

# LA LETTRE DES CAHIERS

Analyses universitaires à partir des décisions rendues par les Cours d'appel d'Agen, de Bordeaux, de Pau et de Toulouse

## Sommaire

**Edito**, par Evelyne BONIS.....1

### « Point sur »

La réforme du cautionnement.

1- Dispositions générales, conditions de formation et étendue du cautionnement, par P.-Y. ARDOY.....3

### « Actualité »

L'établissement de la filiation maternelle d'une femme transgenre. La solution inédite et discutée de la Cour d'appel de Toulouse, par M. MAURICE.....8

L'utilité des normes européennes dans la vie pratique du justiciable. Considérations botaniques, par N. BAREÏT.....15

Justice sans audience : étude d'impact sur les justiciables et les professionnels du droit, par A. BERGEAUD-WETTERWALD.....20

## Edito

A l'occasion de son allocution prononcée lors de son audience solennelle d'installation prononcée le 18 juillet 2022, Christophe Soulard, nouveau Premier Président de la Cour de cassation, soulignait l'importance de la communication entre la Cour de cassation et trois types de juridictions : les juridictions qu'elles soient juridictions européennes — Cour européenne des droits de l'Homme, Cour de justice de l'Union européenne et cours suprêmes des autres Etats — les juridictions internes comme le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel et, enfin, les juridictions du fond afin d'éviter que l'interprétation de la Cour de cassation n'apparaisse comme une interprétation parmi d'autres (<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/07/18/christophe-soulard-allocution-dinstallation-dans-ses-fonctions-de>).

Il est vrai que ce dialogue entre juridictions du fond et Cour de cassation peut désormais s'intensifier avec le déploiement de l'*open data*. Désormais, les décisions des autres juridictions sont accessibles et répertoriées.

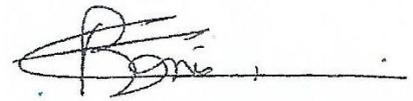
L'association des Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées ne peut que se réjouir de l'intérêt ainsi porté aux décisions des cours d'appel qui ont toujours été le substrat de ses analyses. Bien avant que l'on parle d'*open data*, les membres de l'association, en partenariat avec les ateliers de jurisprudence de Lexisnexis et sous la houlette du professeur Pierre Catala (P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina*, PUF, 1998) se sont en effet intéressés à ce que l'on nommait alors l'informatique juridique et ont participé à la création de ce que l'on connaît désormais sous le nom de la base *Jurica*. La volonté de toujours mettre en avant la jurisprudence régionale des cours d'appel s'est aussi traduite de longue date par la publication régulière d'une page « La semaine du droit en région » à la revue *La semaine juridique (pour la CA d'Agen : JCP éd. G. 2022, n°253 ; pour la CA Bordeaux : JCP éd. G. 2021, n°589 ; pour la CA de Pau : JCP éd. G. 2021, n°1372 et pour CA Toulouse : JCP éd. G. 2022, n°534)*.

Le déploiement de l'*open data* recèle, comme l'indique le Premier Président de la Cour de cassation dans son discours « un potentiel formidable et positif

*puisque'il étend l'espace de la discussion* », il permettra à la Cour de cassation « *de connaître la position de l'ensemble des juridictions du fond et les débats qui les traversent* ». Les analystes que nous sommes qui, pendant des années ont lu chaque mois des piles d'arrêts papier rendus par les quatre cours d'appel de nos ressorts patiemment récupérés dans des valises à roulette directement aux greffes, savent qu'un accès trop ouvert peut aussi être source de découragement face au nombre de décisions et que toutes ne revêtent pas un intérêt évident, ni pour le chercheur, ni pour le praticien. Certes, *l'open data* permet, à l'inverse du papier, de cibler la recherche par le biais de mots-clés notamment. Il n'en demeure pas moins que la tâche va rester lourde y compris pour ceux qui manient à merveille l'art de la recherche en ligne. Aussi, plus que jamais, la *Lettre des cahiers* prend tout son sens et peut-être même reprend de la vigueur. En mettant en exergue les décisions les plus dignes d'intérêt que ce soit au regard de la particularité du problème juridique posé, de la récurrence des décisions, de l'application d'une disposition normative nouvelle ou encore de l'originalité de la décision par rapport aux autres décisions des juridictions locales ou même de la Cour de cassation, la *Lettre* pourrait être un moyen pour le président de la Cour de cassation - mais pas seulement - de connaître si ce n'est « *la position de l'ensemble des juridictions du fond et les débats qui les traversent* » au moins, les décisions des quatre cours d'appel de nos ressorts respectifs : Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse.

Grâce à l'expérience de plusieurs décennies d'analyse des décisions, *La lettre* est donc toujours d'actualité, moderne d'une certaine manière et qui sait, pourquoi ne pas espérer qu'elle devienne aussi un outil de dialogue avec le président de la Cour de cassation.

Cette expérience passée n'a pu être acquise par l'équipe actuelle que grâce à l'investissement de nombreux enseignants-chercheurs et au dévouement de leurs collaborateurs dont malheureusement certains nous ont récemment quitté. Nous avons ainsi une pensée pour Claire Neirinck qui a pendant quelques années assuré la direction toulousaine des *Cahiers*. Fervente partisane d'un droit incarné, son implication a rendu possible la poursuite de cette aventure collective. Nous ne l'oublierons pas.



Evelyne BONIS

Cette lettre a été préparée par :

Pierre-Yves Ardoy, Université de Pau et des Pays de l'Adour, <https://iftj.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/l-equipe.html>

Evelyne Bonis, Université de Bordeaux, <https://iscj.u-bordeaux.fr/Equipe>

Maryline Bruggeman, Université Toulouse 1 Capitole, <https://idrive.ut-capitole.fr/>

Charlotte Claverie-Rousset, Université de Bordeaux, <https://iscj.u-bordeaux.fr/Equipe>

Arnaud Lecourt, Université de Pau et des Pays de l'Adour, <https://tree.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/cv-lecourt-fr.html>



# La réforme du cautionnement

## 1-Dispositions générales, conditions de formation et étendue du cautionnement

Par Pierre-Yves ARDOY

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Unité de recherche : IFTJ

Pour en savoir plus sur l'auteur : <https://iftj.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/l-equipe.html>

Le 15 septembre 2021 a été adoptée l'ordonnance n°2021-1192 réformant le droit des sûretés. Cette ordonnance, qui reste encore à ratifier par le parlement, est l'aboutissement d'un processus de réforme dont le premier acte date de 2006. A l'époque le gouvernement n'avait pas été habilité à réformer le droit du cautionnement qui en avait pourtant déjà bien besoin. Ce besoin s'est confirmé depuis la réforme de 2006 notamment en raison des interprétations jurisprudentielles apportées à diverses exigences posées par le Code de la consommation (on songe évidemment aux subtilités de la jurisprudence relative aux mentions manuscrites ou relative à la proportionnalité du cautionnement).

Cette réforme a été initiée par un avant-projet remis à la Chancellerie en septembre 2017. L'article 60 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 dite loi « PACTE » a ensuite habilité le gouvernement à réformer le droit des sûretés selon une feuille de route claire. Outre une rénovation des sûretés réelles il s'agissait d'opérer une refonte complète du droit du cautionnement. Un avant-projet d'ordonnance soumis à consultation publique a été publié en décembre 2020 sur le site de la Chancellerie puis un projet d'ordonnance en juin 2021 avant l'adoption de l'ordonnance définitive le 15 septembre 2021.

Pour ce qui concerne le cautionnement, la réforme apporte un certain nombre de simplifications bienvenues.

Du point de vue formel tout d'abord, le droit du cautionnement se trouve désormais concentré dans le Code civil. Les textes du Code de la consommation relatifs au cautionnement et l'article L.313-22 du Code monétaire et financier sont en effet abrogés par l'article 32 de l'ordonnance. Seule dérogation à ce principe admise par la réforme, l'article L.110-1, 11° nouveau du Code de commerce qui dispose qu'entre toutes personnes est réputé acte de commerce le cautionnement de dettes commerciales. Ce faisant, la réforme consacre une règle admise depuis longtemps en jurisprudence selon laquelle les actes accessoires à un acte de commerce ont eux-mêmes le caractère d'actes de commerce.

Toujours d'un point de vue formel, le chapitre consacré au cautionnement est divisé en quatre sections offrant un plan clair :

Section 1 : Dispositions générales (Articles 2288 à 2291-1)

Section 2 : De la formation et de l'étendue du cautionnement (Articles 2292 à 2301)

Section 3 : Des effets du cautionnement (Articles 2302 à 2312)

Sous-section 1 : Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution (Articles 2302 à 2307)

Sous-section 2 : Des effets du cautionnement entre le débiteur et la caution (Articles 2308 à 2311)

Sous-section 3 : Des effets du cautionnement entre les cautions (Article 2312)

Section 4 : De l'extinction du cautionnement (Articles 2313 à 2320)

Formellement donc, l'ordonnance cherche à simplifier l'accès au droit du cautionnement grâce à une source légale unique et à clarifier les règles par l'adoption d'un plan simple mais aussi par une écriture ou une réécriture des textes plus accessible.

Du point de vue du fond, la réforme reprend des règles anciennes bien connues, modernise des formules sans chercher à modifier le fond du droit, mais aussi prend partie sur bon nombre de points problématiques. La réforme y va également de quelques nouveautés que l'on signalera au fur et à mesure.

L'objectif fixé par la loi d'habilitation était de rendre le régime du cautionnement « plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique ». Seule la pratique future permettra de prendre la pleine mesure de la réussite de cet objectif. Néanmoins, force est de reconnaître que l'ordonnance du 15 septembre 2021 tend fortement vers cet objectif, même si certains points devront être éclairés par la jurisprudence.

Voyons donc cette réforme en suivant le plan adopté par l'ordonnance. Le présent « *Point sur* » se focalisera néanmoins sur les nouveautés et sur les aspects bien connus de la pratique et ne vise pas à une étude exhaustive de la réforme.

