



HAL
open science

Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations

Delphine Neveu Lanzara

► **To cite this version:**

Delphine Neveu Lanzara. Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2014. Français. NNT : 2014NICE0023 . tel-01127147

HAL Id: tel-01127147

<https://theses.hal.science/tel-01127147>

Submitted on 7 Mar 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



FACULTE DE DROIT DE NICE SOPHIA ANTIPOLIS

THESE

Pour le doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement

Le 25 novembre 2014 par

Delphine LANZARA

**LES MODES PRETORIENS D'AMENAGEMENT DES PRINCIPES
DU DROIT DES OBLIGATIONS**

DIRECTEUR DE LA RECHERCHE

M. Yves STRICKLER, Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

MEMBRES DU JURY

M. Jean-Louis BERGEL, Professeur émérite de l'Université d'Aix-Marseille

M. Philippe MALINVAUD, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Jean-François RENUCCI, Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

M. Michel TROPER, Professeur émérite de l'Université de Paris Ouest - Nanterre –
La Défense



L'Université Nice Sophia Antipolis n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse. Ceux-ci sont propres à leur auteur.



À Messieurs les Professeurs Christian ATIAS et Yves STRICKLER, qui ont assuré successivement la direction de cette thèse, pour tout ce qu'ils savent et tout ce qu'ils ne savent pas avoir fait pour moi.

À mon grand-père, le Professeur Hubert CHARLES, pour m'avoir donné, ainsi qu'à bien d'autres étudiants, un modèle à suivre et à honorer.



SOMMAIRE

Introduction..... 1

PREMIERE PARTIE

LES POUVOIRS DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

TITRE 1. LE POUVOIR DES INSTRUMENTS PRETORIENS..... 19

CHAPITRE 1. L'interprétation prétorienne..... 20

CHAPITRE 2. La correction prétorienne..... 57

TITRE 2. LE POUVOIR DES PROCESSUS PRETORIENS..... 93

CHAPITRE 1. Les arrêts successifs..... 95

CHAPITRE 2. L'arrêt de principe..... 128

DEUXIEME PARTIE

LES LIMITES DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

TITRE 1. LES LIMITES SUBSTANTIELLES..... 163

CHAPITRE 1. L'injustice de l'aménagement prétorien..... 164

CHAPITRE 2. L'incompatibilité de l'aménagement prétorien..... 200

TITRE 2. LES LIMITES METHODOLOGIQUES..... 235

CHAPITRE 1. L'incompétence de la jurisprudence..... 236

CHAPITRE 2. L'insécurité de la jurisprudence..... 271

Conclusion générale..... 309



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA.....	Actualité juridique de droit administratif.
AJDI.....	Actualité juridique de droit immobilier.
AJ. Famille.....	Actualité juridique famille.
AIJC.....	Annuaire international de justice constitutionnelle.
Arch. philo. droit.....	Archives de philosophie du droit.
Ass. Pl.....	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC.....	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
BJS.....	Bulletin Joly Sociétés.
Bull. civ.....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
Bull. crim.....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle).
Bull. info. Cass.....	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
Cass.....	Cour de cassation.
CC.....	Conseil Constitutionnel.
c. civ.....	Code civil.
c. com.....	Code de commerce.
c. consom.....	Code de la consommation.
c. pr. civ.....	Code de procédure civile.
c. org. jud.....	Code de l'organisation judiciaire.
CE.....	Conseil d'Etat.
CEDH.....	Cour européenne des droits de l'homme.
CCE.....	Communication, commerce, électronique.
ch. mixte.....	Chambre mixte de la Cour de cassation.
ch. réun.....	Chambres réunies de la Cour de cassation.
com.....	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
D.....	Recueil Dalloz.
D. Affaires.....	Dalloz Affaires.
D. C.....	Dalloz critique (années 1941 à 1944)
Defrénois.....	Répertoire du notariat Defrénois.
D.H.....	Dalloz hebdomadaire (av. 1941).
D. P.....	Dalloz périodique et critique mensuel (av. 1941).



Dr. et patrimoine.....	Droit et patrimoine.
D. sociétés.....	Droit des sociétés.
IR.....	Informations rapides (Recueil Dalloz)
JCP.....	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale.
JCP E.....	Juris-Classeur (Semaine juridique) édition entreprise.
JCP N.....	Juris-Classeur (Semaine juridique) édition notariale.
JO.....	Journal Officiel.
D.....	Recueil Dalloz.
DC.....	Recueil critique Dalloz (1941-1945).
Dr. famille.....	Revue Droit de la famille.
Gaz. Pal.....	Gazette du Palais.
LPA.....	Les petites affiches.
Mél.....	Mélanges.
RCA.....	Responsabilité civile et assurance.
RDC.....	Revue des contrats.
RDI.....	Revue de droit immobilier.
Rec. CC.....	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel.
Req.....	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Resp. civ. et assur.....	Responsabilité civile et assurances.
Rev. crit. DIP.....	Revue critique de droit international public.
Rev. Dr. publ.....	Revue de droit public.
Rev. proc. coll.....	Revue des procédures collectives.
Rev. Sociétés.....	Revue des sociétés.
RGDA.....	Revue générale du droit des assurances.
RIDC.....	Revue internationale de droit comparé.
RTD civ.....	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com.....	Revue trimestrielle de droit commercial.
RCLJ.....	Revue critique de législation et de jurisprudence.
RRJ.....	Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif.
S.....	Recueil Sirey.
soc.....	Chambre sociale de la Cour de cassation.
Somm.....	Sommaire.
Trav. Capitant.....	Travaux de l'Association Henri Capitant.



Introduction

« Il y a une science pour les législateurs,
comme il y en a une pour les magistrats ;
et l'une ne ressemble pas à l'autre »

Portalis¹

1. À l'époque où Portalis écrit ces lignes, la Révolution vient de mettre un terme à une dangereuse confusion. Les juges d'Ancien régime avaient créé du droit ; ils avaient agi en législateurs². Désormais, le principe de séparation des pouvoirs impose de distinguer les sciences³. Celle du législateur consiste à produire des règles générales et abstraites⁴. Il s'agit d'établir « *par de grandes vues* »⁵ des « *principes* »⁶ riches en conséquences. Cette science spécifique est de nature *politique* : le législateur, tirant sa légitimité du suffrage universel, fait des choix de gouvernement afin d'organiser au mieux les rapports sociaux. La science législative comporte, en outre, un aspect *technique* : la conception et la rédaction d'une règle générale imposent de respecter une certaine méthodologie⁷.

¹ Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Ecrit et discours juridiques et politiques*, Puam, 1998, p. 30.

² J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Puf, coll. « Droit fondamental », 4^{ème} éd., 2010, n° 31 et 32, p. 65 et s.

³ Les « *pouvoirs sont réglés ; aucun ne doit franchir ses limites* » (Portalis, *op. cit.*, p. 77). Sur le principe de séparation des pouvoirs et la subordination du « pouvoir » judiciaire, v. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, th. Paris, 1967, LGDJ, 2^{ème} éd., 1980, et du même auteur, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française, in 1791, la première constitution française, Actes du colloque de Dijon, 1991, Economica, 1993, p. 355, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », in *La Justice, Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5, « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs », in F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), *L'héritage politique de la Révolution française*, Lille, Pul, 1993, p. 95, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, 1994, spéc. p. 224 et s. (« Actualité de la séparation des pouvoirs »).

⁴ La loi est générale, en ce sens qu'elle « *a vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes se trouvant dans telle situation déterminée* » et abstraite, en ce qu'elle « *visé des situations générales et non pas la situation précise dans laquelle se trouve telle ou telle personne* » (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2013, n°38-39, p. 32-33), v. aussi, H. Dupeyroux, « Sur la généralité de la loi », in Mél. Carré de Malberg, 1933, p. 137, J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, spéc. p. 9, G. Timsit, « La loi. A la recherche du paradigme perdu », in *De la logique des lois*, Revue européenne des sciences sociales, t. XXXIV, 1996, n°104, Librairie Droz, Genève, spéc. p. 76.

⁵ Portalis, *op. cit.*, p. 26.

⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁷ Sur la méthodologie législative, v. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, coll. « Thémis », 2001, spéc. p. 269 et s., J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrénois, 1979, B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative, Droit commun, Droit spécial*, th. Bordeaux, 1986, C.-A. Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Actes du V^{ème} Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Montreux, 1997, Puam, 1999, A. Viandier, *Recherche de légistique comparée*, Fondation européenne de la science, « Le processus législatif », Springer-Verlag, 1988, 1 et s., 131 et s., n° 293 et s.



La science du magistrat est toute différente. Elle vise à « *mettre ces principes en action* »⁸, c'est-à-dire à les appliquer dans le cadre d'un cas d'espèce afin de parvenir à une solution particulière. Contrairement aux idées véhiculées par l'image du juge « *bouche de la loi* »⁹, cette tâche n'est pas dépourvue de créativité. Les principes ont été conçus en général et dans l'abstrait ; en l'état, ils ne sont pas *directement* applicables aux cas particuliers. Pour passer de la règle générale à la solution particulière, un travail créatif est donc nécessaire, qui suppose d'interpréter la loi et de suppléer à ses silences¹⁰. Il faut « *approfondir* »¹¹ les principes, les « *étendre* »¹², les « *combler* »¹³, ou encore les « *ramifier* »¹⁴, afin d'« *inventer les solutions de droit* »¹⁵.

Mais la créativité du magistrat ne ressemble pas à celle du législateur. Une science de l'interprétation et de l'élaboration de solutions particulières ne saurait se confondre avec une science de la législation. Contrairement au juge de *common law*¹⁶, le magistrat français n'est pas censé produire des règles générales¹⁷. Notre droit s'y oppose : le principe de prohibition

⁸ Portalis, *op. cit.*, p. 30.

⁹ Du reste, la « *bouche qui prononce les paroles de la loi* », évoquée par Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, in *Œuvres de Montesquieu*, éd. complète dirigée par M. Colin De Plancy, Librairie de jurisprudence et d'Administration, 1825, p. 89) n'avait pas nécessairement le sens qui lui fut attribué par la suite. Pour une critique de cette interprétation des textes de Montesquieu, v. G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, tome 50, Dalloz 2007).

¹⁰ Le juge dispose donc du pouvoir d'interpréter la loi. Ce pouvoir découle directement de l'interdiction du déni de justice formulée par l'article 4 c. civ., qui défend au magistrat de refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » et de la suppression du référé législatif en 1837. Ce dernier mécanisme, mis en place par l'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire*, prévoyait que les tribunaux s'adresseraient au Corps législatif toutes les fois qu'ils estimeraient « *nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* ». Le référé législatif, « *le plus funeste des principes* » selon Portalis (*op. cit.* p. 29), s'avéra rapidement impraticable et fut officiellement supprimé par la loi du 1^{er} avril 1837, qui attribua, parallèlement, à la Cour de cassation un pouvoir régulateur (sur l'histoire du référé législatif, v. l'ouvrage de référence, Y-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série « Droit privé », n° 2, 1965).

¹¹ Portalis, *op. cit.*, p. 29.

¹² *Ibid.*, p. 30.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Préface M. Villey pour S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol XVII, Paris, LGDJ, 1974.

¹⁶ A partir d'une espèce particulière, et grâce à un profond travail d'argumentation, le juge dégage la règle de droit qui permet de résoudre le litige. Cette règle s'impose ensuite comme un précédent obligatoire, sous réserve des distinctions nécessaires. Dans les pays de *common law*, où le droit est ainsi d'origine essentiellement prétorienne. La loi n'a qu'un rôle secondaire, même si le juge prend de plus en plus d'importance aujourd'hui (G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, n° 152 et s., p. 95 et s. ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^{ème} éd., 2012, n° 50, p. 67 et s., R. David et X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 10^{ème} éd., 2003, p. 7, 60 et 68).

¹⁷ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 39, p. 33. Ce n'est pas le cas de tous les pays de droit écrit. Le Code civil suisse, par exemple, reconnaît au juge le pouvoir de produire des règles. L'article 1^{er}, alinéa 2 déclare ainsi : « *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut de coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* ».



des arrêts de règlement¹⁸ interdit au juge de produire une règle générale et le principe d'autorité relative de la chose jugée¹⁹, son corollaire, limite la force obligatoire des décisions de justice aux parties à l'instance et à l'objet du débat.

Cette distinction nette et précise entre les sciences du législateur et du magistrat ne correspond plus tout-à-fait à la réalité des choses. Même si le Code de procédure civile actuel continue de décrire la mission du juge comme le fait de trancher « *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »²⁰, la science du magistrat a évolué. A l'interprétation des lois et l'élaboration de solutions individuelles, s'est ajoutée une fonction nouvelle – celle de créer des règles générales. Une « *jurisprudence législative* »²¹ ou « *législation jurisprudentielle* »²² est ainsi apparue. Et son poids est tel que la question a été posée de savoir s'il ne fallait pas refaire la Révolution contre l'équité des Parlements²³. C'est dire combien l'office du juge a changé en l'espace de deux siècles. À l'évidence, cette évolution ne s'est pas produite en un jour. Elle s'est déroulée très progressivement, quelques brusques avancées marquant, toutefois, des étapes cruciales.

2. Il serait inexact de dire que le rôle normatif des tribunaux cessa complètement avec l'adoption du Code civil. Au lendemain de sa promulgation, les juges se remirent à l'ouvrage²⁴. C'est ainsi que des créations prétorienne aussi importantes que la responsabilité

¹⁸ Art. 5 c. civ. : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Le juge ne rend que des *jugements*, liant uniquement les parties au procès et relativement à l'objet du débat, et non des *règlements* qui s'imposeraient à tous les justiciables et au tribunal lui-même. Car, précise Portalis, « *le juge deviendrait législateur, s'il pouvait, par des règlements, statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal* » (*op. cit.*, p. 77).

¹⁹ Art. 1351 c. civ. : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ». La décision de justice n'est pas normative. Elle ne contient pas un principe général et obligatoire mais une solution particulière, qui n'a qu'une autorité *relative* de chose jugée (Y. Strickler, *Procédure civile*, Larcier, coll. « Paradigme », 4^{ème} éd., 2013, spéc. n° 467, p. 265).

²⁰ Sur ce texte, v. P. Sargos, « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2006 au Palais du Luxembourg, les colloques du Sénat, p. 318.

²¹ F. Zénati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D. 2002, p. 15.

²² F. Zénati, « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD Civ. 1992, p. 359.

²³ C. Labrusse-Riou, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in Mél. R. Rodière, 1981, p. 151.

²⁴ V. not. J. Hilaire, « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^{ème} siècle », in *Le Code civil 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p 155 et s.



pour troubles de voisinage²⁵, la théorie de la fraude²⁶ ou celle de l'apparence²⁷ prirent leur essor dans les premières années du XIX^{ème} siècle. Les juges faisaient revivre, tout en les précisant²⁸, les maximes d'Ancien droit : « *fraus omnia corrumpit* », « *error communis facit jus* », etc. Mais l'élaboration de ces règles n'était pas tout-à-fait le fruit d'une volonté consciente et délibérée. Elle relevait de l'ordre des phénomènes : c'était un « *droit spontané* »²⁹, une manifestation naturelle du savoir juridique, une *jurisprudence* au sens étymologique du terme³⁰. Par la « *répétition* »³¹ des cas particuliers et l'élagage des auteurs, les normes se dégageaient d'elles-mêmes. La jurisprudence créait des règles comme Monsieur Jourdain faisait de la prose : sans trop s'en apercevoir.

3. Une étape fut franchie lorsque les juristes prirent pleinement conscience de ce phénomène et y virent un moyen d'action pour remédier à une crise législative. A la fin du XIX^{ème} siècle, le Code civil ne paraissait plus adapté à l'évolution des faits. L'entrée dans la société industrielle posait des questions sociales et ouvrières auxquelles la loi ne semblait apporter aucune réponse satisfaisante³². Face à l'inertie du législateur, qui craignait de toucher à l'œuvre napoléonienne, la doctrine se tourna vers les tribunaux : il faut « *que la loi, grâce à*

²⁵ CA Metz, 10 nov. 1808, S. 1808.1.438, Cass. Req. 11 juill. 1826, S. 1825-27.1.388, Civ. 19 juill. 1826, S. 1825-27.1.396, Req. 3 mai 1827, S. 1825-27.1.588, 29 janv. 1829, S. 1829.1.201, Cass. civ. 27 nov. 1844, D. 1845.1.13. V. *infra.*, n° 239.

²⁶ V. not. Cass. Req. 3 juill. 1817, S. 1818.1.338, Civ. 26 mars 1855, D. 1855.1.326 ; Req. 8 déc. 1858, D. 1859.1.184 ; Req. 14 mars 1859, D. 1859.1.500. V. *infra.*, n° 55-56.

²⁷ V. not. Cass. 3 août 1815, S. 1815.1.286, CA Aix, 20 juill. 1838, S. 1839.1.85, Civ. 24 juill. 1839, S. 1839.1.654, Req. 18 janv. 1830, S. 1830.1.43, 4 févr. 1850, S. 1850.1.180. V. *infra.*, n° 52-53.

²⁸ La Cour de cassation « *ne fait que puiser dans un trésor de sagesse ancestrale. C'est ce trésor qui est la coutume, non les arrêts, voire la série d'arrêts qui lui sert d'expression* » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Puf, coll. « *Quadrige* », 2004, n° 144, p. 274).

²⁹ P. Deumier, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Economica, coll. « *Recherches juridiques* », 2002, spéc. p. 73 et s. et 105 et s.

³⁰ La jurisprudence est la science, la théorie ou la philosophie du droit. C'était le sens du mot en droit romain (G. Pieri, « *Ius et iurisprudentia* », in *La jurisprudence*, Archives de philosophie du droit, tome 30, Sirey, 1985, p. 53) et celui qu'il a conservé en Droit de *common law* (J.-A. Jolowicz, « *La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent* », in *La jurisprudence*, *ibid.*, p. 105 et s.). Comme l'indiquait Lord Mac Millan, en citant un juge américain, « *la vie du droit n'a pas été logique, elle a été expérience* » (propos cités par G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 194, p. 117) Sur l'évolution du sens de ce mot en droit français, V. Forray, « *La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes* », RTD civ. 2009, p. 463.

³¹ J. Carbonnier, *ibid.*, n°142.

³² Tandis que l'Allemagne parachevait le BGB qui promettait d'être le Code du XX^{ème} siècle et de la modernité, le Code Napoléon perdait en prestige et l'on dénonçait son vieillissement (v. A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Puf, 1975, p. 75 et s.). A l'époque, un ouvrage collectif signé par les plus grandes plumes rend compte de la situation (*Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2004). Aujourd'hui, il demeure possible de s'interroger : le Code civil avait-il réellement vieilli ? Ses principes étaient-ils réellement et complètement liés à la période révolue de la Révolution française ? (Sur les origines historiques du Code civil, v. C. Atias, *Le droit civil*, Puf, coll. « *Que sais-je?* », 7^{ème} éd., 2004, (En ligne : 2010) p. 16 et s., et *Philosophie du droit*, Puf, Thémis, 3^{ème} éd., 2012, n° 31, p. 128 et s. et les références indiquées).



la jurisprudence, s'adapte aux progrès des temps et à l'évolution historique elle-même »³³. La critique du Code civil s'accompagna d'une remise en cause des méthodes traditionnelles d'interprétation. L'« *Ecole de l'exégèse* »³⁴, qu'on accusait d'avoir été excessivement soumise à la loi, fit place à une « *Ecole scientifique* »³⁵ qui proposait des méthodes de création plus audacieuses. Le phénomène jurisprudentiel fut peu à peu maîtrisé et les juges prirent une part plus consciente à l'élaboration des règles.

Ainsi s'ouvrit la « *grande période prétorienne* »³⁶, qui s'étendra de 1870 à 1940. C'est « *le moment des "grands arrêts"* » mais aussi « *des grands arrêtistes* »³⁷, car la doctrine guide la jurisprudence. Tandis que le Conseil d'Etat jette les bases du droit administratif³⁸, la Cour de cassation, tout en continuant de se retrancher derrière l'interprétation de la loi, consacre progressivement les « *grandes* » créations prétoriennes. Les plus célèbres apparaissent en droit des obligations parce que la matière est centrale³⁹ ; les mécanismes qui s'y développent peuvent donc apporter des remèdes généraux aux carences législatives qui affectent tout le droit privé. La « *révolte du Droit contre le Code* »⁴⁰ est ainsi engagée. L'« *équité* »⁴¹ enrichit le droit de la responsabilité délictuelle de nouvelles règles : l'abus de droit⁴², la responsabilité du fait des choses inanimées⁴³. En droit des contrats, émerge une obligation de sécurité⁴⁴, une

³³ R. Saleilles, note sous Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433.

³⁴ L'« *Ecole de l'exégèse* » rassemble les interprètes du XIX^{ème} siècle, auxquels il fut reproché un « *fétichisme de la loi écrite et codifiée* » (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n° 81bis, p. 193). L'existence de cette « *Ecole* » est aujourd'hui remise en question (Sur la liberté d'esprit des exégètes, v. Ph. Rémy, « *Eloge de l'exégèse* », *Droits*, n° 1, 1985, p. 115, Y. Strickler, « *De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe* », in *De code en code*, Mél. G. Wiederkehr, 2009, p. 809 et la Présentation Ph. Jestaz et Ch. Jamin, pour la réédition de l'ouvrage d'E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, éd. La mémoire du droit, 2002, spéc. p. 13 et s.).

³⁵ C'est le Doyen Gény qui ouvrit les portes de l'Ecole nouvelle en préconisant « *la libre recherche scientifique* » (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 2, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, spéc. p. 74 et s.).

³⁶ C. Atias, *Le droit civil*, op. cit. p. 20.

³⁷ Ph. Rémy, « *La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept* », RTD civ. 1997, spéc. p. 331.

³⁸ C'est l'arrêt *Blanco* (T.C., 8 févr. 1873, D. 1873.3.20, concl. David, S. 1873.3.153, concl. David). qui libère le Conseil d'Etat des textes, ou plus exactement sa redécouverte par une doctrine publiciste qui encourageait la création prétorienne (M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, 1875-1914, th. Paris, 1988).

³⁹ Le droit des obligations représente le « *fondement de tout le droit privé et le tronc commun à toutes les disciplines* » (A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, coll. « *Domat-droit privé* », 13^{ème} éd., 2012, n° 7, spéc. p. 5).

⁴⁰ G. Morin, *La révolte du droit contre le Code*, Librairie du Recueil Sirey, 1945.

⁴¹ H. De Page, *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1931.

⁴² Arrêt *Clément-Bayard*, Cass. Req. 3 août 1915, D. 1917.1.79 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, *Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007, n° 67. V. *infra.*, n° 85.

⁴³ Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert, S. 1930.1.121, note Esmein, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 199. V. *infra.*, n° 17-18.



distinction transversale entre les obligations de moyens et de résultat⁴⁵, un quasi-contrat d'enrichissement sans cause⁴⁶, tandis que le régime général des obligations voit naître l'obligation *in solidum*⁴⁷.

Au milieu du XX^{ème} siècle et sur la foi de ces multiples exemples, la doctrine dresse le bilan de l'évolution : la jurisprudence a changé de rôle. Elle n'est plus, « *comme on le répète chaque jour, le commentaire et le complément de la loi existante* »⁴⁸. Elle exerce une « *véritable action législative* »⁴⁹. Ce pouvoir prétorien⁵⁰, dit-on en souvenir de l'œuvre du préteur romain, s'apparente à celui du législateur : il consiste à produire des « *règles* »⁵¹ générales. Et l'autorité de ces règles jurisprudentielles n'est pas, comme on le pensait jusqu'alors, issue de leur formation coutumière. Elle est liée, en réalité, au *pouvoir* du juge⁵² et principalement à celui de la Cour de cassation, qui occupe la place la plus élevée dans la hiérarchie judiciaire. La Haute juridiction est une institution productrice de règles, fonction qui apparaît clairement dans les arrêts dits « *de principe* »⁵³, contenant un « *attendu de principe* » de portée générale, et ressemblant, à ce titre, aux anciens arrêts de règlement⁵⁴.

⁴⁴ Cass. civ. 21 nov. 1911, D.P. 1913.1.249, note Sarrut, S. 1912.1.73, note Lyon-Caen, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 276. V. *infra.*, n° 25.

⁴⁵ Arrêt *Mercier*, Cass. civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.-P., S. 1937.1.321, note Breton, Gaz. Pal. 1936.2.41, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 162-163. V. *infra.*, n° 24-25.

⁴⁶ Arrêt *Patureau-Miran*, Cass. Req. 16 juin 1892, D. 1892.1.596; S. 1893.1.281, note Labbé, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 239. V. *infra.*, n° 21-22.

⁴⁷ Arrêt *Compagnie générale Transatlantique*, Cass. civ. 11 juill. 1892, D.P. 1894.1.513, note Levillain, S. 1892.1.508, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 256. V. *infra.*, n° 65-66.

⁴⁸ *Etudes sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz, 1950, spéc. p. 138.

⁴⁹ *Ibid.* p. 139.

⁵⁰ Le mot de « *prétorien* » renvoie aux règles élaborées par le juge en marge ou à l'encontre de la loi (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 10^{ème} éd., 2014). « *Créative, elle est qualifiée "prétorienne"* » (C. Atias, *Philosophie du droit, op. cit.*, n° 73, p. 334, v., sur le rôle du préteur romain, R. Von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, Forni editore, 3^{ème} éd., 1969 ; M. Villey, *Le droit romain*, Puf, coll. « Que-sais-je ? », 10^{ème} éd., 2005, spéc. p. 28 et s. et p. 31 et s. ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2003, p. 42 et s. ; J.-P. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, n° 30, p. 22).

⁵¹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1946, spéc. p. 7, R. Le Balle, *Genèse du droit jurisprudentiel, Cours de droit civil, Doctorat*, Paris, 1960-1961. V. déjà, M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936.

⁵² « *C'est le pouvoir qui est la source du droit, le pouvoir du juge qui crée le droit jurisprudentiel* » (P. Hébraud, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, Rec. Académie Législation, Toulouse, XIX, 1949, p. 36). V. aussi, du même auteur, « *Le juge et la jurisprudence* », in Mél. Couzinet, 1975, Toulouse, 1975).

⁵³ S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVII, Paris, LGDJ, 1974, spéc. p. 296.

⁵⁴ H. Sinay, « *La résurgence des arrêts de règlement* », D. 1958, chr. p. 85, O. Dupeyroux, « *La jurisprudence, source abusive de droit* », in Mél. Maury, Dalloz, 1960, p. 349.



Mais l'évolution de l'office du juge paraît compatible avec notre système juridique. Car si le juge possède un « *pouvoir créateur* » ou « *normatif* »⁵⁵ semblable à celui du législateur, une différence demeure : elle tient au cadre dans lequel il est exercé. Alors que le législateur agit *a priori* et dans l'abstrait, le juge crée des règles dans le cadre de l'application du droit à un cas concret. Son pouvoir normatif se dissimule donc « *toujours ou presque toujours derrière l'apparence d'une interprétation de la loi* »⁵⁶ - c'est une survivance de son « *loyalisme* »⁵⁷ envers le pouvoir établi. La jurisprudence n'est donc pas une source formelle du droit ; c'est une « *source d'interprétation* »⁵⁸. Quant à l'arrêt de principe, il ne se confond pas avec l'arrêt de règlement, car il pose des règles à propos d'une cause particulière, ce qui « *n'empêche nullement de les modifier lorsque se présentent d'autres espèces* »⁵⁹. Le juge crée ainsi du droit à travers l'adaptation des principes établis : il élabore des règles auxiliaires, complémentaires ou dérogoires. C'est un pouvoir d'*aménagement prétorien*⁶⁰ qui produit de puissants effets en pratique.

⁵⁵ M. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in Mél. G. Scelle, vol. 2, LGDJ, 1950, p. 613, J. Boulanger, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », RTD civ. 1961, p. 417, J. Roche, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », AJDA 1963, p. 529, S. Belaid, *op. cit.*

⁵⁶ R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2002, n° 100, spéc. p. 107.

⁵⁷ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 68.

⁵⁸ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 197, p. 173.

⁵⁹ M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence, Etude sociologique*, th. Paris II, 1983, p. 666.

⁶⁰ La formule d'« *aménagement prétorien* » n'était pas employée à l'époque. Elle est apparue très récemment et l'on en trouve quelques usages dans différentes matières (O. Dord, « QPC "AOC" et QPC "d'assemblage". À propos du Conseil constitutionnel juge électoral d'un grief d'inconstitutionnalité », AJDA 2012, p. 961, qui mentionne le « *travail d'aménagement prétorien des textes en vigueur* » au sens d'effort de précision et de complètement des textes ; P. Neveu et D. Guéry, « Caution, coobligé, garant et procédure de sauvegarde - "Imbroglia et Aggiornamento" », Rev. proc. coll, n°6, novembre 2012, ét. 44, qui évoquent un « *aménagement prétorien de la règle de droit* », au sens d'adaptation de la règle ; L. Morlet-Aïdara, « Vers la reconnaissance d'un droit spécial du dommage corporel ? », Resp. civ. et assur., n°12, décembre 2010, étude n° 13, qui parle de « *divers aménagements prétoriens* » au sens de différentes adaptation des « *modalités de la réparation* » ; M. Chagny, « Les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs devant la Cour de cassation ! », CCE, n°10, octobre 2010, comm. 98, qui évoque des « *aménagements prétoriens* » au sens d'« *exceptions* » ; J.-C. Gourgues, « Le mandat posthume ou le trust à la française », D. sociétés, n° 7, juillet 2007, alerte 34, qui évoque un « *aménagement prétorien de l'institution* », au sens d'encadrement de l'institution ; E. Mathias, *Procédure pénale*, Bréal, coll. « Lexifac-droit », 3^{ème} éd., 2007, p.136, qui évoque un « *aménagement prétorien* » au sens de tempérament apporté par le juge). La formule d'« *aménagement prétorien* » revêt un intérêt particulier en insistant sur le *cadre particulier* dans lequel s'exerce le pouvoir normatif du juge : il s'agit de créer du droit dans le cadre de l'application des règles existantes. L'aménagement est donc un pouvoir d'adaptation et de modification de l'existant, conformément au sens du mot, tel qu'il est entendu de manière générale (Dictionnaire *Le Grand Robert*, Tome I) ou dans certains domaines du droit. V. l'« *aménagement du territoire* », au sens d'acte de « *disposer avec ordre* » un espace géographique en fonction d'objectifs politiques, économiques ou sociaux (J. Monod, *L'aménagement du territoire*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 16^{ème} éd., 2012, p. 4 et s. » ; H. Charles, *Droit de l'urbanisme*, Puf, coll. « Thémis », 1997, p. 26), l'« *aménagement de la peine* », au sens d'adaptation de la peine prononcée selon la situation du condamné (B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd., 2013, n° 870 et s., p. 648 et s.), l'« *aménagement du temps de travail* » au sens d'arrangement des horaires et rythmes de travail à partir de contraintes de l'entreprise (avec une préférence aujourd'hui pour le terme de « *modulation* », comp. deux éditions de J. Pelissier,



4. Les années 1970 marquèrent une nouvelle étape. Dans un contexte de dépréciation de la loi⁶¹, la Cour de cassation, forte d'un pouvoir normatif désormais reconnu par la doctrine et sans doute sous l'influence des Cours constitutionnelle⁶² et internationale⁶³, semble vouloir prendre une part plus active à l'élaboration du droit. Les auteurs notent alors un changement dans ses méthodes de création. La Cour de cassation n'hésite plus à « dépasser la loi » pour invoquer des « normes supérieures »⁶⁴. A l'époque, l'arrêt des *Cafés Jacques Vabre*⁶⁵ déclenche un « séisme juridique »⁶⁶ : il est le premier à écarter une loi en vigueur au profit d'un traité international – une démarche, soulignons-le, que le juge de *common law* lui-même se refuse⁶⁷. Au même moment, on remarque une montée des « principes généraux du droit » dans les décisions de la Cour de cassation, alors que le recours à ces fondements extra-légaux était jusqu'alors relativement rare⁶⁸.

A. Suppiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd., 2006, n° 920 et s. et J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, n° 599 et n° 796).

⁶¹ Les guerres mondiales ont sapé la confiance dans les législations, en faisant apparaître tout ce que la loi a de faible et de contingent. Au milieu du XX^{ème} siècle, les juristes disent se trouver face à une alternative : il faut soit « se borner, désabusés, à être témoins de l'état actuel du Droit » soit « essayer de compenser la faiblesse de la légalité formelle par des aspirations puisées à d'autres sources » (H. Motulsky, « L'état actuel de la philosophie et de la science du droit », Rapport au III^{ème} Congrès international de Droit comparé, in *Etudes de droit contemporain*, Trav. et Rech. Inst. Dr. Comp. de Paris, Tome XV, 1959, p. 199). La création du Conseil constitutionnel, par la Constitution du 4 octobre 1958 n'arrange guère les choses ; le législateur est désormais surveillé par un organe supérieur qui peut le reprendre et le corriger (M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », RTD civ. 1992, p. 344). L'essor de l'ordre juridique international porte un coup supplémentaire à la souveraineté de la loi, puisqu'on assiste à une « véritable évasion vers les communautés du pouvoir législatif national » (M. Gobert, art. précit. citant un rapport d'information au Sénat). À cela s'ajoute, la dégradation de la qualité des textes, et la profusion des codes annexes, qui conduisent à l'« éclatement définitif des restes napoléoniens » (A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Puf, p. 192). Le « culte de la "loi", du "légalisme", cela est en train de disparaître » (*Ibid.*, p. 205).

⁶² Sur la créativité du juge constitutionnel, v. not. M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995, spéc. p. 238 et du même auteur, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Conseil constitutionnel n°22, dossier : le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007.

⁶³ Sur la créativité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, v. not. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013, n° 19 et s., p. 24 et s.

⁶⁴ B. Oppetit, « Le rôle créateur de la Cour de cassation », in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991, spéc. p. 162 et s.

⁶⁵ Arrêt des *Cafés Jacques Vabre*, Cass. ch. Mixte 24 mai 1975, D. 1975.497, concl. Touffait ; JCP 1975.II.18180 bis, concl. Touffait ; Gaz. Pal. 1975.2.470, concl. Touffait, Rev. crit. DIP 1975.347, note J. Foyer et D. Holleaux, JDI 1975.801, note Ruzié ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 3.

⁶⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 3, p. 29.

⁶⁷ En cas d'incompatibilité entre la loi et la constitution ou entre la loi et un traité international, le juge de *common law* ne peut écarter la loi. Les « juridictions supérieures anglaises (et seulement elles) n'ont que le pouvoir d'édicter une déclaration d'incompatibilité, qui alerte le pouvoir législatif et l'autorise à modifier la loi anglaise dans le cadre d'une procédure législative accélérée. En revanche, le juge anglais n'a le pouvoir ni de déclarer la loi invalide, ni d'en écarter l'application. La souveraineté du Parlement demeure donc intacte » (G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, n° 182, p. 110).

⁶⁸ B. Oppetit, « Les "principes généraux" dans la jurisprudence de cassation », Entretiens de Nanterre 1989, JCP E. 1989, suppl. Ils ne cesseront de se multiplier par la suite (N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », RTD civ. 2001.699, P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », JCP 2001.I. 306, J.-P. Gridel, « La Cour de cassation française et



Parralèlement, la Cour de cassation affirme sa volonté de participer au processus législatif, ce qui se traduit de deux manières. D'un côté, la mise en place du rapport annuel de la Cour de cassation⁶⁹ lui permet « *d'adresser au législateur toute critique de fond et de forme, de lui signaler les imperfections et les lacunes des textes en vigueur et de suggérer toute réforme qui lui paraîtrait utile* »⁷⁰. De l'autre, l'élaboration d'« *arrêts de provocation* »⁷¹ est un moyen d'inciter le législateur à agir. S'il tarde à prendre les réformes nécessaires, la Cour de cassation va le « *mettre en demeure* »⁷² de remplir sa mission. C'était tout l'objet de l'arrêt *Desmares*⁷³, qui entendait forcer la réforme des accidents de la circulation, en renversant brutalement une jurisprudence ancienne et constante.

5. A partir des années 1980, la jurisprudence gravit encore un échelon. Il n'est plus seulement question de dépassement de la loi ou de collaboration législative. Ce sont des cas de « *méconnaissance* »⁷⁴ des textes, que signalent les auteurs. La Cour de cassation s'arroge des pouvoirs que le législateur lui refuse expressément : elle tente d'ajouter seule un formalisme au contrat de cautionnement⁷⁵, montrant ainsi sa « *totale indépendance* »⁷⁶ à l'égard de la loi ; elle annule des clauses abusives contre la lettre des textes⁷⁷, réalisant ainsi un « *coup d'Etat* » jurisprudentiel⁷⁸. Des exigences légales sont supprimées : la Cour de cassation « *met à mort* »⁷⁹ le bref délai de l'article 1648 du Code civil⁸⁰, « *élimine* »⁸¹ la

les principes généraux du droit privé », D. 2002, p. 228, H.-P. Sak, *Les principes généraux du droit dans le raisonnement justificatif du juge civil*, th. Paris, 1998, spéc. p. 276 et s. sur le rôle « *justificatif* » des principes).

⁶⁹ Article 13 du décret n° 67-1208 du 22 décembre 1967, portant application de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation (Art. R. 131-13 du Code de l'organisation judiciaire (désormais R. 431.10) : « *Le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées* ».

⁷⁰ B. Oppetit, « Le rôle créateur de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. p. 162.

⁷¹ J.-L. Aubert, *Defrénois* 1987, p. 1137, à propos de l'arrêt *Desmares*.

⁷² B. Oppetit, « Le rôle créateur de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 159.

⁷³ *Arrêt Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449, concl. Charbonnier, note Larroumet ; JCP 1982.II.19861, note F. Chabas, *Defrénois* 1982, p. 1689, obs. Aubert ; RTD civ. 1982, p. 607, obs. Durry ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 211-213. V. *infra.*, n° 119.

⁷⁴ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 344.

⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295. V. *infra.*, n° 14-15.

⁷⁶ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *op. cit.*

⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449, note Ghestin et Somm. 320, obs. Aubert, JCP 1991.II.21763, note Paisant, CCC 1991, n° 160, note L. Leveneur, *Defrénois*, 1991, 1268, obs. Aubert, RTD civ. 1991. 526, obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 159. V. *infra.*, n° 15.

⁷⁸ J. Charbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd. 2004, n° 996, p. 2060.

⁷⁹ A. Bénabent, D. 1986, p. 293.

⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, JCP 1984.II.20295, note Courbe, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1985, *Bull. civ. I*, n° 287, RTD civ. 1986. 370, obs. Ph. Rémy, Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, D. 1986.293, note A. Bénabent, JCP 1986.II.20616, note Ph. Malinvaud, Gaz. Pal. 1986.2.543, note Berly, RTD civ. 1986.364, obs. J. Huet, p. 594,



condition de détermination du prix⁸², « concurrence »⁸³ le principe de résolution judiciaire du contrat⁸⁴. Bien que certaines solutions soient approuvées sur le fond, les méthodes employées par la Cour de cassation attirent la critique doctrinale. Les auteurs déclarent regretter le temps « où les juges se faisaient un devoir de respecter les textes, ou du moins, de ne pas sciemment les violer »⁸⁵.

Cette émancipation de la jurisprudence suscite une abondante littérature dans les dernières années du XX^{ème} siècle. La doctrine fait le point à la fois sur les transformations prétoriennes du droit des obligations devenu « essentiellement jurisprudentiel »⁸⁶, et de manière plus générale, sur « la jurisprudence, aujourd'hui »⁸⁷. Evoquant les récents « coups de force judiciaires »⁸⁸, les auteurs font remarquer le changement d'attitude des juges à l'égard de la loi. Dorénavant, « les textes ne sont plus un passage nécessairement obligé ou contraignant »⁸⁹ et la Cour de cassation paraît créer du droit plus librement. Des techniques nouvelles devaient bientôt apparaître : le « visa viseur »⁹⁰, qui contredit le texte, le « visa de principe »⁹¹, sans référence aux textes, le visa des textes de la Convention européenne des

obs. J. Mestre, et p. 605, obs. Ph. Rémy, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 266. V. *infra.*, n° 39-40.

⁸¹ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, coll. « Litec professionnels », 5^{ème} éd., 2010, n° 372, p. 215.

⁸² Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), D. 1996.13, concl. Jéol, note L. Aynès, JCP 1996.II.22565, concl. Jéol, note J. Ghestin, JCP E. 1996.II. 776, note L. Leveneur, JCP N. 1996.I.93, obs. D. Boulanger, Gaz. Pal. 1995.2.626, concl. Jéol, note P. de Fontbressin, CCC. 1996, n° 5, chr. L. Leveneur, LPA 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis, *Defrénois* 1996.747, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1996, 153 obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 152-155. V. *infra.*, n° 61.

⁸³ C. Jamin, D. 1999.197.

⁸⁴ Arrêt *Tocqueville*, Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. Civ. I*, n° 300, D. 1999.197, note C. Jamin ; *Somm.* 115, obs. Ph. Delebecque, JCP 1999.II.10133, note Rzepecki, *Defrénois* 1999.374, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 374, obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 180. V. *infra.*, n° 45-46.

⁸⁵ C. Jamin, note précit.

⁸⁶ Ph. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », RTD civ. 1996.299, spéc. p. 311. V. aussi, C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 et « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », RTD civ. 1999, p. 561. Derrière leur « immobilisme » apparent, les Titres III et IV du Livre III du Code civil ont été remaniés en profondeur sous l'action prétorienne (Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 42, p. 27).

⁸⁷ *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992. V. aussi, *La jurisprudence*, Archives de Philosophie du droit, Sirey, 1985, E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Pul, coll. « critique du droit », 1985, F. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991.

⁸⁸ M. Bandrac, « La jurisprudence ? », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 340.

⁸⁹ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *op. cit.*

⁹⁰ P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », RRJ-2001-1, p. 77, spéc. p. 88.

⁹¹ P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », n° 4 et 5, *Cycle droit et technique de cassation 2005-2006*, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF.



droits de l'homme⁹² et même le « *visa des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁹³.

Mais ce n'est pas le seul changement d'ordre méthodologique. Une autre évolution majeure s'est opérée : la Cour de cassation a transformé progressivement le processus traditionnel de la création prétorienne⁹⁴. Elle tend, tout d'abord, à concentrer l'acte créatif. Les grandes créations prétoriennes avaient été consacrées à l'issue d'« *un constant dialogue, calme, animé ou très animé entre la base et le sommet* »⁹⁵. Désormais, la Cour de cassation paraît pouvoir poser la règle sans le concours des juges du fond et parfois en empiétant sur le domaine de l'appréciation des faits⁹⁶. Le rôle de la doctrine est également remis en cause : la Haute juridiction projette une « *image doctrinale* », dont on ignore si les auteurs en sont la source ou seulement le reflet⁹⁷. La Cour de cassation accélère, ensuite, le processus prétorien. Les exigences contemporaines de rapidité, d'efficacité et de sécurité juridique ne semblent plus laisser à la jurisprudence le temps de se former naturellement. L'élaboration des règles est donc activée par un recours immédiat à la technique de l'arrêt de principe, au « *pilonnage d'arrêts* »⁹⁸ ou aux formations dites supérieures de la Cour de cassation - parfois aux dépens

⁹² J.-P. Marguénaud, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Journées de l'Association Henri Capitant, 1996, p. 45.

⁹³ P. Deumier, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », RTD civ. 2006, p. 510. Et il faudrait ajouter à la liste le « *visa de conclusion* » (Y. Strickler et M. Foulon, « Le danger du visa des conclusions », *Gaz. Pal.* 2012, n° 63, p. 14. Le visa de conclusions est autorisé depuis un décret du 28 déc. 1998. Mais il ne dispense pas le juge de son obligation de motivation).

⁹⁴ « Ce « *changement de méthode consisterait, pour la Cour de cassation, à ne pas savoir conserver à sa jurisprudence les caractéristiques d'élaboration de la jurisprudence telles qu'elles ressortent de notre organisation judiciaire. La tentation, pour elle, serait, devant le nombre et l'importance des décisions à prendre, d'accélérer le mouvement en sautant les étapes ou en modifiant ses méthodes de travail* » (M. Gobert, art. précit.).

⁹⁵ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *op. cit.*

⁹⁶ P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RID, 1980, spéc. p. 297, J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications », in *Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, volume jubilaire, p. 193, et « La Cour de cassation, juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 53, F. Luxembourg, « La Cour de cassation, juge du fond », D. 2006, p. 2358, C. Atias, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2009, p. 744.

⁹⁷ *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Trav. Capitant, 1980, Ph. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989, p. 25, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10-11 déc. 1993, *La documentation française*, 1993, A. Perdriau, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », JCP 1990.I.3468, P.-Y. Gautier, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », BICC n° 590 du 15 janvier 2004 ; Y. Guenzoui, « Un conflit de doctrines », RTD civ. 2014, p. 275, C. Atias, « L'image doctrinale de la Cour de cassation », D. 1993, p. 133.

⁹⁸ Cette technique consiste, pour une Chambre de la Cour de cassation, à rendre plusieurs arrêts le même jour, en reprenant littéralement la même formule générale. Par exemple, le revirement en matière d'indétermination du prix s'est exprimé à travers quatre arrêts reprenant une formule semblable, créant ainsi un « *effet de répétition* » (LPA 27 déc. 1995, n°155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis).



des règles de procédure, comme ce fut le cas pour condamner en urgence les maternités de substitution⁹⁹.

Cette transformation du processus de création prétorienne se fait surtout au détriment du débat judiciaire¹⁰⁰. Le résultat obtenu peut donc perdre en qualité : les règles sont parfois prématurées, contraignant la Cour de cassation à reprendre et ajuster son œuvre. La succession d'arrêts d'Assemblée plénière au sujet de l'abus de fonction du préposé en est un exemple type¹⁰¹. Parfois, la règle nouvelle s'avère injustifiée ou impraticable, obligeant la Cour de cassation à la supprimer. L'affaire *Leininger* offre l'illustration caractéristique d'un « revirement circulaire »¹⁰², c'est-à-dire de la création¹⁰³ et de la suppression immédiate¹⁰⁴ d'une règle, qui plus est au cours de la même affaire. Cette situation est nuisible pour la sécurité juridique et les droits individuels. Ceci d'autant plus, que la jurisprudence est *essentiellement* rétroactive. Les revirements successifs troublent donc non seulement le présent, mais également le passé.

6. Les années 2000 apporteront, sur ce point, deux illustrations marquantes. Un arrêt du 21 mars 2000¹⁰⁵, applique rétroactivement un revirement à un justiciable qui avait engagé son action sous l'empire de l'ancienne jurisprudence et en fonction de ses chances de succès à l'époque. Tandis qu'il invoquait le principe de sécurité juridique et le droit à un procès équitable, la Cour de cassation lui oppose le principe selon lequel « *nul ne peut se prévaloir*

⁹⁹ Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, D. 1991.417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991.II.21752, communication J. Bernard, concl. Dontenville, note F. Terré, Defrénois, 1991.1267, obs. Aubert, RTD civ. 1991.517, obs. D. Huet-Weiller, 1992.489, chron. M. Gobert, LPA 23 oct. 1991, n° 127, p. 4, note M. Gobert, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 50. V. *infra.*, n° 108-109.

¹⁰⁰ M. Jeantin, « Réformer la Cour de cassation ? », in Mél. Hébraud, Toulouse, 1981, p. 465, E. Serverin, *op. cit.*, p. 271 et s.

¹⁰¹ V. les définitions successives, formulées par Cass. ch. réun. 9 mars 1960, D. 1960.329, note R. Savatier, JCP 1960.II.11559, note Rodière, Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, D. 1977.465, note C. Larroumet, JCP 1977.II.18730, concl. Gulphe, Defrénois 1977.1517, obs. Aubert, RTD civ. 1977.74, obs. Durry ; 17 juin 1983, JCP 1983.II.20120, concl. Sadon, note F. Chabas, RTD civ. 1983.749, obs. Durry ; 17 nov. 1985, D. 1986.81, note Aubert, JCP 1986.II.20568, note G. Viney, RTD civ. 1986.128, obs. J. Huet ; 19 mai 1988, D. 1988.513, note Larroumet, Gaz. Pal. 1988.2.640, concl. Dorwling-Carter, Defrénois 1988.1097, obs. Aubert, RTD civ. 1988.89, obs. Jourdain, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 219-223. V. *infra.*, n° 232.

¹⁰² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 266, p. 705 et s., spéc. p.715 et s. V. *infra.*, n° 233.

¹⁰³ Arrêt *Leininger*, Cass. civ. 19 nov. 1996, n° 94-20.446, *Bull. civ. I*, n°407, D. 1997. 145, note A. Bénabent, CCC 1997, chron. n° 8 par M-L. Izorche. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287.

¹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004.903, note C. Noblot, CCC 2004, n° 53, note L. Leveneur, Defrénois 2004, 1452, note R. Crône. V. *infra.*, n° 233.

¹⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97, p. 65, D. 2000, p. 593, note C. Atias ; RTD civ. 2000, p. 592, obs. P.-Y. Gautier ; p. 666, obs. N. Molfessis. V. *infra.*, n° 244.



d'un droit acquis à une jurisprudence figée ». Le 9 octobre 2001¹⁰⁶, la Haute juridiction réitère sa position, cette fois en sanctionnant un justiciable pour ne pas avoir respecté une obligation prétorienne qui n'existait pas au moment des faits. La sanction étant plus lourde, la critique est plus vive. Au-delà de la « *surprenante injustice* »¹⁰⁷ de la solution, la doctrine s'étonne que le juge puisse ainsi se hisser « *au-dessus de la loi* »¹⁰⁸, en produisant des normes sans respecter le principe de non-rétroactivité des lois.

Le juge peut-il créer des règles tout en échappant aux exigences de la procédure législative ? La doctrine réfléchit désormais sur ce point. Les recherches accordent une place centrale aux revirements de jurisprudence et à leurs inconvénients¹⁰⁹. Les thèmes récurrents sont : la précarité, l'imprévisibilité, la rétroactivité des revirements, ainsi que les problèmes liés au défaut de motivation. La critique des arrêts de principe « *brévissimes* » ou « *ambigus* », classique au demeurant¹¹⁰, prend une importance proportionnelle à l'activisme prétorien¹¹¹. Est-il possible qu'à une époque où le législateur est astreint à respecter les principes constitutionnels de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le juge puisse rendre des arrêts souvent obscurs, équivoques, voire quelquefois incompréhensibles ? Dans les systèmes de droit jurisprudentiel, l'action créatrice du juge a toujours été encadrée par voie légale ou coutumière : c'était la *lex Cornelia* pour le préteur romain¹¹² ; ce sont les traditions du

¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n° 249, p.157, D. 2001, 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin, JCP 2002.II.10045, note O. Cachard, RTD civ. 2002.176, obs. R. Libchaber, LPA 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. Marmoz ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n°11. V. *infra.*, n° 245.

¹⁰⁷ R. Libchaber, RTD civ. 2002.176.

¹⁰⁸ C. Atias, D. 2000, p. 593.

¹⁰⁹ M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, th. Besançon, 2011, *La création du droit par le juge*, Archives de Philosophie du Droit, Actes du Colloque des 25-26 janv. 2006, N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à M. le premier président Guy Canivet*, Litec, 2005, *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, (ouvrage collectif) RTD civ. 2005, N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, C. Puigelier, « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », RRJ 2004-1, p. 17, I. Rorive, *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, th. Bruxelles, Préf. X. Dieux, Bruylant, 2003.

¹¹⁰ Touffait et Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment de celles de la Cour de cassation », RTD civ. 1974, p. 487, R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP 1975.I.2681, C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », JCP 1984.I.3145, A. Perdriau, « Des arrêts "brévissimes" de la Cour de cassation », JCP 1996.I.3943.

¹¹¹ P. Deumier, « Identification d'un revirement de jurisprudence : de l'évolution presque prévisible au vrai faux revirement », RTD civ. 2009. 493 et (dir.), *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », P.A., 25 janv. 2007, n° 19, p. 22.

¹¹² En droit romain, le préteur est lié par les formules qu'il a énoncées dans son édit *perpetuum*. C'est ce que consacre la *lex Cornelia* de 67 av. J.-C. (M. Villey, *Le droit romain*, puf, coll. « Que-sais-je ? », 10^{ème} éd., 2005, p. 33). Cet usage était déjà respecté par les préteurs. Verrès fut le seul préteur romain qui dut sa célébrité au fait qu'il violait systématiquement et sans scrupules les promesses de son édit, méprisant « *à la fois la science juridique et la tradition dont les prudents étaient les dépositaires* » (B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, th. Paris, 1965, éd. Sirey, coll. « Publications de l'institut de droit romain de l'Université de Paris », 1968, p. 188).



précédent et de l'argumentation pour le juge de *common law*¹¹³. N'est-ce pas paradoxal que, dans un pays où le droit est officiellement d'origine légale le juge jouisse, finalement, d'une plus grande liberté¹¹⁴ ?

Par ailleurs, la Cour de cassation s'engage ouvertement dans des « *choix de société* », ce qui suscite un certain « *malaise* »¹¹⁵. En déclarant qu'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs, l'arrêt rendu le 29 octobre 2004¹¹⁶ fait « *scandale* »¹¹⁷. L'arrêt *Perruche*¹¹⁸, de son côté, entrainera même une crise « *juridico-médiatico-politique* »¹¹⁹, à laquelle le législateur lui-même mettra un terme¹²⁰. En droit des contrats, les règles prétoriennes, souvent « *circonstanciennes* »¹²¹ visant à « *protéger la partie faible* »¹²², suscitent aussi des questions, tout comme la condamnation des sociétés de loteries publicitaires à payer le gain annoncé¹²³ afin de « *stopper* »¹²⁴ cette pratique. Le juge a-t-il réellement les hautes vues et l'information nécessaires pour faire des choix de cette nature ? Les « *politiques jurisprudentielles* »¹²⁵, même adoptées sur le conseil avisé de certains *amici curiae*¹²⁶, sont-elles légitimes ?

¹¹³ Dans le système de *common law*, la règle de droit élaborée par le juge s'impose ensuite comme un précédent obligatoire, sous réserve des distinctions nécessaires. Sur la règle du précédent (R. David et X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, *op. cit.*, p. 60 et s., G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, n° 165, p. 100). Le juge de *common law* a, ensuite, la culture du raisonnement approfondi et de l'argumentation (*Ibid.*, *op. cit.* n°193 et s., p. 116 et s.).

¹¹⁴ C. Atias, « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique », D. 2003, p. 513.

¹¹⁵ C. Atias, note précit.

¹¹⁶ Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, D. 2004.3175, note D. Vigneau, JCP 2005.II.10011, note F. Chabas, et I, 187, n° 7, obs. Le Guidec, JCP 2005, n°17, p. 229, « Libres propos », F. Terré, Dr. Fam. 2004, n° 230, note B. Beignier, CCC 2005, n° 40, obs. L. Leveneur, *Defrénois* 2004.1732, obs. Libchaber, 2005.535, note S. Piédelièvre et 1045, note V. Mikalef-Toudic, RDC 2005.1273 et s., chr. J-L. Sourieux, Ph. Malaurie, A. Bénabent, D. Fenouillet, G. Pignarre et B. Fages, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 28-29. V. *infra.*, n° 154.

¹¹⁷ R. Libchaber, note précit.

¹¹⁸ Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, D. 2001.332, note D. Mazeaud, 336, note P. Jourdain, JCP 2000.II.10438, concl. Sainte-Rose, rapp. Sargos, note F. Chabas, 2001.I.293, n° 7, obs. J. Rubbelin-Devichi, *Defrénois*, 2001.262, obs. J.-L. Aubert, LPA 8 déc. 2000, p. 9, note M. Gobert, RTD civ. 2001.103, obs. J. Hauser, 148, obs. P. Jourdain, 226, obs. R. Libchaber, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°187, p. 308. V. *infra.*, n° 185-186.

¹¹⁹ P. Jourdain, « La loi anti-Perruche : une loi démagogique », D. 2002, p. 891.

¹²⁰ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 dite *Anti-Perruche*.

¹²¹ Comme c'était le cas de l'interprétation de l'article 1129 c. civ. pour protéger les pompistes de marque et cafetiers dans le contexte des années 1970 (concl. Avocat général Jéol, D. 1996.13).

¹²² Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit civil », LPA, n° 213, 25 octobre 2004, p. 6.

¹²³ Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, D. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud, JCP 2002.II.10173, note S. Reifegerste, CCC 2002, n° 151, note G. Raymond et Chron. n°22, par Ph. le Tourneau et A. Zabaldi, *Defrénois* 2002.1608, obs. E. Savaux, LPA 24 oct. 2002, p. 16, note D. Houtcieff, RTD civ. 2003, 94, obs. J. Mestre et B. Fages, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 242. V. *infra.*, n° 15.

¹²⁴ G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 79.

¹²⁵ G. Canivet et N. Molfessis, *ibid.*

¹²⁶ R. Encinas de Munaorri, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », RTD iv. 2005, p. 88.



La confiance accordée au juge il y a un siècle et demi, au moment du vieillissement du Code civil, paraît diminuer. Est-ce toujours de la jurisprudence qu'est attendu le progrès du droit ? Même si le législateur fait également l'objet de reproches¹²⁷, n'est-ce pas, dans certains cas, vers lui que l'on préfère se tourner, ainsi que le suggèrent les nombreux avant-projets de réforme du droit des obligations¹²⁸ ? Les excès de la jurisprudence font redécouvrir les mérites de la loi, sa généralité, sa permanence, ses vertus du point de vue de la sécurité juridique et des droits des justiciables¹²⁹. La jurisprudence, de son côté, est devenue moins attrayante : elle apparaît comme une source du droit qualitativement inférieure. Au-delà des problèmes liés à l'insécurité des revirements, on évoque la question de la légitimité de la jurisprudence¹³⁰. On redoute l'influence des médias et des lobbies sur l'impartialité de la justice. On s'interroge, par ailleurs, sur l'« irresponsabilité »¹³¹ des magistrats. Le « gouvernement des juges »¹³² suscite également des études qui dépassent aujourd'hui la

¹²⁷ Le législateur contemporain fait l'objet de nombreuses critiques : inflation législative, développement d'un droit bureaucratique, précarité des textes et dégradation de leur qualité, effets pervers des lois (V. les rapports du Conseil d'Etat, Rapport public 1991, n° 43, spéc. *De la sécurité juridique*, p. 15 ; Rapport public 2006, n° 57, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française. A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, « Excès et dérives dans l'art de légiférer (quelques réflexions sur le droit des affaires) », D. 2006, p. 2919 ; E. Grass, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », RD Publ. 2003, p. 139 ; Y. Gaudemet, « Plurimae leges, corruptissima res publica (l'inflation normative) » in j ; Foyer (dir.), *Les abus du juridisme*, Actes du colloque du 14 novembre 1995, Institut de France-Académie des sciences morales et politiques, 1997, p. 5, J. Bécane et M. Couderc, *La loi*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1994, spéc. p. 81 et s. et 275 et s. ; Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », in Mél. Cornu, 1994, Puf, 1994, p. 309 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, éd. Flammarion, 1996, spéc. 30 et 106 et s. ; P. Pactet, « La loi, permanence et changements », in Mél. Chapus, Montchrestien, 1992, p. 503 ; R. Savatier, « L'inflation des lois et l'indigestion du corps social », D. 1977, chr., p. 43.

¹²⁸ Sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dit *Projet Catala*, v. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006. V. aussi, « Réforme du droit des obligations et de la prescription : parlons-en ! », D. 2005, p. 2961, « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », JCP 2005.I.170, « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, p. 11, et « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, chron. p. 535. Sur l'avant-projet Terré, v. F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011 et *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013. V. aussi, J. Béguin, « Rapport sur la réforme du droit des contrats élaboré par un groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques », JCP 2008, act. 727, F. Terré « Quelle réforme pour le droit des contrats ? », LPA 26 févr. 2008, n° 41, p. 4, « La réforme du droit des contrats », D. 2008, p. 2992, F. Rome, « L'avant-projet nouveau est arrivé », D. 2008, p. 2849, D. Mazeaud, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », D. 2009, chron. 1364.

¹²⁹ Outre les références précitées, v. P. Deumier, « Les qualités de la loi », RTD civ. 2005, p. 93.

¹³⁰ Notamment suite à l'affaire d'*Outreau* (D. Rousseau, « La légitimité du juge en question : l'affaire d'Outreau », in *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2006 au Palais du Luxembourg, les colloques du Sénat, p. 440).

¹³¹ A. Garapon (dir.), *Les juges, un pouvoir irresponsable ?*, éd. Nicolas Philippe, 2003. V. aussi, C. Atias, « L'erreur grossière du juge », D. 1998, p. 280.

¹³² S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, publications de la Sorbonne, coll. « Sciences politiques », 2001, M. Troper, « Existe-t-il un danger de gouvernement des juges ? », in D. Soulez-Larivière et H. Dalle (dir.) *Notre Justice*, Paris, Robert Laffont, 2002, p. 229, et « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mél. Conac, Economica, 2001, p. 49, J.-D. Bredin, « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, 1994, p. 77.



sphère constitutionnelle et européenne habituelle : c'est en droit privé qu'on emploie la redoutable expression, pour la retenir, d'ailleurs, ou l'écarter¹³³.

7. En somme, il est possible de dire que l'entrée de la jurisprudence dans le « *club fermé* »¹³⁴ des sources du droit n'a pas tari la réflexion à son sujet. Le pouvoir normatif du juge est toujours au centre des préoccupations. La question principale a seulement changé : elle n'est plus de savoir si le juge dispose ou non d'un pouvoir normatif, mais de déterminer quelle est *l'étendue* de ce pouvoir. Le juge dispose-t-il d'un pouvoir illimité ? Est-il totalement libre dans la création du droit ? Jusqu'où son intervention est-elle admissible ? L'étude des règles prétoriennes et de l'ensemble des réactions qu'elles provoquent permet d'apporter un début de réponse : si d'un point de vue technique, le juge semble disposer de *pouvoirs* quasiment infinis dans l'aménagement prétorien (Première partie), il apparaît toutefois qu'il ne saurait les exercer sans *limites* (Deuxième partie).

Première partie. Les pouvoirs de l'aménagement prétorien.

Deuxième partie. Les limites de l'aménagement prétorien.

¹³³ V. par ex., G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », *op. cit.*, P. Deumier, « La formation de la jurisprudence vue par elle-même » RTD Civ 2006. 521, et C. Wolmarck, La définition prétorienne, Préf. G. Borenfreund, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007, p. 6 (qui écartent l'expression), M. Bandrac, « La jurisprudence ? », *op. cit.* (qui la retient).

¹³⁴ C. Atias, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 73, p. 338.



PREMIERE PARTIE

LES POUVOIRS DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

8. Le juge dispose manifestement d'un pouvoir normatif : il crée des règles générales et abstraites. Mais jusqu'où s'étend ce pouvoir ? Quelles sont ses possibilités techniques ? *A priori*, le juge ne devrait avoir qu'un pouvoir très limité. Puisqu'il crée au moment de mettre le droit en œuvre, le principe¹³⁵, c'est-à-dire la norme directrice à appliquer, paraît rester « *l'apanage du législateur* »¹³⁶. Le juge ne semble pouvoir élaborer qu'une norme inférieure à la norme applicable et qui vient se placer à ses côtés pour l'éclairer ou la réfréner : c'est une règle interprétative, complémentaire, dérogatoire, etc.¹³⁷. D'un point de vue technique, le pouvoir normatif du juge devrait donc se limiter à la création de règles accessoires ou d'*aménagements* prétoriens¹³⁸.

Les faits prouvent, toutefois, que la jurisprudence dispose d'un pouvoir beaucoup plus étendu. Elle ne fait pas « *que combler les "lacunes" de la loi, elle ne touche pas qu'à des détails, elle ébranle jusqu'à la structure générale de l'édifice, ce qu'on nomme "les principes généraux du droit"* »¹³⁹. Les *instruments* que le juge utilise dans l'aménagement du droit lui offrent, effectivement, des possibilités quasiment illimitées. En aménageant les principes établis, il les

¹³⁵ Le principe est une « *norme générale* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, coll. « *Quadrige* », Puf, 10^{ème} éd., 2014) comportant un « *degré plus grand de généralité et d'abstraction* » (J.-M. Pontier, « *Considérations générales sur les principes en droit* », in *Les principes et le droit*, Puam, 2007, spéc. p.18). Reprenant la distinction de Dworkin (*Prendre les droits au sérieux*, préf. P. Bouretz, introduction F. Michaut, Puf, coll. « *Léviathan* », 1995, p. 82), il est donc possible de dire que le juge ne peut produire que des règles, c'est-à-dire des normes inférieures aux principes.

¹³⁶ J. Boulanger, « *Principes généraux du droit et droit positif* », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, MéL. Ripert, LGDJ, 1950, p. 69.

¹³⁷ Le juge, qui exerce un pouvoir normatif dans un pays de droit écrit, paraît ainsi se situer dans la même position que le législateur des pays de *common law* : son rôle paraît se borner à ajouter des « *addenda* » et des « *errata* » au corps de principes existants (R. David et X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, Puf, coll. « *Que sais-je ?* », 10^{ème} éd., 2003, p. 68 et s.). En ce sens, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Trav. Capitant, Tome XXXI, 1980, p. 6 : « *Au lieu de création, parlons d'apport ou d'intervention de la jurisprudence, de droit prétorien* »).

¹³⁸ Sur la formule d' « *aménagement prétorien* », v. *supra*, p. 7, note n° 59.

¹³⁹ Préface de M. Villey, à S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. « *Bibliothèque de philosophie du droit* », vol XVII, Paris, LGDJ, 1974. C'est pourquoi M. Belaid en conclut que le juge est « *un ordonnateur de l'ordonnancement juridique, au même titre que le Parlement ou le Gouvernement. Le pouvoir juridictionnel est un troisième pouvoir* » (p. 343).



« relit »¹⁴⁰, les « renouvelle »¹⁴¹, les « déforme »¹⁴², les « transforme »¹⁴³, les « remet en cause »¹⁴⁴, les « altère »¹⁴⁵, les « heurte »¹⁴⁶, les « dénature »¹⁴⁷, les « neutralise »¹⁴⁸, les « désactive »¹⁴⁹, voire les « abroge »¹⁵⁰ (Titre 1). Et la liberté du juge ne s'arrête pas là. Il demeure souverain pour gérer sa propre jurisprudence, c'est-à-dire pour décider de la formation ou de la disparition des aménagements prétoriens. C'est ce que révèle l'étude des *processus* prétoriens (Titre 2).

¹⁴⁰ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 25 févr. et 22 juill. 1986, RTD civ. 1987, p. 94, à propos de la relecture, dans les années 1970-1990, de l'art. 1129 au sujet du prix. V. *infra*, n° 90.

¹⁴¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 46, spéc. p. 56, remarque générale à propos du renouvellement des principes du droit des obligations.

¹⁴² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 157, spéc. 118, à propos de la déformation de la notion de cause par l'arrêt *Chronopost*. V. *infra*, n° 168.

¹⁴³ *Ibid.*, n° 292-295, spéc. p. 843, à propos de la transformation de la mention manuscrite de la caution dans les années 1980. V. *infra*, n° 14-15.

¹⁴⁴ C. Jamin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, D. 2001, p. 1568, à propos de la remise en cause du principe de résolution judiciaire par la création d'une résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. V. *infra*, n° 45-46.

¹⁴⁵ D. Louchouart, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, JCP N, 2000.I.1270, à propos de l'altération du caractère réel du prêt, par l'affirmation du caractère consensuel des prêts consentis par un professionnel du crédit. V. *infra*, n° 48-49.

¹⁴⁶ H. Mazeaud, « La maxime "error communis facit jus" », RTD civ. 1924, spéc. p. 929, à propos de la théorie de l'apparence qui heurte les principes établis dans la loi. V. *infra*, n° 52-53.

¹⁴⁷ C. Noblot, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004, p. 903, à propos de la dénaturation du prêt à usage par l'arrêt *Leiningier*. V. *infra*, n° 168.

¹⁴⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 820, spéc. p. 866, à propos de la neutralisation de la condition de cohabitation, en matière de responsabilité parentale. V. *infra*, n° 136.

¹⁴⁹ D. Bureau et N. Molfessis, note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), LPA 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, à propos de la désactivation de l'article 1129 c. civ. V. *infra*, n° 61.

¹⁵⁰ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, coll. « Professionnels », 5^{ème} éd., 2010, n° 133, spéc. p. 81, à propos de l'« abrogation » de l'article 1174 sur la prohibition des conditions potestatives.



TITRE 1^{er}

LE POUVOIR DES INSTRUMENTS PRETORIENS

9. Les *instruments* de la création prétorienne offrent d'immenses possibilités. Ce n'est pourtant pas l'impression qu'ils donnent au premier abord. Le juge, contrairement au législateur, n'a pas les moyens de créer une règle nouvelle sans support¹⁵¹, ni d'abroger une règle existante¹⁵². Il n'a, à sa disposition, que des *modes d'aménagement*, c'est-à-dire des outils aptes à produire des règles, mais seulement des règles accessoires. L'interprétation, d'une part, est un moyen de créer des règles dérivées qui viendront éclairer le sens de la loi. La correction, d'autre part, qui n'est qu'une expression plus vigoureuse du pouvoir d'interprétation¹⁵³, permet de créer des règles secondaires, qui viendront rectifier les imperfections de la loi. Ces deux instruments paraissent donc avoir une capacité normative limitée.

En réalité, leur pouvoir est bien plus étendu. En pratique, le juge s'en sert « *d'une manière beaucoup plus effective et plus intense* »¹⁵⁴. En *interprétant* la loi, le juge peut remodeler le sens des principes, jusqu'à obtenir des règles complètement nouvelles. (Chapitre 1). Et en *corrigéant* la loi, le juge peut endiguer les effets des principes, parfois au point de les désactiver totalement (Chapitre 2).

