit être envisagée à l'aune d'une compréhension plus générique, qui ne fait son apparition dans les références linguistiques qu'à la fin du XVIII^e siècle. En 1762, les Académiciens indiquent :

« *Il signifie aussi Réserver. [...] On dit à peu près dans le même sens, En me payant il a retenu la somme qu'il m'avoit prêtée. Il a tant retenu pour les frais, pour les réparations, pour ses peines* »¹⁸⁵.

Ainsi, la rétention peut simplement exprimer le prélèvement ou la déduction d'une somme d'argent. De manière concrète, le mécanisme implique que deux dettes se confrontent : le montant des travaux nécessaires, d'une part, et le montant du loyer, d'autre part. Une

¹⁷⁸ Ordonnance de 1667, titre XXI, article XXIII : F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier, Decrusy et Armet, *op. cit.*, t. XVIII, n°503, p. 143 ; F. de Boutaric, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV, Roi de France et Navarre, sur les matieres civiles*, Toulouse, Forest et Henault, 1743, p. 217.

¹⁷⁹ A. Desgodets, *op. cit.*, 1748, Première partie « Des Servitudes en général », article 184, n°15, p. 38.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Coutumes generales gardées et observées au Bailliage de Troyes* (1509), titre XI « *Assiette & prisée de terre* », article CCII : BDR, t. III-1, p. 253 ; *Coustumes generales des Pays & Duché de Berry, tant de la Ville et Septaine de Bourges, que des autres Villes & Lieux dudit Pays & Duché* (1539), titre IX « *Des Executions, Criées & Subhastations* », article XL : BDR, t. III-2, p. 952 ; *Coutumes generales du Pays et Duché de Bourbonnois* (1520), chapitre XIII « *Des Executions* », article CXX : BDR, t. III-2, p. 1240 ; *Coutumes de Sens* (1506), titre « *Des Convenances, Marchez, Ventes, Achats, Louages, Prests, Deposts, & autres Contracts* », article CCLVII : BDR, t. III-1, p. 502.

¹⁸² C. de Ferrière, *Introduction a la Pratique* [...], *op. cit.*, 1679, p. 262.

¹⁸³ « Par exemple, un privilégié qui a ses causes commises aux requêtes du Palais, est assigné au Châtelet ; il demande son renvoi ; on prétend qu'il n'a pas droit de *Committimus* ; Messieurs des requêtes du Palais, qui sont Juges du déclinatoire, rendent une sentence de rétention, si la cause est de leur compétence. » Couchot, *op. cit.*, p. 699 ; P.-J. Brillon, *op. cit.*, 1697, p. 772.

¹⁸⁴ Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, 1787, t. VII, p. 401. Claude-Joseph de Ferrière consacre une entrée au terme « droit de retenue », qui signifie « le retrait féodal ou censuel ». C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique* [...], *op. cit.*, 1734, t. I, p. 663.

¹⁸⁵ Le Dictionnaire de l'Académie française [...], *op. cit.*, 1762, t. II, p. 623.

différence notable existe entre les deux : le premier se paie comptant¹⁸⁶, alors que le second se règle selon des modalités variables en fonction de ce que les contractants ont expressément convenu ou, à défaut, d'après l'usage en vigueur dans le lieu de conclusion du bail. Le loyer peut être fractionné, c'est-à-dire payable par échéances ou par termes dont l'expiration rend la dette exigible : le locataire peut s'en acquitter à la semaine, au mois, au trimestre, ou à l'année¹⁸⁷. Le locataire consommera chaque loyer à échoir, jusqu'à ce qu'il soit remboursé du tout. Ceci exposé, la rétention soulève une autre problématique : le coût des travaux est, dans un premier temps du moins, réduit à l'état d'estimation. Il est en effet contenu dans un devis présenté par l'entrepreneur et peut, *in fine*, être l'objet de fluctuations¹⁸⁸. De plus, la date d'achèvement des travaux est incertaine, quoiqu'elle ne puisse excéder six semaines. C'est pourquoi le droit astreint le locataire à la satisfaction d'une formalité supplémentaire : il doit être en mesure de chiffrer le montant des travaux. Il semble qu'*a minima* cette démarche puisse être satisfaite « *sur le pied d'une estimation par experts, à rester sur les lieux* »¹⁸⁹. Néanmoins, le locataire peut également exiger une quittance de la part des entrepreneurs qui sont intervenus dans l'immeuble loué. Ce document est prôné par la doctrine et la jurisprudence¹⁹⁰.

La rétention est donc un mécanisme qui se démarque par sa relative simplicité d'exécution. Les grosses réparations, qui répondent à un motif de nécessité et parfois à un caractère pressant, impliquent d'agir avec célérité. Mais la mise en œuvre du mécanisme est conditionnée au fait que le propriétaire a délibérément manqué de soin à l'égard de son bien¹⁹¹, ayant été préalablement informé de la nécessité de pourvoir aux réparations.

Un sondage supplémentaire des textes révèle que les deux coutumes lilloises, respectivement datées de 1533 et de 1565¹⁹², de même que les *Coutumes générales des trois Bailliages* de Lorraine et les *Coutumes du Bailliage d'Épinal*, usent des notions de reconvention et de compensation¹⁹³. Peu nombreuses, ces prescriptions imposent de procéder méthodiquement,

¹⁸⁶ F. Patou, *op. cit.*, t. II, titre XV, article V, n°VII, p. 644.

¹⁸⁷ « Quelquefois le loyer est distribué en plusieurs sommes, ou par chaque année, ou par chaque demi-année, ou par chaque quartier, ou par chaque mois, ou par chaque semaine, ou par chaque ; en ces cas chacune de ces sommes doit être payées aussitôt après l'expiration de chaque année, de chaque demi-année, etc. » R.-J. Pothier, *Traité du Contrat de Louage* [...], *op. cit.*, partie III, chapitre I, article I, §. I, n°134, p. 130). De nombreuses coutumes traitent de ce point, en indiquant que leurs dispositions ne valent qu'à défaut de stipulation contraire dans le bail. V. par exemple les prescriptions de la coutume de Melun : « Les louages de maisons et rentes, se payeront à quatre termes, à savoir ès premiers jours de Janvier, Avril, Juillet et Octobre, s'il n'y a convention au contraire. » *Coutumes du Bailliage de Meleun* (1560), chapitre XI « *De Louage & Baux à Ferme* », article CLXXXV : BDR, t. III-1, p. 447. En sens inverse, les coutumes de Dourdan semblent par exemple énoncer que le paiement des loyers doit obligatoirement s'opérer par trimestre : « Tous conducteurs de maisons sont tenus de payer le louage de trois mois en trois mois, et entretenir lesdites maisons de menues réparations. » *Coutumes du Bailliage et Chastellenie de Dourdan* (1556), titre XIV « *Autres Coustumes* », article CXLIII : BDR, t. III-1, p. 131.

¹⁸⁸ J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1766, t. I, p. 423 ; A. Bruneau, *Le nouveau et parfait Notaire, réformé suivant les nouvelles Ordonnances*, Paris, Legras, 1723, chapitre VII, p. 215 et s.

¹⁸⁹ F. Patou, *op. cit.*, t. II, titre XV, article V, n°IV, p. 644.

¹⁹⁰ *Ibidem*. v. aussi l'arrêt du Parlement de Bordeaux daté du 1^{er} juillet 1640, rapporté dans : G. Basset, *Plaidoyez de Maître Guy Basset, Advocat consistoral au Parlement de Grenoble*, Grenoble, Petit, 1668, livre II, titre XXXIV, chapitre VI, p. 189.

¹⁹¹ Dans son *Dictionnaire des synonymes* l'abbé Gabriel Girard propose une distinction entre les mots suivants : « On est *indolent*, par défaut de sensibilité ; *nonchalant*, par défaut d'ardeur ; *paresseux*, par défaut d'action ; *négligent*, par défaut de soin. » Il ajoute : « L'inattention est l'apanage du *négligent* ; tout lui échappe, et il ne se pique point d'exactitude. » G. Girard, *Synonymes françois, leurs différentes significations, et le choix qu'il en faut faire pour parler avec justesse*, Paris, Le Breton, 1769, t. I, n°277, p. 316.

¹⁹² « Reconvention ne compensation n'a lieu, n'est en matières d'injures, réfections de maisons, ou intérêts pour département de cense ou louage. » *Coustumes et Usages de la Ville, Taille et Eschevinage de Lille* (1533), chapitre X « *Des Actions, Poursieutes & Adjournalmens Personnels* », article VI : BDR, t. II, p. 943 ; *Coustumes et usages généraux de la Salle, Bailliage et Chastellenie de Lille* (1565) : chapitre XXV « *Des Actions & Exceptions en matieres personnelles* », article XVIII : BDR, t. II, p. 914. D'après la conférence coutumière proposée par François Patou, les coutumes de Cambresis (titre XXV, article LII), de Malines (titre I, article XXIV) et de l'échevinage de Tournai (titre XXVII, article 1^{er}) sont similaires. En sens contraire, Patou cite les coutumes du Hainaut (chapitre CXIII, article 1^{er}) : F. Patou, *op. cit.*, t. II, titre X, article VI, Glose n°1, n°I, p. 381.

¹⁹³ *Coutumes generales des trois Bailliages de Lorraine, Nancy et Allemagne*, titre XII « *Des Conventions & Marchez* », article XVI : BDR, t. II, p. 1109 et *Coustumes du Bailliage d'Espinal*, titre VI « *Des Conventions & Marchez* », articles VIII et IX : BDR., t. II, p. 1135.

en commençant par la définition des termes qu'elles emploient. « *Ces deux actions, reconvention et compensation, ont beaucoup de rapport ensemble* », expose François Patou¹⁹⁴. Cette affirmation se vérifie dans les lexiques juridiques : la reconvention désigne une action intentée contre celui qui en a intenté une auparavant. Autrement dit, le défendeur devient demandeur de manière incidente¹⁹⁵. La reconvention n'est ainsi qu'une réponse adressée au propriétaire par un locataire « *poursuivi pour le paiement des loyers* », comme l'indiquent les coutumes de Lorraine et d'Épinal. Le locataire peut alors invoquer la connexité entre sa dette et le coût des grosses réparations. En cela, la « *reconvention est une espèce de compensation* »¹⁹⁶.

Mais compensation et reconvention recouvrent-elles pour autant la même réalité pratique ? La première est « *un moyen d'anéantir le droit du créancier, en lui opposant pour une exception contre sa demande* »¹⁹⁷. Elle est, de manière plus générale, une action par laquelle « *on fait qu'une chose tient lieu d'une équipollente* »¹⁹⁸. En droit, compenser est donc un remède, « *une libération réciproque entre deux particuliers* » : cela s'explique par le fait « *qu'il n'est pas juste de recevoir une chose, qu'on doit être contraint de restituer sur le champ* », expose Claude-Joseph de Ferrière¹⁹⁹. La compensation tient lieu de paiement réciproque, mais fictif. Ainsi, elle est synonyme de simplicité, car elle évite « *un circuit inutile* » de dettes²⁰⁰. Pour produire ses effets, la compensation implique qu'il y ait ressemblance et identité entre les deux dettes qui se confrontent : c'est là son « *seul fondement* »²⁰¹. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que les deux dettes soient d'égales valeurs²⁰². En revanche, elles doivent répondre réciproquement au triptyque suivant : être certaines et liquides et non litigieuses²⁰³. Certaines, parce qu'elles sont l'une et l'autre exigibles au moment où la compensation est invoquée ; non litigieuses, parce qu'elles ne procèdent pas d'une « *prétention douteuse et non réglée* »²⁰⁴ ; liquides, enfin, parce que le débiteur ne peut pas compenser une dette due présentement, avec celle qui ne lui sera due « *que sous condition* » ou qui sera exigible « *que dans un jour, qui n'est pas encore arrivé* »²⁰⁵.

Appliquée aux baux à loyer, la compensation confronterait deux dettes qui procèdent de la même cause, mais qui ne sont pas toutes les deux liquides : « *il y a cela de particulier dans ces compensations, que l'illiquide se compense avec le liquide, contre la disposition du droit*

¹⁹⁴ F. Patou, *op. cit.*, t. II, titre X, article VI, Glose n°1, n°1, p. 382.

¹⁹⁵ Ferrière donne cette illustration : « Et partant si Titius intente une action contre moi pour une somme qu'il prétend que je lui dois, et que j'intente une autre action contre lui par-devant le même Juge, pour des dommages et intérêts que je pourrais prétendre contre lui pour n'avoir pas satisfait à la promesse qu'il aurait donnée de faire quelque chose à mon profit, en ce cas j'use de reconvention, et je suis défendeur originaire à son égard, et demandeur incidemment contre lui. » C. de Ferrière, *Introduction à la Pratique [...]*, *op. cit.*, 1679, p. 241.

¹⁹⁶ C. de Ferrière, *Corps et compilation [...]*, *op. cit.*, 1714, t. II, titre V, article CVI, n°1, p.103-104 et s.

¹⁹⁷ Couchot, *op. cit.*, p. 170.

¹⁹⁸ A. Furetière, *op. cit.*, 1690, t. I, p. 595.

¹⁹⁹ C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique [...]*, *op. cit.*, 1734, t. I, p. 391.

²⁰⁰ « Il est plus simple que chacun retienne, en paiement de ce que lui est dû, ce qu'il doit de sa part. » Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. III, p. 92.

²⁰¹ « Il faut conclure de ce principe, que cette fiction qui est très-raisonnable et très juste ne peut point être admise, quand il s'agit d'un meuble dû d'une part, et d'un immeuble dû d'une autre, et qu'ainsi un meuble ne se compense jamais avec un immeuble. » C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique [...]*, *op. cit.*, 1734, t. I, p. 392-393. v. aussi : J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Dorez, 1777, t. XIII, p. 431.

²⁰² « Le créancier de la plus forte ne peut répéter que l'excédent qui reste dû, après que la compensation a été faite. » Encyclopédie méthodique [...], *op. cit.*, t. III, p. 93. V. également : FERRIÈRE (C.-J., de), *Nouvelle introduction à la pratique ou Dictionnaire des termes de pratique, [...]*, *op. cit.*, 1734, t. I, p. 392.

²⁰³ Cette exigence figurait déjà dans le *Digeste* : *D.*, 16, 2, 7.

²⁰⁴ J.-N. Guyot, *op. cit.*, 1777, t. XIII, p. 431-432.

²⁰⁵ C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique [...]*, *op. cit.*, 1734, t. I, p. 392. v. aussi : J. Papon, *Recueil d'arrests notables des Cours souveraines de France*, Paris, Fouët, 1610 (édition augmentée par Jean Chenu), livre XI, titre IX, arrêt n°1, p. 695.

romain », confirme Patou²⁰⁶. Dans les coutumes précitées, les grosses réparations nécessaires constituent ainsi un motif dérogatoire à l'exigence de la liquidité des dettes confrontées. La compensation suspend l'exigibilité des loyers. Elle annihile toute possibilité de demande du propriétaire en ce sens, parce que, préalablement averti par son locataire²⁰⁷, est au courant que son immeuble donné à bail nécessite des travaux.

Ainsi, que le locataire retienne, reconviene, ou compense, le droit use toujours d'un levier efficace pour rendre ses mécanismes efficients : le montant du loyer, dette due par le locataire, qui constitue également le bénéfice financier espéré par le propriétaire de l'immeuble. L'approche est intéressante : il ne s'agit pas tant de rééquilibrer un montant par rapport à un autre, mais plutôt de confronter les raisons pour lesquelles les parties contractent respectivement bail. Sans le versement du loyer, le contrat ne serait pas générateur de revenus ; le propriétaire n'aurait aucun intérêt de proposer son immeuble à la location. Sans les grosses réparations dites « nécessaires », les lieux loués seraient à terme inhabitables et la source d'un risque ; le locataire n'aurait aucun intérêt de l'occuper à titre de logement, ne serait-ce que succinctement.

Voilà le véritable dessein du procédé : prévenir l'effondrement, la ruine, la chute, c'est-à-dire le dépérissement irrévocable du bâti. Dès lors, le bail à loyer constitue un socle juridique idéal : il permet la mise en œuvre de mécanismes dont les procédures rapides servent d'ailleurs de modèle aux politiques publiques de prévention des périls en ville. Le cheminement de la procédure exposé *supra* ne manquera pas de rappeler les dispositifs ouverts au locataire en cas de négligence de son propriétaire : se retrouvent en effet les étapes « sommer – visiter – condamner » indispensables pour être éligible à la rétention, à la reconvention ou à la compensation. Ces dernières ne dépendent néanmoins que de la seule proactivité du locataire. Une lacune que certains textes pallient, à l'instar de l'ordonnance de police du 5 septembre 1698 : ainsi qu'exposé *supra*, les locataires sont érigés en « lanceurs d'alertes », pour employer quoiqu'anachroniquement une expression contemporaine.

Ces propos permettent un glissement vers une seconde hypothèse : l'écroulement de la maison, ainsi que les malheurs qui en découlent, peuvent être le fait d'une négligence manifeste, voire prolongée de la part du propriétaire. Dès lors, la prévention de ces périls passe également par une politique de réparation des dommages.

2) La dissuasion par la sanction : une obligation de sécurité avant l'heure ?

Le propriétaire et de manière générale tous les occupants d'un immeuble sont responsables des dommages qui surviendraient de tout ce qui peut tomber, être jeté, répandu depuis la

²⁰⁶ F. Patou, *op. cit.*, t. II, titre X, article VI, Glose n°II, n°XIV, p. 392.

²⁰⁷ *Ibidem*.

bâtisse²⁰⁸ : il en va ainsi des préjudices subis en raison de la chute de tuiles, qui ouvre selon les circonstances un droit à réparation²⁰⁹.

À cette réparation des dommages envers les personnes s'ajoute une réparation des dommages envers les biens. Cela se vérifie particulièrement lorsqu'un bâtiment voisin est endommagé²¹⁰ : le *Digeste* prévoyait déjà que celui dont l'immeuble menace ruine, à défaut de donner des sûretés suffisantes dans le temps imparti par le juge, pouvait voir son voisin entrer en possession de tout ou partie de son bien²¹¹. Sur ce point, Domat reconnaît que le droit français a tâché d'atténuer la rigueur du droit romain : une fois interpellé ou sommé, le propriétaire doit agir au risque de voir le juge permettre au voisin d'effectuer par provision les travaux nécessaires pour faire cesser le péril²¹². De plus, le propriétaire ne doit pas seulement agir, il doit agir vite ! Le moindre retardement de sa part lui est imputable et, si la chute de l'immeuble survient, il sera tenu à des dommages-intérêts²¹³.

Si elles demeurent prépondérantes, les circonstances renforcent indéniablement les incertitudes de l'issue de ces litiges. Les doutes de Berroyer et Chevalier en témoignent significativement. Dans une note qui augmentent les *Loix civiles* de Domat, ils s'interrogent : les dommages-intérêts alloués doivent-ils couvrir la détérioration de la maison, mais aussi la perte des loyers subie par le voisin préjudicié ? La contingence de la thématique se manifeste parce que le juge devra prendre en considération les conditions ainsi que la qualité du demandeur et du défendeur en présence. En effet, dans certains cas, l'équité ne gouvernerait-elle pas de modérer le montant du dédommagement ou même de décharger le propriétaire ? Par exemple, cela pourrait être envisagé lorsque le propriétaire, absent de longue date ou étant proie à des difficultés financières, prierait son voisin d'effectuer les travaux nécessaires, moyennant certaines garanties. Le refus ferme émis par le voisin ne constituerait-il pas un obstacle à sa demande de dédommagement, l'effondrement de l'immeuble étant survenu depuis cette fin de non-recevoir ? À l'inverse, Domat écrit :

*« Mais si on suppose un propriétaire riche et négligent qui, sommé d'appuyer son bâtiment, l'ai laissé tomber sur la maison d'un autre voisin pauvre ; cette négligence ne devra-t-elle pas être punie d'un entier dédommagement, et de la perte du bâtiment, et aussi des loyers ? »*²¹⁴.

²⁰⁸ Par exemple, le jet d'immondices sur la voie publique par les fenêtres de la maison est réprimé par les ordonnances de police, V. par exemple l'article XIX du règlement de police pour la ville d'Aix du 6 septembre 1569 : le texte prescrit, outre le nettoyage des rues les samedis, une stricte prohibition de « jeter eaux, immondices, ni ordures » par les fenêtres « de jour ni de nuit ». Recueil de plusieurs pieces, concernant les Privileges, Statuts, Droits, Usages & Reglemens particuliers à la Ville d'Aix & son Terroir, Aix, Veuve David, 1741, p. 120. Les pollueurs, outre une amende, s'exposent à d'éventuels dommages-intérêts si les déchets provoquent la blessure ou la mort d'un passant. Les habitants, propriétaires ou locataires, sont tenus des agissements de leurs « gens ». Il en va de même des maîtres d'écoles, des artisans, « et autres qui reçoivent dans leurs maisons des écoliers, des apprentis, ou d'autres personnes pour quelque art, quelque manufacture, ou quelque commerce ». J. Domat, *op. cit.*, 1756, t. I, livre II, titre VIII, section I, n°I-II, p. 179, et n°VII, p. 180.

²⁰⁹ Si la chute des tuiles est provoquée par le seul effet d'un orage ou autre cas fortuit, le propriétaire ne saurait en être tenu. En revanche, si lesdites tuiles composaient un toit « en mauvais état », il serait « juste qu'un propriétaire ou locataire fût puni d'une négligence qui aurait été suivie d'un tel accident ». *Ibidem*.

²¹⁰ V. notamment le cas pratique suivant prévu par Bonnot : « Si la ruine d'une maison appartenant à plusieurs a porté dommage aux maisons voisines, si tous les propriétaires sont tenus pour leurs parts. » J. Bonnot, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne où sont contenues diverses notables questions de droit, tant coutumier que romain, controversées entre les docteurs*, Genève, Stoer, 1628, partie II, Lettre « P », Question I, p. 194-195.

²¹¹ *D.*, 39, 2, 4, 1.

²¹² « Si le bâtiment tombe avant qu'il y eût une dénonciation au propriétaire, il ne sera pas tenu du dommage, s'il veut abandonner et la place et les matériaux : et il ne sera pas même obligé en ce cas de les enlever. Car celui qui a souffert le dommage doit s'imputer de n'avoir pas assez tôt pourvu au danger qu'il pouvait connaître. » Une fois le propriétaire condamné, le voisin dispose alors d'une action afin de recouvrer la dépense aux frais du propriétaire. J. Domat, *op. cit.*, 1756, t. I, livre II, titre VIII, section III, n°IV, p. 182-183.

²¹³ *Ibid.*, 1756, t. I, livre II, titre VIII, section III, n°III, p. 182.

²¹⁴ *Ibidem*.

Ces propos liminaires mettent en exergue l'équité, laquelle gouverne amplement les modalités de la réparation d'un dommage subi par le locataire à l'intérieur des lieux qu'il loue. Soumis à une obligation de jouir en « *bon père de famille* », il doit répondre de toutes les dégradations qui surviendraient de son fait, de sa négligence ou de celle des personnes qu'il loge²¹⁵. Aussi doit-il prouver que le malheur dont il réclame réparation puisent sa source dans une négligence blâmable du propriétaire²¹⁶. Une fois cette présomption réfragable de faute contournée, le propriétaire bailleur semble être garant de tous les biens, mais des aussi des personnes qui occupent l'immeuble qu'il donne à bail. La jurisprudence s'est saisie d'un tel cas pratique. Maintes fois cité, y compris par des références publiées au XVIII^e siècle, l'arrêt du Parlement de Paris du 7 avril 1631 est une référence, et mérite une attention toute particulière²¹⁷.

En 1629, Pelboc loue sa maison parisienne du faubourg Saint-Antoine à Michel Persebois. L'aptonyme est à souligner : l'imaginatif arrêviste Bardet rapporte que ce dernier exerce la profession de maître charpentier²¹⁸. Si le patronyme peut paraître fantaisiste, le détail a son importance. Après avoir logé durant huit mois dans la maison, Persebois, de son œil de professionnel avisé, reconnaît la caducité de la maison et conclut qu'il y a péril à y demeurer plus longtemps. Il décide donc de la sous-louer au dénommé Noël Morin. Quelques mois plus tard, Morin assigne le propriétaire et le principal locataire devant le prévôt de Paris, pour que soient réalisés les travaux nécessaires dans la maison. Après plusieurs délais, des experts sont enfin nommés afin de procéder à une visite des lieux, en présence des parties. Les interminables débats se révéleront toutefois fatals : durant une nuit du mois de mai 1631, le plancher d'une chambre s'effondre. Le corps du malheureux Morin est retrouvé sans vie. Jeanne Morin, son épouse, intente une action aux fins de faire condamner solidairement de Pelboc et Persebois au paiement de la somme de trois mille livres. La sentence du prévôt, si elle reconnaît la négligence des défendeurs, réduit toutefois les dommages-intérêts au montant de trois cents livres²¹⁹.

Une somme modique et donc insuffisante pour cette veuve, « *chargée de grand nombre de petits enfants* » et privée « *de l'assistance de son mari* », désormais « *réduite à une nécessité extrême et à la mendicité* ». Elle décide donc d'interjeter appel. Pour Doujat le jeune, son

²¹⁵ V. notamment : G. Louet, *Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la Cour de Parlement de Paris, pris des mémoires de feu Monsieur Maître Georges Louët*, Paris, Guignard et Robustel, 1712, t. II, « Locataire, contraint de déloger », Sommaire IV, n°20, p. 27 ; L. Jovet, *La bibliotheque des arrests de tous les Parlements de France*, Paris, Loyson, 1669, « Locataire, Loyers », n°VIII, p. 448 ; R.-J. Pothier, *Traité du Contrat de Louage* [...], *op. cit.*, partie III, chapitre II, article III, §. 2, n°219, p. 204 ; B.-L. Pelée de Chenouteau, *op. cit.*, titre XXI, article CCLI, n°14, p. 356.

²¹⁶ « On prétend que le locataire est tenu de prouver que l'accident est arrivé autrement que de son fait et de celui de ses domestiques, attendu que le Contrat qui est entre le locataire et le propriétaire. Mais plusieurs soutiennent au contraire, que la présomption d'une faute très légère, ne suffit pas pour en charger le locataire, à moins qu'il ne paroisse au moins une faute légère de celui qui habite la maison, ou de ceux dont il est responsable, comme si on avait quitté une maison sans prendre ses précautions dans les lieux où il y a du feu, si on y avait abandonné des enfants, si on avait des domestiques sujets au vin. » F. Lange, *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale ou le nouveau praticien françois*, Paris (15^e éd.), Le Gras, 1755, t. I, livre III, chapitre XXI, p. 325.