## **I - Dispositions générales (Art. 2288 à 2291-1 C. civ.)**

La première section du chapitre consacré au cautionnement comporte essentiellement des définitions.

La réforme offre une nouvelle définition du cautionnement à l'article 2288 du Code civil : « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ». Cette définition rénovée intègre la notion de paiement, désormais centrale depuis la réforme des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>1</sup>. Cette nouvelle approche ne rompt pas pour autant avec l'ancienne définition qui précisait que la caution d'une obligation devait satisfaire à celle-ci si le débiteur n'y satisfaisait pas lui-même. L'une et l'autre définitions n'excluent donc pas que l'obligation à exécuter par la caution peut ne pas être le paiement d'une somme d'argent, même si en pratique le cas ne se rencontre guère. L'alinéa 2 du nouvel article 2288 reprend une règle ancienne selon laquelle le cautionnement « peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu »<sup>2</sup>.

L'article 2289 du Code civil distingue entre cautionnement légal et cautionnement judiciaire sans nouveauté, tandis que l'article 2290 précise que le cautionnement peut être simple ou solidaire et que « la solidarité peut être stipulée entre la caution et le débiteur principal, entre les cautions, ou entre eux tous », ce qui n'apporte aucune nouveauté notable.

Les articles 2291 et 2291-1 du même code traitent des cautionnements de second rang : le premier texte concerne la certification de caution déjà connue du Code avant la réforme<sup>3</sup> ; le second consacre le sous-cautionnement qui est une figure développée par la pratique et plus répandue que la certification. Rappelons que la certification consiste à cautionner la caution au profit du créancier, tandis que le sous-cautionnement consiste à cautionner le débiteur vis-à-vis de la caution anticipant une éventuelle défaillance du débiteur le jour où la caution de premier rang exerce son recours contre lui.

## **II - La formation et l'étendue du cautionnement (Art. 2292 à 2301 C. civ.)**

La section 2 reprend quelques règles classiques lesquelles n'étaient pas toujours formulées dans le Code. Ainsi l'article 2292 nouveau prévoit-il désormais que « le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables », consacrant légalement le cautionnement de dettes futures, ce qui est bien connu en pratique. L'article 2294 nouveau reprend en les modernisant les règles posées par l'ancien article 2292 : « le cautionnement doit être exprès » (al.1<sup>er</sup>) et « il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté » (al.2).

Les articles 2295 et 2296 du Code civil qui concernent l'étendue du cautionnement reprennent également des règles anciennes en les clarifiant.

Arrêtons-nous un peu plus sur trois points qui ont connu des développements en jurisprudence et que la réforme s'efforce de clarifier. Il s'agit en premier lieu des conditions de validité du cautionnement : conditions de fond (A) et conditions de forme à travers l'exigence de mention manuscrite (B). Il s'agit en second lieu d'une généralisation du devoir de mise en garde (C). Il s'agit enfin de l'exigence de proportionnalité du cautionnement qui est censée en garantir l'efficacité auprès du créancier tout en protégeant la caution (D).

<sup>1</sup> Art. 1342, al.1<sup>er</sup> C. civ. : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due ».

<sup>2</sup> Anc. art. 2291, al. 1<sup>er</sup> C. civ.

<sup>3</sup> Anc. art. 2291, al.2. C. civ.

## A) La validité du cautionnement : le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable

L'article 2293 nouveau reprend, en son alinéa premier, une règle posée exactement dans les mêmes termes à l'ancien article 2289, alinéa 1<sup>er</sup> : « le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ». Cette règle notamment traduit le caractère accessoire du cautionnement par rapport à l'obligation principale.

La nouveauté tient surtout aux exceptions opposables par la caution. On s'en souvient, par un arrêt très discuté en doctrine, la Cour de cassation avait jugé en chambre mixte que la caution ne pouvait opposer au créancier les exceptions purement personnelles appartenant au débiteur principal (en l'espèce il s'agissait d'un dol)<sup>4</sup>. La Cour de cassation revenait à une application littérale de l'ancien article 2313 qui permettait à la caution d'opposer aux créanciers toutes les exceptions inhérentes à la dette mais qui lui interdisait d'opposer les exceptions purement personnelles au débiteur principal. Cet arrêt qui fixait la jurisprudence postérieure a été décrié comme portant atteinte au caractère accessoire du cautionnement tout en faisant fi d'une doctrine séculaire de la Cour de cassation elle-même<sup>5</sup>. Jusqu'alors, et pour faire simple, la seule exception purement personnelle non opposable par la caution était celle de l'incapacité du débiteur principal<sup>6</sup>. Cette position de la Cour de cassation aboutissait à la solution absurde selon laquelle la caution était tenue de payer là où le débiteur principal échappait à son obligation, ce qui posait la question du fondement du recours de la caution contre celui-ci.

La réforme du 15 septembre 2021 rompt nettement avec cette jurisprudence. Tout d'abord le nouvel article 2293, alinéa 2, dispose désormais que « celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est tenu de son engagement ». Si le texte nouveau reprend pour l'essentiel l'état du droit antérieur, une caution pourra néanmoins échapper à son obligation si elle démontre qu'au moment où elle s'est engagée, elle ignorait l'état d'incapacité du débiteur.

La grande nouveauté réside surtout dans l'article 2298 qui dispose désormais en son alinéa premier que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293 ». La règle est donc claire et brise la position adoptée en chambre mixte en 2007 : la caution pourra opposer toutes les exceptions, quelles qu'elles soient, sauf l'exception d'incapacité si elle avait connaissance de l'état d'incapacité du débiteur principal.

A n'en pas douter, cette évolution redonne sens au caractère accessoire du cautionnement et protège la caution qui ne sera pas tenue de payer si le débiteur principal lui-même n'y est pas tenu.

## B) La validité du cautionnement : la généralisation de la mention manuscrite à peine de nullité

Nous nous sommes régulièrement exprimés sur la question des mentions manuscrites dans les colonnes des *Cahiers*. Ce dispositif que l'on rencontrait dans le Code de la consommation avait d'ailleurs été rendu encore moins lisible par le législateur à l'occasion de la renumérotation du Code par l'ordonnance du 14 mars 2016. En effet, le dispositif se retrouvait éclaté entre les articles L.331-1 à L.331-3 d'une part, et L. 343-1 à L.343-3 d'autre part.

Si l'ambition louable du système était de faire prendre conscience à la caution de la portée de son engagement, il suffit que l'on se souvienne que la loi prévoyait un système très rigide, système que la jurisprudence s'est efforcée d'assouplir en n'annulant les cautionnements que si la mention copiée par la caution modifiait le sens et la portée de son engagement<sup>7</sup>. Certains auteurs s'étaient d'ailleurs très tôt positionnés en faveur d'un assouplissement de l'exigence et d'une réforme des textes<sup>8</sup>.

La réforme abroge le dispositif du Code de la consommation et intègre l'exigence de mention manuscrite dans le nouvel article 2297 du Code civil avec d'importantes différences.

Tout d'abord le champ d'application est élargi par la réforme : là où naguère n'étaient concernées que les cautions personnes physiques dès lors que le créancier était un professionnel (comprendre dont la créance est née à l'occasion de son activité professionnelle), désormais sont concernées toutes les cautions personnes physiques, quelle que soit la qualité du créancier.

Ensuite, là où le Code de la consommation imposait une formule qu'il s'agissait de recopier à la lettre, la réforme n'impose plus de formule consacrée mais seulement la présence d'informations essentielles : la caution doit préciser qu'elle s'engage en qualité de caution et qu'elle devra payer au créancier ce que lui doit le débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci, « dans la limite d'un montant en principal en toutes lettres et en chiffres ». Dit autrement, les informations qui doivent figurer obligatoirement dans la mention concernent le principe de

<sup>4</sup> Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n°03-15.602.

<sup>5</sup> Ph. Simler, note sous Cass. ch. mixte 8 juin 2007, JCP 2007, II, 10138.

<sup>6</sup> L'article 2289, al.2, ancien donnait comme exemple celui de la minorité de l'obligé, mais il était admis depuis longtemps que tous les incapables étaient concernés.

<sup>7</sup> Cf. not. : P.-Y. Ardoy, « Le point sur les mentions manuscrites en matière de cautionnement », *Cah.Jur.AMP* 2015-2, p.379. Nous sommes ensuite régulièrement revenus sur cette tendance jurisprudentielle forte tant les décisions fournies par la Cour d'appel de Pau notamment étaient riches.

<sup>8</sup> G. Piette et J. Lasserre-Capdeville, « Portée des mentions manuscrites requises de la part de la caution », *D.* 2013, p. 1460.

l'engagement en tant que caution et les contours chiffrés de l'engagement. Il n'est donc plus nécessaire de préciser la durée de l'engagement ou d'en préciser le terme comme l'exigeait le Code de la consommation. Il n'est plus non plus nécessaire de préciser l'assiette de l'engagement de la caution là où le Code de la consommation précisait qu'elle devrait payer grâce à ses biens et à ses revenus.

La rédaction de la formule est donc laissée à la libre appréciation de la caution, ce qui risque de susciter quelques problèmes d'interprétation. Il n'est pas certain qu'en libéralisant purement et simplement la formule le législateur ait purgé toutes les difficultés inhérentes à l'exigence de mention manuscrite. Il est donc important d'être particulièrement vigilant car la sanction reste la nullité de l'engagement de la caution.

La même remarque peut être faite s'agissant de la mention manuscrite exigée dès lors que la caution souscrit un cautionnement solidaire. En effet, là où le Code de la consommation exigeait que soit recopiée à la lettre une formule, sous peine de nullité de l'engagement de la caution, le nouvel article 2297 alinéa 2 dispose que « si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions ». Le texte ajoute que, « à défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices ». La sanction n'est pas nouvelle car la jurisprudence considère depuis longtemps qu'un vice dans cette mention n'entraîne pas la nullité du cautionnement mais que le cautionnement est valable en tant que cautionnement simple. Cette solution, alors *contra legem*, est ici consacrée par l'ordonnance du 15 septembre 2021.