¹⁵¹ « *Le juge crée, c'est un fait, praeter legem ou contra legem, mais à partir de la loi* » (*Etudes sur le rôle du juge*, Trav. Capitant, Dalloz, 1950, spéc. p. 145).

¹⁵² E.-H. Perreau, *Techniques de la jurisprudence en droit privé*, Préface Gény, Tome 1, Librairie des sciences politiques et sociales, 1923, p. 20.

¹⁵³ La correction de la loi, qui consiste à en combler les lacunes et à en modérer les excès, pourrait être envisagée comme une manifestation du pouvoir d'interprétation. C'est souvent le cas dans les ouvrages (v. par ex., pour le pouvoir de suppléance, Ch. Perelman (dir.) *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968). Et, effectivement, l'apport d'une exception ou d'un complément suppose d'interpréter la loi, de préciser à la fois son sens et ses limites. Pourquoi distinguer ici l'interprétation et la correction ? Parce qu'il y a entre eux une différence de degré. L'interprétation n'est, officiellement, que la révélation du sens de la loi. La portée de l'aménagement prétorien est donc censée être extrêmement faible : la règle apportée n'est que l'expression d'une règle préexistante. La correction possède une force plus importante. Elle vient corriger les imperfections de la loi et ne révèle son sens qu'indirectement. Elle a donc une capacité normative supérieure (pour une distinction entre interprétation et correction, v. C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. Saint-Etienne, 2012, n° 272 et s., p. 375 et s. ; pour une distinction entre dérogation et interprétation, Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Aix, Préf. Ph. Le Tourneau, Puam, 2004, n° 12, p. 28)

¹⁵⁴ S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, op. cit., p. 277.



CHAPITRE 1^{er}

L'INTERPRETATION PRETORIENNE

« *L'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance* »

J. Carbonnier¹⁵⁵

10. *L'interprétation* est une grande source de liberté. Le juge y recourt non seulement pour approfondir les textes¹⁵⁶, mais parfois pour les réécrire¹⁵⁷ entièrement. L'interprète dispose alors « *d'un pouvoir considérable, puisque c'est lui qui produit la norme qu'il est censé appliquer* »¹⁵⁸. La loi n'est plus qu'un support pour la création ; ses ambiguïtés sont mises à profit pour créer des principes nouveaux. Ni la lettre des textes, ni la volonté du législateur, ni même la tradition juridique ne semblent faire obstacle au pouvoir du juge. Il est souverain pour déterminer le sens des textes¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Puf, 1^{ère} éd. coll. « Quadrige », 2004, n° 158, p. 303

¹⁵⁶ Dans la conception traditionnelle, l'interprétation est une « *fonction de la connaissance* » (M. Troper, « *Interprétation* », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 2003, p. 843 et *La philosophie du droit*, Puf, 2011, p. 99 et s.). Il s'agit de rechercher le véritable contenu de la loi, c'est-à-dire son sens unique et nécessaire, « *un sens objectif qu'il est possible de décrire* » (M. Troper, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, Puf, coll. « Léviathan », 2001, p. 69). Une telle description ne comporte aucune dimension créative. Cette conception traditionnelle a été critiquée au profit d'une approche plus réaliste de l'interprétation, où l'interprète est libre de déterminer le sens de la loi. Les difficultés suscitées par ce nouveau paradigme ont contribué à la « *crise* » actuelle de l'interprétation (B. Frydman, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 3^{ème} éd., 2011, p. 19 et s., P. Amselek, « *L'interprétation à tort et à travers* », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995, spéc. p. 11, M. Rosenfeld, *Les interprétations justes*, Bruylant, LGDJ, 2000, p. 19).

¹⁵⁷ Dans cette conception, l'interprétation est une « *fonction de la volonté* » (v. M. Troper, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat, op. cit.*, p. 69 et s., « *Interprétation* », *art. précit.* et *La philosophie du droit, op. cit.*, « *A propos de la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denys de Béchillon* », RRJ, 1994, 247). L'interprète choisit le sens de l'énoncé parmi les multiples significations possibles (Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, p. 453 et s.). « *Le rôle du juge est ainsi fondé non pas sur une théorie de l'interprétation-connaissance, mais au contraire sur une théorie de l'interprétation-volonté* » (M. Troper, « *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel* », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995, spéc. p. 238). Sur la théorie réaliste de l'interprétation, v. outre les références précitées, M. Troper, « *La liberté de l'interprète* », in *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2006 au Palais du Luxembourg, les colloques du Sénat, p. 28.

¹⁵⁸ M. Troper, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat, op. cit.*, p. 69 et s. et « *Interprétation* », *art. précit.*

¹⁵⁹ La suppression du référé législatif a attribué corrélativement au juge un pouvoir souverain d'interprétation. « *Dans notre organisation juridique, rien ne vient limiter la souveraineté de la Cour de cassation pour l'interprétation des textes* » (J. Boulanger, « *Principes généraux du droit et droit positif* », *art. précit.*, p. 68).



Si certains modes d'interprétation se présentent officiellement comme créatifs¹⁶⁰, force est de constater qu'ils ne sont presque jamais mis en œuvre ouvertement. Au contraire, plus le juge fait preuve d'audace, plus il prétend recourir à des modes d'interprétation réputés contraignants¹⁶¹. Cette « fiction » permet de « *dissimuler le rôle créateur qu'il a dans l'élaboration du droit et donner l'impression que son rôle est seulement de faire application des règles qu'un autre a posées* »¹⁶². Deux modes d'interprétation traditionnels sont ainsi, paradoxalement, privilégiés dans la création prétorienne : l'*exégèse* des textes (Section 1) et l'*analogie* (Section 2).

Section 1^{ère}

L'exégèse prétorienne

11. L'exégèse évoque la contrainte, l'obéissance¹⁶³. Dans la mémoire des juristes, elle est liée à une période historique où l'interprète n'avait aucun pouvoir et devait uniquement restituer à la loi son sens originaire¹⁶⁴. Ce mode d'interprétation est très contraignant : il ne se fonde que sur la loi - sa lettre, l'intention du législateur - à l'exclusion de tout autre élément extérieur et suppose que « *la règle de droit est tout entière contenue, au moins implicitement dans le texte légal, dont il suffit de l'extraire* »¹⁶⁵. A l'exégèse, le Doyen Gény avait donc opposé « *la libre recherche scientifique* »¹⁶⁶, une démarche plus créative, tenant compte du contexte général, surtout dans le cas où la législation est défailante.

¹⁶⁰ Comme la « *libre recherche scientifique* », l'interprétation « *téléologique* », « *historique* » ou « *évolutive* », par exemple (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, coll. « Thémis », 1^{ère} éd., 2001, p. 258 et s., et *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, n° 223, spéc. p. 284 et « La découverte du sens en droit par la finalité », *Revue Internationale de philosophie du droit*, ARSP, 1992, n° 48, p. 67.

¹⁶¹ Le juge s'efforce de rattacher « *autant que possible, ses constructions, même les plus hardies, à des textes de loi* » (E.-H. Perreau, *Techniques de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, p. 20). V. aussi, *Etudes sur le rôle du juge, op. cit.*, spéc. p. 145, S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, op. cit.*, spéc. p. 277 et s., G. Morin, *La révolte du droit contre le code*, Librairie du recueil Sirey, 1945, p. 2 et s.). Et « *de façon assez paradoxale ce lien est d'autant plus étroit que l'interprétation a été plus déformante* » (J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, p. 495).

¹⁶² R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, n° 95, spéc. p. 100.

¹⁶³ « *Découvrir, élucider le sens exact et véritable de la loi, le juge n'a pas à aller au-delà* » (« De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in *De code en code*, Mél. G. Wiederkehr, 2009, p. 809).

¹⁶⁴ Sur les doutes sur l'existence d'une « Ecole de l'exégèse », v. *supra*, p. 5, note n° 34.

¹⁶⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 236 et s.,

¹⁶⁶ *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n° 31 et s., J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 249 et s.



Les tribunaux ont suivi le Doyen Gény. Ils ont pratiqué la libre recherche scientifique, mais ils l'ont fait à travers des méthodes exégétiques¹⁶⁷. Ce faisant, ils démontraient que « *l'exégèse n'est pas ce que l'on croit et que toutes les innovations lui sont possibles* »¹⁶⁸. Elle permet non seulement de transformer un *principe légal* (§I), mais également *l'œuvre législative*, considérée dans son ensemble (§II).

§ I. La transformation d'un principe légal

12. L'exégèse permet de transformer un *principe légal*. Pour cela, le juge traite un texte manifestement clair¹⁶⁹ comme s'il s'agissait d'un texte obscur¹⁷⁰, qui aurait besoin, à ce titre, d'être explicité. Puis, il se recommande d'éléments de la loi apparemment objectifs et certains pour éclairer le sens du texte : la lettre de la loi ou l'intention du législateur historique. Or, ces éléments sont, en fait, facilement malléables : la disposition légale, sortie de son contexte législatif peut devenir ambiguë et l'intention du législateur se prête aux reconstructions fictives. L'opération d'exégèse aboutit ainsi à une *transformation* du principe interprété.

Lorsque le juge opère une transformation partielle du principe légal en modifiant ses caractères essentiels, l'exégèse est *modificatrice* (A). Lorsqu'il effectue une transformation totale de la loi, en tirant une norme d'un texte qui n'en contenait aucune, l'exégèse est alors *créatrice* (B).

¹⁶⁷ « *Le XX^{ème} siècle* », remarquent Messieurs Jestaz et Jamin, « *n'a pas vraiment rompu avec l'Ecole de l'exégèse, mais plus certainement avec l'Ecole du code. Il n'a pas récusé ses méthodes ; il semble plutôt les avoir prolongées* » (Présentation Ph. Jestaz et Ch. Jamin, pour la réédition de l'ouvrage d'E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, éd. La mémoire du droit, 2002, p. 33). De sorte que la « *libre recherche scientifique* », préconisée par F. Gény, s'est exercée en respectant le dogme de la plénitude de l'ordre législatif » (R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., n° 100 spéc. p. 107). D'une certaine manière, c'est la victoire de l'approche de Saleilles, invitant les juges à suivre le Doyen Gény, tout en inversant l'ordre des propositions : non pas, « *par le Code civil, au-delà du Code civil* », mais « *au-delà du Code civil, par le Code civil* » (Préface à F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit.).

¹⁶⁸ P.-Y. Gautier, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, RTD civ. 1999, p. 128, à propos de l'arrêt *Leininger*.

¹⁶⁹ Cette situation devrait donc exclure toute tentative d'interprétation. « *In claris cessat interpretatio* » (A.-J. Arnaud (Dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., 1993, LGDJ).

¹⁷⁰ Sur le rôle créateur du juge, au stade même de la détermination du caractère clair ou obscur d'un texte, impliquant ainsi que l'interprète détermine sa propre compétence, v. M. Troper, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, op. cit. p. 75 et s., M. Van de Kerchove, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications de la Faculté de Saint-Louis, 1978, p. 13 et s.



A. L'exégèse modificatrice

13. Le juge peut user de l'exégèse pour modifier un principe. Sous couvert de révéler son sens originaire, il change en réalité l'un de ses caractères essentiels. La portée du principe peut ainsi augmenter considérablement. S'agissant d'une présomption légale, par exemple, une présomption de faute, susceptible d'être renversée par la preuve contraire, pourra être changée en responsabilité de plein droit, dont seule la cause étrangère ou la faute de la victime peuvent venir à bout. L'Arrêt *Bertrand*¹⁷¹, qui transformait la présomption de faute de l'article 1384 alinéa 4 en une « *responsabilité de plein droit* » tout à fait étrangère à l'esprit du Code civil, en est un exemple. De même, une règle de preuve dans la loi, conditionnant la recevabilité de la preuve d'un acte (formalité *ad probationem*), pourra devenir, sous l'action prétorienne, une véritable règle de forme conditionnant la validité de l'acte lui-même (formalité *ad validitatem*)¹⁷².

14. Sur ce dernier point, la matière du cautionnement contient un exemple éloquent. L'article 1326 du Code civil exige de la caution¹⁷³ qu'elle mentionne « *de sa main* »¹⁷⁴ « *en toutes lettres et en chiffres* » le montant exact de la dette qu'elle s'engage à payer. Par un arrêt du 30 juin 1987¹⁷⁵, la Cour de cassation a précisé que cette règle n'était pas « *une simple règle de preuve* », comme on le pensait jusqu'alors¹⁷⁶. En effet, soutenait-elle, il résulte d'une « *combinaison* » avec l'article 2015 [anc.]¹⁷⁷ que ce texte a « *pour finalité la protection de la caution* » et qu'il contient, par conséquent, une règle de forme¹⁷⁸. Cette règle a donc une force

¹⁷¹ Arrêt *Bertrand*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, D. 1997.265, note P. Jourdain, JCP 1997.II.22848, concl. Kessous, note G. Viney, Gaz. Pal. 1997.1.572, note F. Chabas, LPA 15 sept. 1997, p. 12, note M.-C. Lebreton, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 215-217, p. 444 et s.).

¹⁷² Au-delà de l'exemple que nous allons analyser, ce procédé a été appliqué à l'article 1907 alinéa 2, en matière de stipulation d'intérêt. Ce texte, traditionnellement considéré comme contenant une règle de preuve (Cass. civ. 22 juin 1853, D.P. 1853.1.211), a été réinterprété comme comportant une règle de forme (Cass. civ. 1^{ère}, 9 fév. 1988, JCP 1988.II.21026, note Gavaldà et Soufflet ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°285, p. 800 et s.; v. déjà. Cass. Req. 30 juill. 1895, D.P. 1896.1.86 ; S. 1896.1.353, note Appert et rapport Lardenois).

¹⁷³ Le texte s'adresse, plus généralement, à toute personne qui s'engage unilatéralement.

¹⁷⁴ C'était la rédaction du texte en 1987. La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 est venue substituer à cette formule, l'expression « *par lui-même* ».

¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°292-295, p. 835 et s. L'interprétation s'est progressivement dégagée à partir des années 1970, v. sur le détail de l'évolution jurisprudentielle, V. la première édition de, M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 1990, n°112, p. 95.

¹⁷⁶ Depuis Cass. Req. 20 oct. 1896, S. 1897.1.8, D.P. 1897.1.528. V., sur ce point, M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°104, p. 86.

¹⁷⁷ Aujourd'hui, l'article 2292 du c. civ. : « *Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ».

¹⁷⁸ L'arrêt ne précise pas la nouvelle qualification de la règle, même s'il écarte expressément celle de « *règle de preuve* ». La solution se devine, en réalité, à travers la sanction prononcée : la nullité du contrat.



juridique très importante : elle n'affecte pas seulement la preuve de l'acte, mais bien l'acte lui-même et sa violation ne donne pas seulement lieu à l'irrecevabilité de la preuve, mais à la nullité du contrat.

Le juge déclare parvenir à cette solution par une opération de pure exégèse : il recherche l'intention du législateur. Celle-ci apparaît, soutient-il, lorsqu'on fait une « *combinaison* » de deux textes animés par le même esprit. L'article 2015 [anc.], en déclarant qu'on ne peut étendre le cautionnement « *au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* », révèle le véritable objectif de la mention manuscrite : il s'agit de protéger la caution afin d'éviter qu'elle ne soit tenue au-delà de ce qu'elle a réellement voulu¹⁷⁹. Or, dès lors que la mention manuscrite a « *pour finalité la protection de la caution* »¹⁸⁰, elle ne peut logiquement constituer une « *simple règle de preuve* »¹⁸¹, sans quoi elle ne remplirait pas son objectif. L'irrecevabilité de la preuve ne suffit pas à protéger la caution ; seule la nullité du contrat le peut, en libérant la caution d'un engagement non consenti. La mention manuscrite constitue donc nécessairement une règle de forme.

L'intention du législateur à laquelle il est fait référence est, en outre, celle du législateur historique. A l'époque, Monsieur le conseiller Pierre Sargos, qui défend cette jurisprudence, insiste sur ce point. Loin d'être « *révolutionnaire* », cette décision fait « *une application normale des textes qui régissent le cautionnement* »¹⁸². Elle marque seulement un « *retour à l'orthodoxie juridique* »¹⁸³, une redécouverte des « *concepts stricts des origines du Code civil* »¹⁸⁴. Les rédacteurs du Code auraient dès le départ placé une règle de forme à l'intérieur de l'article 1326. Le juge, en changeant l'interprétation traditionnelle, n'aurait donc pas innové. Il se serait contenté de rectifier une erreur séculaire d'interprétation et de réhabiliter

¹⁷⁹ Monsieur le conseiller Pierre Sargos soutient que « *la question de la mention manuscrite doit nécessairement se combiner avec l'art. 2015 du Code civil* », car « *c'est la seule mention manuscrite qui exprime la connaissance qu'a la caution de la nature et de l'étendue de son engagement, de sorte qu'il s'agit bien d'une règle de protection et non d'une règle de preuve* » (« L'opération "Glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. 219).

¹⁸⁰ Si la sanction applicable n'est que l'irrecevabilité de la preuve, l'objectif de la loi n'est pas atteint.

¹⁸¹ Au pluriel, dans l'arrêt.

¹⁸² P. Sargos, « L'opération "Glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *art. précit.* V. aussi, P. Sargos, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », *Rapport de la Cour de cassation*, 1986, p. 33 et s.

¹⁸³ P. Sargos, « L'opération "Glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *art. précit.*

¹⁸⁴ *Ibid.*



« un principe oublié et occulté »¹⁸⁵. La nouvelle interprétation correspond ainsi à « l'intention retrouvée des rédacteurs d'origine du Code civil »¹⁸⁶.

15. Le résultat de cette opération d'exégèse est, cependant, novateur. L'article 1326, fait remarquer la doctrine, n'a jamais contenu une règle de forme pour cette raison évidente qu'il figure dans le Code civil au chapitre consacré à la « *preuve des obligations* ». Ce texte est donc « *dénué de toute ambiguïté* »¹⁸⁷. Il contient clairement une règle probatoire, dont l'objectif est de compliquer la tâche du créancier qui profiterait de ce qu'il détient seul la preuve du cautionnement¹⁸⁸ pour augmenter frauduleusement le montant de la dette¹⁸⁹. Quant à l'article 2015 [anc.], son éclairage n'apporte aucun changement. Il ne fait qu'inviter le juge, en cas de doute sur l'étendue du cautionnement, à interpréter le contrat en faveur de la caution¹⁹⁰ – ce qui n'est qu'une façon de renforcer la directive générale d'interprétation formulée à l'article 1162 du Code civil¹⁹¹. Aussi, la doctrine recherche « *par quelle étrange alchimie* »¹⁹², une règle de preuve, au contact d'une règle d'interprétation, peut devenir une règle de forme.

L'opération d'exégèse aboutit ainsi, en réalité, à la « *transformation d'une règle de preuve en règle de forme* »¹⁹³. Et cette transformation, dont l'objectif non avoué est de mener une « *politique volontariste de libération des cautions* »¹⁹⁴, est de grande ampleur. Elle décuple aussitôt les pouvoirs du juge : le défaut de mention manuscrite l'autorise désormais, non plus seulement à repousser une preuve irrecevable, mais à annuler les contrats de cautionnement valables au regard de la loi. Le cautionnement lui-même change donc de nature : à l'origine,

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », RTD civ. 1992, p. 334.

¹⁸⁸ S'agissant d'un acte unilatéral, le cautionnement échappe à la règle du double original.

¹⁸⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 841. La loi poursuit donc bien un objectif de « *protection de la caution* », mais au niveau de la preuve de l'obligation uniquement (M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 103, p. 85).

¹⁹⁰ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, n° 119, p. 108.

¹⁹¹ Article 1162 c. civ. : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Ce renforcement s'explique compte tenu du caractère unilatéral de l'engagement : s'il faut favoriser le débiteur en cas de doute, on doit le faire *a fortiori* lorsqu'il s'engage unilatéralement, car un engagement sans contrepartie est plus grave pour le débiteur.

¹⁹² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 843.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ C. Mouly, note sous Cass. civ. 1^{ère} 15 nov. 1989, D. 1990, p. 177. V. *infra*, n° 137. Le développement de cette politique a été favorisé par un mouvement général de renaissance du formalisme à des fins protectrices en législation (M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 104, p. 86 et n° 111, p. 95) et notamment la loi n°80-525 du 12 juillet 1980, venue modifier l'article 1326, auquel Monsieur le conseiller Pierre Sargos se réfère explicitement dans ses écrits.



consensuel - formé par le simple échange des consentements – il devient « *par la volonté du juge, contre celle du législateur* »¹⁹⁵, un contrat solennel¹⁹⁶. La jurisprudence, sous couvert d'exégèse, s'arroge ainsi le droit d'établir un formalisme direct, prérogative qui, en raison de sa gravité, semble appartenir exclusivement au législateur¹⁹⁷. Cette interprétation a ainsi été décrite comme « *l'exemple le plus éclatant* »¹⁹⁸ de la violation des textes – ce qui fut l'une des raisons pour lesquelles elle fut abandonnée quelques années plus tard¹⁹⁹.

Par quoi l'on mesure tout le potentiel normatif de l'interprétation exégétique : elle permet de changer la portée d'un principe légal. Mais elle peut aller plus loin et *créer* entièrement un principe nouveau à partir d'un texte qui ne contenait, en soi, aucune norme.

B. L'exégèse créatrice

16. L'exégèse devient « *créatrice* »²⁰⁰ lorsqu'elle aboutit à l'élaboration d'un principe totalement nouveau. Le juge ne modifie pas seulement les caractères d'un principe déjà existant ; il crée un principe de toute pièce. Pour cela, il s'appuie sur un texte vide, dépourvu de valeur normative et n'ayant, dans l'ensemble législatif, qu'un simple rôle rhétorique – c'est un texte d'introduction, de transition ou encore de conclusion, qui sert à relier les règles entre elles. Faisant fi de la fonction attribuée à ce texte, le juge en fait une lecture littérale et raisonne comme s'il contenait lui-même une norme générale.

Les textes introductifs, par lesquels le législateur fait une présentation à grands traits d'un concept juridique avant de présenter la liste limitative de ses applications, sont souvent mis à profit. Le juge prend argument de cette rédaction générale pour y voir un principe l'autorisant à compléter la liste légale. C'est ainsi que fut récemment utilisé l'article 1371²⁰¹ du Code

¹⁹⁵ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante, mais menacée », *art. précit.*, p. 344.

¹⁹⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 843.

¹⁹⁷ V. *infra*, n° 91.

¹⁹⁸ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante, mais menacée », *art. précit.*, p. 344.

¹⁹⁹ La Cour de cassation a opéré un revirement complet à partir de 1989, consacré par l'arrêt rendu le 15 octobre 1991, par la première chambre civile (Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1991, JCP 1992.II.21923, note Simler). Sur les raisons de ce revirement, v. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, p. 93, spéc. p. 112).

²⁰⁰ J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, p. 435 et s., n° 467, spéc. p. 441 et s., n° 473 et s.

²⁰¹ Article 1371 c. civ. : « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».



civil. Ce texte ne contenait qu'une simple définition des quasi-contrats « *pratiquement dépourvue de valeur normative* »²⁰² et visant seulement à ouvrir le chapitre consacré aux quasi-contrats et à introduire les différents cas reconnus par la loi, la gestion d'affaires (articles 1372 et suivants du Code civil) et la répétition de l'indu (articles 1376 et suivants du Code civil). Le juge y a pourtant découvert un principe général lui permettant d'ouvrir la liste légale et d'ajouter un nouveau « *quasi-contrat d'origine jurisprudentielle* »²⁰³ : la « *fausse promesse d'un gain* »²⁰⁴.

De même, le juge a exploité la définition des clauses abusives figurant à l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978²⁰⁵. Ce texte formulait à l'origine une définition « *organique* »²⁰⁶ de type : « *sont abusives, les clauses interdites par décret parce qu'elles présentent les caractères x et y* ». Le juge y a, toutefois, vu une véritable « *définition matérielle* »²⁰⁷, de type : « *sont abusives les clauses présentant les caractères x et y et pouvant, à ce titre, être interdites par décret ou annulées par le juge* ». Selon cette « *deuxième interprétation* »²⁰⁸, le juge disposait désormais d'un pouvoir général pour compléter la liste des clauses prohibées par décret²⁰⁹, dès lors qu'elles présentaient les caractères prévus par la loi²¹⁰.

17. Mais l'exemple à la fois le plus « *classique* »²¹¹ et le plus « *spectaculaire* »²¹² de ce type d'interprétation reste celui de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, qui sera le support du principe de responsabilité du fait des choses. Ce texte énonce que l'« *on est responsable*

²⁰² E. Savaux, note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, Defrénois 2002. 1608.

²⁰³ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 810, p. 641, spéc. n° 817 et s., p. 647 et s. L'enrichissement sans cause est un autre quasi-contrat d'origine prétorienne, mais il fut obtenu par un autre procédé technique. V. *infra*, n° 21-22.

²⁰⁴ Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, D. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud, JCP 2002.II.10173, note S. Reifegerste, CCC 2002, n°151, note G. Raymond et Chron. n° 22, par Ph. Le Tourneau et A. Zabaldi, Defrénois 2002.1608, obs. E. Savaux, LPA 24 oct. 2002, p. 16, note D. Houtcieff, RTD civ. 2003, 94, obs. J. Mestre et B. Fages, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, 2008, n° 242, p. 568 et s.

²⁰⁵ L'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, devenu l'article L. 132-1 du Code de la consommation, disposait à l'origine (le texte a été ensuite modifié), que certaines clauses pouvaient être prohibées par le gouvernement lorsqu'elles apparaissaient « *imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* ».

²⁰⁶ J. Ghestin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989 et TGI Paris, 17 janv. 1990, D. 1990, p. 289.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991.449, note J. Ghestin, et somm. 320, obs. Aubert, JCP 1991.II.21763, note Paisant, CCC 1991, n° 160, note Leveneur, Defrénois 1991.1268, obs. Aubert, RTD civ. 1991.526, obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 159, p. 137 et s.

²¹⁰ « *Toute clause répondant à cette définition matérielle serait abusive* » (J. Ghestin, note précit. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989 et TGI Paris, 17 janv. 1990).

²¹¹ J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, p. 473, n°441.

²¹² C. Atias, *Philosophie du droit, op. cit.*, n° 76, p. 363.



(...) du dommage (...) causé par le fait (...) des choses que l'on a sous sa garde ». Tout au long du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence n'y voyait qu'une simple phrase introductive²¹³, annonçant les cas particuliers de responsabilité du fait des choses, pour les animaux, d'une part (article 1385 du Code civil), et pour les bâtiments, d'autre part (article 1386 du Code civil). L'arrêt *Teffaine*, rendu le 16 juin 1896²¹⁴, l'aborda soudain différemment : il y découvrit un véritable principe général proclamant le gardien de *toute* chose responsable des dommages entraînés par celle-ci. C'est ainsi que les juges se référèrent à « la présomption de l'article 1384, alinéa 1^{er} »²¹⁵, et même à la présomption « établie » ou « édictée » par ce texte²¹⁶, dans l'arrêt *Jand'heur*²¹⁷.

Aux termes des décisions, il n'y a là aucune création prétorienne²¹⁸, mais seulement la « découverte »²¹⁹ d'un principe légal par voie d'exégèse. Le juge se livre, en effet, à une « lecture littérale »²²⁰ de la loi, usant ainsi d'une démarche réputée pour sa rigueur et sa « pureté »²²¹. Le principe légal se trouverait directement dans les termes de l'article 1384 alinéa 1^{er}²²², qui contient, en effet, « une formule très générale »²²³. Dans le discours du juge, l'existence d'un principe légal ne fait donc aucun doute, même si un « mode de rédaction vicieux »²²⁴ est venu finalement troubler son sens, rendant nécessaire le travail d'interprétation : le législateur a posé ce principe et l'a fait suivre aussitôt d'une énumération de cas, sans préciser qu'il s'agissait bien d'une liste « énonciative »²²⁵. Le juge rétablit donc la

²¹³ C'était le cas jusqu'alors. Lorsqu'une chose qui n'était pas prévue par les cas particuliers de responsabilité du fait des choses causait un dommage, on appliquait donc le droit commun (V. not. Cass. Civ. 19 juill. 1870, D.P. 1870.1.361, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome XXXII, Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, 1903, à l'entrée « Responsabilité civile », n° 787, spéc. 791).

²¹⁴ Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433, note Saleilles, S. 1897.1.17, note Esmein.

²¹⁵ Cass. Req. 25 mars 1908, D.P. 1909.1.73. On lit aussi « la présomption de faute établie par le paragraphe 1^{er} de l'art. 1384 c. civ. » (Cass. civ. 21 janv. 1919, D.P. 1922.1.25).

²¹⁶ La Cour de cassation précisera qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit.

²¹⁷ Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert, S. 1930.1.121, note Esmein, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 199, p. 381.

²¹⁸ « En cette occasion, la Haute juridiction n'a pas proclamé sa liberté et son intention de changer le droit. Son attitude fut exactement inverse » (C. Atias, *Science des légistes, savoir des juristes*, Puam, 3^{ème} éd., 1993, p. 11 et s.).

²¹⁹ On parle, en effet, d'une « découverte jurisprudentielle » (v. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2013 n° 187, p. 86).

²²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd. 2004, n°1171, p. 2352.

²²¹ F. Haid, « L'apparente simplicité de l'argument littéral », in *Le droit, entre autonomie et ouverture*, Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 272.

²²² La Cour de cassation « s'exprime comme si aucune hésitation n'était permise, comme si la loi était claire et précise » (C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », JCP 1984.I.3145).

²²³ R. Saleilles, note sous Cass. civ. 16 juin 1896 et Req. 30 mars 1897, D. 1897.1.433.

²²⁴ P. Matter, concl. sous Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57.

²²⁵ *Ibid.*



vérité. Il proclame le principe de responsabilité du fait des choses que la loi a toujours contenu. « *Tel est le véritable sens de l'article 1384* »²²⁶.

La référence à la lettre de la loi s'accompagne d'un recours à la volonté du législateur. Selon le procureur général Matter, la vision limitative de l'article 1384 alinéa 1^{er} conduit à priver ce texte de toute utilité, « *ce qui n'est certainement pas la pensée du législateur* »²²⁷. Le législateur est un être rationnel et s'il a cru bon d'insérer cette disposition, c'est pour qu'elle soit effective. Or, la théorie limitative aboutit à en « *méconnaître simplement et complètement l'esprit et la portée* »²²⁸. Elle « *abroge purement et simplement le 1^{er} paragraphe de l'art. 1384* »²²⁹. C'est pourquoi le juge doit réhabiliter la disposition de l'article 1384 alinéa 1^{er}, sous peine de priver la loi de sa force obligatoire. Dégager du texte le principe légal qui y est engoncé n'est pas seulement une liberté permise ; c'est une obligation. C'est « *la mission qui appartient à la jurisprudence* » que de « *lui donner toute la vitalité progressive d'un principe qui opère et qui agit* »²³⁰.

18. Qui suspecterait une création derrière ce scrupuleux travail d'exégèse ? Pourtant, le principe général de responsabilité du fait des choses est une « *construction prétorienne* »²³¹, édifiée « *de toutes pièces* »²³². Tout démontre, en effet, que l'article 1384 alinéa 1^{er} n'était, en réalité, qu'une phrase introductive : les travaux préparatoires²³³, l'emplacement de ce texte dans le Code²³⁴ et la manière dont il est rédigée²³⁵. Dans la pensée du législateur, il n'y avait là qu'une simple « *fleur de rhétorique* »²³⁶, un « *chapeau sans valeur propre* »²³⁷, servant de transition du droit commun des articles 1382 et 1383 vers les régimes spéciaux de responsabilité, et d'introduction de ces différents régimes spéciaux. La nouvelle interprétation

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ R. Saleilles, note *précit.* sous Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896.

²²⁹ Matter, concl. *précit.*

²³⁰ Le Procureur général reprend ainsi les mots de Saleilles (note précitée sous Arrêt *Teffaine*).

²³¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 186 p. 85.

²³² C. Atias, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 76, p. 363.

²³³ Esmein, note *précit.* sous Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896.

²³⁴ Elle se situe entre le droit commun et les régimes spéciaux. En outre, il s'agit d'un premier alinéa.

²³⁵ L'article est ainsi rédigé : « *on est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Le « *non seulement* », est un rappel du droit commun des articles 1382 et 1383, et le « *mais aussi* », est une annonce des deux régimes spéciaux.

²³⁶ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.* Puf, coll. « L'interrogation philosophique », 2009, n° 351, p. 236.

²³⁷ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 662, p. 523.



ne réhabilite donc pas un principe légal oublié : elle récupère un « *vieux lambeau de texte* »²³⁸ et le transforme en principe général, autorisant ainsi le juge à ouvrir la liste limitative des cas particuliers de responsabilité du fait des choses pour y ajouter de nouvelles hypothèses impliquant les machines et automobiles, issues du progrès technique.

Les éléments de la loi, apparemment neutres et objectifs, sont donc utilisés comme des fictions²³⁹ ou des mythes²⁴⁰. L'argument littéral, sous son « *apparente simplicité* »²⁴¹, cache une démarche complexe consistant à renouveler entièrement le sens des mots. Les termes de la loi sont interprétés « *sans considérer leur origine historique et sans souci de l'intention de leurs auteurs, dans le sens qui paraît à l'heure présente donner satisfaction à la justice* »²⁴². Il ne s'agit pas de retrouver le sens originaire de la loi, ce qui aurait impliqué que l'on prenne en compte le contexte de l'énoncé²⁴³. Il s'agit de lui construire un sens moderne afin de répondre aux besoins actuels liés aux évolutions sociales et techniques. L'interprétation exégétique est donc, en réalité, une « *interprétation créatrice* »²⁴⁴ et plus précisément « *téléologique* » ou « *évolutive* »²⁴⁵.

En somme, l'interprétation de l'article 1384 alinéa 1^{er} a fait naître un principe totalement nouveau. Plus tard, le texte fut réutilisé dans sa deuxième partie, pour construire cette fois, un principe général de responsabilité du fait d'autrui²⁴⁶. C'est la preuve que l'exégèse peut être créatrice. Mais elle n'est pas au bout de ses ressources : elle peut agir à grande échelle et transformer, cette fois, l'œuvre législative prise dans son ensemble.

²³⁸ F. Gorphe, « Formation de la nouvelle jurisprudence sur la responsabilité des accidents », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. LI, 1931, p. 181.

²³⁹ S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 279-280.

²⁴⁰ C. Atias, *Philosophie du droit*, *op. cit.*

²⁴¹ F. Haid, « L'apparente simplicité de l'argument littéral », *art. précit.*, p. 271.

²⁴² R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, n° 91, p. 95 et s. L'auteur évoque la harangue de Monsieur le Président Ballot-Beaupré qui avait invité les juges à ne pas « *rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article* », mais à se demander « *ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux* ».

²⁴³ L'argument littéral n'a ainsi qu'une « *prétendue pureté* » (F. Haid, « L'apparente simplicité de l'argument littéral », *art. précit.*, p. 279 et s.).

²⁴⁴ J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale*, p. 435 et s., n° 467, spéc. p. 441 et s., n° 473 et s.

²⁴⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 258 et s.

²⁴⁶ Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, D. 1991.324, note C. Larroumet, somm. 324, obs. J.-L. Aubert, JCP 1991.II.21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin, Gaz. Pal. 1992.2.513, obs. F. Chabas, RTD civ. 1991.541, obs. P. Jourdain ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 227-229, p. 493 et s.



§ II. La transformation de l'œuvre législative

19. L'exégèse implique également de raisonner par induction²⁴⁷ et de révéler les principes implicites dans l'œuvre législative. Il peut, en effet, exister, dans l'ensemble des textes, des principes qui n'ont pas été expressément formulés par le législateur et qui reflètent l'esprit général de la législation. Mais là encore, il s'agit de s'appuyer sur des éléments objectifs et fiables. La convergence de plusieurs textes peut signaler l'existence d'un principe implicite : chaque texte contient, en réalité, l'un de ses cas d'application. Et la divergence de plusieurs textes peut également être un indice : le principe implicite permet seul de résoudre leur contradiction.

L'exégèse peut donc aboutir à un résultat novateur²⁴⁸, d'autant plus que les indices utilisés pour prouver l'existence du principe, sont modulables. Le juge peut créer en amont les conditions de son intervention en organisant des regroupements de textes qui l'autorisent à induire un principe nouveau. D'une fausse convergence entre les textes, il pourra induire un principe étranger à l'esprit de la législation qui viendra *rénover* la loi (A). Et d'une fausse divergence entre les textes, il pourra tirer un principe nouveau visant à *réorganiser* l'œuvre législative (B).

A. L'exégèse rénovatrice

20. Le juge peut ajouter un principe étranger à l'esprit de la législation, en créant, au préalable, les conditions de son existence virtuelle. Tout en soutenant qu'il ne fait que « *formuler* »²⁴⁹ un principe implicite, il met en place une convergence relativement artificielle entre les textes, et révèle un principe qui est, en réalité, complètement nouveau et vient rénover une législation vieillissante. L'interprétation n'est donc pas un acte d'explicitation ; c'est un acte de création, de rajeunissement.

²⁴⁷ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p.140.

²⁴⁸ Le juge « *parachève l'œuvre, nécessairement incomplète du législateur* » (J. Boulanger, « Les principes généraux du droit et droit positif », art. précit., p. 67).

²⁴⁹ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, op. cit., n° 137, p. 252.



21. Le principe d'enrichissement sans cause a été élaboré de cette manière. L'arrêt *Patureau-Miran* du 15 juin 1892²⁵⁰, proclame l'existence du « *principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* » en évoquant un principe « *consacré virtuellement par le code* »²⁵¹. Dans la logique de l'arrêt, le principe n'aurait donc pas été exprimé formellement dans un texte de loi, mais sa présence implicite se dégagerait de plusieurs règles faisant application de la même idée. La somme de ces règles autoriserait à penser que ce principe fait partie de l'esprit du Code civil et que le juge peut légitimement le révéler.

Il est vrai qu'on trouve dans le Code civil, plusieurs « *applications spéciales* »²⁵² du principe d'enrichissement sans cause. Ce sont, d'abord, les textes qui régissent les quasi-contrats²⁵³. Si celui qui a profité de ce que son affaire a été gérée par un autre, doit lui rembourser les dépenses effectuées²⁵⁴, c'est parce que « *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui* ». De même, pour celui qui doit restituer un paiement indu²⁵⁵ : il ne peut le conserver, sans quoi il s'enrichirait aux dépens d'autrui. Les textes en matière d'accession immobilière répondent aussi à la même idée : si celui qui construit sur le terrain d'autrui peut demander indemnisation au propriétaire qui voudrait conserver la construction²⁵⁶, c'est parce que « *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui* ». Et l'on compte encore d'autres exemples de ce principe²⁵⁷. A travers ces multiples applications « *au moins virtuelles* », le principe manifeste

²⁵⁰ Arrêt *Patureau-Miran*, Cass. Req. 15 juin 1892, D. 1892.1.596, S. 1894.1.281, note Labbé, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 239, p. 553 et s.

²⁵¹ La Cour de cassation reprend ainsi l'argument des juges du fond.

²⁵² Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. VI, Marchal et Billard, 4^{ème} éd., 1873, n° 579, p. 246.

²⁵³ Car « *la loi consacre cette règle d'équité dans la matière des quasi-contrats* » (Laurent, *Principes de droit civil français*, Volume XX, Bruylant, 3^{ème} éd., 1878, p. 364).

²⁵⁴ Article 1375 c. civ. : « *Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites* ».

²⁵⁵ Article 1235, al. 1, c. civ. : « *Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition* ».

²⁵⁶ Article 555, al. 3, du c. civ. : « *Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages* ».

²⁵⁷ C'est pour cette raison que le cocontractant d'un incapable peut réclamer à celui-ci l'avantage qu'il retire de l'engagement nul (art. 1241 du c. civ. : « *Le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier* » et 1312 du Code civil : « *Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit* »). Il en va de même, pour le créancier d'une société qui peut exiger de celle-ci qu'elle exécute un acte conclu par un associé qui a dépassé ses pouvoirs, si cet acte a tourné à son profit (art. 1864 [anc.] c. civ.).



« toute sa vitalité, toute sa force »²⁵⁸ et prouve même, dans le cas présent, qu'il « domine le droit tout entier »²⁵⁹. Le juge remonte à la source de l'ensemble des règles particulières et consacre ainsi un principe « en suspension, dans l'esprit de notre droit »²⁶⁰.

22. Mais cette convergence apparente n'est pas décisive. Car le Code civil contient aussi des textes contraires, qui refusent expressément toute indemnité à l'appauvri. C'est le cas pour l'usufruitier, par exemple, qui ne peut « réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites »²⁶¹. De même, le locataire, n'a droit à aucune réparation pour les constructions apportées²⁶², et il peut même avoir à les détruire au terme du bail, de sorte qu'il subit un double appauvrissement pour lequel il ne sera pas indemnisé. Il ne suffit donc pas de repérer une convergence entre plusieurs textes pour conclure à l'existence d'un principe général. Cet élément est un indice, mais il n'est convaincant que s'il exprime l'esprit général de la législation.

Et à ce niveau-là, c'est le droit de propriété qui semble l'emporter dans le Code civil²⁶³. Si l'on cite les textes sur la gestion d'affaires, il faut rappeler que ces textes ont été écrits, non dans l'intérêt de l'appauvri, mais dans celui du propriétaire enrichi. Il s'agit de conforter le propriétaire dans ses droits et de le protéger contre l'incursion d'un tiers²⁶⁴. Le constat est le même, pour les textes sur l'accession immobilière²⁶⁵. « Nous avons pensé », disait Portalis à propos de ce texte, « qu'on ne saurait trop avertir les citoyens des risques qu'ils courent quand ils se permettent des entreprises contraires au droit de propriété »²⁶⁶. Les textes

²⁵⁸ J. Tartanson, *L'action "de in rem verso" en droit civil français*, Th. Grenoble, 1909, spéc. p. 13.

²⁵⁹ Note Planiol, sous Cass. Req. 16 juill. 1890, D. 1891.1.49.

²⁶⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, 2004, n° 137, p. 252.

²⁶¹ Article 599 al. 2 du c. civ.

²⁶² Article 1731 du c. civ. : « S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire ». Les impenses faites par le locataire « ne donnent lieu, en principe, à aucune indemnité », même si ce principe connaît des exceptions, dont l'accession immobilière est un exemple (Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 689).

²⁶³ Selon Portalis, « le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental, sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver » (« Exposé des motifs du titre de la propriété », in *Ecrit et discours juridiques et politiques*, Puam, 1998, p. 126).

²⁶⁴ C'est pour cette raison que le gérant d'affaire est soumis à une multitude d'obligations (art. 1372, 1373 et 1374 c. civ.) et que le maître n'est tenu à indemnisation que si son affaire « a été bien administrée » (art. 1375 c. civ.).

²⁶⁵ C'est pour cela d'ailleurs, que le propriétaire peut décider de faire détruire la construction établie sur son terrain, au frais du tiers et « sans aucune indemnité pour lui » (art. 555, al. 2 du c. civ.). Ainsi, le tiers « supporte la peine de sa légèreté et de son entreprise », commente Portalis (« Exposé des motifs du titre de la propriété », *op. cit.*, p. 122.

²⁶⁶ Portalis, « Exposé des motifs du titre de la propriété », *op. cit.*, p. 122.



invoqués par le juge sont donc des règles particulières, spécifiques. Elles concernent des « *hypothèses trop spéciales* »²⁶⁷ pour qu'une théorie d'ensemble puisse être dégagée. S'il est un principe général consacré implicitement par le Code, ce ne peut être que le principe inverse - celui, que la Cour de Grenoble avait invoqué, dans un arrêt du 12 août 1836²⁶⁸, selon lequel « *on doit s'imputer de s'ingérer mal à propos dans l'affaire d'autrui* ».

Le principe selon « *lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui* », paraît donc étranger à l'esprit du Code civil, tel qu'il a été conçu en 1804 et interprété tout au long du XIX^{ème} siècle. Apparu « *tardivement* »²⁶⁹ en raison d'un changement du contexte économique et social²⁷⁰, il ne constitue donc pas un principe légal retrouvé, mais une « *véritable création de droit prétorien* »²⁷¹. Sous couvert de révéler l'esprit général du Code, la jurisprudence a « *élaboré du Droit positif* »²⁷² : elle a créé un « *quasi-contrat d'origine jurisprudentielle* »²⁷³. Dans l'arrêt *Patureau-Miran*, elle a accepté « *de n'être plus exclusivement l'interprète du droit positif et d'appliquer la règle de droit naturel* »²⁷⁴ qui permettait de rénover le droit, au regard des nouvelles préoccupations.

L'exégèse peut donc permettre la création d'un principe complètement nouveau, qui modernise la loi. Elle franchit un dernier échelon, lorsque l'ajout de ce principe entraîne une *réorganisation* de la structure d'ensemble.

²⁶⁷ M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine » (deuxième partie), RTD civ. 1922, p. 7. V. aussi, A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 42 : « *On peut multiplier les exemples de textes opérant un rétablissement entre deux patrimoines, mais on ne trouve nulle part inscrit le principe dont ils procèdent. La jurisprudence ne pouvait donc s'appuyer sur aucune loi pour résoudre les problèmes d'équité qui se posaient à elle en dehors des cas prévus par le législateur. Seule la tradition proclame comme un principe de droit naturel que "nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui"* ».

²⁶⁸ CA Grenoble, 12 août 1836, S. 1837.2.330. La Cour de Grenoble, tout en reconnaissant que plusieurs règles exceptionnelles pouvaient découler de cette idée, refusait qu'elle soit proclamée comme un principe général : « *la maxime que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, est bien le fondement et le motifs de plusieurs dispositions législatives tant anciennes que modernes mais elle n'est point un principe absolu qui pourrait, dans son extension, devenir la source d'une souveraine injustice, en contrariant le droit naturel sur lequel repose la propriété, celui d'user et d'abuser ; que cette maxime devrait d'ailleurs se concilier avec celle contenue dans la loi 36, ff. de regulis juris : culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti : on doit s'imputer de s'ingérer mal à propos dans l'affaire d'autrui* ».

²⁶⁹ M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine » (deuxième partie), *art. précit.*, p. 32.

²⁷⁰ J. Renard, « L'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », RTD civ. 1922, p. 283 et s.

²⁷¹ J. Tartanson, *L'action "de in rem verso" en droit civil français*, Th. précit., p. 14.

²⁷² A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 103.

²⁷³ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, op. cit., n° 810, p. 641.

²⁷⁴ A. Rouast, *ibid.*, p. 43.



B. L'exégèse réorganisatrice

23. L'exégèse aboutit à une *réorganisation* de l'œuvre législative lorsque le résultat obtenu n'est pas seulement novateur ; il est aussi bouleversant. Le principe nouveau a une telle ampleur, qu'il modifie en réalité l'ordre général adopté par le législateur. Les structures fondamentales, la répartition entre les différents ensembles de règles, sont ébranlés. Un nouvel agencement se met en place. En prétendant révéler les soubassements secrets de l'œuvre législative, le juge change donc en réalité son architecture d'ensemble. Il ne dégage pas une logique préexistante ; il construit une nouvelle cohérence.

24. La distinction des obligations de moyens et de résultat offre une illustration du recours à ce procédé, à partir d'une fausse divergence entre les textes. Cette distinction a, en effet, été dégagée « à partir d'une combinaison des articles 1137 et 1147 du Code civil » et de « leur contradiction apparente »²⁷⁵. Ces deux textes divergent, en effet, au sujet de la force de l'obligation contractuelle. Aux termes de l'article 1147, le débiteur est obligé d'atteindre le résultat promis²⁷⁶. L'article 1137, de son côté, considère qu'il n'est tenu qu'à faire de son mieux²⁷⁷. La contradiction entre ces deux textes sur la force de l'obligation se répercute sur la charge de la preuve en cas d'inexécution. Selon l'article 1147, le débiteur est présumé responsable lorsque le résultat n'est pas atteint et c'est à lui de prouver que l'inexécution est due à une « cause étrangère ». Tandis qu'aux termes de l'article 1137, le seul fait que le résultat ne soit pas atteint ne suffit pas à engager la responsabilité du débiteur et c'est au créancier de prouver que l'inexécution est due à une faute du débiteur.

Lorsque l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936²⁷⁸ consacre la distinction des obligations de moyens et de résultat, le juge apporte l'aménagement nécessaire pour résoudre cette contradiction. En

²⁷⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 577, p. 623.

²⁷⁶ Art. 1147 c. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

²⁷⁷ Art. 1137 c. civ. : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille ».

²⁷⁸ Arrêt *Mercier*, Cass. civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.-P., S. 1937.1.321, note Breton, Gaz. Pal. 1936.2.41, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, op. cit., n° 162-163. La distinction fut consacrée au sujet de l'obligation du médecin, qui fut considérée comme une obligation de moyens, consistant à donner au malade des soins « consciencieux, attentifs, et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données de la science ». Même si la distinction n'apparaît pas expressément dans l'arrêt, elle est visée à la fois par le conseiller



réalité, suggère-t-il, les textes obéissent à une distinction selon le type d'obligation contractée. Si le débiteur a promis d'atteindre un objectif, son obligation est de *résultat*, et c'est pour cela qu'il est présumé responsable dès que le résultat n'est pas atteint. S'il s'est seulement engagé à un certain comportement, sans pouvoir assurer qu'il atteindrait l'objectif, le débiteur n'a qu'une obligation de *moyens* et c'est la raison pour laquelle c'est au créancier de démontrer la faute du débiteur. Cette distinction d'origine doctrinale²⁷⁹, permet ainsi de « *“concilier” les deux textes* »²⁸⁰ antinomiques : « *l'article 1137 aurait donc été écrit pour les obligations de moyens et l'article 1147 pour les obligations de résultat* »²⁸¹.

Le raisonnement est fondé à la fois sur la rationalité du législateur et sur la cohérence du droit : il ne peut exister de contradiction dans la loi. Si une antinomie est perçue entre deux textes, elle est nécessairement fautive : l'œuvre législative est toujours logique. Mais cette situation oblige l'interprète à intervenir pour rechercher la véritable pensée du législateur. Les contradictions de la loi représentent, en effet, « *une chance unique de retrouver le sens perdu et enfoui des textes, qui seul rendra compte de l'unité profonde de ceux-ci, enracinée dans leur origine “inspirée”* »²⁸². La distinction entre les obligations de moyens et de résultat est ainsi la clef qui permet d'accéder au véritable esprit du Code civil et de « *rétablir la cohérence* »²⁸³ de l'œuvre législative.

25. « *On voit par-là que le passage de la doctrine française sous la bannière de l'Ecole “scientifique” n'avait aucunement entamé ses capacités exégétiques* »²⁸⁴. Car c'est bien l'Ecole scientifique qui s'exprime à travers ce raisonnement legaliste. La distinction des obligations de moyens et de résultat ne se trouvait pas dans le Code civil, dans la mesure où, en réalité, il ne semble pas y avoir de contradiction sur ce point. Les textes litigieux sont compatibles si l'on conserve leur sens traditionnel. L'article 1147 ne fait que reprendre la règle générale, exprimée dans l'article 1315, selon laquelle le demandeur doit prouver sa créance. Aussi, à peine le créancier a-t-il établi son titre que le débiteur est présumé en

rappporteur, par l'avocat général et par le commentateur : l'obligation du médecin est une « *obligation de “moyens”, non de “résultat”, selon l'heureuse formule de M. le professeur Demogue* ».

²⁷⁹ R. Demogue, *Traité des obligations*, t. V, Librairie A. Rousseau, 1923, n° 1237, p. 539.

²⁸⁰ Ph. Rémy, « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 345.

²⁸¹ Ph. Rémy, *Ibid.*

²⁸² B. Paperon, « Exégèse des textes sacrés et interprétation juridique », in *Interprétation et droit*, P. Amsselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995, p. 86.

²⁸³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 577, p. 624.

²⁸⁴ Ph. Rémy, « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *art. précit.*



« *faute* »²⁸⁵. A partir de là, ce dernier peut s'exonérer en prouvant « *la cause étrangère* »²⁸⁶ laquelle, en matière contractuelle, peut recouvrir des sens différents selon la mesure de l'obligation²⁸⁷ : il peut s'agir de la force majeure comme de l'absence de faute²⁸⁸, avec entre elles, toutes les variations possibles. Lorsqu'on raisonne ainsi, « *on ne perçoit donc pas alors d'antinomie entre les articles 1137 et 1147* »²⁸⁹.

La distinction des obligations de moyens et de résultat ne reflète pas la pensée du législateur de 1804, mais les tourments des juristes, un siècle plus tard. A l'époque, les accidents modernes sont au centre des préoccupations. On recherche activement dans les textes un moyen de favoriser l'indemnisation des victimes, quitte à se servir de tout un pan du droit qui n'a pas été écrit pour cela : le régime de l'inexécution du contrat²⁹⁰. L'article 1147 paraît, en effet, offrir un avantage probatoire à la victime qui a subi un accident au cours de l'exécution d'un contrat. Au lieu d'agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle et d'être contrainte de rapporter la preuve d'une faute, elle pourrait invoquer l'existence accidentelle de ce contrat et d'une prétendue obligation de sécurité de résultat contenue implicitement à l'intérieur²⁹¹. Le procédé est efficace : la survenance du dommage suffit à démontrer l'inexécution de l'obligation de sécurité et donc à provoquer la condamnation à dommages et intérêts, sauf, pour le débiteur, à démontrer le cas fortuit. Et dans cette conception, « *prouver le cas fortuit est évidemment autre chose que prouver la simple conduite normalement diligente* »²⁹².

²⁸⁵ « *Il est alors enseigné que la "faute contractuelle", à la différence de la faute délictuelle, est présumée et que le débiteur, pour s'exonérer, doit prouver la cause étrangère, le cas fortuit ou la force majeure : on harmonise ainsi dans les états d'âme ultérieurs, les articles 1137 et 1147* » (Ph. Rémy, *ibid.*, p. 330).

²⁸⁶ C'est « *le fait qui le libère* » (Ph. Rémy, *ibid.*, p. 326).

²⁸⁷ Le Code en fait la démonstration en envisageant les causes d'exonération propres à chaque contrat-type. « *Le code énonce ainsi, contrat-type après contrat-type, les cas dans lesquels les dommages et intérêts sont dus par le débiteur de telle ou telle obligation, ceux dans lesquels il en est exonéré, et même, à l'occasion, la façon de les mesurer* » (Ph. Rémy, *ibid.*, p. 327).

²⁸⁸ « *Les "soins du bon père de famille" serviront de standard général pour déterminer l'étendue de l'obligation de conserver la chose d'autrui (...) Mais naturellement, cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent* » (Ph. Rémy, *ibid.*, p. 329).

²⁸⁹ Ph. Rémy, *ibid.*, p. 345.

²⁹⁰ Ph. Rémy, *ibid.*, p. 337.

²⁹¹ Cass. civ. 21 nov. 1911, D.P. 1913.1.249, note Sarrut, S. 1912.1.73, note Lyon-Caen, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 276, p. 759 et s.

²⁹² Ph. Rémy, *art. précit.*, P ; 345.



La distinction des obligations de moyens et de résultat provoque ainsi un « *bouleversement des principes du Code civil* »²⁹³. Elle conduit à réorganiser le droit des obligations autour de cette « *summa divisio* »²⁹⁴. Il y aurait, d'un côté, le régime de la faute prouvée, avec les articles 1382 et 1383 en responsabilité délictuelle et l'article 1137 en droit des contrats, et de l'autre, le régime de la faute présumée, avec les articles 1384 et suivants, en responsabilité délictuelle et l'article 1147, en droit des contrats²⁹⁵. Par ce simple aménagement prétorien, le juge change ainsi l'organisation du Code et substitue à l'ordre pensé par le législateur, un ordre nouveau²⁹⁶. La distinction principale qui était autrefois celle des obligations délictuelles et contractuelles est remplacée par cette nouvelle distinction entre les obligations de moyens et de résultat – une distinction suggestive par sa simplicité, mais qui apparaîtra « *aussi inappropriée qu'irréaliste* »²⁹⁷ et qui sera singulièrement compliquée par la suite²⁹⁸. Une confusion entre le régime de l'inexécution du contrat et celui de la responsabilité délictuelle s'ensuit naturellement et l'on vit émerger une « *responsabilité contractuelle* »²⁹⁹, sur le modèle de la responsabilité délictuelle.

Le recours aux procédés exégétiques peut donc aboutir à de profonds changements. Ces procédés ne sont contraignants qu'en apparence ; il est possible d'en faire un usage beaucoup plus libre qu'on ne le penserait. Et ce que le juge peut faire en explicitant le sens de la loi, il peut y parvenir aussi en modifiant les contours de son domaine. Il procède alors par voie d'*analogie*.

²⁹³ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, coll. « Litec professionnels », 5^{ème} éd., 2010, n° 298, p. 169.

²⁹⁴ H. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations : théorie générale*, par F. Chabas, 8^{ème} éd., Montchrestien, 1991, p. 18.

²⁹⁵ « *La distinction permettait de revenir à la responsabilité délictuelle qui oppose le régime de la faute prouvée à celui de la faute présumée* » (C. Atias, *op. cit.*, n° 299, p. 169).

²⁹⁶ « *La distinction des obligations de moyens et de résultat et l'extension du domaine de la seconde qualification ont favorisé un changement fondamental de l'appréciation de l'inexécution des obligations contractuelles. Elle partait, dans l'esprit du Code civil, de la comparaison menée entre l'obligation du débiteur et son attitude, ses efforts, les difficultés rencontrées. Elle se porte désormais sur le créancier présenté comme victime des conséquences dommageables de l'inexécution d'un contrat. Le contrat et son contenu, les obligations et leur portée, passent au second plan...* » (C. Atias, *ibid.*, n° 303, p. 170).

²⁹⁷ C. Atias, *op. cit.*, n° 306, p. 171. Sur les inconvénients de la distinction, v. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2002-2003, n° 3209 et s.

²⁹⁸ Au sein des deux espèces d'obligations, il y a place pour des « *catégories intermédiaires* »²⁹⁸. L'obligation de résultat, peut être « *allégée* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 409, p. 292) ou « *atténuée* » (Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et Mekki, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 630, p. 499, A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat-Droit privé », 11^{ème} éd., 2007, n° 409, p. 292) ou au contraire, « *aggravée* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *ibid.*). Et, de même, l'obligation de moyens peut être « *allégée* » ou au contraire « *renforcée* » ou « *aggravée* » (Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, 2002-2003, n° 3238). La *summa divisio* s'est donc peu à peu transformée en une « *quadrilogie* » (A. Bénabent, *ibid.*), extrêmement sophistiquée.

²⁹⁹ Ph. Rémy, *Ibid.*



Section 2^{nde}

L'analogie prétorienne

26. L'analogie³⁰⁰ est un autre mode traditionnel d'interprétation. Elle paraît, au premier abord, accorder une certaine liberté au juge, puisqu'il est question d'étendre les textes existants à des hypothèses semblables à celles qui ont été envisagées³⁰¹. Mais cette liberté est extrêmement encadrée : une simple similitude ne suffit pas³⁰². L'analogie n'est justifiée qu'en l'absence d'une disposition expresse³⁰³ et seulement s'il existe la même raison d'appliquer la loi dans le cas nouveau³⁰⁴. L'analogie n'est donc pas, en théorie, une source de créativité pour le juge : c'est un mécanisme purement « *logique* »³⁰⁵ qui permet de restituer à la loi tout le domaine qu'elle prétend régir³⁰⁶.

Mais, à nouveau, les tribunaux ont démontré que le procédé possédait d'autres ressources. Lorsque l'analogie est utilisée en dehors des conditions prévues, elle peut aboutir à une véritable déformation de la loi. La jurisprudence obtient ainsi « *d'une manière indirecte, jusqu'à l'équivalent de dispositions qu'elle n'aurait pas le pouvoir de suppléer*

³⁰⁰ Il sera envisagé, à travers le terme d'analogie, toutes les variantes de l'interprétation extensive, dont l'assimilation (v. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 244).

³⁰¹ D'une ressemblance au niveau des faits, sera déduite une ressemblance au niveau du droit (*Ibid.*). V. aussi, J.-L. Bergel, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », in *Analogie et méthodologie juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n° 10, RRJ 1995-4, p. 1079). Il serait, en effet, injuste et illogique de soumettre deux hypothèses semblables à un traitement différent. C'est une « *règle de justice* », soutient Monsieur Perelman, que « *les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* » (« De la justice », in *Justice et raison*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1970, p. 20). En cela, l'analogie est garante de « *l'universalité et de la cohérence du régime légal* » (A.-J. Arnaud (Dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., éd. LGDJ).

³⁰² « *Comparaison n'est pas raison* », rappelait le Doyen Carbonnier (*Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., vol. 1, n° 156, p. 300).

³⁰³ L'hypothèse nouvelle ne doit être régie par aucun texte (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 244).

³⁰⁴ Le Doyen Cornu a rassemblé tous les aspects du raisonnement autour de l'identité de raison : « *identité de raison de la règle* » (la raison d'être de la règle est identique sur le plan matériel et intellectuel), « *identité de raison pratique* » (la situation de fait non prévue est semblable à celle régie par la loi) et « *identité de raison intellectuelle* » (l'intention du législateur et l'objectif général de la loi doivent se retrouver dans les deux cas). (G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in Mél. Colomer, Litec, 1993, p. 129). Le même motif d'appliquer la règle doit se retrouver dans les deux cas. L'extension ne doit être ni « *intuitive* » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., vol. 1, n° 156, p. 300), ni « *subjective* », ni « *fictive* » (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 244).

³⁰⁵ L'analogie est un procédé logique fondé sur la cohérence du droit. Il s'agit même, à l'origine, d'un procédé mathématique exprimant une identité quantitative (F. Martineau, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Dalloz, coll. « Praxis », 5^{ème} éd., 2012, n° 14-51, p. 135).

³⁰⁶ En cela, elle est une autre manifestation du « *fétichisme de la loi écrite et codifiée* » que le Doyen Génay critiquait (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, op. cit., n° 35, p. 70).



directement »³⁰⁷. S'il n'y a pas de d'identité entre les deux situations, l'analogie entraîne une déformation du *principe légal* élargi (§I), et s'il existait une disposition applicable, elle altère l'*œuvre législative* dans son ensemble (§II).

§ I. La déformation d'un principe légal

27. Le juge déforme un *principe* lorsqu'il en étend l'application, non pas à une hypothèse semblable, mais à une hypothèse différente. La différence peut se situer au niveau des faits, l'hypothèse nouvelle ayant ses caractéristiques propres et ne ressemblant que de manière lointaine à l'hypothèse légale. La condition d'« *identité de situation* »³⁰⁸ fait ainsi défaut et l'extension est *forcée* (A). Et la différence peut se situer au niveau du droit : l'hypothèse nouvelle se rapproche sans doute de l'hypothèse légale mais la raison de la loi ne s'y retrouve pas, et parfois, s'oppose même à toute extension. C'est alors l'« *identité de raison* »³⁰⁹ qui est absente et l'analogie paraît *prohibée* (B).

A. L'analogie forcée

28. L'analogie est *forcée* lorsqu'un principe est appliqué non pas à une hypothèse voisine, mais à une hypothèse lointaine. Celle-ci présente des différences substantielles avec l'hypothèse légale. Il y a donc absence d'« *identité de situation* », ce qui fait présumer le défaut d'« *identité de raison* » : en effet, si les mêmes causes entraînent les mêmes conséquences³¹⁰, des causes différentes doivent emporter des conséquences différentes. Une telle analogie n'est donc pas naturelle ; elle est relativement artificielle. Le principe légal est appliqué à une situation qu'il n'était pas destiné à régir, manifestant ainsi la créativité de l'interprète.

³⁰⁷ E-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, op. cit., p. 25. Comp. en droit public, Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, th. Paris II, 1971, LGDJ, 1972, p. 61.

³⁰⁸ Ou « *identité de raison pratique* », selon la terminologie du Doyen Cornu (« Le règne discret de l'analogie », art. précit.).

³⁰⁹ Ou « *identité de raison intellectuelle* » selon la terminologie du Doyen Cornu (*ibid.*).

³¹⁰ L'analogie implique « *entre les règles existantes une "raison commune" en conformité avec l'adage, Ubi eadem ratio, idem jus* » ; les mêmes causes ont les mêmes effets (A.-J. Arnaud (Dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit.).



29. On trouve un exemple d'analogie forcée au sujet du contrat d'association. Dans l'affaire du 3 mai 2006³¹¹, la question portait sur un point précis auquel la loi n'apporte aucune réponse : le Président d'une association peut-il prendre certaines mesures afin de préserver les intérêts du groupement dans une situation d'urgence ? La loi de 1901 se contente de renvoyer aux statuts de l'association, qui n'avaient rien prévu en l'espèce. La Cour de cassation déclare alors que « *dans le silence des textes et des statuts relatifs au fonctionnement d'une association* », il convient d'appliquer le droit des sociétés. Les « *dispositions du Code civil et, à défaut du Code de commerce, régissant les sociétés présentent une vocation subsidiaire d'application* ».

Aux termes de l'arrêt, le juge ne fait guère preuve de créativité. Il ne procède qu'à une « *extension par analogie* »³¹², qui paraît rassembler toutes les conditions requises. Dans le raisonnement judiciaire, il y a bien, tout d'abord, une lacune de la loi. Le juge annonce être face au « *silence des textes* » : aucune règle existante ne s'applique à la présente situation puisque le Code civil n'a pas envisagé le contrat d'association³¹³ et que la loi de 1901 ne contient aucune solution sur ce point. C'est ce silence législatif, doublé d'un silence du contrat, qui l'autorise à apporter un aménagement prétorien³¹⁴.

Ensuite, la condition d'identité de situation paraît bien remplie. Le contrat d'association ressemble, en effet, au contrat de société. Comme lui, il a la particularité d'être un groupement, on dit aussi un « *contrat-organisation* »³¹⁵ : il vise à organiser l'activité de plusieurs personnes³¹⁶ qui mettent ensemble des biens ou des services pour réaliser un objectif commun, d'où la mise en place d'une personne morale qui vient personnifier l'entreprise collective³¹⁷. De prime abord, étendre le droit des sociétés à l'association semble donc naturel : il s'agit ni plus ni moins que d'étendre ce qui a été prévu pour un contrat-

³¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, D. 2006.2037, note K. Rodriguez, JCP E. 2006, 2675, note F.-X. Lucas, RTD com. 2006.619, obs. Groslande, Rev. sociétés 2006.855, obs. D. Randoux, LPA 27 juill. 2007, 13, note Ph. Shultz, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, *op. cit.* n° 290, p. 821 et s.

³¹² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2., n° 290, p. 823.

³¹³ Les rédacteurs du Code civil, qui ont agi à une époque où l'on se méfiait des corporations, ont « *ignoré* » le contrat d'association (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *ibid.*, p. 822).

³¹⁴ Dans la mesure où l'article 4 du Code civil le contraint à juger même lorsque les textes sont silencieux, le juge « *aurait reçu "délégation" de la part du législateur de combler les lacunes de la loi* » (Préface M. Villey à S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*).

³¹⁵ Association et société ne visent pas, comme la plupart des contrats, à effectuer un échange de biens ou de services, mais à réaliser une « *agrégation de biens et de services* » (P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », in Mél. F. Terré, 1999, p. 635).

³¹⁶ Sauf à raisonner à partir de la société unipersonnelle, qui reste tout de même l'exception.

³¹⁷ C'est « *souvent* » le cas (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 78, p. 103).



organisation à un autre contrat de cette catégorie. Il paraît « *logique* », que le juge « *aille puiser un fondement juridique dans le corpus normatif lui semblant le plus proche, le droit des sociétés* »³¹⁸.

Enfin, il semble bien y avoir identité de raison, puisque le droit des sociétés aurait une « *vocation subsidiaire d'application* ». Le législateur aurait attribué à ce droit spécial, en plus de son rôle principal en matière de sociétés, un rôle supplétif pour les autres cas de groupements³¹⁹. Autrement dit, la raison de chacune des règles qui composent le droit des sociétés, leurs motifs et leurs objectifs, se retrouverait forcément pour les autres cas de groupements et notamment, en matière d'association. La troisième condition étant ainsi remplie, le juge en conclut que l'analogie est naturelle : elle s'impose d'elle-même et logiquement aux autres groupements, sans qu'il y ait besoin pour cela d'un véritable effort créatif.

30. L'analogie est pourtant beaucoup évidente qu'elle ne paraît. Si la première condition est bien remplie, la présence des deux autres est beaucoup plus contestable. Y a-t-il, d'abord, une véritable identité de situation ? L'association et la société ont, entre elles, d'importantes différences. Dans la classification des personnes morales, elles « *se situent à l'opposé l'une de l'autre : l'une étant un groupement souple et à but désintéressé, l'autre, un groupement contraignant et à but lucratif* »³²⁰. Ces différences, et surtout l'aspect désintéressé, ne sont pas des caractéristiques accidentelles : elles font partie de la nature même de l'association. Le raisonnement analogique conduit donc à appliquer un principe, non pas à une hypothèse voisine, mais bien à une hypothèse lointaine.

Cette différence de situation entraîne une différence de raison. Les caractéristiques propres de chacun des contrats se reflètent dans les règles applicables. « *Droit des sociétés et droit des associations constituent tous deux des sous-ensembles aux caractéristiques spécifiques et aux données particulières (notamment celles relatives à la participation des bénéficiaires)* »³²¹. Le droit des sociétés ne peut donc avoir, de manière générale, une « *vocation subsidiaire d'application* », puisque un grand nombre de ses règles, comme celles relatives à la

³¹⁸ L. Grosclaude, « Application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », RTD com. 2006, p. 619.