²¹⁷ V. notamment : P. Bardet, *Recueil d'arrests du Parlement de Paris, avec les notes et les dissertations de M^e Claude Berroyer, Avocat au même Parlement*, Paris, Bobin, 1690, t. I, livre IV, chapitre XXII, p. 552-553 ; *Journal des principales audiences du Parlement avec les arrêts qui y ont été rendus, et plusieurs questions et réglemens, placés selon l'ordre des temps*, Paris, Rollin, 1754, t. VII, livre VIII, livre I, chapitre CLXXVII, p. 37.

²¹⁸ L'arrêt est intégré au *Recueil d'arrests du Parlement de Paris depuis l'année 1617, jusqu'en 1643, sur les plus belles questions de droit* composé par Bardet. Cette compilation sera éditée et augmentée, à titre posthume, par Claude Berroyer. G. Leyte, « BARDET Pierre », P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, Paris (2^e éd.), PUF, 2015, p. 48-49. Par ailleurs, le supplément au *Journal des principales audiences du Parlement* rapporte que le propriétaire d'espèce a pour patronyme « de Pelbet » et non « de Pelboc ». *Journal des principales audiences du Parlement* [...], *op. cit.*, 1754, t. VII, livre VIII, livre I, chapitre CLXXVII, p. 37.

²¹⁹ En 1631, 3 000 livres équivalent approximativement à 102 200 euros. La somme de 300 livres correspond donc à 10 200 euros. <http://convertisseur-monnaie-ancienne.fr>.

avocat, l'équité doit pleinement guider le juge, d'autant que la négligence fautive du propriétaire et du principal locataire ne fait aucun doute en l'espèce. Véhémente, sa plaidoirie est rapportée de la sorte :

« Les Intimez en sont infailliblement coupables, non pas pour avoir trempé leurs mains parricides et homicides dans son sang, mais pour lui avoir causé la mort par leur faute et négligence manifeste, même blâmable et en quelque façon criminelle ; leur avarice les ayant tellement aveuglés, qu'il a été impossible de leur faire faire les réparations nécessaires en la maison où demeurait l'appelante avec son mari »²²⁰.

En réponse, Langlois, avocat de Persebois, tente d'exonérer son client en arguant que seule la responsabilité du propriétaire peut être engagée en pareil cas. Dolet, avocat de Pelboc, est bien plus subtil. Selon lui, l'action n'a tout simplement pas lieu d'être : la mort de Morin a été provoquée par un accident fortuit, et non par un mauvais dessein du propriétaire. De plus, Morin, par ailleurs poursuivi pour défaut de paiement des loyers, n'aurait allégué le défaut de réparations que dans le but d'éviter une procédure d'exécution à son encontre : il s'agit là du « *prétexte ordinaire des mauvais payeurs* », conclut l'avocat. *In fine*, le Parlement de Paris, estimant probablement que les parties n'ont pas assez éclairci les faits ou justifié leurs moyens, décide de les renvoyer devant un « *commissaire de la cour* »²²¹. Mais qu'importe : les auteurs citent cette jurisprudence, parce qu'elle consacre avant tout le principe selon lequel le « *propriétaire est tenu aux dommages-intérêts pour la mort du Locataire, arrivée par la ruine d'une maison* »²²².

S'observe ainsi une véritable inflation des obligations du propriétaire : faire jouir paisiblement le locataire implique la délivrance et le maintien d'un bien immeuble conforme à la destination pour laquelle il est loué, et ce tout le long du bail. D'un point de vue strictement contractuel, la maison dont la jouissance est l'objet du bail ne doit pas seulement être habitable : elle doit être sécurisée. Un propriétaire de bonne foi est donc un propriétaire réactif et même diligent. *In extenso*, cette obligation primordiale sous-entend la sécurisation des meubles du locataire, qui garnissent les lieux loués. Lorsque l'immeuble menace ruine, il ne fait aucun doute que la perte de ses effets engagerait la responsabilité d'un propriétaire bailleur retardataire ou mutin. Il suffit de se référer à une matière connexe aux baux à loyer : une jurisprudence constante, et abondante, reconnaît la responsabilité des logeurs, hôteliers ou aubergistes, qui dans leurs établissements sont tenus de la perte ou du vol des effets personnels de leurs clients²²³. Par ailleurs, et considérant la teneur des sources juridiques d'Ancien Régime, ne serait-il pas permis de conclure, bien qu'anachroniquement, à la consécration d'une obligation

²²⁰ P. Bardet, *op. cit.*, t. I, livre IV, chapitre XXII, p. 552.

²²¹ Le commissaire ou « conseiller commis par le Parlement » procède à des descentes sur les lieux, « pour faire enquête et interroger les témoins » et « pour d'autres causes qui servent d'instruction à un procès pendant en une chambre du Parlement ». C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique* [...], *op. cit.*, 1734, t. I, p. 372.

²²² Journal des principales audiences du Parlement [...], *op. cit.*, 1754, t. VII, livre VIII, livre I, chapitre CLXXVII, p. 37.

²²³ V. notamment : J. Chenu, *Cent notables et singulières questions de Droit, décidées par arrests memorables*, Paris, Foüet, 1603, Question n°C, p. 617-619 ; L. Soefve, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes, jugées par Arrests d'Audiances du Parlement de Paris, depuis 1640*, Paris, de Sercy, 1682, t. I, centurie IV, chapitre LXXIV, p. 435-436 et t. II, centurie I, chapitre LIX, p. 53-54 ; t. II, centurie III, chapitre XXVI, p. 254-255 ; M. Pinault, *Recueil d'arrêts notables du Parlement de Tournay*, Valenciennes, Henry, 1702, t. I, arrêt LXV, p. 124-126 ; Recueil d'arrêts notables ou supplément au journal du palais de Toulouse, avec des observations, par feu M^e Aguiier, Avocat au Parlement, Nîmes, Belle, 1782, t. I, arrêt XXXI, p. 36, arrêt XLI, p. 44-45 et t. II, arrêt CCCXVI, p. 312.

contractuelle « de sécurité »²²⁴ pesant sur le propriétaire bailleur ?²²⁵ Le Camus d'Houlouve semble le confirmer :

« Le locateur doit tenir son locataire clos et couvert ; ainsi il doit faire toutes les réparations et reconstruction sans lesquelles le locataire ou fermier ne pourrait habiter la maison ou la ferme avec commodité et sûreté »²²⁶.

Dans son commentaire des titres VII et VIII du Livre III du Code Napoléon, extrait du volumineux *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Troplong, à l'issue de développements très détaillés sous les articles 1754, 1755 et 1756, conclut par ces mots : « Terminons ici ces longs détails : ils pourront paraître minutieux. »²²⁷ Les réparations en matière de baux constitueraient ainsi une thématique faite de « points secondaires sans doute, et de peu d'intérêt » selon l'auteur, thématique qui aurait, d'ailleurs, « exercé la patience d'habiles praticiens »²²⁸.

Ces propos presque narquois ne sont qu'un écho au discours quoique plus modéré, mais du même acabit, de Galli prononcé lors de la séance du 9 ventôse an XII. En effet, le conseiller d'État soulignait déjà ces questions « peut-être de peu d'importance », mais « qui ont toujours

²²⁴ L'obligation contractuelle de sécurité des personnes procède d'une consécration explicite lente, initiée dans le courant du XIX^e siècle. Elle est, dans un premier temps, une œuvre jurisprudentielle qui concerne le contrat de transport qui, comme le bail à loyer, est une espèce de louage. Le 20 juin 1836, la Cour royale de Paris considère ainsi que les « entrepreneurs de messageries contractent avec les voyageurs l'engagement de garantir la sûreté de leurs personnes de tous accidents, provenant, soit de la faute des préposés desdits entrepreneurs, soit d'un vice inhérent à leurs voitures ». D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1858, t. XXXIX, Responsabilité, chapitre III, section II, article II, n°544, p. 410. Ce n'est qu'au début du XX^e siècle que la Cour de cassation consacre le principe sur le fondement contractuel. Par trois arrêts, les juges du Quai de l'Horloge retiennent que « le voiturier, tenu de l'obligation contractuelle de transporter le voyageur sain et sauf à destination, doit, en cas d'accident, prouver que l'inexécution de son obligation dépend d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ». Cass. Ch. Civ., 21 novembre 1911, *Compagnie générale transatlantique C. Zbidi Hamida ben Mahmoud* ; Cass. Ch. Civ., 27 janvier 1913, *Chemin de fer du Midi C. Mestelan* ; Cass. Ch. Civ., 21 avril 1913, *Chemins de fer d'Orléans C. Veuve Donat* : Dalloz, *Jurisprudence générale*, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, année 1913, I, p. 249 et s. L'intérêt de la doctrine pour cette question est plus tardif. Il faut attendre 1881, et la parution *De la responsabilité des accidents de fabrique*, ouvrage d'Auguste Vavasseur, pour que soit opéré un véritable tournant. Traitant du louage de services, et non du louage de choses, l'avocat prévient que les articles 1382 et 1383 sont « une base bien fragile de résistance » en la matière. Il écrit : « Mais un ouvrier se trouve sur cet échafaudage et tombe avec lui ; il est blessé dans l'exercice du travail qui lui avait confié, c'est-à-dire pendant l'exécution même du contrat qui le liait à l'entrepreneur. » A. Vavasseur, *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Paris, Marchal-Billard et C^{ie}, 1881, n°VI, p. 8. Dans un article consacré à l'histoire de cette obligation, le Professeur Jean-Louis Halpérin conclut : « L'introduction par voie d'interprétation d'une obligation nouvelle de sécurité constituait un pas vers une conception plus objective des contrats que la doctrine française hésitait encore à franchir dans le premier tiers du XX^e siècle. » J.-L. Halpérin, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gazette du Palais*, 1997/2, p. 1181. v. aussi : C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, 2002.

²²⁵ En matière de baux à loyer, l'obligation de sécurité pesant sur le propriétaire bailleur est une extension des dispositions combinées des articles 1719, 1720 et 1721 du Code civil : ce dernier est tenu de délivrer au preneur une chose « en bon état de réparations de toute espèce », et de lui garantir « tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage ». Cette obligation a donc un fondement contractuel. Par exemple, le 12 janvier 1938, le Tribunal civil de Marseille retient que « la responsabilité du propriétaire à l'occasion de la chute faite par un locataire dans l'escalier, ne saurait être qu'une responsabilité contractuelle dérivant du contrat de louage, et dont les effets doivent être appréciés d'après les principes qui régissent ce contrat ». Tribunal civil de Marseille, 2^e chambre, 12 janvier 1938, *Époux Galand C. Consorts Villemejeane*, Dalloz, *Recueil hebdomadaire de jurisprudence*, 15^e année, 1938, p. 191. Par suite, la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 décembre 1998, reconnaît explicitement une obligation « de moyen de sécurité » pesant sur le bailleur Cass. 2^e civ., 2 décembre 1998, n°96-22.197, *Cuvillier C. Boulogne-sur-Helpe*. Il ne fait donc guère de doute que le bailleur doit indemniser le preneur des pertes qui résultent des vices ou défauts de la chose louée, même lorsque ces vices étaient inconnus lors de la conclusion du bail : cette garantie s'étend d'ailleurs à toutes les pertes résultant de dommages corporels Cass. Ch. Soc., 29 mars 1957, Bull. civ. IV, n°401. Ainsi, le bailleur est garant de l'effondrement de la toiture, du sol, de la chute d'une personne consécutive au descellement d'un garde-corps, des émanations d'oxyde de carbone provenant d'un vice de construction de la cheminée, etc. Pour des exemples jurisprudentiels sur le fondement de l'article 1721 du Code civil, V. : Code des baux annoté & commenté, Paris (33^e éd.), Dalloz, 2022, C. Civ, art. 1721, p. 104-105. Plus récemment, la 3^e chambre civile de la Cour de la cassation a retenu que le bailleur ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une faute de l'électricien qui ne pouvait être ni prévue ni empêchée : en l'espèce, un locataire s'était électrocuté en gonflant une piscine à l'aide d'un compresseur branché sur une prise défectueuse Cass., 3^e civ., 7 janvier 2009, n°07-11.516, *S^{te} Axa France lard C. S^{te} Agence Desmeuzes*.

²²⁶ B.-L. Le Camus d'Houlouve, *op. cit.*, t. II, titre XVIII « Du Louage », chapitre II, section I, p. 328.

²²⁷ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil*, Paris, Hingray, 1859, t. II, n°584, p. 82.

²²⁸ *Ibidem*.

des suites très-dispendieuses »²²⁹. Avec les dispositions nouvelles du Code, le législateur espérait alors amenuiser la dimension contentieuse de la matière²³⁰. Mais ces visions paraissent à tout le moins faussées, si l'on considère les drames humains et matériels à déplorer parfois.

Comment ne pas penser aux deux immeubles insalubres de la rue d'Aubagne à Marseille, dont l'effondrement en avril 2018 a coûté la vie à huit personnes,²³¹ aux trois blessés de la rue de la Rousselle à Bordeaux en juin 2021²³², ou encore à ce Lillois victime de la chute de deux immeubles rue Pierre Mauroy à Lille, en novembre 2022 ?²³³ Plus récemment encore, trois immeubles de la place Cardeur à Aix-en-Provence ont dû être évacués en raison de la menace de ruine d'une bâtisse riveraine²³⁴. Ces faits divers montrent une thématique tenace dans le temps. Pourquoi la postérité ne retiendrait-elle pas plutôt le pragmatisme de Patou, juriste lillois de la fin du XVIII^e siècle ? Ses mots sonnent presque comme un slogan ou plutôt, une antienne, car leur actualité est frappante. Les voici :

*« C'est pour cette jouissance [que le locataire] paie un loyer ; sans ces réparations grosses ou petites, l'usage de la maison pourrait être affaibli ou interrompu ; négliger une petite réparation, c'est en attirer une grande qui ruine l'édifice »*²³⁵.

²²⁹ Le code civil prévoit par ailleurs la possibilité de demander la résolution du contrat lorsque « les réparations sont telles qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et à sa famille ». Cette résolution s'effectue toutefois sans l'allocation de dommages-intérêts. Exposés des motifs du titre VIII, livre III, du code civil, du contrat de louage, par le conseiller d'État Galli. Séance du 9 ventôse an XII. Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal, Paris, Firmin Didot Frères, 1838, t. I, livre III, titre VIII, n°75, p. 630.

²³⁰ Ici répertorié sous l'article 17, l'article 1724 « prévient une foule de procès » selon le sommaire analytique de Loqué. *Ibid.*, partie II, livre III, titre VIII, section II, VII, p. 406.

²³¹ M. Vinceneux, « Drame de la rue d'Aubagne : cinq ans après, quatre mis en cause dont un élu de l'ancienne équipe municipale », publié le 5 novembre 2023 sur francetvinfo.fr.

²³² D. Bozec, « Immeubles effondrés à Bordeaux : ce que dit le rapport d'expert sur la rue de la Rousselle », publié le 7 avril 2023 sur sudouest.fr.

²³³ A. Lacoum, « Immeubles effondrés à Lille : les experts semblent privilégier l'erreur humaine », publié le 11 avril 2023 sur 20minutes.fr.

²³⁴ B. Maitrot, « Immeuble qui menace de s'effondrer place des Cardeurs à Aix : trois bâtiments évacués, des restaurants fermés », publié le 22 novembre 2023 sur laprovence.com.

²³⁵ F. Patou, *op. cit.*, t. II, titre XV, article V, n°XVI, p. 646.

VARIA

Les risques posés par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une rapide analyse des différentes conceptions

Moncef EL YOUNSSI

Enseignant contractuel et doctorant en droit public au Centre juridique Pothier
(EA 1212), Université d'Orléans

Résumé :

Bien que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (ou droit à l'autodétermination) constitue un principe fondamental du droit international moderne, il demeure largement indéterminé, autant quant à ses titulaires qu'à sa portée. La notion même de peuple a été et demeure l'objet de vifs débats doctrinaux, chacun essayant d'adopter une définition qui tendrait à réduire les risques que présente la notion, dont la déstabilisation. Pourtant, aucune de ces différentes conceptions n'y parvient de manière satisfaisante ; une rapide analyse des risques juridiques que présente chacune des différentes conceptions montre que c'est bien la notion même de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui est intrinsèquement porteuse de risques irréductibles, car inhérents à la structure même du droit international moderne.

Mots-clés :

droit des peuples ; autodétermination ; autonomie ; sécession ; peuple autochtone ; minorités ; État failli ; nationalité ; conflit armé ; mouvement de libération nationale.

Abstract:

Despite being a fundamental principle of modern international law, the right of peoples to self-determination remains largely unclear, especially as to its bearers and its scope. The very notion of people itself has been the subject of lively debates among internationalists, with each party trying to figure out a definition that would tend to reduce the risks posed by the notion, amongst which is destabilization of the international order. Yet, none of the various propositions is satisfying in achieving this aim. A quick analysis of the risks presented by both of the two main conceptions shows that it is the concept of the right of self-determination that is basically fraught with irreducible risks. Those risks are indeed inherent to the structure of modern international law itself.

Keywords:

Right of peoples to self-determination; autonomy; secession; indigenous people; Minorities; failed State; nationality; armed conflict; National Liberation Movement.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes irrigue le droit international contemporain. Ainsi que l'écrivait Kissinger dans son fameux ouvrage *Diplomatie* :

« Depuis les fameux 14 points du Président Wilson, il est bien établi que l'ordre mondial n'est plus fondé sur l'équilibre entre les grandes puissances ni sur l'hégémonie d'une superpuissance, mais bien sûr le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, que leur sécurité devait dépendre non plus d'alliances militaires, mais de la sécurité collective, et que leur diplomatie ne devait plus être conduite en secret par des spécialistes, mais sur la base d'accords ouverts, conclus ouvertement »¹.

¹ H. Kissinger, *Diplomatie*, Fayard, 1996, p.11.

Il est le socle sur lequel repose la charte de San Francisco² et informe de nombreuses sources positives importantes du droit international³. De l'aveu même de la Cour internationale de justice, il constitue « un des principes essentiels du droit international contemporain »⁴. C'est ainsi qu'il est mentionné dès l'article premier de diverses sources conventionnelles,⁵ défini par les juges internationaux comme une norme coutumière internationale *erga omnes*⁶ voire une norme impérative⁷ et fait l'objet de plusieurs résolutions internationales qui tendent à préciser son régime⁸. Surtout, sur le fond, le principe dépasse le simple contenu du droit international pour fonder l'ordre public international même. En effet, en tant qu'il permet la détermination des sujets de droit originaires de l'ordre juridique international, soit des États, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes joue le rôle d'un fondement de l'ordre juridique international. Il a ainsi permis la multiplication des acteurs étatiques, d'abord au sein même de son Europe natale, formant des nations sur les dépouilles encore chaudes des empires défaits, s'étendant ensuite aux nations africaines et asiatiques à travers la décolonisation et finalement aux nations de l'Europe de l'Est à l'Asie centrale, intégrant à son tour le Heartland, pour reprendre l'expression de Mackinder⁹, au nouveau monde unipolaire dominé par les thalassocraties anglo-saxonnes.

En tant que fondement, ce principe joue donc un rôle de stabilisation voire de conservation de l'ordre juridique, qui s'est traduit par la consécration du principe de l'interdiction du recours à la force armée, corollaire nécessaire de la sacralisation de l'intégrité territoriale comme manifestation du droit des peuples à disposer d'un territoire. Depuis la fin de la guerre froide en particulier, la projection d'une conception libérale des droits et libertés individuelles à une échelle supérieure – celle des États – ne pouvait en théorie que renforcer la sécurité des sujets – individus ou États – et par la même la pérennité de l'ordre international afin de permettre aux États de « jouir de leurs libertés civiles et politiques »¹⁰ et d'assurer « librement leur développement économique, social et culturel »¹¹, à l'instar des individus.

² Il est mentionné comme l'un des buts premiers de la Charte au deuxième alinéa du premier article.

³ Si initialement le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes était essentiellement politique, son contenu s'est densifié et juridicisé avec la pratique ; il est désormais clair qu'il a une valeur juridique élevée et une portée très large, quoiqu'elles soient débattues. Voir par exemple la réponse du Ministre des Affaires étrangères à une question d'un sénateur sur le contenu juridique de ce droit : « Tel qu'il est formulé par la charte, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes apparaît davantage comme un principe politique qu'en tant que règle de nature juridique. On remarquera à cet égard que ce principe ne fait pas partie de ceux que mentionne l'article 2 et auxquels l'organisation des Nations Unies et ses membres doivent se conformer. L'incertitude sur la nature juridique ou politique du principe a cependant été levée du fait de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la " déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États ». In <https://www.senat.fr/questions/base/1994/qSEQ940305434.html>

⁴ Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102.

⁵ En plus de la Charte de San Francisco déjà mentionné, il est notamment affirmé par les deux pactes du 16 décembre 1966, soit le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à l'article 1^{er} dans les deux cas ; à l'article 20 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui lui reconnaît le statut de droit inaliénable et imprescriptible ; à l'article premier de la charte de l'Organisation de la coopération islamique, et, aussi bien des traités-lois que des traités constitutifs d'organisations internationales l'article 1^{er} des Pactes de 66.

⁶ Voir l'arrêt du Timor précité et l'avis du Sahara occidental, avis consultatif ; C.I. J. Recueil 1975, p. 31 -33, par. 54-59.

⁷ *Bernard Anbataayela Mornah c. République du Bénin et Csrts* Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples, 22 septembre 2022.

⁸ Il faut surtout mentionner la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale de l'ONU, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies* (24 octobre 1970) et la résolution 2649 (XXV) *Importance, pour la garantie et l'observation effectives des droits de l'homme, de la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination et de l'octroi rapide de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* ; l'Assemblée générale réadopte chaque année une résolution sensiblement identique réaffirmant l'importance du droit des peuples à l'autodétermination depuis les années 70. La dernière en date est la résolution

⁹ H. J. , Mackinder, « *The Geographical Pivot of History* », *The Geographical Journal*, Vol. 23, No.4, Avril 1904, pp. 421–437.

¹⁰ Article premier des pactes de 1966 précités.

¹¹ *Ibid.*

Toutefois, cette logique d'extension des libertés individuelles aux États se heurte en fait à un problème de taille, déjà maintes fois relevé¹² : à la différence des individus, les peuples ne sont pas des personnes physiques, soit, au sens le plus littéral, des personnes naturelles. Le peuple est dans une large mesure une création voire une réification *a posteriori*. Au demeurant, les découpages qui se sont effectués durant les différentes vagues d'application du principe des nationalités, et qui perdurent aujourd'hui dans des frontières internationales pourtant stables et reconnues, sont dans une très large mesure des frontières extrinsèques à toute volonté des populations concernées et sont d'ailleurs souvent loin de rassembler des groupes ethniques, linguistiques ou religieux homogènes si ce n'est uniformes. Le principe des nationalités a ainsi largement contribué à créer, parfois de manière entièrement unilatérale et absolue, des peuples *ex post-facto*.

Quoiqu'il en soit, et nonobstant le caractère arbitraire des découpages territoriaux fondés sur des intérêts politiques concrets, il faut bien relever l'impossibilité générale de se fonder de manière préalable sur un peuple pour découper un territoire : il n'existe en effet aucun critère définitif objectif pour définir la notion de peuple en droit international. Insaisissable *a priori*, le peuple ne peut se définir en soi, seulement par soi.

Ainsi, pour Charles Chaumont, vouloir définir le peuple *a priori*, c'est déjà l'enfermer et négliger sa liberté¹³. Plutôt, d'ailleurs, que de parler de l'absence de critères de détermination, il faudrait parler de leur concurrence : ethnique, linguistique, culturelle, historique et religieuse, qui peuvent d'ailleurs se combiner. Se résoudra-t-on, dès lors, à accepter le caractère subjectif de tout peuple en définissant cette notion sur une base purement volontariste, soit comme « un plébiscite de tous les jours » pour reprendre la célèbre expression d'Ernest Renan¹⁴ ? Mais la subjectivité ne fait pas bon ménage avec un ordre juridique qui se veut objectif. D'autre part, une telle conception volontariste pêche également par ses prémisses : une volonté collective à laquelle on adhère, quoiqu'elle ne repose sur aucun critère objectif, implique malgré tout la préexistence des individus sur la collectivité qu'ils fondent, ce qui fait tomber dans les travers abstraits et incertains du contractualisme¹⁵. Pour trancher le nœud gordien et fonder la notion de peuple sur des assises fermes, des internationalistes ont cru résoudre la question en renvoyant au critère du territoire : le peuple est rattaché à un territoire préalablement déterminé.

Ainsi que le souligne le Professeur Corten : « *En centrant la définition du peuple sur son lien avec un territoire géographiquement distinct de la métropole, on exclut les revendications irrédentistes de minorités vivant sur une partie du territoire d'un État* »¹⁶. L'incertitude de la conception « nationale » du peuple laisserait place à la clarté du territoire, celui-ci étant nettement réparti entre les États¹⁷. Or, d'une part, cette conception méconnaît la distinction fondamentale entre peuple et population : le peuple ne se confond pas avec la population ni les ressortissants avec les résidents. Au demeurant, en droit interne, la nationalité, qui fait le

¹² Pour ne citer que quelques exemples : S. Pierré-Caps, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa*, vol. 32, no. 1, 2014, pp. 5-20. O. Corten, « Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une approche critique », *Civitas Europa*, vol. 32, no. 1, 2014, pp. 93-111.

¹³ C. Chaumont, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », *Annuaire du Tiers-Monde*, 1976, p. 16.

¹⁴ E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* Calmann Lévy Éditeur, 1882.

¹⁵ Voir J. Rawls, *Théorie de la justice*, Points 2009 pour la version la plus célèbre de la thèse contractualiste libérale.

¹⁶ O. Corten, « Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une approche critique », *op. cit.*

¹⁷ Voir la fameuse sentence du juge Max Huber dans l'Affaire de l'Île de Palmas selon qui la souveraineté territoriale sert à « répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines » (États-Unis c. Pays-Bas), II N.U., Recueil des sentences arbitrales, p. 839.

peuple, peut aussi bien reposer sur un fondement territorial, *jus soli*, que sur un fondement temporel, *jus sanguinis* voire les deux. Par ailleurs, la conception exclusivement territoriale du peuple neutralise le droit même à l'autodétermination : en dehors des cas de décolonisation révolus et des quelques cas de « territoires non autonomes »¹⁸ reconnus par l'ONU, aucun peuple n'aurait plus droit à revendiquer pour soi son autodétermination internationale, sauf accord international, auquel cas on se situe davantage dans la mutation étatique que dans l'autodétermination. Cette conception territoriale, trop rigide, n'est guère satisfaisante. Pour pallier cette rigidité, on a donc cru bon de distinguer entre l'autodétermination externe et interne : la première, aboutissant au statut étatique, serait donc très limitée. La seconde, en revanche, n'ouvre qu'à un droit à l'autonomie ou autodétermination interne au contour mal défini,¹⁹ mais au sein d'un État déjà constitué, sans droit à l'État. Or, d'une part, les conditions d'éligibilité à ce droit restent incertaines²⁰. D'autre part, les critères qui permettent de déterminer les titulaires de ce droit à l'autonomie interne sont toujours indéfinis de sorte que cette détermination repose sur un choix discrétionnaire de l'État, constaté, là encore, *a posteriori*.