L'article 2297 alinéa 3 précise, *in fine*, que « la personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article » et donc se soumettre aux mêmes exigences de mentions manuscrites.

### C) L'intégration du devoir de mise en garde au Code civil

La jurisprudence a créé un devoir de mise en garde au terme duquel les établissements de crédit doivent mettre en garde la caution profane dès lors que l'engagement de celle-ci est inadapté à ses capacités financières ou s'il existe un risque d'endettement excessif du débiteur du fait de l'opération garantie<sup>9</sup>. La responsabilité du banquier est donc préalablement soumise à la démonstration de l'existence de son obligation dans telle espèce, ce qui suppose la double preuve, d'abord du caractère profane de la caution et ensuite du risque lié au cautionnement.

La réforme intègre le devoir de mise en garde à l'article 2999 mais avec un champ sensiblement différent de celui délimité par la jurisprudence.

Tout d'abord ce devoir pèse sur tout créancier professionnel. Là où la jurisprudence limitait aux professionnels du crédit (établissements de crédit, de crédit-bail), ce sont désormais tous les créanciers professionnels qui seront débiteurs de ce devoir de mise en garde. On pense évidemment au fournisseur, lequel n'est pas nécessairement rompu à l'exercice et qui ne dispose nécessairement pas des moyens pour apprécier le risque lié à l'opération. Il est tout à fait possible d'imaginer qu'ici les conseils des cautions trouveront un nouveau moyen pour chercher à limiter l'engagement de leurs clientes en soulevant systématiquement la responsabilité de ces professionnels.

Ensuite, l'article 2299 prévoit que cette mise en garde doit bénéficier à toute caution personne physique. Là encore la réforme élargit le champ d'application de l'obligation puisqu'il n'est pas nécessaire que la caution soit profane. Désormais une caution avertie, c'est-à-dire parfaitement au courant de la vie des affaires et régulièrement impliquée dans des opérations économiques pourra se prévaloir de ce devoir de mise en garde. On pense évidemment au dirigeant caution qui garantit les dettes de sa société.

Enfin, la réforme ne consacre que partiellement la jurisprudence : le devoir de mise en garde n'est en effet dû que « lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier ». Il n'y a donc pas de devoir de mise en garde légal lorsque c'est l'engagement de la caution qui fait peser sur elle un risque d'endettement excessif.

La sanction reste une responsabilité du créancier qui aura manqué à son devoir : il sera « déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci ». La caution devra donc démontrer l'existence et l'étendue de son préjudice, ce qui reste classique par rapport à la jurisprudence.

Pour louable qu'elle soit, l'intégration du devoir de mise en garde soulève, en l'état, plus de difficultés qu'elle ne comptait sans doute en résoudre. D'autant qu'il n'apparaît pas clairement que le législateur ait entendu purement et simplement remplacer les développements jurisprudentiels en la matière. Il est donc tout à fait possible d'imaginer que les cautions puissent toujours se prévaloir d'un devoir de mise en garde hors du champ du nouvel article 2299.

---

<sup>9</sup> Cf. not. P.-Y. Ardoy, « La responsabilité des banquiers », in *La responsabilité des professionnels et des dirigeants sociaux*, Cah.Jur. AMP 2019, hors-série n°3, p.21 et en particulier pp.25 et s.

#### D) L'exigence de proportionnalité généralisée

Le Code de la consommation prévoyait en son article L.332-1 (tel qu'issu de l'ordonnance du 14 mars 2016) qu'« un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Le système à double détention était celui du « tout ou rien » : soit l'engagement de la caution pouvait être absorbé par l'actif de son patrimoine, auquel cas le créancier pouvait se prévaloir du cautionnement, soit l'engagement de la caution était manifestement disproportionné à ses biens et revenus, auquel cas le créancier était déchu du droit de se prévaloir du cautionnement. Là encore, la jurisprudence a tenté d'assouplir le système légal en intégrant dans le patrimoine de la caution les biens communs alors même que le conjoint n'aurait pas donné son consentement au cautionnement, permettant ainsi au créancier de récupérer une partie au moins de sa créance<sup>10</sup>... un peu vaut mieux que rien !

Le nouvel article 2300 intègre le dispositif au Code civil avec une sanction plus adaptée et plus à même de redonner aux créanciers confiance dans le cautionnement. Le texte dispose ainsi que « si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date ». L'engagement sera donc désormais « repropportionné » à ses revenus et à son patrimoine ce qui permettra au créancier d'obtenir un paiement, ne serait-ce que partiellement.

La jurisprudence relative à l'appréciation du patrimoine de la caution reste assurément d'actualité avec le nouveau texte.

La réforme interroge néanmoins : il n'est plus fait mention du second temps du cautionnement, c'est-à-dire le moment où la caution est appelée à payer. Quid si celle-ci est revenue à meilleur fortune et qu'elle peut désormais faire face à son engagement ? Le créancier doit-il se contenter de ce qu'elle pouvait payer au moment de son engagement ainsi que le dispose l'article 2300 nouveau ? Ou l'esprit de l'ancien texte demeurera-t-il, la jurisprudence admettant que l'on puisse apprécier la proportionnalité au moment de la mise en œuvre du cautionnement ?

On le mesure : l'ordonnance du 15 septembre 2021 clarifie indubitablement un certain nombre d'aspects du cautionnement. Mais à trop vouloir simplifier, elle ouvre de nouvelles interrogations et il paraît évident que la pratique va s'engouffrer dans les nouvelles brèches ouvertes. Peut-être d'ailleurs qu'à l'occasion de la ratification de l'ordonnance, le parlement se saisira de ces questions. Nous verrons prochainement ce qu'il en est des effets et de l'extinction du cautionnement.

---

<sup>10</sup> Com. 15 novembre 2017, n° 16-10.504



# L'établissement de la filiation maternelle d'une femme transgenre

## La solution inédite et discutable de la Cour d'appel de Toulouse

Par Morgane MAURICE.

Docteur en droit privé, UT 1 Capitole

Unité de recherche : Institut de Droit privé (IDP - EA 1920)

Par un arrêt du 9 février 2022<sup>1</sup>, la Cour d'appel de Toulouse, cour d'appel de renvoi, s'est prononcée sur l'établissement de la filiation à l'égard d'une femme transgenre.

Un homme marié avec une femme, avec laquelle il a eu deux enfants, a obtenu en 2011 la modification de la mention de son sexe masculin à l'état civil au profit du sexe féminin. N'ayant pas procédé à une réassignation sexuelle, elle a ensuite conçu avec sa femme un nouvel enfant au moyen de ses propres gamètes mâles. Avant sa naissance, elle a effectué une reconnaissance qu'elle déclarait « être de nature maternelle, non gestatrice » et dont elle a ensuite demandé la transcription sur les registres de l'état civil. S'étant vue opposer un refus, elle a assigné le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Montpellier aux fins de voir la reconnaissance transcrite sur les registres de l'état civil et, par voie de conséquence, voir établir une filiation maternelle à son égard. En première instance, le tribunal a rejeté les demandes. La femme transgenre a alors interjeté appel et par un célèbre arrêt du 14 novembre 2018<sup>2</sup>, la Cour d'appel de Montpellier a infirmé le jugement de première instance. Non seulement les juges du fond ont autorisé l'établissement d'une filiation à l'égard de la femme transgenre, mais ils ont également prononcé qu'elle serait mentionnée en qualité de « parent biologique » dans l'acte de naissance de l'enfant. La suite est bien connue... La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2020<sup>3</sup>, casse l'arrêt montpelliérain « sauf en ce qu'il rejette la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité » de la femme transgenre à l'égard de l'enfant. Elle considère, aux termes de plusieurs dispositions relatives au droit commun de la filiation, « qu'en l'état du droit positif, une personne transgenre homme devenu femme qui, après la modification de son sexe dans les actes de l'état civil, procréé avec son épouse au moyen de ses gamètes mâles, n'est pas privée du droit de faire reconnaître un lien de filiation biologique avec l'enfant, mais ne peut le faire qu'en ayant recours aux modes d'établissement de la filiation réservés au père ». Après un contrôle de proportionnalité opéré sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales associé à l'article 14, la Cour de cassation conclut que les règles du droit français permettent « par la reconnaissance de paternité, l'établissement d'un lien de filiation conforme à la réalité

<sup>1</sup> CA Toulouse, 9 février 2022, n°20/03128, *D.* 2022, p. 888, note S. Paricard ; *D.* 2022, p. 846, obs. M. Thevenot et B. Moron-Puech ; *AJ Fam.* 2022, p. 222, note M. Mesnil.

<sup>2</sup> CA Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059, *D.* actu. 28 nov. 2018, obs. Dervieux ; *D.* 2018. 2231, obs. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019. 110, note Paricard ; *AJ fam.* 2018. 684, obs. Kessler ; *AJ fam.* 2018. 641, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2019, n° 95, note Vialla et Vauthier ; *Dr. fam.* 2019, n° 6, note Fulchiron. Lire : X. Labbé, « L'homme qui a accouché d'un enfant », *D.* 2018. 1085.

<sup>3</sup> Civ. 1°, 16 sept. 2020, n°s 18-50.080 et 19-11.251 ; *D.* 2020. 2096, note S. Paricard ; *D.* 2020. 2072, point de vue B. Moron-Puech ; *D.* 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2021. 657, obs. P. Hilt ; *D.* 2021. 762, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2021. 863, obs. REGINE ; *AJ fam.* 2020. 534, obs. G. Kessler et E. Viganotti ; *AJ fam.* 2020. 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2020. 866, obs. A.-M. Leroyer.

biologique entre l'enfant et la personne transgenre – homme devenu femme – l'ayant conçu » ; ce faisant, « ces dispositions concilient l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale de cette personne »<sup>4</sup>. Elle ajoute du reste que ces mêmes dispositions « ne créent pas de discrimination entre les femmes selon qu'elles ont ou pas donné naissance à l'enfant, dès lors que la mère ayant accouché n'est pas placée dans la même situation que la femme transgenre ayant conçu l'enfant avec un appareil reproductif masculin et n'ayant pas accouché ». Elle renvoie alors l'affaire et les parties devant la Cour d'appel de Toulouse pour trancher la question de la filiation, ce à quoi procèdent les juges du fond toulousains, le 9 février 2022, dans une solution aussi inédite (I) que discutable (II) aux termes de laquelle ils concluent à l'établissement judiciaire d'une filiation maternelle à l'égard de la femme transgenre. Une telle solution ne manque pas d'inviter à la réflexion sur des questions de fond, tant quant aux fondements de la filiation qu'aux modes de son établissement, mais également de questions de forme, notamment relativement à la mention de la filiation sur les actes de l'état civil qui en constituent le mode de preuve essentiel.