³¹⁹ Subsidiaire signifie, en effet, « *qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance ou de consolation) pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut...* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*).

³²⁰ K. Rodriguez, *note précit.* D. 2006, 2037.

³²¹ D. Randoux, « L'application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », Rev. Sociétés 2006, p. 855.



participation des bénéficiaires, sont marquées par la nature du contrat de société et n'ont aucune raison d'être mise en œuvre pour les groupements à but désintéressé comme l'association. Quant à la question de savoir si, dans l'espèce du 3 mai 2006, le principe particulier qui était étendu, relatif aux pouvoirs du président, avait la même raison de s'appliquer en matière d'association, le juge n'y répond pas³²².

L'analogie paraît donc forcée, « *déformante* »³²³. Elle cache une démarche beaucoup plus créative qu'on ne le penserait au premier abord. Le droit des sociétés n'est, en effet, qu'un droit spécial prévu pour une hypothèse particulière, et non un droit commun à vocation générale. Or, seul un droit commun peut avoir une « *vocation subsidiaire d'application* » - en l'espèce, le droit commun des contrats³²⁴ ou un hypothétique droit commun des personnes morales³²⁵. Dire qu'un droit spécial remplit ce rôle, c'est lui accorder une supériorité hiérarchique qu'il ne possède pas³²⁶, et élargir son domaine à toutes les hypothèses lointaines, en négligeant leurs caractéristiques essentielles, au motif qu'elles partageraient avec l'hypothèse légale un critère générique : ce sont des groupements.

L'analogie forcée conduit ainsi à étendre un principe à une hypothèse sensiblement différente de celle envisagée par la loi. Lorsque la différence se situe moins au niveau des faits qu'au

³²² Pourtant, il aurait été possible, sur ce point, de justifier d'une identité de raison. Le droit des sociétés (article L. 225-56 c. com.) accorde au président « *les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ». C'est l'intérêt supérieur du groupement qui justifie cette disposition. En matière d'association, la solution de l'arrêt du 3 mai 2006 était motivée par la même préoccupation : l'intérêt du groupement, notamment au regard de la situation d'urgence et de péril. Un commentateur le fait remarquer : c'est l'« *impérieuse nécessité de réagir face à une situation urgente qui menace le groupement* » qui semble avoir déterminé les juges, même si cette considération n'apparaît pas clairement dans la motivation adoptée (K. Rodriguez, *note précit.* 2006, 2037).

³²³ *Ibid.*

³²⁴ C'est d'ailleurs le principe admis par la loi du 1^{er} juillet 1901 et reconnu par la jurisprudence (*ibid.*). En réalité, une partie de la doctrine a proposé de faire remplir ce rôle au droit des sociétés, en y voyant un « *droit commun des groupements* » (V. not. M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in Mél. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 195, D. Randoux, « Vers un droit commun des groupements », JCP 1966.I.3982, n° 5).

³²⁵ Les projets de réforme paraissent en ce sens. Reprenant l'article 1116-3 du Projet Catala, l'article 68 du projet actuel de réforme pose les bases d'un droit commun des personnes morales.

³²⁶ Le droit des sociétés « *serait donc élevé à la dignité de corpus de normes générales* » D. Randoux, « L'application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », *art. précit.* En effet, la subsidiarité place « *le droit des sociétés et celui des associations dans un rapport de hiérarchie que rien ne valide au plan de nos principes juridiques* » (L. Grosclaude, « Application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », *art. précit.*). V. aussi J. Mestre et B. Fages, « La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et les points d'équilibre d'un contrat institution », RTD civ. 2007, p. 347 : « *La vocation subsidiaire d'application des dispositions relatives aux sociétés ne saurait évidemment tromper. D'une certaine façon, l'association est aussi une entreprise qu'il faut gérer, faire avancer, sortir des crises qui peuvent l'affecter. Mais n'est-ce pas également le lot de bien des contrats que d'être ainsi judiciairement protégés, au-delà des conflits de personnes qui peuvent en compromettre la sereine exécution ?* »



niveau du droit et que la raison de la loi s'oppose à toute extension, l'analogie apparaît alors *prohibée*.

B. L'analogie prohibée

31. L'analogie est *prohibée*, lorsqu'elle n'est pas seulement forcée ; elle paraît exclue. C'est nécessairement le cas lorsque le texte concerné est soumis à une interprétation stricte en raison de sa nature particulière. Il s'agit, par exemple, d'un texte de droit pénal ou d'une règle exceptionnelle. Dès lors, l'extension de ce texte, et ce, même à une situation relativement proche, est normalement interdite. Elle conduirait à déformer la loi, à méconnaître sa nature, et partant, sa *ratio legis*.

32. La stipulation pour autrui a pourtant fait l'objet d'une telle extension. Dans la loi, cette opération originale, qui permet à deux personnes de conclure un contrat en faveur d'une troisième, est soumise à une condition. Aux termes de l'article 1121 du Code civil, il faut qu'elle s'ajoute à « *une stipulation que l'on fait pour soi-même* »³²⁷. Par un arrêt du 16 janvier 1888³²⁸, la Cour de cassation a déclaré que cette condition impliquait que le stipulant eût un intérêt personnel à l'opération, lequel pouvait être seulement « *moral* ». Elle validait ainsi le contrat d'assurance-vie³²⁹, au motif que l'assuré y retirait un « *profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées* » et que ce type de profit suffisait « *pour constituer un intérêt personnel dans le contrat* ».

A priori, le juge fait une simple « *interprétation extensive* »³³⁰ : il étend la stipulation pour autrui à une hypothèse nouvelle, l'assurance-vie, qui présente une ressemblance suffisante avec le schéma légal. Pour cela, il élargit la condition de « *stipulation pour soi-même* ». Stipuler pour soi-même, soutient le juge, cela ne veut pas nécessairement dire contracter un engagement à son profit, mais plus généralement, avoir un « *intérêt personnel* » à l'opération. Et peu importe la nature de cet intérêt : il peut être matériel, comme la loi le laisse entendre,

³²⁷ L'article 1121 envisage également une autre possibilité, si la stipulation pour autrui s'ajoute à « *une donation que l'on fait à un autre* ».

³²⁸ Cass. civ. 16 janv. 1888, D.P. 1888.1.77, S. 1888.1.121, note T.-C., H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.* Tome 2. n° 171, p. 222 et s.

³²⁹ Avant qu'il n'ait été régi par la loi du 13 juillet 1930.

³³⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 516, p. 575.



mais il peut être aussi simplement « *moral* »³³¹. Il n'en est pas moins réel : dans un contrat d'assurance-vie, le stipulant retire un véritable « *intérêt d'affection* »³³² puisqu'il accomplit un acte généreux envers une personne proche, qui, grâce à sa bonne action, va recevoir des « *avantages* ».

Pour le juge, l'interprétation extensive est donc justifiée : il y a une ressemblance suffisante entre les situations pour considérer que l'assurance-vie « *correspond au schéma de la stipulation pour autrui* »³³³. Dans les deux cas, le stipulant a un intérêt personnel à l'opération, qu'il s'agisse d'un intérêt matériel, comme le suggère la condition de « *stipulation pour soi-même* », ou d'un simple intérêt moral, comme c'est le cas en matière d'assurance-vie. La raison de la loi semble ainsi respectée : en posant cette condition, le législateur a seulement cherché à impliquer le stipulant dans l'opération, afin qu'elle ne se réalise pas exclusivement dans l'intérêt du tiers. A partir de là, la nature du profit qu'il en retire n'a guère d'importance, pourvu qu'il existe de manière réelle.

33. En réalité, le juge va pourtant au-delà d'une simple analogie. Il déforme la loi interprétée. Car il s'agit précisément d'une *exception*. Dans le Code civil, la stipulation pour autrui n'a qu'une valeur exceptionnelle. En général, les parties ne peuvent mêler les tiers à leur contrat – c'est l'article 1165 du Code civil et le principe cardinal d'effet relatif des conventions³³⁴. L'article 1119 s'en fait l'écho : « *on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ». Par conséquent, la stipulation pour autrui est normalement interdite. Elle ne reste valable que par exception et dans le cadre strict de l'article 1121 du Code civil.

Cette donnée réduit immédiatement la liberté de l'interprète, car les exceptions sont d'interprétation stricte³³⁵. L'article 1121 du Code civil ne peut donc être compris largement. Au contraire, sa « *condition particulière* »³³⁶ doit être entendue littéralement. La « *stipulation pour soi-même* » doit être cantonnée uniquement à l'hypothèse où le stipulant contracte un

³³¹ On « *admettra alors qu'il suffit d'un intérêt quelconque, même d'un simple intérêt moral* » (*ibid.*, p. 533).

³³² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2. n° 171, p. 224.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Article 1165 c. civ. : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Elles ne nuisent point aux tiers et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

³³⁵ « *Exceptio est strictissimae interpretationis* » dit l'adage latin. Ceci pour cette raison évidente qu'« *une exception entendue trop largement prendrait la place de la règle de principe* » (F. Martineau, *op. cit.*, n° 23-74, p. 197).

³³⁶ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op. cit.*, n° 115, p. 68.



engagement à son profit. On respecte ainsi la raison de la loi et la nature exceptionnelle de la stipulation pour autrui. On observe également le principe d'effet relatif des conventions : si l'on stipule pour autrui seulement après l'avoir fait pour soi-même, on ne fait qu'ajouter un contrat accessoire à un contrat principal déjà existant. L'opération n'est pas centrée sur le tiers ; elle est en équilibre entre les trois parties.

L'analogie ne vise donc pas à restituer à la loi son domaine naturel. Elle conduit, au contraire, à déformer l'exception qui se met à « déborder »³³⁷ de son cadre strict. La condition légale qui maintenait la stipulation pour autrui dans d'étroites limites est élargie au point d'être vidée « de tout contenu »³³⁸. En effet, substituer à la formule technique et précise de « stipulation pour soi-même » la notion floue et évasive d' « intérêt personnel », c'est, en fin de compte, supprimer l'exigence légale. La notion d' « intérêt » désigne de manière extrêmement générale, tout « ce qui importe »³³⁹. Dans ces conditions, il est certain que le stipulant a systématiquement un intérêt à l'opération, sans quoi il n'en aurait pas eu l'initiative - « sauf insanité d'esprit, il en est toujours ainsi »³⁴⁰. Ce qui signifie que, sous par une jurisprudence « prétorienne »³⁴¹, l'exception a renversé le principe : désormais, la stipulation pour autrui est valable de manière générale³⁴². La stipulation pour autrui offre ainsi l' « un des exemples les plus caractéristiques de la transformation du droit et du rôle joué par la jurisprudence dans cette transformation »³⁴³.

La stipulation pour autrui a encore fait l'objet d'extensions de ce genre, certaines allant même jusqu'à être *fictives* ³⁴⁴. Dans les années 1930³⁴⁵, pour des raisons liées à l'indemnisation des victimes, la jurisprudence a prétendu trouver des « stipulations pour autrui artificielles »³⁴⁶ dans les contrats de transport. Le voyageur aurait stipulé non seulement à son profit mais

³³⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 809, p. 411.

³³⁸ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 252, p. 200.

³³⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

³⁴⁰ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 483, p. 370.

³⁴¹ *Ibid.*, n° 484, p. 370.

³⁴² « Le prétendu principe énoncé dans l'article 1119 c. civ. n'est plus vrai ; l'affirmation de principe de la validité des stipulations pour autrui correspondrait mieux à l'état de notre droit positif » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 516, p. 534).

³⁴³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 511, p. 572.

³⁴⁴ La différence entre les situations est telle que le juge a recours à une fiction, une proposition fautive qui contredit la réalité. Sur les fictions, v. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 73 et s., J. Dabin, *La technique d'élaboration du droit positif, Bruxelles*, Bruylant et Librairie Recueil Sirey, 1935, p. 275 et s.

³⁴⁵ V. not. Cass.civ. 6 déc. 1932, D.P. 1933.1.137, note Josserand, S. 1934.1.81, note Esmein, 24 mai 1933, civ. 2^{ème} sect. 23 janv. 1959, D. 1959.281, note Rodière, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 277-279, p. 766 et s.

³⁴⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 811, p. 413. Monsieur Dabin évoque une « *soi-disant stipulation pour autrui d'indemnisation* » (*op. cit.* p. 336).



encore à l'avantage de ses proches, pour le cas où il subirait un accident mortel au cours du voyage. Dans ce cas, l'extension est complètement déformante : la stipulation pour autrui n'est pas seulement étendue à la situation où le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire, mais bien à celle où il n'y a, en réalité, aucune stipulation pour autrui. « *L'artifice est patent* »³⁴⁷.

L'extension des textes existants permet donc de déformer les principes, parfois jusqu'à les renverser. Et cette *déformation* prend une dimension supplémentaire dès lors qu'elle se répercute sur le *droit* tout entier.

§ II. La déformation de l'œuvre législative

34. L'analogie aboutit à une déformation de la législation lorsqu'elle se répercute sur l'équilibre des autres principes. Le juge élargit un principe aux dépens d'un autre qui avait vocation à s'appliquer. L'analogie prend alors la forme d'une assimilation³⁴⁸ : le juge rattache l'hypothèse nouvelle à un principe existant qui paraît pouvoir la recouvrir. Or, l'hypothèse est déjà régie par un texte spécial, taillé sur mesure en fonction de ses caractères propres. Il n'y a donc aucune lacune législative et il ne devrait pas y avoir lieu à interprétation extensive, puisque celle-ci suppose « *l'absence de règle* »³⁴⁹ applicable.

En rattachant cette hypothèse à un principe potentiellement valable, le juge écarte donc le principe réellement applicable, de sorte que l'interprétation extensive a un effet *dérogame* (A). Et si la dérogation est d'ordre général et que le principe écarté se trouve soudain privé de toute utilité, l'effet est alors *abrogatoire* (B).

³⁴⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*

³⁴⁸ L'assimilation est un procédé d'interprétation extensive consistant à « *rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences, afin de soumettre en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*). Elle est parfois entendue comme opérant un rapprochement seulement superficiel et ponctuel. Les deux termes qu'elle rassemble présentent une différence radicale, dont le juge va faire abstraction, mais seulement dans le cas d'espèce, en raison de circonstances particulières. « *Il s'agit d'une exception, plutôt que d'une extension* » (S. Niquège, « Le Conseil d'Etat et la technique de l'assimilation », RFDA 2009. 929). Mais ce n'est pas en ce sens qu'elle est entendue ici, où les cas envisagés concernent des rapprochements généraux et durables. Sur l'assimilation comme technique, v. not. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 232, p. 244.

³⁴⁹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 232, p. 249 et *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 244.



A. L'analogie dérogatoire

35. L'extension est *dérogatoire*, lorsque le juge élargit un principe afin d'en écarter un autre, normalement applicable. Schématiquement, la situation se présente ainsi : l'hypothèse à laquelle le juge est confronté est traditionnellement régie par un principe *A*. Mais l'application de ce principe aboutit à une solution contestable. Le juge, qui ne peut abroger le principe *A*, décide alors d'élargir parallèlement un principe *B*, pour y inclure l'hypothèse litigieuse et la faire échapper au traitement normal. L'interprétation extensive apparaît ainsi comme un moyen de déroger au droit applicable : l'élargissement du principe *B* ne sert, en définitive, qu'à écarter le principe *A*.

Pour justifier le rattachement de l'hypothèse litigieuse au principe *B*, le juge procède par assimilation : il la présente comme constituant l'une des expressions particulières du principe *B*. L'hypothèse litigieuse serait donc une espèce du genre constitué par le principe *B*. Une telle requalification, fondée sur des considérations apparemment logiques, a pourtant un objectif dérogatoire. Il s'agit, ainsi qu'il a été indiqué, de changer le principe applicable pour modifier le régime juridique de la situation litigieuse : les conditions ou les effets du principe *A* sont écartés au profit de celles ou ceux du principe *B*.

36. L'hypothèse du vil prix permet de rendre la démonstration plus concrète. Cette hypothèse est traditionnellement réglée par le droit de la vente. Aux termes de l'article 1591, le prix constitue, en effet, un élément essentiel du contrat de vente³⁵⁰. Si le prix est inexistant ou s'il est si faible qu'il est qualifié de « vil », la vente encourt la nullité pour absence de l'un de ses éléments essentiels³⁵¹. Dans l'arrêt du 23 septembre 2011³⁵², la Cour de cassation rattache toutefois l'hypothèse du vil prix à un autre texte, relevant, cette-fois, du droit

³⁵⁰ Article 1591 c. civ. : « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ».

³⁵¹ Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 23 octobre 2007, consacrant une jurisprudence constante, affirme ainsi que « *la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue* » (D. 2008, 954, note G. Chantepie, JCP 2008.II.10024, obs. N. Roget, Defrénois 2007, 1729, obs. R. Libchaber, RDC 2008, 234, note T. Genicon, CCC 2008, comm. n° 65, note L. Leveneur, AJDI 2008, p. 795, obs. F. Cohet-Cordey). V. précédemment, Cass. civ. 1^{ère}, 10 fév. 1993, Defrénois 1993, n° 22, p. 1375, obs. Aubert, Cass. com. 30 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984, II, p. 675, Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1981, n° 80-14.741, *Bull. Civ.*, I, n° 301 ; Cass. sect. civ. 4 août 1952, S. 1953.1.20.

³⁵² Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 ; LPA, 06 déc. 2011, n° 242, p. 15, note D. Sindres, *L'Essentiel, Droit des contrats*, 1^{er} nov. 2011, n° 10, p. 6, obs. M. Latina, *L'Essentiel, Droit de l'immobilier été urbanisme*, 1^{er} nov. 2011, n° 10, p. 7, obs. B. Vial-Pedroletti, D. Houtcieff, Gaz. Pal., n° 307, 3 nov. 2011).



commun des contrats. Le contrat conclu « *pour un prix dérisoire ou vil* », déclare-t-elle, est « *nul pour défaut de cause* ».

La Cour de cassation procède donc par voie d'assimilation. Elle intègre l'hypothèse du vil prix dans le défaut de cause, en établissant entre eux un rapport de genre à espèce : le « vil prix » ne serait qu'une espèce du genre « absence de cause »³⁵³. Au premier abord, le raisonnement paraît logique : si la vente n'a pas de prix, cela signifie nécessairement qu'elle n'a pas de cause³⁵⁴. Le vendeur ne recevant, en effet, aucune contrepartie réelle, son obligation n'est pas causée. Le prix doit donc être envisagé à un niveau plus général : au-delà du fait qu'il est un élément essentiel du contrat spécial de vente, il est avant tout l'une des expressions d'un élément essentiel à tous les contrats, peu importe leur nature : la cause³⁵⁵.

Dès lors, dans le raisonnement judiciaire, il n'y aurait pas lieu de se fonder sur le droit de la vente, puisqu'il existe manifestement un texte de droit commun qui exprime le principe. Et l'on ne saurait opposer la maxime d'interprétation selon laquelle la règle spéciale déroge à la règle générale³⁵⁶. La règle spéciale ne contiendrait, en effet, aucune prescription spécifique³⁵⁷ : la sanction prévue est la nullité du contrat, comme en matière d'absence de cause. La règle applicable au vil prix ne serait donc qu'une règle redondante, qui ferait écho à l'exigence générale du droit commun. En somme, le vil prix n'existerait pas en dehors du défaut de cause.

37. Cette présentation des choses n'est pas tout à fait exacte. Si le vil prix était auparavant rattaché au droit de la vente, c'est précisément parce qu'il était soumis à un traitement spécifique³⁵⁸. Certes, la sanction prévue était aussi la nullité, mais d'une autre nature – une

³⁵³ Le vil prix n'est pas autre chose qu'un « *cas particulier* » du défaut de cause (M. Latina, *note précit.*).

³⁵⁴ La doctrine fait remarquer que « *le vil prix peut également être envisagé sous l'angle des conditions générales de formation du contrat* » (N. Roget, *obs. précit.*) Il correspond alors à l'hypothèse de l'absence de cause. Autrement dit, si le contrat est nul, c'est sans doute parce qu'il lui manque l'un des éléments essentiels de la vente – le prix-, mais c'est surtout, parce qu'il est privé de l'un des éléments essentiels à tous les contrats : la cause (F. Cohet-Cordey, *obs. précit.*).

³⁵⁵ La raison pour laquelle le vil prix entraîne la nullité du contrat ne doit donc pas être recherchée dans le droit de la vente ; elle « *se trouve dans la théorie de la cause* » (Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2012, n° 212).

³⁵⁶ Sur cette maxime d'interprétation, v. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 191.

³⁵⁷ Les « *lois spéciales édictent des règles particulières à une série de cas déterminés relevant par ailleurs de la loi générale* ». Elles « *dérogent à la loi générale et lui font exception* » (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 191).

³⁵⁸ Toute l'utilité du recours au droit spécial de la vente consistait précisément à justifier la différence de nature de la nullité prononcée pour vileté du prix, par rapport à celle prononcée pour absence de cause, en en faisant une « *cause de nullité propre à la vente* » (N. Roget, *obs. précit.*).



nullité *absolue*³⁵⁹. Or, à partir du moment où le vil prix n'est plus qu'un défaut de cause, la nullité encourue change de nature : elle devient *relative*³⁶⁰. Et la différence entre les deux types de nullité n'est pas anodine : elle se répercute sur leur régime juridique. Nullité relative et nullité absolue n'obéissent pas aux mêmes règles et présentent des différences à bien des égards : au point de vue des titulaires de l'action, de la possibilité de confirmation du contrat ou encore du délai de prescription³⁶¹.

Ce qui révèle la véritable fonction de l'assimilation : il s'agit de *déroger* au régime juridique applicable. En incluant l'hypothèse du vil prix dans le défaut de cause, le juge écarte les solutions consacrées sur le fondement du droit de la vente, et applique celles adoptées sur le fondement du droit commun. Dans l'arrêt du 21 septembre 2011, la Cour de cassation a opté pour une nullité relative afin de raccourcir le délai de prescription : de cette manière, elle pouvait prononcer l'irrecevabilité de l'action en nullité d'un contractant dont la mauvaise foi paraissait évidente³⁶².

L'extension d'un principe peut donc avoir une fonction dérogatoire. On repère d'autres usages de ce procédé³⁶³. Le juge procède notamment de cette façon en matière d'erreur sur la cause. Habituellement, on rattache l'erreur sur la cause à la notion générale d'« *erreur* », dont elle ne paraît être qu'une espèce particulière. Mais lorsque le juge entend déroger au régime juridique de l'erreur, il profite de l'ambivalence de cette notion, pour la rattacher au défaut de

³⁵⁹ L'arrêt précité du 23 octobre 2007 affirme ainsi que « *la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue* ».

³⁶⁰ Conformément à la théorie moderne des nullités, l'absence de cause vise, en effet, à sauvegarder un intérêt privé (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 357, p. 378. Cass. civ. 1^{ère} 9 nov. 1999, Defrénois 2000.250, obs. Aubert, D. 2000.507, note Cristau ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2006, *Bull. civ. III*, n° 88, p. 73, D. 2007.477, note Ghestin ; JCP 2006.I.153, n° 7, obs. Constantin).

³⁶¹ A l'origine, nullité absolue et nullité relative présentaient une différence importante du point de vue du délai de prescription : trente ans pour une action en nullité absolue et seulement cinq ans pour une action en nullité relative. Depuis la réforme du 17 juin 2008, les délais de prescription ont été unifiés : il est de cinq ans dans les deux cas, même si quelques légères différences subsistent.

³⁶² Celui-ci prenait prétexte de la vileté du prix pour se libérer d'un contrat devenu déplaisant pour d'autres raisons. Si la nullité était qualifiée d'absolue, il jouissait de l'ancien délai de prescription trentenaire ce qui le rendait recevable à agir, le contrat n'ayant été conclu que dix ans auparavant. En revanche, si les juges requalifiaient en nullité relative, ils pouvaient déclarer la demande prescrite, puiser le demandeur à l'action, ne bénéficie, dans ce cas, que d'un délai de cinq ans. V. not. D. Houtcieff, *note précit.*

³⁶³ L'absence de cause a encore servi de biais pour déroger à l'article 1975 du Code civil en matière de rente viagère. Alors que ce texte semble empêcher le juge d'annuler un contrat de rente viagère pour défaut d'aléa lorsque le créancier meurt au-delà de vingt jours après la conclusion du contrat, la Cour de cassation a emboîté le défaut d'aléa dans l'absence de cause, pour prononcer la nullité sur le fondement du droit commun (Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1977, obs. Aubert, *Defrénois* 1977, art. 31582, n° 111, p. 1597). Le juge s'efforça donc de réduire le champ d'application de la loi spéciale, en élargissant simultanément le domaine d'un autre principe appartenant au droit commun : il tenta d'écarter habilement l'article 1975 « *en se fondant sur la théorie de la cause* » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 995).



cause. Autrement dit, l'erreur sur la cause cesse tout-à-coup d'être une espèce du genre « *erreur* » pour devenir une espèce du genre « *défaut de cause* »³⁶⁴. Ce faisant, le juge peut déroger aux conditions normalement requises pour l'erreur, et notamment son caractère excusable. Ainsi, la Cour de cassation a pu déclarer dans un arrêt du 10 mai 1995³⁶⁵, que « *l'erreur sur l'existence de la cause, fût-elle inexcusable, justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause* ».

L'absence de cause a encore servi de biais pour déroger à l'article 1975 du Code civil en matière de rente viagère. Alors que ce texte empêche le juge d'annuler un contrat de rente viagère pour défaut d'aléa lorsque le créancier meurt au-delà de vingt jours après la conclusion du contrat, la Cour de cassation a emboîté le défaut d'aléa dans l'absence de cause, pour prononcer la nullité du contrat sur le fondement du droit commun³⁶⁶. Le juge s'efforçait ainsi de réduire le champ d'application de la loi spéciale, jugée dépassée au regard des progrès de la médecine³⁶⁷, en élargissant simultanément le domaine d'un autre principe appartenant au droit commun : il écartait habilement l'article 1975 « *en se fondant sur la théorie de la cause* »³⁶⁸.

Lorsque la dérogation recherchée est complète et systématique, le potentiel normatif de l'interprétation extensive se révèle dans toute sa puissance : il s'agit alors d'une analogie « *abrogatoire* ».

B. L'analogie « abrogatoire »

38. L'interprétation extensive a un effet « *abrogatoire* », lorsque le principe écarté perd toute utilité. Pour reprendre le schéma précédent, le principe *A* avait été conçu pour une hypothèse particulière. En dehors de cette hypothèse, il n'avait aucun rôle à remplir. Lorsque le juge étend le principe *B* pour y intégrer l'hypothèse particulière, il retire donc au principe *A* son entier domaine d'application. Le principe *A* est écarté de manière générale ; il est comme supprimé. Le principe demeure sans doute en place, puisque le juge n'a pas le pouvoir de

³⁶⁴ L'erreur sur la cause devient ainsi une « *application particulière de l'absence de cause* » (Ph. Delebecque, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, Defrénois, 15 sept. 1995, n°17, p.1038).

³⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, Defrénois, 15 sept. 1995, n°17, p.1038, obs. Ph. Delebecque.

³⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1977, obs. Aubert, Defrénois 1977, art. 31582, n° 111, p. 1597.

³⁶⁷ Aubert, obs. *précit*.

³⁶⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, P-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 995.



l'abroger officiellement³⁶⁹. Mais dans les faits, il ne produit plus aucun effet ; il tombe en désuétude par voie prétorienne.

39. Prenons, pour exemple, l'extension de l'obligation de délivrance, au détriment de la garantie des vices cachés. Cette obligation, prévue à l'article 1604 du Code civil, contraint le vendeur à délivrer la chose vendue, et cette chose doit être la même que celle qui a été prévue au contrat, sans quoi l'acheteur pourra invoquer un défaut de conformité. Dans les années 1980, la Cour de cassation a étendu ce principe à d'autres hypothèses. Elle a considéré que le défaut de conformité ne concernait pas seulement le défaut d'identité entre la chose prévue et la chose livrée, mais englobait également des hypothèses voisines, comme des défauts de fabrication ou des vices de conception³⁷⁰.

La Cour de cassation élargissait ainsi l'obligation de délivrance : il ne s'agissait plus seulement de délivrer la chose convenue, mais aussi de délivrer une chose en bon état de marche ou conforme à sa destination³⁷¹. Le juge assimilait au « *défaut de conformité* » des situations semblables où ce n'était pas exactement l'identité de la chose qui était en cause, mais plutôt ses qualités essentielles. Il faisait une « *fusion* »³⁷² entre le défaut de conformité et l'inaptitude à l'usage. Une telle assimilation paraissait possible, car l'obligation de délivrance impose de livrer la chose prévue au contrat. Or, l'acheteur n'a pas seulement voulu *telle* chose ; il a voulu *telle chose en état de marche*. Si la chose livrée ne fonctionne pas, elle n'est donc pas conforme à celle qui a été convenue³⁷³.

³⁶⁹ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2013, n° 123, p. 112.

³⁷⁰ V. not., Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, JCP 1984.II.20295, note Courbe ; 5 nov. 1985, *Bull. Civ. I*, n° 287, RTD civ. 1986. 370, obs. Ph. Rémy, Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, D. 1986.293, note A. Bénabent, JCP 1986.II.20616, note Ph. Malinvaud, Gaz. Pal. 1986.2.543, note Berly, RTD civ. 1986.364, obs. J. Huet, p. 594, obs. J. Mestre, et p. 605, obs. Ph. Rémy, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 266 p. 705 et s., Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1987, *Bull. civ. I*, n° 325, RTD civ. 1988.368, obs. Ph. Rémy ; 14 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 83, D. 1989.IR.80 ; 20 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 140 ; 13 déc. 1989, *Bull. civ. I*, n° 393 ; 29 janv. 1991, *Bull. Civ. I*, n° 41, D. 1992. Somm. 201, obs. Tournafond ; 9 oct. 1991, *Bull. civ. I*, n° 259, D. 1992. Somm. 403, obs. A. Pouvreau.

³⁷¹ C'est en ce sens, que la Cour de cassation déclarait, par un arrêt du 20 mars 1989, que l'obligation de délivrance à la charge du vendeur, « *ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu mais à mettre à disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tout point au but recherché* » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 140).

³⁷² A. Bénabent, *note précit.*, D. 1986.293.

³⁷³ Le raisonnement est le suivant : « *si la chose est viciée, elle n'est pas conforme à ce qu'en attendait l'acquéreur, et si elle n'est pas conforme à ce qu'en attendait l'acquéreur, c'est précisément parce qu'elle est viciée* » (*Ibid.*). C'est ce que l'on a appelé « *l'analyse fonctionnelle* » des notions de défaut de conformité et de vice caché, opposée à « *l'analyse conceptuelle* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 266, p. 705 et s., spéc. p. 714 et s.).



40. Une telle interprétation extensive était pourtant *déformante*. Elle l'était même doublement. Elle déformait d'abord le principe étendu, car le défaut de conformité n'est pas comparable au vice de fabrication. Leur ressemblance « *n'autorise pas la confusion* »³⁷⁴, dans la mesure où il existe entre les deux, une « *différence de nature* »³⁷⁵ : le défaut de fabrication est une « *anomalie* »³⁷⁶ de la chose vendue, tandis que le défaut de conformité n'est qu'une simple « *différence* »³⁷⁷. Etendre le défaut de conformité au vice de fabrication, c'est donc procéder à une véritable dénaturation du principe, en l'appliquant à des hypothèses distinctes ayant leurs propres caractères.

Et une telle extension déformait, ensuite, le *droit* tout entier, car il n'existe aucune lacune législative sur ce point et le vice de fabrication est déjà régi par la loi. Tout un pan du droit de la vente s'applique déjà, en effet, à cette situation : ce sont les règles relatives à la garantie des vices cachés. Et ces règles sont spéciales par rapport au texte général sur l'obligation de délivrance. Elles dérogent au droit commun en raison de la nature spécifique de la situation. Par exemple, c'est parce que le vice caché est anormal, « *morbide et évolutif* »³⁷⁸, que le délai de prescription est beaucoup plus court, afin d'éviter qu'on ne le confonde avec l'usure normale de la chose. De même, c'est parce que le vice caché est « *accidentel* »³⁷⁹, et ne provient pas nécessairement d'une faute du vendeur, que seul un vice caché présentant un certain degré de gravité sera pris en compte.

Il y a donc une « *répartition des tâches instaurée par la loi* »³⁸⁰. Le législateur distingue l'obligation de délivrance et la garantie des vices cachés et le fait même expressément à l'article 1603 du Code civil³⁸¹. Ces deux obligations sont « *complémentaires* »³⁸² : elles ne s'appliquent pas aux mêmes situations et n'ont pas le même régime juridique. Le régime de la garantie est plus strict que celui de l'obligation de délivrance, puisque l'existence d'un vice caché porte davantage à discussion. Et dès lors qu'il existe une règle spéciale, contenant des

³⁷⁴O. Tournafond, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », D. 1989, Chr., p. 238, spéc. p. 241.

³⁷⁵*Ibid.*

³⁷⁶*Ibid.*

³⁷⁷*Ibid.*

³⁷⁸*Ibid.*

³⁷⁹D'où « *la relative indulgence que manifeste le Code civil en la matière à l'égard du vendeur* » (*Ibid.*).

³⁸⁰C. Atias, « L'obligation de délivrance conforme », D. 1991, p. 1.

³⁸¹Art. 1603 c. civ. : « *Il [le vendeur] a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

³⁸²C. Atias, « L'obligation de délivrance conforme », *art. précit.*



prescriptions dérogatoires, les juges doivent appliquer la règle spéciale, conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*.

Or, en appliquant les règles sur l'obligation de délivrance au détriment de celles applicables à la garantie des vices cachés, le juge refoule la règle spéciale qui s'appliquait dans cette hypothèse particulière. Celle-ci n'est plus mise en œuvre puisque l'hypothèse particulière qu'elle régissait est désormais absorbée dans la règle générale. La Cour de cassation, observait-on à l'époque, a « *purement et simplement fondu la garantie des vices cachés dans l'obligation de délivrance conforme* »³⁸³. L'extension du défaut de conformité conduit à écarter les règles spéciales de la garantie des vices cachés afin de « *tourner les strictes exigences du régime légal de la garantie* »³⁸⁴. Ceci, à l'époque, pour protéger l'acheteur³⁸⁵, en lui permettant d'esquiver par ce « *biais* »³⁸⁶ le « *bref délai* » de prescription, selon la formule consacrée à l'époque par l'article 1648³⁸⁷.

De sorte que l'extension avait un effet *abrogatoire*. La « *Première chambre civile de la Cour de cassation avait organisé une disparition de l'action en garantie des vices au profit d'une absorption par l'action de droit commun* »³⁸⁸. Le « *bref délai* » de l'article 1648 n'était plus appliqué. Il ne produisait plus d'effets. Le juge le faisait « *tomber en désuétude en quelque sorte, par non application* »³⁸⁹. L'acheteur qui se plaignait d'un vice caché bénéficiait désormais de la prescription, alors trentenaire du droit commun, et n'était plus contraint par le régime légal de la garantie³⁹⁰. On parla, en doctrine, de la « *mise à mort* »³⁹¹ de l'article 1648 ; la Cour de cassation, disait-on, avait sonné « *le glas* »³⁹² de ce texte.

³⁸³ A. Bénabent, *note précit.*

³⁸⁴ C. Atias, « L'obligation de délivrance conforme », *art. précit.*

³⁸⁵ Elle avait agi, à l'époque, sous l'influence du « *mouvement de protection de l'acquéreur* » (O. Tournafond, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », *art. précit.*).

³⁸⁶ C. Atias, « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, p. 1.

³⁸⁷ Depuis l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, l'action « *doit être intentée dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice* ».

³⁸⁸ Ph. Malinvaud et B. Boubli, « Point sur le problème des concours d'action », RDI 1994.460.

³⁸⁹ Dans l'ouvrage cité, la remarque est d'ordre général : le juge a « *l'audace de « tourner » souvent les lois, de les vider de leur sens originaires et de les faire tomber en désuétude en quelque sorte, par non application* » (S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, op. cit.*, p. 81).

³⁹⁰ Depuis la réforme de la prescription du 17 juin 2008 (L. n° 2008-561, art. 26 ss. art. 2279), l'action peut être exercée pendant cinq ans à compter de la connaissance de la non-conformité (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 285, p. 175).

³⁹¹ A. Bénabent, *note précit.*

³⁹² *Ibid.*



On a craint aussi pour les autres textes relatifs à la garantie des vices cachés. « *N'est-ce pas en réalité, tout le régime spécifique de l'action en garantie des vices cachés qui se trouve ainsi vidé de portée, puisque le recours au droit commun permet en toute occurrence d'en écarter les aspects particuliers ?* »³⁹³. C'était finalement tout le pan du Code civil consacré à la garantie des vices cachés qui se trouvait contourné. La jurisprudence changeait l'« *équilibre du droit de la vente* »³⁹⁴, désormais recentré sur l'obligation de délivrance, et redéfinissait le contrat de vente lui-même. De telles conséquences étaient assez disproportionnées et c'est sans doute pourquoi la Troisième Chambre civile refusa de se rallier à cette jurisprudence³⁹⁵, qui fut abandonnée par la suite³⁹⁶.

L'exemple reste éloquent lorsqu'il s'agit de faire voir toutes les possibilités qu'offre une simple extension des textes existants. Elle peut aller jusqu'à tenir complètement en échec tout un pan de textes.

Aussi est-il possible de conclure que les modes d'interprétation, même ceux réputés pour être rigoureux et contraignants comme l'exégèse ou l'analogie, peuvent devenir des instruments particulièrement efficaces entre les mains du juge : celui-ci paraît donner à la loi le sens qu'il veut. L'interprétation se montre ainsi dans toute sa puissance : tout en se présentant comme une « *fonction de la connaissance* »³⁹⁷, visant seulement à restituer à la loi sa véritable signification ou son domaine naturel, elle apparaît comme une « *fonction de la volonté* »³⁹⁸. La loi n'est qu'un support : elle est transformée ou déformée pour revêtir le sens qui paraît convenir à l'interprète.

L'aménagement du *sens* de la loi peut ainsi conduire à un remodelage complet de la loi. Et des résultats aussi importants peuvent être obtenus par un autre moyen technique :

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ C. Atias, « L'obligation de délivrance conforme », *art. précit.*

³⁹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 16 juill. 1986, JCP 1986.IV.286 et 28 juin 1995, RDI 1995.757, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

³⁹⁶ La Cour de cassation revint bientôt à la position traditionnelle et se remit à distinguer entre le défaut de conformité et le vice caché (Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, D. 1993.507, note A. Bénabent ; Com. 26 avr. 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 159, JCP 1994.II.22356, note Leveneur). Ce retour à la position traditionnelle fut salué par certains (v. not. C. Atias, « L'équilibre renaissant de la vente », *art. précit.* ; A. Bénabent, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », D. 1994.115), et critiqué par d'autres (v. not. G. Viney, JCP 1993.I.3727, n° 29). Une jurisprudence abandonnée, peut toutefois toujours renaître (Ph. Malinvaud et B. Boubli, « Va-t-on remettre en cause la distinction du vice et du défaut de conformité ? », RDI 1997, p. 594).

³⁹⁷ M. Troper, « Interprétation », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 2003, p. 843 et *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, Puf, coll. « Léviathan », 2001, p. 69.

³⁹⁸ M. Troper, « Interprétation », *art. précit.* et *La théorie du droit, Le droit, l'Etat, op. cit.*, p. 69 et s.



l'aménagement des *effets* de la loi. Le juge agit alors par voie *correction* et crée des règles censées atténuer les conséquences des textes tout en ayant, en pratique, un impact bien plus lourd.



CHAPITRE 2nd

LA CORRECTION PRETORIENNE

« *En définitive, la jurisprudence ne craint pas de s'attaquer, et cela lui arrive souvent, aux conséquences d'un principe...»*

J. Boulanger³⁹⁹

41. Le juge peut également corriger les imperfections de la loi. Il apporte des règles prétoriennes qui tendent à éviter les excès ou à compenser les défauts de la loi : ce sont des *exceptions prétoriennes* qui viennent modérer la généralité des textes ou des *compléments prétoriens* qui viennent combler leurs lacunes. Ce pouvoir est important : il ne s'agit plus seulement, comme en matière d'interprétation, d'explicitier la loi, mais bien d'en rectifier les faiblesses. En théorie, ce pouvoir reste toutefois un pouvoir d'aménagement. Les règles produites sont censées être inférieures et subordonnées. Ce sont des règles accessoires, des *aménagements* prétoriens.

Mais le caractère inférieur de ces règles peut n'être qu'apparent. Il arrive, en effet, que le correctif prétorien domine, en pratique, le principe légal ; les « *mécanismes correcteurs* »⁴⁰⁰ à vocation générale et pouvant tenir en échec un grand nombre de principes, en sont l'expression la plus forte. Les modes d'aménagement démontrent ainsi l'ampleur de leur potentiel normatif : l'*exception* prétorienne peut renverser les principes légaux (Section 1) et le *complément* prétorien peut les neutraliser (Section 2).

³⁹⁹ « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 69.

⁴⁰⁰ C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. Saint-Etienne, 2012.



Section 1^{ère}

L'exception prétorienne

42. En théorie, l'exception est une « règle »⁴⁰¹ mais « de qualité inférieure »⁴⁰². Elle ne s'applique qu'à une série limitée de cas⁴⁰³ et pour des raisons particulières. En apportant une exception, le juge exerce donc un pouvoir normatif, mais de nature secondaire et subordonnée. Il ne remet pas le principe en cause et n'oblige pas à le réviser. Au contraire, il en réaffirme, *a contrario*, l'existence et la primauté⁴⁰⁴. L'exception ne constitue guère qu'un « garde-fous »⁴⁰⁵ qui vient « modérer »⁴⁰⁶ les effets du principe.

Cette règle inférieure peut avoir pourtant un impact beaucoup plus important dans les faits. Il est alors question d'une véritable « transformation du droit par exception »⁴⁰⁷. L'exception prétorienne provoque un renversement du *principe légal* (§I), voire, si elle représente un « mécanisme correcteur »⁴⁰⁸ à vocation générale, de la *législation* toute entière (§II).

⁴⁰¹ C'est ce qui la distingue de la « dérogation », qui désigne le « cas soustrait à l'application normale de la règle par l'effet d'une mesure individuelle » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 10^{ème} éd., 2014, *op. cit.*). Elle est, à l'occasion, confondue avec la loi spéciale (J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, p. 653) ;

⁴⁰² C. Atias, *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002, n° 326, p. 194. En droit, on définit l'exception par opposition à la règle générale ou au principe « L'exception ne doit son existence qu'à la règle de droit » (F. Saint Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, Lamy, 2003).

⁴⁰³ L'exception prend place sous le principe et ne prétend régir qu'une série limitée de cas. Son champ d'application est étroitement limité et elle est d'interprétation stricte (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Puf, coll. « Quadrige », 2004, n° 138, p. 253).

⁴⁰⁴ C'est de sagesse populaire : l'exception confirme la règle. Autrement dit, « l'exception manifestant la règle, la constate » (*Dictionnaire Littré*, t. 3, Gallimard, Hachette, 1966).

⁴⁰⁵ L'expression est de Monsieur Pierre Sargos dans « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », JCP 2001.I.306.

⁴⁰⁶ La modération n'est plus alors seulement une « mesure d'individualisation judiciaire » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*; v. aussi, C. Brunet, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Paris, 1973, p. 6), en fonction des circonstances particulières de l'espèce. Le juge va produire une règle nouvelle qui viendra effectivement « atténuer la rigueur des règles de droit » (G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, polycopié, Les cours de droit, 1970-1971, p. 232), mais de manière générale. L'atténuation apportée par le juge peut, en effet, être « catégorisée ». Ce faisant, elle adopte « le même caractère de généralité que la règle dont elle limite le domaine d'application » (J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Aix, Préf. Ph. Le Tourneau, Puam, 2004, n° 17, p. 33). Autrement dit, la modération judiciaire aboutira à la création d'une règle secondaire dont l'objectif est de modérer de façon systématique les conséquences de la loi.

⁴⁰⁷ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997.357.

⁴⁰⁸ C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. Saint-Etienne, 2012.



§ I. Le renversement d'un principe légal

43. L'exception prétorienne peut renverser le *principe* légal. Celui-ci paraît effectivement difficile à remodeler par voie d'interprétation : il figure expressément dans la loi et une interprétation traditionnelle consacre son existence. Le juge préfère donc l'aborder par le versant de l'exception ; l'entorse à la loi est ainsi rendue plus admissible. En apparence, le juge n'apporte qu'une règle secondaire, limitée à une hypothèse particulière et ne remettant pas en cause la vocation du principe à s'appliquer dans la majorité des cas.

Mais, après analyse, l'exception paraît avoir une portée bien plus étendue : elle couvre en réalité elle aussi, l'ensemble des situations. L'exception ne vient donc pas seulement écarter le principe dans une hypothèse particulière ; elle vient poser un principe supplémentaire qui rivalise avec le principe légal sur son propre domaine. Il s'agit, dans ce cas, d'une exception *concurrente* (A). Et l'exception peut être encore plus ambitieuse, lorsqu'elle vise non plus seulement à constituer un principe concurrent, mais bien à écarter définitivement le principe légal et à prendre sa place. Elle devient alors *subversive* (B).

A. L'exception concurrente

44. En théorie, l'exception est *inférieure* au principe. Elle ne concerne pas l'ensemble des situations habituelles, mais bien une situation très particulière⁴⁰⁹ où des raisons souvent impérieuses⁴¹⁰ justifient qu'il soit dérogé au principe. Il en va ainsi d'une situation d'urgence, par exemple, dont Monsieur Jestaz indiquait qu'elle a une « *vocation dérogatoire* »⁴¹¹. Il en va de même, en cas de nécessité⁴¹² – d'où l'adage « *nécessité fait loi* »⁴¹³. Dans ces circonstances exceptionnelles où appliquer le principe entraînerait des conséquences excessives⁴¹⁴, la

⁴⁰⁹ La règle exceptionnelle porte sur un « *objet très particulier et spécifique* » (J.-P. Gridel, *op. cit.*, p. 653).

⁴¹⁰ F. Saint Bonnet, « *Exception, nécessité, urgence* », *art. précit.* V. aussi, la « *théorie des circonstances exceptionnelles* », développée en droit administratif (pour un aperçu de cette théorie, v. F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Puf, coll. « Léviathan », 2001, not. p. 5 et s. et p. 335 et s.).

⁴¹¹ Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, spéc. n° 328 et s., p. 285 et s.

⁴¹² F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Puf, coll. « Léviathan », 2001, not. p. 1. L'auteur assimile l'exception et la nécessité.

⁴¹³ Ou plutôt, pourrait-on dire « *nécessité défait la loi* », puisqu'il s'agit d'échapper à la règle (v. l'étymologie du mot, « *ex capere* », ce qui est hors de prise, F. Saint Bonnet, « *Exception, nécessité, urgence* », *art. précit.*).

⁴¹⁴ Sur le pouvoir modérateur de l'exception, v. not. J. Fischer, *op. cit.*, n° 170, p. 159 et s.



dérogação devient possible et justifie l'exercice d'« *pouvoir prétorien* »⁴¹⁵. Autrement dit, puisque la situation sort de la normalité, il faut également sortir de la norme.

L'exception devient *concurrente* lorsque qu'elle ne vise plus une situation particulière où les intérêts en cause sont en péril, mais bien la situation habituelle et normale, celle pour laquelle le principe a été édicté. Elle trouve alors à s'appliquer chaque fois que le principe lui-même devrait être mis en œuvre. L'exception prend ainsi une dimension générale et apparaît comme un principe supplémentaire qui se superpose au premier. Deux principes règnent en même temps, l'un d'origine légale et l'autre d'origine prétorienne. Le principe légal n'est donc pas supprimé ; il reste en place mais perd toutefois son monopole. Désormais, il n'est plus la seule et unique voie possible. Une option s'ouvre et le principe prétorien représente la voie alternative.

45. Une telle exception concurrente a été apportée en droit des contrats, à un principe qui ne pouvait être exprimé de manière plus claire et impérative dans la loi : le principe de *résolution judiciaire* du contrat. L'alinéa 3 de l'article 1184 du Code civil, déclare, en effet, avec une éloquente redondance, que le contrat n'est « *point résolu de plein droit* » et que la résolution « *doit être demandée en justice* ». Le créancier qui souhaite mettre un terme au contrat parce que le débiteur n'exécute pas ses obligations, doit donc nécessairement saisir le juge. Il ne peut rompre seul la convention, laquelle continue d'avoir force obligatoire à son égard.

Au principe de résolution judiciaire, la Cour de cassation a apporté une exception remarquable, le 13 octobre 1998⁴¹⁶. Elle a déclaré que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* ». Cette règle a toute l'allure d'une exception. Elle est présentée comme visant une situation anormale où l'attitude du débiteur a un caractère de « *gravité* » et où les intérêts du créancier sont donc fortement menacés. C'est cette situation exceptionnelle qui conduit à

⁴¹⁵ Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 363, p. 308.

⁴¹⁶ Arrêt *Tocqueville*, Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. Civ. I*, n° 300, D. 1999.197, note C. Jamin, Somm. 115, obs. Ph. Delebecque, JCP 1999.II.10133, note Rzepecki, RTD civ. 1999. 374, obs. J. Mestre, *Defrénois* 1999.374, obs. D. Mazeaud ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12^{ème} éd., 2008, n° 180, p. 266. La Cour de cassation a confirmé la portée générale de la règle exprimée en apportant une importante précision : la résolution unilatérale est possible « *que le contrat soit à durée déterminée ou non* » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, D. 2001, jur., p. 1568, note C. Jamin, somm. 3239, obs. D. Mazeaud, *Defrénois* 2001, chr. jur. 37365, p. 705, obs. E. Savaux, RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages).



« justifier » une réaction du créancier qui serait normalement illégale et sanctionnée. A l'époque où l'arrêt est rendu, ce n'est pas la première fois que la jurisprudence apporte une exception au principe de résolution judiciaire. Elle a déjà admis plusieurs dérogations par le passé⁴¹⁷, notamment en cas d'urgence ou de nécessité⁴¹⁸, de sorte que l'arrêt du 13 octobre 1998 paraît seulement ajouter une nouvelle exception à la liste déjà constituée : urgence, nécessité et à présent, gravité⁴¹⁹.

Le caractère exceptionnel de la règle est confirmé par l'emploi du verbe pouvoir – cette situation « peut » justifier que le créancier y mette fin – et par l'expression selon laquelle le créancier rompt le contrat « à ses risques et périls ». C'est une manière de dire que le créancier qui agit ainsi n'est pas dans *son droit*. Aux termes de la loi, il n'a pas le pouvoir d'anéantir le contrat. S'il décide tout de même de le faire, il « peut » s'y hasarder, mais il le fait « à ses risques et périls », c'est-à-dire au risque de se voir ensuite désapprouvé par le juge si la rupture est contestée en justice. Le principe demeure ainsi la résolution judiciaire et la résolution unilatérale n'est qu'une violation du principe qui peut être justifiée mais peut aussi ne pas l'être. Tout dépendra de l'appréciation judiciaire car le juge conserve le mot de la fin et son intervention est seulement déplacée⁴²⁰.

46. A première lecture, la règle formulée par l'arrêt du 13 octobre 1998 paraît donc être une exception. Mais une analyse plus approfondie entraîne des doutes. Cette règle vise-t-elle réellement une situation exceptionnelle ? Contrairement aux exceptions précédentes, elle ne se réfère pas vraiment à un particularisme de fait, comme l'urgence ou la nécessité. La « gravité » ne suffit pas à rendre la situation particulière pour cette simple raison que le principe de résolution judiciaire ne s'applique qu'à une situation grave. Il n'y a, en effet, résolution

⁴¹⁷ C'est le cas, par exemple, lorsque les parties ont expressément prévu, dans leur contrat, une clause résolutoire de plein droit, afin d'organiser elles-mêmes les conséquences de l'inexécution éventuelle (V. not. Cass. civ. 2 juill. 1860, D.P. 1860.1.284), ou lorsque le contrat est à durée indéterminée (Cass. civ. 1^{ère}, 5 fév. 1985, *Bull. civ. I*, n° 54, p. 52 : « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 (de l'article 1134 c. civ.) offerte aux deux parties »).

⁴¹⁸ Les arrêts se réfèrent à « une situation d'une gravité et d'une urgence telle qu'elle justifie la résiliation unilatérale et immédiate du contrat » (Cass. com. 6 juill. 1999, n° 96-20.495 ; v. aussi, Cass. com. 4 fév. 2004, n° 99-21.480, RTD civ. 2004.731, obs. J. Mestre et B. Fages, JCP 2004.1275, obs. J. Rochfeld). Ainsi que le relevait le Doyen Savatier, « pour admettre cet échec à l'article 1184 c. civ., il faut, semble-t-il, qu'il y ait péril en la demeure » (Note sous CA Poitiers 9 juin 1913, 12 juin et 23 déc. 1918, D. 1920.2.41).

⁴¹⁹ Précisons toutefois qu'une exception avait précédemment été admise en cas de manquement particulièrement grave de la part d'un des contractants, dans le cadre d'une relation de confiance (Cass. civ. 26 fév. 1896, S. 1897.1.187 ; 25 avr. 1936, Gaz. Pal. 1936.1.879, Civ. 1^{ère}, 2 fév. 1999, JCP 1999.IV, n° 1579). Mais puisqu'il s'agissait d'un manquement « particulièrement grave », le caractère exceptionnel de la règle était justifié.

⁴²⁰ C. Jamin, *note précit.*, D. 1999.197.



que si le juge considère que l'inexécution du débiteur est assez grave pour justifier une sanction aussi lourde que l'anéantissement du contrat⁴²¹. La gravité est donc la condition d'application du principe de résolution judiciaire. Mais si le domaine de l'exception n'est autre que la condition d'application du principe, alors il n'y a plus d'exception. Il y a bel et bien un second principe qui couvre le même domaine que le premier. La résolution unilatérale, en conclut un auteur, « *est possible chaque fois que la résolution judiciaire, en principe obligatoire, peut être demandée* »⁴²².

Quant à l'expression selon laquelle le créancier rompt le contrat « *à ses risques et périls* », elle n'en fait pas davantage une exception. Cette expression indique seulement que la mise en œuvre de la règle sera soumise à l'appréciation du juge qui contrôlera les motifs du créancier, si une action en justice ultérieure est engagée. Dire que la violation du principe sera soumise à l'appréciation du juge ne diminue nullement le champ d'application de la règle. Derrière l'apparente exception se cache donc bien un principe prétorien qui concurrence le principe légal.

La doctrine note ainsi que la Cour de cassation a franchi « *une bonne fois pour toutes, le Rubicon de l'article 1184 alinéa 3* ». Il n'est plus question seulement de « *valider discrètement des ruptures unilatérales intervenues dans des circonstances exceptionnelles* »⁴²³, mais de consacrer une véritable « *faculté de résiliation unilatérale* »⁴²⁴, permettant au créancier de décider seul de la rupture du contrat, sans avoir besoin de recourir au juge. En somme, « *sous couvert d'une dérogation à l'article 1184 du Code civil* »⁴²⁵, le

⁴²¹ V. Cass. civ. 14 avr. 1891 : « *lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement et, en cas, d'inexécution partielle, d'apprécier d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doivent être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à dommages et intérêts* » (D.P. 1891.1.329, note Planiol, S. 1894.1.391, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 179, p. 261). V. aussi, Cass. com. 27 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 252, Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ. III*, n° 84 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juill. 1999, *Bull. civ. I*, n° 245 ; Cass. soc. 15 mars 2005, *Bull. civ. V*, n° 90. En effet, « *la bonne foi comme la sécurité des transactions postulent qu'un cocontractant ne puisse prendre prétexte de la moindre bavure dans l'exécution d'un contrat pour obtenir la résolution : il faut justifier d'une inexécution grave* » (Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 527, p. 402). C'est d'ailleurs pour cette raison, que la résolution est judiciaire : la résolution du contrat est une mesure si grave, qu'elle ne doit pas être laissée à la discrétion du créancier, mais être confiée au juge, qui doit pouvoir en apprécier l'opportunité au vu des circonstances de fait (J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. « *Quadrige* », 2004, n° 1103, p. 2233).

⁴²² J. Fischer, *op. cit.*, n° 175, p. 165.

⁴²³ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 180, p. 273.

⁴²⁴ C. Jamin, *note précit.* D. 1999.197.

⁴²⁵ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 180, p. 278.



juge crée « *un principe directement concurrent* »⁴²⁶, qui vient s'ajouter au principe légal. Le recours au juge n'est pas supprimé, mais il n'est plus obligatoire. Une autre voie s'ouvre devant le créancier, qui bénéficie désormais d'une nouvelle option entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale.

C'est la preuve que l'exception prétorienne peut remettre en cause un principe légal, en lui faisant une déloyale concurrence. Mais elle peut aller au-delà et vouloir remporter la compétition. Elle devient alors une exception *subversive*.

B. L'exception subversive

47. L'exception devient *subversive* lorsqu'elle tend à remplacer le principe légal. Elle ne se joute pas seulement à lui ; elle s'y substitue de manière discrète et parfois insidieuse. Deux voies principales permettent d'aboutir à ce résultat. La première est celle de la *quantité* : le juge multiplie les exceptions afin de vider progressivement le principe de sa substance. L'exception et le principe fonctionnent, en effet, en vases communicants : à chaque exception posée, le principe perd l'un de ses bastions, et, au terme du processus, son domaine est réduit au point de devenir minoritaire⁴²⁷. C'est ainsi qu'avec la prolifération des exceptions, on a pu dire du principe d'effet relatif des conventions qu'il n'était plus qu'un « *prétendu principe* »⁴²⁸.

L'autre voie est celle de la *qualité* : le juge ne pose qu'une seule et unique exception en apparence limitée à une situation particulière. Mais, dans les faits, la situation envisagée s'avère être la plus courante, de sorte que l'exception absorbe en réalité la grande majorité, parfois la quasi-totalité des situations, ne laissant plus au principe que des hypothèses marginales. On constate alors que le rapport de force s'est inversé : l'exception est devenue le

⁴²⁶ C. Jamin, *note précit.*

⁴²⁷ Par « *égard aux nécessités de la pratique, elle laisse parfois toute une série d'exceptions recouvrir un principe* » (J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *art. précit.*, p. 69). De même, le législateur emploie parfois de procédé lorsqu'il multiplie les lois spéciales au point de vider le droit commun de sa vocation générale. C'est ainsi qu'en droit des contrats, le droit commun s'est peu à peu réduit face à l'essor des législations spéciales (v. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spéciale des contrats*, th. Paris II, éd. 2009), notamment du droit de la consommation (v. not. F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, th. Aix en Provence, Puam, 2007) ou encore du droit de la concurrence (v. not. M. Chagny, « L'empiètement du droit de concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004, p. 861 et s.).

⁴²⁸ R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525.



principe et le principe, l'exception. Cette deuxième voie permet de montrer avec plus d'acuité la force de l'exception subversive, puisqu'une seule opération suffit à renverser le principe. C'est pourquoi il sera choisi pour l'analyse, un exemple de ce type, emprunté à la matière du prêt.

48. Une exception subversive a été, en effet, apportée au principe selon lequel le prêt est un contrat *réel*. Ce principe est ancien⁴²⁹ et il est consacré par le Code civil à deux reprises, dans l'article 1875⁴³⁰ pour le prêt à usage, et dans l'article 1892⁴³¹ pour le prêt de consommation. Il prévoit que le prêt ne se forme pas de la même manière que les autres contrats⁴³² ; le simple échange des consentements ne suffit pas. Il faut encore la remise de la chose prêtée. C'est seulement cet acte matériel qui va provoquer la formation du contrat de prêt⁴³³. Il n'existe donc aucun contrat avant la remise de la chose et si les juges admettent qu'une promesse de prêt puisse être consensuelle⁴³⁴, sa violation ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts, à l'exclusion du transfert forcé des fonds⁴³⁵.

Le 28 mars 2000⁴³⁶, la Cour de cassation a apporté une exception à ce principe. Elle a déclaré que « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* ». A nouveau,

⁴²⁹ Il remonte au droit romain (J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, n° 476 et s. ; M. Villey, *Le droit romain*, Puf, « Que-sais-je ? », 10^{ème} éd., 2005, p. 104).

⁴³⁰ Art. 1875 c. civ. : « *Le prêt à usage "ou commodat" est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* ».

⁴³¹ Art. 1892 c. civ. : « *Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ».

⁴³² Dans le Code civil, le principe est, en effet, le *consensualisme* : les contrats se forment par le simple échange des consentements. Mais certains contrats échappent à ce principe et nécessitent l'accomplissement d'une formalité.

⁴³³ V. not. en jurisprudence, Cass. Req. 5 déc. 1906, D. 1908.1.545, note Poncet, Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1960, *Bull. civ. I*, n° 480, p. 393 ; Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1977, *Bull. civ. I*, n° 330, p. 261. Dans un arrêt rendu le 20 juillet 1981, la première Chambre civile de la Cour de cassation rappelait, avec une netteté particulière, qu'« *un prêt de consommation, contrat réel, ne se réalise que par la remise de la chose prêtée* » (*Bull. civ. I*, n° 267, p. 220, *Defrénois* 1982, 1085, obs. Aubert, *Gaz. Pal.* 1982.1. Pan. 93, obs. Dupichot, *RTD civ.* 1982, 427, obs. Ph. Rémy). En doctrine, v. not., Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2012, n° 358, p. 272. Ainsi le prêt a-t-il longtemps été considéré comme « *le plus classique des contrats réels* » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, *Defrénois*, 5^{ème} éd., 2012, n° 905).

⁴³⁴ Mais la violation de la promesse ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêt et non au transfert forcé des fonds promis. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juill. 1982, *Bull. civ. I*, n° 267, p. 220, *Defrénois* 1982, p. 1085, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1982.427, obs. Ph. Rémy. V. aussi, M.-N. Jobard-Bachelier, « *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?* », *RTD civ.* 1985.1., spéc. p. 42.

⁴³⁵ L'arrêt précité du 20 juillet 1981 ajoutait qu'à défaut de remise des fonds, il ne pouvait s'agir d'un contrat de prêt, mais seulement d'une promesse de prêt et que, par conséquent, le bénéficiaire de la promesse ne pouvait prétendre qu'à des dommages et intérêts et non à l'exécution forcée du prêt.

⁴³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *JCP* 2000.II. 10296, concl. J. Sainte-Rose, D. 2000. 482, note S. Piedelièvre, *Somm.* 358, obs. Ph. Delebecque, D. 2001, *Somm.* 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachelier, *Defrénois* 2000.720, obs. Aubert, *CCC* 2000, n° 106, note L. Leveneur, *JCP N* 2000, p. 1270, note D. Louchouart ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 283-284, p. 790 et s.



la règle exprimée semble être exceptionnelle. Elle délimite un type particulier de prêt, le « *prêt consenti par un professionnel du crédit* », qui en raison de sa « *spécificité* »⁴³⁷, ne serait pas un « *prêt ordinaire* »⁴³⁸. La qualité du prêteur justifierait l'application d'un traitement dérogatoire, au regard de la raison d'être du principe. Et le raisonnement paraît correct : pourquoi le prêt est-il normalement formé par la remise de la chose et non par l'échange des consentements comme la plupart des contrats ? Parce que, dans le Code civil, le prêt est un « *petit contrat* »⁴³⁹ gouverné par l'amitié et la gratuité. Le prêteur ne recevant rien en échange, il faut l'empêcher de s'engager de manière hâtive et seul le geste de la remise de la chose peut lui donner pleinement conscience de son engagement⁴⁴⁰. Mais le prêteur professionnel ? Non seulement il reçoit une rémunération, mais il a en plus l'expérience du métier⁴⁴¹. La protection n'étant plus nécessaire, la dérogation est justifiée dans cette situation apparemment particulière et limitée⁴⁴².

La portée exceptionnelle de la règle est renforcée par l'usage d'une formule négative : le prêt consenti par un professionnel du crédit « *n'est pas* » un contrat réel. Logiquement et *a contrario*, le prêt est toujours, d'une manière générale, un contrat réel. C'est une manière, pour le juge, de dire que l'état du droit n'a pas changé. Par principe, le prêt demeure un contrat réel et il n'est consensuel que par exception. La Cour de cassation confirmera, d'ailleurs, cette interprétation, dans un arrêt ultérieur du 7 mars 2006⁴⁴³, où elle déclarera que « *le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose* ». L'arrêt du 28 mars 2000 semble donc apporter une simple exception, dans la droite ligne et dans le même esprit d'une dérogation qui avait été précédemment admise, selon laquelle les prêts régis par le droit de la consommation « *n'ont pas la nature de contrat réel* »⁴⁴⁴.

⁴³⁷ D. Lochouarn, *note précit.* V. aussi, S. Piedelièvre, *note précit.*

⁴³⁸ D. Lochouarn, *note précit.* V. aussi, S. Piedelièvre, *note précit.*

⁴³⁹ J. Carbonnier, « Variations sur les petits contrats », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 339.

⁴⁴⁰ J. Sainte-Rose, *concl. précit.* Dans la loi, l'accomplissement de la formalité joue ainsi un rôle psychologique : elle matérialise la gravité de l'engagement. Aussi, plus l'engagement sera important, plus la formalité sera lourde. C'est notamment pour cette raison que la donation, qui implique, non plus de se passer momentanément du bien, comme en matière de prêt, mais de s'en défaire définitivement, impose une formalité plus lourde : la remise de la chose ne suffit pas (sauf dérogation) et il faut la rédaction d'un acte authentique (article 931 c. civ.).

⁴⁴¹ J. Sainte-Rose, *concl. précit.*

⁴⁴² L'avocat général l'avait d'ailleurs souligné, en déclarant que la portée du revirement, si la Cour de cassation y consentait, « *serait limitée aux seuls prêts d'argent accordés par des professionnels du crédit* » (J. Sainte-Rose, *concl. précit.*).

⁴⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, CCC 2006, comm. 128, L. Leveneur.

⁴⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998 : « *les prêts régis par les articles L. 312-7 et suivants du Code de la consommation n'ont pas la nature de contrat réel* » (*Bull. civ. I*, n° 186 ; D. 1999.194, note M. Bruschi, *Somm.*



49. Cette nouvelle exception est pourtant beaucoup plus importante qu'elle n'y paraît. Elle a, d'abord, un champ d'application immense. Contrairement à l'exception fondée sur le droit de la consommation et liée à la qualité de l'emprunteur – qui était déjà large –, celle-ci est de droit commun et se rattache à la qualité du prêteur. Or, si l'emprunteur n'est pas toujours un consommateur, le prêteur est presque systématiquement un professionnel⁴⁴⁵. A l'époque actuelle, ce sont les banques qui consentent la grande majorité des crédits. Et la Cour de cassation, en évoquant les « *professionnels* » ou les « *établissements de crédit* », élargit encore la portée de la règle : elle ne comprend pas seulement les banques, mais aussi « *les vendeurs et prestataires de services à crédit* »⁴⁴⁶. C'est donc à une catégorie dérogatoire très « *vaste* »⁴⁴⁷ à laquelle se réfère le juge. La nouvelle exception vise, en réalité, la quasi-totalité des prêts d'argent.

Partant, la formule négative n'est qu'un leurre : l'exception n'est pas vraiment limitée à une catégorie spécifique et mineure. Plus précisément, ce n'est le cas qu'au niveau du *langage*. Il est certain que le « *prêt consenti par un professionnel du crédit* » ne peut être logiquement qu'une espèce, c'est-à-dire une variété particulière du genre dénommé « *prêt* ». Mais cette infériorité sémantique ne reflète pas la réalité des choses. Au niveau des faits, les prêts relevant de l'espèce représentent la proportion la plus élevée. L'exception prétorienne va donc s'appliquer dans l'immense majorité des cas. Chaque fois qu'un prêt sera consenti par un professionnel du crédit, il sera consensuel et ne continuera d'être un contrat réel que dans des hypothèses marginales. Aussi le rapport de force s'est-il inversé : le prêt est devenu un contrat consensuel par principe et ne reste un contrat réel que par exception⁴⁴⁸.

La nouvelle exception est vaste ; elle est, en outre, puissante. Contrairement à l'exception précédente adoptée au sujet de la promesse de prêt, celle-ci change complètement le régime juridique du contrat de prêt. Même si la promesse de prêt était consensuelle, sa violation ne

28, obs. M.-N. Jobard-Bachellier, Defrénois 1998. 1054, obs. Ph. Delebecque, Defrénois 1999.21, note S. Piedelièvre).

⁴⁴⁵ Dans l'affaire du 28 mars 2000, l'avocat général, tout en rassurant la Cour de cassation sur la faible portée de la règle proposée, l'avait, par ailleurs, lui-même reconnu : « *l'immense majorité des prêteurs sont des professionnels* » (J. Sainte-Rose, *concl. précit.*).

⁴⁴⁶ D. Lochouarn, *note précit.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Le juge « *fait passer le contrat de prêt de la catégorie des contrats réels à celle des contrats consensuels* » (S. Piedelièvre, *note précit.*, D. 2000. 482). V. aussi, F. Grua, « Le prêt d'argent consensuel », D. Affaires 2003. 1492. L'arrêt du 28 mars 2000 entérine, en réalité, une « *nouvelle conception du prêt* », et ajoutons qu'au-delà de la situation spécifique du prêt, « *c'est l'édifice du contrat réel tout entier qui ne cesse de s'effondrer* » (D. Lochouarn, *note précit.*).



pouvait donner lieu qu'à des dommages et intérêts, à l'exclusion du transfert forcé des fonds⁴⁴⁹. Il s'agissait, en effet, de faire respecter le caractère réel du prêt et d'éviter que ce principe soit contourné. La remise de la chose devait rester « *la seule voie offerte aux parties pour exprimer un consentement définitif [et] parfaire le contrat réel* »⁴⁵⁰. Ce n'est plus le cas désormais. Puisque le prêt devient consensuel dans la majorité des cas, le transfert des fonds n'est plus la formalité nécessaire à la formation du contrat, mais devient la première obligation à la charge du prêteur dont il est possible de demander l'exécution forcée en justice⁴⁵¹.