Quels que soient les conceptions et les choix opérés, l'existence d'un peuple ne se constate qu'après coup. Autrement dit, l'existence du peuple précède son essence, ce qui constitue évidemment un problème et une menace pour la stabilité de l'ordre juridique international. En somme, la pierre angulaire de l'ordre juridique international est aussi sa pierre d'achoppement. En réalité, le problème ne réside pas dans la définition du peuple, mais dans la radicalité de la proposition : le droit international post-westphalien ne connaît pas de sujet infraétatique ce qui pousse à la fois les États à conserver absolument leur pouvoir et les entités intraétatiques à vouloir se constituer en État. Ainsi, quelle que soit la conception que l'on fait du peuple, soit nationale et donc subjective et incertaine, soit territoriale et donc objective et rigide, la notion de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est intrinsèquement porteuse d'un risque de déstabilisation de l'ordre juridique international qu'aucun critère prédéfini ne saurait réduire.

La reconnaissance du droit à l'autodétermination peut toujours déstabiliser l'ordre international soit en renforçant le droit à l'autodétermination d'un peuple défini territorialement : la force centripète l'emporte sur toutes les tendances internes jusqu'à asseoir une domination qui peut déstabiliser les relations internationales **(I)**. Mais la conception nationale peut favoriser la force centrifuge au risque d'une explosion de l'État failli **(II)**, déstabilisant l'ordre international dans son ensemble.

¹⁸ Ces 17 territoires ont été reconnus comme non autonomes par le Comité spécial de la décolonisation créé en 1961 par l'Assemblée générale de l'ONU conformément à sa résolution 1654 (XVI) *La situation e111 ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* du 27 novembre 1961. La liste est consultable ici : <https://www.un.org/dppa/decolonization/fr/nsgt>

¹⁹ S. Calogeropoulos-Stratis, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Établissements Emile Bruylant, 1973, p. 187 ; M. Seymour, « L'autodétermination interne et externe des peuples », *Revue québécoise de droit international*, numéro hors-série, janvier 2022, p. 167–178.

²⁰ Voir, pour un essai de définition, R. Kolb, « Autodétermination et sécession-remède en droit international public », in *Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, 2013.

I) Les risques inhérents à la conception territoriale du peuple

La conception territoriale du peuple fait *in fine* de l'État le seul titulaire légitime du droit à l'autodétermination, externe tout du moins, et confère à ce dernier un rôle déterminant dans l'autodétermination interne. Ici, l'autorité de l'État est renforcée et son intégrité territoriale assurée. Mais ce faisant, la conception territoriale de l'autodétermination des peuples, à tendance conservatrice, présente un triple risque : celui d'écraser toute différenciation interne (A), celui du détournement institutionnel au profit d'autres forces (B) et celui du conflit armé interne (C).

A) Le risque d'écrasement du peuple

C'est désormais un lieu commun que de l'affirmer : l'interprétation large du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui va jusqu'à admettre un droit à la sécession, fait peser une menace sur le droit à l'intégrité territoriale des États qui est l'autre principe fondamental de l'ordre juridique international moderne. Or, ce que l'on remarque moins, c'est que le principe de l'intégrité territoriale découle lui-même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ce dernier droit ayant pour corollaire le droit des peuples à jouir de leur territoire et notamment de leurs ressources naturelles. Cela est si vrai que la résolution 2625 va jusqu'à assimiler le droit à la résistance d'un peuple opprimé à une lutte pour la conservation de l'intégrité territoriale, échappant ainsi au recours à la force prohibé par la charte de San Francisco. Autrement dit, « la coercition exercée contre un peuple – par la subjugation, la domination ou l'exploitation – produit les mêmes effets juridiques que la violation de l'intégrité territoriale ou de l'indépendance politique d'un État²¹ ».

Il ne s'agit donc pas d'opposer droit des peuples et intégrité territoriale, mais bien deux interprétations concurrentes sur la nature de l'ordre juridique international : une conception territoriale du droit des peuples, qui tendrait à identifier le peuple à l'État à travers son territoire et interdirait par la même la sécession, et une conception nationale de ce droit qui tendrait à dissocier peuple et État et à faire du second l'instrument du premier. Évidemment, la conception étatique du peuple serait, *in fine*, une sacralisation du territoire, donc de l'espace, au détriment du facteur humain et évolutif. On retrouve cette opposition à travers les deux modes principaux d'attribution de la nationalité en droit interne : le droit du sol sacralisant l'espace national et le droit du sang sacralisant l'histoire nationale. Cette dernière conception, plus sociologique, tendrait à faire prévaloir la transmission humaine et donc le caractère temporel, sur l'espace. Or, s'il est vrai que les deux fondements peuvent coexister en droit interne, ce n'est pas le cas en droit international. Une conception territoriale du peuple est incompatible avec une conception temporelle ; entre Caïn et Abel, l'un des deux doit mourir pour que l'autre vive.

Certes, jusqu'ici, c'est bien Caïn qui triomphe d'Abel : le territoire semble sacralisé de telle sorte que le peuple qui se constitue en État ne doit plus être inquiété par des revendications intérieures qui tendraient à limiter son autonomie. Il va de soi que toute revendication à l'autonomie d'un peuple sur le territoire d'un État déjà constitué doit s'analyser, en dernière instance, comme une privation, notamment territoriale (mais pas que) et donc une limitation de l'autonomie du peuple territorial. L'autonomie des uns fait l'hétéronomie des autres. Il n'y

²¹ C. Apostolidis, « La résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations unies » in Dans *Le Genre humain* 2005/1 (N° 44).

a donc rien de surprenant à ce qu'une grande partie de la doctrine favorise une telle conception²². Or, la conception purement territoriale, alors même qu'elle se présente comme conservatrice, gage de stabilité et de sécurité juridique pour l'ordre international, présente elle-même des risques importants pour l'ordre qu'elle entend protéger. La solidification des frontières comporte un risque de rigidité internationale et d'endurcissement interne qui peut, *in fine*, nuire à l'État.

Plus les revendications internes de minorités périphériques aspirant à l'autonomie sont fortes, plus la pression étatique peut se faire répression voire oppression. C'est l'État unique du *Nous autres* de Zamiatine : « *la tonne est le droit, le gramme le devoir. La seule façon de passer de la nullité à la grandeur, c'est oublier que l'on est un gramme et de se sentir la millionième partie d'une tonne* »²³. Au premier abord, l'oppression d'une partie de la population au sein d'un État ne semble pas concerner les relations internationales. Or, l'idée d'une séparation étanche entre l'ordre interne et l'ordre international ne tient plus. Il est désormais clair que passé un certain niveau d'intensité, les troubles internes deviennent des troubles internationaux. Le Conseil de sécurité a ainsi pu estimer que la création d'un État raciste opprimant une partie de sa population²⁴, qu'une menace de sécession durement réprimée²⁵ ou encore qu'une crise humanitaire importante²⁶ pouvaient constituer des menaces contre la paix et la sécurité internationale. Le Conseil de sécurité a même adopté différentes résolutions demandant à un État de mettre fin à l'oppression d'une partie de sa population : ainsi de l'oppression irakienne des Kurdes²⁷, ou plus récemment de l'oppression birmane contre les Rohingyas²⁸.

À l'inverse et sans aller jusqu'au conflit armé, en reprenant la distinction qu'élabore Ibn Khaldoun entre le centre et les périphéries, il est clair que les minorités périphériques, lorsqu'elles sont marginalisées par l'État central en raison même de leur différenciation, sont plus à même de développer des économies parallèles qui déstabilisent également l'ordre international. C'est ainsi que l'essentiel du trafic de cannabis européen provient de la région du Rif, volontairement délaissée par la passée en raison de ses velléités d'indépendance²⁹ ; de même, le rôle des FARC dans le trafic de drogue en Colombie n'est plus à prouver³⁰. Ainsi, le refus de prendre en considération toute différenciation ne peut aller sans heurts et sans risques pour l'ordre international. En réalité, tout dépend du degré de différenciation, duquel va dépendre la potentielle intensité du conflit. C'est là que la conception territoriale abstraite trouve ses limites : seule une analyse sociologique permet de prendre en compte cette dimension. C'est la revanche posthume d'Abel sur Caïn.

²² Pour n'en citer que quelques-uns : M. G. Köhen « Sur quelques vicissitudes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » in *Mélanges Jean Salmon*, 2007 pp. 961 et ss ; Th Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des cas de décolonisation*, 1999 ; O. Corten, A. Lagerwall, « La doctrine de la sécession-remède à l'épreuve de la pratique récente », in *Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles, 2013.

²³ E. Zamiatine, *Nous autres*, Gallimard, 1920, p.122.

²⁴ Résolution 217 du 20 novembre 1965 contre le régime raciste de la Rhodésie ; résolution 418 du 4 novembre 1977 contre l'apartheid en Afrique du Sud.

²⁵ Résolution 713 du 25 septembre 1991 à propos des combats menés en Yougoslavie pour empêcher les sécessions.

²⁶ Résolution 929 du 22 juin 1994 à propos du Rwanda ; Résolution 794 du 3 décembre 1992 ; Résolution 1556 du 30 juillet 2004 à propos de la crise au Darfour. Dans tous ces cas, ces conflits avaient une dimension interethnique.

²⁷ Résolution 688, du 5 avril 1991, H. Bozarslan, « Les Kurdes d'Irak : un conflit en recomposition », *Outre-Terre*, 2006/1 (n° 14), p. 233-244.

²⁸ Résolution 2669 (2022)

²⁹ K. Afsahi, « Pas de culture de cannabis sans les femmes. Le cas du Rif au Maroc », *Déviance et Société*, vol. 39, no. 1, 2015, pp. 73-97 ; Bordes, et A. Labrousse. « Économie de la drogue et réseaux de corruption au Maroc », *Politique africaine*, vol. 93, no. 1, 2004, pp. 63-81.

³⁰ A. Labrousse. « Colombie : le rôle de la drogue dans l'extension territoriale des FARC-EP (1978-2002) », *Hérodote*, vol. 112, no. 1, 2004, pp. 27-48.

B) Le risque de l'occupation

Ce risque est mieux identifié et plus simple à cartographier : il s'agit du détournement des institutions étatiques au nom l'autodétermination, mais pour servir en réalité des puissances autres que le peuple en question. Il peut s'agir d'une puissance étrangère. Il s'agit alors de ce que la doctrine internationale a appelé l'État fantoche. Le cas le plus célèbre est celui du Mandchoukouo. Certes, il s'agit ici, paradoxalement, de la création d'un État sur le fondement d'une nationalité, ou plus exactement d'une ethnie. Les mandchous étaient en effet une des nombreuses minorités ethniques chinoises. Mais à la différence des autres minorités, ils sont à l'origine de la dernière dynastie impériale et ont donc régné, à travers la dynastie Qing, plusieurs siècles sur l'Empire. D'une certaine manière, l'État manchou était le successeur de l'Empire chinois avec le dernier empereur Qing, Puyi, à sa tête, tandis que le reste de l'ancien empire se fait en République. L'État manchou permet donc à l'ancienne minorité régnante de conserver le pouvoir. Or, l'occupation militaire japonaise ne laisse planer aucun doute sur les détenteurs réels du pouvoir. Le Mandchoukouo ne sera pratiquement pas reconnu et échouera rapidement. Mais si le cas spectaculaire de cet État artificiel présentait des traits patents de défaillance, la limite entre autodétermination du peuple et occupation étrangère n'est pas toujours si évidente. Lorsque les ressources naturelles et humaines d'un État sont occupées par un appareil institutionnel prédateur qui s'appuie sur une puissance étrangère pour se maintenir au pouvoir, peut-on encore parler d'autodétermination ? Ainsi, l'appui britannique à l'autodétermination en Rhodésie dirigé par une minorité blanche n'a pas empêché les condamnations internationales. Mais le cas est encore plus flagrant lorsqu'il s'agit d'une puissance privée.

Ainsi, la province du Cabinda, située entre la République démocratique du Congo et le Congo, constitue une exclave angolaise. En 1975, l'Accord d'Alvor passé entre le Portugal et les représentants du Cabinda intègre celui-ci à l'Angola. Or, la province représente plus de 60% de la production pétrolière du pays³¹. Par ailleurs, l'Angola est le deuxième fournisseur de pétrole à Total et le deuxième fournisseur de brut du continent. Pourtant, les ressources profitent essentiellement aux clans au pouvoir et les inégalités demeurent fortes. Rien d'étonnant à ce que le FLEC-FAC, un front de libération national pour le Cabinda, ait demandé en octobre une intervention à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples de l'Union africaine, évidemment restée sans suite. La frontière entre autonomie et hétéronomie du peuple apparaît donc difficile à tracer, et le fait de faire du territoire la base de définition du peuple qui exerce son autonomie apparaît parfois bien superficiel. Pour reprendre les mots de Mario Bettati : « *Une des contradictions majeures de la souveraineté économique réside dans le fait que les pays en développement s'expriment, sur toutes les questions précédentes, par l'intermédiaire des organes de leur État. [...] Or ces gouvernements ne sont pas nécessairement tous démocratiques et exempts de sujétion à l'égard de l'extérieur* »³².

³¹ https://www.lemonde.fr/afrique/article/2010/01/11/l-enclave-de-cabinda-enjeu-petrolier-pour-l-angola_1289953_3212.html

³² *Le Nouvel ordre économique*, PUF, Que sais-je ? 1983 aux pp. 31-32.

C) Le risque du conflit armé

Le fait de subsumer territoire et peuple peut enfin contribuer à embraser le conflit qu'une telle conception était censée éteindre. En effet, en considérant les institutions étatiques comme légitimes dès lors qu'elles représentent la majorité de la population, il est possible de cautionner des décisions qui lèsent certaines minorités et tendent à cristalliser les camps en les radicalisant. Ce point est particulièrement vrai dans les cas d'autodétermination interne. Dans ce cas, comme on l'a relevé, c'est l'État lui-même qui définit les titulaires du droit ainsi que sa portée en interne. Or, par principe, l'État souverain conserve la « compétence de sa compétence » pour reprendre la fameuse expression de Jellinek. Ainsi, une autodétermination interne ne peut jamais être éternellement garantie. Les changements de majorité au pouvoir peuvent influencer l'orientation politique dans le sens d'une recentralisation, qui s'avère alors catastrophique pour les relations intraétatiques.

C'est ainsi que la volonté de recentraliser a été à l'origine de conflits meurtrier au Cameroun, en Éthiopie et en Ukraine. Le Cameroun actuel est la réunion de l'ancien Cameroun britannique sous tutelle anglaise et du Cameroun francophone sous tutelle française. Lors du référendum du 11 février 1961 sous l'égide de l'ONU, le Cameroun méridional britannique (une des deux régions du Cameroun britannique avec le Cameroun septentrional qui se rattacherait au Niger) se réunit au Cameroun francophone, la République du Cameroun. Il faut préciser ici que les propositions soumises aux populations lors du référendum étaient le rattachement au Niger ou au Cameroun, mais pas l'indépendance. La nouvelle République du Cameroun possède ainsi deux langues officielles, le français et l'anglais, et met en place une organisation fédérale. Or, le 6 mai 1972, le Président Ahidjo propose le passage à un État unitaire par référendum. Le oui l'emporte et le 20 mai 1972, l'État devient unitaire. Mais en 1993, des rebelles de l'ancien Cameroun britannique réclament le retour à la forme fédérale. Après plusieurs déclarations³³ et une intensification du conflit³⁴, le mouvement d'autonomisation déclare l'indépendance de l'Ambazonie en 2006³⁵ puis à nouveau en 2017³⁶. Le conflit, qui s'accompagne de violations graves des droits de l'homme et de déplacements de populations de part et d'autre, amène le Conseil de Sécurité à se saisir du problème en 2019³⁷. Si la plupart des autorités internationales critiquent l'usage disproportionné de la force par le gouvernement, toutes appellent à maintenir l'unité du Cameroun et soutiennent l'action du gouvernement en ce sens tout en plaidant pour un retour à une forme de régionalisation³⁸.

³³ La déclaration de Buéa, voir A. Christian, « Les participants du Congrès anglophone, Déclaration prononcée par le Congrès anglophone réuni à Buéa les 2 et 3 avril 1993 », *Politique africaine*, n°51, 1993 pp. 140-151 ; la déclaration de Bamenda en 1994 ; voir P. Konings, T. Weiss, G. Courade, « Le « problème anglophone » au Cameroun dans les années 1990 », *Politique africaine*, n°62, 1996.

³⁴ Le mouvement d'autonomisation, le SCNC, est persécuté et déclaré illégal en 2001 ; voir <https://www.thenewhumanitarian.org/news/2007/02/19/secessionist-minority-anglophone-group-silenced>.

³⁵ L. Koungou, « L'Ambazonie : l'« État » catalyseur du mal-être de l'anglophone au Cameroun », *Revue Défense Nationale*, vol. 809, no. 4, 2018, pp. 101-106.

³⁶ K. Ramondy, « L'ONU : quel arbitre dans les guerres au Cameroun ? », *Relations internationales*, vol. 175, no. 3, 2018, pp. 109-122. Ainsi que : <https://press.un.org/fr/2017/sgsm18729.doc.htm>

³⁷ https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/05/13/la-crise-anglophone-au-cameroun-devant-le-conseil-de-securite_5461467_3212.html.

³⁸ Le Président français, lors de son voyage au Cameroun en 2022, a déclaré demeuré « Je demeure en effet convaincu, que la régionalisation constitue une réponse à la grave crise qui continue d'affecter le pays dans ses régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest » ; voir <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/07/26/deplacement-du-president-de-la-republique-au-cameroun>. Les États-Unis appellent également à une régionalisation, voir <https://www.jeuneafrique.com/859099/politique/cameroun-washington-appelle-a-un-transfert-de-pouvoir-vers-les-regions-anglophones/>.

De même, en Éthiopie, la guerre du Tigré, commencée le 3 novembre 2020, trouve son origine dans la volonté du Premier ministre éthiopien de mettre fin au système politique de gouvernement multinational et ethnocentré à travers l'hégémonie du Front démocratique révolutionnaire du peuple éthiopien (FDRPE), qui est une coalition des principaux partis politiques ethniques du pays. L'Éthiopie est un État multinational qui prévoit dans sa Constitution le droit à la sécession de chacune des nationalités reconnues. Pourtant, en fusionnant les coalitions du FDRPE au sein d'un parti unique, le Premier ministre va provoquer la colère de la minorité tigrée qui y voit son éviction du pouvoir central. La menace de sécession entraîne une guerre pour « maintenir l'ordre constitutionnel »³⁹. Là encore, l'autonomisation est directement en lien avec la montée des tensions en ce qu'elle empêche tout retour en arrière⁴⁰. Enfin, le conflit ukrainien trouve une de ses sources directes dans le statut des provinces russophones de l'Est. En effet, les accords de Minsk II adoptés le 11 février 2015 prévoyaient notamment une révision constitutionnelle censée accorder aux régions de Donetsk et Louhansk une autonomie locale garantie par la loi et prévoyant notamment la tenue d'élections locales. Elles visent notamment à accorder plus de place au russe, mais les accords ne sont pas respectés⁴¹. La suite est bien connue. Dans tous ces cas, loin de favoriser la paix et la sécurité internationale, la conception territoriale étroite du peuple, en radicalisant la position gouvernementale et en empêchant de prendre en compte la réalité sociologique, a constitué un risque avéré de déstabilisation de l'ordre international.

II) Les risques inhérents à la conception nationale du peuple

La conception nationale, plus sociologique, du peuple ne semble pas avoir la faveur de la majorité de la doctrine. Elle a toutefois ses partisans, et il est vrai que le droit international ne s'est jamais prononcé contre. Certains éléments plaident même pour une certaine positivité de cette conception nationale du peuple. Quelle que soit sa normativité, la conception nationale présente des risques symétriques aux risques de la conception territoriale. La force centrifuge qui l'anime risque en effet de désagréger l'État (**A**) jusqu'à sa potentielle faillite (**B**). Là encore, c'est la menace d'un conflit armé qui pèse (**C**).

A) Le risque de la désagrégation de l'État

L'indétermination qui règne sur la notion de peuple peut favoriser les revendications à l'identité locale au détriment des identités globales. Divers facteurs peuvent expliquer ce phénomène : des inégalités sociales fortes qui se superposent à des inégalités ethniques ou culturelles au sein de la population d'un État récent, des minorités historiques distinctes de la majorité qu'une forme de subjugation, coloniale ou autre, a passé sous silence, une forme de mimétisme international favorisant la prétention à l'autonomie, voire simplement une ingérence étrangère qui maximise des revendications locales, en particulier par l'ancienne puissance occupante, voire une puissance rivale, au nom d'intérêts géostratégiques. Les mouvements sécessionnistes ne sont donc pas un bloc monolithique ; au contraire, il peut y avoir une dynamique voire une dialectique de l'autonomisation qui pousse le mouvement de libération d'hier à devenir la puissance occupante de demain.

³⁹ S. Dewel, « Le conflit du Tigré (Éthiopie) : une « guerre civile », vraiment ? », *Monde commun*, vol. 8, no. 1, 2023, pp. 98-113.

⁴⁰ S. Le Gouriellec, « Éthiopie : dynamiques de la guerre civile », *Politique étrangère*, vol. , no. 1, 2022, pp. 97-107.

⁴¹ M. Boulègue, « La guerre dans le Donbass trois ans après les Accords de Minsk 2 », *Revue Défense Nationale*, vol. 809, no. 4, 2018, pp. 107-112.

Autrement dit, un peuple peut en cacher un (ou des) autres. Il peut alors se créer une inertie de l'autonomisation toujours plus locale et plus poussée à travers des revendications en cascade. Cet effet matriochka, ou poupées russes, survient d'autant plus facilement lorsque ce sont des États encore faibles, mal assurés et récents qui sont visés. C'est donc surtout le cas dans les États ex-coloniaux. Ces États y prêtent d'autant plus le flanc que les solidarités ethniques jouent parfois un rôle encore important et que les frontières ex-coloniales sacrifient la cohésion sociologique aux intérêts des puissances. Dans le cas de l'Afrique en particulier, on a pu parler de « découpages à la hache » ou de « boucherie diplomatique⁴² » ; s'il y existe certains États homogènes⁴³, la plupart sont multiethniques et certaines ethnies telles que les Malinkés se répartissent entre six États. Mais paradoxalement, l'Afrique a été assez peu touchée par l'effet matriochka.

C'est surtout en Asie et en Europe que des revendications à l'autonomie en cascade se sont fait entendre. Ainsi du Bangladesh, qui est issu de la séparation avec le Pakistan pour des raisons culturelles et linguistiques, lui-même issu de la partition avec l'Inde pour des raisons religieuses, qui est-elle née de la décolonisation britannique. Or, c'est désormais au tour de minorités locales, minorités ethniques, religieuses voire peuple autochtone⁴⁴ de réclamer l'autonomie, voire l'indépendance sur un fondement ethnique au Bangladesh⁴⁵. Les groupes tribaux ont mené une insurrection de plusieurs décennies pour obtenir l'autonomie. Ainsi, dès 1997, le principal groupe rebelle a signé le traité des Chittagong Hill Tracts avec Dacca. Ce traité met en place une régionalisation en créant un Conseil régional élu à parité ethnique incluant des quotas représentant 5 peuples autochtones du Bangladesh. Pourtant, un conflit de faible intensité persiste dans certaines régions.

En second lieu, la sécession peut également affecter l'État lorsqu'elle touche une région vitale de celui-ci. La sécession du Katanga le 11 juillet 1960 devait beaucoup à l'Union minière du Haut Katanga⁴⁶. Le Katanga, province du Congo-Kinshasa avant son indépendance, est une terre riche en minerais ; elle produisait en 1960 7,5% de la production mondiale de cuivre, 60% de celle de cobalt et pratiquement tout le radium utilisé dans le monde, sans parler du zinc, du platine ou de l'uranium⁴⁷. La production minière katangaise représentait près de la moitié du total des exportations du Congo, et le budget congolais dépendait pour près de la moitié des recettes katangaises⁴⁸. Or, il apparaît assez clairement que la déclaration d'indépendance du Katanga en 1960 est appuyée par les anciens maîtres coloniaux belges à travers l'Union minière du Haut-Katanga, que les Belges essaient de conserver, étant soutenue et appuyée par une force paramilitaire française⁴⁹. Depuis 2015, la province n'existe plus⁵⁰ et

⁴² R. Cornevin, « Questions nationales et frontières coloniales », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 68, n°250-253, 1981, pp. 251-262.

⁴³ Il s'agirait de la Somalie, du Lesotho, du Botswana et du Swaziland, auxquels il faudrait ajouter le Rwanda et le Burundi qui ont une langue commune. loc. cit.

⁴⁴ P. Nicolas, « De l'invisibilité des Jummas du Bangladesh à leur identification comme peuples autochtones Quelle place, dans ce processus, aux représentations construites du territoire des Hill Tracts comme de ses habitants ? », *Espace populations sociétés*, 2020/1-2.

⁴⁵ K. Hasan Arif, « The Status of the *Bihari* Community in Bangladesh under Domestic and International Law », *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 25, no. 4, 2018, pp. 664-78.

⁴⁶ « L'affaire de l'union minière du Haut-Katanga », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 350, no. 4, 1967, pp. 1-31.

⁴⁷ S. Lerat. « Une région industrielle au cœur de l'Afrique : le Katanga méridional », *Cahiers d'outre-mer*. N° 56 - 14e année, Octobre-décembre 1961. pp. 435-442.

⁴⁸ « Les problèmes du Katanga », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 55, no. 9, 1960, pp. 1-19.

⁴⁹ W. Bruyère-Ostells, « L'influence française dans la sécession katangaise : naissance d'un système mercenaire », *Relations internationales*, vol. 162, no. 2, 2015, pp. 157-172.

⁵⁰ <https://www.jeuneafrique.com/247352/politique/rdc-katanga-mort-vive-4-nouvelles-provinces/>.

le « secteur minier katangais est maintenant disputé entre une pluralité d'acteurs⁵¹ », ce qui favorise l'intégrité territoriale.