## I - Une solution inédite

La solution consacrée par l'arrêt du 9 février 2022 est inédite en ce qu'elle permet l'établissement d'une filiation maternelle en dehors des deux hypothèses expressément prévues par la loi : celle de l'adoption et celle d'une assistance médicale à la procréation à laquelle a recours, en France, un couple de femmes. Pour ce faire, la Cour d'appel construit son raisonnement en deux phases. Elle exclut, dans un premier temps, l'établissement d'une filiation paternelle pour justifier, dans un second temps, l'établissement d'une filiation maternelle par application des règles du droit commun de la filiation. Si le refus d'établir une filiation paternelle est surprenant, car une telle démarche contrevient aux préconisations de la Cour de cassation, il est plutôt prévisible (A). En revanche, le raisonnement au terme duquel la Cour d'appel établit la filiation maternelle de la femme transgenre apparaît plus malaisé (B).

### A) L'exclusion surprenante, mais prévisible d'une filiation paternelle

Après avoir déterminé que la filiation de l'enfant ne pouvait être établie que judiciairement, la Cour d'appel de Toulouse engage son raisonnement en écartant *ab initio* « la voie de la filiation paternelle » de l'enfant. Cette exclusion est réalisée au terme d'un raisonnement surprenant, quoique prévisible.

Surprenante, la solution sous examen l'est à plus d'un égard. En considérant que la filiation de l'enfant ne peut être une filiation « paternelle », les juges du fond se départissent sciemment de la solution préconisée par la première chambre civile de la Cour de cassation laquelle avait pourtant censuré la Cour d'appel de Montpellier pour sa solution audacieuse en affirmant qu'il était nécessaire de se référer « aux modes d'établissement de la filiation réservés au père »<sup>5</sup>. La Cour d'appel de Toulouse « résiste » alors à la Cour de cassation ; est-ce, pour autant, aux termes d'un raisonnement « convaincant »<sup>6</sup> ? Pour écarter la filiation « paternelle », la Cour d'appel indique que « l'ensemble des parties s'accorde sur l'exclusion de la filiation paternelle »<sup>7</sup>. Une première difficulté tient à l'interprétation d'une telle affirmation. Une interprétation pourrait amener à croire que la Cour d'appel prend en considération la volonté des parents de sorte que « les règles d'établissement de la filiation ne seraient pas impératives, mais, au contraire, à la disposition des parties et pourraient faire en ce sens l'objet d'un compromis entre les parties »<sup>8</sup>. Retenir cette interprétation suffirait à emporter le caractère « subversif » d'une telle solution laquelle remettrait en cause l'indisponibilité<sup>9</sup> et le caractère d'ordre public des règles relatives à la filiation<sup>10</sup>. Une autre interprétation, plus procédurale, inviterait seulement à considérer cette affirmation comme un simple constat de la convergence des conclusions des parties ainsi que de leurs demandes au fond. Il doit en effet être observé que tant les parents, l'Association APGL intervenue volontairement à l'instance, le Président du conseil départemental du Vaucluse que le ministère public, concluent à l'établissement d'une filiation « maternelle » et excluent l'établissement d'une filiation paternelle.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>o</sup>, 16 sept. 2020, précit., spéc. §16.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>o</sup>, 16 sept. 2020, n°18-50.080, précit.

<sup>6</sup> S. Paricard, « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *D.* 2022, p. 888.

<sup>7</sup> Elle évoque, un peu plus loin dans la décision, que « l'ensemble des parties » « adhère » à l'établissement d'une filiation maternelle.

<sup>8</sup> S. Paricard, « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *précit.*

<sup>9</sup> Qui, cela étant dit, se définit davantage par ses exceptions que par son principe même. En témoigne d'ailleurs la modification de la mention du sexe à l'état civil laquelle est permise par l'article 61-5 du Code civil qui prévoit que « toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification ».

<sup>10</sup> V. l'article 6 du Code civil qui dispose : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Il semble ainsi que la Cour d'appel se contente de reprendre les moyens de ces parties. Par suite, elle procède par exclusion. En premier lieu, elle écarte l'établissement de la filiation paternelle par effet de la loi qui se matérialise par une présomption de paternité. Rappelons-le, l'article 312 du Code civil dispose que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». En l'espèce, l'enfant avait bien été conçu pendant le mariage à partir de gamètes mâles. Pour autant, comme l'affirme justement la Cour d'appel, une telle présomption « ne peut s'appliquer dès lors que [...] l'acte de naissance ne mentionne pas le mari en qualité de père ». Il fait nul doute que « depuis le jugement définitif du 3 février 2011 l'ayant autorisé à modifier son acte de naissance » la femme à l'égard de laquelle la filiation doit être établie « n'est plus le mari » – sur l'acte de naissance – de la mère biologique « mais son épouse ». La présomption de paternité ne pouvant jouer en cas de deux personnes de même sexe<sup>11</sup>, c'est assez logiquement que la Cour d'appel exclut l'établissement de la filiation paternelle par effet de la loi.

En second lieu, la Cour d'appel écarte le jeu de la reconnaissance de paternité prévue par l'article 316 du Code civil, qui dispose que « lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ». Elle le justifie en affirmant qu'un tel mode d'établissement de la filiation contraindrait la femme ayant modifié la mention de son sexe « à nier sa nouvelle identité sexuelle [...] et serait contraire aux droits au respect de sa vie privée et à l'autodétermination sexuelle garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Le raisonnement apparaît cette fois moins convaincant, au moins en ce qui concerne le choix même du mode d'établissement de la filiation. Il est tout à fait vrai que le fait que la femme transgenre soit mentionnée en qualité de père sur les actes de naissance reviendrait à nier sa nouvelle identité sexuelle laquelle est d'ailleurs juridiquement consacrée. Néanmoins, c'est moins la reconnaissance comme mode d'établissement de la filiation que sa matérialisation sur les actes de l'état civil – *l'instrumentum*, le mode de preuve de l'état des personnes – qui apparaît problématique. La reconnaissance est aussi un mode d'établissement de la filiation ouvert aux « mères » – si tant est qu'elle est une mère au sens du droit, ce sur quoi nous reviendrons. Qu'il s'agisse d'une reconnaissance maternelle ou paternelle, l'idée est la même, seule varie la mention sur l'acte de naissance de l'enfant. La Cour d'appel aurait peut-être dû étoffer son raisonnement en se concentrant sur la discordance entre l'état civil de l'enfant (et de la femme transgenre) et du comportement social de cette dernière, de même que sa situation juridique.

Il n'en reste pas moins que la solution pouvait s'avérer prévisible. D'une part, parce qu'il est incontestable qu'une solution allant dans le sens de la Cour de cassation aurait éveillé des interrogations quant au droit au respect de la vie privée de la femme transgenre ayant modifié la mention de son sexe à l'état civil et la contradiction que l'établissement d'une filiation paternelle créerait entre l'acte de naissance de l'enfant et la réalité juridique de son propre acte de naissance. D'autre part, ne pourrait-on pas penser que, conscients de la portée médiatique d'un tel arrêt, les juges du fond invitent par ce biais le législateur à se positionner ? La Cour d'appel indique en effet qu'il ne s'est pas prononcé sur « la filiation des enfants nés postérieurement à la modification de la mention du sexe à l'état civil » alors que la loi du 18 novembre 2016 « autorise dorénavant le changement de sexe sans réassignation sexuelle » de sorte que « la maternité gestatrice n'est plus exclusive ». Pas plus ne l'a fait, précise-t-elle, « la loi de bioéthique du 2 août 2021 ». Si l'on doute, au contraire de ce que la Cour d'appel affirme, que le législateur a préféré laisser « au juge le soin de régler cette question dans le cadre de son appréciation souveraine de la situation des intéressés », cette solution met l'accent sur ce que les juges d'appel décrivent comme « ce vide juridique indéniable ». Force est d'ailleurs d'admettre que les juridictions du fond ne sont pas les seules à pointer la difficulté née de la conception d'un enfant – et nécessairement, en conséquence, celle de l'établissement de sa filiation – par une personne qui, entamant un parcours de transition, ne procède pas à une réassignation sexuelle. Dans une décision du 12 mai 2022, le Conseil d'État a renvoyé devant le Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L.2141-2 du Code de la santé publique en ce qu'il exclut de l'assistance médicale à la procréation les personnes ayant modifié la mention de leur sexe à l'état civil, mais disposant de la capacité de mener une grossesse.

Finalement, l'exclusion de l'établissement d'une filiation paternelle ne se justifie pas tant par l'inadaptation des modes d'établissement de la filiation que par l'association de la branche de la filiation paternelle au sexe masculin. La Cour d'appel semble raisonner ainsi : une filiation paternelle ne peut être établie qu'à l'égard d'un homme ; or la femme transgenre n'est pas un homme ; donc une filiation paternelle ne peut être établie à son égard. Selon la Cour

---

<sup>11</sup> Sur le refus opposé par le législateur à la création d'une présomption de co-maternité dans l'hypothèse d'une AMP dans un couple de femmes, v. L. Brunet et M. Mesnil, « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », *AJ fam.* 2022, p. 190.

d'appel, l'impossible établissement d'une filiation paternelle à l'égard de la femme transgenre emporte nécessairement l'établissement d'une filiation maternelle.