Par cette « *décision purement prétorienne* »⁴⁵², la Cour de cassation consacre ainsi une exception *subversive* qui détrône le principe et prend sa place. On mesure tout le potentiel normatif de l'exception ; discrètement et même surnoisement, elle aboutit au renversement du principe légal. Et l'exception peut aller plus loin encore : elle peut ambitionner de renverser l'ensemble des principes légaux.

§ II. Le renversement de l'œuvre législative

50. L'exception peut permettre de déroger, non plus seulement à un principe particulier, mais au *droit* tout entier. Dans ce cas, elle se détache des textes et s'appuie la plupart du temps sur un ancien adage ou un principe général du droit qui, n'étant pas écrit dans la loi, n'est donc pas localisé dans un domaine donné. L'exception se propage alors librement sur le territoire juridique.

Ce faisant, elle peut déroger à toute une série de principes partageant des caractéristiques communes, sans perdre son statut d'exception. Car un double jeu s'instaure : à l'échelle du principe corrigé, l'exception a bien un champ d'application plus étroit, mais à l'échelle du droit tout entier, la somme de ses applications forme bientôt la matière d'une exception *générale* (A). Et l'exception prétorienne peut prétendre à un champ d'application plus étendu

⁴⁴⁹ L'arrêt précité du 20 juillet 1981 ajoutait qu'à défaut de remise des fonds, il ne pouvait s'agir d'un contrat de prêt, mais seulement d'une promesse de prêt et que, par conséquent, le bénéficiaire de la promesse ne pouvait prétendre qu'à des dommages et intérêts et non à l'exécution forcée du prêt.

⁴⁵⁰ M.-N. Jobard-Bachelier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *art. précit.*

⁴⁵¹ La remise de la chose n'étant plus nécessaire à la naissance du prêt, elle devient le « *premier acte d'exécution du contrat* » (S. Piedelièvre, *note précit.*).

⁴⁵² D. Lochouarn, *note précit.*



encore, lorsqu'elle est de telle nature qu'elle semble pouvoir déroger à tout type de principe, quelles que soient ses caractéristiques. L'exception apparaît alors *polyvalente* (B).

A. L'exception générale

51. Par définition, l'exception ne « *doit son existence qu'à la règle de droit* »⁴⁵³. C'est un accessoire adapté à telle ou telle règle générale. L'exception ne remplit ainsi qu'un seul et unique usage : écarter *ce* principe dans *cette* situation particulière. Par exemple, l'exception selon laquelle l'offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire peut être acceptée tacitement⁴⁵⁴, sert à déroger au principe selon lequel en droit le silence ne vaut pas acceptation⁴⁵⁵. Cette exception n'a en soi aucune autonomie et ne remplit de rôle qu'à l'égard du principe aménagé⁴⁵⁶.

Il arrive, toutefois, que l'exception se détache du principe. Ce sera le cas, lorsqu'elle présente une certaine propension à la généralité, parce que la pathologie à laquelle elle vient remédier est susceptible de se rencontrer dans d'autres domaines du droit. L'exception va apparaître alors comme le remède général à un problème transversal. Ses usages vont se multiplier, se diversifier et l'exception va devenir un *macro-accessoire*, qui pourra s'intégrer à un ensemble de principes. Elle va prendre la forme d'une exception *générale*, d'un véritable « *mécanisme correcteur* »⁴⁵⁷, selon l'expression consacrée. La mobilité de l'exception sera d'autant plus favorisée qu'elle s'appuiera sur un adage traditionnel ou un principe général du droit lequel, n'ayant aucune situation géographique dans le *corpus* législatif, pourra envahir l'ensemble du droit.

52. La théorie de l'apparence apporte, sur ce point, un excellent exemple. Ce mécanisme permet d'attribuer des effets juridiques à une situation de fait au motif qu'elle avait

⁴⁵³ F. Saint Bonnet, « *Exception, nécessité, urgence* », *art. précit.*

⁴⁵⁴ Cass. Req. 29 mars 1938, D.P. 1939.1.5, note P. Voirin.

⁴⁵⁵ Cass. civ. 25 mai 1870, D.P. 1870.1.257, S. 1870.1.341.

⁴⁵⁶ Elle pourrait aller dans le sens d'une certaine autonomie si la notion d'intérêt exclusif du destinataire d'un acte était appelée à autoriser une dérogation à d'autres principes. Dans ce cas, l'exception se détacherait du principe initial pour acquérir une certaine indépendance.

⁴⁵⁷ C. Bouix, *op. cit.* V. aussi, M. Boudot, « *Apparence* », *Répertoire de droit civil*, mai 2009, n° 55 et s. (dernière mise à jour : juin 2013).



l'apparence d'une situation de droit⁴⁵⁸. Il provoque donc une double « *déchéance de la loi* »⁴⁵⁹ : il écarte à la fois son « *l'élément-valeur* », puisque les conditions constitutives d'une réalité juridique vont être remplacées par des circonstances de fait et son « *élément-sanction* »⁴⁶⁰, puisque la solution prévue ne va pas être appliquée. Ce puissant mécanisme, n'étant pas contenu dans le Code civil⁴⁶¹, a été élaboré par la jurisprudence « *à partir d'une maxime de la tradition savante* » : « *error communis facit jus* » - l'erreur commune fait le droit. Et cette maxime étant formulée de manière extrêmement générale, elle a autorisé une multitude de dérogations à l'ensemble des principes qui posent les conditions d'une réalité juridique.

A l'origine, l'apparence est née comme une exception à un principe particulier. Il s'agissait de déroger au principe selon lequel « *la vente de la chose d'autrui est nulle* »⁴⁶², prévu à l'article 1599 du Code civil, et ce dans une « *hypothèse particulière* »⁴⁶³ : la vente conclue par l'héritier apparent⁴⁶⁴. L'apparence permettait de valider la vente d'un bien de la succession effectuée par une personne qui avait toute l'allure de l'héritier légitime, alors qu'elle n'était pas, en réalité, le véritable propriétaire du bien. L'apparence bloque ainsi l'application du principe légal : il y a vente de la chose d'autrui et pourtant, le contrat est validé. Cette dérogation *contra legem*⁴⁶⁵ est justifiée par la protection des intérêts du tiers, dont l'erreur est légitime. C'est à cette occasion que les juges firent revivre l'ancienne maxime d'Ancien droit « *error communis facit jus* »⁴⁶⁶.

⁴⁵⁸ Il permet donc de « *transformer en droit véritable ce qui n'était qu'une apparence trompeuse* » (A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2012, n° 500, p. 359).

⁴⁵⁹ P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », RRJ. 2001-1, Puam, p. 90.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Bien que la possession puisse en être dérivée. Disons, du moins que les rédacteurs du Code n'ont pas repris la maxime d'Ancien droit « *error communis facit jus* » et que l'apparence n'est pas « *nommément visée dans le C.C.* » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, n° 163, p. 317).

⁴⁶² V. aussi l'art. 2182 (anc.), devenu l'article 2477 du c. civ. : « *le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue* ».

⁴⁶³ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.* vol., n° 163, p. 317.

⁴⁶⁴ V. not. Cass. 3 août 1815, S. 1815.1.286, CA Orléans, 17 mai 1836, S. 1836.2.289, Cass. 16 janv. 1843, S. 1843.1.97, Cass. 4 août 1885, S. 1886.1.120, CA Limoges 7 déc. 1886, S. 1887.2.29, Cass. civ. 26 janv. 1897 (arrêt *De la Boussinière*), S. 1897.1.343, D.P. 1900.1.33, note Sarrut. Il s'agit du « *premier domaine où a écloso progressivement la théorie de l'apparence* » (M. Boudot, *art. précit.* n° 91 et s.).

⁴⁶⁵ Car l'art. 1599 c. civ. interdit la vente de la chose d'autrui et ce, peu importe que le tiers acquéreur soit ou non de bonne foi. Le texte ajoute, en effet, que la vente de la chose d'autrui « *peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ». Le législateur a donc bien envisagé l'hypothèse où le tiers acquéreur était de bonne foi et précisé que cette situation ne remettait pas en cause l'annulation de la vente mais justifiait seulement l'allocation de dommages-intérêts.

⁴⁶⁶ V., par ex. Cass. 3 août 1815, *précit.*, Cass. civ. 26 janv. 1897, *précit.*



L'exception a été ensuite étendue à tous les actes effectués par le propriétaire apparent. Si le vrai propriétaire peut être engagé par une vente⁴⁶⁷, qui est l'acte de disposition le plus complet, il peut l'être *a fortiori* par la transmission d'un droit réel⁴⁶⁸ et encore davantage par la conclusion d'un bail⁴⁶⁹. La jurisprudence en a fait également usage en matière d'hypothèque⁴⁷⁰ où là encore, il s'agit de « tourner »⁴⁷¹ un texte clair et impératif⁴⁷². A chaque fois que le contractant n'est pas le véritable propriétaire, l'apparence représente un remède miraculeux : elle vient « *au secours* »⁴⁷³ du tiers de bonne foi et lui permet d'invoquer son erreur commune pour valider un contrat nul.

L'apparence s'est encore élargie lorsqu'elle a été appliquée en matière de mandat. Alors que l'article 1998 du Code civil affirme expressément que le mandataire n'engage plus le mandant lorsqu'il dépasse sa mission, le juge a donné effet aux actes du mandataire apparent. Dès lors que les tiers pouvaient légitimement croire que le mandataire agissait dans la limite de ses pouvoirs, les actes effectués sont valables. Le mandant, affirme la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 13 décembre 1962, peut être engagé « *sur le fondement d'un mandat apparent* »⁴⁷⁴. Et cette exception concerne l'ensemble des actes effectués par le mandataire : la conclusion d'un contrat de travail⁴⁷⁵, la réception d'un paiement⁴⁷⁶ la signature d'un effet de commerce⁴⁷⁷, etc. « *En fait de mandat, croyance légitime vaut titre* »⁴⁷⁸, en conclut la doctrine.

53. L'apparence se répand ainsi avec une facilité étonnante. Et l'on peine à en brider l'extension par le recours à la directive que les exceptions sont d'interprétation stricte. Car

⁴⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, *Bull. civ. III*, n° 123, Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1986, *Bull. civ. I*, n° 214, p. 205, P. Guiho, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954.1.

⁴⁶⁸ CA Angers, 14 avr. 1948, D. 1948.462, note J. Carbonnier.

⁴⁶⁹ V. not. Cass. Civ. 3^{ème}, 4 févr. 1975, *Bull. civ., III*, n° 36, CA Toulouse, 30 oct. 2007, *Juris-Data*, n° 348 025, Loyers et copr. 2008, comm. 24. En doctrine, v. not. P. Zajac, « Le bail accidentel de la chose d'autrui », *JCP N.* 1995.I.641, n° 46 et J. Monéger, « Bail commercial et théorie de l'apparence », *JCP N* 1993.I.103.

⁴⁷⁰ CA Orléans 12 août 1876, S. 1877.2.88, Cass. 3 juill. 1877, S. 1878.1.38, CA Chambéry, 31 mars 1884, S. 1884.2.133, Civ. 26 janv. 1897, *précit.*, Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 1963, D. 1964.1.306, note J. Calais-Auloy, *JCP* 1964.II.13502, note J. Mazeaud).

⁴⁷¹ H. Mazeaud, « La maxime error communis facit jus », *RTD civ.* 1924, spéc. p. 954.

⁴⁷² Article 2413 c. civ. : « *Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent* ».

⁴⁷³ M. Boudot, *art. précit.* n° 107.

⁴⁷⁴ Cass. Ass. Pl. 13 déc. 1962, D. 1963.277, note J. Calais-Auloy, *JCP* 1963.II.13105, note P. Esmein, *RTD civ.* 1963.572, obs. G. Cornu ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 281, p. 778 et s.

⁴⁷⁵ Cass. soc. 15 juin 1999, n° 97-41.375, *Bull. civ. V*, n° 282.

⁴⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, n° 93-14.515, *Bull. civ. I*, n° 240.

⁴⁷⁷ Cass. com. 9 mars 1999, n° 96-13.782, *Bull. Civ. IV*, n° 57.

⁴⁷⁸ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 580.



cette directive ne vise à restreindre l'exception qu'à l'égard du principe corrigé. Il s'agit, en effet de protéger la primauté du principe contre une « *exception entendue trop largement* »⁴⁷⁹. Or, à l'échelle du principe, l'exception n'est pas menaçante : elle ne remet pas en cause le principe dans sa généralité. C'est pour cela qu'aux termes des arrêts, l'apparence n'est qu'une « *exception nécessaire* »⁴⁸⁰, dans l'arrêt *De la Boussinière*, et « *se concilie* » avec les textes, lesquels « *n'ont statué qu'en principe et règle générale* »⁴⁸¹. C'est à l'échelle du droit, que l'exception grossit. Autrement dit, elle fait moins l'objet d'une extension verticale, par rapport au principe corrigé, que d'une extension *horizontale*, en passant d'un principe à un autre. L'exception mène un double jeu : subordonnée à l'égard d'un principe, elle est conquérante à l'égard du droit.

On rencontre encore l'apparence à travers les notions de domicile apparent⁴⁸² ou de mariage apparent⁴⁸³. Toutes ces applications diverses et variées forment la matière d'une théorie générale de l'apparence⁴⁸⁴. L'accumulation des exceptions a fait ainsi émerger une « *sorte de droit commun de l'apparence* »⁴⁸⁵, dont il est possible de dégager les caractères essentiels et généraux : c'est « *la croyance erronée dans l'existence d'une situation juridique* » pouvant conduire, dans certaines conditions « *à faire prévaloir certains effets de cette apparence sur la réalité juridique* »⁴⁸⁶.

L'apparence fait ici figure de « *mécanisme correcteur* »⁴⁸⁷ à usage multiples et variés, destiné à « *tempérer la rigueur aveugle des principes* »⁴⁸⁸ : chaque fois qu'un principe pose les conditions d'une réalité juridique et qu'un tiers invoque une apparence trompeuse, l'exception trouve lieu à s'appliquer. L'apparence paraît ainsi pouvoir investir tout le territoire

⁴⁷⁹ F. Martineau, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Dalloz, coll. « Praxis » 5^{ème} éd., 2012, n° 23-73, p. 197.

⁴⁸⁰ Cass. civ. 26 janv. 1897 (arrêt *De la Boussinière*), *précit.*

⁴⁸¹ Cass. 3 août 1815 *précit.*

⁴⁸² Les assignations et significations sont validées lorsqu'elles ont été effectuées par un tiers de bonne foi au domicile qui apparaissait comme étant celui de l'intéressé. « *On a vu généralement dans cette pris en considération du domicile apparent une application de la théorie générale de l'apparence* » (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 217, spéc. p. 213).

⁴⁸³ Les tiers qui ont traité avec des personnes apparemment mariées, peuvent invoquer la solidarité entre époux pour les dettes ménagères. C'est, à nouveau, une « *application de la théorie de l'apparence* » (*Ibid.*, n°425, spéc. p. 376).

⁴⁸⁴ V. not., B. Jonesco, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, th. Strasbourg, 1928, J.-P. Arrighi, *Apparence et réalité en droit privé*, th. Nice, 1974, J.-L. Souriou, « La croyance légitime », JCP 1982.I.3052, A. Danis-Fâtome, *Apparence et contrat*, th. Paris I, 2002, LGDJ 2004.

⁴⁸⁵ M. Boudot, *art. précit.*, n° 80.

⁴⁸⁶ F. Terré, *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, n° 463.

⁴⁸⁷ C. Bouix, *op. cit.*, n° 36, p. 51.

⁴⁸⁸ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 500, p. 359.



juridique ; elle a « *pour champ d'application le droit tout entier* »⁴⁸⁹. Elle représente « *une exception d'ordre général à la règle de droit* »⁴⁹⁰.

En bref, s'il est une apparence à laquelle ne pas se fier, c'est bien celle de l'exception : elle peut dissimuler un véritable principe prétorien au domaine d'application immense. Et l'exception peut franchir encore un dernier échelon et devenir la source d'applications quasiment illimitées : il s'agit alors d'une exception *polyvalente*.

B. L'exception polyvalente

54. Entre l'exception générale et l'exception polyvalente, il n'y a guère qu'une différence de degré. Tandis que l'exception générale permet de déroger à un ensemble de principes présentant des caractéristiques communes, l'exception polyvalente a un champ d'application plus large et pratiquement illimité, parce qu'elle ne requiert pas un certain type de principe pour être mise en œuvre.

Ainsi, l'apparence ne pourra permettre de déroger qu'aux principes imposant les conditions d'une réalité juridique, en substituant des faits aux conditions requises. Mais une exception comme la fraude, par exemple, aura un champ d'application illimité car tous les principes, quels que soient leurs caractères, peuvent être utilisés dans un but frauduleux. L'exception de fraude remédie, effectivement, à une pathologie susceptible d'affecter toutes les règles de droit.

55. La fraude désigne le fait de « *se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »⁴⁹¹. Le justiciable exploite les règles de droit, profite de leurs imperfections⁴⁹², pour accomplir un but malhonnête. En surface, il agit conformément à la loi et semble donc pouvoir se prévaloir de son autorité. Mais en réalité, il détourne les textes de leur finalité et les

⁴⁸⁹ H. Mazeaud, *art. précit.*, spéc. p. 959.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, th. Toulouse, 1957, p. 208. Pour une autre définition de la fraude : « *Tout acte juridique ou activité judiciaire irrégulier ou techniquement correct, réalisé dans une intention de tromperie et qui tend à éluder une obligation conventionnelle ou légale* » (G. Calbrairac, « Considérations sur la règle "fraus omnia corrumpit" », D. 1961. Chr. p. 169, spéc. p. 170).

⁴⁹² La fraude vise le fait « *de profiter des imperfections de l'ordre juridique en utilisant une règle de droit afin de paralyser l'application d'une autre règle de droit* » (F. Terré, *op. cit.*, n° 499).



tourne à son profit, à mauvais escient⁴⁹³. La jurisprudence va donc écarter la loi ainsi dévoyée, afin d'éviter qu'elle ne serve, malgré elle, des desseins blâmables⁴⁹⁴. La jurisprudence a eu recours à cette exception dès le début du XIX^{ème} siècle, se fondant, en l'absence de texte, sur la maxime d'Ancien droit « *fraus omnia corrumpit* »⁴⁹⁵ – la fraude corrompt tout.

La fraude représente une exception polyvalente, car toutes les règles de droit peuvent être utilisées de manière frauduleuse. Il est dit précisément que « *la fraude fait exception à toutes les règles* »⁴⁹⁶. Chaque fois qu'une loi est invoquée afin de méconnaître les objectifs de l'ordre juridique ou de violer des droits individuels⁴⁹⁷, l'exception de fraude trouvera lieu à s'appliquer. C'est dire que « *rien ne limite la généralité de son champ d'application* »⁴⁹⁸. La fraude représente un « *mécanisme correcteur* »⁴⁹⁹ à vocation universelle, susceptible de renverser l'ensemble des principes légaux. Ceci s'explique notamment au regard de la gravité de l'objectif poursuivi : là où l'apparence permet que l'on se serve des faits, la fraude interdit que l'on ruse avec la loi. Une exception permissive est moins puissante qu'une exception prohibitive.

La fraude apparaît donc dans « *des domaines très divers* »⁵⁰⁰. Son terrain privilégié est, sans doute, celui de la vente immobilière⁵⁰¹, où elle permet de déroger au principe de priorité des publications. Ce principe prévoit que lorsqu'un même bien immobilier fait l'objet de plusieurs ventes successives, c'est l'acquéreur qui aura publié la vente en premier qui aura la préférence⁵⁰². Il y a exception à ce principe, lorsque l'acquéreur ayant publié le premier, a agi

⁴⁹³ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations*, 9^{ème} éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 306, p. 304. Elle se rapproche ainsi de l'abus de droit (G. Calbrairac, *art. précit.*).

⁴⁹⁴ D'où la formule de Monsieur Philippe Rémy : « *c'est ainsi que la jurisprudence, à qui l'on reproche parfois de faire trop parler les textes, parvient aussi à les faire taire* » (Note sous Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1989, RTD civ. 1990.101).

⁴⁹⁵ Les décisions de justice précisent qu'il s'agit là d'une « *règle d'ordre public et supérieur* », qui, « *pour être respectée et appliquée n'avait pas besoin d'être déposée dans un texte précis et formel de la loi positive, consacrée qu'elle est, par les principes généraux du Droit* » (CA Dijon, 24 juill. 1885, D. 1886.2.217).

⁴⁹⁶ V. not. Cass. Req. 3 juill. 1817, S. 1818.1.338 ; Cass. civ. 26 mars 1855, D. 1855.1.326 ; Cass. Req. 8 déc. 1858, D. 1859.1.184 ; 14 mars 1859, D. 1859.1.500 ; CA Grenoble, 11 déc. 1869, D. 1870.2.131 ; Cass. Req. 27 nov. 1893, D. 1894.1.342 ; 29 fév. 1904, DP 1905.1.7 ; 15 juin 1922, DP 1922.1.180 ; 6 avril 1925, S. 1925.1.101.

⁴⁹⁷ H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, th. Paris, 1927, p. 45 et s.

⁴⁹⁸ A. Jeammaud, « *Fraus omnia corrumpit* », D. 1997, p. 19. L'auteur s'exprime notamment au sujet du droit du travail.

⁴⁹⁹ C. Bouix, *op. cit.*, spéc. n° 4 et s., p. 6 et s., n° 197, p. 265 et n° 231, p. 306.

⁵⁰⁰ G. Calbrairac, *art. précit.*

⁵⁰¹ J. Mazeaud, « *L'adage "Fraus omnia corrumpit" et son application dans le domaine de la publicité foncière* », Defrénois, 1962, art. 28265.

⁵⁰² Même si celui-ci a acquis le bien après une première vente, son droit sera seul opposable au tiers. Les « *droits non publiés sont censés ne pas exister à l'égard de ceux qui sont titulaires de droits concurrents et qui les ont*



de manière frauduleuse, en connaissance de la première vente et afin d'évincer les droits du précédent acquéreur⁵⁰³. La jurisprudence écarte alors la loi, en se référant à la maxime « *fraus omnia corrumpit* »⁵⁰⁴.

L'exception de fraude se rencontre également en matière de preuve. Si l'article 1328 du Code civil déclare clairement qu'un acte sous seing privé n'a pas, en règle générale, date certaine pour les tiers, ce principe ne peut être invoqué par celui qui aurait connu l'existence de cet acte⁵⁰⁵. Le rédacteur de l'acte sous seing-privé lui-même ne pourrait, par exemple, se prévaloir du défaut de date certaine de cet acte pour violer impunément ses dispositions. « *Fraus omnia corrumpit* », rétorquerait immédiatement la jurisprudence⁵⁰⁶. Ainsi, l'exception de fraude empêche, une nouvelle fois, que l'on exploite les règles de droit pour atteindre des objectifs condamnables.

La notion de fraude interdit aussi qu'on se serve des institutions ou des notions juridiques de manière déloyale. Elle permet de remettre en cause la qualification choisie par les contractants afin de réaliser un montage frauduleux⁵⁰⁷. La validité des simulations s'arrête là où commence la fraude⁵⁰⁸. De même, la création d'une personne morale – association, société ou groupement d'intérêt économique – peut être rendue inefficace, si elle n'est « *qu'une construction de façade* »⁵⁰⁹. La mise en place d'une société entre époux pour faire échec à

publiés » (Ph. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, coll. « Droit privé », 6^{ème} éd., 2012, n° 833, p. 744).

⁵⁰³ *Ibid.*, n° 875, p. 758.

⁵⁰⁴ V. not., Cass. Req. 8 déc. 1858, D. 1859.1.184 ; Cass. civ. 7 déc. 1925, D.P. 1926.1.185, note R. Savatier, 10 mai 1949, JCP 1949.II.4972, note E. Becqué, Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, D. 1968.412, note J. Mazeaud, JCP 1968.II.15587, note A. Plancqueel. Ce sont désormais les règles de la responsabilité civile qui ont la faveur des juges, pour sanctionner la mauvaise foi de l'acquéreur (v. not. Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 1974, JCP 1975.II.18001, note M. Dagot, Gaz. Pal. 1974, 2, Somm. 570, note A. Plancqueel). Ceci, sans doute, parce que la jurisprudence a une approche toujours plus souple de la fraude et que la notion de « *faute* » est moins caractérisée (v. sur ce point, A. Fournier, « Publicité foncière », *Répertoire de Droit civil*, févr. 2007, (dernière mise à jour, janv. 2014), n° 596). La solution est la même en matière de donation : l'acquéreur d'un bien qui a déjà été donné n'est plus protégé par la publication, en cas de fraude (I. Najjar, « Donation », *Répertoire de droit civil*, janv. 2008, dernière mise à jour : janv. 2014, n° 210).

⁵⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 12 mars 1969, *Bull. civ. III*, n° 217 ; 6 janv. 1972, *Bull. Civ. III*, n° 6 ; 14 mars 1972, *Bull. Civ. III*, n° 173 ; 25 juin 1975, *Bull. civ. III*, n° 217 ; 20 juill. 1989, *précit.*, CA Bordeaux, 2 juill. 1947, RTD civ. 1947.437, note J. Carbonnier.

⁵⁰⁶ Cass. Req. 30 mars 1925, D.H. 1925.306.

⁵⁰⁷ Ainsi, le juge peut écarter la qualification d'échange choisie par les parties, afin d'échapper aux règles du contrat de vente (Cass. Civ. 3^{ème}, 9 juin 1991, n° 89-13.865, *Bull. civ. III*, n° 18 ; 26 juin 1973, *Bull. civ. III*, n° 436 ; 15 mars 1977, *Bull. civ. III*, n° 120) et de réaliser une fraude fiscale (Cass. Com. 20 déc. 1988, JCP N 1990.II.146).

⁵⁰⁸ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 544, p. 594.

⁵⁰⁹ A. Sériaux, « Patrimoine », *Répertoire de droit civil*, « Patrimoine », janv. 2010 (dernière mise à jour : janv. 2013), n° 56.



l'immutabilité de leur statut patrimonial, peut être remise en question à cause de cette ruse⁵¹⁰. De même, dans un genre plus insolite, la création d'un faux syndicat professionnel pour permettre à un parti politique d'investir une entreprise ou un service public peut être contestée⁵¹¹.

56. D'une manière générale, il est inadmissible que les règles juridiques soient utilisées de manière à évincer les objectifs de l'ordre juridique ou à méconnaître les droits des tiers⁵¹². C'est pourquoi le domaine de la fraude est quasiment illimité : c'est une exception inhérente à toutes les règles de droit. Toutes sont susceptibles d'être dévoyées, car toutes comportent des failles dans lesquelles la ruse est susceptible de s'insinuer. La règle de droit est imparfaite par définition, parce qu'elle est générale et abstraite. Le législateur ne peut prévoir, *a priori*, toutes les hypothèses dans lesquelles elle sera invoquée et notamment, toutes celles où la règle sera exploitée à mauvais escient.

La fraude est de ces « *correctifs* »⁵¹³ prétoriens qui veille au respect des finalités de l'ordre juridique. En cela, elle se hisse, d'une certaine manière, au-dessus des règles légales. L'exception de fraude, disait déjà la jurisprudence à la fin du XIX^{ème} siècle, « *domine notre législation* »⁵¹⁴. Elle rayonne sur l'ensemble des lois. Il s'agit là d'un « *principe général supérieur au droit écrit* »⁵¹⁵, susceptible de justifier une dérogation à n'importe quelle loi en vigueur quelle que soit sa nature ou sa portée.

C'est ainsi que l'exception prétorienne atteint le *summum* de sa capacité normative : lorsqu'elle prend la forme d'un principe général du droit, susceptible de déroger à toutes les règles établies. Le *complément* prétorien n'a pourtant rien à lui envier ; lui aussi, recèle des ressources insoupçonnées.

⁵¹⁰ CA Paris, 7 déc. 1954, Defrénois 1955, art. 27330 ; CA Colmar, 17 juin 1955, Defrénois 1956, art. 27402.

⁵¹¹ Cass. Ch. mixte, 10 avr. 1998, n° 97-17.870? *Bull.* n° 2, p. 5. V. aussi, A. Jeammaud, *art. précit.*

⁵¹² H. Desbois, *op. cit.*, p. 45 et s.

⁵¹³ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1994, n° 809, p. 796.

⁵¹⁴ Trib. de Montélimar, 20 mars 1869, sous CA Grenoble, 11 déc. 1869, D. 1870.2.131.

⁵¹⁵ J. Vidal, *op. cit.*, p. 456.



Section 2nde

Le complément prétorien

57. Pour corriger la loi, le juge peut également apporter des règles *complémentaires*, qui vont combler les « *lacunes* »⁵¹⁶ des textes. A nouveau, il s'agit bien d'exercer un pouvoir normatif, puisqu'il va y avoir création d'une règle, mais ce pouvoir est, en apparence, de faible ampleur. Il ne prétend pas affecter la substance de la loi, mais seulement ajouter un aménagement prétorien, propre à combler ses carences. Le juge se comporte en « *agent essentiel de comblement des lacunes* »⁵¹⁷ parce que le législateur est défaillant⁵¹⁸.

Il arrive toutefois que le juge recoure à la suppléance bien qu'il existe déjà une loi applicable, parce que celle-ci est jugée insatisfaisante. Le complément apporté vient alors combler une « *fausse lacune* »⁵¹⁹ et a, en réalité, pour effet, de neutraliser un *principe légal* (§I), ou au-delà l'application du *droit* tout entier (§II).

§ I. La neutralisation d'un principe légal

58. C'est parfois, dans un *principe* déterminé, que le juge repère une fausse lacune. La loi comporte effectivement un silence, mais il ne s'agit pourtant pas d'un oubli. C'est *volontairement* que le législateur s'est tu. Les textes de loi peuvent contenir, à l'instar des partitions de musique, quelques silences utiles : ce sont des lacunes dites *intra legem*⁵²⁰. Une

⁵¹⁶ On parle de « *lacune* », « *lorsqu'un ordre juridique ne contient pas une norme dont on estime qu'il devrait la contenir* » (O. Pfersmann, « *Lacunes et incomplétude* », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, Lamy, 2003). L'existence de lacunes reflète l'« *état d'un système normatif qui n'est pas complet* » (A.-J. Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993). On parle indifféremment de lacune, de carence, de vides ou, de « *creux* », dans l'hypothèse particulière où seul le législateur peut intervenir (R. Savatier, « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 521).

⁵¹⁷ F. Terré, « *Les lacunes du droit* », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 159.

⁵¹⁸ P. Lescot, « *Les tribunaux en face de la carence du législateur* », JCP 1966.I.2007.

⁵¹⁹ Le juge « *crée fictivement une lacune afin de retrouver sa liberté de créer une norme nouvelle* » (Paul Foriers, « *Les lacunes du droit* », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 24). Voir aussi C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, coll. « *Méthodes du droit* », 2^{ème} éd., 1999, n° 30, p. 48 et « *Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse* », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 537, spéc. 546. On parle aussi de « *prétendue lacune* » (C. Huberlant, « *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi* », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 41).

⁵²⁰ La formule désigne une « *lacune volontaire (de la part du législateur) qui se traduit dans la loi par l'utilisation de notions intentionnellement vagues (intérêt de la famille) ou par un renvoi exprès à la coutume,*



notion légale est, par exemple, laissée délibérément indéterminée⁵²¹, afin de rester « flexible »⁵²² et de pouvoir absorber la multiplicité des faits.

Or, le juge va profiter de ce « *flou du droit* »⁵²³ pour procéder à la création de règles complémentaires qui neutralisent, en réalité, les principes qu'elles viennent compléter. Le complément prétorien peut restreindre sensiblement la portée du principe légal, ayant ainsi un effet *réducteur* (A). Et il peut parfois la réduire au point de *désactiver* complètement le principe légal (B).

A. Le complément réducteur

59. Le complément prétorien est *réducteur*, lorsqu'il est superflu. Il s'ajoute à une notion qui n'aurait aucun besoin d'être complétée. Certes, cette notion est large et évasive ; elle est entourée de flou. Mais ce flou n'est pas une pathologie de la loi. Il a été volontairement introduit. Il indique que la notion est « empirique », qu'elle ne prend son sens qu'à travers « une appréciation concrète des faits particuliers »⁵²⁴. Ce flou est donc utile : il instille de l'élasticité à l'intérieur de la notion, afin qu'elle puisse s'étendre à la diversité des circonstances. De cette manière, la liberté d'appréciation des faits, délivrée de toute définition préalable, est élargie au *maximum*⁵²⁵.

Or, le juge va traiter ce flou comme s'il s'agissait d'une anomalie, d'une lacune à combler. Le législateur aurait omis de préciser les caractères généraux de la notion. Il y aurait donc un vide, qui entraverait la bonne mise en œuvre du principe : en effet, si l'on ignore les éléments constitutifs de la notion, comment mener à bien le travail de qualification ? Le juge décide ainsi d'agir et de déterminer les éléments essentiels de la notion, en général et dans l'abstrait.

aux usages, à la pratique ». (G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*). Nous écartons ainsi le sens opposé que C. Perleman attribue à cette formule, d'« omission du législateur » réelle et problématique (*Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, op. cit.*, n° 30 p. 47).

⁵²¹ Sur les notions indéterminées, v. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, 2001, p. 115 et s., J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in J. Carbonnier, *Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008, p. 649.

⁵²² Le « flexible droit » dont parlait le Doyen Carbonnier, fait notamment référence à l'élasticité des concepts et institutions juridiques (*Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, spéc. p. 255 et s.).

⁵²³ La formule est de M. Delmas-Marty (v. *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Puf, coll. « Quadrige », 2004).

⁵²⁴ C. Atias, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2009, p. 744.

⁵²⁵ Les notions indéterminées sont introduites dans la loi pour laisser au juge « une plus grande liberté d'appréciation » (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 116).



Chaque élément repéré devient une condition d'application à remplir. Ainsi complétée, la notion se rigidifie, tandis que son domaine se réduit : les faits qui ne rempliront pas les conditions posées ne pourront plus prétendre à cette qualification.

60. Le sort de la notion de « *dol* » en donne un exemple. Voici une notion laissée indéterminée dans la loi. Nulle part dans le Code civil, on ne trouve de définition de cette notion. L'article 1116, qui pose en principe que le dol entraîne la nullité du contrat, se contente d'évoquer la notion à travers ses effets. Le dol, indique-t-il, recouvre des « *manœuvres* » sans lesquelles « *l'autre partie n'aurait pas contracté* ». La notion est donc entourée de flou : on ignore ce qu'est précisément un « *dol* ». La jurisprudence est donc venue apporter plusieurs éléments de réponse. Elle a indiqué notamment, le 10 mai 1995⁵²⁶, que le dol suppose « *une erreur* » provoquée. Pour qu'il y ait dol, il faut un comportement qui ait induit l'autre partie en erreur.

Ce faisant, le juge paraît se borner à aménager le droit : il apporte un complément prétorien, propre à dissiper le flou législatif. Le dol, déclare-t-il, possède des éléments essentiels, parmi lesquels l'élément « *erreur* ». Une règle d'appoint est ainsi créée, qui va se ranger sous le principe et assurer sa bonne mise en œuvre. La multitude des cas d'espèce enseigne, en effet, que le dol prend, la plupart du temps, la forme de tromperies, mensonges ou dissimulations, ayant pour but de tromper. Il crée donc une erreur dans l'esprit de l'autre partie⁵²⁷. Cette considération est souvent relevée dans les décisions de justice⁵²⁸ ; c'est un élément de fait qui paraît justifier la mise en œuvre de la qualification. L'expérience judiciaire confirme sur ce point l'analyse doctrinale, qui a toujours rapproché le dol et l'erreur⁵²⁹.

⁵²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1995, *Inédit* n° 93-17.388, D. 1997, p. 20, note P. Chauvel. C'est « *la première fois* », remarque le commentateur, « *que la proposition est énoncée dans des termes aussi nets* ». Mais elle était déjà implicite dans la jurisprudence antérieure. V. Cass. com. 2 juin 1981, *Bull. civ. IV* n° 259, p. 205, Defrénois, 1982, art. 32905, n° 36, obs. J.-L. Aubert.

⁵²⁷ V. par exemple : CA Paris, 2 août 1866, S. 1867.2.226 ; Cass. Req. 10 févr. 1868, S. 1868.1.149 ; 29 nov. 1876, S. 1877.1.49 ; 25 mai 1880, D. 1880.1.471 ; 30 juin 1909, S. 1911.1.505 ; Trib. civ. Belfort, 16 juill. 1934, D.H. 1934, Jur., p. 583 ; Cass. civ., 4 janv. 1949, D. 1949, Jur., p. 135.

⁵²⁸ V. not. Cass. Req. 29 nov. 1876, S. 1877.1.49 ; 25 mai 1880, D. 1880.1.471 ; 30 juin 1909, S. 1911.1.505 ; CA Aix, 15 fév. 1950, JCP 1950 II 5548. L'erreur n'apparaît pas, pour autant, comme une condition distincte du dol ; c'est un élément de fait qui a paru, entre autres, justifier la mise en œuvre de la qualification.

⁵²⁹ Ceci depuis le XIX^{ème} siècle (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, Tome IV, 4^{ème} éd. 1871, p. 302 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, Traité des contrats, 1877, p. 164, n° 181 et s. ; Baudry Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome II, 6^{ème} éd. 1897, p. 26, n°40). L'affirmation a un caractère d'évidence ; les auteurs ne s'en expliquent pas vraiment. Elle paraît découler directement du Code civil. Le dol est un vice du consentement, déclare la doctrine. Or, il « *ne vicie le consentement que par l'effet de l'erreur qu'il produit* » (Aubry et Rau, *op. cit.*) Le rapprochement avec l'erreur se renforce par la suite : le dol est analysé comme une « *erreur provoquée* », opposée à l'« *erreur spontanée* » de l'article 1110 c. civ. (L'idée est déjà chez L. Josserand, *Cours de droit civil*, Tome II, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, p. 52, n° 93 ; elle est nettement



61. Le complément apporté a pourtant un impact beaucoup plus lourd. Il conduit à *réduire* la notion de dol. Car le flou qui entoure cette notion n'a rien de pathologique ; il est naturel. C'est la texture normale des notions « *empiriques* »⁵³⁰ qui doivent être dégagées à partir des faits. Le silence du législateur n'est donc pas un oubli ou une carence. C'est plutôt une invitation à l'ouverture et à la souplesse dans le raisonnement ; l'article 1116 « *autorise la liberté, sinon l'audace dans l'interprétation* »⁵³¹. De cette manière, le législateur étend au *maximum* la marge d'appréciation des faits, en encourageant les juges du fond à prendre toutes les circonstances en considération pour rechercher les manifestations du dol, et à n'en exclure aucune *a priori*.

Car si le dol peut apparaître sous l'aspect habituel d'une tromperie engendrant une erreur, il peut également prendre la forme plus originale de manœuvres de captation ou de suggestion. Le contractant déloyal, sans créer d'erreur dans l'esprit de l'autre partie, cherche alors à abuser de sa confiance ou à exploiter sa faiblesse, afin de l'amener à conclure l'affaire. Dans ce cas, le dol vicie le consentement non point par une erreur, mais par une contrainte exercée sur l'autre partie⁵³². La jurisprudence l'a admis à plusieurs reprises dans le passé⁵³³. Puisque « *le code n'a pas défini le dol* », estimait-t-on, la notion s'étend d'une manière générale à « *tous les agissements malhonnêtes tendant à surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement* »⁵³⁴.

formulée chez G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Tome II, LGDJ, 1957, p. 58, n° 132 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 6^{ème} éd. par F. Chabas, 1978, n° 187 ; J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Préface J. Boulanger, LGDJ, 1963, p. 105, n° 88 et *Droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 524, n° 557).

⁵³⁰ C. Atias, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2009, p. 744.

⁵³¹ P. Chauvel, « Dol, erreur et contrainte », D. 1997, p. 20.

⁵³² Une contrainte qui, sans pouvoir être qualifiée de violence (laquelle suppose une « *crainte* », aux termes de l'article 1112 c. civ.) a tout de même un impact sur le consentement.

⁵³³ V. par ex., Cass ; Req. 11 mars 1862, D.P. 1862.1.537 ; CA Toulouse, 8 juill. 1867, D.P. 1862.1.538 ; Cass. Req. 13 déc. 1875, D. P. 1876.1.176 ; CA Rennes, 6 juin 1881, D. P. 1881.2.248, S. 1882.2.23 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 avril 1966, *Bull. civ. I*, n° 224 ; 13 janv. 1969, *Bull. civ. I*, n° 21. La jurisprudence maintient cette conception souple du dol dans le domaine des libéralités, où elle qualifie de dol les manœuvres de captation ou de suggestion. V. not. CA Angers, 27 août 1824, S. 1822-1824.2.433 ; CA Besançon, 16 nov. 1856, S. 1857.2.224 ; CA Aix, 15 mai 1857, D. 1857.2.148 ; Cass. Req. 7 juin 1858, D. 1858.1.451 ; 17 juillet 1871, S. 1871.1.167 ; 16 mars 1875, S. 1877.1.117 ; CA Chambéry, 9 août 1878, S. 1878.1.272 ; Cass., 2 janv. 1878, S. 1878.1.103 ; CA Limoges, 6 févr. 1889, S. 1889.2.173, note Planiol ; Cass. Req. 28 oct. 1895, D. 1896.1. 36, S. 1897.1.326 ; Cass. 1^{ère} civ. 11 févr. 1976, D. 1976, jur. 557.

⁵³⁴ CA Colmar, 30 janv. 1970, D. 1970, Jur. p. 297 note Alfandari, JCP 1971.II.16609, RTD civ. 1970, p. 755, obs. Y. Loussouarn, p. 601, obs. R. Savatier, Defrénois, art. 29914, n° 66, obs. J.-L. Aubert. En l'espèce, il s'agissait de pressions morales exercées sur une personne âgée, qui avaient eu pour effet, aux termes de l'arrêt, de la « *chambrier* » et donc de vicier son consentement.



Le complément prétorien vient donc réduire la notion de dol. Dire que cette notion suppose une erreur, c'est « *ajouter au texte* »⁵³⁵ une condition restrictive⁵³⁶. Le dol est cantonné au cas-type d'une tromperie entraînant une erreur. En dehors de cette hypothèse habituelle, il ne peut plus y avoir de dol. Une partie des faits qui pouvaient prétendre à cette qualification telle qu'elle était présentée dans la loi, sont donc aussitôt exclus. Les faits de captation ou de suggestion notamment ne pourront plus être qualifiés de dol. Le complément prétorien opère donc une sélection préalable des faits, qui limite la liberté d'appréciation des juges du fond⁵³⁷. L'approche de la notion en est changée : au lieu de laisser les faits définir la notion, le juge laisse la notion sélectionner les faits. C'est pourquoi on a pu y voir une « *dénaturation de la qualification légale* »⁵³⁸.

Le complément prétorien peut ainsi réduire sensiblement une notion légale et, partant, le domaine d'application du principe qui y fait référence. Et ce complément est parfois tellement réducteur qu'il peut conduire à *désactiver* complètement le principe légal.

B. Le complément désactivateur

Le complément réducteur et le complément *désactivateur*, ont, entre eux, une différence de degré. La situation est la même au départ : une notion est laissée volontairement indéterminée dans la loi et le juge va lui apporter un complément normatif réduisant le nombre de faits qu'elle peut recouvrir. Mais, dans cette deuxième hypothèse, le complément est tellement restrictif qu'il finit par paralyser la notion légale. Il s'agit, par exemple, d'une condition extrêmement difficile à remplir ou d'une définition contenant des conditions à la fois lourdes et cumulatives⁵³⁹. Ainsi verrouillée, la qualification légale est neutralisée et le principe n'est pratiquement plus mis en œuvre.

⁵³⁵ Y. Loussouarn, *obs. précit.*

⁵³⁶ La jurisprudence va bien « *au-delà des exigences légales* » (C. Atias, *Epistémologie juridique, op. cit.*, n° 152, p. 91). « *Ni l'article 1116 du Code civil, ni même l'article 1109 ne subordonnent l'annulation à cette condition ; la demande en ce sens ne devrait pas pouvoir être rejetée au motif que la preuve de l'erreur commise n'est pas rapportée* » (C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, coll. « Litec professionnels », 5^{ème} éd., 2010, n° 345, p. 199)

⁵³⁷ C. Atias, *art. précit.*

⁵³⁸ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op. cit.*, n° 345, p. 200.

⁵³⁹ Ce procédé, dont la Chambre sociale fait un usage fréquent et remarqué (C. Wolmark, *La définition prétorienne, Etude en droit du travail*, th. Paris, 2007), permet à la Cour de cassation de retrouver tout pouvoir sur une qualification que le législateur a volontairement abandonnée à l'appréciation des juges du fond. Ce



62. La « *faute inexcusable* » a subi un tel traitement. Cette notion, prévue à l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, n'a pas été définie par le législateur⁵⁴⁰. La faute inexcusable est une notion floue ; on ignore ce qu'elle recouvre exactement. Face aux divergences d'opinion sur ce point, la Cour de cassation est donc venue apporter un complément d'information. Le 20 juillet 1987⁵⁴¹, elle a déclaré que « *seule est inexcusable au sens de ce texte, la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* »⁵⁴².

Le juge paraît se limiter à compléter la loi. Le silence du législateur semble, en effet, autoriser le juge à revêtir « *l'habit du législateur* »⁵⁴³ et à suppléer cette lacune⁵⁴⁴. Il apporte donc un complément prétorien qui se situe dans le prolongement des textes. La loi du 5 juillet 1985 avait, en effet, pour objectif déclaré, d'améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation⁵⁴⁵. Or, elle ne paraît pouvoir remplir cet objectif que si la faute inexcusable est entendue de façon stricte : la victime ne doit être privée de son droit à indemnisation que dans de rares hypothèses. Si la faute inexcusable était conçue de manière large, un grand nombre de fautes commises par les victimes seraient qualifiées d'inexcusables et l'objectif général de la loi risquerait de ne pas être atteint.

procédé a été utilisé notamment à propos de la faute inexcusable en matière d'accidents du travail (Cass. ch. réun. 16 juill. 1941, D.C. 1941.117, note Rouast ; JCP 1941.II.1705, note Mihura).

⁵⁴⁰ Le législateur indique seulement le rôle que la faute doit jouer dans l'accident : qu'il faut qu'elle en soit la « *cause exclusive* ».

⁵⁴¹ Cass. civ. 2^{ème}, 20 juill. 1987, *Bull. civ. II*, n° 160, p.90 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 233, p. 521 et s. La formule fut reprise textuellement par la chambre criminelle (Cass. crim. 4 nov. 1987, D. 1988, IR. 7, JCP 1988.IV.14), consacrée par l'Assemblée plénière en 1995 (Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, D. 1995, p. 633, rapp. Chartier, JCP 1996.II.22564, concl. Jéol, note Viney, RTD civ. 1996.187, obs. Chabas) et ne varia plus par la suite.

⁵⁴² Elle reprenait ainsi, en la renforçant, la formule proposée par l'avocat général Bouyssic : « *En résumé, nous pouvons considérer comme inexcusable, la faute d'une exceptionnelle gravité (au regard des règles de la circulation ?) commise avec témérité et exposant sans raison valable son auteur, à un danger dont il devait avoir conscience* » (*Rapport Cour de cassation*, La documentation française, 1987, p. 24, spéc. 28). Cette formule est elle-même inspirée de la définition que la faute inexcusable a reçu en droit aérien et en droit social (sur ce point, v. E. Bloch, « La faute inexcusable du piéton », JCP 1988.1.3328).

⁵⁴³ C. Wolmark, *La définition prétorienne, Etude en droit du travail, op. cit.* n° 381, p. 358.

⁵⁴⁴ Monsieur le conseiller Yves Chartier déclare ainsi qu'« *en ne disant pas eux-mêmes ce qu'est la faute inexcusable, les auteurs de la loi de 1985 ont nécessairement laissé la voie ouverte à une définition spécifique* » (*Rapp. précit.*). Et il est vrai que certains passages des travaux préparatoires encourageaient cette version des faits. Le Garde des Sceaux n'avait-il pas conclu : « *il appartiendra à la jurisprudence de définir les critères de cette faute inexcusable en ce qui concerne les accidents de la circulation, comme elle l'a fait en matière d'accidents du travail* » ? (J.O. déb. Ass. Nat. 1^{ère} lecture, 1984, p. 7025).

⁵⁴⁵ R. Bouyssic, *concl. précit.*



Le complément prétorien va pourtant plus loin que la loi. Si le législateur voulait améliorer la réparation des victimes, il n'entendait pas qu'elle fût systématique⁵⁴⁶. C'était tout l'intérêt de la notion même de faute inexcusable qui justifiait que, dans certaines circonstances, la victime ne fût pas indemnisée. Le législateur qui, en réalité, disposait déjà à l'époque, des éléments généraux de la faute inexcusable⁵⁴⁷, avait laissé la notion « *dans une imprécision voulue* »⁵⁴⁸. Il l'avait abandonnée au pouvoir d'appréciation des faits. Le législateur avait donc bien délégué au juge le soin de déterminer le sens de la faute inexcusable. Mais ce n'était pas une délégation du pouvoir normatif. Il s'en était remis à l'appréciation des faits.

Le complément prétorien désactive ainsi la notion légale. L'accumulation des conditions à remplir, « *faute volontaire* », « *exceptionnelle gravité* », « *sans raison valable* », « *conscience du danger* », réduit au maximum le nombre de faits pouvant prétendre à cette qualification. Le fait, par exemple, pour un piéton en état d'ébriété de se tenir immobile sur la chaussée, de nuit et par temps de pluie, sur une voie fortement fréquentée et dépourvue d'éclairage, n'est pas considéré comme une faute inexcusable⁵⁴⁹. Si la composante comportementale est bien présente, il manque, en effet, la composante psychologique, la « *conscience* » du danger. La définition prétorienne réduit ainsi la faute inexcusable à quelques « *cas de dangerosité extrême* »⁵⁵⁰ où la victime a, par exemple, volontairement franchi des barrières de sécurité et a consciemment accepté les risques de son attitude⁵⁵¹.

En dehors de ces cas extrêmes, il ne peut y avoir de faute inexcusable. « *En dehors de ces hypothèses, force est de constater que la Cour de cassation, même dans des situations où le danger était important, a considéré que les fautes dont elle avait à connaître n'étaient pas inexcusables* »⁵⁵². La notion légale est donc pratiquement désactivée. La Cour de cassation en arrive « *au point de ne quasiment plus jamais considérer qu'elles [les victimes] pourraient*

⁵⁴⁶ Le Garde des sceaux, dans les débats parlementaires, citait, en exemple de fautes inexcusables, le cas du cycliste ivre qui remonte une rue en sens interdit et celui du piéton qui traverse une autoroute, de nuit (J.O. déb. précit.). Or, on sait que, dans le cas de l'ivresse, notamment, la Cour de cassation écarte la qualification de faute inexcusable (Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, précité).

⁵⁴⁷ Les conditions qui composent la définition prétorienne existaient déjà à ce moment-là, pour avoir été dégagées par la jurisprudence, quarante ans plus tôt, à propos de la faute inexcusable en matière d'accident du travail (Cass. ch. réun. 16 juill. 1941, précit.).

⁵⁴⁸ La remarque a été faite, à l'origine, à propos de la notion de faute inexcusable, lors de son premier usage en matière d'accident du travail (H.-G., note sous Cass. civ. 15 fév. 1938, S. 1938.1.161).

⁵⁴⁹ Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, précit.

⁵⁵⁰ Y. Chartier, rapp. précit.

⁵⁵¹ Pour des exemples de fautes inexcusables, *ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*



avoir commis une faute inexcusable les privant de leur droit à réparation »⁵⁵³. Cette « *conception extrêmement stricte de la faute inexcusable* »⁵⁵⁴, que les textes n'imposent pas⁵⁵⁵, répond à une politique jurisprudentielle d'indemnisation des victimes⁵⁵⁶. Au nom de cet objectif, la marge de manœuvre des juges du fond est considérablement réduite, voire presque supprimée. Ainsi, la Cour de cassation qui n'aurait, en théorie, aucun pouvoir sur l'appréciation des faits, retrouve un certain droit de contrôle. Juge du droit, « *elle refoule le fait sur lequel elle n'a aucun pouvoir* »⁵⁵⁷. Par ces compléments prétoriens, elle agit en amont et délimite *a priori* le champ de recherche des juges du fond⁵⁵⁸.

Un complément prétorien peut donc désactiver un texte légal. La jurisprudence en matière de détermination du prix en donne un autre exemple significatif. Lorsque l'Assemblée plénière déclare, le 1^{er} décembre 1995⁵⁵⁹, que « *l'article 1129 du Code civil [n'est] pas applicable à la détermination du prix* », l'indétermination du prix n'affectant pas la validité des contrats et pouvant seulement donner lieu à indemnisation ou à résiliation en cas d'abus, elle apporte bien plus qu'un simple aménagement prétorien. En déplaçant le contrôle judiciaire du prix, de la période de formation du contrat à la période d'exécution du contrat⁵⁶⁰, elle « *désactive* »⁵⁶¹ l'article 1129 du Code civil et « *élimine* »⁵⁶² une condition légale de validité du contrat. Désormais, un contrat ne contenant pas un prix déterminé, ni même déterminable, n'encourra plus la nullité. Les arrêts d'Assemblée plénière paraissent ainsi être « *la manifestation d'un principe nouveau, en vertu duquel la détermination du prix ne serait plus une condition de*

⁵⁵³ G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 79.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ « *Ceci est un choix !* » (C. Mouly, « Faute inexcusable : trois notes en marge d'une interprétation », D. 1987.234).

⁵⁵⁶ G. Canivet et N. Molfessis, *art. précit.*

⁵⁵⁷ J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », D. 2005. Chr., 115.

⁵⁵⁸ V. *infra*, n° 210 et s.

⁵⁵⁹ Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), D. 1996.13, concl. Jéol, note L. Aynès, JCP 1996.II.22565, concl. Jéol, note J. Ghestin, JCP E. 1996.II. 776, note L. Leveneur, JCP N. 1996.I.93, obs. D. Boulanger, Gaz. Pal. 1995.2.626, concl. Jéol, note P. de Fontbressin, CCC. 1996, n° 5, chr. L. Leveneur, LPA 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis, Defrénois 1996.747, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1996, 153 obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 152-155.

⁵⁶⁰ D. Bureau et N. Molfessis, *note précit.*

⁵⁶¹ Il n'y a plus lieu de vérifier que le prix est déterminé au moment de la formation du contrat. « *C'est désormais au stade de l'exécution du contrat que s'effectuera le contrôle judiciaire du prix* » (*Ibid.*)

⁵⁶² C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, coll. « Litec professionnels », 5^{ème} éd., 2010, n° 372, p. 215.



*validité des contrats*⁵⁶³ ». Le texte n'est sans doute pas abrogé officiellement ; mais, en pratique, il est neutralisé.

On trouve encore un exemple de cette démarche à travers la jurisprudence en matière de condition potestative. Lorsque le 16 octobre 2001⁵⁶⁴, la Cour de cassation pose que le caractère potestatif d'une condition peut s'apprécier au moment de l'exécution du contrat, cet aménagement prétorien a des conséquences considérables. S'agissant de contrôler la validité de la condition, les juges devraient se placer naturellement au moment de la formation du contrat pour apprécier son éventuel caractère potestatif⁵⁶⁵. En déplaçant le contrôle judiciaire du moment de la formation du contrat à celui de son exécution⁵⁶⁶, les juges se laissent la possibilité de refuser l'annulation d'un contrat contenant une condition manifestement potestative, au motif qu'elle n'a pas été mise en œuvre de manière abusive⁵⁶⁷. Le principe légal de prohibition des conditions potestatives est ainsi pratiquement désactivé. « *Il n'y a plus de condition potestative et l'art. 1174 du Code civil est abrogé ; il peut y avoir mise en*

⁵⁶³ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n°152-155, p. 88.

⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n°257, D. 2002, Somm.com., p 2839, obs. D. Mazeaud, JCP G 2001 IV, 2898, JCP 2002,I, n°134, obs. J. Rochfeld. V. précédemment, Cass. 1^{ère} civ. 21 mars 1984, *Bull. civ. I*, n°112, RTD civ. 1985, p.382, obs. J. Mestre ; CA Aix en Provence 2^{ème} ch., 15 juin 1988, RTD civ. 1989, p.542. Ainsi, la clause résolutoire selon laquelle les contrats conclus entre le propriétaire d'une clinique et les médecins y exerçant leur activité prendront fin sans indemnité si la clinique «*cessait d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation* », n'est pas purement potestative, dès lors que le propriétaire de la clinique a fermé l'établissement en raison de difficultés de gestion insurmontables, et qu'en conséquence, « *cette clause n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles* ».

⁵⁶⁵ C'est le contenu de la clause qui est examiné, sa structure, sa signification. Les circonstances de sa mise en œuvre, les motifs invoqués par le débiteur pour avoir empêché ou provoqué la réalisation de la condition, sont, en principe, indifférents : si la clause est nulle, le fait qu'elle ait été mise en œuvre légitimement ne peut avoir pour effet de la rendre valable (C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5^{ème} éd., 2010, n° 133, p. 80).

⁵⁶⁶ L'appréciation de la potestativité de la condition ne se fait donc plus seulement au moment de la formation du contrat, en fonction du contenu de la clause. Elle peut prendre en compte des éléments postérieurs, tenant aux circonstances de sa mise en œuvre. Les juges en arrivent ainsi « *à se déplacer résolument du terrain de la formation du contrat, vers celui de son exécution* » (S. Gjidara, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudence de l'article 1174 à 1178 du code civil », 2^{ème} partie, LPA. 2000, n°124, p. 4, spéc. n°27).

⁵⁶⁷ En déplaçant le contrôle judiciaire sur le terrain de l'exécution du contrat, le juge s'éloigne de la convention et retrouve un pouvoir d'appréciation du comportement des parties et des raisons qu'elles invoquent. Il ne s'agit plus d'examiner la structure du contrat, mais d'apprécier la manière dont les parties se sont comportées au moment de son exécution. Le juge peut s'attacher au fait que la condition a été mise en œuvre légitimement, ou que le prix a été fixé sans abus. C'est dire qu'il substitue, au contrôle de la validité d'un acte, un contrôle de la légitimité d'une attitude. La question n'est plus « le contrat est-il valable ? », mais « les parties se sont-elles comportées de bonne foi ? ». La validité du contrat se retrouve ainsi subordonnée à l'appréciation judiciaire du comportement ultérieur des parties. Et ambitionnant de « *sauver une condition susceptible d'être qualifiée de purement potestative* » (S. Gjidara, art. *précit.*), le juge s'arroge la liberté de déclarer valable une clause ou un contrat apparemment nul.



œuvre abusive de clause qui laissent une grande liberté à l'une des parties, mais qui, en tant que telles, ne sont pas contestables »⁵⁶⁸.

Un complément prétorien peut donc parvenir à paralyser l'application d'un principe. Mais ses effets peuvent être plus puissants encore lorsque le juge apporte un complément au *droit* tout entier.

§ II. La neutralisation de l'œuvre législative

63. Le complément prétorien peut servir à combler une fausse lacune affectant, cette fois, la *législation* toute entière. Le juge dit ajouter à la loi un principe autonome, différent de ceux qui ont été prévus par le législateur. Mais le principe prétorien, qui ne paraît être qu'un principe *praeter legem* – au-delà de la loi et visant à remédier à ses carences – est, en réalité, un principe *contra legem* – c'est la théorie dite des lacunes *contra legem*⁵⁶⁹. Le complément ne vient pas corriger la loi ; en réalité, il tend à la neutraliser. Mais son autonomie apparente le rend admissible : puisque le principe est autonome, les textes qui paraissent en condamner l'existence ne lui seraient pas applicables.

Lorsque le juge complète le droit pour déroger à un principe exprès, le complément est *dérogatoire* (A). Lorsque la dérogation se réalise ouvertement et s'applique à une importante série de principes, le complément apparaît *transgressif* (B).

A. Le complément dérogatoire

64. Le complément est *dérogatoire*, lorsqu'il prend la forme d'un principe nouveau visant, en réalité, à déroger à un principe applicable. La loi contient, par exemple, un principe clair et impératif, qui soumet son application à certaines conditions. Or, ce principe présente des

⁵⁶⁸ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n°133, p. 81. L'article 1174 est supplanté par l'article 1178 du c. civ. (S. Gjidara, art. précit.).

⁵⁶⁹ Cette théorie reflète les cas « où des interprètes, désirant éviter l'application de la loi, dans une espèce donnée, en restreignent la portée par l'introduction d'un principe général qui la limite, et créent ainsi une lacune *contra legem*, qui va à l'encontre des dispositions expresses de la loi » (C. Perleman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, op. cit., p. 48 ; v. aussi « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », art. précit. spéc. 546).



avantages pratiques dans d'autres situations qui ne remplissent pas les conditions prévues. Dans ce contexte législatif, il semble difficile d'agir par voie d'interprétation : le principe est particulièrement clair et en remanier le sens paraît délicat. Par ailleurs, il est extrêmement encadré et toute tentative d'interprétation extensive mettrait le juge en contradiction ouverte avec la loi.

Le juge décide donc de caractériser une fausse lacune. Il déclare être face à un vide législatif qui justifie l'apport d'un complément prétorien. En surface, il ne fait donc qu'ajouter un principe supplémentaire qui vient compléter le droit existant. Mais en réalité, il n'y a pas de vide législatif puisqu'il existe déjà un principe clair à ce sujet. Le complément prétorien n'est donc qu'une réplique du principe légal, à ce détail près qu'il est libéré du régime strict prévu dans la loi. Par ce moyen détourné, le juge réussit ainsi à mettre en œuvre le principe légal en dehors des conditions posées, sans contredire ouvertement les textes. Il déroge à la loi par voie de suppléance.

65. La création de l'obligation *in solidum* en donne un exemple. Ce mécanisme juridique, qui permet notamment à la victime d'un dommage causé par plusieurs personnes, de demander à l'un des coauteurs le paiement de toute la dette, n'existe pas dans les textes. C'est la jurisprudence qui l'a progressivement élaboré dès le début du XIX^{ème} siècle et au fil des cas d'espèces⁵⁷⁰. Les prémisses de la notion prétorienne, apparurent clairement dans l'arrêt *Compagnie générale Transatlantique*⁵⁷¹, et la Cour de cassation s'y référa expressément dans sa motivation le 4 décembre 1939⁵⁷².

Lorsque la jurisprudence consacre l'obligation *in solidum*, elle paraît donc apporter un complément prétorien à la législation. Elle répare une « omission du législateur »⁵⁷³, en

⁵⁷⁰ V. *infra.*, n° 82.

⁵⁷¹ Cass. civ. 11 juill. 1892, D. 1894.1.513, note Levillain. V. déjà, pour une évocation implicite dans les arrêts précédents (Cass. civ. 14 août 1867, S. 1867.1.401 ; Cass. Req. 28 mai 1889, S. 1890.1.414 ; 16 juill. 1890, D. 1891.1.49, note M. Planiol).

⁵⁷² Cass. civ. 4 déc. 1939, D.C. 1941.1.124, note G. Holleaux. Cet arrêt est le premier où la Cour de cassation se réfère expressément à la notion nouvelle en matière de responsabilité délictuelle. Elle mentionnait déjà l'obligation *in solidum* dans d'autres domaines, par exemple, en matière d'obligation alimentaire des père et mère (Cass. civ. 27 nov. 1935, D.P. 1935.1.25, note M. Rouast). Par ailleurs, cette notion était déjà expressément citée par les juges du fond (V. not. CA Alger 13 mars 1890, D. 1894.1.513 ; CA Nîmes, 30 avril 1895, D. 1895.2.335 ; CA Douai, 31 juillet 1897, D. 1899.2.211 ; CA Amiens, 5 déc. 1933, D.H. 1934.75 ; CA Nîmes, 5 nov. 1934, Gaz. Pal. 1934.2.816).

⁵⁷³J. Français, *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation "in solidum"*, Th. Paris, Les éditions internationales, 1936, p. 165.



ajoutant, aux principes établis, un principe manquant issu de la tradition⁵⁷⁴. À première vue, celui-ci ne contredit pas la loi ; il se pose à côté d'elle et complète l'ensemble législatif par un mécanisme inédit et nécessaire.

66. Or, cette présentation des choses n'est pas tout à fait convaincante. Le Code civil contient déjà, en effet, des principes en la matière. En présence de plusieurs débiteurs, il considère, d'une manière générale, que la dette se divise entre eux et que chacun ne demeure tenu qu'à hauteur de sa part⁵⁷⁵. Le créancier ne peut donc demander à l'un des débiteurs le paiement de toute la dette. Il n'en va autrement *que* s'il y a solidarité⁵⁷⁶, c'est-à-dire lorsque l'obligation est chargée d'une modalité particulière. Et seules la loi et la convention peuvent en décider. L'article 1202 du Code civil est catégorique à ce sujet : la solidarité, déclare-t-il, « *ne se présume point* ». Elle doit être « *expressément stipulée* », ajoute-t-il, à moins qu'elle n'ait lieu « *de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi* ». Le juge ne peut donc, de sa propre autorité, créer un cas de solidarité.

Or, la solidarité présente beaucoup d'avantages pratiques : elle permet d'éviter au créancier de diviser ses poursuites entre les débiteurs et de supporter la charge de l'insolvabilité de l'un d'entre eux, le cas échéant. La jurisprudence a donc souhaité en faire usage dans d'autres situations que celles qui étaient limitativement énumérées par la loi. Mais comment procéder ? La voie de l'interprétation paraissait fermée. Pour le juge, créer de nouveaux cas de solidarité était une voie difficile : c'était prendre le risque de se mettre en contradiction ouverte avec la loi. La jurisprudence s'y était, du reste, engagée⁵⁷⁷ mais elle fut critiquée pour violation de l'article 1202.

Pour déroger aux conditions posées, il fallait donc emprunter une autre voie⁵⁷⁸. Elle consista, pour le juge, à caractériser une fausse lacune. Le Code civil n'aurait posé les principes énoncés que pour certaines situations et aurait omis de disposer notamment pour la matière

⁵⁷⁴ L'obligation *in solidum* existerait depuis le droit romain, ce que signale sa formule latine, même si l'on convient aujourd'hui qu'elle n'avait pas alors le même sens (M. Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, th. Bourgoigne, Préf. E. Loquin, Dalloz, 2002).

⁵⁷⁵ C'est le principe de la division de la dette.

⁵⁷⁶ Articles 1197 et s. c. civ.

⁵⁷⁷ V. not. Cass. 6 sept. 1813, S. 1814.1.57 ; 23 déc. 1818, S. 1819.1.278 ; 11 juill. 1826, S. 1825-27.1.388 ; Cass. Req. 3 mai 1827, S. 1825-1827.1.588 ; Cass. civ. 29 fév. 1836, S. 1836.1.293 ; 12 juill. 1837, S. 1837.1.964 ; 29 déc. 1852, D. 1853.1.49 ; Cass. Req. 4 mai 1859, S. 1856-1860.1.447 ; Cass. civ. 14 août 1867, *précit.* ; Cass. Req. 18 mai 1868, D. 1869.1.131 ; 25 juillet 1870, S. 1872.1.122 ; 28 mai 1889, *précit.* ; Cass. civ. 11 juill. 1892, *précit.*, S. 1892.1.508. V. *infra*, n° 82.

⁵⁷⁸ Sur la tentative préalable de distinction entre les solidarités parfaite et imparfaite, v. *infra*, n° 82.



délictuelle. Il existerait donc un vide législatif que le juge est, dès lors, autorisé à combler. Ainsi, crée-t-il « *de toutes pièces* »⁵⁷⁹ un complément prétorien : l'obligation *in solidum*. En surface, ce complément ne méconnaît pas les textes : le juge a l'interdiction de créer de nouveaux cas de solidarité, mais non de créer des cas d'obligation *in solidum*⁵⁸⁰. La notion d'obligation *in solidum* est « *toute différente* »⁵⁸¹ ; elle peut donc être d'initiative judiciaire. Elle représente une « *catégorie à part* »⁵⁸², qui se pose « *à côté* »⁵⁸³ de la solidarité et complète la loi sans la violer⁵⁸⁴.

On ne parle pas de solidarité, confie le Doyen Carbonnier à son lecteur, mais « *d'obligation in solidum (par où l'on évite l'objection de l'a. 1202 al. 2., qu'il n'y pas de solidarité sans texte)* »⁵⁸⁵. Le juge déroge ainsi à la loi par voie de suppléance. Il crée un principe concurrent qui tient les principes établis en échec, tout en lui donnant la forme d'un simple aménagement prétorien, manifestement respectueux des textes. La dérogation à la loi se fait ainsi en toute discrétion. La création *contra legem* est habilement requalifiée : ce n'est qu'un complément « *praeter legem* »⁵⁸⁶.

Il n'est guère de principes légaux qui résistent à un tel procédé. Car la loi peut être la plus claire et la plus impérative qui soit, elle cède devant un aménagement prétorien qui prétend seulement le compléter. Le juge en a fait usage dans un autre domaine où la loi l'avait expressément privé de tout pouvoir : en matière de compensation. Comme la solidarité, ce mécanisme légal n'appartient pas au juge : il ne peut pas déclencher la compensation de sa propre autorité, mais seulement constater qu'elle s'est opérée d'elle-même, dès lors que les conditions légales étaient remplies. L'article 1290 du Code civil y insiste à deux fois : la compensation opère de « *plein droit* », « *par la seule force de la loi* ». Pour retrouver un pouvoir en la matière, la jurisprudence a donc élaboré un mécanisme jumeau, la compensation

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 662.