D'ailleurs, la tentative de sécession s'effondra lorsque les forces de l'ONU s'emparèrent finalement du noyau minier. C'est d'ailleurs le seul conflit où des Casques bleus ont engagé un combat militaire⁵², et c'est probablement en lien avec son intervention dans le conflit que le Secrétaire général de l'ONU de l'époque, Dag Hammarskjöld, a trouvé la mort dans un accident d'avion alors qu'il s'apprêtait à rencontrer le chef militaire des indépendantistes. Les intérêts en jeu dépassent donc le simple cadre du peuple en question dont la sécession modifie profondément l'équilibre interne et provoque une déstabilisation régionale. De la même façon, l'est du Nigeria présente des champs pétrolifères riches qui ne sont pas pour rien dans la déclaration d'indépendance du Biafra à l'égard du Nigeria en 1960. Le pétrole représentait en effet 85% des exportations du Nigeria. Certes, il semblerait que le pétrole ici ne soit pas la fin, mais le moyen d'asseoir une prétention sincère⁵³. Il n'empêche que là aussi, la sécession crée un manque à gagner important pour l'État qui se voit privé de ressources importantes. « Dans les deux cas, les "forces vives" sont situées à la périphérie de l'État »⁵⁴, ce qui illustre bien la tension déjà signalée entre le centre et les périphéries.

Nous pouvons enfin citer le cas de la Catalogne et sa tentative de sécession par l'organisation d'un référendum d'autodétermination en 2015. La Catalogne représente près d'un quart des exportations espagnoles et près d'un cinquième du PIB espagnol⁵⁵. Il est clair que l'indépendance de la Catalogne eût miné la place économique de l'Espagne. Un référendum pour l'autodétermination a pourtant bien été organisé en 2017 par les autorités catalanes, notamment en réaction à une décision du Tribunal Constitutionnel espagnol qui invalidait le statut dont s'était dotée la Catalogne⁵⁶. Là encore, la sécession n'a pas eu lieu ; eu égard aux intérêts en jeu, l'État central ne peut laisser la région périphérique et stratégique échapper à son giron ; ce type de demande à l'autodétermination ne fait que déstabiliser l'État en risquant sa désagrégation. Mais une telle sécession réussie risque d'aboutir à un conflit armé qui revêtira alors une dimension internationale, comme on ne le verra pas par la suite.

La consécration du droit des peuples autochtones a tenté de résoudre cette crise en reconnaissant un droit à l'autodétermination interne à certains peuples autochtones seulement. Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones peut être défini comme le droit en vertu duquel ils déterminent « *librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* »⁵⁷. La consécration de la notion de peuple autochtone va dans le sens d'une reconnaissance internationale des minorités. Mais l'article 4 de la déclaration prévoit que « les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de

⁵¹ B. Rubbers, « La dislocation du secteur minier au Katanga (RDC). Pillage ou recomposition ? », *Politique africaine*, vol. 93, no. 1, 2004, pp. 21-41.

⁵² https://www.lemonde.fr/archives/article/1961/04/12/combat-entre-les-casques-bleus-et-les-katangais-aux-abords-de-kabalo_2268031_1819218.html

⁵³ M.A. Aquarone (dir.), « Chapitre VI - La brève indépendance du Biafra et du Katanga — une comparaison », *Les frontières du refus : six séparatismes africains*, CNRS Éditions, 1987, pp. 81-84.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ <https://www.capital.fr/entreprises-marches/la-catalogne-lun-des-moteurs-economiques-de-lespagne-1247234>

⁵⁶ M. Fatin-Rouge Stefanini. « Les juridictions constitutionnelles face aux souhaits sécessionnistes : de l'expérience québécoise à la situation catalane », *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel*, 2017.

⁵⁷ Article 3 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007.

financer leurs activités autonomes ». Or, c'est ici la portée du droit à l'autodétermination interne qu'il faut interroger. Sur quoi porte l'autonomie ? S'agit-il uniquement de système politique ? Mais alors la différenciation légale selon le peuple – autochtone ou allochtone - implique un retour au statut personnel, ce qui contredit le caractère essentiellement territorial de l'ordre juridique international. S'agit-il également d'un droit sur les ressources naturelles et l'environnement ? Il semblerait que oui, mais dans quelle mesure ? Car si des peuples autochtones « *s'estiment qu'en droit ils sont ceux qui ont tout pouvoir sur leurs territoires. Ils affirment notamment la possibilité d'y faire respecter leurs propres lois, et de décider comme autrefois qui pourra y pénétrer et à quelle condition* »⁵⁸, alors l'autodétermination interne empêche le détenteur de l'autodétermination externe de profiter pleinement de ses ressources naturelles. Pire, il s'établit un contrôle effectif du territoire, condition d'établissement de la Souveraineté.

En cas de réussite, c'est la désagrégation de l'État qui peut se fragmenter en autant d'entités qu'il existe de peuples autochtones, mais également de peuples indigènes ou simples de minorités⁵⁹.

B) Le risque de l'État faillite

Le droit des peuples trouve mal à s'appliquer lorsque l'État en question est une mosaïque de tribus relativement indépendantes tel que cela se pratiquât notamment dans nombre d'États du monde musulman. La relative tension entre l'État central et la périphérie qui caractérise souvent les modes traditionnels d'exercice du pouvoir se double alors d'une tension entre une minorité ethnique gouvernante et une majorité qui ne participe pas ou peu à l'exercice du pouvoir, situation qui n'est pas pour autant toujours synonyme d'instabilité⁶⁰. C'est seulement lorsque l'autodétermination des peuples joue comme principe perturbateur que sont alors encouragées les revendications des périphéries sur le centre, mais sans jamais remettre en question la structure patrimoniale du pouvoir ni la distinction entre la périphérie et le centre d'exercice du pouvoir. La conception nationale peut alors substituer une domination centrale sur une autre sans jamais régler la question de l'intégration ou, pire, ne rien substituer, voire empêcher la constitution d'un centre. L'État est alors dit défaillant ou en faillite. Un tel État ne présente plus que la forme étatique, mais est fondamentalement incapable de remplir ses missions régaliennes, l'autorité politique étant devenue ineffective quand elle n'a pas purement et simplement disparu⁶¹.

Autrement dit, ces États « *refusent les règles, ou s'avèrent incapables de les faire respecter* » ; « *parce qu'ils ne peuvent maintenir l'autorité et l'ordre, [ils] sont à la source de troubles politiques, humanitaires, économiques [qui] peuvent rapidement s'exporter dans les pays voisins ou chez nous. Ils peuvent menacer notre sécurité et celle de nos ressortissants. Ils alimentent les trafics d'armes, de drogue, de personnes. Ils offrent des lieux de refuge aux*

⁵⁸ Cité par D. Farget, et M. Hébert, *Droits aux terres, territoires et ressources des peuples autochtones : une amorce de réflexion pour penser les souverainetés multiples dans le contexte de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Les Cahiers du CIÉRA, 2023 pp.29-36.

⁵⁹ Sur ces différences, voir C. de Lespinay, « Les concepts d'autochtone (*indigenous*) et de minorité (*minority*) », *Droit et cultures*, 72 | 2016-2.

⁶⁰ Voir à titre d'exemple, concernant l'Afghanistan, O. Roy, « De la stabilité de l'État en Afghanistan », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 59, no. 5-6, 2004, pp. 1183-1202.

⁶¹ O. Illy. « L'État en faillite » en droit international », *Revue Québécoise de droit international*, volume 28-2, 2015. pp. 53-80.

*réseaux terroristes. Ils incitent au développement d'une immigration incontrôlée [...] »*⁶². En Afghanistan, le régime des talibans a été jugé responsable des attaques du 11 septembre en n'empêchant pas Al-Qaeda de perpétrer les attaques du 11 septembre 2001. Le terrorisme se serait donc développé sur ce terreau fertile. Il faut d'ailleurs rappeler ici que c'est au nom du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes que les Américains ont soutenu les moudjahidins afghans dans leur lutte contre l'URSS occupant le pays. C'est au nom du même droit que la guerre civile a succédé à la guerre extérieure. Ici, le facteur religieux, manifeste lorsqu'il s'agit de terrorisme qui se revendique d'une idéologie religieuse, a largement masqué le facteur national, voire régional, dans l'émergence des groupuscules terroristes à fondement religieux, de quelque religion qu'ils soient. Les prétentions à la gouvernance divine se fondent dans le moule des revendications à l'autonomie régionale voire nationale, ce qui tend d'ailleurs à brouiller la distinction entre les mouvements terroristes à vocation religieuse, plus récents, qui sont donc en réalité des mouvements politiques par leur dimension territoriale, et les mouvements terroristes plus classiques, à vocation ouvertement politique et fondés sur une unité nationale, qui n'exclut d'ailleurs pas la dimension religieuse. Il va de soi que le caractère confessionnel de l'autonomisation ne peut qu'aggraver son effet pervers en renforçant les antagonismes, désormais territorialement matérialisés. Les revendications religieuses se doublent en l'espèce de revendications juridiques : droit à l'autonomie des tribunaux, au droit applicable, au statut, etc.

Dans le cas de la guerre civile au Soudan du Sud, aboutissant à son indépendance, de la guerre civile des Balkans, du Timor oriental, dans le Haut-Karabakh, en Somalie, en Érythrée, au Tchad, en Tchétchénie, au Tibet, en Ingouchie, au Xinjiang, au Sri Lanka et d'autres encore, le facteur religieux a surtout joué comme moteur de désagrégation politique de l'État par la revendication à l'autonomie d'une minorité religieuse. Dans tous les cas, l'État failli présente un risque de déstabilisation régionale : c'est vrai des mouvements terroristes, ainsi que l'ont bien montré le conflit en Syrie ou au Mali. Mais c'est aussi vrai de mouvements qui sont, comme les terroristes et bien avant eux, des « ennemis de l'humanité » : ainsi des pirates, en particulier de ceux qui se développent au large des côtes somaliennes et contre lesquels tous les États étaient autorisés à lutter par le Conseil de Sécurité⁶³. La Somalie connaît un état chronique de guerre civile depuis plusieurs décennies du fait des luttes factieuses pour le pouvoir entre les entités régionales et claniques⁶⁴, qui se double d'une sécession d'une partie du territoire, le Somaliland qui est *de facto* indépendant⁶⁵.

C) Le risque du conflit armé interne et international

Inutile d'insister sur ce risque, trop souvent illustré dans l'actualité. Nous avons vu qu'en Ukraine, le conflit armé a été justifié d'un côté par l'insuffisance de la régionalisation. Or il est possible de se demander si l'autodétermination, interne comme externe, met vraiment fin aux revendications étatiques ou si ces succès ne nourrissent pas au contraire d'autres prétentions. Concernant l'autodétermination interne, il est évident qu'elle peut être le lit de l'autodétermination externe en attribuant des frontières, des compétences et des institutions à un quasi-État. En particulier, dans le cas des États fédéraux, la sécession nécessite un

⁶² Michèle Alliot-Marie citée par F. Gaulme, « « États faillis », « États fragiles » : concepts jumelés d'une nouvelle réflexion mondiale », *Politique étrangère*, vol. , no. 1, 2011, pp. 17-29.

⁶³ Résolution 2554 du 4 décembre 2020 et 2608 du 3 décembre 2021.

⁶⁴ J.C. Mabire, « Somalie, l'interminable crise », *Hérodote*, vol. 111, no. 4, 2003, pp. 57-80.

⁶⁵ M. Virgil Hoehne « L'État « de facto » du Somaliland », *Politique africaine*, vol. 120, no. 4, 2010, pp. 175-199.

moindre effort. Ce fut le cas en Yougoslavie où la forme fédérale a préparé le terrain aux déclarations d'indépendance de la Croatie, et de la Slovénie d'abord, puis de la Bosnie et du Monténégro.

Dans ces cas éclate une guerre de sécession qui mêle des caractères des conflits internes et internationaux. Mais même en cas d'autodétermination externe, les revendications et les troubles internationaux ne sont pas toujours éteints. Ainsi, au Soudan du Sud, dernier État à avoir reçu son indépendance (du Soudan) par référendum et accord, la situation humanitaire est instable. La guerre intraétatique s'est transformée en guerre interétatique sporadique concernant la délimitation des territoires et s'est étendue à la région, en s'accompagnant de déplacements de population et de persécutions. Mais elle s'est également doublée sur le plan interne d'une guerre civile entre les différents mouvements de libération ayant obtenu l'indépendance ; en particulier, deux mouvements s'opposent sur un fondement ethnique, alors même que l'indépendance du Soudan du Sud était initialement fondée sur une différenciation religieuse.

Un rapport de l'Union africaine évoque des actes de torture, des crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis pendant la guerre civile⁶⁶. Alors même que celle-ci vient à peine de se terminer, un nouveau conflit interne aurait déjà fait, selon le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, près de 800 000 personnes réfugiées du Soudan du Sud vers le Soudan, ancienne puissance occupante devenue refuge⁶⁷.

Il semble désormais clair que ni la conception territoriale ni la conception nationale du peuple ne suffisent à prévenir tout risque de déstabilisation voire de guerre internationale. Le caractère absolutiste de l'ordre juridique westphalien rend difficile la résolution des tensions entre les centres de gouvernements et les périphéries. Celles-ci aspirent souvent à une forme de reconnaissance infraétatique sans avoir la possibilité d'exister sur la scène internationale indépendamment de l'État. Mais la prise en compte de telles revendications peut ouvrir la boîte de pandore en réifiant des communautés sans retour en arrière possible. La prévention de ces risques ne peut donc se traiter qu'au cas par cas. L'indétermination de la notion de peuple apparaît alors peut-être comme le meilleur moyen de prévenir les risques intrinsèques à la notion dès lors que des politiques suffisamment concrètes et orientées vers le bien commun des peuples sont adoptées.

⁶⁶ https://www.lemonde.fr/afrique/article/2015/10/29/l-union-africaine-publie-avec-un-an-de-retard-son-rapport-sur-les-exactions-au-soudan-du-sud_4798983_3212.html.

⁶⁷ https://www.lemonde.fr/afrique/article/2023/04/28/au-soudan-du-sud-l-afflux-de-populations-chassees-par-les-combats-a-khartoum-fait-craindre-une-nouvelle-destabilisation_6171328_3212.html.

Le nucléaire au risque de la guerre¹

Peut-on encore espérer l'efficacité du droit sur la force ?

Marc LEGER

Président de la Section française de l'Association internationale du droit nucléaire (AIDN) et de la Section Droit et Assurance de la Société française de l'énergie nucléaire (SFEN)

Résumé :

L'invasion de l'Ukraine par les armées russes en février 2022 a mis en lumière, par les modes d'action utilisés, un problème qui ne s'était jamais vraiment posé auparavant, celui de la protection juridique des installations nucléaires, spécialement celles de production d'électricité comme la centrale de Zaporijjia, en cas de conflit armé. La question, objet de la présente étude, est de savoir s'il existe des textes ou des normes susceptibles d'apporter une protection à ce type d'installations compte tenu de leur dangerosité aussi bien pour les belligérants que pour les populations, voire au-delà des frontières. Deux domaines sont investigués : celui du droit international et celui du droit de la guerre. Le premier, au travers des conventions et des traités internationaux (sûreté et sécurité nucléaires notamment), n'apporte guère de réponse satisfaisante, à l'exception d'un accord bilatéral entre l'Inde et le Pakistan, portant précisément interdiction des attaques contre leurs installations nucléaires. Ce qui rend d'autant plus pertinente l'action déployée par le Directeur général de l'AIEA en dehors de ces textes afin d'appeler l'attention de la communauté internationale sur ce grave problème. En revanche, le droit de la guerre, et son volet plus récent, le droit humanitaire international, offre une protection ciblée sur les centrales nucléaires au travers des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels. Malheureusement, ces textes ne sont à l'évidence pas respectés, ce qui interroge sur l'efficacité du droit face à la force.

Mots clés :

nucléaire ; sécurité ; guerre ; efficacité ; droit international.

Abstract:

The invasion of Ukraine by the Russian armies in February 2022 highlighted, through the modes of action used, a problem that had never really arisen before, that of the legal protection of nuclear facilities, especially those producing electricity such as the Zaporizhzhia power plant, in the event of an armed conflict. The question, which is the subject of this study, is whether there are any texts or standards that could provide protection for this type of installation, given their danger to both the belligerents and the population, and even across borders. Two areas are investigated: that of international law and that of the law of war. The first, through international conventions and treaties (nuclear safety and security in particular), provides hardly a satisfactory response, with the exception of a bilateral agreement between India and Pakistan, specifically prohibiting attacks on their nuclear installations. This makes all the more relevant the action taken by the Director General of the IAEA outside these texts to draw the attention of the international community to this serious problem. In contrast, the law of war, and its more recent component, international humanitarian law, provide targeted protection for nuclear power plants through the Geneva Conventions and their Additional Protocols. Unfortunately, these texts are clearly not respected, which raises questions about the effectiveness of the law in the face of force.

Keywords:

nuclear power; security; war; efficiency; international law.

¹ La présente étude a été précédée d'un article de synthèse intitulé « Les installations nucléaires sont-elles protégées contre le risque de guerre ? » publié en ligne le 6 janvier 2023 par la Revue Générale Nucléaire (RGN).

Préambule

L'invasion de l'Ukraine par les armées russes le 24 février 2022 a mis en lumière un problème qu'on aurait aimé n'avoir jamais à traiter, celui du nucléaire, sous-entendu civil², face au risque de guerre, c'est-à-dire en pratique de la protection des installations et des activités nucléaires contre les menaces ou les effets d'un conflit armé.

L'interrogation n'est pas nouvelle, car il y a déjà eu dans le passé des attaques contre des installations nucléaires perpétrées par des acteurs étatiques (si l'on met de côté les actions terroristes³). On se souvient, en effet, du bombardement en mai 1981 par l'aviation israélienne du réacteur Osirak la veille de son chargement en combustible, au motif que ce réacteur construit par la France sur le modèle d'Osiris (implanté à Saclay et aujourd'hui arrêté) était supposé faire partie du programme d'armement nucléaire de l'Irak, ou bien de la destruction en septembre 2007, pour le même motif, à nouveau par l'aviation israélienne d'un réacteur nucléaire en Syrie peu avant qu'il soit alimenté en combustible. De même, en 1991, pendant la première guerre dite du Golfe, l'armée américaine a attaqué et endommagé deux réacteurs de recherche irakiens. Seules les attaques israéliennes (revendiquées ultérieurement par l'État hébreu) ont été condamnées comme constituant un usage illégal de la force, mais elles n'ont donné lieu à aucune action spécifique de la part de la communauté nucléaire internationale.

Le sujet est redevenu malheureusement d'actualité avec l'invasion de l'Ukraine et les attaques commises à l'encontre de ses installations nucléaires dans ce contexte⁴, auxquelles s'est ajoutée la destruction récente du barrage de Kakhovka, dont l'un des effets est de mettre en péril le refroidissement de la centrale.

Qu'en est-il brièvement de la situation de ce pays dans le domaine nucléaire ? L'Ukraine est le plus grand pays d'Europe par sa superficie (même amputée de la Crimée et des territoires annexés par la Russie) et comptait un peu plus de 43 millions d'habitants avant l'invasion. Elle dispose de 2 réacteurs de recherche et de 4 centrales⁵ composées de 15 réacteurs de puissance, en fonctionnement avant l'invasion, qui sont de type à eau pressurisée et de technologie soviétique, ou russe depuis la disparition de l'URSS, dénommés VVER (différents donc des réacteurs de la centrale de Tchernobyl qui étaient de type RBMK). Ces réacteurs représentaient une capacité de plus de 13 GWe, soit un peu plus de 50 % de la production nationale d'électricité. En outre, 2 réacteurs étaient en construction et 4 étaient à l'arrêt (ceux de Tchernobyl depuis 2000). Ces 15 réacteurs ont été construits entre 1980 et 1990. Par comparaison, cette capacité équivaut à celle du Canada et est largement supérieure à celle de tous les autres pays nucléaires d'Europe centrale ou orientale (Hongrie, Roumanie, Slovaquie, République tchèque, Slovénie). L'Ukraine est donc un pays significativement nucléarisé.

² La présente étude exclut le nucléaire militaire, du fait qu'il a pour objet la fabrication de l'arme nucléaire et la menace de son utilisation, mais il est clair que les installations des pays où cette arme est fabriquée et entreposée inspirent la même préoccupation de protection.

³ Le surgénérateur Superphénix implanté à Creys-Malville (Isère) a fait l'objet d'un tir de roquettes dans la nuit du 18 janvier 1982 alors qu'il était en construction. Les roquettes avaient traversé le dôme, mais sans atteindre d'élément vital. Cette action a été revendiquée 20 ans plus tard par un écologiste suisse devenu député.

⁴ Voir « *How international law applies to attacks on nuclear and associated facilities in Ukraine* » par George M. Moore in *The Bulletin of Atomic Scientists*, 6 mars 2022, article partiellement traduit en français sous le titre « Comment le droit international s'applique aux attaques contre les installations nucléaires en Ukraine » in RGN/Sfen, 15 mars 2022.

⁵ Les quatre sites sont ceux de Rivne (dans le Nord), de Khmelnytskyi (un peu plus au Sud), de Konstantinovka et de Zaporijjia (au Sud du pays).

Pour compléter cette présentation, il convient de noter, d'une part, que les combustibles nucléaires usagés sont majoritairement entreposés sur le site des centrales, comme c'est le cas généralement, dans des bâtiments qui constituent de ce fait des installations à risque et qu'un centre de stockage central était en voie d'achèvement en 2022 sur le site de Tchernobyl et, d'autre part, que l'Ukraine exploite des mines d'uranium sur son territoire, ce pays disposant d'environ 2 % des réserves mondiales en uranium.

La centrale de Zaporijjia, dont il a été abondamment question dans l'actualité depuis le début de la guerre, est la plus importante d'Europe avec 6 réacteurs de 950 MWe, soit une puissance légèrement supérieure à celle de la principale centrale française (Gravelines), qui ne comporte que 6 réacteurs de 910 MWe. Ces 6 réacteurs ukrainiens ont été mis en service entre 1986 et 1995.

Après la disparition de l'URSS et l'affirmation de son indépendance, l'Ukraine a adhéré à tous les traités et grandes conventions internationales dans le domaine nucléaire : traité de non-prolifération des armes nucléaires⁶, conventions dites post-Tchernobyl sur la notification rapide d'un accident nucléaire et sur l'assistance en cas d'accident, conventions sur la sûreté nucléaire, conventions sur la sécurité nucléaire, conventions sur la responsabilité civile pour dommage nucléaire. Ce qui est aussi le cas de la Russie. L'Ukraine et la Russie sont membres de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), organisation internationale placée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Seule la Russie est membre de l'Agence de l'énergie nucléaire (AEN), organisation intergouvernementale au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), mais sa participation a été suspendue en avril 2022.

La question que soulève l'invasion de l'Ukraine, en dehors de la violation manifeste du droit international et du principe d'inviolabilité territoriale des États, est celle de savoir s'il existe des dispositions de droit positif ou des règles de droit coutumier permettant de protéger spécifiquement, et surtout efficacement, les installations nucléaires contre des attaques militaires.

Rappelons que cette question se pose sur le terrain juridique parce qu'aucune installation nucléaire n'est conçue et construite à travers le monde pour résister à une attaque armée⁷. Les standards de sûreté (qu'ils soient internationaux, européens, ou nationaux) imposent certes des mesures de protection telles que la « défense en profondeur » ou le « confinement » du réacteur, mais celles-ci n'ont pour objectif que d'assurer la protection des travailleurs, du public et de l'environnement contre les effets des rayonnements ionisants en exploitation normale ainsi qu'en cas d'incident ou d'accident résultant d'un dysfonctionnement de l'installation ; quant aux mesures de sécurité, elles ont pour but d'empêcher les vols de matières radioactives et les actes de malveillance. Mais l'ensemble de ces mesures n'ont pas pour objet de les protéger contre des attaques armées délibérées. Le développement d'un programme électronucléaire ne peut, en effet, raisonnablement se concevoir que dans un climat de relations pacifiques entre États.

⁶ L'Ukraine a rendu les armes nucléaires présentes sur son territoire à la Russie après avoir accédé à l'indépendance en 1991.

⁷ Voir l'article « La sûreté des installations nucléaires en période de guerre » publié en ligne le 27 janvier 2023 par l'Association Française pour l'Information Scientifique (AFIS).

S'agissant donc de la protection juridique des installations nucléaires en cas de conflit armé, deux domaines méritent d'être investigués : le droit nucléaire international, multilatéral et bilatéral (I) et le droit de la guerre avec son développement plus récent qu'est le droit international humanitaire (II).

I) Le droit nucléaire international : pas ou peu de protection...à une exception

Le droit nucléaire international est constitué, pour l'essentiel, par des conventions ou des traités internationaux adoptés entre 1960 et 2017. Tous ne sont pas entrés en vigueur faute d'atteinte des conditions posées, mais les conventions qui sont susceptibles de concerner la question de la protection des installations nucléaires le sont. Certains instruments excluent clairement le risque de guerre ou de conflit armé et d'autres, sans en faire mention, peuvent être, plus ou moins, utilement invoqués. Une exception mérite d'être signalée, celle d'un accord bilatéral entre deux États dotés de l'arme nucléaire portant spécifiquement sur la protection réciproque de leurs installations nucléaires.

A) Les conventions relatives à la responsabilité civile pour dommage nucléaire

Rappelons brièvement qu'il existe en ce domaine deux systèmes conventionnels centrés sur les deux grandes agences internationales dans le domaine nucléaire :

- Le système des conventions de Paris et de Bruxelles, placé sous l'égide de l'Agence de l'Énergie nucléaire (AEN) de l'OCDE à Paris ;
- Le système des conventions de Vienne, placé sous l'égide de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) à Vienne (Autriche).

Toutes ces conventions, qui ont pour objet d'assurer, dans certaines conditions, aux victimes d'un accident nucléaire une indemnisation au titre de leur préjudice (corporel, matériel ou immatériel), excluent de leur périmètre les dommages « *résultant directement d'actes de conflit armé, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection* ». L'exclusion est formulée exactement dans les mêmes termes par toutes les conventions (Conventions -de base- de Paris et de Vienne, Protocoles d'amendement de ces conventions, Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires).

Il en résulte en pratique que tout accident survenant dans la période actuelle sur l'une des centrales ukrainiennes (ou toute autre « installation nucléaire » au sens de ces conventions) ne donnerait lieu à aucune indemnisation ni pour les victimes en Ukraine ni pour celles des pays Parties aux mêmes conventions que l'Ukraine⁸. Il est douteux que l'appropriation par la Russie de la centrale de Zaporijjia (au travers du décret présidentiel adopté par le Président Poutine le 5 octobre 2022) et son raccordement aux lignes électriques de la Crimée changent quoi que ce soit à cette situation, étant donné que le contexte général demeure celui d'un conflit armé, quel que soit le nom qu'on lui donne.