## B) L'établissement judiciaire malaisé d'une filiation maternelle

En excluant l'établissement de la filiation paternelle, la Cour d'appel de Toulouse conclut consécutivement à l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de la femme transgenre. Un tel enchaînement apparaît plutôt cohérent au regard du raisonnement tenu. Le système de parenté français est fondé sur la binarité des sexes : l'on est soit père, soit mère ; l'on est soit homme, soit femme. Pour les juges du fond, si la filiation n'est pas paternelle, elle est forcément maternelle.

Pour déterminer le mode d'établissement de la filiation maternelle adéquat, la Cour d'appel raisonne, à l'instar de la filiation paternelle, par exclusion. Elle envisage, d'abord, le mode électif d'établissement de la filiation qu'est l'adoption. Elle affirme que l'établissement de la filiation « ne peut intervenir par le biais de l'adoption » « en raison du refus opposé » par la mère de l'enfant à l'égard de laquelle la filiation de l'enfant est déjà établie. À cet égard, elle affirme que « personne ne prétend [que ce refus] est abusif », refus de consentir à l'adoption d'ailleurs permis par l'article 348-1 du Code civil. Pour autant, le raisonnement aurait certainement gagné en persuasion en concentrant l'argumentaire autour de l'inadéquation *per se* d'un tel mode d'établissement de la filiation. Si l'adoption de l'enfant – du conjoint – constitue pour une majorité une solution pertinente en matière de gestation pour autrui, c'est parce que la seconde branche de la filiation n'est que très rarement conforme à la réalité biologique. Il n'est en revanche jamais demandé au père biologique qui a recours à une gestation pour autrui de passer par la voie de l'adoption pour voir sa filiation établie à l'égard de l'enfant. Or l'essence même de l'adoption de l'enfant du conjoint vise à consacrer l'investissement du tiers auprès de l'enfant, elle constitue « un moyen de donner au “beau-parent” la place qui lui revient »<sup>12</sup>. En l'espèce, la femme transgenre n'est pas un beau-parent, elle est le parent biologique – comme l'avait noté la Cour d'appel de Montpellier – de l'enfant. Il serait alors curieux de lui imposer d'adopter son propre enfant. En tout état de cause, le choix même d'envisager une adoption « maternelle » apparaît en contradiction avec la solution de la Cour de cassation. D'une part, elle n'envisageait que l'établissement d'une filiation paternelle. D'autre part, elle préconisait l'application du droit commun de la filiation en énonçant qu'il convenait « en présence d'une filiation non adoptive, de se référer aux dispositions relatives à l'établissement de la filiation prévues au titre VII du livre premier du Code civil »<sup>13</sup>.

C'est ce que fait d'ailleurs ensuite la Cour d'appel. Elle évoque alors l'article 310-1 du Code civil qui prévoit les trois modes d'établissement de la filiation : par effet de la loi, par la reconnaissance volontaire et par la possession d'état. La Cour d'appel indique également la possibilité pour la filiation d'être établie judiciairement, ce qui renvoie en pratique à l'action en recherche de maternité. Selon les juges du fond, « la reconnaissance volontaire est ici rendue impossible par l'autorité de chose jugée s'attachant à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 2020 », ce qui les conduit à envisager les autres modes d'établissement de la filiation maternelle. Ils envisagent alors l'établissement de la filiation maternelle par effet de la loi comme prévu par l'article 311-25 du Code civil. Conformément à cette disposition « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». À ce titre, la cour d'appel constate que la filiation maternelle de l'enfant est déjà établie à l'égard de l'épouse de la femme transgenre.

La suite du raisonnement repose alors sur l'article 320 du Code civil qui dispose que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ». Les juges du fond visent à déterminer l'existence ou l'absence d'un conflit de filiations et la construction du raisonnement semble directement répondre à la solution consacrée par l'arrêt de cassation qui précisait que « ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles soient établies à l'égard d'un même enfant, hors adoption »<sup>14</sup>. Par un détour fondé sur l'absence de solution législativement consacrée sur laquelle nous reviendrons, les juges du fond concluent à l'absence de conflit de filiations en ce que l'établissement d'une filiation maternelle à l'égard de la femme transgenre « n'a nullement vocation à anéantir » celle de la femme à l'égard de laquelle de la filiation est déjà établie. Plus précisément, l'établissement d'une filiation maternelle à l'égard de la femme transgenre tendrait « au contraire à la compléter par la prise en considération de mère biologique non gestatrice et ne crée donc pas de conflit de filiations ». L'idée de complétion de la filiation maternelle déjà établie apparaît malaisée. Si

<sup>12</sup> P. Salvage-Gerest, « La filiation par adoption », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz action, spéc. n° 225.41.

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>o</sup>, 16 sept. 2020, *précit.*, §18.

<sup>14</sup> Civ. 1<sup>o</sup>, 16 sept. 2020, *précit.*, §18.

l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la femme transgenre complète la filiation de l'enfant en ce que l'une de ses branches, jusqu'alors restée vacante, serait désormais occupée, il s'agit d'une filiation qui devrait pouvoir exister indépendamment de la maternité de la mère qui a accouché dans la mesure où elle est conforme à la réalité biologique.

En définitive, la Cour d'appel s'autorise une interprétation de l'article 320 du Code civil qui se détache de celle retenue par la Cour de cassation, mais aussi « de l'avis du Conseil constitutionnel de 2013 selon lequel cet article 320 fait obstacle à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant »<sup>15</sup>. Il y a à cet égard lieu de se demander si, en dehors même du cas d'espèce, une telle interprétation n'apparaît pas désormais surannée. Une telle disposition a été conçue en 2005 pour éviter qu'une même branche de filiation soit prise par deux maternités ou paternités en imposant conséquemment le recours à une action en contestation de filiation afin de déterminer la réalité biologique de la filiation litigieuse. Dans le cas d'un couple de même sexe, la filiation du second parent ne concurrence effectivement jamais la filiation du premier, mais bien à occuper la seconde branche qui, elle, est inoccupée...

Quoi qu'il en soit, si la solution consacrée par la Cour d'appel de Toulouse est inédite, elle est tout aussi discutable.

## II - Une solution discutable

L'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse contribue à créer une nouvelle définition de la maternité au sens juridique : la mère biologique non gestatrice (A). Cependant, l'intérêt prépondérant accordé à la biologie pour justifier de l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant semble s'inscrire à contre-courant d'une récente tendance européenne (B).

### A) L'émergence d'une nouvelle définition de la maternité

Dans son arrêt du 9 février 2022, la Cour d'appel de renvoi évoque la « notion de mère biologique non gestatrice », notion qui semble constituer un nouveau fondement de l'établissement d'une filiation maternelle.

Cette nouvelle définition de la maternité juridique porte assurément atteinte à l'adage *Mater semper certa est* qui fonde l'établissement de la filiation maternelle « par le sang ». Un tel adage trouverait son expression dans les dispositions de l'article 311-25 du Code civil qui énonce que « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance ». La mère, au sens juridique, se caractérise donc traditionnellement – quoique presque trivialement – comme une gestatrice. L'assistance médicale à la procréation exogène, c'est-à-dire celle qui suppose l'intervention d'un tiers aux fins de don de spermatozoïdes, d'ovocytes ou d'embryon, n'a d'ailleurs pas altéré une telle définition. Il importe peu que la mère bénéficie d'un don d'ovocytes ou d'embryon dès lors qu'elle porte et met l'enfant au monde ; la mère n'est pas la mère génétique, mais elle est la mère gestatrice. Ce faisant, l'adage demeure indemne et cela justifie que soient appliqués aux couples de sexe différent recourant à une assistance médicale à la procréation exogène les modes d'établissement de la filiation par le sang.

Il est vrai que le contentieux jurisprudentiel de la gestation pour autrui transfrontière a un temps conduit à discuter la réalité – voire la contemporanéité – d'une telle définition, notamment en ce que l'acte de naissance étranger mentionnant la mère d'intention en qualité de mère pouvait être transcrit sur les registres français de l'état civil<sup>16</sup>. Néanmoins, une partie de la doctrine s'accorde à considérer ce temps révolu. En effet, l'article 47 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, prévoit désormais que l'acte de naissance peut être transcrit sur les registres français de l'état civil sauf si « des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française ». Or la réalité, « au sens de ce texte, serait la réalité de l'accouchement »<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> CA Toulouse, 9 fév. 2022, précit.

<sup>16</sup> Cass. Ass. plén., 4 oct. 2019, n°10-19.053, *RTD civ.* 2019, p. 817, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2019, p. 2228, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2019, p. 2000, note J. Guillaumé ; *JCP G* 2019, p. 2067, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *AJ fam.* 2019, p. 481, note L. Brunet ; *AJ fam.* 2019, p. 487, note A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2019, p. 592, note G. Kessler ; *JDI* 2020, p. 8, note J. Heymann et F. Marchadier ; *Gaz. Pal.* 2019, p. 18, note Ph. Le Maigat ; *Dr. fam.* 2019, p. 32, note A. Philippot ; *RJPF* 2020, p. 32, obs. M.-C. Le Boursicot ; *RJPF* 2020, p. 27, note A. Gouëzel ; *Gaz. Pal.* 2020, p. 86, obs. I. Rein-Lescastéreyres et M.-L. Niboyet ; *Petites Affiches* 2020, p. 7, note V. Legrand. V. également Civ. 1°, 18 déc. 2019, n°18-11.815 et n°18-12.327, *Dr. fam.* 2020, p. 39, comm. J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2020, p. 62, note P. Salvage-Gerest et M.-C. Le Boursicot ; *AJ fam.* 2020, p. 9, note A. Dionisi-Peyrusse ; *JDI* 2019, p. 636, note D. Sindres.

<sup>17</sup> Pour une telle formule, v. Civ. 1°, 5 juil. 2017, n°15-28.597, 16-16.901, 16-50.052, 16-16.455 et 16-16.495, *D.* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RJPF*, sept. 2017, p. 29, obs. M.-C. Le Boursicot ; *RJPF* oct.