⁵⁸⁰ « *Si l'on veut être respectueux du principe de l'art. 1202* », déclare Monsieur Rouast en 1894, « *il y a d'ailleurs une solution qui paraît indiquée, c'est de dire qu'il s'agit d'une obligation in solidum* » (Note sous Cass. civ. 6 août 1894, D.P. 1895.1.99). La voie de l'obligation *in solidum* est « *plus soucieuse de respecter la règle impérative de l'article 1202* » (J. Vincent, *art. précit.*, p. 626). Car « *si au lieu d'admettre dans ce cas l'action in solidum (...), on veut reconnaître la solidarité proprement dite, on trouve une objection insurmontable dans les dispositions de l'art. 1202* » (*Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Tome 33^{ème}, 1860, à l'entrée « Obligations », spéc. n° 1483, P. 331).

⁵⁸¹ J. Vincent, *art. précit.*, p. 608.

⁵⁸² J. Français, *op. cit.*, p. 141

⁵⁸³ J. Vincent, *art. précit.* p. 681.

⁵⁸⁴ « *C'est, nous semble-t-il, le système à la fois le plus conforme aux textes, aux principes, et aux nécessités de la pratique* » (J. Français, *op. cit.*, p. 163).

⁵⁸⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n°1261, p. 2497.

⁵⁸⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°1410, p. 1452.



judiciaire, échappant au régime légal⁵⁸⁷. Ainsi elle se laissait la possibilité de prononcer des compensations en dehors des cas prévus, tout en prétendant recourir à un mécanisme de nature différente.

Le complément prétorien apporté au droit peut ainsi permettre de déroger aux principes établis. Lorsque cette dérogation affecte un grand nombre de principes et n'est pas véritablement justifiée, le complément prétorien apparaît encore plus ambitieux ; il devient *transgressif*.

B. Le complément transgressif

67. Le complément *transgressif* déroge ouvertement à toute une série de principes. Le juge le rend toutefois admissible en insistant sur sa nature particulière. C'est l'autonomie de la création prétorienne qui la rendrait compatible avec les textes. Parce qu'elle est autonome, elle sortirait de leur sphère d'application. Ainsi, la cohérence du droit est-elle nécessairement rétablie. La création prétorienne ne peut que se concilier avec la loi : puisqu'elle est située en dehors d'eux, aucun texte ne saurait en exclure l'existence et elle échappe à toutes leurs prohibitions.

68. L'astreinte en donne un exemple. Voici un mécanisme d'origine prétorienne, qui paraît être venu compléter la loi. A l'origine, aucun texte du Code civil ou du Code de procédure civile⁵⁸⁸ n'en fait mention. La loi recense toutes les condamnations possibles en matière d'obligation, ainsi que l'ensemble des voies d'exécution. Mais nulle part elle n'évoque cette voie de contrainte particulière, consistant à obliger le débiteur à s'exécuter rapidement, en le condamnant à payer une certaine somme par jour de retard⁵⁸⁹. Le législateur n'ayant pas consacré l'astreinte, la jurisprudence est venue pallier cette carence : elle a consacré ce mécanisme. Ce faisant, elle prétendait ajouter un simple complément prétorien,

⁵⁸⁷ N.-C. Ndoko, « Les mystères de la compensation », RTD civ. 1991.690.

⁵⁸⁸ « Trouve-t-on dans le code civil ou dans le code de procédure civile, quelques traces de ce système ? Aucune » (A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », RTD civ. 1903, p. 9).

⁵⁸⁹ L'astreinte permet ainsi d'assurer l'exécution des décisions de justice (Y. Strickler, *Procédure civile*, Larcier, coll. « Paradigme », 4^{ème} éd., 2013, n° 484, p. 277). Le débiteur est forcé à s'exécuter « par crainte d'être écrasé sous une condamnation pécuniaire indéfiniment croissante » (J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. Quadrige, 1^{ère} éd. 2004, n°1289, p. 2542).



manifestement compatible avec les textes. Aux termes des arrêts, en effet, « *l'astreinte ne contrevient à aucune loi* »⁵⁹⁰.

69. L'affirmation, toutefois, n'est pas tout à fait juste. L'astreinte est un complément prétorien *contra legem*. On est même allé jusqu'à dépeindre cette création comme « *la violation des textes la plus caractéristique* »⁵⁹¹. En effet, quel que soit l'angle sous lequel on l'aborde, le complément prétorien transgresse, en fait, un grand nombre de principes établis dans la loi.

Si l'astreinte a la nature d'une « *peine* », elle viole, tout d'abord, les principes du droit pénal, au premier rang desquels se trouve le principe de légalité des peines. Le juge ne peut, en effet, prononcer une peine sans le support d'un texte⁵⁹². Si l'astreinte n'appartient pas au droit pénal et a plutôt la nature de dommages et intérêts, elle est alors une violation des principes du droit civil. Car, les dommages et intérêts ne sont pas conçus comme un moyen de contrainte pesant sur le débiteur, mais bien comme un mode de réparation du préjudice causé au créancier⁵⁹³. L'article 1142 paraît même exclure toute tentative de contrainte du débiteur qui se refuserait à agir⁵⁹⁴.

En tout état de cause et quelle que soit la nature de l'astreinte, elle paraît aller à l'encontre des principes gouvernant l'office du juge. Elle viole l'article 1351 du Code civil et le principe d'autorité de la chose jugée, qui implique que le juge ne puisse plus connaître d'une affaire qu'il a tranchée. L'astreinte peut être, en effet, une mesure définitive, mais également provisoire⁵⁹⁵, son montant peut être augmenté ou réduit par une décision ultérieure, ce qui donne au juge la liberté de revenir sur une affaire qu'il a déjà jugée. L'astreinte est, enfin, *a priori*, une violation de l'article 5 et du principe d'interdiction des arrêts de règlement. Lorsque le juge prononce une astreinte, en effet, il ne dit pas le droit ; il « *commande, il règle* »⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ Cass. Req., 29 janv. 1834, DP 1834.1.81 ; S. 1834.1.129.

⁵⁹¹ M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936, p. 62.

⁵⁹² Comment reconnaître au juge le pouvoir de prononcer une véritable peine privée sans l'appui d'un texte ? (Planiol et Ripert, t.VII, Obligations, par Radouant, n°787 et s.).

⁵⁹³ Article 1147 et 1149 c. civ.

⁵⁹⁴ Du moins dans sa version littérale, puisque l'on sait que la jurisprudence a considérablement atténué la portée de ce texte.

⁵⁹⁵ Y. Strickler, *Procédure civile*, op. cit., n° 486, p. 278.

⁵⁹⁶ A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », RTD civ. 1903, p. 34. Même s'il s'agit là d'un règlement individuel et sur cet aspect que l'auteur insiste pour défendre la légitimité de l'astreinte au regard des textes.



Aussi, l'astreinte n'est-elle pas aussi compatible avec la loi que le juge paraît l'affirmer. En vérité, il y a « *violation des textes, violation plusieurs fois répétée* »⁵⁹⁷. En lui donnant la forme d'un complément prétorien, le juge parvient toutefois à la rendre admissible. L'astreinte aurait sa nature propre ; elle pourrait donc échapper aux règles établies. Elle ne serait pas tout à fait une peine ; elle ne serait donc pas soumise au droit pénal et au principe de légalité de peines⁵⁹⁸. Mais elle ne relèverait pas non plus des dommages et intérêts et échapperait ainsi, à l'ensemble des principes du droit civil⁵⁹⁹.

Au-delà de ces points précis, l'astreinte échapperait également aux principes gouvernant l'office du juge. Elle ne serait pas soumise au principe d'autorité de la chose jugée, parce qu'elle ne serait pas un produit de la *juris-dictio*, mais un effet de l'*imperium*⁶⁰⁰. Et elle ne tomberait pas, non plus, sous le coup de la prohibition des arrêts de règlement, parce qu'elle ne constituerait pas un règlement général, mais seulement un règlement individuel. L'astreinte est un ordre, mais limité à la cause dont le juge est saisi. La Cour de cassation l'a précisé : l'astreinte « *ne rentre nullement dans les dispositions générales et réglementaires interdites par l'article cité [5 du Code civil]* »⁶⁰¹.

Toutes ces justifications permettent de donner la forme d'un simple complément, à un mécanisme prétorien qui est, en réalité, transgressif. Même si son utilité n'est pas contestée, il va clairement à l'encontre d'un grand nombre de principes légaux.

⁵⁹⁷ M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936, p. 69.

⁵⁹⁸ Il suffit d'insister sur l'aspect « *dommages et intérêts* » de l'astreinte. En effet, puisque les astreintes ne sont que des « *dommages et intérêts employés comme moyen de contrainte* », et bien que constituent « *une peine dans un certain sens, les règles de droit pénal ne leur sont certainement pas applicables* » (A. Esmein, art. précit., p. 53).

⁵⁹⁹ On insistera alors sur l'aspect « *peine* » de l'astreinte. V. par ex., Cass. 24 janv. 1865, qui évoque « *une peine accessoire des dommages et intérêts* » (D 1865.1.126, S. 1865.1.84). « *Le juge, en pareil cas, fait autre chose qu'interpréter la loi et dire simplement le droit : il donne un ordre ; et la condamnation dont il menace le justiciable, en cas de désobéissance ou de retard dans l'obéissance n'a pas le caractère de dommages et intérêts moratoires ou compensatoires, au sens du Code civil. C'est une peine et les arrêts le répètent à l'envi* » (A. Esmein, art. précit., p. 34).

⁶⁰⁰ En prononçant une astreinte, le juge « *exerce un tout autre pouvoir que la juridiction proprement dite et dont l'exercice n'engendre pas l'autorité de la chose jugée. Il commande, il réglemente ; il ne dit pas le droit* » (A. Esmein, art. précit. p. 34). La jurisprudence distingue ainsi les *judicia decisoria*, soumise à l'autorité de la chose jugée, et les *judicia decisoria*, qui y échappent (Cass. 22 nov. 1841, S. 1842.1.170). V. aussi les arrêts suivants, quoique moins explicites, Cass. 25 juill. 1882 (D. 1883.1.243, S. 1883.1.345) ; 7 nov. 1888 (D. 1889.1.259, S. 1890.1.457) ; 20 mars 1889 (D. 1889.1.382, S. 1892.1.565).

⁶⁰¹ Cass. 13 déc. 1886 (D. 1887.1.386, S. 1887.1.176). Or, « *tout ce que lui a défendu le législateur moderne, c'est de faire des règlements généraux statuant pour l'avenir et à l'égard de tous. Mais quand il émet une prohibition qui se rapporte et se limite à l'objet du débat, il ne fait rien de tel* » (A. Esmein, art. précit., p. 50).



Concluons ainsi que les modes de correction, comme les modes d'interprétation, ont, en pratique, un pouvoir normatif très important : ils permettent de changer en profondeur l'état du droit. Le juge démontre ainsi qu'il peut créer des principes complètement nouveaux et tenir en échec les principes existants. Son pouvoir normatif paraît donc presque aussi puissant que celui du législateur : comme ce dernier, le juge semble pouvoir officieusement promulguer des normes nouvelles et abroger des normes existantes.

Et le pouvoir prétorien ne s'arrête pas là : si le juge est libre à l'égard de la loi, il l'est aussi et *a fortiori*, à l'égard de sa propre jurisprudence. Ce que le juge a fait, il peut le défaire, ainsi que le démontre l'étude des *processus* prétoriens.



TITRE 2nd

LE POUVOIR DES PROCESSUS PRÉTORIENS

70. Les *processus*⁶⁰² prétoriens correspondent aux différents modes de formation d'une règle jurisprudentielle. Jusque dans les années 1870, il n'y avait guère qu'une seule manière de créer une jurisprudence : un processus spontané et progressif par lequel la répétition et l'accumulation des solutions particulières se muait naturellement en règle générale⁶⁰³. A partir de cette date, ce processus spontané a été progressivement maîtrisé par les juges, de sorte que ces derniers ont donc acquis une emprise plus importante sur la formation et la suppression des règles prétoriennes. Un siècle plus tard, ce processus était absorbé par la Cour de cassation de sorte que les progressions et les régressions de la jurisprudence s'observent aujourd'hui essentiellement à partir des arrêts de la Haute juridiction.

Le processus traditionnel, qui impliquait une formation lente de la règle au fil des arrêts successifs a pris peu à peu la forme d'une méthode maîtrisée : la méthode des « *petits pas* », pratiquée par la Cour de cassation, qui permet d'opérer volontairement les « *systématisations* »

⁶⁰² Le mot « *processus* » qui désigne « *un ensemble de phénomènes conçu comme actif et organisé dans le temps* » (Dictionnaire *Le Grand Robert de la Langue Française*, 2^{ème} éd., 2007, t. VII), est souvent employé pour décrire la genèse d'une règle prétorienne (v. J.-L. Bergel, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », in *Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques*, Cahiers de Méthodologie juridique n° 8, RRJ, Puam, 1993-4, p. 1055 et « Le processus des concepts émergents », in E. Le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, Lextenso, coll. « Droit et économie », 2010, p. 439 et s. ; P. Deumier, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, p. 21 et s., p. 105 et s. et 156 et s.). V. aussi, P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », n° 4 et 5, *Cycle droit et technique de cassation 2005-2006*, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF, spéc. n° 80, p. 53 (l'auteur évoque le « *processus de la sédimentation juridique* ») et, J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Puf, coll. « Quadrige », 2004, n° 142, p. 268 (l'auteur traite du « *processus général* » de formation de la jurisprudence). Pour décrire la genèse de la règle prétorienne, les auteurs emploient également le mot « *phénomène* » (M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence, Etude sociologique*, th. Paris II, 1983, J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, MéL. Ripert, LGDJ, 1950, p. 66, qui parle du « *double phénomène* » à l'origine de la formation d'une règle prétorienne).

⁶⁰³ Il arrive, en effet, « *un moment où la répétition des arrêts a consolidé les applications jurisprudentielles d'un principe* » (J. Boulanger, art. précit.). La règle prétorienne se dégage ainsi « *de manière implicite d'une succession concordante d'actes juridictionnels* » et « *naît a posteriori par la répétition des décisions particulières* » (M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936, p. 111 et s., V. aussi, R. Le Balle, *Genèse du droit jurisprudentiel, Cours de droit civil*, Doctorat, Paris, 1960-1961).



successives »⁶⁰⁴ nécessaires à la formation d'une règle (Chapitre 1). Et un processus plus moderne est apparu qui permet d'accélérer la formation de la règle prétorienne par le biais d'une seule décision ayant immédiatement une portée générale : l'arrêt dit *de principe*⁶⁰⁵ (Chapitre 2).

⁶⁰⁴ P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RID, 1980.293.

⁶⁰⁵ Il ne s'agit pas de soutenir que les arrêts de principe sont une invention récente. Il y eut des arrêts de principe, même au XIX^{ème} siècle. Mais ils n'avaient pas le même rôle : ils ne venaient pas accélérer la formation de la jurisprudence ; ils venaient consacrer une règle prétorienne au moment où elle paraissait mûre et déjà admise par l'ensemble des juristes. C'est pourquoi les grands arrêts, comme l'arrêt *Compagnie générale Transatlantique*, en matière d'obligation *in solidum*, ou l'arrêt *De la Boussinière*, en matière d'apparence, n'étaient pas signalés par les commentateurs comme des arrêts innovants. Ils étaient déclarés conforme à une jurisprudence déjà ancienne et constante.



CHAPITRE 1^{er}

LES ARRÊTS SUCCESSIFS

« Mais vous savez comment se forme une jurisprudence, par petites touches successives qui s'additionnent ».

*A. Breton*⁶⁰⁶

71. La règle prétorienne peut se former au terme d'un processus progressif : elle naît alors de l'accumulation des solutions particulières. Ce double processus de « généralisation » et de « sédimentation »⁶⁰⁷ correspond au mode traditionnel de formation de la jurisprudence. Longtemps assimilé à la coutume⁶⁰⁸, ce processus a été progressivement maîtrisé par les juges. A partir des années 1970, il a même été absorbé par la Cour de cassation. On évoque alors l'expression de « *petits pas* »⁶⁰⁹, non plus pour décrire un phénomène spontané, mais une « méthode »⁶¹⁰, une « technique »⁶¹¹, ou de manière plus significative une « politique »⁶¹², consistant, pour la Cour de cassation, à ne dévoiler la règle prétorienne que par étapes, afin de préserver la sécurité juridique.

⁶⁰⁶ « Au bout d'un certain temps, un principe se trouve dégagé qui n'a plus qu'un lien assez éloigné avec la disposition légale qui en a été le point de départ » (« L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Toulouse, 1975, p. 26).

⁶⁰⁷ J.-L. Bergel, *art. précit.*

⁶⁰⁸ Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n° 123, spéc. p. 384 et, Tome 2, n° 149, spéc. p. 50 et s. et Lebrun, *La coutume*, th. Paris, 1932, n° 249 et s., p. 257 et s.

⁶⁰⁹ L'expression est utilisée par André Breton, en 1975, qui évoque « *ce qu'on appelle aujourd'hui la méthode des petits pas* » (*art. précit.*, p. 26). Il convient de remarquer que l'expression est empruntée à la science politique, où elle désigne un programme qui procède par étapes intermédiaires, peu impressionnantes mais efficaces.

⁶¹⁰ V., pour ex., J. Ghestin, Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991.449 ; T. Massart, Note sous Cass. com. 22 févr. 2005, Bull. Joly Sociétés, 01 oct. 2005, n° 10, p. 1105 ; T. Genicon, Note sous Cass. ch. mixte, 28 novembre 2008, *Revue des contrats*, 01 avril 2009, n° 2, p. 487 ; A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », LPA 25 janv. 2007, n° 19, p. 22 ; M. Menjucq, Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1998, D. 1999.337, C. Mouly, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 130.

⁶¹¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 12^{ème} éd., 2007, n° 11, p. 94.

⁶¹² v. pour ex., S. Amrani Mekki, D. 2006.2638 (remarque générale sur la période oct. 2005-sept. 2006) ; H. Slim, Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, JCP n° 28, 6 juill. 2009, 94 ; X. Lagarde, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », D. 2005, p. 82 ; M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^{ème} éd. 2013, p. 52.



Ces « *petits pas* », légers en apparence, aboutissent donc à de grands changements. Lorsqu'ils vont *en avant*, ils aboutissent à la création d'une règle complètement nouvelle (Section 1). Lorsqu'ils vont *en arrière*, ils ont le pouvoir de détruire l'innovation et d'opérer un retour à la règle précédente (Section 2).

Section 1^{ère}

Les « *petits pas* » en avant

72. La méthode des « *petits pas* » présente un intérêt essentiel : elle permet d'expérimenter la règle nouvelle, de vérifier qu'elle est effectivement praticable, utile, légitime. La Cour de cassation lance un « *ballon d'essai* »⁶¹³, pose une « *première pierre* »⁶¹⁴. En fonction des réactions de la doctrine, des juges du fond et, plus généralement de l'ensemble des juristes, elle décidera de poursuivre sa construction ou d'y renoncer. La démarche est donc tactique : la « *rigidité d'un arrêt de principe et l'ampleur, difficile à cerner, de ses conséquences ont, de tout temps, incité la Cour de cassation à la prudence : la sécurité juridique, qui est la première mission de la Cour, conduit à privilégier des évolutions "à petits pas", plutôt que des revirements spectaculaires* »⁶¹⁵.

La Cour de cassation, à l'instar de l'argonaute⁶¹⁶, progresse ainsi, étape par étape, pour aboutir, à terme, à de profonds changements. Pas à pas, elle impose une *règle* nouvelle qui vient s'ajouter aux textes (§I), ou élabore de toute pièce une notion prétorienne, distincte des concepts légaux (§II).

⁶¹³ R. Libchaber, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », RTD civ. 2002, p. 604, Y. Guenzoui, « Un conflit de doctrines », RTD civ. 2014, p. 275.

⁶¹⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 227-229, spéc. p. 497, à propos de l'arrêt *Blieck*.

⁶¹⁵ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », Bulletin d'information de la Cour de cassation, 2009, p. 6. V. aussi, R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP 1975.I.2681 : « *Lorsque la Cour est appelée à poser un principe nouveau, celui-ci n'est généralement pas énoncé du premier coup dans sa forme définitive, à la façon dont Minerve est sortie tout armée du cerveau de Jupiter* ».

⁶¹⁶ La figure mythologique du vaisseau *Argo*, qui avait tant intrigué Roland Barthes (*Roland Barthes par Roland Barthes*, éd. Seuil, 1975), est porteuse d'une puissante allégorie. Ce navire dont les argonautes remplaçaient, une à une, chacune des pièces, avait été peu à peu entièrement renouvelé, de sorte qu'il ne ressemblait plus en rien au vaisseau d'origine. Mais l'ensemble - et c'est toute la force de l'allégorie - n'avait jamais cessé, à aucun moment, d'être le vaisseau *Argo*.



§ I. La formation progressive d'une règle prétorienne

73. Le juge peut créer une règle nouvelle par « petits pas ». Il rend alors une série d'arrêts qui, en apparence, n'apportent, les uns par rapport aux autres, qu'une infime variation. Pourtant, chaque variation représente un nouveau point de départ à partir duquel le juge continue de progresser. Au terme de ces avancées successives, la règle nouvelle apparaît entièrement.

Ce processus peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'un processus de *création progressive* : le juge façonne très progressivement la règle prétorienne. (A). Il peut s'agir aussi d'un processus de *généralisation progressive*. Le juge pose alors d'emblée la règle, mais en encadre strictement la mise en œuvre. Puis, il la généralise au fur et à mesure des cas suivants (B).

A. La création progressive

74. Le juge peut agir par *création progressive*. L'élaboration de la règle s'accomplit alors selon trois phases successives. Elle est d'abord admise de manière *détournée* : le juge continue d'appliquer la règle antérieure tout en modifiant sa manière de la mettre en œuvre. La règle nouvelle est ensuite, accueillie *implicitement* : le juge l'évoque mais de manière ambiguë. Enfin, la règle nouvelle est consacrée *explicitement* : le juge dévoile clairement la règle nouvelle, par un arrêt de principe qui vient clore le processus⁶¹⁷.

75. Prenons, pour exemple, la jurisprudence au sujet des clauses abusives. La Cour de cassation a, en effet, modifié pas à pas l'interprétation de la loi du 10 janvier 1978⁶¹⁸. Les textes, à l'origine, privaient le juge de tout pouvoir en la matière⁶¹⁹ ; seul le gouvernement avait compétence pour établir la liste des clauses abusives. Devant l'insuffisance du système législatif⁶²⁰, la Cour de cassation changea le sens de ce texte⁶²¹. Elle élaborait « *par touches*

⁶¹⁷ La méthode des petits pas implique en effet « *que le dernier pas s'interprète par rapport aux pas précédents* » (M. Menjucq, *note précit.*).

⁶¹⁸ La loi de 1978 a, par la suite, été codifiée dans les articles L. 132-1 et s. du Code de la consommation.

⁶¹⁹ Dans le système législatif, le juge était donc relégué à « *une tâche d'application quasi-mécanique des textes* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°159, p. 142) : il devait se limiter à annuler les clauses expressément prohibées par décrets.

⁶²⁰ V. *infra*, n° 209.



successives »⁶²², une règle nouvelle, selon laquelle le juge dispose d'un pouvoir analogue à celui du gouvernement. Elle procédait ainsi progressivement, selon la « *méthode des petits pas* »⁶²³, en marquant les trois étapes énoncées.

Elle admit, d'abord, l'interprétation nouvelle de manière détournée. Elle agissait « *par allusion* »⁶²⁴, en modifiant sa manière d'appliquer la règle antérieure. Dans deux arrêts rendus le 16 juillet 1987⁶²⁵ et le 25 janvier 1989⁶²⁶, elle annulait ainsi des clauses qui n'avaient pas été prohibées par décret tout en se justifiant au regard des circonstances particulières de l'espèce : c'est l'indivisibilité de deux clauses, dont l'une seulement était interdite⁶²⁷ ou l'indivisibilité de deux contrats, alors que la clause n'était prohibée que dans le cadre de l'un d'eux, qui fondaient la position adoptée⁶²⁸. Le juge maintenait donc la règle antérieure, selon laquelle seul le gouvernement peut identifier les clauses abusives, tout en l'attaquant par le versant des faits, c'est-à-dire « *la mineure* » du syllogisme⁶²⁹.

La règle nouvelle fut, ensuite, accueillie « *implicitement* »⁶³⁰. Dans l'arrêt rendu le 6 décembre 1989⁶³¹, la Cour de cassation censurait les juges du fond pour avoir annulé une clause qui n'était pas interdite par décret, sans avoir caractérisé « *en quoi [la clause] [était] constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet* ». La précision était d'importance : elle laissait entendre qu'il n'était pas interdit au juge d'annuler des clauses si elles étaient *réellement* abusives, c'est-à-dire si elles correspondaient aux caractères énoncés dans la loi. La Cour de cassation se plaçait donc cette fois au niveau de la majeure du syllogisme, de la règle applicable : celle-ci semblait avoir changé, même si ce changement n'était accessible que par un raisonnement *a contrario*⁶³².

⁶²¹ V. *supra*, n° 16.

⁶²² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 145.

⁶²³ J. Ghestin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991.449.

⁶²⁴ J. Carbone, *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, Puf, coll. « Thémis », 19^{ème} éd., 1995, n° 83, p. 148.

⁶²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, D. 1987, somm. 456, note Aubert, D. 1988.49, note Calais-Auloy, JCP 1988.II.21001, note Paisant, RTD civ. 1988.14, obs. J. Mestre.

⁶²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1989, D. 1989. Jur. 253, note Ph. Malaurie.

⁶²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, *précit.*

⁶²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1989, *précit.*

⁶²⁹ Ph. Malaurie, note *précit.* Les auteurs y virent « *une lueur d'espoir dans la lutte contre les clauses abusives* » (Calais-Auloy, note *précit.*).

⁶³⁰ J. Carbone, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*

⁶³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989, D. 1990.289, note Ghestin, JCP 1990.II.21534, note Delebecque, Defrénois 1991.366, obs. Aubert, RTD civ. 1990.277, obs. Mestre.

⁶³² Sur les aléas de cette méthode d'interprétation appliquée à la jurisprudence, v. C. Atias, « *Jurisprudence a contrario ?* », D. 1997, p. 297.



Enfin, l'interprétation nouvelle était admise « *explicitement* »⁶³³. La Cour de cassation, par un arrêt du 14 mai 1991⁶³⁴ approuva les juges du fond d'avoir annulé une clause non prévue par décret mais qui remplissait les caractères de la définition légale. Aux termes de l'arrêt, ils avaient « *à bon droit* » décidé que « *cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite* ». La Cour de cassation révélait donc la règle nouvelle : les clauses abusives ne sont pas seulement celles qui sont prohibées par décret ; ce sont toutes celles qui répondent aux critères posés par le législateur. L'arrêt rendu le 26 mai 1993⁶³⁵ confirma cette évolution : il formula solennellement la règle nouvelle, dans un chapeau, détaché de son application à l'espèce : désormais le juge a le pouvoir de compléter la liste des clauses abusives, à l'instar du gouvernement.

76. La méthode des petits pas peut ainsi conduire à l'apparition d'une règle contraire à la règle antérieure sans que la continuité des arrêts ne soit brisée. La Cour de cassation a procédé de la même manière, lorsqu'elle a transformé la fonction de la mention manuscrite de la caution⁶³⁶. L'interprétation nouvelle s'est, en effet, développée de manière très lente, « *par petites touches* »⁶³⁷ successives. Arrêt après arrêt, et « *comme si de rien n'était* »⁶³⁸, la Cour de cassation a admis progressivement que la mention manuscrite de la caution, règle de preuve dans l'article 1326 du Code civil, était, en réalité, une véritable règle de forme, nécessaire à la validité du contrat.

L'admission de la règle nouvelle avait d'abord été *détournée*. Au début des années 1970⁶³⁹, la Cour de cassation avait commencé par négliger de censurer des arrêts d'appel annulant des cautionnements au motif que la mention manuscrite était insuffisante, alors que la sanction aurait dû être, normalement, l'irrecevabilité de la preuve. La Haute juridiction se retranchait alors derrière le pouvoir souverain d'appréciation des faits, et la règle nouvelle était ainsi admise de manière allusive.

⁶³³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*

⁶³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449, note Ghestin et Somm. 320, obs. Aubert, JCP 1991.II.21763, note Paisant, CCC 1991, n°160, note L. Leveneur, Defrénois, 1991, 1268, obs. Aubert, RTD civ. 1991. 526, obs. J. Mestre.

⁶³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1993 : « *sont réputées non écrites les clauses relatives à la charge du risque lorsqu'elles apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs, par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* » (D. 1993.568, note Paisant, Defrénois 1994.352, obs. Delebecque, RTD civ. 1994.97, obs. J. Mestre).

⁶³⁶ V. supra, n° 14-15.

⁶³⁷ M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, (première édition) 1990, n°112, p. 95.

⁶³⁸ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante, mais menacée », RTD civ. 1992, p. 344.

⁶³⁹ V. la rétrospective de la jurisprudence faite par C. Mouly et M. Cabrillac, in *Droit des sûretés, op. cit.*, n°112, p. 97.



Puis, l'admission fut *implicite*. Au cours de l'année 1983, la Cour de cassation usait « *de formules plus fermes* »⁶⁴⁰ et combinait l'article 1326 du Code civil avec l'article 2015 (anc.), afin de donner un fondement plus solide à l'interprétation nouvelle. Ainsi, le 19 avril 1983⁶⁴¹, elle déclarait qu'après avoir « *souverainement estimé que l'engagement n'était pas suffisamment déterminé* », la cour d'appel en avait « *justement déduit qu'un tel engagement n'était pas valable* ». Elle renforçait bientôt ses exigences et jugeait, par exemple, le 3 mai 1984⁶⁴² que le renvoi au corps imprimé de l'acte était inopposable à la caution. Mais la règle nouvelle n'était toujours pas proclamée.

Enfin, l'interprétation nouvelle était admise de manière *explicite*. Le 30 juin 1987⁶⁴³, la Cour de cassation changeait ouvertement la qualification de la mention manuscrite. Elle déclarait que « *les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais [avaient] pour finalité la protection de la caution* ». La règle était ainsi mentionnée clairement dans un « *attendu de principe* » : la mention manuscrite est une règle de forme. La Haute juridiction l'avait enfin dévoilée. Et lorsque, par la suite, il fut question de supprimer cette règle, elle suivit rigoureusement au retour, les étapes qu'elle avait marquées à l'allée⁶⁴⁴.

Au terme du processus de création progressive, une règle complètement nouvelle est posée. Une autre manière de procéder consiste à procéder tout de suite à l'innovation, tout en l'encadrant strictement, puis, à la généraliser peu à peu, au point, à terme de lui accorder une véritable portée générale.

B. La généralisation progressive

77. Deux étapes principales paraissent caractériser le processus de généralisation progressive. Dans un premier temps, le juge admet la règle nouvelle dans une série de cas particuliers, dont il augmente progressivement la liste. Puis, lorsqu'il dispose d'assez de matière, il proclame le caractère général de la règle appliquée.

⁶⁴⁰ C. Mouly, note sous Cass. civ. 1^{ère} 15 nov. 1989, D. 1990, p. 177.

⁶⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 avr. 1983, n°82-11.080, *Bull. civ.*, I, n°122 et 22 juin 1983, n°82-13.166, *Bull. civ. I*, n° 182.

⁶⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1984, *Bull. civ. I*, n°147, p. 125.

⁶⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n°210, p. 155.

⁶⁴⁴ V. *infra*, n°.



C'est le cheminement qu'a adopté la jurisprudence en matière de personnes morales. Elle s'est, d'abord, « *limitée, dans une première étape* »⁶⁴⁵, à reconnaître la qualité de sujet de Droit à quelques entités juridiques déterminées. Puis, « *dans un arrêt très hardi* » rendu le 28 janvier 1954⁶⁴⁶, la Cour de cassation a « *posé le principe général* »⁶⁴⁷ selon lequel, le législateur n'a pas le monopole de la création des personnes morales. La Haute juridiction a emprunté la même voie, au sujet des droits des étrangers. Dans « *une première étape* »⁶⁴⁸, elle a attribué aux étrangers certains droits civils déterminés. Puis, « *elle a fini par leur attribuer d'emblée tous les droits civils, exception faite de ceux expressément réservés aux Français par une disposition législative* »⁶⁴⁹.

La première étape de ce processus peut se subdiviser, en trois périodes. Dans un premier temps, le juge admet la règle nouvelle, mais de manière très *restrictive* : il procède dans le cadre d'une hypothèse particulière et pose des conditions précises. Dans un deuxième temps, le juge étend l'interprétation nouvelle à des *cas voisins*, qui présentent une similitude avec l'hypothèse de départ. Dans un troisième temps, l'interprétation nouvelle est élargie à des *cas lointains* : le juge s'éloigne davantage du cas initial, ce qui le conduit à assouplir les conditions posées à l'origine.

78. Le principe de responsabilité du fait d'autrui en donne un exemple. La Cour de cassation a imposé cette règle prétorienne, issue d'une interprétation de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil⁶⁵⁰, selon la « *méthode des petits pas* »⁶⁵¹. Dans l'arrêt *Blieck*, rendu le 29

⁶⁴⁵ S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol XVII, Paris, LGDJ, 1974, p. 124.

⁶⁴⁶ Cass. 2^{ème} sect. civ. 28 janv. 1954, D. 1954.217, note G. Levasseur, JCP 1954.II.7978, concl. Lemoine, Dr. soc. 1954.161, note P. Durand.

⁶⁴⁷ S. Belaid, *op. cit.*

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 279.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ C'est un cas d'interprétation créatrice (V. *supra*, n° 16 et s.). Le texte ne contenait à l'origine qu'une phrase introductive annonçant les cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui prévus par le législateur, c'est-à-dire la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs (1384, alin. 4), des maîtres et commettants du fait de leurs domestiques et préposés (1384 alin. 5), et des instituteurs et artisans, du fait de leurs élèves et apprentis (1384 alin. 6). La jurisprudence fut longtemps en ce sens, même après avoir reconnu dans la première partie de ce texte l'existence d'un principe général de responsabilité du fait des choses (Cass. civ. 2^{ème}, 24 nov. 1976, D. 1977.595, note C. Larroumet) Une curieuse schizophrénie s'était donc installée dans l'interprétation de ce fameux alinéa : c'était l'expression d'un principe, pour ce qui concernait la responsabilité du fait des choses, mais le texte restait une annonce de plan, pour ce qui avait trait à la responsabilité du fait d'autrui. Lorsqu'une évolution sociale sembla le requérir, la jurisprudence changea de position : elle se mit à considérer que ce texte contenait lui-même une norme.

⁶⁵¹ J. Mouly, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, JCP 1995.II.22550.



mars 1991⁶⁵², elle découvrit la règle nouvelle mais de manière très restrictive. L'arrêt portait, en effet, sur des circonstances atypiques : il était question de la responsabilité d'une association en charge de personnes handicapées pour les dommages causés par ses pensionnaires alors qu'ils étaient traités selon des méthodes libérales⁶⁵³. Si l'association était condamnée, c'était, aux termes de l'arrêt, parce qu'elle avait accepté « *la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé* ». La règle nouvelle était donc étroitement liée aux « *données de l'espèce* »⁶⁵⁴ et soumise à des conditions « *taillées sur mesure pour envelopper des internats, entrecoupés de périlleuses libertés, à destination d'adultes plus ou moins déficients* »⁶⁵⁵.

Un deuxième pas fut effectué lorsque le juge étendit la règle nouvelle à un *cas voisin* : celui des centres éducatifs pour mineurs délinquants⁶⁵⁶. L'analogie s'expliquait : les mineurs délinquants semblent être, d'abord, comme les personnes handicapées, des individus représentant un danger potentiel et nécessitant, à ce titre, une garde. Ensuite, les centres éducatifs pour mineurs délinquants ont, comme les associations pour personnes handicapées, accepté la mission « *d'organiser et de contrôler à titre permanent* » le « *mode de vie* » de ces individus⁶⁵⁷. Mais la jurisprudence marquait un progrès : la règle nouvelle comptait désormais un nouveau cas d'application, tandis que le lien entre le mode de traitement pratiqué et la responsabilité de la personne morale semblait s'estomper⁶⁵⁸.

⁶⁵² Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl. 29 mars 1991, D. 1991.324, note C. Larroumet, Somm. 324, obs. J-L. Aubert, chr. G. Viney, p. 157, JCP 1991.II.21673, concl. Dontenville, note J. Ghestin, Gaz. Pal. 1992.2.513, obs. F. Chabas, RTD civ. 1991.541, obs. P. Jourdain, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 227-229, p. 493 et s. Les juges du fond s'étaient, toutefois, déjà engagés dans cette voie (Trib. pour enfants de Dijon, 27 février et 22 mars 1965, D. 1965.439, RTD civ. 1965.652, obs. Rodière).

⁶⁵³ Aux termes de l'arrêt, l'association était, en effet, « *destinée à recevoir des personnes handicapées mentales encadrées dans un milieu protégé* » et l'auteur du dommage était « *soumis à un régime comportant une totale liberté de circulation dans la journée* ».

⁶⁵⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 501 et s.

⁶⁵⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 1151, p. 2319. La Cour de cassation confirma cette jurisprudence pour un organisme en charge de personnes handicapées (v. not. Cass. 2^{ème} civ., 24 janv. 1996, *Bull. civ. II*, n° 16, D. 1996.IR.63).

⁶⁵⁶ V. not. Cass. crim. 10 oct. 1996, D. 1997.309, note M. Huyette, JCP 1997.II.22833, note F. Chabas; Cass. Crim. 26 mars 1997, D. 1997.496, note P. Jourdain, JCP 1997.II.22868, rapp. Desportes; Cass. civ. 2^{ème} 20 janv. 2000, D. 2000.571, note M. Huyette.

⁶⁵⁷ Cette extension était novatrice, mais restait dans les limites déjà tracées, car « *les missions des établissements chargés de recevoir des mineurs en danger correspondent bien aux critères posés par l'Assemblée plénière* » (M. Huyette, *note précit.*, D. 1997.309).

⁶⁵⁸ La référence à un traitement « *comportant une totale liberté de circulation* » disparaissait.



Ce fut un troisième pas, lorsque la Cour de cassation étendit la règle nouvelle à des *cas lointains*. Par deux arrêts du 22 mai 1995⁶⁵⁹, elle l'appliqua, en effet, à des associations sportives. L'extension était considérable : si l'association était déclarée responsable au nom d'une mission d' « *organisation* » et de « *contrôle* », les modalités de cette mission avaient changé. Il ne s'agissait plus de gérer un « *mode de vie* », « *à titre permanent* », mais seulement une « *activité* » qui pouvait être provisoire⁶⁶⁰. Et elle ne s'appliquait plus au même type d'individu, puisque le sportif n'est pas une personne potentiellement dangereuse. En créant ce nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui, inédit⁶⁶¹, la Cour de cassation s'éloignait ainsi des préoccupations originales⁶⁶².

A partir de là, de nouvelles extensions devenaient possibles. Les juges étendirent la règle prétorienne à d'autres types de groupements ayant un rapport avec le sport : association de supporters⁶⁶³, association scout⁶⁶⁴, et même association de majorettes⁶⁶⁵. On en arrive ainsi, par ces décalages successifs, à de nouveaux cas d'application qui, tout en ayant un lien avec l'hypothèse directement précédente, n'ont plus rien de commun avec l'hypothèse initiale. Chaque variation de la jurisprudence représente un nouveau point de départ à partir duquel d'autres extensions peuvent être apportées et la jurisprudence se développe, non pas par revirement, mais « *par glissements* »⁶⁶⁶.

Dans l'hypothèse du principe de responsabilité du fait d'autrui, la quatrième étape n'a pas encore été franchie. Encore aujourd'hui, soit plus de vingt ans après l'arrêt *Blieck*, la règle générale n'a pas encore été proclamée⁶⁶⁷. Mais l'on mesure le chemin parcouru depuis. Les

⁶⁵⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, J. Mouly, JCP 1995.II.22550, et I.3893, n° 5, note G. Viney, RTD civ. 1995.899, obs. P. Jourdain. La solution fut confirmée par la suite (3 fév. 2000, JCP 2000.II.10313, note Mouly, Defrénois 2000.724, note D. Mazeaud ; 20 nov. 2003, JCP 2004.II.10017, note Mouly, RTD civ. 2004.106, obs. Jourdain.

⁶⁶⁰ L'association sportive ne contrôle pas le mode de vie de ses membres mais organise simplement les sessions d'entraînement et les compétitions ; il ne s'agit donc, en tout et pour tout, que d'un contrôle « *intermittent* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 505).

⁶⁶¹ Ce nouveau cas « *diffère de toutes les autres applications qui ont été faites, à la suite de l'arrêt Consorts Blieck, de l'article 1384 alinéa 1^{er}* » (G. Viney, *note précit.*).

⁶⁶² La doctrine fait remarquer que « *si les sportifs sont dignes de protection, il n'existait pas en ce qui les concerne un besoin social aussi fort que pour les victimes des pensionnaires de centres de rééducation en milieu ouvert* » (J. Mouly, *note précit.* JCP 1995.II.22550).

⁶⁶³ CA Aix, 9 oct. 2003, RCA 2004, n° 89, note Radé.

⁶⁶⁴ CA Paris, 9 juin 2000, RCA 2001, n° 74, note Grynbaum. Les juges du fond appliquèrent la jurisprudence *Blieck* aux associations de chasse (TGI Cusset, 29 fév. 1996, JCP 1997.II.22849, note Mouly, Dijon, 5 sept. 2002, JCP 2003.IV.1413), mais ils furent censurés par la Cour de cassation (Cass. civ. 2^{ème}, 11 sept. 2008, JCP 2008.II.10184, note Mouly). Le principe fut également écarté pour les syndicats (26 oct. 2008, JCP 2007.II.10004, note Stoffel-Munck).

⁶⁶⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 2002, RTD civ. 2003.305, obs. P. Jourdain.

⁶⁶⁶ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, n° 144, p. 274.

⁶⁶⁷ De sorte que l'on en « *ignore encore la portée exacte* » (J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, p. 494).



« *petits pas* » démontrent ainsi tout leur potentiel normatif. Et celui-ci apparaît encore plus nettement, lorsqu'il ne s'agit plus seulement de développer une règle nouvelle, mais de créer de toute pièce une notion prétorienne.

§ II. La formation progressive d'une notion prétorienne

79. Lorsque le juge élabore un concept complètement nouveau, c'est-à-dire une notion autonome distincte des notions légales, il procède habituellement de manière progressive. Le « *concept émergent* »⁶⁶⁸, issu des traditions juridiques ou des « *simples réalités de la vie sociale* »⁶⁶⁹, se forme derrière le paravent d'un concept légal, puis apparaît à ses côtés dans les décisions, avant de s'en distinguer⁶⁷⁰.

Ce processus peut être divisé en deux phases principales : la phase de *développement*, tout d'abord, qui couvre la genèse du concept nouveau, depuis sa création derrière le concept existant, jusqu'à son émergence à ses côtés (A) ; la phase de *détachement*, ensuite, au cours de laquelle le concept nouveau se sépare du concept existant, jusqu'à acquérir sa complète autonomie (B).

A. Le développement progressif

80. La plupart du temps, les notions nouvelles se développent sous le couvert d'une notion existante. Ce système présente, en effet, un double avantage. Il permet, d'abord, d'accueillir discrètement une notion neuve afin de la mettre à l'épreuve : celle-ci est expérimentée avant d'être ouvertement consacrée. Il permet, ensuite, d'éviter les risques de dérives inhérents à toute innovation : la notion nouvelle se trouve effectivement comprimée dans le régime juridique de la notion existante, et, de cette manière, ne risque pas de s'emballer de manière incontrôlable.

⁶⁶⁸ J.-L. Bergel, « A la recherche des concepts émergents en droit », D. 2012, p. 1567. V. aussi, du même auteur, « Le processus des concepts émergents », art. *précit.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 239, spéc. p. 557.



La phase de développement peut se subdiviser en trois étapes. La première est celle de l'*extension de la notion existante*. Le juge étend une notion légale à des hypothèses différentes, qu'elle n'était pas destinée à couvrir. C'est la raison pour laquelle la notion employée sera souvent large et souple, comme la notion de « *faute* » ou de « *contrat* », à moins qu'il ne s'agisse d'une notion plus technique qui dispose toutefois d'un régime juridique malléable. Les extensions successives conduisent bientôt à une deuxième étape : la *déformation de la notion existante*. Celle-ci est dénaturée, peut-être amputée de l'un de ses caractères essentiels ; par-là, elle montre son insuffisance : elle n'est plus capable de contenir la notion nouvelle qui cherche à s'émanciper. Une troisième étape s'ensuit naturellement : celle de l'*apparition de la notion nouvelle*.

81. La manière dont la notion d'enrichissement sans cause s'est développée permet d'illustrer l'analyse. Avant d'apparaître au grand jour dans l'arrêt *Patureau-Miran*⁶⁷¹, la notion s'est développée derrière une notion existante : la gestion d'affaires⁶⁷². Cet « *admirable instrument juridique* »⁶⁷³ a, en effet, deux grandes vertus. Il est, d'abord, souple dans son régime : une gestion volontaire et profitable de l'affaire d'autrui suffit pour y recourir. Il est, ensuite, riche d'effets juridiques : la gestion d'affaires permet d'accorder un recours à celui qui veut demander à autrui, le remboursement des dépenses qui lui ont profité. Les premières décisions d'enrichissement sans cause furent ainsi élaborées discrètement, « *sous le couvert de la gestion d'affaires* »⁶⁷⁴.

Au cours du XIX^{ème} siècle, la notion légale fut ainsi étendue à des hypothèses qui ne correspondaient pas vraiment à l'esprit de l'institution. On en fit usage au profit de celui qui avait payé volontairement ou involontairement la dette d'autrui⁶⁷⁵, pourvu qu'il n'y eût pas

⁶⁷¹ Cass. Req. 15 juin 1892, D. 1892.1.596 ; S. 1894.1.281, note Labbé ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 553.

⁶⁷² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 556. V. aussi, M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (première partie) », RTD civ. 1921, p. 419 et deuxième partie, RTD civ. 1922, p. 5 ; Ripert et Teisseire, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause », RTD civ. 1904, p. 727, spéc. P. 732.

⁶⁷³ M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (première partie) », *art. précit.*, p. 422.

⁶⁷⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 556.

⁶⁷⁵ Pour la caution qui a acquitté la dette, à l'encontre du débiteur principal et des autres cautions (Cass. Req. 21 mars 1855, D. 56.1.258, Paris 7 juin 1875, D. 76.2.225), pour le légataire universel qui a payé les droits de mutation, à l'encontre des légataires particuliers (CA Rennes, 12 févr. 1880, D. 80.2.21), pour l'héritier qui a payé les dettes de la succession, à l'encontre des autres héritiers (CA Pau, 30 nov. 1869, S. 70.2.85, D. 74.2.284), pour le tiers qui acquitte les dettes d'une société, à l'encontre des associés (Cass. civ. 8 janv. 1862, D. 1863.1.75, CA Poitiers, 13 juin 1881, D. 82.2.100).



d'erreur⁶⁷⁶. Dans ces hypothèses, il semblait « *fort douteux* »⁶⁷⁷ qu'il y ait eu intention de gérer l'affaire d'autrui, d'autant que le *solvens* était souvent tenu d'acquitter la dette. On accorda également l'action de gestion d'affaires à celui qui avait exécuté une obligation alimentaire à la charge d'un autre⁶⁷⁸. Tous ces recours étaient en réalité fondés sur l'équité⁶⁷⁹ et la notion d'enrichissement sans cause. Mais consacrer d'emblée cette notion aurait présenté des risques⁶⁸⁰ : elle était extrêmement large et pouvait entraîner des dérives. Le concept de gestion d'affaires offrait ainsi à la fois le moule pour façonner la notion nouvelle et l'« *armature juridique* »⁶⁸¹ susceptible d'en réfréner les excès.

Une deuxième étape fut franchie lorsque « *l'étonnante vitalité* » de la gestion d'affaires entraîna une « *crise grave* »⁶⁸² de la notion. Ces extensions successives avaient conduit à la *déformation* de la gestion d'affaires. La notion légale se dédoublait. Elle recouvrait, d'une part, la gestion d'affaires normale, résultant du Code civil, et, d'autre part, une autre forme de gestion d'affaires, dite *anormale*, qui échappait aux conditions posées⁶⁸³. Cette excroissance correspondait aux cas où le gérant n'avait pas eu véritablement l'intention de gérer l'affaire d'autrui, mais l'avait fait en croyant gérer la sienne ou dans son intérêt personnel, voire dans un esprit frauduleux. La notion existante, à force d'être étendue, était donc atteinte dans son substance même : elle était appliquée à des cas où il n'y avait aucune intention de rendre service à autrui.

⁶⁷⁶ Sinon, il y aurait eu répétition de l'indu, l'erreur du *solvens* étant encore, à l'époque, une condition d'application de l'action.

⁶⁷⁷ M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (première partie) », *art. précit.*, p. 444.

⁶⁷⁸ Pour le tiers qui pourvoit aux besoins d'un mineur, sans intention de libéralité (CA Douai, 22 août 1849, S. 1850.2.386, CA Besançon, 15 juillet 1874, S. 75.2.9, Cass. civ. 21 mai 1890, S. 1891.1.81). C'était principalement l'hypothèse de l'instituteur qui, sur le mandat du père, avait pourvu au besoin de son élève, et étant ensuite confronté à l'insolvabilité de son débiteur, se retournait contre l'enfant pour obtenir remboursement (Cass. civ. 18 août 1835, S. 1835.1.873, CA Toulouse, 26 juin 1841, S. 1841.2.516, Cass. Req. 19 juin 1843.1.441 ; 17 mars 1857, S. 1857.1.182). Y avait-il eu intention de gérer l'affaire de l'enfant dès lors que l'instituteur avait traité avec le père et l'avait accepté comme débiteur ? Cela paraissait difficile à soutenir (M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (première partie) », *art. précit.*, p. 448).

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ « *Les anciens adages de droit* », déclarait Monsieur l'avocat général Petiton, « *ne doivent être admis et appliqués aujourd'hui, qu'avec une extrême prudence* ». Et il invitait à un surcroît de prudence à l'égard des maximes dites d'équité : ce sont « *peut-être celles-là mêmes dont l'application ne doit être accueillie qu'après l'examen le plus attentif, parce que la faveur morale qui les accompagne pourrait être susceptible de leur assurer un crédit juridique parfois excessif* » (Concl. sous Cass. Req. 11 juill. 1889, D. 1889.1.393).

⁶⁸¹ M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (deuxième partie) », *art. précit.*, p. 7 et 8.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 419.

⁶⁸³ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Volume XX, Bruylant, 3^{ème} éd., 1878, n° 333 et s., p. 361 et s., J. Tartanson, *L'action "de in rem verso" en droit civil français*, Th. Grenoble, 1909, p. 41 et s.



La déformation fut consommée, lorsque la Cour de cassation supprima une condition de la notion légale. Le 18 juin 1872⁶⁸⁴, elle élimina la condition d'intention de gérer. A partir de là, la notion légale n'était pas seulement dédoublée ; elle était amputée de l'une de ses conditions essentielles. Car l'intention de gérer reflète l'esprit même de l'institution de la gestion d'affaires. C'était le signe que la deuxième période s'était écoulée. La notion existante ne suffisait plus à contenir l'évolution de la jurisprudence. La doctrine s'efforça alors de dégager la notion nouvelle d'enrichissement sans cause⁶⁸⁵ pour proposer un nouveau fondement juridique.

Ainsi émergea la notion nouvelle, marquant une troisième étape. Elle figura aux côtés de la notion existante et vint l'épauler. Le 15 juillet 1873⁶⁸⁶, la Cour de cassation, tout en la rattachant aux textes sur la gestion d'affaires, évoque « *la règle d'équité d'après laquelle nul (...) ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui* ». L'arrêt rendu le 22 février 1888⁶⁸⁷ est encore plus net. Il déclare qu' « *en droit* », « *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui et qu'en vertu de ce principe, celui qui s'est immiscé dans les affaires d'un tiers a le droit de lui réclamer le remboursement des dépenses par lui faites jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré* ». La notion nouvelle est ainsi présentée comme un fondement juridique, situé en amont de la notion existante: c'est de ce principe, que découle la gestion d'affaires⁶⁸⁸. Au terme de cette phase, l'enrichissement sans cause restait, cependant, lié à la gestion d'affaires.

82. L'obligation *in solidum* offre un autre exemple de la première phase de formation d'un concept prétorien. Cette notion a, d'abord, fait l'objet d'une longue gestation derrière une « *catégorie juridique existante* »⁶⁸⁹ : la solidarité légale. Agissant ainsi avec une certaine « *timidité* »⁶⁹⁰, les juges appliquaient la notion de solidarité à des cas qui sortaient

⁶⁸⁴ Cass. Req. 18 juin 1872, D.P. 1872.1.471 : « *qu'il importe peu que celui qui a fait l'acte de gestion ait entendu agir tout à la fois dans son intérêt personnel et dans l'intérêt d'un tiers, si, en réalité, ce tiers était intéressé à l'acte de gestion et en a profité* ».

⁶⁸⁵ A l'origine, c'est la thèse que défendent Aubry, et Rau : l'action *de in rem verso* « *doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui* » (*Cours de droit civil français*, Tome VI, 4^{ème} éd., 1873, n° 579, p. 246). Et « *ils semblent avoir entraîné après eux toute la doctrine contemporaine* » (Ripert et Teisseire, *art. précit.* p. 733).

⁶⁸⁶ Cass. Req. 15 juill. 1873, D.P. 1873.1.457.

⁶⁸⁷ Cass. Req. 22 fév. 1888, D.P. 1888.1.310.

⁶⁸⁸ Les deux notions sont donc encore confondues (Ripert et Teisseire, *art. précit.*, p. 736).

⁶⁸⁹ J. Français, *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation "in solidum"*, Th. Paris, Les éditions internationales, 1936, p. 8.

⁶⁹⁰ J. Vincent, « *L'extension en jurisprudence de la notion de Solidarité passive* », RTD civ. t. XXXVIIIème, 1939, p. 610.



manifestement des prévisions de la loi⁶⁹¹. L'article 1202 du Code civil n'admet, en effet, le recours à la solidarité que dans les cas où elle est expressément prévue par la loi ou par la convention. Or, les tribunaux en faisaient application en matière délictuelle, notamment, en faisant une extension contestable de l'article 55 [anc.] du Code pénal, qui prévoyait la solidarité entre coauteurs d'une infraction pénale. Par analogie de motifs, ils admettaient la solidarité entre coauteurs d'un délit civil ne constituant pas une infraction pénale, mais impliquant un concert frauduleux. Puis, les juges prirent plus d'assurance et passèrent de la communauté d'intention à la communauté d'action⁶⁹² et de la communauté d'action à la communauté de dommage⁶⁹³.

La notion de solidarité était ainsi peu à peu *déformée*. Comme la gestion d'affaires, elle se dédoublait. A partir de cet état de fait, la doctrine développa la théorie des deux solidarités : il existerait, à côté de la solidarité parfaite prévue par la loi, une solidarité imparfaite englobant toutes les nouvelles hypothèses jurisprudentielles⁶⁹⁴. Les auteurs critiquèrent vivement cette évolution à deux titres. La solidarité légale était déformée du point de vue de ses sources : elle devenait prétorienne, contre les termes de l'article 1202 du Code civil. Et elle était déformée du point de vue de ses effets : certaines décisions écartaient, en effet, les effets secondaires de la solidarité légale dans les hypothèses nouvelles⁶⁹⁵. « *En bref* », disaient les auteurs de l'époque, « *la critique décisive, selon nous, qu'on doit adresser à la jurisprudence, c'est d'avoir essayé d'étendre une institution à des situations juridiques pour lesquelles elle n'était point faite* »⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ V. not. Cass. 6 sept. 1813, S. 1814.1.57 ; 3 juill. 1817, S. 1818.1.338 ; 12 fév. 1818, S. 1819.1.139 ; 23 déc. 1818, S. 1819.1.278 ; Req. 29 janv. 1840, S. 1840.1.370 ; 12 janv. 1863, D. 1863.1.302 ; 25 juillet 1870, S. 1872.1.122 ; 9 déc. 1872, S. 1873, 1, 11, civ. 7 juin 1887, S. 1890.1.373 (pour deux délits connexes).

⁶⁹² Ainsi, un simple quasi-délict, sans faute intentionnelle, pouvait donner lieu à solidarité, dès lors qu'il avait été perpétré en commun (V. not. CA Nancy, 18 mai 1827, S. 1825-1827, 2.370 ; Cass. civ. 12 juill. 1837, S. 1837.1.964 ; 29 déc. 1852, D. 1853.1.49 ; Req. 4 mai 1859, S. 1856-1860.1.447 ; Civ. 14 août 1867, S. 1867.1.401 ; Req. 28 mai 1889, S. 1890.1.414).

⁶⁹³ Même en l'absence de concert frauduleux et en présence de faits distincts, les coauteurs d'un quasi-délict pouvaient être condamnés solidairement parce que, selon la formule consacrée, il était « *impossible de discerner la part de chacun dans la réalisation du dommage* » (V. not. Cass. 11 juill. 1826, S. 1825-27.1.388 ; 29 fév. 1836, S. 1836.1.293 ; Req. 18 mai 1868, D. 1869.1.131 ; Civ. 15 nov. 1871, S. 1871.1.181 ; Req. 17 juill. 1876, S. 1876.1.307).

⁶⁹⁴ Aubry et Rau tentèrent de distinguer, au sein du concept de solidarité, deux sous-espèces distinctes : la solidarité parfaite, tombant sous la prohibition de l'article 1202 et la solidarité imparfaite, pouvant être prononcée par le juge en dehors des conditions prévues. Mais l'idée ne fit pas fortune ; elle était encore trop contraire aux textes (J. Vincent, « L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », RTD civ., 1939, p. 666).

⁶⁹⁵ V. not., CA Paris, 22 fév. 1870, D. 1870.2.164 ; 8 fév. 1877, D. 1877.2.88.

⁶⁹⁶ J. Vincent, art. *précit.*, p. 664.



L'obligation *in solidum* pouvait venir. Elle apparut pour la première fois dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 11 juillet 1892⁶⁹⁷, lors de l'affaire *Compagnie générale Transatlantique*, au sujet d'un abordage maritime. Si la notion nouvelle émergeait, elle était encore imbriquée dans la notion légale. La Cour de cassation évoquait une « *obligation pour le tout* », sans s'expliquer sur la signification de cette expression. Il pouvait s'agir d'une notion nouvelle, distincte de la solidarité ; mais il pouvait aussi s'agir d'un synonyme de la solidarité, ou plus exactement d'une métonymie, désignant la cause par l'effet, car la solidarité oblige elle aussi pour le tout. Les titrages de l'arrêt contenaient d'ailleurs le mot de « *solidarité* » et le commentateur, qui employait indifféremment l'une ou l'autre des expressions, ne signalait aucune innovation⁶⁹⁸.

Ainsi, à ce stade de l'évolution, la notion nouvelle apparaît, mais elle demeure encore liée à la notion existante. Pour qu'elle acquière enfin sa pleine autonomie et que la notion légale retrouve sa physionomie normale une autre grande phase doit s'enclencher : c'est la phase de *détachement*.

B. Le détachement progressif

83. Le détachement correspond à la deuxième grande phase du processus de formation d'une notion prétorienne. Désormais parvenue à maturité, elle va se séparer de la notion légale derrière laquelle elle s'était retranchée. Cette dernière pourra alors retrouver sa forme habituelle. Ainsi, la notion d'enrichissement sans cause a finalement été consacrée le 15 juin 1892, par l'arrêt *Patureau-Miran*⁶⁹⁹ : la notion nouvelle y apparaît seule, sans le recours à la gestion d'affaires tandis que la notion légale retrouve bientôt sa physionomie normale⁷⁰⁰. Et la notion d'obligation *in solidum* est enfin apparue seule sans aucune référence à la solidarité, dans un arrêt du 4 décembre 1939⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Cass. civ. 11 juill. 1892, D. 1894.1.513, note Levillain, S. 1892.1.508. V. déjà, pour des références plus anciennes à une obligation « *pour le tout* », Cass. civ. 14 août 1867, S. 1867.1.401 ; Req. 16 juill. 1890, D. 1891.1.49, note M. Planiol, 28 mai 1889, S. 1890.1.414,

⁶⁹⁸ L'arrêt n'est pas présenté comme novateur ; il « *a appliqué simplement ces principes* », c'est-à-dire une « *règle acceptée comme exacte par la généralité des auteurs, consacrée par une jurisprudence constante* » (Levillain, note *précit.*).

⁶⁹⁹ Cass. Req. 15 juin 1892, D. 1892.1.596 ; S. 1894.1.281, note Labbé ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°239, p. 553.

⁷⁰⁰ Le 25 juin 1919, la Cour de cassation rétablissait la condition d'intention de gérer l'affaire d'autrui (D.P. 1923.1.223, S. 1921.1.12, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 237, p. 540).

⁷⁰¹ Cass. civ. 4 déc. 1939, D.C. 1941.1.124.



En principe, le détachement se déroule progressivement. Au cours de cette deuxième phase, trois étapes peuvent, à nouveau, être distinguées. La première est celle de la *juxtaposition des deux notions*. La notion nouvelle figure à côté de la notion existante. Elle vient la renforcer et représente un fondement d'appoint, pour justifier des solutions qui ne s'expliqueraient plus tout à fait sans son aide. La deuxième étape correspond à l'*inversion des deux notions*. La notion nouvelle prend la première place dans le raisonnement juridique et c'est à présent la notion existante qui est relayée à un rôle secondaire. Enfin, la troisième étape se caractérise par la *distinction des deux notions* : la notion nouvelle se sépare de la notion existante et s'affirme dans toute son originalité ; elle est devenue autonome.

84. L'obligation de contracter de bonne foi a suivi ce processus. Après s'être formée sous le couvert de la notion de dol⁷⁰², elle est apparue à ses côtés, comme un fondement accessoire. Elle venait « épauler »⁷⁰³ la notion légale devenue insuffisante pour justifier les solutions retenues. Le dol, en effet, n'est qu'une notion négative : il n'oblige à rien et se contente d'interdire. Il tend seulement à prohiber « *les manœuvres* » qui auraient pour effet de vicier le consentement de l'autre partie⁷⁰⁴, c'est-à-dire des actes de « *mauvaise foi aggravée* »⁷⁰⁵. Le simple recours à cette notion légale ne pouvait donc justifier les décisions ou le contractant n'était pas sanctionné pour avoir trompé l'autre partie, mais pour ne pas avoir pris les mesures positives qui auraient préservé ses intérêts⁷⁰⁶. L'appui de la notion nouvelle était donc indispensable. Les juges disaient, par exemple, qu'il y avait « *existence d'un dol, dès lors que [le contractant] a manqué à son obligation de contracter de bonne foi* »⁷⁰⁷.

Puis, la notion nouvelle prit plus d'importance, marquant ainsi une deuxième étape. Elle figura en premier dans la motivation judiciaire, devançant ainsi la notion de dol. Les juges déclaraient que le contractant qui ne prend pas certaines mesures « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence* »⁷⁰⁸. On observe la manière

⁷⁰² L'obligation de contracter de bonne foi apparut ainsi « *assez discrètement à travers la sanction des vices du consentement* » (P. Jourdain, « Rapport Français », in *La bonne foi*, Trav. Capitant, n° 43, Litec, 1992, p. 123).

⁷⁰³ R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 13 mai 2003, Defrénois 2003, p. 1568.

⁷⁰⁴ Art. 1116 c. civ.

⁷⁰⁵ G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ. 1946, p. 81.

⁷⁰⁶ « *Il y a alors "manquement à l'obligation de contracter de bonne foi", mais il n'y a pas erreur provoquée* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 233, p. 260).

⁷⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 1981, n°79-15.443, *Bull. civ. I*, n° 25, p. 23. V., ensuite. Cass. com. 8 nov. 1983, RTD com. 1984.501, obs. Cabrillac et Teyssié (à propos de banques ayant laissé des cautions prendre des engagements imprudents).

⁷⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 1997, JCP E. 1997.II.944, note D. Legeais (à propos d'une banque qui omet d'informer la caution sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal).



dont le juge « *renverse la proposition en faisant découler le dol d'un manquement préalable à la bonne foi* »⁷⁰⁹. Ce n'est plus la bonne foi qui épaula le dol ; c'est dorénavant, le dol qui épaula la bonne foi. La notion nouvelle est donc en train de prendre la première place dans le raisonnement juridique.

Enfin, la notion nouvelle fut invoquée seule, sans le relais de la notion existante. Quelques décisions soutinrent ainsi que le contractant doit être sanctionné pour avoir « *manqué à son obligation de contracter de bonne foi* »⁷¹⁰, sans référence au dol. Les commentateurs notent que la Cour de cassation se justifie ainsi « *par le seul manquement à la bonne foi, sans faire le détour par la constatation d'une réticence* »⁷¹¹. L'obligation toute « *prétorienne* »⁷¹², précise le commentateur, apparaît ainsi comme une qualification juridique indépendante, qui peut justifier seule le prononcé de la nullité du contrat. Elle devient, par conséquent, une « *condition autonome de validité du contrat* ». Ce qui n'empêche nullement, bien entendu, des retours en arrière. En matière d'obligation de bonne foi, un arrêt ultérieur a ainsi brutalement remis en cause l'autonomie de la notion⁷¹³.

85. La création de l'abus de droit offre un autre exemple de cette phase de détachement. Cette notion s'est, elle aussi, développée tout au long du XIX^{ème} siècle, derrière le paravent d'une notion existante : la « *faute* »⁷¹⁴, qui était alors conçue « *d'une manière très large* »⁷¹⁵. Car peut-on se rendre coupable d'une faute lorsque l'on est dans son droit⁷¹⁶ ? Ce problème - peut-être plus logique que juridique - conduisit néanmoins les juges à rechercher l'appui d'une notion nouvelle, pour mieux justifier leurs décisions, notamment au moment de limiter

⁷⁰⁹ R. Libchaber, *obs. précit.*

⁷¹⁰ Cass. civ. 1^{ère} 16 mai 1995, JCP G. 1996.II.22736, note F.-X. Lucas.

⁷¹¹ R. Libchaber, *obs. précit.*

⁷¹² F.-X. Lucas, *note précit.*

⁷¹³ Cet arrêt fut suivi d'une vive marche arrière, imposant la présence de « *liens contractuels* » à l'existence de l'obligation de bonne foi (Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, D. 2006.761, note D. Mazeaud, LPA 15 sept. 2006, n° 185, note Martin, JCP E 2005, 1867, note Bictin, JCP 2005.II.10173, obs. Loiseau, RTD civ. 2005.776, obs. Mestre et Fages, et Cass. Com. 10 juill. 2007, RTD civ. 2007.773, obs. Fages, D. 2007.2844, note P.-Y. Gautier, D. 2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck, RDC 2007.1107, obs. L. Aynès, RDC 2007.1110, obs. D. Mazeaud). V. *infra*, n° 122.

⁷¹⁴ Cass. 30 avril 1813, S. 1813.1.350 ; Req. 11 juill. 1826, S. 1825-27.1.388 ; CA Colmar, 2 mai 1855, D. 1856.2.9 ; CA Lyon 18 avr. 1856, D. 1856.2.199 ; CA Paris 2 déc. 1871, D. 1873.2.185.

⁷¹⁵ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, corpus « Histoire du droit », 2007, p. 761. Car celui qui est dans son droit peut-il logiquement commettre une faute ? Le paradoxe, déjà envisagé par le droit romain (*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*) sera fortement critiqué par Planiol, qui écrira la formule célèbre : « *le droit cesse là où l'abus commence* ».

⁷¹⁶ D'autant que la loi semble accorder à certains droits une portée absolue. C'est le cas de l'art. 544 du c. civ. qui évoque le droit de propriété comme le droit de jouir et de disposer des choses « *de la manière la plus absolue* ».



les droits sociaux nouvellement reconnus⁷¹⁷. On vit ainsi émerger timidement l'expression d'abus de droit dans les années 1890⁷¹⁸. La notion nouvelle s'étant formée et se tenant dorénavant à côté de la notion de faute, la deuxième phase du processus s'enclencha.

On observa, d'abord, cette *juxtaposition des deux notions*. La notion nouvelle venait au renfort de la notion existante. Ainsi, les décisions de l'époque déclarent qu'il y a « *faute* », si « *l'usage d'une telle faculté dégénère en abus* »⁷¹⁹. De même, constitue une « *faute* » le fait d'« *excéder un droit* »⁷²⁰ ou d'y avoir « *recours abusivement* »⁷²¹, ou également de commettre un « *abus dommageable* »⁷²². On lit encore qu'il y a « *faute* », parce qu'il y a « *abus d'un droit* »⁷²³. La faute conserve donc la première place dans le raisonnement des juges : elle représente la qualification juridique, c'est-à-dire la « *catégorie juridique préexistante* »⁷²⁴ par laquelle un fait va être pris en compte par le droit. Toute la question est précisément de savoir si le fait traduisant un abus présente ou non « *les caractéristiques juridiques d'une faute* »⁷²⁵. Aussi, la « *faute* » est-elle la notion principale ; du reste, elle apparaît seule dans les titrages et résumés⁷²⁶.