Les assureurs, qui usuellement garantissent l'indemnisation des victimes au titre de la responsabilité de l'exploitant, invoqueraient vraisemblablement la clause d'exclusion. À moins

⁸ L'Ukraine a ratifié la Convention de Vienne de 1963 en 1996 (mais pas le protocole de révision de 1997) ainsi que, en 2000, le Protocole commun, qui crée un pont entre les Conventions de Paris et de Vienne. La Russie a également ratifié la Convention de Vienne de 1963, mais aucune autre convention.

que les assureurs russes estiment qu'une « opération militaire spéciale » ne rentre pas dans les exclusions prévues par la Convention de Vienne. Ce serait bien là le seul effet positif de cette appropriation totalement illégale, et dénoncée comme telle par le Président ukrainien et la communauté internationale !

B) Les conventions sur la sûreté nucléaire

Il convient de s'interroger en second lieu sur la protection que pourraient assurer les conventions relatives à la sûreté nucléaire. L'AIEA en recense quatre, mais les deux premières, dites post-Tchernobyl, car adoptées en 1986 après la catastrophe que l'on connaît, sont sans incidence sur le sujet : il s'agit de la convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire et de la convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique. Elles pourraient certes être mises en œuvre si jamais survenait un accident impliquant l'une des installations ou activités nucléaires du pays⁹ pendant le conflit actuel, mais elles ne permettent pas en soi d'assurer la protection préventive de ces installations ou activités. Toutefois, la seconde convention permet, tant à l'État où est survenu l'accident qu'à ceux qui en subissent les conséquences sur leur propre territoire, de demander à tout autre État Partie son assistance, sous forme d'experts, de matériel et de matériaux, pour faire face aux conséquences de l'accident. L'objectif est certes de protéger les populations et l'environnement, mais une fois survenu l'accident.

Les deux autres conventions s'avèrent plus pertinentes : il s'agit de la convention sur la sûreté nucléaire adoptée en 1994 (qui, en dépit de son titre très général, ne concerne explicitement que les centrales de production d'électricité, et accessoirement les réacteurs de recherche pour les pays qui ont décidé d'en étendre l'application à ce type d'installation) et la convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et la sûreté de la gestion des déchets radioactifs adoptée en 1997.

Si ces deux conventions n'évoquent pas les situations de conflit armé¹⁰, elles comportent en préambule l'affirmation de certains objectifs généraux ou principes fondamentaux, parmi lesquels :

- la promotion d'un « *haut niveau de sûreté nucléaire dans le monde entier* » ainsi que d'« *une véritable culture de sûreté nucléaire* » ;
- le principe selon lequel « *la responsabilité de la sûreté nucléaire incombe à l'État sous la juridiction duquel se trouve une installation nucléaire* ».

En outre, ces conventions prévoient que chaque partie doit (i) établir et maintenir en vigueur un cadre législatif et réglementaire pour régir la sûreté des installations nucléaires (ii) désigner une autorité de sûreté qui soit dotée des pouvoirs, de la compétence et des ressources financières et humaines adéquats pour assumer ses responsabilités et surtout (iii) « *faire le nécessaire pour que la responsabilité première de la sûreté d'une installation nucléaire incombe au titulaire de l'autorisation correspondante* » ainsi que (iv) prendre les mesures appropriées pour que chaque titulaire d'une autorisation assume sa responsabilité.

⁹ A condition que ces installations ou activités soient demeurées « sous sa juridiction ou son contrôle » (art. 1^{er}).

¹⁰ Il en est de même des deux directives européennes (Directive 2009/71/Euratom du 25 juin 2009 établissant un cadre communautaire pour la sûreté nucléaire des installations nucléaires modifiée par la directive 2014/87/Euratom du 8 juillet 2014 et directive 2006/117/Euratom du 20 novembre 2006 relative à la surveillance et au contrôle des transferts de déchets radioactifs et de combustible nucléaire usé) auxquelles les conventions sur la sûreté ont servi de modèles quant à la structure et aux principales dispositions.

Il est clair que le sens premier de ces dispositions est qu'elles obligent les États parties, dont la Russie et l'Ukraine qui ont ratifié ces conventions comme la quasi-totalité des États membres de l'AIEA, à les mettre en œuvre dans leur droit interne ; mais il n'est pas exagéré de dire qu'elles les obligent aussi à les respecter les uns vis-à-vis des autres, même si ces conventions ne comportent pas d'engagements réciproques. En d'autres termes, lorsque la convention sur la sûreté nucléaire fait obligation, comme indiqué *supra*, à un État de prendre les mesures appropriées pour que chaque titulaire d'une autorisation d'exploiter assume sa responsabilité, cela vaut tout autant, en l'occurrence, pour l'Ukraine elle-même que pour la Russie vis-à-vis de l'Ukraine.

Il est d'ailleurs intéressant à cet égard de relever que, sans citer expressément ces conventions, le groupe ENSREG, qui réunit au sein de l'Union européenne les autorités de sûreté nucléaire des pays membres, a publié une déclaration en octobre 2022¹¹ rappelant que Energoatom (l'Agence ukrainienne pour l'énergie nucléaire, qui est l'exploitant de la centrale de Zaporijjia) « *est le seul titulaire légitime de l'autorisation d'exploiter la centrale* » et que la centrale « *doit être exploitée selon les conditions prévues par son autorisation et en conformité avec les prescriptions législatives et réglementaires ukrainiennes, sous le contrôle de l'autorité de sûreté nucléaire ukrainienne* », et qu'enfin cette autorité doit pouvoir exercer ses missions en toute liberté.

L'ENSREG ajoute que « *l'exploitation de la centrale et de toute autre activité sur la centrale en lien avec la sûreté qui ne serait pas autorisée par l'autorité de sûreté est illégale au regard du cadre du droit international en matière de sûreté nucléaire* ». Ainsi, l'ENSREG invoque clairement le droit international de la sûreté nucléaire, sans pour autant faire référence à une disposition conventionnelle particulière. A noter également que, dans le même esprit, l'ENSREG a condamné, comme de nombreuses autres institutions, la détention du directeur de la centrale par les forces armées russes, que le groupe considère comme mettant en péril la sûreté de la centrale, probablement en référence au rôle primordial que jouent les facteurs sociaux, organisationnels et humains dans la garantie de la sûreté.

Les ministres des affaires étrangères des pays du G7, réunis en août 2022, ont également condamné l'appropriation de la centrale par la Russie, exigeant qu'elle soit rendue immédiatement à son « *propriétaire légitime* ». Le communiqué publié à l'issue de la réunion souligne qu'une « *menace grave (...) pèse sur la sûreté et la sécurité des installations nucléaires ukrainiennes du fait de leur saisie ou d'autres actions menées par les forces armées russes, qui augmentent de manière significative le risque d'accident ou d'incident nucléaire, et met en danger la population de l'Ukraine et des États voisins, ainsi que la communauté internationale* »¹². Quant aux chefs d'État et de gouvernement des pays du G7, réunis en octobre 2022, ils ont également condamné « *les actions menées par la Russie à la centrale nucléaire de Zaporijjia et les pressions exercées sur le personnel de cette installation* » et affirmé tenir « *la Russie pour responsable de tout incident résultant de ses actes* »¹³.

¹¹ *Statement on the Safety of the Zaporizhzhia Nuclear Power Plant in Ukraine - 04 October 2022*

¹² Déclaration des ministres des Affaires étrangères du G7 à l'appui des efforts déployés par l'Agence internationale de l'énergie atomique pour promouvoir la sûreté et la sécurité nucléaires à la centrale nucléaire de Zaporijjia en Ukraine – 10 août 2022.

¹³ Déclaration des chefs d'État et de gouvernement du G7 sur l'Ukraine – 11 octobre 2022.

Il convient également de souligner que, si aucune des deux conventions précitées en matière de sûreté nucléaire n'est dotée d'un système de contrôle d'application *stricto sensu*, ni *a fortiori* de sanction en cas d'inobservation, elles prévoient cependant un mécanisme de « revue par les pairs » au travers de réunions périodiques réunissant l'ensemble des États Parties, au cours desquelles chaque Partie contractante doit présenter pour examen par les autres Parties un rapport sur les mesures qu'elle a prises pour remplir chacune des obligations énoncées dans la convention. Il sera intéressant de voir, lors de la prochaine réunion d'examen, comment l'Ukraine et aussi la Russie présenteront leur situation au regard de ces conventions.

C) Les conventions sur la sécurité nucléaire

Le cadre juridique international en matière de sécurité nucléaire se compose de conventions et d'instruments de *soft law* destinés à prévenir et détecter des actes de malveillance mettant en jeu ou visant des matières nucléaires ainsi que les installations les contenant et les activités associées, tels les transports.

Les principaux instruments juridiques adoptés sous l'égide de l'AIEA sont la Convention sur la protection physique des matières nucléaires (CPPMN) adoptée en 1987 et son amendement de 2005. À l'origine, la CPPMN avait pour objet principal de définir les mesures de protection physique concernant les matières nucléaires à des fins pacifiques en cours de transport international ainsi qu'en cours d'utilisation, de stockage et de transport sur le territoire national. L'amendement de 2005 a élargi le champ de la convention en l'étendant à la protection physique, non seulement des matières nucléaires, mais aussi des installations nucléaires contenant de telles matières ; il a également pour objet de prévenir et de combattre les infractions concernant de telles matières et installations et de faciliter la coopération entre les États parties à cette fin.

La convention, dans sa version amendée, aborde, certes, l'hypothèse du « sabotage », mais elle exclut « *les activités des forces armées en période de conflit armé* » ainsi que « *les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles* », au motif « *qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international* » (article 4.b).

À côté de la CPPMN, il convient de mentionner la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, en vigueur depuis juillet 2007, qui a pour objet de faire obligation aux États parties d'ériger en infractions pénales un certain nombre d'actes ou de comportements commis ou adoptés dans l'intention de causer des dommages corporels graves ou la mort, ou des dommages substantiels aux biens ou à l'environnement, au moyen de matières nucléaires ou radioactives.

Mais cette convention contient la même exclusion que la CPPMN en ce qui concerne « *les activités des forces armées* » (article 4.2).

Les instruments adoptés en matière de sécurité nucléaire ne sont donc, en l'état, d'aucune utilité pour protéger les installations nucléaires en cas de conflit armé.

D) Les traités instituant des organisations internationales et leurs textes dérivés

1) La Charte des Nations Unies

La Charte des Nations Unies contient plusieurs dispositions qui ont été manifestement violées à l'occasion de l'« opération militaire spéciale » menée par les armées russes en Ukraine. On peut citer à cet égard l'article 2 qui oblige les États membres de l'ONU à « [s'abstenir] *dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* ». C'est d'ailleurs ce qui a conduit les pays du G7 à déclarer en octobre 2022 que « *La Russie a violé de manière flagrante les principes inscrits dans la Charte des Nations unies* »¹⁴. Mais ces dispositions ont un caractère général et aucune ne porte spécifiquement sur des installations à risques ou sur le nucléaire.

2) Les statuts de l'Agence de l'énergie nucléaire (AEN) de l'OCDE

Si l'objet de l'AEN est « *de promouvoir le développement de la production et des utilisations de l'énergie nucléaire (...) à des fins pacifiques par les pays participants au moyen d'une coopération entre ces pays* » (article 1^{er}), aucune disposition de ses statuts ne concerne la protection des installations nucléaires. Pour autant, le Comité de direction de l'Agence a décidé en avril 2022 de suspendre la participation de la Russie (qui était membre de l'AEN depuis 2013)¹⁵, mais sans en préciser le motif ; il a par la suite déclaré que la Russie met en danger la sûreté de l'exploitation des installations nucléaires en Ukraine et que toute attaque armée ou menace sur des installations nucléaires à usage pacifique constitue une « *violation du droit international* »¹⁶, sans toutefois préciser les dispositions concernées.

3) Les statuts de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA)

Si les statuts de l'AIEA lui fixent pour objectif de s'efforcer « *de hâter et d'accroître la contribution de l'énergie atomique à la paix, la santé et la prospérité dans le monde entier* », et la charge d'agir « *selon les buts et principes adoptés par les Nations Unies en vue de favoriser la paix et la coopération internationales* », aucune disposition n'évoque précisément les situations de conflits armés et la protection des installations nucléaires dans ce cas. La disposition précitée peut sans doute être invoquée, comme cela a été fait à de nombreuses reprises dans le passé et à nouveau à l'occasion de l'invasion de l'Ukraine, pour souligner le caractère pacifique des objectifs de l'Agence, et par voie de conséquence de l'action de ses États membres, mais elle ne peut sérieusement être considérée comme instituant une véritable protection des installations nucléaires en cas de conflit armé. Il y a plus qu'un pas entre l'énoncé d'un objectif, quand bien même aurait-il valeur de principe universel, et l'expression d'une interdiction formelle sanctionnée par une disposition d'un traité ou d'une convention internationale.

¹⁴ Cf. la note précédente.

¹⁵ Cf. communiqué de l'AEN daté du 12 avril 2022.

¹⁶ *Statement of the Steering Committee for Nuclear Energy on the safety and security of operation of Ukraine's nuclear installations* – 27 avril 2022.

4) Le système de garanties de l'AIEA

Le système de garanties de l'AIEA est un outil de contrôle destiné à prévenir la prolifération des armes nucléaires au niveau des États. En signant des « accords de garanties » avec l'Agence, les États s'engagent à lui fournir des déclarations sur les matières nucléaires et les installations qui les détiennent et autorisent l'Agence à vérifier l'exactitude et l'exhaustivité de ces déclarations. L'Ukraine a signé un tel accord avec l'AIEA le 21 septembre 1995¹⁷ ainsi qu'un « protocole additionnel »¹⁸, le 15 août 2000, permettant à l'Agence d'étendre ses vérifications.

Quel que soit l'intérêt de tels accords au regard de l'objectif de non-prolifération, ils ne permettent pas d'assurer en tant que tels la protection des installations nucléaires qui en sont l'objet. Au mieux, ils autorisent l'Agence à y effectuer des inspections approfondies pour s'assurer que les matières détenues dans des installations à usage pacifique ne sont pas détournées de leur objet.

5) Les résolutions et décisions des organes directeurs de l'AIEA

Si les statuts de l'AIEA sont muets sur la protection des installations nucléaires en cas de conflit armé, la Conférence générale qui réunit chaque année l'ensemble des États membres de l'Agence s'est préoccupée de cette question depuis de nombreuses années, ce dont témoignent plusieurs résolutions ou décisions :

- La 27^e conférence tenue en octobre 1983 (soit peu après le bombardement du réacteur Osirak), a adopté une résolution¹⁹ appelant à interdire explicitement les attaques armées contre des installations nucléaires à usage pacifique et incitant les États membres à faire les efforts nécessaires, individuellement ou à travers les organismes internationaux compétents, en vue de l'adoption de règles contraignantes en ce sens ;
- La 29^e conférence tenue en septembre 1985 a adopté une résolution²⁰ plus engageante, par laquelle elle considère que toute attaque armée et toute menace à l'encontre d'installations nucléaires à usage pacifique « *constitue une violation des principes de la Charte des Nations Unies, du droit international et des statuts de l'Agence* » (mais sans préciser les dispositions concernées), appelle à nouveau les États membres à faire les efforts nécessaires en vue de l'adoption rapide de règles internationales contraignantes, et déclare que dans l'hypothèse d'une telle attaque, l'Agence examinera la question conformément à ses statuts et aux résolutions correspondantes ;
- La 31^e conférence tenue en septembre 1987 a adopté une résolution²¹ reprenant les attendus des résolutions précédentes, y ajoutant « *qu'il est urgent de conclure un accord international en la matière* »²² et autorisant le Directeur général de l'Agence à apporter son appui aux travaux de la Conférence sur le désarmement ;

¹⁷ Accord entre l'Ukraine et l'Agence internationale de l'énergie atomique relatif à l'application de garanties dans le cadre du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (INFCIRC/550).

¹⁸ Protocole additionnel à l'accord de garanties entre l'Ukraine et l'AIEA (INFCIRC/550/Add.1).

¹⁹ GC(XXVII)/RES/407.

²⁰ GC(XXIX)/RES/444.

²¹ GC(XXXI)/RES/475.

²² « Le droit international et l'énergie nucléaire : aperçu du cadre juridique » par Mohamed El Baradei, Edwin Nwogugu et John Rames in AIEA Bulletin, 3/1995.

- A noter que lors de la 32^e conférence tenue en septembre 1988, la République Islamique d'Iran a adressé un mémorandum appelant à adopter une résolution non seulement interdisant les attaques militaires à l'encontre d'installations nucléaires, mais aussi prévoyant la pénalisation de tout État membre agissant en violation de cette interdiction²³ ;
- La 34^e conférence tenue en septembre 1990 a adopté une nouvelle résolution²⁴ faisant référence au système de garanties de l'Agence, par laquelle elle considère qu'une attaque armée contre une installation nucléaire, en exploitation ou en construction, soumise à ces garanties créerait une situation obligeant le Conseil de sécurité des Nations Unies à intervenir immédiatement conformément à la Charte des Nations Unies et appelant les États à respecter les décisions que le Conseil serait appelé à prendre à l'encontre de l'État attaquant ;
- La 53^e conférence tenue en septembre 2009 a adopté cette fois une « décision »²⁵ portant sur « *l'interdiction des attaques armées ou de la menace de telles attaques contre des installations nucléaires, en exploitation ou en construction* », considérant que « *toute attaque armée ou menace à l'encontre d'installations nucléaires dédiées à un usage pacifique constitue une violation des principes de la Charte des Nations Unies, du droit international et du Statut de l'Agence* ».

Mais aucune de ces résolutions ni cette décision n'ont abouti à un résultat concret, que ce soit dans le cadre de la Conférence du Désarmement ou en dehors.

Après l'invasion de l'Ukraine, le Conseil des Gouverneurs, qui est, avec la Conférence générale, l'un des deux organes directeurs de l'Agence, s'est évidemment saisi de la question et a adopté une résolution²⁶ par laquelle il appelle à nouveau la Russie à cesser toute action à l'encontre d'installations nucléaires en Ukraine en vue de permettre aux autorités ukrainiennes d'en reprendre le contrôle à l'intérieur des frontières internationalement reconnues et d'en assurer l'exploitation en sûreté et sécurité.

Lors de la 66^e Conférence générale de l'AIEA, tenue fin septembre 2022, le Directeur général de l'Agence, M. Rafael Grossi, après avoir rappelé que les bombardements avaient mis en péril la sûreté de la centrale de Zaporijjia, a proposé de garantir l'intégrité physique de la centrale en établissant une « zone de protection de la sûreté et de la sécurité nucléaires » ; cette proposition, qui reprenait celle d'une « zone démilitarisée » faite précédemment par le Président ukrainien, a recueilli un fort soutien international. On voit mal cependant comment cette zone pourrait être créée sans la bonne volonté de la Russie, qui malheureusement ne manifeste aucun signe en ce sens.

Pour tempérer cette appréciation pessimiste, il convient toutefois de souligner l'importance que revêt l'action menée depuis l'été 2022 par M. Grossi qui, à l'invitation du Président ukrainien, s'est rendu sur le site de la centrale de Zaporijjia à la tête d'une délégation d'experts de l'Agence, accompagnée de nombreux journalistes. Cette action, qui ne s'inscrit dans aucun cadre juridique puisque l'Agence ne peut exercer de mission de contrôle sur place que dans le cadre du Traité de non-prolifération ou des accords de garanties, a permis non seulement à

²³ GC(XXXII)/845.

²⁴ GC(XXXIV)/RES/533.

²⁵ Décision adoptée le 18 septembre 2009 lors de 11^e réunion plénière (GC(53)/DEC/13).

²⁶ *The safety, security and safeguards implications of the situation in Ukraine* (GOV/2022/58).

ces experts de constater les dégâts provoqués par les bombardements, mais aussi de sensibiliser l'opinion publique, et même la conscience mondiale, à la précarité de la situation de la centrale que le Directeur général a qualifiée « d'intenable », ne serait-ce que pour « *les salariés de la centrale qui exercent leurs métiers en présence de militaires russes* »²⁷.

6) Une exception originale : l'accord bilatéral entre l'Inde et le Pakistan

Après que l'Inde et le Pakistan, qui ne sont pas parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), ont développé un programme nucléaire militaire et réalisé plusieurs essais nucléaires, les deux États ont ressenti la nécessité²⁸ d'adopter un accord de non-agression portant interdiction des attaques contre leurs installations nucléaires²⁹. Signé en décembre 1988 et ratifié le 27 janvier 1991, cet accord comporte un nombre très réduit d'articles : il porte engagement de chaque État, d'une part, de s'abstenir de mener, encourager ou participer à une action ayant pour but de détruire ou d'endommager tout type d'installation nucléaire implantée sur leur territoire respectif (sont visés : les réacteurs de puissance ou de recherche, les installations du cycle du combustible, les sites d'entreposage de combustible, etc.), sans faire de distinction entre les installations civiles ou militaires ; d'autre part, de s'informer mutuellement le 1^{er} janvier de chaque année de la localisation précise (latitude et longitude) de leurs installations nucléaires et de tout changement éventuel.

Il est à noter que l'échange d'informations a lieu régulièrement chaque année depuis 1992 et fait l'objet d'une communication officielle, le dernier en date ayant été réalisé le 1^{er} janvier 2023.

Cet accord est particulièrement intéressant, à la fois parce qu'il est unique en son genre, qu'il est respecté depuis l'origine et qu'il est d'une étonnante transparence puisqu'il porte sur tout type d'installation, aussi bien militaire que civile. Sans doute faut-il attribuer son efficacité au fait que ces deux pays se sont dotés de l'arme nucléaire, tous deux en dehors du régime du TNP, et qu'ils sont en mesure d'exercer l'un sur l'autre une menace réelle. Ce qui n'est pas le cas de l'Ukraine vis-à-vis de la Russie.

7) Faut-il envisager une convention internationale spécifique ?

Il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'une proposition a été faite en ce sens en 1989 par le Pérou à la Conférence sur le Désarmement. Le projet présenté portait sur l'interdiction des attaques contre les installations nucléaires et prévoyait notamment la possibilité pour toute partie de déposer plainte auprès du dépositaire de la convention contre un État qui aurait agi en violation de ses engagements au titre de la convention. Mais ce projet, qui pourtant répondait aux invitations de la Conférence générale de l'AIEA, n'a pas eu de suite.

Les événements tragiques survenus en Ukraine invitent à se reposer la question. L'avantage serait de disposer d'un texte répondant très précisément aux besoins de protection apparus

²⁷ Le Monde, En bref, 6 septembre 2022.

²⁸ Cette nécessité fait suite à un exercice, dénommé *Brasstacks* et mené en 1986-1987 par l'armée indienne, qui a fait naître la crainte d'une possible attaque contre des installations nucléaires pakistanaises.

²⁹ *Agreement on the Prohibition of Attack Against Nuclear Installations and Facilities, signed: December 31, 1988. December 1990 (Entry into Force).*

à cette occasion, c'est-à-dire couvrant tous les types d'installations et équipements et visant toutes les modalités d'attaques. Mais l'inconvénient serait d'affaiblir les dispositions existantes (voir la seconde partie), dont certains auteurs considèrent qu'elles présentent un caractère suffisant³⁰.

En tout état de cause, indépendamment du temps nécessaire à l'élaboration, la négociation, la signature et la ratification d'une convention internationale, il faudrait qu'elle rassemble un grand nombre d'États, dont la Russie, pour s'avérer véritablement efficace. Il est dès lors douteux que ce soit une solution pertinente, du moins à bref délai.

En conclusion de cette première partie, il convient de constater que le droit nucléaire international, à l'exception de l'accord bilatéral Inde-Pakistan, n'offre aucune protection réelle aux installations nucléaires contre le risque de guerre, en dehors de quelques grands principes de sûreté élaborés dans le cadre d'une exploitation de ces installations en fonctionnement normal et en temps de paix et qui nécessitent en conséquence d'être extrapolés avec plus ou moins de pertinence aux cas de conflits armés.

Voyons maintenant si le droit de la guerre et, plus généralement, le droit international humanitaire peut apporter une meilleure protection.

II) Le droit de la guerre et le droit international humanitaire : une certaine protection ?

Si le droit de la guerre est aujourd'hui considéré par certains auteurs comme intégré au droit international humanitaire, voire même assimilé à ce droit, il convient néanmoins de maintenir la distinction entre l'un et l'autre, notamment en raison de leur développement chronologique, la notion de droit international humanitaire étant apparue beaucoup plus récemment.

A) Le droit coutumier de la guerre

Comme précédemment rappelé, le Président russe a choisi de dénommer « opération militaire spéciale » l'invasion de l'Ukraine par ses troupes. Peut-être est-ce pour s'éviter de se voir reprocher de ne pas avoir respecté l'un des principes anciens du droit de la guerre, qui oblige à faire précéder toute opération militaire par une déclaration de guerre. Ce qui n'a pas été fait le 24 février 2022. Encore que ce principe est loin d'avoir toujours été respecté dans le passé. Ainsi lors de la première guerre du Golfe menée en Irak en 1991.

Quoi qu'il en soit de la dénomination invoquée par la Russie, le droit de la guerre s'applique incontestablement à cette opération. Dans ses sources coutumières anciennes comme dans ses développements conventionnels plus récents, le droit de la guerre fait la distinction entre le *Jus ad bellum*, c'est-à-dire le droit de faire la guerre ou d'entrer en guerre, et le *Jus in bello*, c'est-à-dire le droit pendant la guerre et la manière de faire la guerre.

Mettons de côté l'aspect « droit de faire la guerre » et les motivations invoquées ou réelles du côté russe, qui sont sans véritable intérêt pour la présente étude. En ce qui concerne

³⁰ Voir l'opinion exprimée à cet égard par Michal Onderco et Clara Egger in « *Why a new convention to protect nuclear installations in war is a bad idea* » - 5 décembre 2022 (Bulletin of the Atomic Scientists).

l'aspect « droit pendant la guerre », il convient de rappeler que le premier principe dégagé dès l'Antiquité est celui de la séparation entre le domaine civil et le domaine militaire, qui implique que les populations civiles, et par extension ce qui contribue à leur existence ou à leur survie, ne fassent pas l'objet d'acte délibéré d'agression contre elles.

De ce principe ancien sont issus deux autres principes, de « discrimination » d'une part, qui implique de distinguer les combattants des non-combattants et des victimes, et de « proportionnalité » d'autre part, qui consiste à éviter des pertes ou dommages inutiles ou excessifs au regard de l'avantage militaire escompté.

B) Le droit de la guerre encadré par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels

Le droit moderne de la guerre, constitué depuis la deuxième partie du 19^e siècle, a repris cette distinction et l'a développée essentiellement au travers des « Conventions de Genève », qui ont véritablement consacré la notion de droit humanitaire international.