Aussi n'existerait-il qu'une seule définition de la maternité, excluant par là même toute autre définition et, en conséquence, toute autre filiation maternelle. La notion de « mère biologique gestatrice » évoquée par la Cour d'appel n'existerait donc pas en droit français et elle ne devrait pas pouvoir être considérée comme un fondement de l'établissement d'une filiation maternelle, contrairement à ce qu'ont affirmé les juges du fond. Peuvent du reste confirmer une telle exclusion les discussions parlementaires autour de la « réception de l'ovocyte par le partenaire » dite la méthode ROPA à l'occasion des débats relatifs la loi ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules<sup>18</sup>. Avec une telle méthode, une femme peut être la mère « non gestatrice », en ce qu'elle ne porte pas l'enfant, mais elle est bien une mère « biologique » puisque l'enfant est conçu au moyen de ses gamètes. Le pouvoir législatif a décidé de ne pas permettre une telle méthode, celle-ci s'apparentant à une « gestation pour autrui déguisée » et portant atteinte à la définition juridique de la maternité.

C'est pourtant justement que la Cour d'appel de Toulouse affirme qu'une « mère non gestatrice » peut voir sa filiation établie en dehors de toute adoption et que dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, cette mère non gestatrice peut « reconnaître l'enfant à venir de manière anticipée ». En effet, la loi n° 2021-1017 autorise qu'une double filiation maternelle soit établie *ab initio* dans l'hypothèse d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur : une filiation maternelle est établie à l'égard de la mère qui accouche, une filiation maternelle est établie à l'égard de l'autre mère<sup>19</sup>. L'acte de naissance de l'enfant est ultérieurement dressé sur le fondement de cette reconnaissance anticipée lequel mentionne bien, et pour l'avenir, deux mères. Selon une partie de la doctrine, une telle possibilité ne remettrait pas en cause l'interdit de l'établissement d'une double filiation maternelle ; il ne s'agirait que d'une « exception » permettant l'établissement d'une « filiation monosexuée dans le cadre d'une procréation médicalement assistée »<sup>20</sup>. Il n'en reste pas moins qu'en droit, les mots ont un sens et que sur un plan purement instrumentaire, c'est-à-dire dans les actes de l'état civil, deux femmes se voient attribuer la qualité de mère et sont désignées comme telles. Or la filiation maternelle ne se prouve-t-elle pas par l'acte de naissance de l'enfant<sup>21</sup> ? Il est évident qu'une telle disposition s'applique aux filiations établies sur le fondement de l'article 342-11 du Code civil, mais également à la question de la double filiation monosexuée établie par la voie de l'adoption. La notion de maternité s'est d'ores et déjà transformée en droit français... la Cour d'appel de Toulouse se contente-t-elle pas de porter un nouveau coup à sa définition ?

A cet égard, la solution aurait-elle été la même dans l'hypothèse où la femme transsexuelle n'était pas le parent biologique de l'enfant ? Ce n'est pas tout à fait certain... La Cour d'appel de Toulouse semble accorder une importance particulière à la dimension biologique de la filiation. Une telle approche semble toutefois contredite par une récente tendance qui ressort de certains arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>.

## **B) L'intérêt prépondérant porté à la biologie contredit par la tendance européenne**

La Cour d'appel de Toulouse distingue les notions de « mère biologique non gestatrice » et de « mère non gestatrice », ce qui revient à mettre l'accent sur la réalité biologique de la « maternité » dans le premier cas. Cette référence à la réalité biologique de la filiation maternelle dont elle conclut à l'établissement et son importance apparaissent en filigrane tout au long de l'arrêt.

L'accent porté sur la dimension biologique de la parenté apparaît fondé sur les droits fondamentaux de l'enfant. La Cour d'appel affirme d'abord que l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée tels que consacrés par la Convention internationale des droits de l'enfant et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales nécessitent « de permettre à l'enfant né d'un couple dont l'un des membres est transgenre, de voir sa filiation doublement établie à l'égard de ses deux parents »<sup>23</sup> étant entendus

---

2017, p. 34, obs. A. Fautre-Robin ; *Dr. fam.* 2017, Etude n° 13, obs. J.-R. Binet ; *Dr. fam.* 2017, Etude n° 14, avis P. Ingall-Montagnier ; *D.* 2017, p. 1737, obs. H. Fulchiron ; *JCP G* 2017 p. 1691, obs. A. Gouttenoire ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 143, obs. S. Bollée ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke.

<sup>18</sup> V. l'amendement n° 2297, déposé par B. LACHAUD mais non soutenu, qui prévoyait : « En cas de nécessité pour la réussite du projet d'assistance médicale à la procréation, le don d'ovocytes d'une personne pour un transfert à son conjoint ou sa conjointe est possible ».

<sup>19</sup> Art. 342-11, al.2 C. civ. : « La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance ».

<sup>20</sup> S. Paricard, « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *précit.*

<sup>21</sup> Art. 310-3 C. civ. : « la filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état ».

<sup>22</sup> CEDH, 7 avril 2022, n° 13344/20, *AJ fam.* 2022, p. 287, note J. Houssier.

<sup>23</sup> Civ. 1°, 16 sept. 2020, *précit.*, §18.

comme des parents biologiques. Elle précise ensuite que « la Cour européenne des droits de l'homme a accordé une place importante à la dimension biologique de la filiation comme un élément de l'identité de chacun, surtout en l'absence d'intérêts concurrents ».

La réalité d'une telle affirmation est incontestable. En témoignent, notamment, les arrêts *Mennesson* et *Labassée*<sup>24</sup> – qu'il n'y a plus lieu de présenter – dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme énonce qu'au « regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ». Néanmoins, plusieurs arrêts récents de cette même cour invitent à rediscuter la pérennité d'une telle approche. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre pour exemple l'arrêt du 7 avril 2022 à propos de « l'enfant vendu deux fois »<sup>25</sup>. Dans cette affaire, un couple d'hommes, dont l'un était le père biologique, avait eu recours en France à une gestation pour autrui illégale moyennant le prix de 15 000 €. À la naissance de l'enfant, la gestatrice avait alors prétendu que l'enfant était décédé ; elle avait en réalité cédé l'enfant à un couple hétérosexuel pour le même prix. L'enfant vit alors sa filiation établie à l'égard du second couple. Le père biologique de l'enfant assigna ultérieurement en contestation de la filiation l'homme à l'égard duquel la filiation de l'enfant avait été établie. Par un arrêt en date du 31 mai 2018<sup>26</sup>, la Cour d'appel de Rouen déclara la demande irrecevable. Un pourvoi fut formé et la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 septembre 2019<sup>27</sup>, le rejeta en confirmant l'irrecevabilité de l'action intentée par le père biologique. Le père biologique saisit *in fine* la Cour européenne des droits de l'homme...

Si la France est condamnée pour n'avoir pas fait preuve d'un « devoir de diligence exceptionnel » compte tenu de « la grande complexité de l'affaire »<sup>28</sup>, il n'en reste pas moins qu'elle fait prévaloir l'intérêt de l'enfant sur l'intérêt du père de faire établir sa filiation paternelle biologique. Elle concède qu'il « ressort de [sa] jurisprudence [...] que, si la réalité biologique a indéniablement du poids dans les affaires telles que la présente espèce, cet élément s'efface devant l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque l'une et l'autre ne concordent pas ». Elle considère, en l'espèce, que l'établissement de la filiation biologique de l'enfant aurait conduit à le priver de sa filiation sociale. Aussi la Cour européenne des droits de l'homme conçoit-elle qu'il n'est pas toujours de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation biologique établie en procédant à une dissociation de leur prise en considération.

Si la réalité biologique de la filiation constitue un critère d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, son existence ne suffirait donc pas à caractériser qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie. Or dans son raisonnement, la Cour d'appel de Toulouse se contente de déterminer l'intérêt de l'enfant au regard du seul critère biologique. Elle va même jusqu'à affirmer qu'il n'existe pas « d'intérêt concurrent » sans procéder au contrôle de proportionnalité auquel avait pourtant eu recours la Cour de cassation en 2020 pour justifier sa solution<sup>29</sup>. À cet égard, l'on peut regretter que la Cour d'appel n'ait pas apprécié l'intérêt de l'enfant au regard de celui de la fratrie comme avait pu l'évoquer la Cour de cassation... la solution de la Cour d'appel entraîne l'établissement d'actes de l'état civil à géométrie variable entre les frères et sœurs, deux d'entre eux mentionnant la filiation paternelle des enfants à l'égard la femme transgenre, l'autre mentionnant une filiation maternelle.

\*\*\*

C'est une solution au moins aussi audacieuse que celle de la Cour d'appel de Montpellier qu'a consacrée la Cour d'appel de Toulouse. Reste à voir si la Cour de cassation sera de nouveau saisie...

<sup>24</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France et Labassée c/ France*, n<sup>os</sup> 65192/11 et 65941/11, *D.* 2014, p. 1797, obs. F. Chénédy ; *D.* 2014, p. 1773, obs. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2014, p. 835, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDLF* 2014, chron. 21, obs. M. Farge ; *JDI* 2014, p. 1265, obs. J. Guillaumé ; *Dr. fam.* 2014, comm. n<sup>o</sup> 128, obs. C. Neirinck ; *JCP G* 2014.II.1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014.II.1409, obs. F. Sudre ; *Rev. Crit. DIP* 2015, p. 144, obs. S. Bollée ; *Rev. Crit. DIP* 2015, p. 1, obs. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2015, p. 224, obs. M. Fabre-Magnan.

<sup>25</sup> A. Etienney-de Sainte Marie, « L'histoire de l'enfant vendu deux fois », *D.* 2019, p. 2112.

<sup>26</sup> CA Rouen, 31 mai 2018, n<sup>o</sup> 17/02084, *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2018, p. 1040, note J.-R. Binet ; *Dr. fam.* 2018, comm. 239, note H. Fulchiron.