Dans les arrêts suivants, les places respectives des deux notions s'*inversent*. Les juges parlent bientôt d'« *un véritable abus engendrant une faute réelle* »⁷²⁷. L'abus de droit vient ainsi en premier, avant la faute, et la nouvelle tournure du raisonnement est appuyée sur des adjectifs qualificatifs : c'est un « *véritable* » abus qui, par conséquent, entraîne une faute « *réelle* ». Cette nouvelle approche est consolidée dans les arrêts ultérieurs. Les juges y évoquent « *un abus de droit constitutif d'une faute* »⁷²⁸. De manière plus significative, on lit qu'« *il y avait eu abus du droit, et dès lors une faute* »⁷²⁹. La notion d'abus de droit paraît ainsi être devenue

⁷¹⁷ C'est au sujet des droits sociaux (droit de grève, droit de congé, liberté de la presse), à l'occasion d'affaires sensibles et même pour certaines notoires (comme celle qui mit en cause Jean Jaurès, Cass. Req. 29 juin 1897, S. 1898.1.17, note A. Esmein), qu'apparaît explicitement la notion d'abus de droit, soit plus de vingt ans avant l'arrêt *Clément-Bayard*.

⁷¹⁸ Elle apparaît, d'abord, dès les années 1890 dans les notes de doctrine (v., par ex., la note de M. Cohendy, sous l'arrêt de la Chambre des Requetes du 11 juin 1890, D.P. 1891.1.193) et dans les rapports des conseillers (v., par ex., le rapport du conseiller Letellier, sous l'arrêt de la Chambre des Requetes du 21 novembre 1893, S. 1895.1.166) ou les conclusions d'avocats ou de procureurs (v. par ex. concl. du procureur général Ronjat, sous Cass. civ. 22 juin 1892, S. 1893.1.11).

⁷¹⁹ Cass. Req. 26 déc. 1893, DP 1895.1.529.

⁷²⁰ Cass. Req. 8 mai 1876, D. 1876.1.259.

⁷²¹ Cass. Req. 11 juin 1890, DP 1891.1.193.

⁷²² Trib. Civ. Toulouse, 19 mars 1896, sous Cass. Req. 29 juin 1897, *précit.*

⁷²³ CA Chambéry, 14 mars 1893, DP 1893.2.191.

⁷²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁷²⁵ CA Grenoble, 23 oct. 1890, sous Cass. civ. 22 juin 1892, *précit.*

⁷²⁶ Cass. Req. 21 nov. 1893, *précit.*, Cass. Req. 29 juin 1897, D. 1893.1.17.

⁷²⁷ Trib. com. d'Eprenay 28 fév. 1906, D. 1908.2.73, note L. Jossierand.

⁷²⁸ Cass. civ. 5 juill. 1911, D. 1912.1.513, note P. de Loynes.

⁷²⁹ Cass. civ. 17 juin 1911, D. 1912.1.150.



la qualification juridique principale, la faute ne jouant plus qu'un rôle d'appoint. Les adjectifs qualificatifs ont disparu, ce qui indique que le recours à la nouvelle notion est en train de devenir habituel.

Tandis que la notion nouvelle est systématisée en doctrine⁷³⁰, elle fait une entrée aux tables analytiques du Recueil *Dalloz* lors de l'édition 1897-1907 et gagne une place dans les titrages⁷³¹. Elle est donc en passe de se détacher. C'est la troisième étape du processus, caractérisée par la *distinction des deux notions*. Les juges parlent alors directement de « la notion d'abus du droit »⁷³², sans évoquer la faute. Elles parlent d'un « abus du droit de congé »⁷³³, ou bien d'un « abus du droit de propriété », dans l'arrêt *Clément-Bayard*⁷³⁴. L'abus de droit n'est donc plus une circonstance de fait qui aurait besoin d'être qualifiée juridiquement pour pouvoir être prise en compte. Elle sort ainsi des faits pour devenir une « notion » juridique, et se détache de la loi, pour devenir une notion autonome, distincte de la faute⁷³⁵.

Le processus s'achève ainsi, avec l'autonomie de la notion nouvelle. Par petites touches successives, les juges ont donc façonné un concept entièrement prétorien qui n'a, au terme du processus, plus aucune base légale. Par quoi l'on constate tout le potentiel des « petits pas » en avant : le cheminement du juge aboutit à d'importantes innovations. Et ce cheminement n'a pas moins d'effets en sens inverse. Le juge peut détruire complètement son œuvre, en repartant à « petits pas ».

⁷³⁰ V., not. J. Charmont, « De l'abus du droit », RTD civ. 1902.113 ; Porcherot, *De l'abus du droit*, th. Dijon, 1901-1902.

⁷³¹ V., par ex., les titrages des décisions, Trib. civ. Sedan, 17 déc. 1901, S. 1904.2.217, note G. Appert ; CA Lyon 28 janv. 1907, D. 1908.2.73, note L. Josserand ; Cass. civ. 28 fév., 15 mars et 7 juill. 1910, D. 1913.1.43).

⁷³² Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905, D. 1906.2.105, note L. Josserand.

⁷³³ Cass. civ. 27 mai 1910, D. 1911.1.223.

⁷³⁴ Arrêt *Clément-Bayard*, Cass. Req. 3 août 1915, D. 1917.1.79 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 67, p. 435.

⁷³⁵ Plus exactement, il s'agit d'un type particulier de faute, une « faute dans l'exercice d'un droit » (Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 610, p. 484). L'abus de droit apparaît alors « comme une extension de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil (souvent visé dans les décisions rendues), dont elle embrasserait la nature mais élèverait le degré » (Y. Strickler, *Les biens*, Puf, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2006, n° 239, p. 332).



Section 2nde

Les « petits pas » en arrière

86. Lorsque l'innovation prétorienne s'avère mal fondée, impraticable ou finalement inutile, la Cour de cassation peut décider de rebrousser chemin. Elle fait « *marche-arrière* »⁷³⁶ et parfois même, revient à « *la case départ* »⁷³⁷. Quoiqu'il en soit, elle repartira souvent comme elle est venue : à « petits pas ». Cette attitude est parfois critiquée. « *Lorsqu'une bévée est si grosse que le revirement est attendu, la Cour de cassation fait languir son audience* »⁷³⁸. La Haute juridiction se recommande, cependant, de la sécurité juridique : les « petits pas » représentent des « *mesures d'accompagnement* »⁷³⁹ qui évitent une rupture trop brutale de la jurisprudence.

A l'issue des arrêts successifs, le résultat est le même que celui qu'aurait obtenu un arrêt de revirement : la règle prétorienne a été abandonnée (§I) ou la *notion* nouvelle a été supprimée (§II).

§ I. Le reflux progressif d'une règle prétorienne

87. Face aux inconvénients d'une règle prétorienne, le juge peut décider de revenir sur son œuvre. Il en refoule alors progressivement l'application, tandis qu'il renoue discrètement avec la jurisprudence antérieure.

⁷³⁶ Pour quelques exemples v., Ph. Brun et O. Gout, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 11 sept. 2008, précit., D. 2010.49 (à propos du reflux du principe général de responsabilité du fait d'autrui), O. Gout, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, D. 2007.1119 (au sujet du revirement du 26 mai 2006 en matière de pacte de préférence). La doctrine utilise, avec une légère variante, l'expression faire « *machine arrière* » (par ex., G. Viney, note sous *Arrêt Besse*, Cass. Ass. Pl. 12 juill. 1991, JCP G 1991.II.21743 (à propos de la notion de « groupe de contrats ») ; D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 2001, D. 2002.71 (à propos d'une « *interprétation déformante* » des textes du droit de la consommation) ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°159, p. 148, (à propos de l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 24 févr. 1993, en matière de clauses abusives). On trouve enfin le terme de « *reflux* » (v. par ex., C. Atias, « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, p. 1 ; D. Deroussin, *op. cit.*, p. 836).

⁷³⁷ Lorsque l'innovation est complètement supprimée, les auteurs disent parfois que la jurisprudence est revenue à « *la case départ* » (v., par ex., en matière de prêt à usage, L. Leveneur, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, CCC 2004, n° 53 et C. Noblot, D. 2004, p. 903).

⁷³⁸ C. Mouly, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 123.

⁷³⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 11, p. 94.



Ce processus de reflux peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'un processus de *réduction* progressive : le juge, tout en conservant la règle prétorienne en diminue la portée (A). Dans les cas extrêmes, il s'agira d'un processus de *suppression* progressive : la règle prétorienne est progressivement détruite, tandis que la règle précédente est simultanément reconstituée (B).

A. La réduction progressive

88. Réduire la règle nouvelle, c'est affaiblir sa portée. Ce qui peut signifier en modérer les effets ou en restreindre le domaine. Dans ce dernier cas, on retrouve le processus opposé à la généralisation progressive⁷⁴⁰. Le juge commence par *délimiter une catégorie de cas d'application* qui échappe à la règle nouvelle : tout en la maintenant, il apporte une exception. Puis, il ajoute une *nouvelle catégorie dérogatoire*, retirant à la règle nouvelle une autre partie de son domaine et ainsi de suite, la nouvelle catégorie étant toujours plus vaste et plus éloignée de l'exception initiale. Au terme du processus, la règle prétorienne n'a plus du tout la même ampleur qu'à l'origine.

89. Prenons, pour exemple, le principe d'immunité civile du préposé, formulé par l'arrêt *Costedoat*⁷⁴¹. Le 25 février 2000, la Cour de cassation élabore, en effet, une règle nouvelle selon laquelle le préposé n'engage plus sa responsabilité civile dès lors qu'il commet un dommage dans l'exercice de ses fonctions⁷⁴². Seul le commettant engageait sa responsabilité. Cette prise de position était trop générale et risquait d'entraîner des dérives. La Cour de cassation s'enquit alors de réduire la portée de la règle nouvelle.

⁷⁴⁰ V. *supra*, n° 77 et s.

⁷⁴¹ Arrêt *Costedoat*, Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000, D. 2000.673, note Ph. Brun; JCP 2000.I.241, obs G. Viney, II.10295, concl. R. Kessous, note Biliau, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 225-226, p. 483 et s..

⁷⁴² Le système traditionnel était cumulatif : la responsabilité du commettant s'ajoutait à celle du préposé et visait à garantir l'indemnisation de la victime. Ce système, sévère à l'égard du préposé qui engageait systématiquement sa responsabilité alors même que les dommages pouvaient provenir d'un mauvais encadrement par le commettant, était tempéré par plusieurs éléments. D'abord, l'article L 121-12 du Code des assurances empêchait par principe le recours subrogatoire du commettant contre le préposé. Puis, la jurisprudence écartait la responsabilité du préposé pour les dommages causés par le fait des choses, affirmant l'incompatibilité des qualités de préposé et de gardien de la chose (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°224, p. 479 et s.).



Elle commença par délimiter une *catégorie de cas* échappant au nouveau principe. L'arrêt *Cousin*, rendu le 14 décembre 2001⁷⁴³, déclarait, en effet, que le principe de l'immunité civile ne s'applique pas dans les cas où le préposé a commis une faute pénale intentionnelle. Cette exception paraissait s'imposer d'elle-même⁷⁴⁴ : sur l'échelle de gravité des fautes, cette faute particulière se situe au sommet. Non seulement, elle correspond à une infraction pénale, mais, en plus, elle a été commise avec l'intention de nuire à autrui. Dans ce cas extrême, on comprend que le préposé ne puisse invoquer le principe d'immunité civile. La règle prétorienne vise, en effet, à lui éviter de supporter les risques attachés à ses fonctions et non à lui permettre de nuire en toute impunité.

La Cour de cassation poursuit dans cette voie, en ajoutant, le 8 mars 2006⁷⁴⁵, une *nouvelle catégorie dérogatoire*. Le principe d'immunité civile ne s'applique pas non plus lorsque le préposé a commis une faute pénale non intentionnelle, mais « *qualifiée* ». Il s'agit donc, *a priori*, d'une faute moins grave que la précédente, puisqu'elle n'est pas commise avec l'intention de nuire. Mais le rapprochement entre les deux peut s'expliquer : dès lors qu'elle est « *qualifiée* », la faute pénale non intentionnelle a presque le même niveau de gravité que la faute pénale intentionnelle⁷⁴⁶. Ainsi une nouvelle exception s'ajoute - moins évidente que la précédente puisqu'un raisonnement est nécessaire pour la justifier - qui contribue à réduire le domaine de la règle prétorienne.

⁷⁴³ Arrêt *Cousin*, Cass. Ass. Pl. 14 déc. 2001: le « *préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci* » (D. 2002, Somm. 1317, obs. D. Mazeaud, JCP 2002.II.10026, note M. Biliau, I, 1124, n° 7, obs. G. Viney, RTD civ. 2002.109, obs. P. Jourdain, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 225-226, p. 483 et s.).

⁷⁴⁴ Quoiqu'elle n'eût pas été immédiatement admise. Dans l'arrêt *Cousin*, l'Assemblée plénière prend, en effet, « *le contrepied* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 489) de la chambre criminelle qui avait jugé, le 23 janv. 2001 (Crim. 23 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 21) qu'un salarié coupable de tromperies et de publicité mensongères pouvait invoquer le principe de l'immunité civile, dès lors qu'il avait « *agi dans les limites normales de ses attributions et que son employeur est seul responsable des conséquences civiles de l'infraction* ».

⁷⁴⁵ Cass. crim. 8 mars 2006, JCP 2006.II.10188, note J. Mouly, RTD civ. 2007.135, obs. Jourdain : « *le préposé titulaire d'une délégation de pouvoir, auteur d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions* ». V. par la suite, Cass. crim. 13 mars 2007, Juris-Data n°2007-038442, Cass. crim. 12 nov. 2008, n°08-80.681, Juris-Data n° 2008-046184. La Cour de cassation revenait ainsi sur un précédent arrêt, où elle avait admis le principe de l'immunité civile en présence d'une faute pénale non intentionnelle (Cass. crim. 28 juin 2005, n°04-84.821).

⁷⁴⁶ Une faute caractérisée est en effet une « *faute aggravée exposant autrui à un risque particulièrement grave que son auteur ne peut ignorer* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*). L'extrême négligence et la conscience du risque peuvent donc être considérés comme étant quasiment l'équivalent de l'intention de nuire, de la même manière que la faute lourde est équipollente au dol.



Une nouvelle catégorie dérogatoire encore moins caractérisée fut ajoutée par la suite. Le 21 février 2008⁷⁴⁷, la Cour de cassation déclara que le principe d'immunité civile ne s'appliquait pas lorsque le préposé s'était rendu coupable d'une « *infraction pénale ou d'une faute intentionnelle* ». L'évolution était donc beaucoup plus sensible. La Cour de cassation évoquait, d'abord, une « *infraction pénale* » : elle étendait donc l'exception à toutes les fautes pénales et non plus seulement aux fautes intentionnelles et aux fautes non intentionnelles qualifiées. Elle mentionnait ensuite, une « *faute intentionnelle* », qui en raison du recours à la conjonction de coordination « *ou* », est une faute civile. En conséquence, la règle prétorienne subissait une double réduction : elle était désormais systématiquement écartée en matière pénale et également inapplicable en présence d'une faute civile intentionnelle. Au terme du processus, la Cour de cassation était donc finalement « *revenue sur cette dangereuse jurisprudence* »⁷⁴⁸ issue de l'arrêt *Costedoat*.

On remarque ainsi qu'à chaque fois, le point de départ du raisonnement se déplace. Une catégorie de cas est retirée à l'application de la règle prétorienne : la faute pénale intentionnelle. Ce faisant, elle constitue un repère, à partir duquel une autre catégorie de cas, un peu moins caractérisée, va pouvoir être enlevée : la faute pénale non intentionnelle qualifiée. Puis, ce sont de nouvelles catégories, encore moins caractérisées, qui sont écartées : la faute pénale et la faute civile intentionnelle. Et l'on pourrait continuer longtemps ainsi : la faute lourde, qui dénote une négligence ou une imprudence extrêmement grave, pourrait être rapprochée de la faute civile intentionnelle.⁷⁴⁹ Et toute faute qualifiée, traduisant ainsi un degré de gravité supplémentaire par rapport à la faute de base du Code civil, pourrait être rapprochée de la faute lourde.

Par quoi l'on constate que le cheminement à « petits pas », qu'il se fasse dans un sens ou dans l'autre, se traduit toujours par une série de décalages successifs du point de départ du raisonnement juridique. La nouvelle exception conserve un lien avec celle qui la précède directement, mais s'éloigne, à chaque fois de l'exception initiale, au point de ne plus avoir aucun rapport avec elle, au terme du processus. Le juge parvient ainsi, par une série de

⁷⁴⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 21 févr. 2008, D. 2008. 2125, note Laydu.

⁷⁴⁸ C. Ambroise-Casterot, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, sept. 2012, mise à jour : janv. 2014, n° 600.

⁷⁴⁹ En cela, elle peut être « assimilable à la faute intentionnelle », comme en droit du travail, par exemple (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 7^{ème} éd., 2005).



réductions successives, à restreindre considérablement le domaine d'application d'une règle prétorienne.

90. La Cour de cassation a procédé de la même manière lorsqu'il s'est agi de réduire la règle prétorienne « *circonstancielle* »⁷⁵⁰ qu'elle avait dégagée de l'article 1129 du Code civil, dans les années 1970. Afin de libérer certains contractants en position de faiblesse, elle invoquait l'absence d'un prix déterminé pour annuler les conventions⁷⁵¹. Renforçant l'exigence légale, elle créait ainsi une règle nouvelle selon laquelle le prix devait être strictement déterminé dès la conclusion du contrat⁷⁵². S'ouvrit une « *véritable chasse à la nullité pour indétermination du prix* »⁷⁵³. Mais, devant les inconvénients de cette jurisprudence⁷⁵⁴, la Cour de cassation fit progressivement marche arrière.

Elle commença par créer une large exception, qui lui permettait de maintenir la règle nouvelle, tout en lui retirant une grande partie de son champ d'application. Le contrat de distribution, déclara-t-elle, parce qu'il ne crée qu'une « *obligation de faire* », n'est pas soumis à l'exigence de détermination du prix⁷⁵⁵. Ainsi, la règle prétorienne demeurait en place, puisque la détermination du prix était une condition de validité des contrats, sauf pour les contrats faisant naître une obligation de faire. Puis, la Haute juridiction fit un autre pas en arrière, jugeant qu'un contrat-cadre « *qui comporte essentiellement des obligations de faire* » pouvait ne pas contenir des prix déterminés dès lors que ceux-ci pouvaient, par la suite, être « *librement débattus et acceptés par les parties* »⁷⁵⁶. L'exception était ainsi étendue à l'ensemble des contrats-cadre.

⁷⁵⁰ Jéol, concl. sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, D. 1996.13.

⁷⁵¹ Cass. com. 11 oct. 1978, D. 1979.135, note R. Houin, RTD civ. 1980.364, obs. Y. Loussouarn ; 5 oct. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 298, p. 255, RTD civ. 1983.351, obs. Ph. Rémy, com. 21 mars 1983, *Bull. civ. IV*, n° 110, p. 92 ; 24 juin 1986, RTD civ. 1987.95, obs. J. Mestre ; 12 janvier 1988, *Bull. civ. IV*, n° 31, p. 21, RTD civ. 1988, p. 527, obs. J. Mestre ; 9 mars 1993, CCC 1993, n° 129, obs. L. Leveneur ; ; civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, D. 1991.41, note Gavalda.

⁷⁵² En effet, « *là où il est écrit « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée... », la Cour lisait « il faut que l'objet de l'obligation puisse être déterminée » » (D. Bureau, N. Molfessis, LPA 27 déc. 1995, n° 155, p 11 et s.).*

⁷⁵³ Ph. Malaurie, note au D. 1989.122.

⁷⁵⁴ La doctrine critiqua aussitôt la position nouvelle. Celle-ci compromettrait gravement la sécurité juridique car l'ensemble des contrats-cadre risquaient subitement de se voir annulés. En outre, le contexte général était en train de se modifier, qui privait peu à peu la création prétorienne de son intérêt.

⁷⁵⁵ Cass. com. 9 nov. 1987, *Bull. civ. IV*, p. 177, n° 237, D. 1989. Jur. 35, note Ph. Malaurie, JCP 1989.II.21186, note Virassamy, RTD civ. 1988, p 527, obs. J. Mestre ; 22 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 36, p. 22, D. 1991.175, concl. Jéol, JCP 1991.II.21679, note Virassamy, CCC 1991, n° 5 et chron. L. Leveneur, RTD civ. 1991, p. 322, obs. J. Mestre.

⁷⁵⁶ Cass. com. 5 nov. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 335, p. 233 ; 19 nov. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 356, p. 246.



Avec les arrêts *Alcatel* du 29 novembre 1994⁷⁵⁷, la Cour de cassation devait même aller plus loin, en ne se limitant plus à réduire le domaine d'application de la règle prétorienne, mais en la remettant elle-même en cause : la règle prétorienne était désormais entendue plus souplement de manière générale. Enfin, un an plus tard, les arrêts du 1^{er} décembre 1995⁷⁵⁸ consacrèrent sa suppression : la détermination du prix n'était plus une condition de validité des contrats. Mais envisager la *suppression* de la règle prétorienne, c'est déjà aborder le développement suivant.

B. La suppression progressive

91. Le juge peut *supprimer* progressivement la règle nouvelle. C'est exactement l'inverse du processus de création progressive⁷⁵⁹, dont les trois étapes se retrouvent, en sens contraire. La règle est, d'abord, abandonnée de manière *détournée* : le juge continue de l'invoquer tout en assouplissant sa mise en œuvre. La règle nouvelle est, ensuite, supprimée de manière *implicite* : le juge repousse cette fois la règle, mais il le fait avec ambiguïté. Enfin, la règle nouvelle est abandonnée de manière *explicite*, le juge marquant un retour clair et net à la règle antérieure.

92. Reprenons ces trois étapes en détails, à travers un exemple : la marche arrière effectuée au sujet de la mention manuscrite de la caution. Cet exemple, déjà envisagé précédemment, permettait de montrer à la fois comment le juge peut transformer un texte de loi par voie d'interprétation⁷⁶⁰ et la manière dont cette transformation s'effectue dans le temps⁷⁶¹. La règle prétorienne selon laquelle la mention manuscrite n'était plus une règle de preuve, mais une règle de forme, ne fut pas bien accueillie⁷⁶². La Cour de cassation décida donc de rebrousser

⁷⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, D. 1995.122, note L. Aynès, JCP 1995.II.22371, note Ghestin, CCC 1995, n° 24, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1995.358, obs. J. Mestre, RTD com. 1995.464, obs. Bouloc : La Cour de cassation y décida que la « référence à un tarif », suffisait à rendre le prix « déterminable ». Aussi, « tout en considérant que la détermination du prix reste une condition de validité du contrat, elle assouplissait considérablement cette exigence puisqu'elle décidait qu'une partie peut valablement se voir reconnaître par le contrat le droit de fixer unilatéralement le prix ».

⁷⁵⁸ Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), D. 1996.13, concl. Jéol, note L. Aynès, JCP 1996.II.22565, concl. Jéol, note J. Ghestin, JCP E. 1996.II. 776, note L. Leveneur, JCP N. 1996.I.93, obs. D. Boulanger, Gaz. Pal. 1995.2.626, concl. Jéol, note P. de Fontbressin, CCC. 1996, n°5, chr. L. Leveneur, LPA 27 déc. 1995, n°155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis, Defrénois 1996.747, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1996, obs. J. Mestre.

⁷⁵⁹ V. *supra*, n° 74 et s.

⁷⁶⁰ V. *supra*, n° 14 et s.

⁷⁶¹ V. *supra*, n° 76.

⁷⁶² V. *infra*, n° 137 et 200.



chemin et supprima ainsi la règle nouvelle, en marquant, au retour, les étapes suivies à l'allée⁷⁶³.

La règle nouvelle fut, d'abord, abandonnée de manière *détournée*. La Cour de cassation maintenait cette règle, mais elle en atténuait les effets. L'arrêt du 7 mars 1989⁷⁶⁴, par exemple, déclarait que la mention manuscrite faisant « *référence au corps du texte de l'acte de cautionnement* », était suffisante et que, par conséquent, le cautionnement était « *valable* ». Le juge appliquait donc la règle prétorienne : la mention manuscrite était une règle de forme puisqu'elle rendait le cautionnement « *valable* ». Mais il en atténuait les effets, car il validait la pratique du « *renvoi* », qui avait été auparavant jugée insuffisante⁷⁶⁵. La règle nouvelle était donc conservée, mais assouplie.

Elle était, ensuite, abandonnée *implicitement*. L'arrêt du 15 novembre 1989⁷⁶⁶, déclarait à propos des exigences relatives à la mention manuscrite, que « *ces règles de preuve [avaient] pour finalité la protection de la caution* ». Le juge semblait donc supprimer la règle nouvelle : la mention manuscrite était qualifiée de « *règle de preuve* ». Mais l'arrêt restait ambigu à plusieurs égards. D'abord, il continuait de viser l'article 2015 [anc.] du Code civil, dont la combinaison avec l'article 1326 avait justement été à l'origine de l'interprétation nouvelle. Ensuite, il déclarait que cette règle de preuve avait « *pour finalité la protection de la caution* », réutilisant ainsi une formule utilisée dans un précédent arrêt qui venait précisément expliquer l'interprétation nouvelle⁷⁶⁷. Enfin et surtout, la solution retenue était une application de la règle prétorienne. La Cour de cassation soutenait, qu'à défaut de mention manuscrite, l'acte ne constituait pas « *un acte de cautionnement régulier* », et devait donc être annulé⁷⁶⁸. La solution retenue se retrouvait donc en décalage avec la règle apparemment appliquée : au

⁷⁶³ V. *supra*, n° 76.

⁷⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, JCP 1989.II.21317, note D. Legeais, D. 1989. Somm. 290, obs. L. Aynès, et D. 1990, Jur., p. 177, note C. Mouly. V. aussi, l'autre arrêt rendu le même jour, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 70, où la Cour de cassation assouplit également l'interprétation nouvelle en se retranchant derrière l'appréciation souveraine des faits.

⁷⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1984, *Bull. civ. I*, n° 147, p. 125.

⁷⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1989, *Bull. civ. I*, n° 348, p. 235.

⁷⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155. Cet arrêt avait déclaré, que les exigences relatives à la mention manuscrite « *ne constituent pas des règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution* ». A l'époque, le juge avait donc opposé la qualification de règle de preuve et l'objectif de protection de la caution, en sous-entendant que seule une règle de forme pouvait véritablement remplir un objectif de protection (v. *supra*, n° 14-15). Le recours persistant à cette formule trouble ainsi le sens de l'arrêt : si la mention manuscrite vise toujours à protéger la caution, le fait qu'elle soit redevenue une règle de preuve aura-t-il des conséquences pratiques ?

⁷⁶⁸ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 844.



niveau des motifs, la mention manuscrite était redevenue une règle de preuve, mais au niveau du dispositif, c'était toujours une règle de forme⁷⁶⁹.

Enfin, la règle nouvelle fut supprimée *explicitement*. Rejetant expressément le moyen du pourvoi fondé sur la « nullité de l'acte de cautionnement qui ne satisfait pas aux exigences de l'article 1326 du Code civil », l'arrêt rendu le 15 octobre 1991⁷⁷⁰ approuvait la cour d'appel d'avoir « exactement énoncé que, si l'absence de mention manuscrite exigée par l'article 1326 du Code civil (...) rendait le cautionnement irrégulier, ledit acte constituait néanmoins un commencement de preuve par écrit ». La référence à l'article 2015 [anc.] avait disparu et la Cour de cassation se déterminait uniquement au regard de l'article 1326. Puis, elle tirait toutes les conclusions de la qualification de règle de preuve : elle refusait « la nullité » du contrat et prononçait l'irrégularité de la preuve. Le revirement était donc « manifeste »⁷⁷¹. La règle prétorienne était supprimée et la règle antérieure était rétablie : la mention manuscrite était une règle de preuve, sans effet sur la validité du contrat.

Par « petits pas » en arrière, le juge parvient donc à abandonner complètement la règle nouvelle, sans que l'on puisse dire avec exactitude à quel moment la suppression s'est produite. Selon le même processus, la Cour de cassation peut agir à grande échelle : elle ne se contente plus seulement, alors, de faire reculer une interprétation nouvelle, mais s'attèle à repousser une *notion* prétorienne.

§ II. Le reflux progressif d'une notion prétorienne

92. Lorsque le juge a créé une notion nouvelle, comment revenir en arrière ? Il ne s'agit plus seulement de refouler une règle : il s'agit d'écarter un élément supplémentaire qui s'est ajouté à la loi.

En pratique, le juge peut emprunter deux voies. Il peut, d'abord, *rattacher* la création à la loi. Ainsi, le concept nouveau retombe peu à peu sous l'emprise du concept existant dont il s'était

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1991, JCP 1992.II.21923, note Simler.

⁷⁷¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 845. On remarquera, au passage, la manière dont la Cour de cassation introduit du liant dans sa jurisprudence : l'expression « irrégularité du cautionnement » désignait la nullité du cautionnement dans l'arrêt du 15 novembre 1989 et elle vise l'irrecevabilité de la preuve dans l'arrêt du 15 octobre 1991.



détaché, ce qui réfrène son évolution (A). Ensuite, et si la notion prétorienne apparaît inutile, encombrante, voire dangereuse, le juge peut opter pour une solution plus radicale : l'*anéantissement* de la notion prétorienne (B).

A. Le rattachement progressif

93. Le juge peut *rattacher* progressivement le concept nouveau au concept original dont il s'était détaché. Trois étapes apparaissent qui peuvent se trouver enchevêtrées dans les faits. Un rapprochement peut s'opérer, d'abord, au niveau du *régime juridique* : le juge applique les règles régissant la notion légale à la notion prétorienne. Un autre rapprochement se produit au niveau de la *terminologie juridique* : le juge désigne la notion nouvelle par la dénomination de la notion légale. Bientôt, le rapprochement s'effectue au niveau de la *nature juridique* de la notion nouvelle : est-elle ou non réellement une notion originale, indépendante de la notion légale ?

94. L'évolution postérieure de l'obligation *in solidum* permet d'illustrer ce point. Cette notion, ainsi que nous l'avons vu⁷⁷², a été créée par le juge à l'image d'une notion légale - la solidarité. Elle s'en est progressivement détachée pour s'affirmer au fil des arrêts, dans toute son autonomie⁷⁷³. Au milieu du XX^{ème} siècle, l'obligation *in solidum* avait ainsi sa propre nature, son propre régime juridique et sa dénomination spécifique. Pourtant, dans les arrêts ultérieurs, la jurisprudence tendit à rapprocher progressivement la notion prétorienne d'obligation *in solidum* de la notion légale de solidarité.

Dans un premier temps, le rapprochement se produisit au niveau du *régime juridique*. L'obligation *in solidum* ne devait pas, en théorie, être soumise aux règles applicables à la solidarité. La jurisprudence lui appliqua pourtant certaines d'entre elles. Elle lui étendit, d'abord, les effets dits secondaires de la solidarité⁷⁷⁴, concernant les rapports des codébiteurs

⁷⁷² V. *supra*, n° 65.

⁷⁷³ V. *supra*, n° 82.

⁷⁷⁴ La loi prévoit ainsi que l'acte interruptif de prescription adressé à l'un vaut à l'égard de tous (art. 1206 c. civ.), tout comme la demande d'intérêts (art. 1207 c. civ.). A ces effets secondaires, la jurisprudence en a ajouté d'autres : le jugement rendu contre un codébiteur a autorité de chose jugée à l'égard de tous (Cass. civ. 28 déc. 1881, D.P. 1882.1.377), l'appel ou le pourvoi en cassation formé par l'un d'eux peut profiter aux autres (Pour l'appel (v. Cass. civ. 15 janv. 1873, D.P. 1873.1.249) pour le pourvoi en cassation (Cass. civ. 10 nov.



entre eux dans la procédure⁷⁷⁵. Ces effets secondaires étaient, pourtant, en théorie, des effets spécifiques de la solidarité : ils étaient justifiés par l'idée de représentation mutuelle⁷⁷⁶, qui n'existait pas en matière d'obligation *in solidum*⁷⁷⁷. Aujourd'hui, on note toutefois qu'une « *tendance à l'alignement [des solutions] sur celles retenues en matière de solidarité est récurrente* »⁷⁷⁸.

La jurisprudence appliqua, ensuite, à l'obligation *in solidum* les règles sur le recours en contribution⁷⁷⁹, en invoquant même parfois les textes sur la solidarité⁷⁸⁰. L'action récursoire, considérée comme un effet spécifique de la notion légale, était ainsi « *peu à peu appliquée à sa sœur naturelle, l'obligation in solidum* »⁷⁸¹. Ce faisant, un rapprochement s'opérait au niveau du fondement des deux notions. Si l'obligation *in solidum* supposait un recours en contribution, c'est qu'elle n'était pas réellement fondée, comme on le soutenait, à l'origine, sur la notion de causalité⁷⁸². Elle apparaissait fondée sur l'idée de garantie : il s'agissait de

1941, D.C. 1942, p. 99, note Holleaux). Cette jurisprudence, ancienne et constante, a été consacrée par l'article 552 c. proc. civ.).

⁷⁷⁵ Elle décida ainsi que l'acte interruptif de prescription produit ses effets à l'égard de tous les codébiteurs *in solidum* (Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2003, *Bull. civ. II*, n° 324, p. 263), que la décision de justice rendue contre l'un d'eux a autorité de chose jugée vis-à-vis des autres (Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1968, D. 1969, Jur. 249), que la cassation de l'arrêt condamnant un codébiteur *in solidum* profite à tous (Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1981, D. 1981, Jur. 429, note J. Boré. V. précédemment, Cass. com. 25 fév. 1965, *Bull. civ., III*, n° 154, p. 129 ; D. 1965, Somm. 83 ; civ. 1^{ère}, 21 nov. 1967, *Bull. civ., I*, n° 337, p. 253 ; D. 1968, Somm. 20 ; civ. 3^{ème} 8 juin 1977, *Bull. civ. III*, n° 254, p. 194, Cass. civ. 3^{ème}, 21 juin 1977, *Bull. civ., III*, n° 269, p. 205), de même que le recours formé par l'un d'eux (Cass. com. 13 janv. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 1 ; D. 2009.376).

⁷⁷⁶ Les codébiteurs solidaires ayant une communauté d'intérêts, ils se seraient donnés mandat de se représenter les uns les autres. Cette théorie est, aujourd'hui, en déclin.

⁷⁷⁷ Cass. 2^{ème} sect. civ., 9 janv. 1958 ; D. 1958.1.292 : « *en matière de réparation d'un délit civil, l'obligation de chacun des coauteurs est une obligation in solidum, de laquelle résulte contre chacun une obligation au tout, mais non une communauté d'intérêt permettant d'en déduire une représentation réciproque* ».

⁷⁷⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1263, p. 1310.

⁷⁷⁹ Le codébiteur *in solidum* ayant acquitté la dette collective, n'avait, en théorie, aucun recours contre les autres coauteurs. Mais, parce que cette solution était inéquitable, une série d'arrêts rendus dans les années 1960, soutint que l'obligation *in solidum* « *postule* » un recours au profit du codébiteur *solvens*. Cass. civ. 2^{ème}, 9 mars 1962, JCP 1962.2.12728, note Esmein, D. 1962.625, note Savatier, RTD civ. 1962, 625, note Tunc ; 27 janv. 1965, D. 1965.619, note Lambert-Faivre, RTD civ. 1965, 660, obs. Rodière. En conséquence, les juges ne condamnaient le codébiteur *in solidum* qu'à une réparation partielle si le recours en contribution s'avérait impossible ou inefficace parce, par exemple, l'une des causes du dommage est la force majeure (*Arrêt Lamoricière*, Cass. sect. com. 19 juin 1951, D. 1952.717, note Ripert ; Cass. 2^{ème} sect. civ. 13 mars 1957, D. 1958.73, note Radouant) ou l'action contre l'un des coauteurs est prescrite (Cass. civ. 2^{ème} 27 janv. 1966, Gaz. Pal. 1966.I.206). Cette jurisprudence parut être abandonnée (Cass. civ. 2^{ème}, 17 mars 1971, D. 1971.494, note F. Chabas) mais on trouve des arrêts plus récents en sens inverse (Cass. soc. 23 oct. 1980, *Bull.*, V, n°775).

⁷⁸⁰ Cass. soc. 23 oct. 1980, *Bull.*, V, n°775, p. 571.

⁷⁸¹ J. Boré, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1981, D. 1981, Jur. 429.

⁷⁸² Si le codébiteur *in solidum* doit payer le tout « *parce qu'il a causé le tout* » (F. Chabas, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, th. Paris, éd. 1967, n°16, p. 21. V. précédemment, L. Mazeaud, « *Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels* », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, p. 145) il paie ainsi sa propre dette. Mais s'il paie sa propre dette, pourquoi lui accorderait-on un recours ? Le fondement de l'obligation *in solidum* est ainsi ébranlé (R. Meurisse, « *Le déclin de l'obligation in solidum* », D. 1962, chr., p. 243 ; F. Chabas, « *Remarques sur l'obligation in solidum* », RTD civ. 1967, p. 310 et s., spéc. 325). Car dès lors que l'on accorde un recours, la notion prétorienne cesse d'être



protéger la victime contre l'insolvabilité des coauteurs et la division des poursuites. Ce qui signifiait que « *son fondement est identique à celui de la solidarité* »⁷⁸³.

Le rapprochement des régimes juridiques devait se répercuter sur la *terminologie juridique*. C'est ainsi que la Cour de cassation changea d'attitude face à la confusion entre les termes d'« *obligation in solidum* » et de « *solidarité* ». Alors que, dans les premiers temps, elle censurait les arrêts qui faisaient cette erreur⁷⁸⁴, elle abandonna cette rigueur. A partir du moment où la question juridique n'était pas directement liée aux règles spécifiques de la solidarité, la Cour de cassation se contentait désormais de corriger l'erreur et d'opérer une requalification⁷⁸⁵.

Ce rapprochement terminologique retentit lui-même sur la différence de *nature* entre les deux notions. Sanctionner la différence de dénominations, c'est affirmer « *avec vigueur la différence de nature entre l'obligation solidaire et l'obligation in solidum* »⁷⁸⁶. Cesser de le faire, c'est jeter le doute sur la nature propre de l'obligation *in solidum* et donc, sur la réalité de son autonomie. L'obligation *in solidum* se distingue-t-elle vraiment de la solidarité ? Ou n'est-elle qu'une réplique de la notion légale, inventée pour déroger aux restrictions relatives à ses sources ?

Une fois la notion prétorienne acclimatée et acceptée, le subterfuge perd de son intérêt et les choses apparaissent plus clairement. Dans les ouvrages actuels, elle est décrite comme une « *solidarité édulcorée, réinventée* »⁷⁸⁷, et, peut-être de manière plus significative, comme une « *solidarité qui ne peut dire son nom* »⁷⁸⁸. Des recherches effectuées sur l'origine historique de l'obligation *in solidum* et révélant les affinités profondes avec la solidarité, favoriseront, probablement, cette tendance⁷⁸⁹. Certains auteurs ont déjà déclaré que l'obligation *in solidum* était « *aujourd'hui assimilée à la solidarité* »⁷⁹⁰.

fondée sur la causalité. Elle ne serait, en réalité, qu'« *une création prétorienne, sans base légale, ni logique sérieuse, et ayant uniquement pour but de favoriser la victime* » (J.-P. Brunet, « Observations critiques sur l'obligation "in solidum" en responsabilité délictuelle », *Gaz. Pal.* 1965, p. 75).

⁷⁸³ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^{ème} éd., Defrénois, 2013, n° 1384, p. 725. « *On en revient, sans le dire, à l'idée de solidarité imparfaite* », ajoutent les auteurs.

⁷⁸⁴ Cass. 1^{ère} sect. civ., 16 janv. 1962, D. 1962, Jur. 199, note R. Rodière.

⁷⁸⁵ Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, JCP 1971.II.16762, note R. Lindon, RTD civ. 1971.655, obs. Durry.

⁷⁸⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 256, p. 645.

⁷⁸⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1264, p. 1311.

⁷⁸⁸ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*

⁷⁸⁹ M. Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, th. Bourgogne, 2002, Préf. E. Loquin, Dalloz, p. 16. C'est du moins, le souhait de l'auteur : « *De lege ferenda, elles devraient*



Par « petits pas », la notion nouvelle est donc refoulée ; elle retombe sous l'emprise des textes. Le juge peut aller plus loin et choisir d'abandonner la notion nouvelle. C'est l'hypothèse de l'anéantissement progressif.

B. L'anéantissement progressif

95. Le juge peut conduire le processus à son terme et anéantir la notion nouvelle. Ce sera le cas lorsque celle-ci se révélera difficile à mettre en œuvre, inadaptée ou déjà dépassée. La disparition de la notion se fera alors progressivement, selon plusieurs étapes. Le juge commencera par *atténuer les effets* de la notion nouvelle, en lui apportant des nuances et des assouplissements. Puis, il en *limitera le champ d'application*, en l'enfermant dans des conditions ou en la soumettant à des distinctions. Enfin, une troisième étape sera franchie lorsque le juge cessera d'y avoir recours. Il y aura alors disparition de la notion nouvelle, qui tombera en désuétude par *non-application*.

Les notions prétorienne de garde de structure et de garde de comportement donnent un aperçu de ces différentes étapes. Ces notions d'origine doctrinale⁷⁹¹ et consacrées par la jurisprudence à la fin des années 1950 dans l'affaire *Oxygène liquide*⁷⁹², ont progressivement disparu. Plusieurs raisons expliquent cette évolution. La distinction des deux gardes, simple en théorie, s'était révélée extrêmement difficile à mettre en œuvre. Mais, surtout, une loi intervenue dans les années 1990 -, la loi du 19 mai 1998 transposant la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁷⁹³ - lui fit perdre beaucoup de son intérêt pratique.

être complètement assimilées, puisqu'elles devraient être construites l'une et l'autre sur la base de la garantie mutuelle. Aucune différence ne devrait plus subsister entre l'obligation solidaire et l'obligation in solidum ».

⁷⁹⁰ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010, n° 457, p. 337, note n° 13.

⁷⁹¹ La distinction a été développée par B. Goldman dans sa thèse (*La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, th. Lyon, 1946, Sirey, 1947) et reprise par A. Tunc (« Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées », JCP 1957.I.1384).

⁷⁹² Cass. civ. 2^{ème} sect. civ., 5 janv. 1956, D. 1957.261, note Rodière, JCP 1956.II.9095, note Savatier, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°201-202, p. 396 et s. A l'époque, la consécration fut implicite, car l'arrêt ne mentionnait pas expressément la distinction (Rodière, *note précit.*).

⁷⁹³ Elle introduit dans le Code civil dix-huit nouveaux articles (art. 1386-1 à 1386-18).



Le reflux de cette « *notion jurisprudentielle* »⁷⁹⁴ s'est déroulé progressivement. Les juges commencèrent par en *atténuer les effets*. À la base, la distinction était élémentaire : elle discernait deux types de gardes sur une même chose. Le détenteur de la chose possède la garde du comportement : il est responsable des dommages liés à son utilisation. Le gardien de la structure reste le propriétaire : il est tenu des dommages liés à son état interne. La jurisprudence a raffiné la distinction, en complétant les catégories définies⁷⁹⁵. Elle l'a aussi rendue perméable : il était possible de passer d'une catégorie à l'autre⁷⁹⁶.

La jurisprudence s'enquit, par la suite, de *limiter l'application de la notion nouvelle*. Elle posa donc des conditions. La distinction n'était pas applicable à toutes les choses, mais seulement à une catégorie d'entre elles. D'une part, elle ne s'appliquait qu'aux choses dangereuses, à l'exclusion des choses inoffensives. D'autre part, elle ne s'appliquait qu'en présence d'une chose ayant un dynamisme propre⁷⁹⁷. Il fallait donc que l'accident ne fût pas dû à « *un fait extérieur à la chose* »⁷⁹⁸ mais provînt d'« *un vice prouvé de la chose* »⁷⁹⁹. Ainsi, dans l'affaire *Seita*, les cigarettes n'ont pas été soumises à la distinction⁸⁰⁰.

Enfin, la notion ayant fait l'objet de critiques doctrinales et ayant perdu de son intérêt à la suite de l'adoption d'un régime spécial pour les produits défectueux, la Cour de cassation se dirigea vers un *abandon de la distinction*. Elle écarta la distinction dans des hypothèses où elle semblait pouvoir s'appliquer⁸⁰¹. A partir des années 1990, elle cessa de s'y référer « *explicitement dans ses motifs propres* »⁸⁰², même lorsque les parties où les juges du fond en

⁷⁹⁴ B. Daille-Duclos, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, JCP. 2004.II.10004.

⁷⁹⁵ Le gardien de la structure n'était pas nécessairement le propriétaire ; il pouvait également s'agir du fabricant (Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1975, JCP 1976.II.18479, note Viney), du vendeur, du loueur ou du distributeur (Cass. civ. 2^{ème}, 3 oct. 1979, D.S. 1980.325, obs. Larroumet).

⁷⁹⁶ Ainsi, le détenteur de la chose, qui ne disposait pas normalement de la garde de structure, pouvait toutefois engager sa responsabilité s'il avait eu la possibilité de prévenir le dommage (Cass. civ. 2^{ème} civ. 21 juill. 1960, JCP 1960.IV.142).

⁷⁹⁷ Les arrêts évoquaient ainsi cette double condition, en visant les choses dotées d'un « *dynamisme propre et dangereux* » ou encore d'un « *dynamisme susceptible de se manifester dangereusement* » (Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1971, RTD civ. 1972.139, note Durry).

⁷⁹⁸ Cass. 2^{ème} civ. 5 juin 1971, *précit.*

⁷⁹⁹ Durry, *note précit.*

⁸⁰⁰ C'est l'affaire *Seita* (Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, *Bull. civ. II*, n° 355, D. 2003.2902, concl. Kessous, JCP. 2004.II.10004, note B. Daille-Duclos *précit.*). Elles n'ont pas, en effet, de vice interne, puisqu'elles « *ne sont pas susceptibles d'exploser ou d'imploser* » (B. Daille-Duclos, *note précit.*).

⁸⁰¹ Pour une capsule de gaz liquéfié (Cass. civ. 2^{ème}, 3 déc. 1969, *Bull. civ. II*, n° 329), pour une ampoule de médicament (Cass. civ. 2^{ème}, 15 juin 1972, *Bull. civ. II*, n° 186) pour une bouteille de chlore (Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 1973, RTD civ. 1974.816, obs. Durry).

⁸⁰² « *Depuis les années 1990, plus aucun arrêt de la Cour de cassation ne s'y réfère explicitement dans ses motifs propres* » (Jourdain, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, RTD civ. 2007.132).



faisaient état⁸⁰³. On constatait ainsi « *un recul significatif* »⁸⁰⁴ de la distinction prétorienne. Certains auteurs soutinrent même qu'elle était désormais « *pratiquement tombée en désuétude* »⁸⁰⁵, notamment à propos d'un arrêt rendu le 5 octobre 2006⁸⁰⁶, qui semble condamner l'usage de la distinction⁸⁰⁷.

La méthode des « petits pas » montre ainsi l'emprise du juge sur sa jurisprudence : il peut décider de la formation et de la suppression des règles prétoriennes. Mais cette emprise apparaît encore plus nettement lorsque le juge procède par un seul acte de volonté et rend un arrêt dit *de principe*.

⁸⁰³ Tout juste reprenait-elle parfois leurs motifs (par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 11 avr. 2002, RTD civ. 2002.519)

⁸⁰⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 201-202, p. 402.

⁸⁰⁵ Jourdain, *note précit.*

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ La Cour de cassation y casse, en effet, un arrêt d'appel qui avait fait usage de la distinction. Mais ce n'est pas la solution qui est en cause. « *C'est l'application de la distinction qui paraît condamnée* » (*ibid.*).



CHAPITRE 2nd

L'ARRÊT DE PRINCIPE

« Parfois, la Cour de cassation émet une proposition normative en tous points semblable, par son contenu, à celle qu'on pourrait trouver dans une loi : c'est le grand arrêt de principe ».

*Ph. Jestaz*⁸⁰⁸

97. La règle prétorienne peut se former en une seule fois : la Cour de cassation rend alors un arrêt de principe, c'est-à-dire un arrêt de « portée générale »⁸⁰⁹ qui pose immédiatement la règle. Ce processus de création est l'expression la plus forte du pouvoir prétorien⁸¹⁰ : la création « instantanée »⁸¹¹ d'une règle démontre que la Haute juridiction n'a nullement besoin de la répétition des cas pour créer du droit⁸¹². L'arrêt de principe ne dégage pas une règle ; il la pose. L'autorité de l'arrêt de principe, sollicité aujourd'hui dès le départ⁸¹³ et non plus seulement au terme du processus de création, est, en outre, renforcée par des techniques rédactionnelles qui viennent augmenter la portée de la règle.

⁸⁰⁸ Ph. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989, p. 25.

⁸⁰⁹ P. Bellet, « Le juge et l'équité », in Mél. Rodière, 1981, p. 12. Il formule d'emblée « un principe susceptible de s'appliquer à tous les cas analogues qui se présenteront à l'avenir » (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2013, n° 205, p. 180). V. aussi, M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence, Etude sociologique*, th. Ronéot. Paris II, 1983, p. 666).

⁸¹⁰ D'où l'abandon de l'assimilation entre la jurisprudence et la coutume. « Sans méconnaître la part de vérité contenue dans cette théorie, nous ferons observer, d'abord, qu'elle est impuissante à expliquer la création – souvent observée pourtant – d'une règle jurisprudentielle par un seul arrêt de la cour suprême » (J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 40). La « multiplicité des décisions rendues n'apparaît même plus comme nécessaire à l'élaboration de la jurisprudence » (R. Le Balle, *Genèse du droit jurisprudentiel*, Cours de droit civil, Doctorat, Paris, 1960-1961).

⁸¹¹ H. Le Berre, « La jurisprudence et le temps », in *Temps, interprétation et droit*, Droits, n° 30, 2000, p. 78.

⁸¹² Il montre « que le pouvoir des juges ne s'épuise pas dans l'espèce ; la jurisprudence s'y montre créatrice de règles comme la loi elle-même » (C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », JCP 1984.I.3145).

⁸¹³ V. not. M. Jeantin, « Réformer la Cour de cassation ? », in Mél. Hébraud, Toulouse, 1981, p. 465, M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 344.



L'arrêt de principe permet ainsi à la jurisprudence d'agir sans attendre et de faire un « *grand bond* »⁸¹⁴ *en avant*, s'il s'agit d'élaborer une création prétorienne (Section 1) ou *en arrière*, s'il s'agit de la détruire (Section 2).

Section 1^{ère}

Le « *grand bond* » en avant

98. La Cour de cassation peut vouloir poser d'emblée sa création, soit parce qu'elle juge l'expérimentation inutile, soit parce qu'elle doit agir dans l'urgence⁸¹⁵. Elle rend alors un arrêt de principe qui catalyse la formation du droit et lui permet de se rendre directement à l'étape finale du processus. Ainsi, « *pour que naisse une jurisprudence, une décision unique suffit* »⁸¹⁶.

Les multiples étapes marquées par les « petits pas » se trouvent ainsi condensées en une seule opération qui suffit pour élaborer une *règle* prétorienne (§I) ou même pour créer une *notion* nouvelle (§II).

§ I. La formation accélérée d'une règle prétorienne

99. Lorsque le juge rend un arrêt de principe, il accélère la formation de la règle. Au lieu de procéder lentement au fil des cas particuliers, il décide de passer directement à l'étape finale.

Ainsi, il peut *créer* immédiatement la règle prétorienne, mais tout en prenant certaines précaution pour atténuer l'effet du revirement (A). Il peut également choisir de se passer de

⁸¹⁴ L'expression est moins répandue que celle des « *petits pas* ». On trouve, cependant, des utilisations en doctrine, (par ex., P. Deumier, « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », RTD Civ 2006. 521, G. Pignarre, « Un petit pas pour l'obligation naturelle, un grand bond pour les sources des obligations ? », D. 2013, p. 411). La doctrine évoque également un « *grand pas* » (D. Mazeaud, note sous Cass. ch. Mixte, 6 sept. 2002, D. 2002, p. 2963) ou même un « *saut* » (par ex. J. Penneau, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, D. 2001, p. 3081).

⁸¹⁵ Sur l'inconvénient représenté par la lenteur de la production prétorienne à petits pas, v. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, p. 473, spéc. p. 475 ; P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in Mél. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, spéc. p. 367.

⁸¹⁶ H. Le berre, « La jurisprudence et le temps », in *Temps, interprétation et droit*, Droits, n°30, 2000, p. 78.



ces précautions et d'accorder tout de suite à la règle nouvelle une portée maximale : il procède, dans ce cas, à une *généralisation* immédiate (B).

A. La création immédiate

100. Une règle nouvelle peut être posée, sans avoir été ni annoncée, ni expérimentée. La Cour de cassation la formule directement dans un arrêt de principe, contenant l'énoncé de la règle. Pour compenser l'absence de précédents et donc, la reconnaissance progressive et collective de la règle, elle a alors recours à certaines techniques rédactionnelles. L'arrêt contient un « *attendu de principe* »⁸¹⁷, si possible prenant la forme d'un « *chapeau* »⁸¹⁸ en tête de l'arrêt. Ainsi, la règle se place avant son application à l'espèce, ce qui permet de l'isoler du cas et d'assurer son identification.

L'avantage de cette méthode réside dans son efficacité : elle permet une action prétorienne immédiate, pour remédier à des situations urgentes. Son inconvénient est lié à l'effet imprévisible et rétroactif de la règle⁸¹⁹ : les parties à l'instance vont se voir appliquer une règle nouvelle, sans avoir pu la prévoir. Pour éviter cela, la Cour de cassation a recours à d'autres techniques. Elle peut choisir de formuler la règle dans un cas où se pose un problème de droit voisin ; tout en tranchant le litige, elle formule alors la règle dans un « *obiter dictum* »⁸²⁰, c'est-à-dire une proposition incidente qui n'a qu'un rôle informatif. Une autre technique consiste à formuler la règle dans un cas où elle est inapplicable ; ainsi, la création prétorienne ne change rien à la solution retenue et l'on dit que la Cour de cassation a rendu un « *arrêt blanc* »⁸²¹.

⁸¹⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, n° 355, p. 288.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ V. *infra*, n° 241 et s.

⁸²⁰ La locution latine *obiter dictum* désigne « une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une autre question que celles que la solution du litige en cause exige de trancher » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 10^{ème} éd., 2014). Cette technique permet d'atténuer les revirements de jurisprudence : « si l'observation n'a pas de conséquence sur la décision qui la contient, c'est là un excellent moyen pour le juge d'indiquer comment il traitera le problème dans l'avenir » (A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », LPA., 25 janv. 2007, n° 19, p. 22). V. aussi, S. Tourneaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », RTD civ. 2011, p. 45.

⁸²¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007, n° 11, p. 94.



101. C'est la voie qui fut empruntée en matière de pacte de préférence. Alors que la Cour de cassation avait toujours refusé de substituer le bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur⁸²², elle changeait brutalement de position. Elle répondait en cela à une importante critique doctrinale qui reprochait à la jurisprudence antérieure de priver cet avant-contrat de tout intérêt pratique⁸²³. Le 26 mai 2006⁸²⁴, elle déclarait donc que le bénéficiaire du pacte « *est en droit (...) d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* », dès lors que cet acquéreur avait « *connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ».

La règle nouvelle est ainsi immédiatement posée. En doctrine, on évoque un « *revirement surprenant* »⁸²⁵, « *retentissant* »⁸²⁶, et même « *spectaculaire* »⁸²⁷. Le nombre de commentaires doctrinaux indique l'importance de l'arrêt et les intitulés traduisent la surprise des auteurs : « *un arrêt de chambre mixte admet la substitution forcée !* »⁸²⁸, « *la substitution peut désormais être ordonnée par le juge* »⁸²⁹, « *revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé* »⁸³⁰, etc. Tout dans la décision indique, en effet, sa portée normative : le recours à la chambre mixte, la rédaction d'un attendu de principe à vocation générale, la publication de l'arrêt au bulletin d'information de la Cour de cassation et la diffusion du rapport du conseiller Bailly⁸³¹, qui confirme l'existence et les raisons du revirement.

⁸²² Cass. com. 27 mai 1986, *Bull. Joly* 1986, n° 6, p 687 ; 7 mars 1989, D. 89, Jur., p 231, conc. M. Jéol et note Y. Reinhard, RTD civ 1990, p 71 obs. Mestre ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, Defrénois 1997, p 1007, note Ph. Delebecque, RTD civ. 1997, p. 673, obs. J. Mestre, et p. 685, obs. P.-Y. Gautier, JCP 1997, II, 22963, note B. Thuillier, D. 1997, Jur. p. 475.

⁸²³ V. l'ensemble des commentaires sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 avr. 1997, précités et C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », D. 1998, p. 203. La critique doctrinale prit d'autant plus d'ampleur qu'elle s'inscrivait dans un courant plus large de promotion de l'exécution forcée du contrat.

⁸²⁴ Cass. ch. mixte 26 mai 2006, D. 2006.1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy, CCC 2006, n° 153, note L. Leveneur, JCP 2006.I.176, obs. F. Labarthe, Revue des sociétés 2006, p. 808, note J.-F. Barbiéri, RDC 2006.1080, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 2006.550, obs. J. Mestre et B. Fages, BJS, n° 8, 1^{er} août 2006, note H. Le Nabasque, Defrénois 2007, p. 1048, note Libchaber, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 258, p. 653 et s.

⁸²⁵ D. Mainguy, *note précit.*

⁸²⁶ J.-F. Barbiéri, *note précit.*

⁸²⁷ D. Mazeaud, *obs. précit.*

⁸²⁸ J. Mestre et B. Fages, *obs. précit.*

⁸²⁹ H. Le Nabasque, *note précit.*

⁸³⁰ B. Thuillier, *note précit.*

⁸³¹ Bulletin d'information n° 645 du 1^{er} août 2006, avec le rapport du conseiller Bailly et l'avis de l'avocat général Sarcelet.



Pour atténuer la brutalité du changement, la Cour de cassation use d'une technique évoquée. Elle rend un « *arrêt blanc* »⁸³² : la règle est formulée dans une espèce où elle est inapplicable car les conditions posées ne sont pas remplies⁸³³. La solution eût été la même sous l'empire de l'ancienne jurisprudence : en effet, que la substitution soit refusée de manière générale, ou en l'espèce, parce que les conditions ne sont pas remplies, cela ne change rien pour les parties à l'instance. La Cour de cassation entoure, en outre, la règle nouvelle, d'une condition restrictive qui lui permet de conserver une certaine maîtrise sur son expansion éventuelle⁸³⁴. Enfin, elle s'efforce de rattacher la règle nouvelle à la règle antérieure : la substitution ne serait qu'une modalité de la sanction traditionnelle, qu'est l'annulation du contrat⁸³⁵. Le souci de restaurer une continuité artificielle entre les arrêts conduit ainsi la Cour de cassation à formuler un « *évident illogisme* »⁸³⁶.

102. La même attitude peut être observée dans le cadre d'un autre revirement : celui opéré par l'arrêt du 7 novembre 2000⁸³⁷ au sujet des clientèles civiles. Tandis que la Cour de cassation avait toujours annulé les cessions de clientèles civiles⁸³⁸ au nom de la liberté de choix du client⁸³⁹, elle validait désormais ces cessions. L'évolution des pratiques et les critiques doctrinales⁸⁴⁰ l'avaient convaincu d'opérer un revirement. L'arrêt rendu le 7

⁸³² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 658.

⁸³³ En effet, si le tiers acquéreur avait bien connaissance de l'existence du pacte, il ignorait que le bénéficiaire eût souhaité s'en prévaloir.

⁸³⁴ La connaissance, par le tiers, de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est une condition extrêmement difficile à remplir. Certains auteurs parlent même, à son sujet, d'une « *probatio diabolica* » (P.-Y. Gautier, *note précit.*) Sur les problèmes liés à cette condition, v. *infra*, n° 255.

⁸³⁵ Le bénéficiaire, déclare la Chambre mixte, est en droit d'exiger l'annulation de la vente « *et* » d'obtenir sa substitution au tiers acquéreur. Ainsi jointe à l'annulation, la substitution ne paraît plus être qu'une simple modalité de l'annulation, qui demeure la sanction principale. Il s'agit de dire que « *désormais, la nullité peut s'accompagner d'une substitution* » (R. Libchaber, *note précit.*).

⁸³⁶ *Ibid.* Car, de deux choses l'une : soit le bénéficiaire demande l'annulation de la vente et alors il ne peut plus obtenir sa substitution, puisque le contrat initial a disparu ; soit, il sollicite sa substitution, mais il faut que la vente originaire soit maintenue.

⁸³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, D. 2001, p. 2400, note Y. Auguet, p. 3081, note J. Penneau, RTD civ. 2001 p. 130, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 167, obs. Th. Revet, JCP 2001.II.10452, note Vialla, I.301, n° 16, obs. Rochfeld, Defrénois 2001.431, note Libchaber, D. 2002, p. 930, obs. Tournafond.

⁸³⁸ V. not., Cass. Req., 12 mai 1885, D.P. 1886.1.175, Civ. 29 mars 1954, JCP 1954.II.8249, note P. Bellet ; Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1990, *Bull. civ. I*, n° 38, p. 29.

⁸³⁹ La clientèle civile, contrairement à la clientèle commerciale, est liée à un praticien, son expérience, son talent, sa réputation. Par conséquent, si un praticien cède sa clientèle à son successeur, il porte, en quelque sorte, une atteinte à cette liberté de choix. C'était le *leitmotiv* de la jurisprudence. La Cour de cassation avait ainsi pu déclarer que « *les malades jouissant d'une liberté absolue de choix de leur médecin ou dentiste, leur « clientèle », attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien, est hors commerce et ne peut faire l'objet d'une convention* » (Cass. civ. 1^{ère}, 7 fév. 1990, *Bull. I*, n° 38, p. 29). Dans le rapport de la Cour de cassation de l'année 1996, le conseiller Yves Chartier formulait clairement le fondement du principe d'incessibilité d'une clientèle civile : « *Parce que le client est libre de son choix, elle ne peut être cédée* » (« La clientèle civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Rapport de la Cour de cassation 1996, La documentation française, p. 71, spéc. 82).

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 71.



novembre 2000 déclarait donc, dans une formule générale, que « *si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution d'un fonds libéral d'exercice de la profession n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du client* ».

A nouveau, la décision fit « *grand bruit* »⁸⁴¹. On parla d'un arrêt « *retentissant* »⁸⁴², réalisant un « *véritable revirement jurisprudentiel* »⁸⁴³. Les commentaires sont nombreux et les intitulés adoptent le même mode exclamatif : « *La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral !* »⁸⁴⁴, elle « *peut valablement constituer l'objet d'un contrat de cession !* »⁸⁴⁵, etc. Par cet arrêt, indiquent les auteurs, la Cour de cassation opère « *un tournant* »⁸⁴⁶, franchit « *une étape* »⁸⁴⁷, accomplit un « *saut* »⁸⁴⁸ : elle rompt avec une « *jurisprudence ancienne et constante* »⁸⁴⁹ devenue anachronique⁸⁵⁰ et pose directement une règle nouvelle et attendue.

Et à nouveau, la Cour de cassation tente d'atténuer la brutalité de ce revirement. Elle rend un nouvel « *arrêt blanc* » : la règle nouvelle est soumise à une condition qui n'était pas remplie en l'espèce⁸⁵¹. Et la condition posée – le respect de la liberté de choix du client – entend rattacher artificiellement la règle nouvelle à la règle antérieure. En déclarant qu'une cession de clientèle civile « *n'est pas illicite* » à « *la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du client* », la Cour de cassation récupère le fondement de la règle antérieure et le transforme en condition de la règle nouvelle⁸⁵². Elle répare ainsi, tant bien que mal, la continuité brisée des arrêts.

⁸⁴¹ Tournafond, *obs. précit.*

⁸⁴² Y. Auguet, *note précit.*

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ J. Mestre et B. Fages, *obs. précit.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ Th. Revet, *obs. précit.*

⁸⁴⁸ J. Penneau, *note précit.*

⁸⁴⁹ Y. Auguet, *note précit.*

⁸⁵⁰ Y. Chartier, *art. précit.* p. 71.

⁸⁵¹ En l'espèce, la cession de clientèle médicale avait, en effet, porté atteinte à la liberté de choix des patients, notamment en raison des pressions effectuées par le secrétariat.

⁸⁵² La Cour de cassation « *fait passer le respect de la liberté de choix du médecin par les patients du statut d'obstacle à la cession de clientèle à celui de condition de validité de cette cession* » (T. Revet, *note précit.*). Observons-le : la cession de clientèle civile était illicite *parce* qu'elle portait atteinte au libre choix du client. Désormais, elle est licite *à condition* qu'elle ne porte pas atteinte au libre choix du client. La Cour de cassation prétend donc progresser toujours dans la même direction : elle continue de juger de la licéité ou de l'illicéité des clientèles civiles à l'aune du libre choix du client, qui reste la considération majeure, et qui restreint considérablement la portée du principe nouveau. Sur les problèmes liés à cette condition, v. *infra*, n° 254-255.



Ces deux exemples montrent à la fois l'aisance avec laquelle la Cour de cassation accélère la formation des règles et les précautions qu'elle s'efforce de prendre pour atténuer la brutalité de ses revirements. Il arrive qu'elle ne prenne pas ces précautions et son pouvoir s'affirme avec encore plus de force : c'est l'hypothèse où elle révèle, non seulement la règle nouvelle, mais lui accorde d'emblée toute sa portée générale.

B. La généralisation immédiate

103. La Cour de cassation peut, non seulement poser immédiatement la règle nouvelle, mais lui attribuer aussitôt une portée maximale. Aucune des techniques précédemment envisagées ne vient en limiter la force. Au contraire, la Cour de cassation a recours à d'autres procédés pour en augmenter l'effet. Le « *visa* » d'un texte de droit commun, permet de renforcer la généralité de la règle, en indiquant le rédacteur de l'arrêt souhaite donner à la solution la portée la plus large possible. Le « *pilonnage d'arrêts* »⁸⁵³ est une autre technique, qui consiste à répéter la même formule dans plusieurs arrêts différents rendus le même jour. Le juge exprime ainsi sa volonté d'exercer librement son pouvoir prétorien et de s'émanciper du cadre des cas particuliers à trancher.

104. Ces techniques ont été cumulées lorsque la Cour de cassation a entendu refuser de faire peser sur la victime, toute obligation de minimiser son dommage. Jusqu'alors, le problème de savoir si la victime était tenue de prendre certaines mesures pour limiter l'aggravation de son dommage, avait donné lieu à de multiples nuances et distinctions en jurisprudence. Notamment, s'il s'agissait d'effectuer des soins médicaux, les juges distinguaient selon la nature et l'importance des soins prescrits⁸⁵⁴ : si les soins étaient bénins, la victime se rendait coupable d'une faute en s'y opposant ; s'ils étaient graves, douloureux ou dangereux, la victime était en droit de les refuser et de demander à l'auteur de l'accident réparation de l'aggravation de son état.

⁸⁵³ Cette technique consiste, pour une Chambre de la Cour de cassation, à rendre plusieurs arrêts le même jour, en reprenant littéralement la même formule générale. Par exemple, le revirement en matière d'indétermination du prix s'est exprimé à travers quatre arrêts reprenant une formule semblable, créant ainsi un « *effet de répétition* » (D. Bureau et N. Molfessis, note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, LPA 27 déc. 1995, n° 155, p. 11).

⁸⁵⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janv. 1966, RTD civ. 1966.806, obs. G. Durry, Cass. crim. 30 oct. 1974, D. 1975.178, note Savatier.



La question ayant suscité l'intérêt de la doctrine, la Cour de cassation décida de prendre parti et de s'opposer, en général, à l'existence d'une obligation pour la victime de minimiser son dommage. Elle parut d'abord s'engager dans cette voie, selon la méthode des petits pas⁸⁵⁵. Par un arrêt du 19 mars 1997⁸⁵⁶, elle avait déclaré au visa de l'article 16-3 du Code civil, que « *nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale* ». Tout en se conformant à la distinction antérieure - puisque les opérations chirurgicales entrent dans la catégorie des soins lourds que la victime est en droit de refuser - elle se déterminait au regard d'un motif plus général.

La Cour de cassation aurait pu poursuivre dans cette voie, en élargissant la position à une hypothèse voisine, mais différente : le refus de soins bénins. Ainsi, tout en restant dans la catégorie des dommages corporels et des soins médicaux, la Cour de cassation aurait étendu le principe nouveau et supprimé l'ancienne distinction. Puis, elle aurait pu provoquer une extension supplémentaire, en appliquant le principe à une hypothèse plus lointaine : le refus de prendre des mesures matérielles pour éviter un préjudice économique, par exemple. Enfin, elle aurait systématisé tous ces cas d'application et en aurait tiré une règle générale : la victime n'a aucune obligation de minimiser son dommage.

Au lieu de cela, la Cour de cassation pose directement la règle nouvelle. Par deux arrêts de principe rendus le 19 juin 2003⁸⁵⁷ au visa de l'article 1382, elle déclare que « *l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables* » et que, par conséquent, « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* ». Cette formule est d'emblée mise en valeur, puisqu'elle apparaît en tête de l'arrêt, juste après le visa de texte et dans un « *chapeau interne* »⁸⁵⁸. Elle tient donc lieu de majeure du syllogisme : ce n'est pas le corps du raisonnement marquant le passage du général au particulier, mais le principe appliqué.

105. Une règle générale et abstraite est ainsi énoncée. Les termes utilisés sont génériques ; ils désignent des catégories d'êtres ou d'objets : l'« *auteur de l'accident* », les « *conséquences dommageables* », la « *victime* », le « *préjudice* », etc. Aucune distinction n'est

⁸⁵⁵ V. *supra*, n° 71 et s.