Ce droit est défini comme un ensemble de règles de conduite, de nature coutumière ou conventionnelle, qui, dans un but humanitaire, cherchent à limiter les effets des conflits armés, en protégeant les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités et en restreignant les moyens et méthodes de guerre.

Ce droit s'appuie principalement sur 7 textes actuellement en vigueur : les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi que les deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 et le troisième Protocole additionnel de 2005. Les quatre conventions de Genève ont été mondialement ratifiées, ce qui signifie que chacun des États de la planète, dont bien sûr la Russie et l'Ukraine, s'engage à les respecter.

Les textes pertinents relatifs aux installations nucléaires sont les Protocoles I³¹ et II³², deux articles du Protocole I, qui vise la protection des victimes des conflits armés internationaux, méritant particulièrement l'attention³³.

L'article 55 (§ 1) dispose en effet que la guerre doit « être conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves » et que « cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population ». Quant au § 2, il prohibe « les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles ».

L'article 56 (§ 1) est, lui, plus explicite puisqu'il interdit expressément les attaques contre des « ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'électricité » dès lors que ces attaques pourraient

³¹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977.

³² Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), du 8 juin 1977.

³³ Voir à cet égard « La protection des installations nucléaires civiles dans les conflits armés » par Vanda Lamm in Bulletin de droit nucléaire (AEN/OCDE) - https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-72/029_038.pdf.

« provoquer la libération de forces dangereuses et entraîner des pertes graves dans la population civile ». Ce que certains interprètent comme signifiant qu'il est permis de capturer ces installations, mais pas de les détruire ; c'est cette interprétation qui a probablement servi de fondement au décret précité du Président russe par lequel la Russie s'approprie la centrale. L'article précise que lorsque des objectifs militaires sont situés sur ces installations ou à proximité, ceux-ci ne doivent pas non plus être l'objet d'une attaque si celle-ci peut avoir les mêmes conséquences, c'est-à-dire « provoquer la libération de forces dangereuses et entraîner des pertes graves pour la population civile ».

L'article 56 (§ 2) prévoit cependant que cette interdiction ne s'applique pas lorsque, dans le cas d'une centrale nucléaire, celle-ci « fournit de l'électricité à l'appui régulier, important et direct à des opérations militaires » et « si l'attaque est le seul moyen possible de mettre fin à cet appui ». Le même article interdit également de faire des installations précitées un objet de représailles.

Afin d'assurer la protection de ces installations, il est prévu que les parties au conflit pourront les « marquer d'un signe spécial », étant précisé que l'absence d'une telle signalisation ne dispense pas les parties des obligations qui leur incombent au titre du Protocole.

Le Protocole II, qui porte sur la protection des victimes des conflits armés non internationaux, vise également les mêmes « ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'électricité », en posant un principe général d'interdiction de toute attaque les concernant, mais sans évoquer la possible levée de cette interdiction lorsque la centrale fournit un appui à des opérations militaires.

La remarque qui vient à l'esprit, à la lecture de ces textes, est qu'il est étrange que, dans le domaine nucléaire, ne soient visées que les centrales de production d'électricité et pas d'autres installations dangereuses, comme les réacteurs ou laboratoires de recherche, les usines du cycle du combustible ou les installations d'entreposage ou de stockage de déchets radioactifs, qui pourraient, en cas d'attaque, libérer dans des proportions non négligeables des « forces dangereuses » et provoquer des « pertes graves » pour les populations. Rien dans les commentaires officiels ne permet de comprendre cette limitation alors que ces installations existaient à l'époque. Néanmoins, même si certains commentateurs considèrent que la liste visée par les Protocoles est exhaustive³⁴, il est permis de penser que les États parties aux Conventions et aux Protocoles devraient normalement en avoir une interprétation élargie, qu'impose l'esprit du texte dont l'objectif est incontestablement la préservation des intérêts humains et environnementaux.

Ceci nous amène précisément à la question essentielle qui est celle de savoir quelle peut être l'efficacité de tels textes et des obligations qu'ils comportent. Il est clair que, comme c'est le cas la plupart du temps dans les relations internationales, la mise en œuvre des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels relève, par principe, de la responsabilité, mais, en pratique, de la bonne volonté des États parties, qui se sont contractuellement engagés à les « respecter et faire respecter » et ce « en toutes circonstances ». Pour autant, ces textes ne prévoient aucune sanction ni aucune instance de recours.

³⁴ Lors de la conférence diplomatique qui a conduit à l'adoption des Protocoles additionnels, aucun consensus n'a pu s'établir sur d'autres types d'ouvrages ou d'installations (comme les usines chimiques et les raffineries de pétrole qui avaient été évoquées).

C) Des recours sont-ils possibles en cas de violation de ces dispositions ?

Les États victimes de violation des obligations issues des Conventions précitées ont la possibilité de recourir à la Cour pénale internationale, instituée en 2002, dont le traité fondateur (« Statut de Rome ») prévoit qu'elle est compétente pour juger les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (article 5), c'est-à-dire les infractions graves définies comme telles dans les Conventions de Genève, à la condition qu'ils aient été commis sur le territoire d'un État partie ou par des ressortissants de ces États ou d'un État ayant reconnu spécifiquement sa compétence. Ni l'Ukraine ni la Russie ne sont parties au Statut de Rome. L'Ukraine a toutefois reconnu à deux reprises la compétence de la Cour, au titre de l'article 12-3 du Statut de Rome, à l'égard des crimes présumés commis sur son territoire et visés par le Statut : d'une part, en 2013-2014 lors de l'invasion de la Crimée et des territoires aujourd'hui annexés par la Russie, d'autre part en février 2022 après l'invasion.

Par ailleurs, saisie en mars-avril 2022 par 43 États, la CPI s'est reconnue compétente pour « *enquêter sur tout acte de génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre commis en Ukraine* ». L'enquête de la Cour ne fait que commencer. Le Bureau du Procureur a d'ailleurs créé un portail destiné à permettre à toutes celles et ceux qui détiennent des informations relevant de la situation en Ukraine de contacter les enquêteurs de la CPI.

De même, la Cour internationale de justice (CIJ), organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, peut être appelée à intervenir, ce qu'elle a fait dans le passé à propos de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève, qui est relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, sur un territoire occupé, en l'occurrence celui de la Palestine.

La CIJ a d'ailleurs été saisie par l'Ukraine le 27 février 2022, mais à propos de l'interprétation, de l'application et de l'exécution de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, à laquelle la Russie et l'Ukraine sont parties. Cette saisine a conduit la Cour, en dépit de l'absence de la Russie à l'audience, à rendre une ordonnance en urgence le 16 mars 2022³⁵ ordonnant notamment à la Russie de « *suspendre immédiatement les opérations militaires qu'elle a commencées le 24 février sur le territoire de l'Ukraine* » et dont les prétextes déclarés étaient de prévenir et de réprimer un prétendu génocide dans les régions de Lougansk et de Donetsk. Cette ordonnance constitue la première étape d'une procédure judiciaire plus longue, dans laquelle la Cour examinera au fond les violations du droit international commises par la Russie.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, on ne peut malheureusement rien en espérer du fait que, d'une part, le Conseil de l'Europe a expulsé la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine, ce qui a (i) pour effet que la Russie n'est plus partie à la Convention européenne des droits de l'homme depuis le 16 septembre 2022 et (ii) pour conséquence que les requêtes postérieures à cette date ne pourront plus être examinées par la Cour, et d'autre part, qu'en tout état de cause, la Cour constitutionnelle de Russie a estimé en 2015 que les arrêts de la Cour ne pouvaient être exécutés que s'ils étaient conformes à la Constitution russe, permettant à la Russie de déclarer certaines décisions « non-exécutables ».

³⁵ Voir le communiqué de presse de la Cour n° 2022/11 du 16 mars 2022.

Pour revenir à la question de l'efficacité des Conventions de Genève, il est important de signaler que la Russie, qui avait ratifié le Protocole I, s'en est retirée à la suite d'un décret présidentiel en date du 16 octobre 2019³⁶ suivi d'un projet de loi visant à révoquer cette ratification, au motif de « *circonstances exceptionnelles affectant les intérêts de la Russie et requérant une action urgente* ».

Néanmoins, il est permis d'invoquer à cet égard le rapport du Secrétaire général de l'ONU et d'une commission d'experts qui ont conclu en 1993 à propos de la guerre en ex-Yougoslavie que les Conventions de Genève font partie du « droit international coutumier », ce qui signifie qu'elles s'appliquent aux parties non signataires de ces conventions dès lors qu'elles s'engagent dans un conflit armé ; la même solution devrait en principe s'étendre également aux États qui se sont retirés de ces traités.

Cette position nous amène à nous interroger sur la portée de ce droit international coutumier.

D) Le droit humanitaire international coutumier³⁷

Pour compenser le fait que tous les États n'ont pas ratifié les traités en matière de droit international humanitaire, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a élaboré un ensemble de règles inspirées des pratiques des États en ce domaine et définissant ce qui peut être considéré comme constituant le noyau commun de droit international humanitaire, en dehors des obligations à caractère strictement conventionnel, qui lie l'ensemble des parties à un conflit armé, quel qu'il soit. Une sorte de droit coutumier humanitaire, qui présente l'avantage de s'appliquer à tous les États et sans aucun système de réserve, contrairement aux traités qui ne s'appliquent qu'aux parties contractantes.

Parmi cet ensemble de règles, la règle 42³⁸ vise, comme les également les « *ouvrages et installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, ainsi que les autres installations situées sur eux ou à proximité* », mais se limite à préconiser que des « *précautions particulières* » soient prises en cas d'attaque « *afin d'éviter la libération de forces dangereuses et, en conséquence, de causer des pertes sévères dans la population civile* ».

Le commentaire associé à cette règle indique que l'État défenseur a lui aussi l'obligation de préserver ou d'améliorer la protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses en prenant toutes les précautions pratiquement réalisables contre les attaques : ainsi, les ouvrages et installations ne doivent pas être employés pour appuyer directement des opérations militaires ; de même, des objectifs militaires ne doivent pas être placés sur de tels ouvrages et installations ni à proximité ; enfin, ces ouvrages et installations ne doivent jamais être utilisés pour mettre des opérations militaires à l'abri d'attaques.

³⁶ Décret n° 494 engageant le retrait de la Russie de la déclaration formulée en 1989 par le Soviet suprême de l'Union soviétique lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés (Protocole I, datant de 1977).

³⁷ Voir « Droit international humanitaire coutumier » - Volume I : Règles - Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck.

³⁸ *Ibid.* pages 185 à 189.

Il est intéressant de noter que la règle 42 précitée a été incorporée dans le Manuel militaire de l'URSS³⁹, qui date de 1990, lequel dispose qu'il est « *interdit de lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses en sachant que cette attaque causera des pertes excessives en vies humaines, des blessures aux civils ou des dommages à des biens civils* »⁴⁰.

Par la suite, la Fédération de Russie a adopté en 2001 des « Règles d'application du droit humanitaire international », qui visent à protéger les « biens spécialement dangereux » définis comme étant « *les centrales nucléaires, les digues, les barrages dont la destruction peut libérer des facteurs de destruction dangereux et entraîner de graves pertes parmi les populations civiles* ». Il est précisé, d'une part, que ces biens « *ne doivent pas faire l'objet d'attaque, même s'ils sont des objectifs militaires, lorsque le fait de les attaquer peut entraîner les conséquences susmentionnées* » et, d'autre part, qu'ils « *perdent leur immunité s'ils fournissent un soutien régulier, significatif et direct à des opérations militaires de l'ennemi, qui plus est, si une telle attaque est le seul moyen possible de mettre fin à ce soutien* »⁴¹. On retrouve ici des dispositions figurant dans le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève.

Par ailleurs, dans une décision du 31 juillet 1995, la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie a reconnu l'applicabilité du Protocole II au conflit en Tchétchénie, considérant que si ses dispositions n'avaient pas été intégrées dans le droit interne russe, celles relatives à la protection des installations et structures contenant des forces dangereuses liaient les deux parties au conflit armé⁴².

Le droit russe n'est donc pas indifférent aux règles de droit humanitaire international. Hélas, il semble que la pratique les ait perdues de vue.

Conclusion

En guise de conclusion, s'il est possible de conclure sur ce sujet alors que le conflit perdure et que les installations de la centrale sont de plus en plus menacées⁴³, il est permis d'affirmer que le droit international n'est pas inexistant, même s'il est insuffisant, pour assurer la protection des installations et activités nucléaires en cas de guerre.

La difficulté est que le droit n'est efficace que pour autant qu'il est respecté. Or tout montre depuis le 24 février 2022 que les principes les mieux établis en droit international ont été et continuent d'être violés.

Reprenant le sous-titre de cette étude, on ne peut à ce stade terminer que sur la même question, malheureusement pessimiste : peut-on encore espérer l'efficacité du droit sur la force ?

³⁹ Voir CICR, *Russian Federation, Practice relating to Rule 42. Works and Installations Containing Dangerous Forces*.

⁴⁰ Règles d'application du droit international humanitaire par les Forces armées de l'URSS, annexe à l'ordonnance du Ministre de la Défense, n° 75, 1990, § 8(h).

⁴¹ Règles d'application du droit international humanitaire par les Forces armées de la Fédération de Russie Ministère de la Défense, Moscou, 8 août 2001, § 1 et 30.

⁴² *Russian Federation, Constitutional Court, Situation in Chechnya case, judgment*, 31 juillet 1995, § 5.

⁴³ Des explosifs auraient été placés sur les toits des bâtiments de la centrale début juillet 2023. A la date du 20 juillet, les experts de l'AIEA attendaient toujours d'y avoir accès pour y effectuer une inspection.

Les clauses abusives : le risque n'est pas que juridique. Exemple de crédits libellés en francs suisses en Pologne

Maciej BUJALSKI

Doctorant en droit privé, École doctorale en sciences sociales, Université Jagellone de Cracovie (Pologne), Master 2 Droit privé (Université d'Orléans),
ORCID: 0000-0003-4004-8319

Résumé :

L'article présente les aspects juridiques du problème des crédits libellés en francs suisses en Pologne. Il explique en quoi consistaient le mécanisme de valorisation et l'ampleur du problème pour un pays comme la Pologne. Il analyse ensuite la manière dont les dispositions relatives aux clauses abusives s'appliquent dans le cas des crédits libellés en francs suisses et soutient que, bien qu'il s'agisse de stipulations concernant les prestations essentielles des parties, elles n'étaient pas transparentes et, comme elles violent les intérêts du consommateur, elles peuvent être réputées non écrites et engendrer à la nullité du contrat. La deuxième partie du texte procède à une analyse des effets de la nullité du contrat de crédit, des droits des parties et de l'obligation de restituer les prestations obtenues. Un débat social sur les éventuelles injustices résultant des solutions juridiques examinées est également évoqué.

Mots-clés :

clauses abusives, contrat de crédit, crédit libellé en francs suisses, Cour de justice de l'Union européenne, Pologne, nullité du contrat, restitution.

Abstract:

This article presents a legal perspective of the problem of loans denominated in Swiss franc in Poland. It explains what the valorization mechanism consisted of and the scale of the problem for a country such as Poland. It further analyses how the provisions on unfair contract terms apply in the case of loans denominated in Swiss franc and argues that, although they are provisions concerning the main subject matter of the contract, they were non-transparent and, as violating the interests of the consumer, may be considered non-binding and lead to nullity of the contract. The second part of the text proceeds with an analysis of the consequences of the invalidity of the credit agreement, the parties' rights and the obligation to repay benefits. A social debate on the possible injustices resulting from the legal solutions as reviewed is also commented.

Keywords:

unfair contract terms, credit agreement, credit denominated in Swiss franc, Court of Justice of the European Union, Poland, nullity of contract, restitution.

Depuis quelques années la France fait face au problème des clauses abusives dans les contrats de crédit « en francs suisses »¹. On a intentionnellement mis cette expression entre guillemets. Comme nous le démontrerons plus loin dans cette introduction, ces crédits n'étaient pas octroyés en francs suisses, mais en monnaie nationale et le franc n'était que le point de référence pour déterminer le montant à rembourser. C'étaient en effet des crédits libellés en francs suisses. Il s'agit d'un problème européen. À la fois parce que les contrats fondés sur le

¹ V. par ex. dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue dans les affaires françaises CJUE, 10 juin 2021, n° C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 ; CJUE, 10 juin 2021, n° C-776/19 à C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 et dans la doctrine G. Cattalano, « Prêts en francs suisses : l'Union fait la force des consommateurs », *RDC* 2021, p. 73 ; J. Lasserre Capdeville, « Prêts en franc suisse et clause abusive : caractérisation et incidences », *Gaz. Pal.* 2023, p. 10.

même mécanisme économique ont été conclus dans toute l'Europe et parce que la régulation des clauses abusives dans les contrats de consommation est d'origine européenne : la directive 93/13/CEE pour être précis. Par conséquent, les raisonnements et les résultats juridiques sont très similaires, peu importe la législation applicable au contrat. Malgré tout, il est intéressant d'envisager des exemples venant de l'étranger. Il y a des pays où ce phénomène a des conséquences particulièrement graves. Parmi ces pays on compte la Pologne.

En Pologne, comme dans quelques autres pays européens qui n'appartiennent pas à la zone euro, les crédits « en francs suisses » constituaient une grande partie de tous les crédits consentis aux consommateurs. Les banques ont conclu avec des consommateurs presque un million de contrats de crédit libellés en francs suisses, majoritairement dans les années 2006-2009². On parle d'un ancien pays communiste où plusieurs années après la chute du pouvoir communiste et juste quelques années après l'accession à l'Union européenne, beaucoup de consommateurs n'avaient pas d'accès au crédit stable en monnaie nationale, ils cherchaient donc une option moins chère.

Pour ces consommateurs les banques offraient des crédits « en francs suisses » qui apparaissaient moins chers, mais portaient un risque de variation du taux de change. Le mécanisme était le suivant. Comme indiqué, les crédits concernés n'étaient pas octroyés en francs suisses. La banque versait la somme de prêt en *złoty* polonais (la monnaie nationale de la Pologne) et le consommateur remboursait le crédit également en *złoty* polonais³. Les francs suisses ne servaient que d'outil de calcul du solde dû et de l'apport personnel. Les crédits étaient donc simplement libellés en francs suisses. Deux variations étaient utilisées par les banques.

La première était le crédit dit indexé (*kredyt indeksowany*). Dans cette variation, après le versement du crédit, son montant était converti en francs et c'est le montant converti qui formait le solde dû. Ce dernier était donc exprimé en devise étrangère et c'est sur cette base qu'était calculé le montant de chaque mensualité qui était remboursée en *złoty* polonais au taux de change du jour du paiement.

La seconde était le crédit libellé *stricto sensu* (*kredyt denominowany*). Cette fois-ci, la somme du crédit était exprimée en francs suisses — la somme nominale — mais était versée en *złoty* polonais. Le consommateur était tenu de rembourser la somme nominale en francs suisses, mais il le faisait en *złoty* polonais et le montant de chaque mensualité était calculé en fonction du taux de change du jour du paiement⁴.

² V. M. Gutowski, *Wadliwość umów kredytów frankowych*, C.H. Beck, 2022, p. 1-3.

³ On fait l'abstraction de la possibilité introduite par le législateur en 2011 dans l'article 69 al. 3 de Droit bancaire [La loi du 29 août 1997 — Droit bancaire, JO 2022, item 2324], selon lequel le consommateur peut rembourser le crédit directement en francs suisses. En vérité, cela ne change rien dans sa situation, sauf s'il gagne dans cette devise étrangère, ce qui était extrêmement rare.

⁴ Pour cette distinction v. Raport Rzecznika Finansowego [Rapport du Médiateur Financier], « Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami », juin 2016 [consulté 15 novembre 2023], disponible sur : https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Raport_RF_Kredyty_walutowe.pdf ; I. Karasek-Wojciechowicz, « Niedozwolone postanowienia umowne powodujące brak związania umową oraz przesłanki ich zastąpienia », *Transformacje Prawa Prywatnego* 2021/1, p. 38 ; M. Gutowski, *op. cit.*, p. 14-18.

Ces deux variations sont différentes tant d'un point de vue économique que structurel⁵, mais demeurent équivalentes dans la perspective des risques qu'elles représentent pour les consommateurs. Ces risques concernent les taux de change. En effet, dans le modèle décrit, il est possible que le montant à rembourser soit significativement plus élevé que le montant faisant initialement l'objet du crédit. Il n'a pas fallu attendre longtemps pour que ce risque se réalise. Le franc suisse a perdu sa qualité de monnaie stable et son coût d'acquisition a considérablement augmenté. Par conséquent, les montants exprimés en francs, convertis en *złoty*, ont augmenté et les soldes des crédits n'ont pas diminué. Les consommateurs ont dû rembourser des emprunts et rembourser encore...

Les banques étaient conscientes de la complexité de ces mécanismes et des risques qu'ils engendraient. C'est pourquoi elles proposaient les crédits libellés en francs suisses à des taux d'intérêt assez bas (autour de 4 %). À l'époque, un prêt en monnaie nationale était assorti d'un taux d'intérêt de 8 %, de sorte qu'il semblait intéressant de contracter un prêt en francs suisses⁶. Le profit de la banque était censé provenir de la variation du taux de change, et non du taux d'intérêt. Bien entendu, si le franc suisse avait maintenu les prix bas et stables, le problème n'aurait pas pris de l'ampleur. Mais ce ne fut pas le cas. En même temps, le risque de change n'était pas aussi évident pour le consommateur qu'il l'aurait été avec un prêt versé et remboursé en devises étrangères : un véritable contrat en francs suisses.

Par conséquent, les mécanismes évoqués peuvent, en l'absence d'information précontractuelle concrète, être considérés comme abusifs. Dans cet article seront mis en exergue les risques qui résultent de telles clauses abusives : pour les cocontractants, y compris pour un groupe de plusieurs consommateurs, et pour la société en général (II), ce qui nécessite au préalable l'explication des aspects juridiques de ce phénomène, en particulier sous l'angle des règles régissant les clauses abusives (I).

I) Les clauses abusives dans les contrats de crédit libellé en franc suisse

Pour comprendre le phénomène des crédits « en francs suisses » en Pologne, il faut bien expliquer pourquoi le mécanisme appliqué dans ces contrats est abusif (A) et expliciter les conséquences juridiques de cette qualification (B).

A) Le caractère abusif

Selon les articles 3 et 4 de la directive 93/13/CEE, qui ont été transposés par l'article 385¹ KC (Code civil polonais), sont considérées comme abusives des clauses non négociées qui façonnent les droits et obligations du consommateur d'une manière contraire aux bonnes mœurs, en portant gravement atteinte à ses intérêts. Par principe, sont exclues du contrôle les clauses relatives aux prestations essentielles des parties, y compris le prix ou la rémunération. Mais même cette dernière catégorie de clauses peut faire l'objet du contrôle, si elles sont rédigées de façon obscure et incompréhensible.

⁵ I. Karasek-Wojciechowicz, *loc. cit.* En faveur de leur assimilation totale v. A. Grebieniow, K. Osajda, « Kredyty walutowe. Węzłowe zagadnienia », in *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. VII, 2019, p. 15-16.

⁶ Pour le taux d'intérêt des prêts v. Raport Rzecznika Finansowego, *op. cit.*, p. 3. Cf. aussi le tableau comparatif fait par Z. Kuniewicz, Z. Ofiarski, « Problem dopuszczalności przekształcenia kredytu denominowanego lub indeksowanego do waluty polskiej z uwagi na aubyżwność klauzuli walutowej (uwagi na tle art. 69 PrBank do art. 385¹ § 2 KC) », in M. Romanowski (dir.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, C.H. Beck, 2017, p. 253-254.

Il convient donc d'abord de déterminer si des clauses prévoyant la valorisation par rapport au taux de change du franc suisse concernent les prestations essentielles des parties. Dans le contrat de crédit, il n'est pas douteux que les obligations de verser le montant du crédit et de le rembourser avec des intérêts constituent les prestations essentielles⁷. Mais dans le mécanisme étudié, on ne parle pas des obligations elles-mêmes, mais d'une opération supplémentaire qui permet de calculer leur montant — comment qualifier donc les clauses de valorisation ? La doctrine et la jurisprudence polonaises étaient divisées en la matière⁸. On se concentrera sur la position de droit de l'Union européenne qui nous amènera probablement à une qualification correcte.

La notion d'objet principal du contrat — qui dans la transposition polonaise de la directive a été traduite comme « prestation essentielle » — est une notion autonome de droit de l'Union européenne⁹. Dans la fameuse jurisprudence *Kásler*, la CJUE a accepté une large interprétation de telles clauses¹⁰. Lorsqu'elles quantifient une obligation qualifiée d'essentielle, elles se rattachent ainsi aux prestations essentielles et, de ce fait, ne peuvent faire l'objet du contrôle de leur caractère abusif que si elles ne sont pas transparentes.

Dans le même arrêt, la CJUE a déterminé la notion de transparence et elle l'a fait d'une façon encore plus large. Une stipulation contractuelle n'est pas transparente non seulement si elle est illisible ou rédigée dans un langage peu clair, mais aussi lorsqu'elle ne présente pas le mécanisme de valorisation d'une manière permettant au consommateur d'évaluer, sur la base de critères clairs et compréhensibles, les conséquences économiques découlant du contrat. À côté de la transparence formelle, existe alors la transparence substantielle¹¹. En faisant l'application du critère de transparence ainsi interprétée, on peut en déduire que puisque le consommateur ne comprend pas toujours le mécanisme du crédit libellé et n'a aucune certitude quant aux taux de change à venir, il lui est impossible d'évaluer ses conséquences économiques. La clause concernée est donc non transparente¹². La conclusion est d'autant plus pertinente que les banques n'ont pas communiqué sur ces risques.

La clause de valorisation peut, par conséquent, faire l'objet du contrôle selon les critères des bonnes mœurs et de l'atteinte aux intérêts du consommateur. Une fois jugée non transparente, on peut aisément présumer son caractère contraire aux bonnes mœurs¹³. Elle crée alors un état d'une non-équivalence des prestations entre les cocontractants, et ce dès le moment de la conclusion du contrat. Reste à savoir comment elle porte atteinte aux consommateurs quant aux risques associés au taux de change des devises étrangères ?

⁷ V. *SN* [Cour Suprême de la Pologne], 1 mars 2017, IV CSK 285/16, *Legalis* ; Z. Kuniewicz, Z. Ofiarski, *op. cit.*, p. 249.