<sup>27</sup> Civ. 1<sup>o</sup>, 12 septembre 2019, n<sup>o</sup> 18-20.472, *AJ fam.* 2019, p. 531, obs. F. Chénédy ; *AJ fam.* 2019, p. 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019, p. 2112, note A. Etienney-de Sainte Marie ; *D.* 2020, p. 506, note M. Douchy-Oudot ; *D.* 2020, p. 677, obs. P. Hilt ; *D.* 2020, p. 843, obs. RÉGINE ; *RTD civ.* 2019, p. 838, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2019, comm. 216, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019, n<sup>o</sup> 11, p. 23, note J. Garrigue.

<sup>28</sup> CEDH, 7 avril 2022, n<sup>o</sup> 13344/20, précit.

<sup>29</sup> Civ. 1<sup>o</sup>, 16 sept. 2020, n<sup>os</sup> 18-50.080 et 19-11.251, §23.

La présente contribution est issue d'une intervention au colloque qui s'est tenu le 25 juin 2022 organisé par la Cour d'appel de Pau. Le thème retenu par M. LE HORS, premier président et M. TUFFERY, procureur général, était consacré au citoyen, à l'Europe et au juge : Colloque Justice et Europe - Samedi 25 Juin 2022 - Palais de justice de Pau - Institut Fédératif de Recherche sur les Transitions Juridiques (IFTJ) - Université de Pau et des Pays de l'Adour (UPPA) (<https://iftj.univ-pau.fr/fr/vie-de-l-institut/actualites/colloque-justice-et-europe.html>). Cette manifestation traduit le lien étroit entre l'Université de Pau et la Cour d'appel de Pau, partenaires historiques impliqués dans les "Cahiers".

# L'utilité de la norme européenne dans la vie pratique du justiciable

## Considérations botaniques<sup>1</sup>

Par Nicolas BAREÏT

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles - Université de Pau et des Pays de l'Adour  
Unité de recherche : Institut Fédératif de recherches sur les Transitions Juridiques (Centre de Recherche sur la Justice Pénale et Pénitentiaire).

Le droit européen est souvent évoqué ou ressenti comme étant un droit éloigné.

Soit parce qu'il est considéré comme un droit plus grand, plus vaste que le droit français – un droit supérieur, qui contiendrait dès lors le droit français.

Soit parce qu'il est présenté (et dénoncé) comme un droit étranger, un droit venu d'ailleurs – pour reprendre la formule de certains professeurs de droit français.

Bref, le droit européen serait un droit à mille lieues du quotidien du citoyen.

Cette perception, pourtant, est trompeuse. La norme européenne occupe une place significative dans la vie pratique du justiciable. Il s'agit donc de montrer ici la proximité du droit européen, son utilité pour le citoyen en France. Mais au préalable, il convient d'indiquer qu'il existe deux « Europe » et donc deux groupes de normes européennes :

- celles du Conseil de l'Europe, en particulier les décisions de justice de la Cour européenne des droits de l'homme (dont le siège est à Strasbourg) – l'Europe des droits fondamentaux qui compte quarante-six États-membres ;
- celles de l'Union européenne, composées de directives, de règlements et d'arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne (dont le siège est à Luxembourg) – l'Europe du marché, du commerce mais aussi, de plus en plus, des droits fondamentaux qui rassemble vingt-sept États-membres.

Ces deux groupes de normes européennes peuvent se recouper dans la vie pratique du justiciable.

Puisqu'il est question de ce personnage, c'est le droit privé qui sera mis à l'honneur : nous parlerons principalement de droit civil et de droit pénal.

Nous irons du droit objectif vers les droits subjectifs.

Une métaphore permet de comprendre comment la norme européenne, loin d'être éloignée de la vie du justiciable, peut modifier son quotidien.

Parce qu'elle s'ajoute aux normes internes, la norme européenne peut être comparée à un intrant en matière agricole. En effet, elle joue, selon les circonstances, ou bien le rôle d'engrais ou bien le rôle de pesticide dans le jardin français (qui n'est d'ailleurs pas forcément un jardin à la française, à la perfection formelle et à la majesté théâtrale) :

- comme un engrais, la norme européenne renforce les droits ou en fait apparaître de nouveaux (I) ;
- comme un pesticide, la norme européenne fait disparaître les « mauvaises » règles du système juridique (II).

### I - La norme européenne comme engrais

En premier lieu, la norme européenne, qu'elle soit fabriquée dans l'usine « Union européenne » ou dans l'usine « Conseil de l'Europe », peut conforter des droits déjà accordés au justiciable, voire lui en conférer de nouveaux. Cette

---

<sup>1</sup> Le présent texte ayant servi de support à une parole qui s'en est parfois libérée, son style est oral, pour l'essentiel.

fonction d'engrais est particulièrement notable en matière pénale. Mais elle s'exprime aussi en dehors du domaine répressif.

## A) En matière pénale : trois exemples

**1. Les droits des victimes d'infractions pénales**, inscrits aux articles 10-2 à 10-6 du Code de procédure pénale, sont pour l'essentiel issus de la transposition de la directive européenne établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes du 22 octobre 2012 (loi du 17 août 2015).

Ces droits existaient déjà dans le Code français : la transposition permet de les rassembler au même endroit dans le Code, de façon à les rendre plus facilement lisibles par les justiciables. Il leur suffit d'ouvrir le Code pour connaître rapidement leurs prérogatives de victimes, sans avoir à passer en revue chaque phase de la procédure pénale.

**2. Le droit de se taire** doit être notifié dès le début de la mesure à la personne placée en garde à vue. C'est le droit positif.

Cette solution découle de l'arrêt *Funke contre France* prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 février 1993 (droit de l'accusé « de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination », § 44). Elle a été confirmée dans un arrêt de Grande chambre le 8 février 1996, l'arrêt *John Murray contre Royaume-Uni* selon lequel « Il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 » (§ 45).

Le droit français a eu un peu de mal à intégrer le droit de garder le silence dans le Code de procédure pénale :

- la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence avait ajouté une phrase au premier alinéa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale : « La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs » ;

- la loi du 4 mars 2002 complétant la loi de 2000 a réécrit l'article 63-1, alinéa 1er : « La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire » ;

- la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a supprimé la phrase retouchée de l'article 63-1, alinéa 1<sup>er</sup> ;

- la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue a refondu la rédaction de l'article 63-1 : « La personne placée en garde à vue est immédiatement informée [...] du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire » ;

- aujourd'hui les articles 61-1 et 63-1 du Code de procédure pénale garantissent le « droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui [...] sont posées ou de se taire » ;

- la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a complété l'article préliminaire du Code de procédure pénale par cet alinéa : « En matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire. Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que ledit droit ait été notifié ».

Proclamation solennelle de ce droit fondamental, qui en tire les conséquences sur le plan procédural.

**3. Le droit de faire appel des arrêts de cours d'assises** (art. 380-1 et s. C.pr.pén.) est issu de la loi du 15 juin 2000 qui a ainsi aligné le droit français sur le protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit à un double degré de juridiction en matière pénale.

Pendant plus de deux siècles, les arrêts d'assises ne pouvaient faire l'objet d'un appel, ils étaient uniquement justiciables d'un pourvoi en cassation. La France avait ainsi signé le protocole n° 7 en 1984 et l'avait ratifié en 1986, avec une réserve : « l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter au contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation ». Cette réserve est désormais sans objet en matière criminelle.

## B) Hors matière pénale : deux illustrations

**1.** Au-delà de ces aspects procéduraux, le citoyen est confronté dans sa vie la plus quotidienne à de **nouveaux droits issus de normes européennes** : il suffit de songer au Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) du 27 avril 2016, entré en vigueur le 25 mai 2018.

Les utilisateurs de traitements de données sont informés de l'usage de ces dernières et ils doivent consentir au traitement de leurs données ; ils ont le droit de s'y opposer.

Quiconque a ouvert une page internet le sait – et s'en agace peut-être.

**2. Le citoyen-justiciable peut encore être confronté à des professionnels étrangers**, autorisés à exercer en France en vertu de la règle fondamentale de reconnaissance des diplômes européens.

La liste est aujourd'hui impressionnante : c'est le cas des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des infirmiers, des masseurs-kinésithérapeutes, des pédicures-podologues, des ergothérapeutes, des psychomotriciens, des orthophonistes, des orthoptistes, des manipulateurs d'électroradiologie médicale, des techniciens de laboratoire médical, des audioprothésistes, des opticiens-lunetiers, des prothésistes et orthésistes, des diététiciens, des aides-soignants, des auxiliaires de puériculture, des ambulanciers et des assistants dentaires.

Citons encore les avocats.

Tous ces professionnels à l'accent étranger ont le droit d'exercer en France, la réciproque étant vraie. C'est une des vertus du droit européen.

## II - La norme européenne comme pesticide

En second lieu, il arrive que l'application d'une norme européenne aboutisse à l'éradication d'une règle appartenant au jardin français, mais qui va être considérée comme « nuisible » parce que contraire aux valeurs qui sont censées irriguer ce jardin.

Cette fonction de pesticide est spectaculaire, en particulier en droit de la famille. Elle peut également se manifester en droit pénal, comme l'a montré la juridiction qui nous accueille aujourd'hui. Elle s'exerce même au-delà de la loi française, dans les contrats conclus par tout un chacun.

### A) Le cas symptomatique du droit de la famille

Le droit de la famille a été, et est encore, influencé de façon remarquable par les normes européennes.

L'exemple est symptomatique, car tout droit de la famille traduit un projet de société, un modèle de civilisation. Aujourd'hui, ce modèle n'est plus seulement français, il est européen – ce qui révèle un fonds commun de valeurs à l'échelle du continent.

**1. En matière successorale** tout d'abord, la loi du 3 décembre 2001 a été adoptée à la suite de la condamnation de la France dans l'arrêt « Mazurek » prononcé le 1<sup>er</sup> février 2000 par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le juge européen avait relevé une discrimination à l'encontre des enfants adultérins frappés par une restriction de leur vocation successorale (anc. art. 760 C. civ. : « les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes »).

Le nouvel article 733 du Code civil, tel qu'issu de la réforme, dispose : « La loi ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder ».

Aujourd'hui, le texte est encore plus égalitaire, s'il est permis de le dire ainsi : « La loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder ».