⁸⁵⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 19 mars 1997, RTD civ. 1997.675, obs. Jourdain.

⁸⁵⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D. 2003.2326, note Chazal, 2004. Somm. 1346, obs. Mazeaud, JCP 2004.I.101, obs. G. Viney, LPA 2003, n° 218, p. 5, note S. Reifeigerste, Defrénois, 2003.1574, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 2003.716, obs. P. Jourdain ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. civ.*, Tome 2, n° 190, p. 334.

⁸⁵⁸ P. Jourdain, *obs. précit.*



faite entre les types de dommages, le degré d'aggravation, la nature des mesures à prendre, etc. La formule, qui ne tient pas compte des faits de l'espèce et donne l'impression de valoir pour toutes les hypothèses, est donc rédigée dans un style quasi-législatif. Le ton employé s'apparente également à celui du législateur : il est affirmatif. Les modes de diffusion renforcent encore l'idée qu'une règle vient d'être proclamée : l'arrêt est publié au bulletin⁸⁵⁹ et fait l'objet d'une mention au rapport de la Cour de cassation⁸⁶⁰. Autant de signes que l'arrêt possède une portée normative.

Le caractère général de la solution est confirmé par le visa invoqué. Le juge ne se détermine pas au regard d'un texte spécial, qui aurait pour effet de limiter la portée de la solution retenue. Ce n'est pas, par exemple, au vu de l'article 16-3 et du principe d'intégrité du corps humain que la Cour de cassation se prononce cette fois, mais au regard de l'article 1382 et du principe de réparation intégrale du dommage. Elle se fonde donc sur un texte de droit commun, et plus précisément, sur la clause générale irriguant toute la matière délictuelle. Quant au principe de réparation intégrale du dommage, qu'elle évoque à travers la nécessité pour l'auteur du dommage d'en réparer « *toutes les conséquences* », il a un champ d'application tout aussi large. La Cour de cassation indique ainsi qu'elle entend donner une portée maximale au principe énoncé.

« *C'est donc un principe général, que la Cour de cassation affectionne tant ces dernières années, qui est proclamé* »⁸⁶¹, en conclut la doctrine. D'autant que deux arrêts sont rendus au regard de « *deux formules semblables* »⁸⁶². On reconnaît là, la technique du « *pilonnage d'arrêts* », qui marque la volonté de se libérer des cas particuliers pour édicter une règle valable dans toutes les hypothèses. Les deux espèces ne limitent pas la portée de la règle : au contraire, elles démontrent son extrême généralité, puisqu'elle s'applique dans les deux cas et en dépit de l'importante différence des faits. Dans la première espèce, il était question d'un cas voisin de celui du 19 juin 2003 : un refus de soins bénins, ce qui enseigne déjà que la solution était généralisée à l'ensemble des soins médicaux, quelle qu'en soit la nature ou l'importance. Mais dans la deuxième espèce, il s'agissait d'un cas différent : un refus de

⁸⁵⁹ Bull. civ. II, n° 203.

⁸⁶⁰ Rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 2003, p. 412 et s.

⁸⁶¹ J.-P. Chazal, note précit.

⁸⁶² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 190, p. 335.



prendre des mesures économiques aboutissant à un dommage matériel⁸⁶³. La Cour de cassation montre ainsi que le principe édicté s'étend à toutes les mesures que la victime pourrait devoir prendre pour limiter son préjudice. C'est un « *motif d'ordre général* »⁸⁶⁴, étant « *de nature à justifier, dans d'autres circonstances, une solution identique* »⁸⁶⁵. Ainsi, la Haute juridiction « *confirme de façon générale, si besoin était, sa volonté de refuser d'imposer à la victime une quelconque obligation de minimiser son dommage* »⁸⁶⁶.

L'arrêt de principe permet ainsi à la Cour de cassation d'asseoir immédiatement la règle prétorienne. Mais cette technique peut produire des résultats encore plus nets, lorsqu'il s'agit de créer instantanément un concept nouveau.

§ II. La formation accélérée d'une notion prétorienne

106. Il a été vu qu'un concept prétorien se forme, en principe, de manière progressive. Dans un premier temps, il se développe derrière un concept existant, puis, dans un deuxième temps, s'en détache peu à peu. Chacune de ces deux phases se déroule lentement et le concept n'apparaît vraiment dans toute son autonomie qu'à la fin du processus⁸⁶⁷.

L'arrêt de principe permet, toutefois, d'accélérer l'évolution de la jurisprudence. Une seule et unique décision paraît pouvoir remplacer la première phase du processus et provoquer un *développement immédiat* du concept nouveau (A). Et de la même façon, un arrêt de principe semble pouvoir se substituer à la deuxième phase en réalisant un *détachement instantané* du concept nouveau (B).

⁸⁶³ La solution paraît donc se justifier moins facilement dans ces circonstances. *A priori*, le dommage matériel est moins grave que le dommage corporel et les mesures à prendre sont moins risquées pour la victime. Son refus d'agir devrait donc être traité avec moins d'indulgence.

⁸⁶⁴ P. Jourdain, *obs. précit.*

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ V. *supra*, n° 79 et s.



A. Le développement immédiat

107. Le juge peut développer instantanément la notion nouvelle. La situation paraît le justifier. D'une part, une question de société se présente, qui semble devoir être tranchée dans l'urgence⁸⁶⁸ et requérir une base juridique nouvelle⁸⁶⁹. De l'autre, une notion morale est déjà prête à l'emploi dans les ouvrages doctrinaux ; elle paraît, en outre, être l'une de ces notions à *consensus*, qui ne soulève aucune objection. Le processus de développement est ainsi accéléré par le biais d'un arrêt de principe.

108. Prenons, pour exemple, la notion d'indisponibilité du corps humain. Cette notion apparaît pour la première fois dans l'arrêt d'Assemblée plénière rendu le 31 mai 1991⁸⁷⁰, au sujet des maternités de substitution. A l'époque, l'essor de la procréation médicalement assistée pose, en effet, une importante question de société, qui semble devoir être tranchée le plus tôt possible. Mais pour condamner cette pratique, jugée contraire aux valeurs de la société⁸⁷¹, la Cour de cassation ne dispose pas vraiment d'un fondement juridique approprié. Elle accélère alors la formation d'une notion nouvelle adéquate. Au visa des articles 6 et 1128 du Code civil, elle déclare illicite la convention de mère porteuse, soutenant qu'elle « *contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

Les deux notions visées sont d'origine prétorienne. Mais contrairement à l'indisponibilité de l'état des personnes⁸⁷², d'indisponibilité du corps humain n'avait jamais été mentionnée, jusqu'alors, par la Cour de cassation. Ce concept n'existait guère, à ce moment-là, que « *dans*

⁸⁶⁸ C'est la marque, pour la Cour de cassation de « *son pouvoir d'adaptation* » et de « *sa capacité de réaction rapide et d'écoute* » (M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD civ. 1992, p. 489). L'auteur le dit sur un ton ironique, faisant aussitôt une comparaison avec « *le langage habituellement réservé à l'industrie* ».

⁸⁶⁹ « *Les principes généraux offrent une assise juridique à la décision, permettant aux juges d'invoquer un fondement juridique qui semble, prima facie, leur être extérieur* ». Ils ont ainsi « *l'avantage de fonder le raisonnement judiciaire derrière la règle voulue, ou "appelée" pour l'occasion* » (N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », RTD civ. 2001, p. 699).

⁸⁷⁰ Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, D. 1991.417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991.II.21752, communication J. Bernard, concl. Dontenville, note F. Terré, Defrénois, 1991.1267, obs. Aubert, RTD civ. 1991.517, obs. D. Huet-Weiller, LPA 23 oct. 1991, n° 127, p. 4, note M. Gobert, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007, n° 50, p. 351 et s.

⁸⁷¹ V. *infra*, n° 186.

⁸⁷² La Cour de cassation y avait eu recours pour interdire momentanément aux transsexuels tout changement de sexe légal (Cass. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, D. 1976.397, note R. Lindon). Cette jurisprudence fut abandonnée par la suite (Cass. Civ. 13 novembre 1983, D. 1984.165, note B. Edelman).



l'imaginaire de la doctrine »⁸⁷³. Seuls les auteurs en affirmaient l'existence et la jurisprudence ne s'y référait pas⁸⁷⁴. Le processus habituel aurait ainsi voulu qu'il se développât sous le couvert d'une notion existante, en l'élargissant, puis en la déformant et, enfin, en émergeant à ses côtés⁸⁷⁵. Le voici pourtant consacré en une seule fois. Les trois étapes sont, en effet, cumulées, au sein du même arrêt.

Il y a bien d'abord, *extension d'une notion existante*. La notion d'indisponibilité du corps humain est rattachée à l'article 1128 du Code civil et à la notion de « *chose hors du commerce* »⁸⁷⁶. Mais si le corps humain est présenté, en théorie, comme une chose hors du commerce, ce n'est pas tout-à-fait le cas en pratique. Car, il est de multiples situations, où le corps humain peut faire l'objet d'une convention⁸⁷⁷. Un contrat peut, d'abord, porter sur des éléments du corps humain, à condition qu'il soit conclu à titre gratuit⁸⁷⁸. Font ainsi partie du commerce juridique, le sang⁸⁷⁹, les organes humains⁸⁸⁰, le sperme⁸⁸¹ et les embryons⁸⁸². Les faits démontrent ainsi que « *les corps sont dans le commerce juridique, quoique soumis à une surveillance particulière* »⁸⁸³. Par ailleurs, le corps humain envisagé comme un tout ne fait-il

⁸⁷³ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 357 et M. Gobert, *art. précit.* V. toutefois, J.-P. Gridel, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », D. 2002, p. 228.

⁸⁷⁴ Aucun arrêt précédent de la Cour de cassation ne s'y réfère expressément. Les juges du fond, en revanche, l'avait déjà mentionné (TGI de Marseille, 16 déc. 1987, Gaz. Pal. 19 janv. 1988, p. 29).

⁸⁷⁵ V. *supra*, n° 79 et s.

⁸⁷⁶ Art. 1128 c. civ. : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

⁸⁷⁷ On « *pourrait multiplier les exemples pour montrer que le corps n'est pas resté en dehors du commerce juridique et même se risquer à prétendre qu'il y est impliqué de plus en plus* » (M. Gobert, *art. précit.*).

⁸⁷⁸ Art. 16-5 c. civ., art. L. 1211-4, L. 1221-3 et L. 2141-5, al. 5, CSP. On dira que la cession des éléments du corps humain est autorisée pour des « *nécessités thérapeutiques* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 275, p. 309). C'est vrai pour le sang et les organes humains. Mais ça ne l'est pas pour le sperme et les embryons, qui ne visent pas à sauver une vie, mais à « *donner la vie* » (*ibid.*). La frontière entre le don de sperme et d'embryons et le recours à une mère porteuse est donc ténue. On dira ensuite qu'il s'agit là d'éléments du corps humain et non du corps humain lui-même, envisagé comme un tout. Or, ce n'est pas tout à fait juste, du moins s'agissant de la mère-porteuse : ce sont principalement « *ses fonctions reproductrices* » qui sont sollicitées (Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, Defrénois 1990, 743, obs. Aubert).

⁸⁷⁹ Loi 21 juill. 1952, devenue l'art. L. 1221-1 CSP.

⁸⁸⁰ Loi *Cavallet* du 22 déc. 1976, devenue l'art. L. 1231-1 CSP.

⁸⁸¹ Loi 31 déc. 1991, art. 13, devenu l'art. L. 1244-1 CSP.

⁸⁸² Loi 29 juill. 1994 et 6 août 2004 (art. L. 1211-1 s., et L. 1241-1 s. CSP).

⁸⁸³ M. Gobert, *art. précit.* Les auteurs qui ont étudié la question parviennent à la même conclusion : « *l'affirmation que le corps humain est hors du commerce juridique serait – à leurs dires – essentiellement doctrinale* ». Mme A. Jack soutient, ainsi, que ce principe est « *contraire aux faits* » (« Les conventions relatives à la personne physique », RCLJ, 1933, p. 6). Quarante ans plus tard, M. P. Ancel, confirme que « *ce principe n'a jamais vraiment rendu exactement compte des solutions du droit positif* » et « *y correspond de moins en moins* » (*L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, th. Dijon, 1978).



pas l'objet d'une convention à travers le contrat de travail⁸⁸⁴ ? Rattacher le corps humain aux choses hors du commerce juridique, c'est donc étendre la catégorie existante.

Cette catégorie n'est pas seulement élargie ; elle est *déformée*. Inclure le corps humain dans la notion de « chose », c'est l'envisager comme un « objet matériel »⁸⁸⁵. Or, « le corps humain n'est pas une chose. C'est la personne même »⁸⁸⁶. Dire que le corps humain est une chose hors du commerce est une contradiction dans les termes, qui méconnaît la distinction cardinale des personnes et des choses. Autrement dit, « on réifie le corps en même temps qu'on le sacralise »⁸⁸⁷. La notion existante est donc déformée. Elle révèle, par là même, son insuffisance à couvrir la nouvelle réalité. Cette situation entraîne l'admission explicite d'une notion nouvelle appropriée.

109. « Si le principe selon lequel le corps humain est indisponible n'existe pas, rien n'empêche de commencer à le faire exister »⁸⁸⁸ déclarait un auteur, trois ans plus tôt. La Cour de cassation acquiesce à l'invitation et accélère ainsi le développement de la notion nouvelle. La notion d'indisponibilité du corps humain, quoique toujours rattachée à l'article 1128, est visée expressément. La doctrine en prend acte : elle constate la « naissance, en droit positif »⁸⁸⁹ d'un concept nouveau. Mais elle note que ce concept « ne correspond pas à la réalité depuis longtemps existante »⁸⁹⁰. Il n'a pas été le fruit de systématisations successives. Il a été emprunté « au fonds des notions morales »⁸⁹¹, des principes généraux et immuables qui semblent « universellement admis »⁸⁹². La notion nouvelle passe ainsi, directement, de la morale au droit : sans avoir été « éprouvée par la pratique ni rôdée par la tradition juridique », elle est immédiatement « présentée comme juridique, voire relevant de la technique juridique »⁸⁹³. Le juge vient la poser, ou dit-on, l'« appeler »⁸⁹⁴.

⁸⁸⁴ Certains auteurs ont ainsi fait valoir que le fait de mettre à disposition sa « force de travail » conduit à « une certaine patrimonialisation de la personne » (M. Gobert, *art. précit.*).

⁸⁸⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

⁸⁸⁶ G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1990, n° 479, p. 163. « L'être humain n'est pas une chose » (Y. Strickler, *Les biens*, Puf, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2006, n° 11, p. 19 et s.)

⁸⁸⁷ M. Gobert, *art. précit.*

⁸⁸⁸ M.-A. Hermitte, « Le corps, hors du commerce, hors du marché », *La philosophie du droit aujourd'hui*, Arch. philo. droit, Tome 33, Sirey, 1988, p. 238.

⁸⁸⁹ M. Gobert, *art. précit.*

⁸⁹⁰ M.-A. Hermitte, *art. précit.*

⁸⁹¹ C. Atias, *Philosophie du droit*, Puf, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2012, n° 63, p. 268, à propos du principe de dignité de la personne humaine.

⁸⁹² A. Jack, *art. précit.*

⁸⁹³ C. Atias, *op. cit.*, p. 266 et s., à propos du principe de dignité de la personne humaine.

⁸⁹⁴ M. Gobert, *art. précit.*



L'arrêt de principe permet ainsi de propulser le développement d'une notion nouvelle. Il peut également intervenir plus tard et laisser la notion nouvelle se former lentement. Au moment où il est rendu, c'est donc pour accélérer la phase suivante du processus : le détachement de la notion nouvelle.

B. Le détachement immédiat

110. La notion nouvelle peut naître et affirmer, dans le même temps, sa complète autonomie. Dans ce cas, elle continue de se former derrière le paravent d'une notion existante, mais au moment d'émerger, elle apparaît immédiatement dans toute son originalité. Au lieu de se manifester à côté de la notion existante et de s'en séparer progressivement⁸⁹⁵, elle se présente immédiatement seule et émancipée. Ce détachement accéléré entre la notion nouvelle et la notion existante, peut s'expliquer par plusieurs raisons, notamment parce que la notion nouvelle est d'ores et déjà admise en pratique. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre pour la consacrer.

111. L'admission de la garantie à première demande permet d'illustrer ce point. Cette notion nouvelle, inconnue dans le Code civil jusqu'en 2006⁸⁹⁶, a été consacrée par deux arrêts de principe rendus le 20 mai 1982⁸⁹⁷. Jusqu'alors, la Cour de cassation n'avait jamais employé l'expression. Elle refusait d'« *aller au-delà du code civil* »⁸⁹⁸ et ne reconnaissait, en matière de sûretés personnelles, que la qualification prévue par la loi : le cautionnement⁸⁹⁹. Or, la garantie autonome, que la pratique était en train de développer sur le modèle international, semblait constituer une sûreté beaucoup plus efficace. Comme le cautionnement, elle permettait de garantir le paiement d'une dette principale. Mais contrairement à lui, cette garantie n'était pas accessoire ; elle existait indépendamment du

⁸⁹⁵ V. *supra*, n° 83 et s.

⁸⁹⁶ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2012, n° 270, p. 249. Ce n'est plus le cas aujourd'hui, puisque la garantie autonome a été intégrée au Code civil, à l'article 2321, par l'ordonnance du 23 mars 2006.

⁸⁹⁷ Cass. com. 20 mai 1982, D. 1983. 365, note Vasseur, RTD com. 1983.446, obs. Cabrillac et Teyssié ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 297-298, p. 855.

⁸⁹⁸ Vasseur, *note précit.*

⁸⁹⁹ Cass. com. 12 juin 1979, n° 78-11.601, *Bull. civ. IV*, n° 197, p. 160, D. 1980.I.R.212. Cet arrêt refuse l'idée d'indépendance entre le contrat de base et le contrat de cautionnement.



contrat de base⁹⁰⁰. Elle représentait un engagement propre du garant, qui acceptait de payer à première demande, c'est-à-dire sans discussion possible.

Tout en continuant d'en appeler à la notion de cautionnement, la Cour de cassation développait toutefois la notion nouvelle. Dans un arrêt rendu le 22 mars 1982⁹⁰¹, elle admettait ainsi qu'une caution puisse, dans certaines circonstances, être tenue de payer à première demande. Derrière la référence au cautionnement, la notion nouvelle se constituait clandestinement, entraînant une déformation des règles applicables, puisque la caution n'est tenue, en principe, qu'à titre subsidiaire⁹⁰². Cette déformation était justifiée au regard de la liberté contractuelle : la caution s'est librement engagée à payer à première demande ; elle doit donc s'exécuter. Ainsi, la notion de garantie autonome prenait corps à travers un genre de « *cautionnement aménagé par les parties* »⁹⁰³.

A partir de là, la notion nouvelle aurait dû, selon le processus habituel, émerger à côté de la notion existante et s'en détacher peu à peu, au fil des cas d'espèce⁹⁰⁴. Dans l'arrêt suivant, la Cour de cassation aurait donc pu se référer à un cautionnement aménagé par les parties et en déduire qu'il constituait dès lors « *une garantie autonome* ». Les deux notions seraient ainsi apparues l'une à côté de l'autre, dans une relation ambiguë soit d'équivalence soit de genre à espèce. Puis, la notion nouvelle aurait figuré seule dans la motivation, la Cour de cassation s'y référant directement, sans le secours de la notion existante : elle aurait déclaré, par exemple, que l'engagement conclu constituait « *une garantie autonome* », sans autre explication.

112. La Cour de cassation choisit, cependant, d'accélérer le processus. Au moment où elle intervient, la notion est, en effet, déjà admise, à la fois par les juges du fond⁹⁰⁵ et par les

⁹⁰⁰ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 269, p. 244 et s.

⁹⁰¹ Cass. com. 22 mars 1982, D. 1982.I.R.498, obs. Vasseur : « *c'est par une interprétation de la clause litigieuse... que la cour d'appel a déclaré qu'elle s'analysait seulement comme un engagement de la caution à ne pas discuter les dommaes dues et cautionnées par elle et décidé qu'un tel engagement ne comportait ni condition illicite, ni la renonciation visée au moyen* ». Comp., Cass. com. 14 oct. 1981 (D. 1982.301, note Vasseur) où il est fait référence à la notion de « *crédit documentaire* » et aux règles spéciales en la matière.

⁹⁰² Art. 2288 c. civ. : « *Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». V. aussi, Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 47, p. 39.

⁹⁰³ Vasseur, D. 1983. 365, *note précit.*

⁹⁰⁴ V. *supra*, n° 79 et s.

⁹⁰⁵ V. par ex. CA Paris, 24 nov. 1981, D. 1982.296, note Vasseur ; CA Riom, 14 mai 1980, D. 1981.336, note Vasseur. Un an auparavant, Monsieur Vasseur déclarait, en effet : la garantie autonome « *est devenue aujourd'hui de droit positif, en attendant qu'un jour venu, la Cour de cassation vienne la consacrer* » (D. 1981.336, *note précit.*).



auteurs⁹⁰⁶, qui souhaitent sa reconnaissance. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre que la notion acquière droit de cité : c'est désormais chose faite. Le 20 mai 1982⁹⁰⁷, la Cour de cassation rend ainsi deux « *arrêts de principe* »⁹⁰⁸, qui catalysent l'évolution. Le premier arrêt approuve les juges du fond d'avoir écarté les règles du cautionnement et d'avoir restitué à un engagement « *à première demande* » son « *véritable fondement juridique* », en déclarant que « *cet engagement ne constituait pas un cautionnement, mais une garantie autonome* »⁹⁰⁹. Le second arrêt tire une conclusion supplémentaire de la situation : si la garantie à première demande est « *autonome à l'égard du contrat de base* », les clauses de ce contrat ne lui sont pas applicables⁹¹⁰.

Le détachement de la notion nouvelle est donc accéléré. Au lieu de se réaliser lentement, au fil des cas d'espèce, il se produit en un trait de temps : la Cour de cassation profite d'une affaire aux gros enjeux financiers qui pose clairement la question de droit, pour consacrer pleinement la notion nouvelle⁹¹¹. La Cour de cassation s'y réfère en parlant d'une « *garantie autonome* » qui constituerait un « *fondement juridique* » à part entière. Elle insiste sur le fait que cette garantie particulière « *ne constituait pas un cautionnement* ». Elle distingue donc clairement les deux notions : « *la garantie à première demande n'est pas un cautionnement* »⁹¹². Il s'agit bien d'une qualification originale et indépendante des qualifications légales.

Sa nature propre provient de son caractère « *autonome* ». Contrairement au cautionnement, elle n'est pas une garantie accessoire au contrat principal. Elle existe indépendamment de lui et représente un engagement propre du garant. La dénomination consacrée par la Cour de cassation - « *garantie autonome* » - exprime donc « *le trait distinctif de cette variété de garantie* »⁹¹³. Il est vrai que la notion nouvelle s'apparente à la notion existante parce que toutes deux sont des garanties. Mais la première est une garantie « *autonome* » tandis que la

⁹⁰⁶ Monsieur Vasseur évoque ainsi, dans son commentaire le colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980 sur *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* (éd. Feduci, 1980). C'est pourquoi il décrit les arrêts de 1982, comme les « *grands arrêts que l'on attendait* » (D. 1983. 365, *note précit.*).

⁹⁰⁷ Cass. com. 20 mai 1982, *précit.*

⁹⁰⁸ Vasseur, D. 1983. 365, *note précit.*

⁹⁰⁹ L'arrêt écarte ainsi la règle de l'opposabilité des exceptions en matière de cautionnement (Art. 2313, alin. 1^{er} c. civ.).

⁹¹⁰ L'arrêt écarte ainsi la convention d'arbitrage incluse dans le contrat de base.

⁹¹¹ Vasseur, D. 1983. 365, *note précit.*

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op cit.*, n° 269, p. 244. La terminologie choisie traduit « *de la manière la plus claire la différence de nature par rapport au cautionnement, par essence accessoire* » (n° 271, p. 247).



seconde n'est qu'une garantie « *accessoire* ». La notion nouvelle se définit donc par opposition à la notion existante et justifie par là même son caractère unique et original.

La Cour de cassation achève le travail créatif en tirant toutes les conséquences juridiques de ce détachement : à différence de nature, différence de régime. Puisqu'il s'agit d'une garantie « *autonome* », toutes les règles liées au caractère accessoire du cautionnement doivent être écartées. Certaines vont même se trouver inversées : l'opposabilité des exceptions en cas de cautionnement devient ainsi « *l'inopposabilité des exceptions* »⁹¹⁴, en matière de garantie autonome. De même, le caractère « *autonome* » de la garantie rend inapplicables les clauses contenues dans le contrat de base. Les clauses attributives de juridiction ou les clauses compromissoires qui y sont incluses ne pourront être invoquées. Un seul arrêt de principe peut ainsi consacrer « *de manière éclatante* »⁹¹⁵ une notion nouvelle et la distinguer « *de manière catégorique* »⁹¹⁶ des notions existantes.

L'arrêt de principe propulse le lent cheminement de la jurisprudence : il réalise un « *grand bond* » en avant. La Cour de cassation montre qu'elle domine le rythme du processus de création, qu'elle peut ralentir ou accélérer, faisant ainsi une puissante démonstration de son « *pouvoir normatif* »⁹¹⁷. Ce pouvoir est d'une efficacité redoutable, qu'il s'exerce dans un sens, d'ailleurs, ou dans l'autre. L'arrêt de principe permet, en effet, d'opérer, avec la même vigueur, un « *grand bond* » en arrière.

Section 2nde

Le « *grand bond* » en arrière

113. La Cour de cassation peut décider d'enrayer immédiatement l'évolution de la jurisprudence. Elle rend alors un arrêt de principe qui marque, selon les termes de la doctrine, un « *coup de frein* »⁹¹⁸ ou un « *coup d'arrêt* »⁹¹⁹. Lorsqu'il s'agit d'une suppression de la

⁹¹⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 269, p. 244.

⁹¹⁵ Vasseur, D. 1983. 365, *note précit.*

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ *Ibid.* C'est à la fois le pouvoir créateur des magistrats et celui des volontés individuelles qui est mis à l'honneur.

⁹¹⁸ V., pour quelques exemples, J. Rochfeld, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, JCP 2001.I.354, n°12 (à propos du contrôle judiciaire des motifs de rupture d'un contrat à durée indéterminée) ; G. Viney, note sous *Arrêt Besse*,



création prétorienne, le pouvoir du juge à l'égard de sa propre jurisprudence s'exprime dans toute sa force. Ce que le juge a fait, il paraît pouvoir le défaire librement. Ainsi que l'avocat général Charbonnier le disait à l'adresse des hauts magistrats : « *puisque en l'occurrence le principe est jurisprudentiel, puisque c'est vous qui l'avez posé, vous en êtes maîtres et vous pouvez le changer* »⁹²⁰.

C'est ainsi que l'arrêt de principe permet d'accélérer le processus de suppression des règles prétorienne. Il permet d'abandonner immédiatement une *règle* prétorienne (§I) et, au-delà, une *notion* à peine consacrée (§II).

§ I. Le reflux accéléré d'une règle prétorienne

114. Le juge peut abandonner subitement une règle prétorienne, encore inquiétante ou déjà dépassée. Il brûle alors les étapes du revirement progressif⁹²¹ et rend d'emblée l'arrêt de principe qui devrait normalement finaliser le processus.

Lorsque le juge maintient la règle prétorienne, tout en diminuant singulièrement ses effets ou son domaine, il y a *réduction immédiate* de l'innovation (A). Lorsqu'il entend *supprimer* purement et simplement la règle nouvelle, il rend un arrêt de désaveu, dans lequel il renie la jurisprudence antérieure (B).

Cass. Ass. Pl. 12 juill. 1991, JCP G 1991.II.21743 (à propos de la notion prétorienne de « groupe de contrats ») ; D. Legeais, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, (à propos de la jurisprudence au sujet de la mention manuscrite de la caution) ; L. Rozès, « Baux commerciaux : panorama 2005 », D. 2006.925 (à propos d'une pratique judiciaire bienveillante concernant la clause résolutoire et les délais de grâce). On trouve aussi le terme de « *volte-face* » (A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », LPA., 25 janv. 2007, n° 19, p. 22). Lorsqu'ils se produisent dans les premiers temps de la création prétorienne, ces coups de frein ne sont pas forcément déterminants. Les grandes créations prétorienne ont connu de semblables péripéties, qu'il s'agisse de la responsabilité du fait des choses (v. l'arrêt de la Chambre des Requêtes, rendu un an plus tard, qui revient complètement sur l'arrêt *Teffaine*, Cass. Req. 30 mars 1897, D.1897.1.433, S. 1898.1.65), de l'obligation *in solidum* (v. la série d'arrêts du début du XX^{ème} qui anéantit les espoirs entrevus dans l'arrêt *Transatlantique* du 11 juillet 1892, Cass. civ. 3 juillet 1900, D. 1902.1.417 et surtout Cass. Req. 17 mars 1902, D. 1902.1.541) ou de la jurisprudence en matière de clauses abusives (v. l'arrêt rendu au lendemain de la consécration du principe nouveau, Cass. civ. 1^{ère} 24 fév. 1993, D. 1993.IR. 78).

⁹¹⁹ V., par ex., D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 15 sept. 2005, D. 2006.761 (à propos de la notion prétorienne de bonne foi) ; J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles, sociétés et groupements sept. 2007- août 2008, D. 2009, p. 323 (à propos de Cass. com. 8 avr. 2008, qui rétablit le caractère d'ordre public de l'art. 1843-4 c. civ.) ; Ph. Malinvaud et B. Bouli, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 1993 et Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1994, RDI 1994, p. 256 (à propos de l'arrêt *Besse*).

⁹²⁰ Charbonnier, concl. sous l'arrêt *Desmares*, D. 1982.449.

⁹²¹ V. *supra*, n° 87 et s.



A. La réduction immédiate

115. Le juge peut réduire tout de suite la règle prétorienne, sans pour autant l'abandonner. Il peut en *diminuer le domaine*, par le biais d'un arrêt de principe qui lui retire immédiatement une importante série de cas d'application. Il peut également en *atténuer considérablement les effets*, voire la paralyser complètement. Ce procédé requiert un raisonnement juridique plus ingénieux : puisqu'il n'y a pas désaveu, il faut pouvoir justifier tout à la fois le maintien de la règle et la suppression de ses effets. Des arguments purement techniques serviront souvent à cette fin.

116. La jurisprudence au sujet des clauses d'adhésion obligatoire à une association en fournit une illustration. Une « *importante décision* »⁹²² du 12 juin 2003⁹²³ avait déclaré ces clauses nulles, comme contraires à la liberté d'association⁹²⁴. L'annulation rétroactive de la clause avait de lourdes conséquences pour l'association : le contractant forcé d'y adhérer pouvait demander le remboursement de toutes les cotisations payées pendant la durée du contrat et même s'il avait profité des prestations. La position adoptée était donc défavorable aux associations et elle fut contestée⁹²⁵. Les critiques s'intensifièrent lorsque la Cour de cassation renforça sa position en refusant que l'association puisse demander une somme équivalente aux prestations fournies sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁹²⁶. Une liberté fondamentale, soutenait-elle, ne peut faire l'objet d'une « *reconnaissance théorique dénuée de toute effectivité* »⁹²⁷.

Face aux réactions de la doctrine, la Cour de cassation décida toutefois de faire marche arrière. Mais désavouer la règle consacrée paraissait délicat : non seulement elle était fondée sur une liberté fondamentale, mais en plus, la Cour de cassation avait insisté sur la nécessité de lui accorder sa pleine effectivité. Il fallait donc trouver un autre moyen technique pour

⁹²² Créton et Vassalo, note sous Cass. ? D. 2012, p. 2050.

⁹²³ Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, RTD civ. 2003, p. 771, note J. Raynard, D. 2003, p. 1694, note Y. Rouquet, RTD civ. 2004, p. 280, obs. J. Mestre et B. Fages, Rev. Sociétés 2003, p. 880, obs. M.-L. Coquelet, AJDI 2003, p. 663, note J.-P. Blatter, AJDI 2003, D. 2004, p. 367, note C.-M. Bénard, RTD com. 2004, p. 72, note J.-P. Monéger, RTD com. 2003, p. 755, note L. Grosclaude.

⁹²⁴ Sur le rôle des droits fondamentaux dans la création prétorienne, v. *infra*, n° 179 et s.

⁹²⁵ Sur la mesure du recours aux droits fondamentaux, v. *infra*, n° 191 et s.

⁹²⁶ Ainsi que l'avaient admis les juges du fond : si l'association était tenue de rembourser les cotisations au titre de la nullité de la clause, le commerçant était tenu de rendre une somme équivalente aux prestations fournies sur le fondement de l'enrichissement sans cause (v. CA Rennes, 9 juin 2010, sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65.045, *Bull. civ. I*, n° 118, D. 2010.1417).

⁹²⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-65.045, D. 2010. Actu. 1417 ; D. 2011. Pan. 1786, spéc. 1790, obs. Dumont-Lefrand.



réduire la règle prétorienne sans la renier ouvertement. La Cour de cassation le trouva dans le mécanisme juridique même de la nullité : si la clause est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé pour les deux parties. Cela signifie donc que l'association doit restituer les cotisations reçues, mais cela emporte aussi que le contractant doit restituer à l'association une somme équivalente aux prestations accomplies. C'est le « *principe des restitutions réciproques* »⁹²⁸ qui n'est qu'une conséquence « *logique* »⁹²⁹ du caractère rétroactif de l'annulation.

Le 23 novembre 2011⁹³⁰, la Cour de cassation rendait ainsi un arrêt de principe qui marquait un coup de frein. Elle y déclarait que « *l'annulation à raison de l'atteinte à la liberté fondamentale de ne pas s'associer ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques que peut impliquer l'annulation d'un contrat exécuté* ». Ainsi, tout en maintenant la règle nouvelle - puisque les clauses d'adhésion obligatoires étaient toujours considérées comme nulles pour contrariété à la liberté d'association - elle la privait d'effets : en pratique, l'association pouvait demander le remboursement des prestations fournies. C'est dire qu'après avoir refusé d'accorder l'action *de in rem verso* à l'association pour ne pas priver une liberté fondamentale de son « *effectivité* », la Haute juridiction parvenait exactement au même résultat par le biais du mécanisme juridique des nullités : dans les deux cas, l'association récupérait une somme équivalente aux prestations accomplies. L'arrêt réalisait donc bien un « *grand bond* » en arrière, même si son raisonnement était parfaitement « *cohérent* »⁹³¹ par rapport à la jurisprudence antérieure.

Le « *grand bond* » en arrière est encore plus net, lorsque la Cour de cassation opère, plutôt qu'une réduction, une véritable suppression de la règle.

⁹²⁸ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n° 722, p. 345 et s.

⁹²⁹ Note H. Kenfack, D. 2012. 2490.

⁹³⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° 10-23.928, D. 2011, p. 2928, obs. Y. Rouquet, D. 2012, p. 1844, note M.-P. Dumont-Lefrand et AJDI 2012, p. 263. Confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-17.587, D. 2012.1954, obs. Y. Rouquet et 2050, spéc. 2053, chron. C. Creton, et 2490, note H. Kenfack, RTD com. 2012.510, note J. Monéger.

⁹³¹ M.-P. Dumont-Lefrand, AJDI 2012, p. 263, note *précit*.



B. La suppression immédiate

117. Il arrive que la Cour de cassation décide de supprimer immédiatement une règle prétorienne. L'arrêt de principe intervient alors sans avoir été précédé par un arrêt d'annonce, ce qui a tendance à le rendre imprévisible et brutal⁹³². Dans le raisonnement de la Haute juridiction, cette atteinte importante à la sécurité juridique paraît toutefois s'expliquer par la nécessité d'agir rapidement.

118. La règle prétorienne peut, en effet, apparaître impraticable ou mal fondée, comme ce fut le cas en matière de prêt à usage : après avoir expérimenté les failles de la jurisprudence *Leininger*⁹³³, la Cour de cassation supprima la règle nouvelle et revint à « *la case départ* »⁹³⁴. Le revirement brutal peut être du également à un événement extérieur : l'intervention d'une loi privant la règle prétorienne d'utilité, comme la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation rendant vaine la jurisprudence *Desmares*⁹³⁵. Le choix d'une suppression immédiate de la règle peut être lié également à un changement du contexte général, l'ayant rendue inéquitable. Le « *remarquable* »⁹³⁶ revirement au sujet de l'application du principe de responsabilité du fait des choses dans l'hypothèse particulière d'un transport bénévole s'explique ainsi⁹³⁷.

119. L'arrêt de revirement peut encore traduire la volonté de susciter une réforme législative. La brutalité du revirement est alors recherchée pour elle-même : il s'agit de produire un choc. En présence d'une législation insatisfaisante, la Cour de cassation rend un « *arrêt de provocation* »⁹³⁸ pour inciter le législateur à agir. L'arrêt *Desmares*⁹³⁹ en est l'exemple type. Le conseiller Yves Chartier, lorsqu'il évoquait la douceur avec laquelle s'accomplissent habituellement les revirements de jurisprudence, le choisissait précisément en

⁹³² v. *infra*, n° 242 et s.

⁹³³ Cass. civ. 19 nov. 1996, n° 94-20.446, *Bull. civ. I*, n° 407, D. 1997. 145, note A. Bénabent, CCC 1997, chron. n° 8 et 9 par M-L. Izorche. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287.

⁹³⁴ L. Leveneur, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, CCC 2004, n° 53 et C. Noblot, D. 2004, p. 903.

⁹³⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, *Bull. civ. II*, n° 86, p. 49, D. 1988.32, note Mouly, JCP 1987.II.20828, note Chabas, Defrénois, 1987. 1136, obs. Aubert, RTD civ. 1987.767, obs. Huet).

⁹³⁶ Y. Lambert-Faivre, « Le transport bénévole », *Chr. D.* 1969, p. 91.

⁹³⁷ Cass. ch. mixte, 20 décembre 1968, D. 1969.37, concl. Schmelck ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 209-210, p. 422 et s. v. *infra*, n° 147.

⁹³⁸ J.-L. Aubert, obs. *Defrénois* 1987, p. 1137.

⁹³⁹ *Arrêt Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449, concl. Charbonnier, note Larroumet, JCP 1982.II.19861, note F. Chabas, Defrénois 1982, p. 1689, obs. Aubert, RTD civ. 1982, p. 607, obs. Durry, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 211-213.



contre-exemple. « *Il n'y a pas un arrêt Desmares tous les ans* », s'exclamait-il⁹⁴⁰. Dans cette affaire, la Cour de cassation, par un seul arrêt de principe, réduisait, en effet, à néant une jurisprudence de près d'un demi-siècle.

L'arrêt *Desmares* mettait un terme à la règle du partage en matière de responsabilité du fait des choses⁹⁴¹. Malgré sa rédaction générale, il visait, en réalité, le problème particulier des accidents de la route : il s'agissait d'assurer au maximum l'indemnisation des victimes en retirant la considération de leurs fautes éventuelles, des causes d'exonération du gardien. La nécessité d'un régime spécial des accidents de la circulation s'était faite ressentir ; la doctrine l'avait d'ailleurs appelé de ses vœux⁹⁴². Mais le législateur n'intervenait pas. L'avocat général attira alors l'attention des juges sur ce point : les principes issus de l'article 1382 et 1383 sont d'origine légale et l'on n'y peut rien faire ; mais tout ce qui relève de l'article 1384 alinéa 1^{er} est prétorien, donc souple, malléable. Puisque le principe du partage est un « *principe jurisprudentiel* »⁹⁴³, les juges en sont entièrement maîtres. Et il concluait ainsi : « *Eh bien ! Messieurs, supprimez la règle du partage et vous réaliserez l'alliance rare de la justice et de l'efficacité !* »⁹⁴⁴

L'arrêt *Desmares* supprima donc la règle du partage. Les qualificatifs se succédèrent en doctrine : revirement « *spectaculaire* »⁹⁴⁵ « *révolutionnaire* »⁹⁴⁶, « *de provocation* »⁹⁴⁷, etc. On évoqua un « *véritable bouleversement* »⁹⁴⁸ et l'anéantissement d'« *une jurisprudence vénérable* »⁹⁴⁹. Un seul arrêt avait suffi pour raser un monument de jurisprudence, tout entier fait en nuances et en distinctions, et qui avait mis cinquante ans pour être édifié. Cette solution, trop radicale, fut abandonnée quelques années plus tard⁹⁵⁰, au lendemain de l'adoption de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation.

⁹⁴⁰ Y. Chartier, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 151.

⁹⁴¹ Toutefois, sur l'ambiguïté des arrêts de principe, v. *infra*, n° 228 et s.

⁹⁴² V. not. A. Tunc, « Sur un projet de loi en matière d'accidents de la circulation routière », RTD civ. 1967.82.

⁹⁴³ Charbonnier, *concl. précit.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ C. Mouly, *note précit.*

⁹⁴⁶ C. Larroumet, *note précit.*

⁹⁴⁷ Aubert, *obs. précit.*

⁹⁴⁸ C. Mouly, *note précit.*

⁹⁴⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 434.

⁹⁵⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, *précit.*



L'arrêt *Desmares* montre ainsi, avec force, l'emprise du juge sur sa propre jurisprudence : il paraît en être complètement maître. Il peut décider de la formation comme de la suppression des règles. Peu importe le caractère ancien et constant de la jurisprudence ; peu importe qu'elle ne soit pas contestée en son principe, par les auteurs ou les praticiens. Le juge revendique une complète liberté à l'égard de ses œuvres.

Un seul arrêt de principe peut donc revenir sur une règle nouvelle. De même, une seule décision de ce type peut provoquer le reflux d'une notion prétorienne que le juge avait ajoutée au droit.

§ II. Le reflux accéléré d'une notion prétorienne

120. Lorsque la notion prétorienne, devenue autonome, se développe de manière incontrôlable, le juge peut précipiter le processus de reflux. Il rend alors un arrêt de principe qui a pour effet de bloquer l'évolution de la notion nouvelle. C'est ce qui s'est produit, par exemple, en matière d'enrichissement sans cause. Suite à l'arrêt *Patureau-Miran*⁹⁵¹, la Cour de cassation endigua, en effet, le développement désordonné de la notion nouvelle, en l'enfermant, par deux arrêts de principe, dans des conditions particulières que la doctrine avait dégagées⁹⁵².

Le juge peut procéder différemment. Pour stopper l'évolution de la notion, il peut la faire retomber subitement sous l'emprise de la notion légale dont elle s'était détachée, qui la comprime alors dans son régime juridique. Dans ce cas, il y a *rattachement* immédiat de la notion prétorienne à la loi (A). Si le concept nouveau s'avère mal engagé, il reste possible de le supprimer sans attendre. L'arrêt de principe procède alors à un *anéantissement* immédiat de l'œuvre prétorienne (B).

⁹⁵¹ V. *supra*, n° 21-22.

⁹⁵² V. *infra*, n° 178.



A. *Le rattachement immédiat*

121. Il est un moment crucial, qui se déroule juste après la consécration de la notion nouvelle. Celle-ci est devenue autonome et n'est donc plus soumise à la loi. Or, étant dépourvue d'« *armature juridique* »⁹⁵³, elle risque alors de s'emballer et de bouleverser l'équilibre des règles en vigueur. Face à ce risque d'insécurité, le juge s'enquiert d'accélérer le processus de reflux. Il rend un arrêt de principe, qui rattache la notion nouvelle à la notion existante. Ce faisant, il stoppe l'évolution de la jurisprudence.

122. Parfois, ce rattachement est partiel : la notion nouvelle est maintenue dans son originalité, mais elle retisse des liens avec la notion légale dont elle s'était détachée, ou de manière plus diffuse, avec la matière juridique à laquelle elle appartient. La jurisprudence en matière d'obligation de bonne foi en offre un exemple. Il a été vu précédemment qu'une obligation de contracter de bonne foi s'est progressivement détachée de la notion de dol, pour apparaître dans toute son autonomie⁹⁵⁴. Cette évolution participait d'un mouvement plus large, de création d'une obligation générale de bonne foi⁹⁵⁵, qui s'était progressivement répandue dans tous les domaines du droit des contrats. L'obligation de bonne foi avait fait son apparition au stade des négociations contractuelles, à travers la sanction des comportements de mauvaise foi lors de l'entrée⁹⁵⁶ de la conduite⁹⁵⁷ ou de la rupture des pourparlers⁹⁵⁸. Puis elle s'était imposée au stade de la conclusion du contrat, à travers le devoir de confidentialité⁹⁵⁹ et l'obligation précontractuelle d'information⁹⁶⁰. On vit même reparaître la

⁹⁵³ Selon l'expression, déjà employée, de M. Picard (« La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (deuxième partie) », RTD civ. 1922, p. 7).

⁹⁵⁴ V. *supra*, n° 84.

⁹⁵⁵ Cette évolution s'appuyait notamment sur l'article 1134, alinéa 3 c. civ. A l'origine, en évoquant la notion de « *bonne foi* », ce texte formulait une directive d'interprétation s'adressant au juge. La jurisprudence en a complètement refondu le sens en y voyant une obligation à la charge des parties et les incitant à se comporter avec loyauté et coopération (Sur l'histoire du concept de bonne foi, v. Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, janv. 2009, dernière mise à jour : mars 2014, n° 1). De la notion de bonne foi, la jurisprudence procéda à une diversification du contenu de la notion : c'est ainsi qu'elle imposa un devoir de loyauté (Y. Picod, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Actes du colloque d'Aix en Provence du 28 mai 1993, puam, 1993, p. 57, n° 14 et s.) et un devoir de renégociation, pour le cas où un changement du contexte économique aboutirait à déséquilibrer le contrat (Cass. com. 24 nov. 1998, n°96-18-357, Defrénois 1999, art. 36853, obs. Mazeaud).

⁹⁵⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1977, n° 95.10.574, RTD civ. 1997.921, obs. Mestre.

⁹⁵⁷ Cass. com. 3 oct. 1978, Bull. civ. IV, n° 208.

⁹⁵⁸ Cass. com. 26 nov. 2003, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 142, p. 1 et s.

⁹⁵⁹ Cass. com. 3 juin 1986, n° 84-16.971, Bull. civ. IV, n° 110.

⁹⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1992, n° 90-15.866.



bonne foi au stade de l'après-contrat⁹⁶¹, certaines décisions jugeant que le devoir de loyauté se poursuivait même après la fin des relations contractuelles.

Cette évolution suscita des craintes en doctrine : la notion prétorienne, sans aucune assise légale, semblait pouvoir graviter librement dans tout le droit des obligations. Elle risquait notamment de conquérir la matière délictuelle⁹⁶², car la bonne foi ne paraît pas être une notion purement contractuelle, mais bien une « *norme générale et universelle de comportement* »⁹⁶³. Et sans aucun cadre juridique, elle paraissait pouvoir renverser les principes de la matière et notamment ceux régissant le droit des contrats⁹⁶⁴. La bonne foi ne devait tout de même pas devenir, pour le juge, un moyen de méconnaître la volonté des parties. Sensible à cette mise en garde, la Cour de cassation amorça « *un mouvement de reflux en limitant les effets potentiels de la bonne foi* »⁹⁶⁵. Elle rendit deux arrêts de principe, véritables arrêts « *doctrinaux* »⁹⁶⁶, qui avaient pour effet de raccrocher la notion prétorienne à la loi et de la situer, à nouveau, sur le territoire juridique.

Le premier arrêt, du 14 septembre 2005⁹⁶⁷, rattacha l'obligation de bonne à la matière contractuelle. La Cour de cassation y soutint que « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels* ». En apportant cette précision elle faisait un « *grand pas en arrière* »⁹⁶⁸. Non seulement, elle reliait la notion de bonne foi au domaine contractuel, à l'exclusion du domaine délictuel, mais en plus, elle limitait le jeu de l'obligation de bonne foi

⁹⁶¹ Cass. com. 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *Bull. civ. IV*, n° 86.

⁹⁶² Hors la période de vie du contrat, dans les phases antérieure et postérieure, les actions étaient fondées sur la responsabilité délictuelle. La notion de bonne foi semblait donc appelée à déborder le domaine contractuel et à investir la matière délictuelle.

⁹⁶³ Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *art. précit.*, n° 15 et s.

⁹⁶⁴ « *Le créancier qui use de ses prérogatives peut bien encourir une responsabilité à cette occasion, mais il ne peut être question de lui ôter son droit pour autant* » (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 341, v. aussi, n° 335). En outre, la notion de bonne foi paraissait être trop générale, trop abstraite : « *affirmer l'existence d'une obligation ou de collaboration n'indique pas qui en est débiteur, quelle est l'intensité de son contenu, ni dans quelles circonstances elle s'impose* » (P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, Dalloz, 2003, p. 99 et s., spéc. p. 117). Les correctifs prétoriens, rappelait Monsieur Chazal, en reprenant la formule de Monsieur Sargos, sont les garde-fous de l'excès du droit ; « *prenons garde qu'ils ne caractérisent les excès d'un droit fou* ».

⁹⁶⁵ M. Latina, « Contrat (généralités) », in *Répertoire de droit civil*, déc. 2013, dernière mise à jour : juin 2014, n° 120.

⁹⁶⁶ P.-Y. Gautier, RDC 2007.558.

⁹⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ. III*, n° 166, D. 2006.761, note D. Mazeaud, LPA 15 sept. 2006, n° 185, note Martin, JCP E 2005, 1867, note Bictin, JCP 2005.II.10173, obs. Loiseau, RTD civ. 2005.776, obs. Mestre et Fages.

⁹⁶⁸ D. Mazeaud, *note précit.*



à « *la durée de vie du contrat* »⁹⁶⁹. Alors que la jurisprudence antérieure avait sanctionné la violation de l'obligation de bonne foi dans la période antérieure ou postérieure au contrat, elle déclarait s'y refuser désormais.

Le deuxième arrêt, rendu le 10 juillet 2007⁹⁷⁰, rattacha l'obligation de bonne foi aux principes du droit des contrats. La Cour de cassation y déclare, en effet, que la notion prétorienne « *ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». La Haute juridiction soumet ainsi l'obligation de bonne foi aux principes de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat. Les obligations convenues librement entre les parties s'imposent au juge. La référence à la « *substance* » évoque les limites théoriques assignées aux pouvoirs du juge à l'égard du contrat : il ne peut en dénaturer le contenu, ni par voie de révision, ni par voie d'interprétation⁹⁷¹. En droit des contrats, l'accord des parties s'impose au juge. Suite à ces deux arrêts de principe, la notion prétorienne se trouve ainsi rattachée à la loi. Elle existe toujours, mais elle est, d'abord, localisée sur le territoire juridique, et sa mise en œuvre est, ensuite, encadrée par les règles gouvernant le droit des contrats.

123. Le rattachement de la notion prétorienne à la loi peut être non plus seulement partiel, mais total. Dans cette hypothèse, le juge ne raccroche pas seulement son œuvre à un domaine de la loi ou aux principes d'une matière ; il l'absorbe complètement dans la notion légale dont elle s'était précédemment détachée. La notion prétorienne disparaît donc derrière le paravent restauré de la notion légale. Cette disparition n'est pas déterminante : elle est provisoire, le temps que la notion nouvelle s'acclimate et que la doctrine élabore un régime juridique adéquat.

Dans les premiers temps de sa consécration, la notion d'obligation *in solidum* a ainsi été brusquement réabsorbée dans la notion légale de solidarité. Quelques années après l'arrêt *Compagnie générale Transatlantique*⁹⁷², qui avait suggéré l'existence d'une notion nouvelle, distincte de la solidarité, la Cour de cassation fit marche arrière. Dans l'arrêt rendu le 17 mars

⁹⁶⁹ Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *art. précit.*, n° 111.

⁹⁷⁰ Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, RTD civ. 2007.773, obs. Fages, D. 2007.2844, note P.-Y. Gautier, D. 2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck, RDC 2007.1107, obs. L. Aynès, RDC 2007.1110, obs. D. Mazeaud.

⁹⁷¹ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12ème éd., 2012, spéc. n° 496, p. 385.

⁹⁷² Cass. civ. 11 juill. 1892, D.P. 1894.1.513, note Levillain, S. 1892.1.508, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 256, p. 640. V. *infra*, n° 82.



1902⁹⁷³, elle repoussa la notion d'« *obligation in solidum* », et réutilisa le terme de « *solidarité* » pour condamner les coauteurs d'un quasi-délit ; elle appliquait, en outre, tous les effets secondaires de la notion légale⁹⁷⁴. Le commentateur prit acte de ce faux départ : la Cour de cassation, observait-t-il, refuse de considérer l'existence de la notion prétorienne. De son côté, Henri Capitant déclarait qu'après quelques pas apparemment effectués dans la direction de l'*obligation in solidum*, « *des décisions plus récentes reviennent à l'idée de solidarité, et ajoutent même que cette solidarité produit tous les effets énumérés par le code civil, dans les art. 1200 et suiv.* »⁹⁷⁵

Dans cette hypothèse, la notion prétorienne est donc momentanément refoulée dans la notion légale : sa formation est figée. Elle le restera, souvent, ainsi qu'il a été indiqué, le temps nécessaire pour que la notion prétorienne soit acceptée et pour que la doctrine puisse élaborer un régime juridique adéquat. Ainsi, ce n'est que, quarante ans plus tard, lorsque l'*obligation in solidum* avait été admise par les praticiens et une fois que les auteurs avaient pu développer le cadre juridique de la notion nouvelle⁹⁷⁶, que celle-ci fut de nouveau et définitivement libérée de la loi⁹⁷⁷.

Lorsque la notion prétorienne paraît ouvertement repoussée au profit des qualifications légales, la Cour de cassation va plus loin : elle *supprime* son œuvre.

B. L'anéantissement immédiat

124. Le juge peut supprimer immédiatement l'innovation. Plutôt que de laisser la notion tomber progressivement en désuétude⁹⁷⁸, il accélère le processus. Il rend alors un arrêt de principe, qui anéantit d'un seul coup la notion nouvelle. Le juge dispose, à cet effet, d'un moyen efficace : le recours à la lettre de la loi. Puisqu'il est question d'une notion prétorienne

⁹⁷³ Cass. Req. 17 mars 1902, D. 1902.1.541.

⁹⁷⁴ Ceci, alors même que le pourvoi invoquait expressément l'existence d'une obligation « *simplement in solidum* », distincte de la solidarité par son origine et par ses effets.

⁹⁷⁵ Capitant, note sous Cass. civ. 16 juill. 1902, D. 1903.1.401.

⁹⁷⁶ V. not. L. Mazeaud, « Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels », RCLJ, 1930, p. 141 et s., P. Kayser, « La solidarité au cas de faute », RCLJ, 1931, p. 197 et s., J. Français, *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation "in solidum"* », th. Paris, 1936, J. Vincent, « L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », RTD civ. 1939, p. 601 et s.

⁹⁷⁷ Cass. civ. 4 déc. 1939, D.C. 1941.1.124, note G. Holleaux.

⁹⁷⁸ V. *supra*, n° 95 et s.



qui, par définition, n'est pas contenue dans le *corpus* législatif, il suffit, pour la supprimer, d'en appeler à la lettre des textes : si la loi n'en fait pas mention, c'est que la notion n'existe pas. Le recours à ce procédé est encore plus caractéristique, lorsque, pour supprimer la notion prétorienne, le juge s'appuie sur une clause générale qui ne devrait pas, en théorie, être interprétée littéralement⁹⁷⁹.

125. La notion prétorienne d'« *intérêt légitime juridiquement protégé* » a été ainsi supprimée. Cette condition nouvelle avait été ajoutée à l'article 1382 du Code civil le 27 juillet 1937, par l'arrêt *Méténier*⁹⁸⁰. Lorsque le contexte évolua et que cette condition ne parut plus nécessaire, la Cour de cassation la supprima par un seul arrêt de principe : il lui suffit de durcir l'interprétation de l'article 1382 et de déclarer que le texte ne contenait pas la notion prétorienne. L'arrêt *Dangereux*, rendu le 27 février 1970⁹⁸¹, opère ainsi l'« *un des revirements de jurisprudence les plus retentissants qu'ait connu le droit civil français* »⁹⁸², en soutenant simplement que l'article 1382 « *n'exige pas, au cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation* ».

Il est ainsi suggéré que si le texte ne contient pas la notion, il est impossible de s'y référer : « *c'est ajouter au texte de loi une exigence qui ne repose sur aucune base légale ; pourquoi vouloir distinguer, en effet, là où la loi elle-même ne distingue pas ?* »⁹⁸³. On sait pourtant que l'argument n'est pas déterminant : l'article 1382 du Code civil est une clause générale qui n'est pas censée être interprétée à la lettre⁹⁸⁴. Du reste, la jurisprudence a chargé ce texte de multiples aménagements prétoriens, qui n'étaient aucunement visés par le

⁹⁷⁹ Sur la distinction entre les déterminations et les conclusions et les modes d'interprétation adaptés à chacun, voir, M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 154 et s. et *Philosophie du droit, Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, réédition présentée par F. Terré, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2001, p. 322.

⁹⁸⁰ Cass. civ. 27 juill. 1937, D.P. 1938.1.8, note Savatier, S. 1938.1.321, note Marty.

⁹⁸¹ Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, D. 1970. Jur. p. 201, note Combaldieu, RTD civ. 1970, p. 353, obs. G. Durry ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n°185-186, p. 300 et s. V. aussi, J. Vidal, « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », JCP.1971.1.2390.

⁹⁸² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 302.

⁹⁸³ Combaldieu, *note précit.* *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ; là où la loi ne distingue pas, le juge n'est pas autorisé à distinguer. Cet adage « rappelle l'autorité qui s'attache à la lettre des textes » (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, Thémis, 2001, p. 246).

⁹⁸⁴ Ainsi que le fait remarquer Monsieur François Chabas, « *vouloir appliquer l'article 1382 chaque fois qu'une faute cause un préjudice, n'est-ce pas l'interprétation littérale qui va encore plus loin que l'exégèse ?* » (« Le cœur de la Cour de cassation », D. 1973, chr. p. 211). Refuser toute distinction, au nom de la généralité des termes de la loi, ce serait ouvrir la voie à l'équité.



législateur : les caractères certain et direct du dommage, par exemple⁹⁸⁵. Mais l'argument littéral permet de supprimer radicalement la notion prétorienne en prétendant rétablir l'autorité de la loi.

126. La notion de « *groupes de contrats* » a été supprimée de la même façon et l'exemple est peut-être encore plus significatif. Cette « *figure juridique nouvelle* »⁹⁸⁶, imaginée par la doctrine⁹⁸⁷ pour adapter le droit des contrats aux exigences contemporaines, avait progressivement « *fait son chemin* »⁹⁸⁸. Accueillie par la première Chambre civile de la Cour de cassation, la notion permettait d'écarter le principe d'effet relatif des conventions exprimé à l'article 1165 du Code civil, dans les situations où plusieurs contrats étaient liés entre eux par un seul objet ou un seul but. Les « *contractants extrêmes* » d'un même groupe de contrats, qui n'avaient pas directement traité les uns avec les autres mais n'étaient pas pour autant des étrangers entre eux, étaient ainsi autorisés à rester sur le terrain contractuel s'ils engageaient une action en responsabilité.

Mais la notion de « *groupe de contrats* » fut rejetée par la troisième Chambre civile⁹⁸⁹, comme contraire aux textes. Et « *effrayée par la difficulté de la construction jurisprudentielle à réaliser* »⁹⁹⁰, la Cour de cassation choisit finalement de rebrousser chemin. Pour cela, elle aurait pu procéder à une suppression progressive de la notion prétorienne, ce qui eût impliqué de l'assouplir, puis de la réduire, par exemple, en limitant son application aux « *sous-contrats* »⁹⁹¹. Enfin, il aurait fallu l'ignorer jusqu'à ce qu'elle fût tombée en désuétude. Mais la nécessité de résoudre la divergence de jurisprudence au sein même de la Haute juridiction, favorisa une suppression accélérée.

⁹⁸⁵ Car, poursuit M. Chabas, « *parler des caractères du préjudice, c'est déjà restreindre le champ d'application de l'article 1382. C'est poser des limites, des conditions à son application et des conditions qui sont autres que de preuve* » (*ibid.*).

⁹⁸⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°173-176, p. 233.

⁹⁸⁷ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, th. Montpellier, éd. 1975.

⁹⁸⁸ Ph. Malinvaud et B. Boubli, note sous CA Versailles, 28 avr. 1989, RDI 1990.88.

⁹⁸⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989 et 28 mars 1990, RTD civ. 1990.287, obs. P. Jourdain.

⁹⁹⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 241.

⁹⁹¹ La Cour de cassation aurait ainsi respecté les étapes marquées à l'allée. Avant de généraliser l'application de la notion, elle l'avait, en effet, limitée aux sous-contrats (Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 69, JCP 1988.II.21070, note P. Jourdain) puis l'avait étendue à tout groupe de contrats (Cass. civ. 1^{ère} 21 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 202, JCP G 1988.II. 21125, obs. P. Jourdain). Par un arrêt que les commentateurs qualifient de principe, la première Chambre civile « *se réfère ainsi expressément à l'existence d'un "groupe de contrats"* » (P. Jourdain, JCP 1988.II.21125, *obs. précit.*).



L'Assemblée plénière fut ainsi saisie et rendit un arrêt de principe le 12 juillet 1991⁹⁹². L'arrêt *Besse* visait l'article 1165 du Code civil, dont il reprenait littéralement le texte dans un « *chapeau interne* »⁹⁹³. Et après avoir rappelé que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* », l'arrêt excluait le recours à la notion de groupe de contrats. La notion prétorienne était ainsi supprimée. Elle l'était implicitement, car elle n'était pas visée, comme dans l'exemple précédent. Mais elle l'était certainement : l'article 1165 ne prévoit aucune dérogation au principe d'effet relatif des conventions pour les groupes de contrats. Si l'on prend ce texte à la lettre, la notion paraît donc devoir être rejetée. Ainsi, en optant pour une interprétation inhabituellement rigide de ce texte⁹⁹⁴ et manifestement inadaptée en raison de sa nature⁹⁹⁵, la Cour de cassation entend « *condamner l'application de la notion de groupe de contrats* »⁹⁹⁶. Elle marque ainsi un « *net recul de la jurisprudence* »⁹⁹⁷ et un retour « *à la solution traditionnelle* »⁹⁹⁸.

L'arrêt de principe permet encore une fois au juge d'exercer pleinement son pouvoir normatif : les règles et les notions prétoriennes sont créées et supprimées avec la même aisance.

⁹⁹² *Arrêt Besse*, Cass. Ass. Pl. 12 juillet 1991, D. 1991.257, note Ch. Jamin et 549, note J. Ghestin, JCP 1991.II.21743, note G. Viney, Defrénois, 1991.1301, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991.750, obs. P. Jourdain ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 228 et s.

⁹⁹³ P. Jourdain, *note précit.*

⁹⁹⁴ R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrat », RTD civ. 1934.525.

⁹⁹⁵ « *L'action directe, inventée par ceux-là mêmes qui défendaient la primauté d'un tel principe, n'est en effet qu'un correctif de cette (trop grande ?) généralité qui, loin de la contredire, lui permet d'atteindre sa complétude juridique* » (Ch. Jamin, *note précit.*).

⁹⁹⁶ J. Ghestin, *note précit.* Les auteurs s'accordent sur cette conclusion : la Cour de cassation rejette « *le concept de groupe contractuel* » (Ch. Jamin, *note précit.*) ; il y a « *condamnation de la jurisprudence que la première Chambre civile avait expressément assise sur la notion de groupe de contrats* » (J.-L. Aubert, *obs. précit.*).

⁹⁹⁷ P. Jourdain, *note précit.*

⁹⁹⁸ Ph. Malinvaud, « Droit et obligations des sous-traitants dans les marchés privés », RDI 2006.165.



Conclusion de la première partie

127. Au terme de cette première série d'observations, il est possible de conclure que les pouvoirs de la Cour de cassation dans la création du droit sont immenses. Les méthodes auxquelles elle a recours ne sont contraignantes qu'en apparence et lui accordent, en pratique, des possibilités presque illimitées. La Cour de cassation paraît complètement libre à l'égard de la loi qu'elle peut transformer, déformer, renverser ou neutraliser. Et, en outre, elle paraît totalement libre à l'égard de sa propre jurisprudence : elle crée et supprime des créations prétoriennes, avec une étonnante facilité.

De manière générale, le juge paraît donc exercer une « *fonction de la volonté* »⁹⁹⁹. La jurisprudence s'apparente de moins en moins à une manifestation du savoir juridique, à un « *droit spontané* »¹⁰⁰⁰ qui se dégage du travail conjugué des théoriciens et des praticiens, de la connaissance et de l'expérience. Elle ressemble bien plutôt à l'expression d'un pouvoir, exercé par une autorité qui a toute emprise sur ses œuvres. Aussi, la jurisprudence s'est-elle écartée du modèle coutumier pour se rapprocher du modèle législatif. On dit d'ailleurs que la Cour de cassation agit en « *paralégislateur* »¹⁰⁰¹.

On pourrait même être tenté d'y voir un supra-législateur, car la Cour de cassation n'est soumise à aucune procédure législative. C'est dire que dans un système où la jurisprudence n'est toujours pas, au niveau de l'organisation juridique, reconnue comme une source officielle du droit¹⁰⁰², elle paraît, paradoxalement, pouvoir exercer un pouvoir illimité. Ni les traditions des pays *de common law*, ni la *lex Cornelia* du droit romain, ne viennent encadrer

⁹⁹⁹ M. Troper, *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, Puf, coll. « Léviathan », 2001, p 69, et « Interprétation », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 2003, p. 843.

¹⁰⁰⁰ P. Deumier, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002.

¹⁰⁰¹ P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RID, 1980, p. 293, spéc. 297.

¹⁰⁰² En droit français, où l'organisation des institutions n'a pas changé, le juge « *n'est pas et ne peut être un législateur, faute de légitimité démocratique* » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, n° 350). C'est pourquoi, même si le pouvoir normatif de la jurisprudence est reconnu en doctrine, « *il faut bien admettre que dans le système français, la jurisprudence n'est pas créatrice* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, *Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, 12^{ème} éd., 2007, n°11, p. 85).



l'exercice du pouvoir prétorien¹⁰⁰³. En droit français, constatait Jean Boulanger, « *rien ne vient limiter la souveraineté de la Cour de cassation* »¹⁰⁰⁴.

128. Rien, ajoutait l'auteur, « *si ce n'est la haute conscience que la Cour régulatrice a toujours eue de sa mission* »¹⁰⁰⁵. Et il est vrai que celle-ci a, en principe, usé de son pouvoir normatif de manière « *pondérée et éclairée* »¹⁰⁰⁶. Dans les années 1970, la doctrine relevait ainsi que, de manière générale, le juge « *se sent lié et respecte en fait les impératifs de la fonction qu'il remplit dans le groupe social* »¹⁰⁰⁷. Il procède avec une certaine « *prudence* »¹⁰⁰⁸, ne crée que pour des raisons légitimes et graves, tout en veillant à maintenir ses créations dans des « *limites rassurantes* »¹⁰⁰⁹. Par souci de sécurité juridique, il veille aussi à ce que les revirements de jurisprudence soient relativement rares¹⁰¹⁰. La remarque est d'ordre général : les juges, lorsqu'ils créent du droit « *n'usent pas de ce pouvoir n'importe comment* » et « *ne font pas n'importe quoi* »¹⁰¹¹. C'est ce que l'on appelle la théorie des *contraintes juridiques*¹⁰¹².

129. Il convient toutefois de remarquer qu'avec la reconnaissance de son pouvoir normatif, la Cour de cassation agit parfois, aujourd'hui, de manière moins prudente. Elle « *use délibérément de sa liberté nouvelle* »¹⁰¹³. La doctrine constate ainsi que les temps où les

¹⁰⁰³ Renvoi. L'obligation de respecter le précédent « *n'existe pas en droit civil, où chaque juge pourra interpréter la loi à l'aide des jugements antérieurs, mais sans jamais être lié par ces derniers, puisque la règle du "précédent" n'a qu'une valeur persuasive* » (C. Lemieux, « L'interprétation du droit civil par les tribunaux : à la recherche d'un corpus », *La méthodologie de l'étude des sources du droit, Actes du 6^{ème} congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Pise, les 23 et 25 sept. 1999, éd. Puam, Avant-propos, J.-L. Bergel, 2001, p. 397, spéc. p. 403).

¹⁰⁰⁴ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 68.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVII, Paris, LGDJ, 1974, spéc. p. 276.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP 1975.I.2681.

¹⁰⁰⁹ G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^{ème} éd., 1972, n° 126, p. 234.

¹⁰¹⁰ « *Les revirements marquent les esprits, mais ils sont un phénomène qu'on peut qualifier de rare* » (Y. Chartier, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 151).

¹⁰¹¹ M. Troper (dir.), V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylan, coll. « La pensée juridique », 2005, p. 1.

¹⁰¹² Parmi les contraintes juridiques, on compte : la motivation des décisions judiciaires, la cohérence du droit, l'unité et la continuité de la jurisprudence, l'indépendance de l'autorité judiciaire, etc. Sur la théorie des contraintes, outre l'ouvrage *précit.*, v. M. Troper, « Les contraintes juridiques dans la production des normes », in E. Serverin et A. Berthoud, *La production des normes entre Etat et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27 et s.

¹⁰¹³ C. Atias, « Les maux du droit et les mots pour le dire », D. 1997, p. 231.



revirements étaient rares « *sont apparemment révolus* »¹⁰¹⁴ ; elle évoque des revirements « *d'humeur* » ou « *d'autosatisfaction* »¹⁰¹⁵. Les inconvénients de ces fréquents changements de position ont entraîné des réactions de la part des auteurs, des juges du fond, du législateur et même de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est reproché à la Cour de cassation d'aller trop loin, de franchir les limites admissibles. Aussi paraît-il possible de dire que lorsque les contraintes faiblissent et que le juge agit avec plus d'audace, apparaissent simultanément les *limites* du pouvoir prétorien.