⁸ En faveur de la qualification comme établissant les prestations essentielles v. *SN*, 9 mai 2019, I CSK 242/18, *Legalis* ; *SN*, 7 novembre 2019, IV CSK 13/19, *Legalis* ; *SN*, 4 avril 2019, III CSK 159/17, *Legalis* ; *SN*, 13 septembre 2020, I CSK 556/18, *Legalis* ; G. Sikorski, « Nieważność umowy kredytu indeksowanego i denominowanego na skutek zastosowania w niej nieuczciwych postanowień », *Transformacje Prawa Prywatnego* 2021/4, p. 170-171 ; K. Zagrobelny, in E. Gniewek, P. Machnikowski (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, 2023, art. 385¹, n° 8. Dans le sens inverse v. *SN*, 22 janvier 2016, I CSK 1049/16, *Legalis* ; *SN*, 1 mars 2017, IV CSK 285/16, précit. ; *SN*, 14 juillet 2017, II CSK 803/16, *Legalis* ; *SN*, 27 février 2019, II CSK 19/18, *Legalis* ; M. Gutowski, *op. cit.*, p. 182-183 ; M. Wierzbowski, « Niedozwolony mechanizm ustalania przez bank kursu waluty », *Monitor Prawniczy* 2019/22, p. 1234-1235.

⁹ K. Dąbrowska, « Świadczenie główne jako przesłanka indywidualnej kontroli abuzywności wzorca umowy (art. 3851 § 1 KC) w orzecznictwie SN i TSUE », *Monitor Prawniczy* 2021/1, p. 25-26.

¹⁰ CJUE, 30 avril 2014, n° C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282. V. aussi CJUE, 20 septembre 2017, n° C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 ; CJUE, 14 mars 2019, n° C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207 ; CJUE, 3 octobre 2019, n° C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819.

¹¹ V. sur cette question J. Luzak, M. Junuzović, « Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts », *Journal of European Consumer and Market Law* 2019/3, p. 99-100 ; J. Luzak, « Doprecyzowanie zasady transparentności w polskim prawie konsumenckim », *Studia Prawa Prywatnego* 2020/1, p. 47-49.

¹² *SN*, 9 mai 2019, I CSK 242/18, précit. ; M. Gutowski, *op. cit.*, p. 185-186.

¹³ V. dans ce sens P. Mikłaszewicz, in K. Osajda, W. Borysiak (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, 2023, art. 385¹, n° 13.

Sur ce point, deux aspects sont cruciaux. Tout d'abord, dans la majorité de contrats c'était la banque, le prêteur, qui déterminait le taux de change. Par conséquent, la banque était habilitée à déterminer le montant de la prestation de son cocontractant. Peu importe que les taux fussent presque égaux aux taux de marché, la seule possibilité de fixation unilatérale est suffisante pour juger du caractère abusif de la clause¹⁴. En second lieu, c'est le risque qui est à l'origine du caractère abusif d'une telle clause : le risque de change. Les clauses de valorisation ne connaissent aucune limite du risque supporté par le consommateur¹⁵. Le risque de la banque en cas de baisse du franc suisse est intrinsèquement limité par le montant du crédit, alors que si le franc suisse devait augmenter indéfiniment, le consommateur devrait en supporter les conséquences. Ce déséquilibre est une atteinte grave aux intérêts du consommateur qui prouve que les clauses de valorisation concernées sont des clauses abusives dans les contrats de crédits « en francs suisses ».

La particularité des crédits libellés en francs suisses se manifeste également au niveau de la sanction qui les affecte. Pour ces contrats, la stipulation abusive peut même mener à la nullité du contrat tout entier, ce qui aura des conséquences significatives qui seront envisagées dans la seconde partie. Mais d'abord, il faut expliquer comment le contrat devient nul.

B) La nullité du contrat

Lorsqu'une clause est abusive, elle est réputée non écrite. C'est une solution commune en droit européen qui est conforme à l'article 6 alinéa 1^{er} de la directive 93/13/CEE. Par principe, le contrat doit être exécuté en entier, comme si la clause concernée n'avait jamais existé¹⁶. Toutefois, une question se pose du fait que la clause de valorisation — comme nous l'avons indiqué — concerne les prestations essentielles des parties. Cela signifie que les parties (dans ces cas, notamment la banque) n'auraient probablement pas conclu le contrat sans cette stipulation contractuelle¹⁷ et — ce qui est plus important — que le contrat ne peut donc pas exister sans elle¹⁸. La Cour de Justice de l'Union européenne a donc dû répondre d'abord à la question de savoir si la clause abusive pouvait être remplacée. Plus précisément, si une disposition de la loi peut la remplacer.

La jurisprudence de la CJUE préconise deux solutions. Dans l'affaire hongroise déjà citée, c'est-à-dire l'affaire *Kásler*, la Cour a admis le remplacement d'une clause contractuelle par une disposition de la loi. Ce qui est important c'est que c'est une loi qui ne s'applique qu'aux contrats de crédit libellés en francs suisses et qui contient une disposition spécifique, avec effet rétroactif, qui a été adoptée précisément dans le but de remplacer les clauses de

¹⁴ SN, 29 octobre 2019, IV CSK 309/18, *Legalis* ; SN, 7 novembre 2019, IV CSK 13/19, précit. ; SN, 15 novembre 2019, V CSK 347/18, *Legalis* ; SN, 27 novembre 2019, II CSK 483/18, *Legalis* ; G. Sikorski, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵ SN, 27 novembre 2019, II CSK 483/18, précit. ; G. Sikorski, *op. cit.*, p. 167-168.

¹⁶ V. CJUE, 14 juin 2012, n° C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 ; CJUE, 26 janvier 2017, n° C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 ; J. Pisuliński, « Sankcja zamieszczenia w umowie niedozwolonego postanowienia w świetle dyrektywy 93/13/EWG i orzecznictwa TSUE », in M. Romanowski (dir.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, C.H. Beck, 2017, p. 96 ; I. Karasek-Wojciechowicz, *op. cit.*, p. 37 ; G. Sikorski, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷ G. Sikorski, *op. cit.*, p. 177.

¹⁸ V. CJUE, 14 mars 2019, n° C-118/17, précit. ; CJUE, 3 octobre 2019, n° C-260/18, précit. ; Ł. Węgrzynowski, « Wadliwość umowy kredytu frankowego », *Przegląd Prawa Handlowego* 2021/4, p. 49.

valorisation interdites (la Hongrie, ancien pays communiste en dehors de la zone euro, est, comme la Pologne, confrontée à un grand nombre de crédits libellés en francs suisses)¹⁹.

Par contre, dans une affaire polonaise, l'affaire *Dziubak*²⁰, la Cour a exclu le remplacement de la clause abusive par une disposition de la loi. Mais en droit polonais une loi spéciale n'existe pas et la disposition concernée est trop vague pour remplacer à elle seule la stipulation contractuelle. L'article 56 *KC*, qui a été invoqué dans ce contexte, n'édicte pas plus que l'acte juridique produit aussi des effets qui découlent des règles de la vie en société et des usages établis. Les idées d'introduire une référence au taux de change officiel n'avaient donc pas une justification suffisante²¹, dès lors que les juges ne sont pas autorisés à déterminer le contenu de l'obligation contractuelle comme ils l'entendent²². Toutefois, il faut noter que récemment la Cour suprême de la Pologne (*SN*) a autorisé le remplacement d'une clause de valorisation par un facteur de conversion fondé sur un usage établi (art. 56 *KC*), contrairement à la jurisprudence de la CJUE²³.

En effet, en droit polonais, le contrat ne peut pas être maintenu après l'effacement de la clause abusive, ce qui entraîne la nullité du contrat. C'est une nullité particulière. À noter qu'en droit polonais le contrat est nul de plein droit et aucune action en nullité n'est ni nécessaire ni permise²⁴. Pour les contrats nuls en raison de leur caractère abusif, il faut respecter la jurisprudence de la CJUE selon laquelle le consommateur a toujours le dernier mot. Le juge du fond est tenu de l'informer de la clause abusive, puis le consommateur — conscient de l'existence d'une asymétrie d'information — peut décider s'il veut être lié par le contrat²⁵. S'il répond par l'affirmative, le contrat sera valable et la clause de valorisation perdurera inchangée. S'il n'accepte pas d'être lié par le contrat tel qu'il est, le contrat sera nul.

La jurisprudence et la doctrine ont développé beaucoup de théories pour expliquer ce phénomène²⁶. Ce qui est essentiel c'est que le contrat est regardé comme nul avec un effet rétroactif (*ex tunc*), donc dès le début²⁷. Les conséquences de la nullité ne sont pas régies d'une manière exhaustive par la directive 93/13/CEE, même si la Cour de Justice de l'Union européenne lève des doutes ponctuels. Voici comment le droit polonais répond à la question. Les prestations fournies — souvent pendant des dizaines d'années — n'avaient jamais eu le fondement juridique, la cause. Par conséquent les parties sont tenues de rembourser ce qu'elles ont obtenu en exécution du contrat pour restituer le *statu quo ante*.

¹⁹ V. A. Pomeisl, « Foreign Currency Loans in Hungary », in P. Tereszkiewicz, M. Golecki (dir.), *Protecting Financial Consumers in Europe*, Brill, 2023, p. 116.

²⁰ CJUE, 3 octobre 2019, n° C-260/18, précit.

²¹ Cf. notamment I. Karasek-Wojciechowicz, *op. cit.*, p. 75-79.

²² J. Pisuliński, *op. cit.*, p. 96 ; G. Sikorski, *op. cit.*, p. 178.

²³ V. *SN*, 19 septembre 2023, II CSKP 1110/22, *Legalis* ; *SN*, 19 septembre 2023, II CSKP 1495/22, *Legalis* ; *SN*, 19 septembre 2023, II CSKP 1627/22, *Legalis*. Il mérite d'être souligné que ces arrêts ont été rendus par les juges qui avaient été nommés selon une procédure qui ne garantit pas leur indépendance et leur impartialité, v. CJUE, 6 octobre 2021, n° C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798.

²⁴ U. Ernst, A. Rachwał, F. Zoll, *Prawo cywilne. Część ogólna*, LexisNexis, 2013, p. 162.

²⁵ V. CJUE, 4 juin 2009, n° C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 ; CJUE, 21 février 2013, n° C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88 ; Ł. Węgrzynowski, « Wadliwość umowy kredytu frankowego », *op. cit.*, p. 45.

²⁶ Cf. dans la doctrine p. ex. R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, LexisNexis, 2013, p. 597-605 ; J. Pisuliński, *op. cit.*, p. 100-102 ; Ł. Węgrzynowski, « Wadliwość umowy kredytu frankowego », *op. cit.*, p. 43-44 ; M. Gutowski, *op. cit.*, p. 205-213 et dans la jurisprudence *SN*, 6 avril 2018, III CZP 114/18, *Legalis* ; *SN*, 11 décembre 2019, V CSK 382/18, *Legalis* et surtout *SN*(7), 7 mai 2021, III CZP 6/21, *Legalis* (qui approuve la construction de *negotium claudicans*).

²⁷ M. Gutowski, *op. cit.*, p. 291. La nullité rétroactive est la conséquence logique du fait que la clause abusive jugée abusive est réputée comme elle n'a jamais existée (donc avec un effet rétroactif), v. J. Pisuliński, *op. cit.*, p. 97 ; Ł. Węgrzynowski, « Wadliwość umowy kredytu frankowego », *op. cit.*, p. 48.

Mais cette démarche comporte aussi quelques risques à la fois pour des cocontractants et pour la société tout entière que nous allons expliciter dans la seconde partie.

II) Les conséquences de la nullité et les risques associés

La nullité d'un acte juridique entraîne des conséquences significatives, conséquences qui peuvent mener à certains problèmes impactant les personnes concernées. Les risques se manifestent à deux niveaux distincts : ceux qui concernent les parties au contrat (A) et ceux qui ont l'influence plus large et troublent la société en tant que telle (B).

A) Les risques pour les cocontractants

Lorsque le contrat est nul, les parties sont obligées de rembourser tout ce qu'elles ont reçu à titre d'exécution : le consommateur doit rembourser le montant égal à la somme du crédit qu'il a obtenu et la banque toutes les mensualités et tous les intérêts qui ont été payés par le consommateur. En droit polonais, le règlement des parties doit avoir lieu sous le régime de la prestation induite (*nienależne świadczenie*, art. 410 § 2 KC) qui relève du régime de l'enrichissement injustifié²⁸.

L'application de ce régime signifie que chaque partie est tenue d'effectuer le remboursement en une seule fois, ce qui peut s'avérer difficile pour le consommateur. Il s'agit des personnes physiques qui ont été affectées par la hausse du cours du franc suisse et qui ont eu du mal à faire face à leurs obligations et qui, de surcroît, ne disposent pas forcément de sommes suffisantes (plusieurs centaines de milliers de *złoty*) pour effectuer un remboursement intégral. Parfois, elles doivent même contracter un nouveau prêt pour effectuer ce remboursement. C'est un risque pour elles, mais aussi pour les banques qui pourraient ne jamais être remboursées, mais seront tenues d'exécuter le remboursement de leur côté.

Ces effets ont mené la doctrine à proposer une théorie qui permettrait de faire le calcul, jouant comme une compensation en application de laquelle il y aura une seule partie qui sera tenue de rembourser une somme réduite (moins élevée)²⁹. Mais cette théorie n'avait pas de fondement juridique dans le système du droit polonais et chaque partie garde la possibilité de demander à l'autre l'intégralité de la somme due³⁰. De plus, aucune des parties ne peut soulever le droit de rétention. Ce dernier n'est admis que pour des prestations qui sont synallagmatiques, alors que les obligations de verser la somme de crédit et de payer les mensualités et les intérêts ne présentent pas cette caractéristique³¹. Les mesures pour garantir le remboursement sont donc limitées.

Par conséquent, il est possible de constater l'existence d'un risque qui affecte les deux parties au contrat : le risque de défaillance du consommateur, n'étant pas en mesure d'exécuter son obligation de remboursement. Le consommateur est confronté à un problème bien réel qui

²⁸ V. SN, 16 février 2021, III CZP 11/20, *Legalis* ; SN(7), 7 mai 2021, III CZP 6/21, précit. ; M. Gutowski, *op. cit.*, p. 297-304.

²⁹ V. sur cette question Ł. Węgrzynowski, « Teoria salda czy teoria dwóch kondykcji? Zasady rozliczeń z nieważnej umowy kredytu frankowego », *Przegląd Prawa Handlowego* 2021/5, p. 34-36 et la jurisprudence évoquée par cet auteur.

³⁰ V. SN, 16 février 2021, III CZP 11/20, précit. ; SN(7), 7 mai 2021, III CZP 6/21, précit. et dans la doctrine F. Zoll, M. Bujalski, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », in A. Olejniczak (dir.), *System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, C.H. Beck, 2023, p. 1320 ; Ł. Węgrzynowski, « Teoria salda czy teoria dwóch kondykcji? Zasady rozliczeń z nieważnej umowy kredytu frankowego », *op. cit.*, p. 39-40.

³¹ F. Zoll, M. Bujalski, *op. cit.*, p. 1319-1320.

peut négativement impacter son budget personnel. A cela s'ajoutent d'autres difficultés. Outre les conséquences classiques, c'est-à-dire, par exemple, l'obligation de payer des intérêts de retard, l'incapacité à s'acquitter de la dette envers la banque risque de se traduire à l'avenir par une perte de capacité d'emprunt. Les conséquences sont donc non négligeables.

Le même risque concerne aussi la banque. Si le consommateur ne dispose pas de fonds, la banque ne pourra pas répondre à la demande en matière de crédit. En effet, la nullité du contrat de prêt a pour effet d'entraîner la caducité de l'hypothèque qui le garantit³². En droit polonais, l'hypothèque est un droit accessoire³³. Cela signifie que si l'obligation que l'hypothèque était censée garantir n'existe pas — et elle n'existe pas, car le contrat de crédit est rétroactivement nul — l'hypothèque elle-même n'a pas été valablement constituée³⁴. La banque ne dispose donc d'aucune garantie d'une créance qui ne peut pas être honorée et supporte ainsi toutes les conséquences économiques du risque d'insolvabilité du consommateur, ce dernier étant effectivement devenu propriétaire du bien immobilier concerné.

La question du remboursement, intéressante d'un point de vue théorique, présente également une grande importance pratique. Comme la banque doit restituer les intérêts payés, elle ne gagnera finalement pas d'argent sur le contrat de prêt. Le fait est en revanche que le consommateur a bénéficié, plusieurs années auparavant, d'un crédit qui lui a permis d'acheter un bien immobilier. Le montant qu'il a ensuite progressivement restitué. D'un point de vue économique, on peut donc parler d'un crédit gratuit. C'est dans ce contexte qu'est née l'idée que la banque pourrait réclamer une rémunération pour l'utilisation non contractuelle (et donc injustifiée) du capital, compensant ainsi, au moins en partie, les intérêts non perçus³⁵. Cette question avait été posée à la CJUE qui a déclaré sans équivoque que la banque n'a pas le droit à une telle demande, parce qu'elle devrait être sanctionnée pour l'introduction des clauses abusives dans le contrat³⁶.

Ces « crédits gratuits » ont également reçu un accueil mitigé de la part du public.

B) Les risques pour la société

Les « crédits gratuits » ont bouleversé la société polonaise. Ils sont souvent décrits comme injustes en ce qu'ils mettent des consommateurs ayant contracté les prêts en *złoty* polonais dans une position désavantageuse. On a mentionné que les crédits libellés en francs suisses étaient beaucoup moins chers (en termes de taux d'intérêt) et, par conséquent, étaient proposés aux consommateurs qui — en raison de leur capacité d'emprunt limitée — ne pouvaient pas conclure le contrat de crédit en *złoty* polonais. Les effets juridiques de la nullité mènent à la situation où les consommateurs qui au moment de la conclusion du contrat

³² Le droit polonais ne connaît pas la distinction entre la nullité et la caducité. D'un point de vue formel, l'hypothèque sera donc nulle, mais d'un point de vue fonctionnel on peut parler ici de la caducité.

³³ J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Wolters Kluwer, 2022, p. 326.

³⁴ *Ibidem* ; SN, 11 décembre 2019, V CSK 382/18, précit.

³⁵ V. SN, 29 juillet 2021, I CSKP 146/21, *Legalis* et dans la doctrine p. ex. P. Wajda, I. Stolarski, « Wynagrodzenie z tytułu bezumownego korzystania z kapitału pieniężnego – glosa – I ACa 635/19 », *Monitor Prawniczy* 2020/18, p. 978-979.

³⁶ CJUE, 15 juin 2023, n° C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478. C'est aussi la conséquence d'effet dissuasif de la directive 93/13/CEE, v. CJUE, 30 mai 2013, n° C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341.

étaient plus organisés, plus entreprenants et en meilleure situation financière subissent *de facto* les conséquences négatives de ces qualités³⁷.

L'ampleur du problème mérite également d'être signalée. La stabilité du secteur financier revêt une grande importance pour la société tout entière. Selon le président de *Komisja Nadzoru Finansowego* (l'équivalent polonais de l'Autorité des marchés financiers), il est estimé que les conséquences décrites de la jurisprudence de la CJUE pourraient entraîner une perte de 100 milliards de *złoty* polonais pour le secteur bancaire en Pologne³⁸. Ces coûts sont susceptibles d'être répercutés sur les clients de la banque, y compris les consommateurs, dans le prix des services offerts³⁹. Dans une économie de marché, il n'existe aucun moyen d'imposer que toutes les conséquences négatives soient effectivement supportées par les seules banques.

Les arguments critiques sont donc forts et font augmenter les tensions sociales. L'augmentation du prix des services bancaires (surtout au vu de la situation économique en général) et le sentiment d'inégalité sont susceptibles de polariser le public concerné par la résolution du problème des crédits libellés en francs suisses. Toutefois, ces arguments ne peuvent pas amener les juges du fond polonais à modifier leur position. Ceci est dû à un certain nombre de valeurs fondamentales que sous-entend la directive 93/13/CEE.

Les effets dissuasif et répressif de la directive, tout d'abord. Comme indiqué, la directive vise non seulement à éliminer les clauses abusives d'un contrat spécifique, mais aussi à lutter contre l'application de clauses abusives en général⁴⁰. Pour le faire, les conséquences négatives d'une telle stipulation doivent être supportées par le commerçant, en l'occurrence par la banque. Il s'agit d'une sanction de la pratique en question, qui, au moins formellement, sera supportée par le commerçant. Cela entraînera pour lui des coûts et des litiges, ces derniers longs et nombreux.

En outre, le problème des crédits libellés en francs suisses, comme tous les problèmes sociaux, doit être analysé dans une perspective plus large, incluant la prise en compte du contexte politique. Nous avons décrit l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, qui donne des indications strictes sur l'interprétation de la directive et sur les conséquences du caractère abusif de la clause de valorisation et, par conséquent, sur les effets de la nullité du contrat. Les arrêts de la CJUE doivent être respectés, surtout à l'heure actuelle. Étant donné qu'il existe un conflit autour des valeurs démocratiques fondamentales en Pologne, dans lequel une position importante vient d'être prise par la CJUE⁴¹ — une position qui est déjà contestée

³⁷ V. L. Balcerowicz, « Destrukcyjne odszkodowania dla frankowiczów », *Rzeczpospolita* 18 mars 2021 [consulté 26 novembre 2023], disponible sur : <https://www.rp.pl/opinie-ekonomiczne/art221051-leszek-balcerowicz-destrukcyjne-odszkodowania-dla-frankowiczow>.

³⁸ « Stanowisko Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego przygotowane na rozprawę przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-520/21 w dniu 12 października 2022 r. » [Position du président de l'Autorité de surveillance financière préparée pour l'audience devant la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-520/21, le 12 octobre 2022 ; consulté 27 novembre 2023], p. 5 ; disponible sur : https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stanowisko_przygotowane_na_rozprawe_%20przed_Trybunałem_Sprawiedliwosci_Unii_Europejskiej_ws_C-520_21.pdf.

³⁹ V. L. Balcerowicz, *loc. cit.*

⁴⁰ Cet argument est également présent dans ce contexte social — dans la polémique avec le texte de L. Balcerowicz déjà cité, v. E. Łętowska, « Krajobraz po czy przed bitwą o franki? Polemika z prof. Balcerowiczem », *Rzeczpospolita* 24 mars 2021 [consulté 29 novembre 2023], disponible sur : <https://www.rp.pl/opinie-ekonomiczne/art8637231-ewa-letowska-krajobraz-po-czy-przed-bitwa-o-franki-polemika-z-prof-balcerowiczem>. Pour le contexte strictement juridique v. note 36.

⁴¹ V. p. ex. CJUE, 24 juin 2019, n° C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 ; CJUE, 15 juillet 2021, n° C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 ; CJUE, 6 octobre 2021, n° C-487/19, précit. ; CJUE, 5 juin 2023, n° C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 ; CJUE, 13 juillet 2023, n° C-615/20 et C-671/20, ECLI:EU:C:2023:562.

comme n'étant pas contraignante⁴² — il n'y a pas de place pour s'écarter de l'esprit de la jurisprudence européenne. Décider de l'écarter sur une question, telle que les crédits libellés en francs suisses, pourrait être utilisé comme un argument en faveur du relâchement sur une autre question, telle que le problème de l'État de droit, et cela ne peut pas être autorisé. Ainsi, malgré les arguments économiques, d'un point de vue juridique, le problème des crédits « en francs suisses » doit être résolu de la manière que nous avons présenté dans les sections précédentes du texte.

Eu égard à tout ce qui précède, l'application des clauses abusives dans les contrats de consommation peut mener non seulement aux risques pour des cocontractants, mais aussi engendrer des risques des tensions sociales d'une grande ampleur. Ces risques ne peuvent pas être facilement évités.

⁴² La question du respect de la jurisprudence de CJUE fait partie d'une discussion plus large qui comprend également la contestation (non-justifiée) de la conformité des traités européens avec la Constitution polonaise, v. *in extenso* Z. Nowicka, « Kontrola konstytucyjności a prawo pierwotne Unii Europejskiej », *Europejski Przegląd Sądowy* 2023/1, p. 4-12.

Les conséquences d'une mauvaise définition du consommateur et du professionnel sur la protection de l'investissement. Étude comparée des droits américain, français et marocain

Marouane RHARTAOUI

Doctorant en droit privé, Université de Haute-Alsace, CERDACC

Résumé :

Par principe, le droit de la consommation est un droit qui protège le consommateur par des dispositions plus protectrices que les autres droits. C'est la raison pour laquelle il est important de définir le consommateur et son opposé (le professionnel). Ainsi, un investisseur peut être qualifié de consommateur et invoquer le droit de la consommation pour nuire à une entreprise concurrente. Par conséquent, cela peut décourager l'investisseur à investir dans un pays et peut le conduire à investir dans un autre. Plusieurs pays disposent de législations protectrices des consommateurs, parmi eux seuls la France, les États-Unis, et le Maroc seront étudiés dans cet article. L'étude vise à comparer la définition du consommateur et son opposé, identifier les convergences et les divergences entre les trois droits, et ce, afin de savoir qui est le pays qui a bien délimité le champ d'application du droit de la consommation.

Mots-clés :

Droit de la consommation, Consommateur, Professionnel, France, Maroc, États-Unis, Investissement, réforme, Définition, Modification

Abstract:

As a matter of principle, consumer law is a law that protects the consumer through provisions that are more protective than other laws. That's why it's important to define who is a consumer and who is not. If the field of application of consumer law is incorrectly defined, some individuals may benefit from it when they should have been excluded from the protective legislation of consumer law. On the other hand, by correctly identifying those who can benefit from consumer legislation, protection can be attributed to those who really deserve it. In this way, an investor does not run the risk of seeing one of his competitors invoke consumer law to harm his business. As a result, the investor may be discouraged from investing in one country and may decide to invest in another. Several countries have consumer protection legislation, but only France, the United States and Morocco are examined in this article. The aim of the study is to compare the definition of the consumer and its opposite (the professional) to identify the convergences and divergences between the three laws, and to determine which country has properly delimited its scope of application. What's more, this comparative study has produced a host of proposals that could lead to better definitions of the consumer and the professional in the three legal systems.

Keywords:

Consumer law, Consumer, Professional, France, Morocco, United States, investment, reform, definition, modification

Un droit permettant de reconnaître facilement le consommateur et le professionnel dans chaque rapport contractuel pour lui permettre ou non de bénéficier des dispositions protectrices de la législation consumériste permet d'encourager l'investissement.