**2. La question de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui**, interdite en France, a également défrayé la chronique avec les arrêts « Labassée » et « Mennesson » prononcés le 26 juin 2014<sup>2</sup>.

Dans ces deux affaires, des enfants sont nés de mères porteuses aux États-Unis (Minnesota et Californie). Les « parents d'intention » ont voulu transcrire dans l'état civil français les actes de naissance étrangers, mais ils se sont heurtés à des résistances de la part du consulat et du procureur de la République. En effet, la gestation pour autrui est interdite par l'article 16-7 du Code civil (« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »). La Cour de cassation a confirmé le refus de transcription (Civ. 1<sup>o</sup>, 6 avril 2011). L'État français est finalement condamné par le juge européen pour violation du droit à la vie privée des enfants (atteinte à leur identité).

La Cour de cassation a dû modifier sa jurisprudence et autoriser la transcription de l'acte de naissance étranger résultant d'une gestation pour autrui : ainsi, « il résulte de l'article 47 du code civil et de l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, interprétés à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger et que l'acte de naissance

<sup>2</sup> Les paragraphes en italiques n'ont pas été exposés durant le colloque.

concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » (Ass. plén., 5 oct. 2018). Ou encore : « Il se déduit ainsi de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'État étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé » (Ass. plén., 4 oct. 2019). Ou encore : « en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil » (Civ. 1<sup>o</sup>, 18 déc. 2019) ; et enfin, « en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil » (Civ. 1<sup>o</sup>, 13 janvier 2021).

### **B) Le cas particulier de l'importation parallèle de médicaments vétérinaires**

Autre droit porteur de valeurs sociales, le droit pénal a également été confronté au pouvoir éradiquant des normes européennes. La question, *a priori* anecdotique, de l'importation parallèle de médicaments vétérinaires est exemplaire de ce phénomène.

Des éleveurs français avaient acheté des médicaments vétérinaires en Espagne pour les besoins de leurs propres élevages. Après avoir été condamnés en première instance à Bayonne du chef d'importation de médicaments vétérinaires sans autorisation, ils ont été relaxés par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Pau (1<sup>er</sup> mars 2018).

À la suite d'un arrêt rendu sur renvoi préjudiciel par la Cour de justice de l'Union européenne le 27 octobre 2016 (CJUE, 27 oct. 2016), les juges palois ont en effet considéré que la réglementation française en matière d'importation de médicaments vétérinaires était contraire au droit de l'Union européenne, et plus précisément contraire au principe de libre circulation des marchandises (absence de procédure d'importation parallèle simplifiée au profit des éleveurs). Ils en tirent les conséquences sur le plan pénal, en écartant l'application de l'article L. 5441-8, 2<sup>o</sup>, du Code de la santé publique qui punit l'importation de médicaments vétérinaires sans autorisation et en relaxant les éleveurs.

Les pourvois formés contre l'arrêt de la Cour d'appel de Pau ont été rejetés par la Cour de cassation (Crim., 5 nov. 2019, n<sup>o</sup> 18-82.989 : « il appartient au juge répressif d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier méconnaît une disposition du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou un texte pris pour l'application de celui-ci »).

Dans le même temps, la chambre criminelle a cassé l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de Bordeaux qui avait retenu la culpabilité des éleveurs dans les mêmes circonstances (Crim., 5 nov. 2019, n<sup>o</sup> 18-80.554).

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 5 juin 2018 sur l'importation parallèle des médicaments vétérinaires, l'infraction d'importation sans autorisation est de nouveau applicable aux éleveurs qui ne respecteraient pas les règles spécifiques prévues par le Code de la santé publique. Au demeurant, la situation pourrait encore évoluer au regard du nouvel article L. 5142-7-1 du Code de la santé publique (ordonnance du 23 mars 2022) qui, transposant le droit européen, soumet à une autorisation spécifique le commerce parallèle de médicaments vétérinaires – étant souligné que le commerce parallèle sans autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende (article L. 5441-8, I, 3<sup>o</sup> CSP) contre deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende auparavant.

### **C) Au-delà de la loi, le contrat**

Il ne faudrait pas induire des propos qui précèdent que seule la loi, au sens strict, peut être atteinte par le droit européen. Les contrats conclus entre particuliers sont également soumis à la norme européenne ; ils doivent, en ce sens, respecter les droits de l'homme.

Un seul exemple : les clauses d'habitation personnelle dans les baux d'habitation qui stipuleraient que les locaux ne peuvent être occupés que par le locataire et ses enfants.

Ces clauses, contraires au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, sont interdites si elles empêchent un locataire d'héberger des membres de sa famille (Civ. 3°, 22 mars 2006 et 10 mars 2010). Cette solution jurisprudentielle a d'ailleurs été intégrée, en juillet 2006, dans la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports locatifs (art. 4 : « est réputée non écrite toute clause [...] qui interdit au locataire d'héberger des personnes ne vivant pas habituellement avec lui »).

Vous l'aurez compris : le droit français est amendé, à tous les sens du terme, par le droit européen, dans toutes ses dimensions. Et c'est tant mieux : une terre bien cultivée produira certainement de belles récoltes.

*« Tout olivier que l'on émonde,  
En beaux fruits davantage abondent ».*

C'est un aphorisme du Catalan Narcisse Fages de Romá, qui avait la double qualité de juriste et d'agronome (Aphorismes ruraux, 1854).

# Justice sans audience : étude d'impact sur les justiciables et les professionnels du droit

## Un projet de recherche à l'écoute des pratiques locales

Par Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD

Professeur, Université de Bordeaux

Unité de recherche : Institut de sciences criminelles et de la justice, UR 4633

Bien que ses fonctions diffèrent selon la nature écrite ou orale de la procédure, l'audience est historiquement et ontologiquement associée au procès et à tout ce qui symbolise la Justice. Malgré cet ancrage, l'audience n'est plus un espace-temps sacré puisque sa suppression est désormais admise à la faveur de procédures civiles ou pénales entièrement écrites, donnant lieu à un jugement sur dossier. Si de nombreux travaux ont déjà été menés sur l'affaiblissement de la place de l'audience et la transformation de sa physionomie, il s'agit désormais de s'interroger de manière plus radicale sur son maintien ou sa disparition dans le traitement de certains contentieux. L'avènement d'une Justice sans audience est donc une réalité dont la dimension a été sensiblement amplifiée par la crise sanitaire.

Prenant acte de ce nouveau paradigme, une équipe de recherche pilotée par Aurélie Bergeaud-Wetterwald, professeur à l'Université de Bordeaux, et Anaïs Danet, professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, et associant des juristes et des sociologues des deux établissements, propose d'évaluer les conséquences de la suppression de la phase d'audience sur l'ensemble des acteurs du procès. Le projet de recherche débuté en janvier 2022 et courant jusqu'en juillet 2024 est soutenu et co-financé par la Mission de recherche Droit et Justice (désormais Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice – IERDJ).

La recherche comporte deux axes complémentaires : le premier s'intéresse aux justiciables en interrogeant l'utilité de l'audience, l'acceptabilité sociale de sa disparition et la compatibilité de cette disparition avec les droits fondamentaux du procès ; le second s'intéresse à la perception de la justice sans audience par les professionnels du droit et à l'impact de ces procédures sur l'organisation de leur travail et le sens de leurs missions.

Conçue comme une étude d'impact, cette recherche confère une large place à l'analyse empirique, via différentes méthodes d'enquêtes qualitatives et quantitatives. A ce titre, elle s'appuie en grande partie sur la collaboration des juridictions et des barreaux locaux (tant à Bordeaux qu'à Reims). La Cour d'appel de Bordeaux, les tribunaux judiciaires de Bordeaux et de Libourne ainsi que les Barreaux de Bordeaux et de Libourne ont marqué leur intérêt pour ce projet et ont accepté d'y participer afin de partager leurs pratiques professionnelles. Depuis le mois de mai, cette collaboration s'est concrétisée par la mise en place de plusieurs entretiens collectifs auprès de magistrats, de greffiers et d'avocats afin de permettre aux membres de l'équipe de recherche d'appréhender plus finement les questions soulevées sur le terrain par les formes de justice sans audience et la diversité des enjeux selon les contentieux. Ces entretiens exploratoires permettront d'élaborer une grille d'analyse permettant la tenue, dans un second temps, d'entretiens individuels semi-directifs auprès d'un grand nombre de magistrats, greffiers et avocats du périmètre géographique concerné.

Cette collaboration est un nouveau témoignage des liens scientifiques qui unissent chercheurs et professionnels. Elle montre surtout à quel point il demeure essentiel que l'Université reste à l'écoute de la jurisprudence et des pratiques locales.

*Prochaine Lettre des Cahiers*

*janvier 2023*

Etablie grâce à la haute et précieuse collaboration pour les Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse de :

Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents, Mesdames et Messieurs les Procureurs Généraux, Mesdames et Messieurs les Magistrats du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les Bâtonniers du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les Avocats des barreaux du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les directeurs des services des Greffes près des Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse

Toute reproduction ou utilisation des articles de *La lettre* est interdite sans l'autorisation préalable de l'Association des Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées et ne peut être effectuée qu'en vue de l'utilisation qui aura été acceptée par l'Association.

Inscription à *La lettre* sur demande adressée à : [lalettreDESCAHIERs@gmail.com](mailto:lalettreDESCAHIERs@gmail.com)

*La lettre des Cahiers* s'inscrit dans la continuité de la revue *Les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées* : les exemplaires papier de cette revue, parue jusqu'en 2021, peuvent être demandés (dans la limite des stocks disponibles) à cette même adresse.

Pour toute information :

<https://idprive.ut-capitole.fr/les-cahiers-de-jurisprudence-d-aquitaine-et-de-midi-pyrenees-Idp/cahiers> ;

<https://droit.u-bordeaux.fr/Formations/Offre-de-formation/Institut-d-etudes-judiciaires-IEJ/Cahiers-de-Jurisprudence-d-Aquitaine-et-Midi-PyreneescOdj/Pau>