Actuellement, plusieurs pays se sont dotés de législations protectrices du consommateur¹. Ces législations accordent une protection renforcée à la personne qui en bénéficie². Par conséquent, la prudence s'impose notamment par rapport aux définitions qui permettent de reconnaître ceux qui peuvent en bénéficier. Un investisseur peut être poussé à investir ailleurs lorsque ses concurrents peuvent invoquer cette législation à son encontre à cause d'une mauvaise délimitation de son champ d'application. Pour certains investisseurs, « une mauvaise loi » consumériste ne constitue pas à elle seule une cause de découragement de l'investissement. Cependant, si elle s'ajoute à d'autres inconvénients comme une mauvaise proportion de la dette publique aux recettes budgétaires³ ou de mauvais indicateurs du PIB ou de l'inflation, l'opérateur peut décider de ne pas investir. Dans cette optique, s'il est possible d'augmenter la notation de l'environnement d'investissement d'un pays par les agences de notation,⁴ ne serait-ce que d'un point, c'est une bonne chose. Le droit de la consommation avec de bonnes définitions peut permettre cela.

Une des questions que peut se poser un juriste français est la suivante : est-ce que les pays d'en dehors de l'Union européenne disposent de la même définition du consommateur et du professionnel ?

Certainement, chaque pays a ses particularités le conduisant à adopter des textes de loi qui diffèrent des autres comme le droit à l'héritage. Cependant, dans certains domaines tels que la consommation, il est difficile d'accepter des textes protecteurs qui diffèrent d'un pays à l'autre. En effet, grâce à la mondialisation, les modes de consommation de biens et de services diffèrent peu. Par conséquent, un consommateur français ne peut pas être défini différemment d'un consommateur américain ou d'un consommateur marocain puisqu'ils consomment tous des biens et des services. De plus, grâce à l'achat par Internet, il est difficile d'accepter l'existence de définitions différentes du consommateur et du professionnel.

En revanche, il est possible d'admettre que la différence réside au niveau des détails qui sont dénués d'impact sur la définition du consommateur. Ainsi, l'un aime consommer le thé vert et l'autre le lait. La comparaison entre la définition du consommateur dans les autres législations est dès lors légitime. Ce même raisonnement peut aussi s'appliquer à l'autre partie du contrat de consommation, à savoir le « *professionnel* » en droit français, ou appelé le « *fournisseur* » en droit marocain et recevant différentes appellations en droit américain. Bien que ce terme diffère d'un pays à l'autre, le professionnel est la personne disposant de plus d'informations sur le bien ou le service et fait de sa vente, sa profession.

¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, *Droit de la consommation*. 10^e éd. 2020. Paris, Dalloz ; 2020, pp. 3-2.

² *Ibid*, p. 28.

³ Selon la définition donnée par l'OCDE, le ratio dette publique sur PIB permet de mesurer la dette brute des administrations publiques d'un pays en pourcentage du produit intérieur brut. Il constitue un indicateur clé pour la viabilité des finances publiques. The OECD. [Consulté 13 nov. 2023]. Administration publique - Dette des administrations publiques - OCDE Data. Disponible sur : <http://data.oecd.org/fr/gga/dette-des-administrations-publiques.htm>.

⁴ A. Devillard, Comment les agences de notation évaluent-elles les pays ? *Sciences et Avenir*. 2012 [Consulté 13 nov. 2023]. Disponible sur : https://www.sciencesetavenir.fr/decryptage/comment-les-agences-de-notation-evaluent-elles-les-pays_37072.

De même, la comparaison de la définition du consommateur et du professionnel entre le droit des États-Unis, le droit français et le droit marocain, peut être intéressante parce que le droit américain relève de la *Common Law*, le deuxième du droit romano-civiliste, alors que le droit marocain s'inspire lui du droit français.

La comparaison permet de savoir s'il y a des ressemblances et des divergences entre les systèmes étudiés, et de déterminer qui a le mieux défini le consommateur et le professionnel, et, enfin, quelles sont les modifications qui peuvent être apportées aux définitions retenues. Les trois droits, français⁵, américain⁶ et marocain⁷, disposent de plusieurs lois protectrices du consommateur. Cependant, parmi les trois, le droit de la consommation français est le seul à disposer d'un Code de la consommation réservant un article liminaire⁸ à la définition du consommateur, du professionnel et du non professionnel. Ce code traduit parfaitement⁹ l'approche consumériste du droit français. Ces définitions sont tellement devenues parties intégrantes du droit de la consommation français qu'il est difficile de l'imaginer sans son article liminaire.

La question qui se pose est alors de savoir, en dehors de quelques différences apparentes, quelles sont les convergences et les divergences entre le droit français, le droit des États-Unis et le droit marocain lorsqu'il s'agit de la définition du consommateur (I) et du professionnel (II).

I) Le terme consommateur au regard des trois droits américain, français et marocain

Par rapport au droit français de la consommation, le terme consommateur diffère, selon qu'il s'agisse du droit américain (A) ou du droit marocain (B).

A) La comparaison des définitions du consommateur en droit américain et en droit français

Pour la législation des États-Unis, le consommateur peut être une personne physique ou une personne morale. Alors que pour le droit de la consommation français, le consommateur est nécessairement une personne physique¹⁰.

En vertu du Code de commerce uniforme¹¹ (UCC) des États-Unis, qui est un ensemble de lois universellement adoptées par les États pour réglementer les transactions commerciales interétatiques, le terme « *consommateur* » [...] « *désigne un individu qui conclut une*

⁵ Code de la consommation, article liminaire.

⁶ Aux États-Unis, on distingue les lois fédérales et les lois nationales comme l'acte sur la Commission fédérale du commerce, la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)*, la *Gramm-Leach-Bliley Act (GLB Act)*, la *Truth in Lending Act (TILA)*, la *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*, la *Fair Debt Collection Practices Act (FDCPA)*.

⁷ 21 ص 2006، دجنبر 23، العدد 23، مجلة الشرطة، لحماية المستهلك، الأليات لقانونية لحمية المستهلك، محمد دحمان،

⁸ En France, dans ce sens, Y. Picod, « *Les nouvelles définitions de l'article liminaire du Code de la consommation* ». *Droit et procédures - la revue des huissiers de justice*. 1 sept 2016, n°6, pp. 24-7 ; le consommateur est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ».

⁹ Ce rôle de pilote se retrouve notamment dans la relation entre le droit de la consommation et le Code monétaire et financier et se manifeste à travers le dispositif mis en place en matière de commercialisation à distance des services financiers contenu dans le Code de la consommation. Dans ce sens, T. Granier, « *La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier* », *Bulletin Joly Bourse*. 1^{er} janv 2006, n°1, page 7.

¹⁰ Article liminaire du Code de la consommation définit le consommateur comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ».

¹¹ « *Le Code de commerce uniforme (UCC) est un ensemble complet de lois régissant toutes les transactions commerciales aux États-Unis. Il ne s'agit pas d'une loi fédérale, mais d'une loi d'État adoptée de manière uniforme* ». Uniform Commercial Code. [Consulté 10 déc 2023]. Disponible sur : <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc> <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>.

transaction principalement à des fins personnelles, familiales ou domestiques »¹². De plus, selon la loi *Dodd-Frank*¹³, le terme « consommateur » désigne « un individu ou un agent, un fiduciaire ou un représentant agissant pour le compte d'un individu »¹⁴. De même, dans une autre législation fédérale, notamment la *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*¹⁵, qui restreint l'utilisation des informations détenues par les agences de renseignements sur les consommateurs, le terme consommateur désigne « un individu »¹⁶. Également, dans une *state law*¹⁷, le consommateur est un « individu qui recherche ou acquiert, par achat ou par location, des biens ou des services à des fins personnelles, familiales ou domestiques »¹⁸. Certes, le terme « individu » utilisé dans ces différentes définitions peut laisser entendre qu'il concerne la personne physique, comme c'est le cas de la notion de consommateur en droit de la consommation français, mais ce n'est pas le cas comme peuvent le démontrer plusieurs décisions rendues par les juridictions de certains États des États-Unis précisant le terme « individu ». En effet, en droit américain, ce terme concerne la personne physique et la personne morale¹⁹. Ainsi, la loi de l'État de Texas, sur les pratiques commerciales trompeuses et la protection des consommateurs (DTPA), définit le consommateur comme « un individu, un partenariat, une société, un État, ou une subdivision ou une agence de cet État qui recherche ou acquiert par achat ou par location, tout bien ou service »²⁰.

Cela veut-il dire que le droit des États-Unis ne distingue pas entre la personne physique et la personne morale ?

Pour ce droit, une personne morale qui a différentes appellations comme « *legal person* » ou « *artificial person* » se distingue de la personne humaine²¹.

À notre sens, les deux ne peuvent pas se partager la même définition du « consommateur », car une personne morale ne peut être à la poursuite d'un « usage personnel » et notamment « familial ». Il est possible de débattre sur la signification du mot « personnel » et de dire que certaines personnes morales peuvent acheter des biens et des services pour un usage personnel, mais il est difficile de considérer qu'une personne morale puisse avoir un usage familial. Une séparation de la personne morale de la personne physique dans la définition du consommateur en droit américain s'impose donc.

Pour le droit de la consommation français, la distinction entre la personne physique et la personne morale apparaît explicitement dans la définition du consommateur et du non professionnel. Le premier est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas

¹² Traduction *deepl* ; UCC § 1-201.

¹³ La *Dodd-Frank Act*, promulgué le 21 juillet 2010, est une loi qui a pour objectif la réforme des produits dérivés, afin d'assurer une meilleure protection des consommateurs contre les ventes abusives de crédits et de cartes bancaires etc...

¹⁴ 12 *United States code* (U.S.C.) § 5481.

¹⁵ C'est une loi (titre VI de la loi sur la protection du crédit à la consommation 5 U.S.C. §§ 41-58) qui protège les informations collectées par les agences de renseignements sur les consommateurs, telles que les bureaux de crédit, les sociétés d'information médicale et les services de contrôle des locataires.

¹⁶ 15 *United States code* (U.S.C.) § 1681(a)-(c) ; vu en ce sens Federal Trade Commission. 2013. *Fair Credit Reporting Act*, [Consulté 13 nov 2023], disponible sur: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/fair-credit-reporting-act>

¹⁷ Voir, par exemple, *California civil code* (Cal. Civ. Code) § 1761(d).

¹⁸ Traduction *deepl*.

¹⁹ Voir *Ba dnk of U. S. v. State, 12 Smedes & M. (Miss.) 400* ; *State v. Bell Telephone Co. 30 Ohio St. 310, 38 Am. Rep. 583* ; *Pennsylvania it. Co. v. Canal Com'rs, 21 Pa. 20*.

²⁰ Voir, par exemple, *California civil code* (Cal. Civ. Code) § 1761(d).

²¹ Texas Business and Commerce Code (*Tex. Bus. & Com. Code*) § 17.45(4).

²² LII / Legal Information Institute. [Consulté 24 oct 2023]. *artificial person*. Disponible sur: https://www.law.cornell.edu/wex/artificial_person

dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; »²² et le second est « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles »²³. Ainsi, la personne morale qui peut être qualifiée de non professionnel peut bénéficier d'une multitude de dispositions protectrices du Code de la consommation²⁴.

De plus, concernant le critère finaliste, bien que les deux droits, français et américain, mentionnent le critère finaliste dans la définition du consommateur, dans le premier il est négatif²⁵ et dans le second il est positif²⁶.

B) La comparaison des définitions du consommateur en droit français et marocain

Le droit français et le droit marocain, relèvent du droit romano-civiliste puisque le second s'inspire du premier²⁷. Cependant, leur différence réside dans le fait que le droit marocain n'a pas un code de la consommation, mais des lois²⁸ comme le droit américain. Pour le droit du Royaume chérifien, une seule loi concerne directement le consommateur comme peut le démontrer son nom, la loi 31-08 de 2011 édictant des mesures de protection du consommateur.

Curieusement, la définition du consommateur dans cette loi est semblable plutôt à celle adoptée par le droit américain qu'au droit français dans la mesure où le législateur marocain a réuni la personne physique et la personne morale au sein d'une même définition comme l'atteste l'article 2 de loi marocaine loi 31-08 qui définit le consommateur comme « toute "personne physique ou morale" qui acquiert ou utilise pour la satisfaction de ses besoins non professionnels des produits, biens ou services qui sont destinés à son usage personnel ou familial »²⁹. Or, la même remarque peut être faite pour le droit marocain, une personne morale ne peut pas avoir une vie « familiale ».

De plus, l'ambiguïté entourant la protection se manifeste également dans certaines des dispositions de la loi 31-08. Ainsi, l'article 74 qui délimite le champ d'application du crédit à la consommation, précise qu'il s'applique aux personnes physiques³⁰, alors que l'article 75 de la

²² *Ibid.*, artificial person.

²³ Dans le rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, sur le projet de loi, ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (n° 3814) par Mme Audrey LINKENHELD, Députée. Dans son article 2 « *Cet amendement vise à clarifier la définition du non-professionnel, qui se situe entre le professionnel et le consommateur. La rédaction initiale risquerait de conduire à exclure le non-professionnel de la même protection qu'un consommateur au sens classique. Cela est important, car, au sein des non-professionnels, on retrouve les associations, les syndicats de copropriétaires, les comités d'entreprise* ».

²⁴ Ainsi, elles peuvent bénéficier de la protection contre de l'article L. 121-5 du Code de la consommation.

²⁵ Dans l'article liminaire du Code de la consommation français, le « *Consommateur : toute personne physique 'qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ».

²⁶ Dans le droit américain, par exemple, une « *state law* », *California Civil Code* § 1761(d) le consommateur est un « *individu qui recherche ou acquiert, par achat ou par location, des biens ou des services à des 'fins' personnelles, familiales ou domestiques* ».

²⁷ O. Azziman , *La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain. Le Maroc actuel*, 1992, pp. 251-72.

²⁸ Comme la loi 07-28, du 11 février 2010, relative à la sécurité, sanitaire des produits alimentaires, la loi 06-25 du 23 mai 2008 relative aux signes distinctifs d'origine et de qualité des denrées alimentaires et des produits agricoles et halieutiques, la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, la loi 05-53 du 30 novembre 2007 relative à l'échange électronique de données juridiques, la loi 03-07 du 11 novembre 2003 relative aux systèmes de traitement automatisé des données, la loi 17-88 du 10 septembre 1993 relative à l'indication de la durée de validité sur les conserves et assimilées et les boissons conditionnées destinées à la consommation, la loi édictant des mesures relatives à l'inspection sanitaire et qualitative des animaux vivants et des denrées animales ou d'origine animales, la loi 13-83 du 5 octobre 1984 relative à la répression des fraudes sur les marchandises.

²⁹ Article 2 de la loi n° 31-08 de 2011.

³⁰ Article 74 de loi 31-08 : « *Sous réserve des dispositions de l'article 75, les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout crédit à la consommation défini comme toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre onéreux ou gratuit, par un prêteur à un emprunteur qui est consommateur tel que défini à l'article 2* ».

même loi, tiret 2, exclut de son champ d'application les personnes morales de droit public, ce qui peut laisser entendre que certaines personnes morales de droit privé lorsqu'elles agissent à des fins personnelles, peuvent être protégées par le droit de la consommation³¹. Cependant, sur ce point, le Code de la consommation français a fixé son champ d'application sans ambiguïté en excluant les personnes morales, comme le démontre le 2° de l'article L. 311-1³². De même, la définition de la loi marocaine est marquée par une certaine redondance. En effet, il y a l'utilisation « *des besoins non professionnels* » et de son synonyme « *usage personnel ou familial* ». À notre sens, se limiter à « *ses besoins non professionnels* » des produits, biens ou services est suffisant.

II. Le terme professionnel au regard des trois droits américain, français et marocain

Pour désigner l'opposé du consommateur, la personne contre qui les règles du droit de la consommation sont venues pour assurer sa protection, le droit des États-Unis, le droit français et le droit marocain adoptent des termes et des définitions différentes pour désigner la même personne. Dans un premier temps, il convient de faire une comparaison entre le droit marocain et le droit français (A) et, dans un second temps, comparer le droit américain et le droit français à cet égard(B).

A. La comparaison de la définition du professionnel en droit français et en droit marocain

Si le droit français définit, le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »³³, le droit marocain ne reprend pas les mêmes termes. En effet, il utilise la notion de « *fournisseur* » qui est défini comme « *toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale* »³⁴.

Opter pour le terme « *fournisseur* » semble ne pas être adapté puisqu'il n'englobe pas tous les professionnels. La seconde difficulté est que la définition du « *fournisseur* » dans la loi marocaine se contredit puisqu'elle fait référence à l'entreprise et aux distributeurs, d'où l'absence de l'exigence d'immatriculation du groupement. Or, dans la définition, l'immatriculation est indispensable. En effet, elle concerne « *toute personne physique ou morale* », ce qui exclut du champ d'application de la loi 31-08, de 2011 les fournisseurs n'étant pas une entité immatriculée³⁵.

Le même problème se pose également pour la définition du professionnel en droit de la consommation français. Le professionnel est « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »³⁶. Il existe donc une ambiguïté, dans la définition du professionnel s'agissant de l'immatriculation. En effet, en droit français, il y a des sociétés et des groupements d'intérêt

³¹ Article 75 de la loi 31-08 : « *Sont exclus du champ d'application du présent chapitre : - ceux qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public ;* »

³² Dans ce sens : Y. Picod, *Droit de la consommation*. Paris: Sirey; 2023, p. 490 (Sirey université = Université S.).

³³ Article liminaire du Code de la consommation.

³⁴ La loi 31-08 de 2011, art. 2, al. 3.

³⁵ Notamment comme les sociétés créées de fait ou les sociétés en participation.

³⁶ C. Conso. Art. Lim.

économique qui doivent être immatriculés pour avoir une personnalité morale. Toutefois, il existe des personnes morales non immatriculées comme la société créée de fait et des personnes immatriculées qui ne sont pas des personnes morales.

À notre sens, viser la personne morale est un choix *a priori* pertinent, mais finalement inadapté.

La pertinence de l'emploi du terme de « *personne morale* » permet à ce que son écran protège les membres des sanctions qui peuvent résulter des amendes administratives, à la suite d'une condamnation pour non-respect du droit de la consommation.

Toutefois, le terme est inadapté parce que d'abord pour protéger le consommateur, le droit de la consommation, français et marocain, cherche à savoir si la personne morale (le professionnel ou fournisseur) exerce ou non une activité économique et non pas si elle est immatriculée au registre du commerce. D'autre part, il peut y avoir une entité non immatriculée exerçant une activité économique, et donc passant des contrats avec le consommateur, mais ça ne rentre pas dans la définition, car ce n'est pas une personne morale. Mais, c'est une personne physique simplement. Par conséquent, pour le simple investisseur, qui ne comprend pas ou comprend peu le droit de la consommation français, de telle ambiguïté peut le décourager à investir.

Il convient de trouver une définition du professionnel claire et simple qui se désintéresserait de l'immatriculation et qui engloberait les différentes entités, immatriculées ou non immatriculées, lucratives ou non lucratives pour éviter toute ambiguïté.

À notre sens, il est possible de remplacer dans la définition du professionnel, dans le droit français et le droit marocain, « *toute personne morale* » par « *toute personne ou tout groupement, immatriculé ou non immatriculé, public ou privé, exerçant activité économique consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* ». Cette modification permettrait à toute entité, personne morale ou non, d'être qualifiée de professionnel ou de non professionnel. De plus, préserver la « *personne morale* » dans la définition permettrait à ses membres de se protéger grâce à son écran protecteur contre les sanctions du droit de la consommation. En revanche, pour le droit français, il nous semble que pour appliquer cette proposition, c'est au droit européen qu'il faudrait s'adresser, puisqu'il ne s'agit que d'une transposition des définitions du professionnel et du consommateur qui figurent dans la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

Cette modification permettrait de supprimer la notion de « *non professionnel* »³⁷ de l'article liminaire du Code de la consommation français et de garder la définition de consommateur et de professionnel. En effet, la notion de non professionnel est une notion qui a pour objet, de protéger certaines personnes morales comme les associations, les syndicats de copropriétaires, les comités sociaux et économiques qui agissent à des fins non professionnelles. Une définition du non professionnel dans l'article liminaire laisse entendre qu'il s'agit de personnes morales qui sont titulaires de cette qualification et par conséquent peuvent invoquer les dispositions du Code de la consommation à chaque fois sans conditions. Or, ces dernières ne sont pas toujours titulaires de ce privilège, puisqu'elles peuvent être

³⁷ *Ibid* : Le non-professionnel est « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ».

qualifiées de professionnel ou de non professionnel, comme le démontrent plusieurs décisions rendues par la Cour de cassation. A titre d'exemple, un comité social et économique, dans une décision rendue³⁸ le 15 juin 2016 et dans celle rendue le 5 juillet 2017³⁹, a été qualifié de non professionnel. Cependant, dans d'autres décisions⁴⁰, notamment celle rendue le 29 mars 2017 et une autre rendue⁴¹ le 29 mars 2017, il a été qualifié de professionnel.

Concernant le terme « *fournisseur* », utilisé par la loi marocaine, la simple lecture ne suffit pas à comprendre sa définition, mais il faut revenir à la définition du consommateur dans la même loi pour bien cerner sa définition. En effet, le fournisseur est « *toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale.* ». Selon le dictionnaire *le Robert*, le fournisseur est une « *Personne qui fournit des marchandises à des clients, à des marchands* ». Quant à la marchandise, elle se définit comme « *Tout produit (denrées, matières premières, objets manufacturés) susceptible d'être acheté ou vendu, en gros ou au détail* ». Cela veut-il dire que le fournisseur est la personne physique ou morale qui exerce une activité professionnelle qui consiste à vendre tout type de produits ? Mais qu'en est-il des services ? Font-ils partie des marchandises ? Pour répondre à cette question, il faut alors revenir à la définition du consommateur qui précise qu'il est une « *'personne physique ou morale' qui acquiert ou utilise pour la satisfaction de ses besoins non professionnels 'des produits, biens ou services' qui sont destinés à son usage personnel ou familial* ». Or, il est préférable d'avoir une définition claire et précise pour simplifier sa compréhension pour les investisseurs.

B. La comparaison de la définition du professionnel en droit français et en droit américain

Pour le Code de la consommation français, le professionnel est « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »⁴².

En droit américain, il n'y a pas une définition du professionnel similaire à celle connue du droit de la consommation français. Le Code des États-Unis⁴³, précise que la commission a le pouvoir sur les « *personnes, partenariats ou sociétés, à l'exception des banques, des institutions d'épargne et de prêt [...], des coopératives de crédit fédérales [...], des transporteurs publics [...] et des personnes, partenariats ou sociétés dans la mesure où ils sont soumis à la loi sur les chantiers navals et les entrepôts* »⁴⁴. Cela n'est pas étonnant puisqu'il s'agit d'une loi qui concerne les « *méthodes de concurrence déloyale illégales ; prévention par la Commission* »

³⁸ Civ. 1^{re}, 15 juin 2016, n°15- 17.369, P I, n° 136 – ADDE : Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16- 20.748, P I, n° 168 –cependant : Civ. 1^{re}, 22 janv. 2020, n° 18- 21.155, P.

³⁹ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-20.748 P+B Civ. 1^{re}, 15 juin 2016, n° 15-17.369, *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 163

⁴⁰ Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 15-26766.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² C. Conso. Art. Lim.

⁴³ Le code des Etats unis comporte des « (les) lois fédérales promulguées par le Congrès et signées par le Président (ou passées outre le veto du Président) (...) Le Code des États-Unis, organisé par thèmes en une série de titres, numérotés de 1 (Dispositions générales) à 54 (Service des parcs nationaux et programmes connexes), contient presque toutes les lois d'application générale au moment de sa compilation. Pour les textes plus récents, il faut se tourner vers les lois non compilées, telles qu'elles ont été adoptées par le Congrès. » « *Federal statutes enacted by Congress and signed by the President (or passed over the President's veto) are compiled into the United States Code (U.S.C.). The U.S. Code, organized by topics into a series of titles, numbered from 1 (General Provisions) through 54 (National Park Service and Related Programs), contains nearly all statutes of general effect at the time of its compilation. For more recent enactments one must turn to the uncompiled statutes in the form passed by Congress* », LII / Legal Information Institute . [Consulté 29 nov 2023]. United States Code. Disponible sur: https://www.law.cornell.edu/wex/united_states_code

⁴⁴ 15 *United States Code (U.S.C) § 45(a)(2)*.

ce qui fait référence au droit de la concurrence. De même, la loi de Pennsylvanie sur les pratiques commerciales déloyales et la protection des consommateurs (UTPCPL de 1968) utilise le terme « *businesses* »⁴⁵ qui peut être traduit en « *un commerce* », ce qui peut renvoyer à la notion d'« *entreprise* » qui ne suppose pas une immatriculation.

De plus, il y a donc l'utilisation de termes qui sont plus généraux. Comme le démontre la loi *Dodd-Frank* de 2011 qui a permis de réformer le marché financier. Elle précise qu'elle s'applique à « *toute personne qui propose ou fournit un produit ou un service financier aux consommateurs* », ainsi qu'aux filiales de ces personnes⁴⁶. D'autres termes peuvent surgir comme c'est le cas dans la loi du Connecticut sur les pratiques commerciales déloyales (*Connecticut Unfair Trade Practices Act* de 1973) qui prévoit que « *nul ne doit s'engager dans des méthodes de concurrence déloyale et des actes ou pratiques déloyaux ou trompeurs dans la conduite d'un commerce ou d'une activité commerciale* »⁴⁷.

Toutefois, il est important que le droit des États-Unis intervienne par des définitions réservées au professionnel mais également par des lois réservées exclusivement au consommateur. D'un certain point de vue, le droit américain semble être plus pragmatique dans la mesure où il s'applique aux « *entreprises* » qui peuvent être des personnes morales ou non. Cependant, de nombreuses lois excluent de leur champ d'application certains groupements, comme l'attestent quelques dispositions qui prévoient que sont exclus « *des banques, des institutions d'épargne et de prêt [...], des coopératives de crédit fédérales [...], des transporteurs publics [...] et des personnes, partenariats ou sociétés dans la mesure où ils sont soumis à la loi sur les chantiers navals et les entrepôts* »⁴⁸. Ces exclusions s'expliquent par le fait qu'elles sont prévues par des lois qui visent en priorité la préservation de la concurrence et non pas de la consommation.

L'imprégnation raisonnée des législations consuméristes de la notion d'« *entreprise* » nous paraît donc souhaitable, parce que cette dernière n'évoque pas l'exigence d'immatriculation⁴⁹.

⁴⁵ 73 *Pennsylvania Statutes (P.S.)* § 201-3.

⁴⁶ 12 *United States Code (U.S.C.)* § 5481(6).

⁴⁷ *Connecticut General Statutes (C.G.S.)* § 42-110b(a).

⁴⁸ 15 *United States Code (U.S.C.)* § 45(a)(2).

⁴⁹ La prudence s'impose parce qu'à l'égard du droit de la concurrence français, cette notion exclut les personnes morales de droit public lorsqu'elles assurent une mission d'intérêt général, ce qui délimite son étendue. En effet, le droit de la consommation doit recevoir application contre toutes entités, et ce, afin d'assurer une protection adéquate au consommateur.