¹⁰¹⁴ C. Atias, « Sur les revirements de jurisprudence », in *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTD civ. 2005, p. 298.

¹⁰¹⁵ P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », RRJ 2001-1, p. 77, spéc. p. 91 et s.



DEUXIEME PARTIE

LES LIMITES DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

130. Pour mesurer l'ampleur réelle du pouvoir normatif de la jurisprudence, il faut également envisager les réactions à la création prétorienne, c'est-à-dire l'ensemble des phénomènes de « *résistance* » ou « *d'adhésion* »¹⁰¹⁶. Si « *la loi est de libre parcours* »¹⁰¹⁷, la jurisprudence l'est aussi et *a fortiori*. N'ayant aucune légitimité démocratique, elle est affaire de « *réception dans le savoir des juristes* »¹⁰¹⁸. Or, il apparaît, en effet, que les aménagements prétoriens ne sont pas tous bien accueillis par la communauté des juristes. Certains sont rejetés, ce qui se traduit par toute une série de réactions défavorables, parfois cumulées : il y a résistance des juges du fond¹⁰¹⁹, critique doctrinale¹⁰²⁰, bris de jurisprudence par le législateur¹⁰²¹ ou encore sanction d'une Cour internationale. Le reproche adressé à la Cour de cassation est alors d'être allée trop loin et d'avoir franchi les limites acceptables dans lesquelles pouvait s'exercer son pouvoir normatif.

¹⁰¹⁶ « *La considération exclusive du pouvoir, de l'autorité est insuffisante* ». Pour qu'une norme jurisprudentielle acquière véritablement le statut de règle juridique, il faut non seulement « *la décision du pouvoir que sont les tribunaux* » et « *l'assentiment, le consensus des intéressés* » (J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du 20ème siècle*, Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, spéc. p. 42 et s.). Il est vrai qu'une règle rejetée peut être maintenue et conserver un caractère obligatoire. Mais les phénomènes de résistance la fragilisent et la rendent précaire. La pérennité, voire l'existence même de la règle de droit en sont rendues incertaines.

¹⁰¹⁷ La formule est du Doyen Carbonnier, citée par Monsieur Malinvaud dans sa contribution à « Penser le droit flexible », RRJ 2010-1, Puam, p. 27.

¹⁰¹⁸ C. Atias, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », RTD civ. 2007, p. 23.

¹⁰¹⁹ Sur la résistance des juges du fond, v. les quatre interventions de J.-L. Aubert, O. Bouillande de Lacoste, A. Oriol, C. Choucroy sur « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, successivement p. 181, 187, 191 et 197 et J.-L. Aubert, « Pour des rébellions constructives », RTD civ. 1992, p. 238.

¹⁰²⁰ v. not. Ph. Malaurie, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », Defrénois, 1980, art. 32345, n° 17 et l'ouvrage collectif, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Trav. Capitant, Tome 31, Economica, 1980. V. aussi, dans l'hypothèse d'une aide apportée par le législateur pour dégager la jurisprudence d'une interprétation fâcheuse dans laquelle elle s'était embourbée, « La loi au secours de la jurisprudence », RDI 2011.61.

¹⁰²¹ Le bris de jurisprudence désigne le fait, pour le législateur, d'adopter une loi contraire à une jurisprudence en cours afin d'y mettre un terme. Sur ce thème, v. J.-L. Bergel, « La loi du juge, dialogue ou duel ? », in *Mélanges Kayser*, Tome 1, Puam, 1979, p. 21 et s. et P. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 et s.



Il existe donc des limites au pouvoir prétorien même si elles peuvent être franchies et n'apparaissent, en définitive, qu' « *après-coup* »¹⁰²². La difficulté est alors de les saisir : à partir de quand un rejet de la jurisprudence matérialise-t-il une limite du pouvoir prétorien ? Le rejet doit-il être le fait de l'ensemble des juristes ou la seule critique doctrinale, par exemple, peut-elle suffire ? Ce qui entraîne, à la suite, d'autres difficultés d'investigation : à partir de quand y a-t-il critique doctrinale ? Faut-il un grand nombre de commentaires défavorables ou la note unique et célèbre d'un auteur autorisé peut-elle caractériser la critique¹⁰²³ ?

S'agissant de mesurer l'intensité, plus encore que l'impact, de réactions humaines, il paraît difficile de raisonner selon des critères purement scientifiques. Des indices plus approximatifs et flexibles sont seuls adaptés, même s'ils perdent nécessairement en rigueur et en exactitude. Le repère choisi est la reconnaissance générale d'un rejet de la création prétorienne, lequel a souvent un caractère massif et/ou catégorique¹⁰²⁴. A partir de cette masse d'exemples, il est possible de dégager les raisons qui expliquent le rejet. Pourquoi l'aménagement prétorien est-il refusé ? Quelles sont les limites qui ont été franchies ?

A l'analyse, il apparaît que ces limites peuvent être de deux natures¹⁰²⁵ : soit elles concernent le contenu de la création prétorienne et il s'agit de limites *substantielles* (Titre 1), soit elles portent sur la manière dont la création prétorienne s'est déroulée et ces limites sont *méthodologiques* (Titre 2).

¹⁰²² A l'instar du droit naturel, qui est, par essence, un phénomène de résistance (S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVII, Paris, LGDJ, 1974, spéc. p. 334).

¹⁰²³ Ce qui entraîne des difficultés encore plus grandes, tenant à la réputation des auteurs et même, à leur personnalité. Par exemple, l'arrêt *Branly* (v. *infra*, n° 182) suscita à l'époque des commentaires favorables, signés par d'éminents auteurs (Messieurs les Professeurs Desbois, note D.H. 1951, Jur. P. 329 et Mazeaud, note RTD civ. 1951, p. 246). Mais c'est la note critique du Doyen Carbonnier qui a marqué la postérité, parce qu'elle était rédigée sur un ton inhabituel, pour un auteur à la plume d'ordinaire si mesurée, révélant ainsi un profond rejet de la solution retenue (« Le silence et la gloire », D. 1951, chr. p. 119).

¹⁰²⁴ Ainsi, il y aura, en principe, critique doctrinale, en présence d'un rejet de la doctrine majoritaire ou bien d'un rejet catégorique des spécialistes de la matière, par exemple. Mais cette approche pourra être nuancée, comme pour le cas de l'arrêt *Branly* précité (v. *infra*, n° 182).

¹⁰²⁵ Là encore, une nuance doit être apportée : les critiques portent souvent à la fois sur le fond et sur la forme de la création prétorienne. On peut lui reprocher, par exemple, d'être à la fois inéquitable et rétroactive, ou contraire à l'ordre public et brutale. Il donc chaque fois été tenté de cerner le ou les trait(s) saillant(s) de la critique, la ou les raison(s) principale(s) qui expliquait le rejet.



TITRE 1^{er}

LES LIMITES SUBSTANTIELLES

131. La création prétorienne peut être rejetée en raison de son *contenu* : c'est la position adoptée par le juge qui pose problème. Cette position est jugée « *contestable* »¹⁰²⁶, « *excessive* »¹⁰²⁷, « *immorale* »¹⁰²⁸, « *inadmissible* »¹⁰²⁹, voire « *choquante* »¹⁰³⁰. La création prétorienne est alors rejetée pour elle-même, pour sa substance, et non en raison de la manière dont l'acte créatif s'est déroulé.

Le juge ne peut donc produire n'importe quelle création ; son action se heurte aux limites substantielles de l'aménagement prétorien. Il ne peut, d'abord, consacrer une création *injuste*, c'est-à-dire contraire au sentiment de justice et conduisant à sacrifier des intérêts digne de considération (Chapitre 2). Le juge ne saurait, ensuite, adopter une création *incompatible* avec le droit existant, qui risquerait de bouleverser les valeurs et les principes consacrés par les textes juridiques (Chapitre 2).

¹⁰²⁶ D. Vigneau, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, Droit de la famille, n° 2, févr. 2012, comm. 21 (à propos de la validation d'un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée). V. *infra*, n° 155.

¹⁰²⁷ M.-L. Izorche, « Emprunter et retenir de vaut ? (2^{ème} partie) », CCC 1997, chr. n° 8 (à propos de l'arrêt *Leininger*). V. *infra*, n° 140.

¹⁰²⁸ Mikalef-Toudic, Defrénois 2005, p. 1045 (à propos de la validation des libéralités consenties à une concubine adultère). V. *infra*, n° 154.

¹⁰²⁹ H. Capitant, D. 1936.1.81 (à propos de l'application du principe de responsabilité du fait des choses au propriétaire d'un véhicule volé). (à propos de la validation d'un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée). V. *infra*, n° 139.

¹⁰³⁰ R. Libchaber, D. 2012, p. 59 (à propos de la validation d'un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée). V. *infra*, n° 155.



CHAPITRE 1^{er}

L'INJUSTICE DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

« Tous les arrêts que l'on prétend révolutionnaires ne sont pas louables »

C. Larroumet¹⁰³¹

132. L'aménagement prétorien peut être rejeté parce qu'il est jugé *injuste*, c'est-à-dire contraire au « *bon droit* » ou au « *juste naturel* »¹⁰³². Car la jurisprudence, comme la loi, « *trouve son fondement dans le droit naturel* »¹⁰³³. Et la résistance à une jurisprudence injuste est plus forte que ne le serait la résistance à une loi injuste, laquelle peut se draper dans sa légitimité démocratique. « *La résistance à la loi est illégitime, la résistance à la jurisprudence ne l'est pas* »¹⁰³⁴.

L'aménagement injuste ne réalise aucun équilibre entre les intérêts en présence et le choix effectué par le juge conduit bien plutôt à sacrifier certains d'entre eux. Lorsque c'est un intérêt privé qui est sacrifié, la jurisprudence est rejetée parce qu'elle est *inéquitable* (Section 1^{ère}). Lorsque c'est l'intérêt général qui est affecté, la jurisprudence est repoussée parce qu'elle est *incivique* (Section 2nde).

¹⁰³¹ Note sous l'arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449.

¹⁰³² M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Puf, coll. « Léviathan », 2003, p. 95 (à propos du fondement de l'autorité des lois dans la théorie d'Aristote).

¹⁰³³ Ph. Malinvaud, « La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. 53, spéc., p. 56 (à propos de la loi, dans la conception de Portalis). Le droit naturel est une notion très ambivalente. Elle peut signifier à la fois le fait de rendre à chacun le sien et un idéal de justice (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2013, n° 22, p. 22).

¹⁰³⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. « Quadrige », 2004, n° 144, p. 274.



Section 1^{ère}

L'aménagement prétorien inéquitable

133. L'aménagement prétorien peut être critiqué parce qu'il conduit à sacrifier un intérêt particulier qui paraît digne de considération. L'équilibre entre les intérêts en présence est donc rompu et la jurisprudence est rejetée au nom de l'équité, c'est-à-dire d'un « *sentiment de justice* »¹⁰³⁵ qui peut recouvrir toutes sortes de réalités¹⁰³⁶ : l'« *égalité* »¹⁰³⁷, la « *raison* », l'« *utilité* », l'« *amour de la paix* », la « *morale* »¹⁰³⁸, ou encore l'« *amitié* », la « *douceur* » et la « *miséricorde* »¹⁰³⁹.

Le pouvoir prétorien semble donc rencontrer ici l'une de ses limites : il ne peut aboutir à un résultat complètement inéquitable. Or, la difficulté en la matière, c'est que, bien souvent, l'aménagement prétend lui-même être fondé sur l'équité : il vient défendre l'un des intérêts en présence qui mérite une protection particulière. Si l'équité peut légitimer l'intervention du juge et assurer la réception de l'aménagement prétorien, elle ne le peut donc que dans une certaine mesure (§II), au-delà de laquelle l'aménagement est rejeté (§I).

§ I. Le rejet de l'aménagement inéquitable

134. L'équité se situe « *en dehors de la loi* »¹⁰⁴⁰ et se forme en réaction à ses dispositions¹⁰⁴¹. C'est pourquoi elle relève de l'office du juge : c'est au moment de son

¹⁰³⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », Puf, 10^{ème} éd., 2014 (sens n° 6). L'équité, pour Aristote, c'est « *le juste* » (*Ethique à Nicomaque*, Le livre de poche, n°4611, trad. J. Barthélemy Saint-Hilaire, Préf. et notes d'A. Gomez-Muller, 1992, Livre V, Chapitre X, p. 229).

¹⁰³⁶ L'équité est une « *notion vague et incertaine du juste* » (H. de Page, *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, Librairie du recueil Sirey, 1931, spéc. p. 163.) « *Elle se sent, elle ne se définit pas* », disait le Doyen Carbonnier (« Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *J. Carbonnier, Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008, p. 649 et s., spéc. p. 656).

¹⁰³⁷ v. Aristote, *op. cit.*, et les explications de M. Villey, in, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 97.

¹⁰³⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens n° 4.

¹⁰³⁹ M. Villey, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁴⁰ H. de Page, *op. cit.*, spéc. p. 163.

¹⁰⁴¹ L'équité, selon Aristote, n'est pas « *le juste légal, le juste suivant la loi* ». C'est une « *heureuse rectification de la justice rigoureusement légale* » (Aristote, *op. cit.*, spéc. p. 230 et s.). Pour Portalis, l'équité est un « *retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives* » (J.-M.-E. Portalis, « Exposé des motifs du titre préliminaire », *Ecrit et discours juridiques et politiques*, Puam, 1998, p. 76). Parce que l'équité est une réaction au droit écrit, et une réaction provoquée par la confrontation de la loi et des faits, elle est



application que se révèle l'injustice éventuelle de la règle de droit¹⁰⁴². L'équité permet alors une adaptation des textes, parce qu'elle est en quelque sorte supérieure au droit écrit¹⁰⁴³. En cela, elle dispose d'un pouvoir légitimant : elle autorise l'apport d'un aménagement prétorien aux dispositions de la loi qui permettra, par exemple, de favoriser l'une des parties en cause.

Mais l'équité ne peut tout justifier. Si elle est excessive, elle devient inéquitable. On oppose alors l'équité à l'équité, la justice à la justice, et l'aménagement paraît inacceptable. C'est le cas lorsque l'équité conduit à *surprotéger la partie faible* (A). Il en va de même, lorsque l'équité entraîne le *sacrifice de la partie forte* (B).

A. La surprotection de la partie faible

135. L'équité peut justifier la protection d'une partie en situation de faiblesse. Mais si cette protection est trop importante, elle risque d'entraîner des effets indésirables. Notamment, la protection peut se retourner contre la partie protégée, souvent par l'effet de la logique des mécanismes et raisonnements juridiques. Les solutions portent alors atteinte à cette même équité qu'il s'agissait de réaliser.

136. En matière délictuelle, la partie faible est généralement la victime. « *Sur le plan de l'équité, notre époque se satisfait mal de laisser des victimes sans réparation* »¹⁰⁴⁴. La jurisprudence s'efforce donc de favoriser leurs intérêts en leur assurant la meilleure indemnisation possible. Or cet objectif équitable peut toutefois aboutir au résultat inverse : la surprotection dont la victime bénéficie se retourne contre elle et sa réparation est réduite, voire refusée. Cette situation se rencontre, par exemple, lorsque la victime ne se trouve pas dans sa position habituelle. Elle a, par exemple, la double qualité de victime et de responsable, parce qu'elle a commis une faute qui a concouru à son propre dommage. Dans ce cas, tout

l'apanage du juge. Selon la formule du Doyen Carbonnier, l'équité est ainsi la « *justice du cas particulier* » (J. Carbonnier, « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », in J. Carbonnier, *Ecrits*, op. cit. p. 538 et s., spéc. p. 549).

¹⁰⁴² La question de l'équité « *se pose, non pas au niveau du législateur qui édicte la règle de droit, mais au niveau du juge qui doit l'appliquer à un litige particulier* » (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., n° 23, p. 22 et s.).

¹⁰⁴³ Pour Aristote, l'équité s'apparente au juste légal tout en étant « *encore meilleur* » (op. cit. p. 230 et s.). C'est une « *superjustice* », ajoute Michel Villey (op. cit., p. 97).

¹⁰⁴⁴ Y. Lambert-Faivre, « Le transport bénévole, Réflexions au sujet d'un revirement de jurisprudence », D. 1969, chr. p. 91.



renforcement de la responsabilité à des fins d'indemnisation entraîne automatiquement pour elle la conséquence inverse : sa réparation est réduite.

Prenons, pour exemple, les arrêts d'Assemblée plénière du 9 mai 1984¹⁰⁴⁵ sur la responsabilité de l'*infans*. Lorsque la Cour de cassation a déclaré que l'enfant en bas-âge, pourtant dépourvu de discernement, pouvait désormais commettre une faute et engager sa responsabilité civile, quel était son objectif ? C'était un objectif d'« *équité* »¹⁰⁴⁶ : la Cour de cassation entendait garantir « *l'indemnisation nécessaire des victimes* »¹⁰⁴⁷ de dommages causés par des enfants en bas-âge.

Or, ce faisant, la surprotection accordée aux victimes risquait de se retourner contre elles. Car que se passe-t-il si la victime est elle-même un enfant et qu'elle a commis une faute ayant concouru à la réalisation de son dommage ? Sa réparation sera diminuée, au titre d'une faute qu'on peut désormais lui reprocher. La logique juridique l'impose : si l'enfant peut commettre une faute, il est fautif qu'il soit auteur ou victime du dommage¹⁰⁴⁸. La doctrine regrettait ainsi cet effet secondaire de l'aménagement prétorien qui, fondé sur un texte général, ne pouvait introduire les distinctions nécessaires. La solution, déplora-t-on, est « *extrêmement rigoureuse* »¹⁰⁴⁹ et même « *choquante* »¹⁰⁵⁰. « *A quoi sert d'avoir tant réclamé le triomphe de l'appréciation in abstracto totale, d'avoir prôné la responsabilité de l'infans ? Hélas, il est responsable envers lui-même ! La logique juridique est un piège* »¹⁰⁵¹. La Cour de cassation entendit, d'ailleurs, ces critiques et assouplit l'appréciation de la faute de l'enfant victime du dommage dans la jurisprudence ultérieure¹⁰⁵².

La surprotection accordée à la victime peut également se retourner contre elle, lorsque c'est, cette fois, l'auteur du dommage qui n'est pas dans sa situation habituelle. On trouve un exemple en matière de responsabilité parentale. Aux termes de la loi, la responsabilité des

¹⁰⁴⁵ Cass. Ass. Pl. 9 mai 1984, D. 1984.525, concl. Cabannes, note F. Chabas, JCP 1984.II.20256, note P. Jourdain, RTD civ. 1984.508, obs. J. Huet, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* Tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, n° 193, p. 354 et s.

¹⁰⁴⁶ Cabannes, *concl. précit.*

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ « *Triste dilemme ! Comment concilier les soucis de ne pas laisser sans indemnité la victime d'un infans et de ne pas diminuer l'indemnité de celui-ci, lorsqu'il est victime ?* » (F. Chabas, *note précit.*). V. aussi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 732, p. 787.

¹⁰⁴⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°193, p. 354, spéc. p. 361.

¹⁰⁵⁰ « *C'est ce qui choquera le plus les esprits* » (F. Chabas, *note précit.*).

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 18 févr. 1986, *Bull. civ. I*, n° 32, Civ. 2^{ème}, 4 oct. 1989, JCP 1989.IV.187, 4 juill. 1990, *Bull. civ. II*, n° 167, 21 nov. 1990, *Bull. civ. II*, n° 243.



parents du fait de leurs enfants n'est engagée, que si l'enfant habitait avec eux au moment du dommage¹⁰⁵³. Le 19 février 1997¹⁰⁵⁴, la Cour de cassation a pourtant jugé qu'une cohabitation concrète¹⁰⁵⁵ n'était plus nécessaire pour que la responsabilité des parents soit engagée et qu'une simple cohabitation légale¹⁰⁵⁶ – un lien juridique d'autorité parentale – suffisait. A nouveau, elle agissait pour des raisons d'équité. Elle cherchait à favoriser les « *droits des victimes* »¹⁰⁵⁷, notamment lorsque les dommages étaient causés par des enfants de parents divorcés¹⁰⁵⁸.

Mais la nouvelle conception de la cohabitation risquait de se retourner contre elles. Lorsque les parents de l'enfant auteur du dommage, n'ont aucun droit sur lui, leur responsabilité sera exclue, même en présence d'une cohabitation concrète. La doctrine fit ainsi remarquer que l'« *attachement excessif au lien officiel d'autorité parentale* »¹⁰⁵⁹ pouvait conduire le juge à laisser les victimes sans réparation. « *L'excès de juridisme* »¹⁰⁶⁰ a même porté la Cour de cassation à décider que l'annulation d'une reconnaissance d'un enfant naturel, faisait disparaître, avec l'autorité parentale, la responsabilité des parents pour les dommages causés antérieurement¹⁰⁶¹. La solution, commandée par l'objectif d'indemnisation, va donc « *cette fois au détriment des victimes* »¹⁰⁶².

137. Le même schéma se retrouve en matière contractuelle. La jurisprudence tente de favoriser les intérêts de la partie faible, qui est, dans cette hypothèse, le contractant placé dans

¹⁰⁵³ Art. 1384 al. 4 c. civ. dispose : « *les père et mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

¹⁰⁵⁴ Arrêt *Samda*, Cass civ. 2^{ème} 19 fév. 1997, D. 1997.265, note P. Jourdain, chron. 279 par C. Radé, JCP 1997.II.22848, concl. Kessous, note G. Viney, Gaz. Pal. 1997.1.572, note F. Chabas, RTD civ. 1997.670, obs. P. Jourdain. L'arrêt déclare : « *l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement ne fait pas cesser la cohabitation du mineur avec celui des parents qui exerce sur lui le droit de garde* ».

¹⁰⁵⁵ Auparavant, les juges exigeaient que les parents aient partagé avec l'enfant une communauté de vie matérielle, relativement continue, leur permettant d'assurer leurs missions de surveillance et d'éducation. Par conséquent, l'interruption de cette communauté de vie, dans la mesure où elle était légitime, était propre à exonérer les parents de leur responsabilité. C'était le cas, lorsque l'enfant était en pension dans un établissement scolaire (V. not. Cass. soc. 15 juin 1972, *Bull. civ.*, V, n° 442, Cass. civ. 1^{ère}, 2 juill. 1991, *Bull. civ.*, I, n° 224 ; Cass. crim. 27 nov. 1991, *Bull. crim.*, n° 443) ou, en cas de divorce des parents, lorsque l'enfant commettait le dommage alors qu'il se trouvait chez l'autre parent, à l'occasion du droit de visite et d'hébergement (Cass. crim. 13 déc. 1982, *Bull. crim.* n°282, p. 758).

¹⁰⁵⁶ A. Ponselle, « Le sort de la cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait de leurs enfants », RTD Civ. 2003.645, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 820, p. 865.

¹⁰⁵⁷ A. Ponselle, *art. précit.*

¹⁰⁵⁸ A-M. Galliou-Scanvion, « Une responsabilité civile enfin trouvable ou les voies de l'indemnisation de victimes d'enfants de parents divorcés », Gaz. Pal. 1997.1, doct. 658.

¹⁰⁵⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ Cass. crim. 8 déc. 2004, *Bull. crim.* n° 315.

¹⁰⁶² ¹⁰⁶² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 867.



une situation d'infériorité économique. Mais, à nouveau, si cette protection est excessive, elle risque de se retourner contre la partie protégée.

Ce sera le cas, lorsque la sanction prononcée contre la partie forte aboutit à des conséquences néfastes pour la partie protégée. On en trouve un exemple en matière de convention d'exclusivité. Afin de protéger le distributeur, partie faible au contrat, la Cour de cassation avait considéré que la sanction applicable lorsque la clause était prévue pour une durée excessive¹⁰⁶³, n'était pas la caducité du contrat¹⁰⁶⁴, mais la nullité absolue de la clause, pouvant entraîner la nullité du contrat lui-même et de l'ensemble des conventions qui y étaient attachées¹⁰⁶⁵. Cette sanction semblait mieux protéger le distributeur « *contre tout risque d'abus de puissance économique ou de position dominante* »¹⁰⁶⁶.

Mais cette protection risquait de se retourner contre le distributeur. L'annulation du contrat tout entier lui est préjudiciable : il perd le bénéfice du contrat. Les auteurs insistèrent sur ce point. « *Voilà donc un dispositif abusivement interprété pour défendre les distributeurs liés par une obligation d'achat exclusif et qui se retourne maintenant, par le jeu d'une interprétation excessive, contre eux* »¹⁰⁶⁷. La doctrine s'interrogea : « *est-ce de bonne politique juridique ?* »¹⁰⁶⁸ Et la Cour de cassation, ainsi alertée sur les excès de cette sanction, fit preuve de plus de mesure dans les décisions suivantes¹⁰⁶⁹.

La surprotection peut être nuisible pour une autre raison. L'excessive sollicitude dont la partie protégée fait l'objet peut provoquer l'apparition de nouveaux dangers, plus graves pour elle. La matière du cautionnement en offre une illustration. Lorsqu'en 1984, la Cour de cassation fit de la mention manuscrite prescrite par la loi une règle de forme¹⁰⁷⁰, elle poursuivait une « *politique volontariste de libération des cautions* »¹⁰⁷¹. Il s'agissait de protéger les cautions,

¹⁰⁶³ C'est-à-dire, aux termes de la loi du 14 octobre 1943, pour une durée excédant dix ans.

¹⁰⁶⁴ Comme c'était le cas auparavant : v., Cass. com. 1^{er} févr. 1972, JCP 1972.II.17136, 11 mars 1981, *Bull. civ. IV*, n° 135, Com. 1^{er} déc. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 423 ; D. 1982. IR.95, et la note de Ph. Malaurie, sous CA Paris, 20 sept. 1990, D. 1991, p. 165.

¹⁰⁶⁵ Cass. com. 7 avr. 1992, D. 1992.396, note D. Ferrier, RTD civ. 1992, p. 759, note J. Mestre.

¹⁰⁶⁶ Note J. Monéger, sous CA Douai, 27 nov. 1997, RTD com. 1998, p. 824.

¹⁰⁶⁷ D. Ferrier, *note précit.*

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 31 janv. 2001, D. 2001. Somm. Comm. 3520, obs. L. Rozès.

¹⁰⁷⁰ V. *supra*, n° 14-15.

¹⁰⁷¹ C. Mouly, note sous Cass. civ. 1^{ère} 15 nov. 1989, D. 1990, p. 177. Le développement de cette politique a été favorisé par un mouvement général de renaissance du formalisme à des fins protectrices en législation (M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, v. première édition, Litec, 1990, n° 104, p. 86 et n° 111, p. 95) et



parties faibles au contrat¹⁰⁷² face aux banques et établissements de crédit, à une époque où celles-ci semblaient particulièrement menacées par la prolifération des cautionnements et l'augmentation des montants garantis¹⁰⁷³.

Or, cette « *surprotection* » entraîna « *des réactions parmi lesquelles la création des garanties dites autonomes* »¹⁰⁷⁴. Les créanciers perdant toute confiance dans le contrat de cautionnement élaborèrent de nouvelles garanties. Et celles-ci étant autonomes par rapport au contrat principal, elles apparaissaient « *autrement redoutables* »¹⁰⁷⁵. De sorte que l'excès de protection se retournait contre le protégé. La doctrine a attiré l'attention de la Cour de cassation sur ce point¹⁰⁷⁶. Trop protéger, c'est prendre le risque de nuire. En droit aussi, le serment d'Hippocrate trouve à s'appliquer. « *Un remède mal administré peut s'avérer pire que le mal. Protéger le faible, certes, mais en faisant preuve de mesure* »¹⁰⁷⁷.

Ajoutons que la jurisprudence en matière de cautionnement fit apparaître un autre problème lié à la surprotection de la partie faible. La règle nouvelle pouvait être exploitée par des cautions qui ne nécessitaient aucune protection. Si la tentative de « *protection des cautions* » était « *périlleuse* », c'était précisément parce que la caution n'était pas toujours un profane inexpérimenté¹⁰⁷⁸ ; il pouvait s'agir d'un homme d'affaires avisé. Dans ce cas, la caution était encouragée à faire preuve de mauvaise foi, en s'appuyant sur la mention manuscrite pour se libérer de son engagement ; une situation « *évidemment peu favorable à l'épanouissement de la bonne foi contractuelle* »¹⁰⁷⁹ et injuste à l'égard du cocontractant.

Mais, déjà, dans ce cas, les intérêts de la partie adverse sont en jeu. C'est le point qu'il convient de voire à présent : la jurisprudence est également inéquitable lorsqu'elle conduit à faire le sacrifice de la partie adverse.

notamment la loi n°80-525 du 12 juillet 1980, venue modifier l'article 1326, auquel Monsieur le conseiller Pierre Sargos se réfère explicitement dans ses écrits.

¹⁰⁷² Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit civil », LPA, n° 213, 25 oct. 2004, p. 6.

¹⁰⁷³ C. Mouly, *note précit.*

¹⁰⁷⁴ Y. Strickler, *art. précit.* V. *supra*, n° 111.

¹⁰⁷⁵ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 843.

¹⁰⁷⁶ La « *volonté systématique de protéger les cautions pourrait bien à terme engendrer des effets pires que les dangers qu'elle cherche à prévenir* » (*Ibid.*). V. sur ce point, Terray, « Le cautionnement, une institution en danger », JCP 1987.1.3295, Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP 1990.1.3427.

¹⁰⁷⁷ Y. Strickler, *art. précit.*

¹⁰⁷⁸ C. Mouly, *note précit.*

¹⁰⁷⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n°292-295, p. 843.



B. Le sacrifice de la partie forte

138. Si l'équité peut autoriser à favoriser l'une des parties en cause, elle ne peut conduire à sacrifier complètement les intérêts de l'autre partie. Car alors la solution n'est plus équitable ; elle est partielle et appelle des critiques. On oppose l'équité à l'équité, révélant par là même que cette notion ne peut se trouver complètement d'un côté ou de l'autre, mais implique toujours la recherche d'un juste milieu, d'un équilibre à redéfinir sans cesse entre les intérêts en présence.

139. Prenons l'exemple de la « *garde juridique* ». Cet aménagement prétorien apporté à l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil par l'arrêt rendu le 3 mai 1936¹⁰⁸⁰ était tout entier fondé sur « *l'équité* »¹⁰⁸¹. Il tendait à assurer l'indemnisation de la victime d'un accident causé par une voiture volée, alors même que le voleur était introuvable ou insolvable. Le droit devait être aménagé, soutenaient les partisans de cet aménagement, car en l'état il conduit à un résultat inéquitable : il laisse la victime sans réparation. Or, le concept de garde juridique est précisément un moyen d'éviter cela : il permet de prolonger la responsabilité du propriétaire, en estimant que celui-ci conserve un pouvoir juridique sur son véhicule, bien qu'il n'en ait plus la détention matérielle. Ainsi, le propriétaire restant responsable à titre de gardien juridique, la victime retrouvait un débiteur solvable.

Or, cette solution sacrifiait les intérêts du propriétaire volé. Celui-ci était déclaré responsable d'un dommage causé par un autre, au moyen d'une chose sur laquelle il n'avait plus d'emprise au moment des faits¹⁰⁸². Et, en outre, sa responsabilité semblait pouvoir se

¹⁰⁸⁰ Cass. civ. 3 mai 1936, D. 1936.1.81, note H. capitant.

¹⁰⁸¹ « *Etant donné que l'insolvabilité du voleur constitue la règle presque constante, exonérer le légitime possesseur de l'automobile équivaudrait à sacrifier la victime de l'accident, qui devrait alors supporter sans recours effectif le dommage subi, ce qui reviendrait à lui faire endosser la responsabilité d'un accident dans lequel elle a joué un rôle purement passif, alors qu'elle ne se trouvait ni en faute, ni en état de risque par elle créé, sacrifice qui serait plus dur encore que celui du gardien légitime, lequel possédait et utilisait, pour son plaisir ou dans son intérêt, une chose susceptible de nuire à autrui. On peut donc estimer que, sur le terrain de l'équité, la solution consacrée par la chambre civile est encore plus acceptable ; entre deux maux, le sacrifice du légitime gardien ou celui de la victime, la haute juridiction a choisi le moindre* » (L. Jossierand, « Le gardien, l'automobile, le voleur et la victime d'un accident », D.H. 1936, chr. p. 37). V. aussi, à propos des critiques doctrinales opposées à la solution : « *Aucune de ces objections n'a échappé à ceux qui défendent la théorie de la garde juridique. Mais aucune ne les a ébranlés car le fondement de leur système est tout entier dans un argument d'équité, auquel ils estiment qu'aucune réponse ne peut être faite* » (Rapp. Président Lagarde, sous Arrêt Franck, Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25).

¹⁰⁸² H. Capitant, *note précit.* et G. Ripert, note sous Arrêt Franck, Cass. ch. réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25.



prolonger « indéfiniment »¹⁰⁸³. Puisque le propriétaire conservait la garde juridique autant qu'il ne l'avait pas transférée, combien de temps cette responsabilité était-elle censée durer ? « *Nul ne le sait* », répondaient les auteurs. « *Un mois, un an, vingt ans après le vol, le propriétaire dépossédé aura-t-il toujours la garde de la chose volée ?* »¹⁰⁸⁴ Ajoutons à cela que ce dernier ne disposait pas même d'un recours contre l'assureur ; bien souvent, le voleur n'avait pas de permis de conduire et à l'époque les polices d'assurance ne couvraient pas les risques dans ce cas¹⁰⁸⁵.

Aussi, la solution fut-elle « *vivement critiquée* »¹⁰⁸⁶. Elle souleva de fortes « *protestations* »¹⁰⁸⁷ en doctrine, dénonçant l'injustice de la solution. Contre cette solution jugée « *inadmissible* »¹⁰⁸⁸, aux conséquences « *particulièrement choquantes* »¹⁰⁸⁹, il était invoqué à la fois le « *droit* » et « *l'équité* »¹⁰⁹⁰. Il y eut également un mouvement de résistance chez les juges du fond : la cour d'appel de renvoi résista¹⁰⁹¹, mais aussi d'autres juridictions du fond¹⁰⁹². De sorte que la Cour de cassation, en ses chambres réunies, opéra un revirement de jurisprudence, par l'arrêt *Franck* rendu le 2 décembre 1941¹⁰⁹³. Le propriétaire du véhicule était ainsi exonéré de sa responsabilité, tandis que la notion prétorienne de garde juridique était clairement supprimée.

On observe ainsi que si l'équité se situe naturellement du côté de la partie en position de faiblesse - la victime en l'espèce - elle peut aussi être alléguée de l'autre côté, lorsqu'elle pénalise trop fortement les intérêts de la partie adverse. Ce qui permet de renverser l'argument des partisans de la garde juridique : selon eux, il fallait choisir entre « *le sacrifice du légitime gardien ou celui de la victime* »¹⁰⁹⁴, et opter pour « *le moindre* ». Or, il apparaît que le sacrifice de l'une ou de l'autre des parties est toujours contraire à l'équité. La notion peut sans doute permettre de favoriser l'un, mais non de sacrifier l'autre.

¹⁰⁸³ H. Capitant *note précit.* et G. Ripert, *note précit.*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ A la suite de l'arrêt, les polices d'assurances avaient été modifiées pour couvrir les risques en cas de vol par une personne dépourvue de permis de conduire (Ripert, *note précit.*).

¹⁰⁸⁶ H. Capitant, *note précit.*

¹⁰⁸⁷ *Ibid.* et les références citées.

¹⁰⁸⁸ H. Capitant, *note précit.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ CA Besançon, 25 févr. 1937, D.H. 1937.182.

¹⁰⁹² Trib. Civ. Seine, 21 mars 1936, D.H. 1936.279, CA Paris 30 juin et 8 juill. 1936, D.H. 1936.2.76.

¹⁰⁹³ *Arrêt Franck*, Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25, note Ripert, S. 1941.I.217, note Mazeaud, JCP 1942.II.1766, note Mihura, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 200, p. 389 et s.

¹⁰⁹⁴ L. Josserand, art. *précit.*



L'arrêt *Desmares*¹⁰⁹⁵ fut rejeté pour de semblables raisons. En consacrant une protection totale des victimes d'accidents de la route pour des « *raisons d'équité* »¹⁰⁹⁶, il sacrifiait les intérêts du conducteur. En présence d'une faute inexcusable de la victime notamment, celui-ci ne pouvait être exonéré de sa responsabilité. Et, même l'hypothèse du suicide de la victime, n'y suffisait pas en elle-même. En réalité, hors les cas de force majeure, où l'événement est à la fois extérieur, imprévisible et irrésistible, le conducteur du véhicule semblait engager systématiquement sa responsabilité.

Or, l'excès d'équité en faveur des victimes entraînait un défaut d'équité au détriment du responsable. Car « *l'équité interdit de faire peser exclusivement le financement de la réparation sur le responsable* »¹⁰⁹⁷. Si la victime a commis une faute inexcusable ou pire, si elle a commis un suicide, le conducteur du véhicule ne peut être condamné. Cette solution serait à la fois « *injustifiable du point de vue de la logique et de l'équité* »¹⁰⁹⁸. Le caractère inéquitable de cette règle prétorienne contribua ainsi à son échec et elle fut abandonnée avec l'adoption de la loi sur les accidents de la circulation¹⁰⁹⁹ qui ménageait précisément deux exceptions pour ces fautes qualifiées de la victime¹¹⁰⁰.

140. Les réactions sont encore plus vives lorsque la partie sacrifiée au nom de l'équité, mérite plus qu'une autre que ses intérêts soient préservés, en raison, par exemple, d'une bonne action morale ou sociale. On peut citer, à cet endroit, l'exemple du prêt à usage. Dans l'arrêt *Leininger*, rendu le 19 novembre 1996¹¹⁰¹, la Cour de cassation avait changé l'interprétation traditionnelle des textes et opté pour une solution très favorable à l'emprunteur. Elle décidait qu'en l'absence de terme, le prêteur ne serait plus admis à demander la restitution de son bien à tout moment¹¹⁰², mais devrait attendre que l'emprunteur n'ait plus besoin de la chose. La

¹⁰⁹⁵ Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449, concl. Charbonnier, note Larroumet ; JCP 1982.II.19861, note F. Chabas, Defrénois 1982.1689, obs. Aubert ; RTD civ. 1982.607, obs. Durry ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°211-213, p. 428 et s. V. *supra*, n° 119.

¹⁰⁹⁶ Charbonnier, concl. *précit.*

¹⁰⁹⁷ Larroumet, *note précit.*

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, *Bull. civ. II*, n° 86, p. 49, D. 1988.32, note Mouly, JCP 1987.II.20828, note Chabas, Defrénois, 1987. 1136, obs. Aubert, RTD civ. 1987.767, obs. Huet). V. *supra*, n° 118.

¹¹⁰⁰ Art. 3, al. 1^{er} et al. 3 de la loi du 5 juillet 1985.

¹¹⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, n° 94-20.446, *Bull. civ. I*, n° 407, D. 1997. 145, note A. Bénabent et M.-L. Izorche, « Emprunter et retenir ne vaut ? (1^{ère} et 2^{ème} parties) », CCC 1997, chr. n° 8, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287, p. 805 et s. Elle refusait ainsi aux héritiers de M. *Leininger*, d'obtenir la restitution du logement que leur père avait prêté à leur oncle, quatorze ans auparavant.

¹¹⁰² C'était le cas jusqu'alors, ce qui n'était, du reste, que l'application du droit commun des contrats à durée indéterminée. V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1979, RTD civ. 1980.368, obs. G. Cornu, 10 mai 1989, n° 87-10.875, *Bull. civ. I*, n° 191.



solution retenue visait à protéger l'emprunteur d'un logement, partie faible au contrat, dans l'hypothèse d'un prêt de logement : celui-ci risquait, en effet, de perdre le toit sous lequel il vivait¹¹⁰³. Elle était donc fondée sur des « *considérations humaines* »¹¹⁰⁴ tenant, en particulier, « *au droit au logement* »¹¹⁰⁵.

La solution reçut, toutefois, « *le feu de la critique* »¹¹⁰⁶. Les auteurs évoquèrent une « *position très discutable* »¹¹⁰⁷, « *excessive* »¹¹⁰⁸, entraînant un « *bouleversement des règles séculaires et jusqu'ici incontestées* »¹¹⁰⁹. La règle prétorienne était à la fois contraire au droit, puisqu'elle allait à l'encontre de la nature du contrat de prêt à usage¹¹¹⁰, et à l'équité, puisqu'elle venait « *“gommer” le besoin du prêteur* »¹¹¹¹. Celui-ci ne pouvait plus récupérer son bien. Il était contraint d'attendre que l'emprunteur n'en ait plus besoin, ce qui pouvait se prolonger durablement, dès lors qu'il s'agissait d'un logement – et même indéfiniment si, comme dans l'hypothèse particulière qui se présenta deux ans plus tard, l'emprunteur s'avère être une personne morale¹¹¹².

La règle prétorienne ne réalisait donc aucun équilibre entre les intérêts en présence ; elle faisait un choix entre eux : à l'emprunteur, elle assurait une protection totale, plus importante encore que celle du locataire alors même qu'il ne payait aucun loyer¹¹¹³ ; et au prêteur, elle appliquait un traitement sévère, plus rigoureux encore que celui du bailleur et alors même qu'il avait eu un geste gratuit. C'est ce dernier aspect qui rendait la solution encore plus injuste : c'était « *sacrifier injustement les intérêts du prêteur dont le geste gratuit mérite bien*

¹¹⁰³ P.-Y. Gautier, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, RTD civ. 1999.128. L'auteur évoque une certaine « *compassion envers l'emprunteur* ».

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ M.-L. Izorche, « Emprunter et retenir ne vaut ? (1^{ère} partie) », *art. précit.*

¹¹⁰⁶ M. Audit, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, JCP 1999.II.10157.

¹¹⁰⁷ L. Leveneur, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, CCC 2004, n° 53.

¹¹⁰⁸ M.-L. Izorche, « Emprunter et retenir de vaut ? (2^{ème} partie) », *art. précit.*

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ *V. infra*, n° 168.

¹¹¹¹ M.-L. Mathieu-Izorche, note sous Cass. civ. 3^{ème} civ. 4 mai 2000, D. 2001.3154. Cette solution conduit à « *sacrifier le besoin du prêteur* ».

¹¹¹² Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, D. 1999.414, note Langlade-O'sughrue, JCP 1999.II.10157, note M. Audit, CCC 1999, n°22, note L. Leveneur, Defrénois 1999.802, note A. Bénabent, RTD civ. 1999.128, obs. P.-Y. Gautier.

¹¹¹³ La solution conduit à « *donner à l'emprunteur, qui ne verse rien, une protection plus forte encore que celle dont la loi dote le locataire qui, lui au moins, paie un loyer, ce qui est un comble !* » (L. Leveneur, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, *précit.*).



quelque considération »¹¹¹⁴. Face à l'importante critique doctrinale, la Cour de cassation revint à la position traditionnelle quelques années plus tard¹¹¹⁵.

Ces observations permettent d'avancer que le recours à l'équité ne peut tout justifier. Comme toute vertu, l'équité a deux contraires : l'excès et le défaut. Si le juge en tient compte et apporte un aménagement réellement équitable, il favorise la réception de son apport.

§ II. La réception de l'aménagement équitable

141. L'aménagement paraît être accueilli lorsqu'il est *réellement* équitable. L'équité doit alors être non seulement mesurée, mais également fondée sur des raisons objectives. Il ne peut, en effet, s'agir, d'un sentiment de justice personnel. Une telle équité aboutirait à des décisions contraires à la loi¹¹¹⁶ et présenterait un double risque d' « *arbitraire* » et d' « *insécurité* »¹¹¹⁷. De là, le proverbe né sous l'Ancien Régime : « *Que Dieu nous préserve de l'équité des Parlements !* »

L'équité ne paraît donc pouvoir légitimer une atteinte à la loi que lorsqu'elle dépasse la subjectivité du juge et, d'une certaine façon, *s'objective*. C'est le cas, par exemple, lorsque le juge invoque une *maxime d'équité*, fondée sur la raison et consacrée par la tradition (A). Aujourd'hui, les décisions seront plus facilement fondées sur des *politiques jurisprudentielles d'équité*, qui semblent plus facilement contestables, mais qui peuvent être admises si le déséquilibre qu'il s'agit de corriger est basé sur des considérations extérieures et objectives (B).

¹¹¹⁴ L. Leveneur, CCC 2005, n° 103. V. aussi, A. Bénabent, *note précit.* : on « *s'interroge sur les raisons qui pourraient justifier que le prêteur – qui agit pourtant à titre gratuit, ce qui justifie que l'économie du contrat lui soit en principe favorable – subisse ainsi une restriction de ses droits par rapport au droit commun* ».

¹¹¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004.903, note C. Noblot, CCC 2004, n° 53, note L. Leveneur, Defrénois 2004, 1452, note R. Crône.

¹¹¹⁶ Un jugement fondé sur l'équité est contraire à la loi, qui impose au juge de statuer « *conformément aux règles de droit* » (Art. 12 du c. pr. civ. et la réserve de l'al. 4) V. Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.*, n° 24, p. 23. A ce titre, un tel jugement encourt la censure de la Cour de cassation ou du moins une substitution de motifs. V. l'exemple de l'affaire *Giry*, évoqué par Monsieur Belaid (*op. cit.*, p. 336 et s.). Dans cette affaire, le docteur *Giry*, mobilisé pour aider à la résolution d'une enquête policière, avait été blessé sur les lieux du sinistre. Aucun fondement juridique ne permettait de lui allouer une réparation. Les juges du fond avaient donc indemnisé le médecin sur le fondement du « *principe d'équité* ». La Cour de cassation écarta cet argument, au motif qu'il ne s'agit-là que d'« *une loi morale* » qui, par conséquent, « *ne saurait à elle seule motiver juridiquement* » une décision. Elle conserva, cependant, la solution et lui substitua un fondement juridique : « *les principes du Droit public régissant la responsabilité de la puissance publique* ».

¹¹¹⁷ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.*, n° 27, p. 25.



A. Les maximes traditionnelles d'équité

142. La plupart du temps, l'équité prend la forme d'une maxime ou d'un principe général du droit. De cette manière, elle devient légitime à deux titres. En premier lieu, le sentiment vague et mouvant de justice se transforme en règle juridique. Ainsi, au sujet du principe selon lequel « *nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui* », les auteurs de l'époque observaient que les « *tribunaux ne font pas appel à leur sentiment général de l'équité, mais à une règle d'équité bien précise* »¹¹¹⁸. La transformation de l'équité en règle, que l'on a pu juger par ailleurs contraire à la nature même de l'équité¹¹¹⁹, est un moyen pour le juge de rendre l'argument admissible. L'équité ne correspond pas à une justice « *de pur sentiment* »¹¹²⁰, floue et mouvante, mais à une règle de droit ferme et précise.

En second lieu, le recours aux maximes et principes, permet à l'équité de sortir du domaine de l'émotion, pour entrer dans celui de la raison. L'aménagement prétorien est expliqué au regard de considérations rationnelles comme les conséquences excessives que produirait la loi si elle était appliquée trop rigoureusement. Les maximes et principes d'équité viennent précisément assouplir la « *dureté* »¹¹²¹ des règles et chacun d'eux représente un « *correctif de la loi écrite* »¹¹²², une « *souape de sécurité* »¹¹²³ ou encore un « *garde-fous de l'excès du droit* »¹¹²⁴.

143. De nombreuses maximes d'équité permettent ainsi de bloquer l'application d'une règle de droit, lorsque celle-ci conduirait à des solutions excessives. C'est le cas de la maxime *fraus omnia corrumpit*. Cette maxime d'« *équité* »¹¹²⁵ permet de bloquer l'application d'une loi, lorsque celle-ci est mise au service d'une fraude. Si un justiciable tente de se servir des règles de la publicité foncière, par exemple, pour frauder les droits d'un premier acquéreur, le

¹¹¹⁸ A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 92.

¹¹¹⁹ Sur la différence entre l'équité subjective, parfois considérée comme l'expression pure de l'équité, et l'équité objective, transformée en règle générale, v. S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit », D. 2011, p. 1230.

¹¹²⁰ Le Doyen Gény désignait ainsi le « *phénomène Magnaud* », du nom du juge de Château-Thierry, qui suscitait des controverses à l'époque. Contre l'image du « *bon juge Magnaud* », il opposait celle d'une « *sorte d'impressionnisme anarchique* » (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 2, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n° 200, p.303 et s.).

¹¹²¹ S. Pellé, *art. précit.*

¹¹²² M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 97.

¹¹²³ Ph. le Tourneau, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », D. 1994, chr. p. 298.

¹¹²⁴ P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », JCP 2001.I.306.

¹¹²⁵ G. Calbairac, « Considérations sur la règle “*fraus omnia corrumpit*” », D. 1961. chr. p. 169.



juge écartera l'application de la loi. Il empêche « l'excès de droit »¹¹²⁶, en « *tendant à corriger les imperfections du système puisqu'il permet d'éviter qu'une faille soit exploitée pour aboutir à un résultat contraire au droit* »¹¹²⁷.

L'équité légitime l'intervention du juge à un autre point de vue : non seulement, elle évite une solution excessive, mais, en plus, elle préserve la raison d'être des règles. Le régime de la publicité foncière vise, en effet, à protéger l'acquéreur contre les éventuelles revendications¹¹²⁸. Or, « *cette finalité protectrice ne se justifie que si celui qui l'invoque est de bonne foi* »¹¹²⁹. L'acquéreur de mauvaise foi ne mérite plus la protection de la loi. Ce n'est pas pour cet acquéreur que la règle a été conçue. En quelque sorte, il faut donc écartier la loi pour mieux l'appliquer. Pour l'ensemble de ces raisons, « *on ne peut guère contester la légitimité de la règle « *Fraus omnia corrumpit* »* »¹¹³⁰.

D'autres maximes d'équité remplissent le même office. La maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* vient également bloquer l'application de la loi lorsque celle-ci conduit à un résultat immoral. En principe, l'annulation d'un contrat entraîne la restitution mutuelle des prestations. Mais l'application de ce principe devient embarrassante dans certains cas : si le contrat est annulé pour cause immorale, le principe des restitutions aboutirait à accorder à un contractant la possibilité de se prévaloir de sa propre immoralité pour récupérer sa prestation. Pour éviter cette conséquence, les juges paralysent le principe en invoquant l'adage « *nemo auditur...* », également appelée exception d'indignité. L'équité joue ainsi à nouveau le rôle d'un « *garde-fous de l'excès du droit* »¹¹³¹, d'une « *souape de sécurité* »¹¹³².

C'est encore le cas pour la maxime « *error communis facit jus* ». L'application de la loi devrait conduire à une annulation systématique des actes effectués sans la qualité imposée par les textes. Mais, dans certaines situations, l'annulation serait une sanction injuste : c'est le cas

¹¹²⁶ P. Sargos, *art. précit.*

¹¹²⁷ C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. Saint-Etienne, 2012, spéc. n° 231, p. 306.

¹¹²⁸ En publiant son droit, celui-ci l'officialise, lui donne un rayonnement général, qui dépasse la relation contractuelle qui l'unit au vendeur : son droit devient opposable, c'est-à-dire qu'il acquiert une certaine effectivité à l'égard des tiers. Ainsi, si le propriétaire initial vend deux fois son bien, le premier acquéreur, parce qu'il aura publié son droit, pourra le faire valoir auprès des tiers, et donc, rendre la deuxième vente inefficace (P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, coll. « Droit privé », 6^{ème} éd., 2012, n° 833 et s., p. 743 et s.).

¹¹²⁹ P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 875, p. 758.

¹¹³⁰ G. Calbrairac, *art. précit.*

¹¹³¹ P. Sargos, *art. précit.*

¹¹³² Ph. Le Tourneau, *art. précit.*



lorsqu'elle conduit à remettre en cause les droits d'un contractant de bonne foi, qui, sur l'apparence de son cocontractant, pouvoir légitimement croire qu'il contractait avec le véritable titulaire du droit. Appliquer la loi dans ce cas-là, c'est porter une grave atteinte grave à la sécurité juridique et prononcer une sanction excessivement sévère à l'égard du tiers de bonne foi. « *L'équité se refuse à une telle rigueur* »¹¹³³. La théorie de l'apparence vient donc bloquer les règles applicables, tenant ainsi le « *rôle de "garde-fous" contre l'injustice du droit extrême* »¹¹³⁴.

144. A chaque fois, remarquons que l'équité invoquée n'est pas subjective ; elle provient d'un raisonnement fondé sur la raison d'être de la loi ou sur les enjeux objectifs de son application dans un cas. En cela, l'équité ne dépend pas de la volonté des juges. Du reste, ceux-ci s'estiment tenus par ces principes de raison. Les juges appliquent chaque maxime « *comme si elle leur était imposée par un article de loi* »¹¹³⁵. Ces principes constituent, en effet, une sorte de droit naturel et supérieur à la loi, prenant parfois un aspect universel et immuable. On a pu y voir l'expression de la raison humaine, de la « *conscience universelle de toutes les époques* »¹¹³⁶.

En matière d'apparence, la Cour de cassation a ainsi déclaré que « *l'erreur commune a toujours été regardée comme suffisante pour couvrir, dans les actes et même dans les jugements, des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher* »¹¹³⁷. Et ce droit supérieur s'impose au juge comme il s'impose au législateur¹¹³⁸. L'adage *fraus omnia corrumpit* a même été regardé comme une « *règle d'ordre public et supérieure qui, pour être respectée et appliquée n'avait pas besoin d'être déposée dans un texte précis et formel de la loi positive, consacrée qu'elle est par les principes généraux du droit* »¹¹³⁹. Cet adage

¹¹³³ H. Mazeaud, « La maxime "error communis facit jus" », RTD civ. 1924, p. 929, spéc. p. 931.

¹¹³⁴ P. Sargos, *art. précit.*

¹¹³⁵ A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 92.

¹¹³⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹¹³⁷ Cass. Req. 18 janv. 1830, S. 1830.1.43. V. aussi, Cass. Req. 6 mai 1874, D. 1874, 1. 412, rapp. du conseiller Connelly. Elle reprenait ainsi, dans sa motivation, l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 dans sa motivation, selon lequel « *de tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir, dans les actes et même dans les jugements, des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher* ».

¹¹³⁸ « *Il y a, ainsi, au-dessus de la loi et la règle formelle, une véritable "légitimité juridique" à laquelle les législateurs sont soumis aussi bien que les juges et les justiciables, et qui domine de haut toutes les réalisations juridiques positives* » (H. de Page, *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 197).

¹¹³⁹ CA Dijon, 24 juill. 1885, D. 1886.2.217.



appartient « *au droit naturel auquel le droit civil ne peut déroger* »¹¹⁴⁰. La désobéissance du juge est ainsi légitimée. Car y a-t-il véritablement désobéissance lorsque le serviteur obéit au maître de son maître ?

Dans ces circonstances, le juge peut porter atteinte aux textes. S'il se hisse momentanément « *au-dessus de la loi* », il démontre dans le même temps qu'il est « *au-dessous des principes* »¹¹⁴¹. Les maximes d'équité permettent ainsi de légitimer l'aménagement prétorien. Une manière plus moderne, de justifier l'apport du juge consiste à se fonder sur une politique jurisprudentielle d'équité, qui doit, elle aussi, se fonder sur des éléments objectifs pour être admissible.

B. Les politiques jurisprudentielles d'équité

145. L'aménagement prétorien peut être fondé sur une politique jurisprudentielle d'équité. Cette notion est relativement récente, même si les réalités qu'elle recouvre paraissent plus anciennes. Elle désigne le fait, pour le juge, de faire « *le choix d'une politique* »¹¹⁴², qui peut être sociale, éthique, culturelle ou économique, mais visant, à chaque fois, à exercer « *une action sur le corps social* »¹¹⁴³. Il s'agit de corriger les déséquilibres existant entre les catégories de justiciables, en favorisant la partie jugée faible, contre la partie apparemment en position de force¹¹⁴⁴.

En matière de politiques jurisprudentielles, la volonté du juge remplit un rôle plus important que dans le cadre des maximes d'équité. Les politiques jurisprudentielles traduisent la « *prise de conscience* »¹¹⁴⁵ que la jurisprudence participe à l'élaboration du droit et le désir de mieux maîtriser ce processus. Parce qu'elles correspondent, non pas à un raisonnement juridique, mais à un choix politique des juges, les politiques jurisprudentielles sont propres à soulever, en général, plus de contestations que les maximes d'équité. C'est pourquoi elles doivent être

¹¹⁴⁰ CA Colmar, 1^{er} juill. 1828, sous Cass. Req. 18 janv. 1830, S. 1830.1.43 (à propos de la maxime « *error communis facit jus* »).

¹¹⁴¹ H. de Page, *op. cit.*

¹¹⁴² G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 79.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ V. *supra*, n° 134 et s.

¹¹⁴⁵ *Ibid.* La Cour de cassation se découvre une « *vocation à envisager – et donc à rechercher – les effets sociaux que ses décisions pourraient provoquer* ».



étayées par des considérations objectives, fondées sur l'observation des rapports sociaux et des équilibres en présence.

146. Elles pourront se fonder, par exemple, sur des évolutions techniques ou sociales ayant entraîné des déséquilibres nouveaux. C'est ainsi que l'entrée dans la société industrielle et l'invention de l'automobile ont pu justifier la création du principe de responsabilité du fait des choses. Le code civil avait fondé la responsabilité sur la faute, tandis que les accidents modernes n'étaient que rarement la conséquence d'une faute¹¹⁴⁶. La réécriture complète de l'article 1384 alinéa 1^{er}, quoique contraire à l'intention du législateur et à la logique du texte¹¹⁴⁷, avait toutefois paru légitime parce qu'il remédiait à la situation défavorable dans laquelle se trouvait la victime - une situation qui avait soulevé à la fois les juristes et l'opinion publique¹¹⁴⁸.

La création du principe de responsabilité du fait d'autrui¹¹⁴⁹, longtemps refusée par la Cour de cassation¹¹⁵⁰, fut admise lorsque survint un « *risque social nouveau* »¹¹⁵¹. Certains types d'individus auparavant encadrés, se trouvaient désormais plus libres, et donc, susceptibles de commettre plus facilement des dommages : c'était le cas des personnes handicapées ou des mineurs délinquants qui ne faisaient plus, comme autrefois, l'objet d'un enfermement, mais recevaient un traitement libéral, en milieu ouvert¹¹⁵². Les victimes faisaient bien souvent les frais de l'évolution : l'auteur du dommage était insolvable et il paraissait difficile d'engager la responsabilité du centre d'accueil, qui n'avait, à proprement parler, commis aucune faute. La

¹¹⁴⁶ Les accidents du travail causés par une machine industrielle, remarquait-on à l'époque, ne sont bien souvent que « *le fait du hasard* » (R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, LGDJ, 1897, p. 5). Ils surviennent sans qu'on ait pu réellement les prévoir et donc les éviter. Selon les statistiques de l'époque, dans la majorité des cas, le dommage est purement « *accidentel* », dû à un cas fortuit ou à une cause inconnue (F. Horden, « Le droit des accidents du travail au XIX^{ème} siècle », cahiers n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix en Provence).

¹¹⁴⁷ Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert, S. 1930.1.121, note Esmein, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 199, p. 381. V. *supra*, n° 17-18.

¹¹⁴⁸ F. Horden, *art. précit.* et les références citées.

¹¹⁴⁹ Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl. 29 mars 1991, D. 1991.324, note C. Larroumet, Somm. 324, obs. J-L. Aubert, chr. G. Viney, p. 157, JCP 1991.II.21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin, Gaz. Pal. 1992.2.513, obs. F. Chabas, RTD civ. 1991.541, obs. P. Jourdain, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 227-229, p. 493 et s. V. *supra*, n° 77.

¹¹⁵⁰ V. not. Cass. civ 2^{ème}, 24 nov. 1976, D. 1977.595, note C. Larroumet. La doctrine, qui y était également hostile, expliquait que rien ne justifiait une telle création. On ne retrouvait pas, en matière de responsabilité du fait d'autrui, les évolutions sociales qui avaient provoqué la création du principe de responsabilité du fait des choses.

¹¹⁵¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°227-229, p. 499.

¹¹⁵² *Ibid.* C'était également le cas, plus généralement, des enfants mineurs, qui bénéficiaient d'une plus grande liberté, et se trouvaient souvent, en raison des transformations de la structure familiale, confiés à des tiers, qu'il s'agisse de membres de la famille ou de centres éducatifs ou de loisirs.



prise en compte de cette évolution justifia donc un aménagement prétorien et le principe de responsabilité du fait d'autrui n'entraîna aucun mouvement de résistance – du moins à ses débuts¹¹⁵³.

En matière contractuelle, la jurisprudence au sujet des clauses abusives¹¹⁵⁴ fut également bien accueillie parce qu'elle répondait à une « *nécessité* »¹¹⁵⁵. L'observation des rapports sociaux révélait « *un déséquilibre entre les producteurs et les consommateurs s'aggravant chaque jour* »¹¹⁵⁶. Ce déséquilibre économique résultait d'une série de circonstances : la généralisation des contrats d'adhésion, l'essor de la société de consommation, alors que les textes de loi n'avaient pas changé. Le juge procédait donc à un aménagement pour corriger un déséquilibre objectif entre les parties en présence et uniquement dans ses expressions les plus fortes.

Si l'aménagement prétorien est fondé sur des raisons sérieuses et objectives, il augmente ses chances de succès. Et, inversement, lorsque l'intervention du juge n'a aucun caractère de gravité ou de nécessité, elle sera plus facilement rejetée. Ainsi, l'extension de la responsabilité du fait d'autrui aux associations sportives¹¹⁵⁷ entraîna des critiques en doctrine : la Cour de cassation s'éloignait des raisons originaires de l'aménagement prétorien et l'appliquait dans des cas beaucoup plus contestables¹¹⁵⁸.

De même, lorsque la Haute juridiction inventa le quasi-contrat de « *fausse promesse d'un gain* »¹¹⁵⁹, avait-elle une raison grave pour justifier son intervention ? Il s'agissait de « *prendre les sociétés à leur propre piège et de les condamner à tenir leurs fausses promesses pour que le*

¹¹⁵³ V. *infra*, p. 180.

¹¹⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449, note Ghestin et Somm. 320, obs. Aubert, JCP 1991.II.21763, note Paisant, CCC 1991, n°160, note L. Leveneur, Defrénois, 1991, 1268, obs. Aubert, RTD civ. 1991. 526, obs. J. Mestre. V. *supra*, n° 75.

¹¹⁵⁵ Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », D. 1981, chr. p. 49, spéc. p. 62.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, J. Mouly, JCP 1995.II.22550, et I.3893, n° 5, note G. Viney, RTD civ. 1995.899, obs. P. Jourdain. La solution fut confirmée par la suite (3 fév. 2000, JCP 2000.II.10313, note Mouly, Defrénois 2000.724, note D. Mazeaud ; 20 nov. 2003, JCP 2004.II.10017, note Mouly, RTD civ. 2004.106, obs. Jourdain. V. *supra*, n° 77.

¹¹⁵⁸ J. Mouly, *note précit.* JCP 1995.II.22550

¹¹⁵⁹ Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, D. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud, JCP 2002.II.10173, note S. Reifegerste, CCC 2002, n°151, note G. Raymond et Chron. n°22, par Ph. Le Tourneau et A. Zabaldi, Defrénois 2002.1608, obs. E. Savaux, LPA 24 oct. 2002, p. 16, note D. Houtcief, RTD civ. 2003, 94, obs. J. Mestre et B. Fages, CCE 2002, comm. n° 156, note Stoffel-Munck, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°242, p. 568 et s. V. *supra*, n° 16.



rêve qu'elles avaient suscité chez des consommateurs vulnérables devienne enfin réalité »¹¹⁶⁰. Les «*“victimes” de loteries publicitaires* »¹¹⁶¹ méritaient-elles une telle sollicitude ? Il ne s'agissait pas, dans cette hypothèse, de leur éviter une perte, mais de leur accorder un gain. Quant au choix de «*stopper la pratique des loteries publicitaires* »¹¹⁶², le juge pouvait-il réellement prendre les mesures nécessaires pour atteindre son objectif ? Ce n'est pas certain¹¹⁶³.

147. La politique jurisprudentielle doit donc être fondée sur des raisons à la fois objectives et sérieuses et ne s'exercer qu'en présence d'une législation insatisfaisante. Elle devient alors «*la fontaine de jouvence* »¹¹⁶⁴ du droit et on loue «*sa souplesse et sa faculté d'adapter le droit positif aux besoins réels* »¹¹⁶⁵. Et cette observation doit être continue pour être actualisée en fonction des éléments extérieurs. L'équilibre entre les intérêts en présence est un «*équilibre à géométrie variable et à mouvement perpétuel qui dépend de la société et de l'époque* »¹¹⁶⁶. Messieurs Guy Canivet et Nicolas Molfessis, affirmaient ainsi que toute position prétorienne peut être remise en question par «*une analyse nouvelle de la situation sociale en cause* »¹¹⁶⁷. Pour être légitime, la politique jurisprudentielle est «*appelée à évoluer et à se transformer* »¹¹⁶⁸.

Le cas du transport bénévole apporte sur ce point un exemple assez net. L'«*idée d'équité* »¹¹⁶⁹ avait conduit la jurisprudence, à la fin des années 1920, à protéger le transporteur bénévole, en lui évitant l'application des règles strictes de la responsabilité du fait des choses¹¹⁷⁰. Mais lorsque l'assurance automobile se généralisa, avec la loi du 27 janvier 1958, et que le traitement de faveur accordé au transporteur ne profitait plus qu'à l'assureur, tout en continuant de pénaliser la victime, la Cour de cassation opéra un

¹¹⁶⁰ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 11 févr. 1998, Defrénois, 1998, p. 1044. L'intitulé du commentaire est éloquent : «*Et par la grâce de la Cour de cassation, le rêve publicitaire devint réalité contractuelle* ».

¹¹⁶¹ S. Reifegerste, note précit.

¹¹⁶² G. Canivet et N. Molfessis, art. précit.

¹¹⁶³ Il «*est douteux que l'arrêt tarisse la pratique des loteries publicitaires fallacieuses* » (Ph. Stoffel-Munck, note précit.). Le législateur paraît mieux en mesure de diligenter les recherches nécessaires et de prendre les mesures adéquates pour stopper cette pratique.

¹¹⁶⁴ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, INTROMontchrestien, 6^{ème} éd., 1980, p. 147.

¹¹⁶⁵ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 540, p. 499.

¹¹⁶⁶ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.*, n° 22, p. 22.

¹¹⁶⁷ G. Canivet et N. Molfessis, art. précit.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ R. Savatier, note sous Cass. Req. 9 juin 1928, D.P. 1928.1.153.

¹¹⁷⁰ Cass. civ. 27 mars 1928, DP 1928.1.145, note Ripert, S. 1928.1.353, note Gény, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 209-210, p. 422 et s.



revirement le 20 décembre 1968¹¹⁷¹. Elle répondait ainsi à l'invitation de la doctrine¹¹⁷² et de son avocat général : l'équité l'avait conduite jadis à protéger le transporteur contre la victime. Mais le contexte a changé. « *Cette fois, "la voix du cœur", plaide en faveur du transporté. Au plan de l'équité, les rôles sont désormais inversés* »¹¹⁷³.

De la même manière, les politiques jurisprudentielles menées en matière contractuelle peuvent changer en fonction des éléments extérieurs. Lorsque la Cour de cassation a, dans les années 1970, renforcé ses exigences en matière de détermination du prix¹¹⁷⁴, c'était pour protéger les distributeurs, pompistes de marque ou cafetiers¹¹⁷⁵. Son intervention semblait justifiée au regard du contexte économique et juridique de l'époque¹¹⁷⁶. Mais lorsque, vingt-cinq ans plus tard, l'avocat général Jéol relevait que le « *paysage économique et juridique* » avait « *considérablement évolué* »¹¹⁷⁷, l'aménagement semblait devoir être abandonné. « *Comment une interprétation circonstancielle de la loi pourrait-elle survivre à de tels changements ?* »¹¹⁷⁸ Et ainsi furent rendus les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 qui supprimaient l'exigence de détermination du prix¹¹⁷⁹.

Les politiques jurisprudentielles d'équité peuvent donc légitimer l'aménagement, si elles sont fondées sur des considérations à la fois objectives et actuelles. Un équilibre est alors trouvé entre les intérêts particuliers en présence, qui rendra l'aménagement prétorien légitime. Mais

¹¹⁷¹ Cass. Ch. mixte, 20 décembre 1968, D. 1969.37, concl. Schmelck, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, et Y. Lambert-Faivre, « Le transport bénévole, Réflexions au sujet d'un revirement de jurisprudence », D. 1969, chr. p. 91. V. *supra*, n° 118.

¹¹⁷² Savatier, note sous CA Paris, 27 juin 1967, D. 1968.180, qui évoque une jurisprudence « *malheureuse* ».

¹¹⁷³ Schmelck, *concl. précit.*

¹¹⁷⁴ Cass. com. 11 oct. 1978, JCP 1978.II.19034, note Y. Loussouarn ; 5 oct. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 298, p. 255 ; 21 mars 1983, *Bull. civ. IV*, n° 110, p. 92 ; 12 janvier 1988, *Bull. civ. IV*, n° 31, p. 21.

¹¹⁷⁵ La jurisprudence visait à « *protéger le plus faible des contractants* », (Fossereau, rapp. BICC, n° 422 du 15/02/1996).

¹¹⁷⁶ Si cet aménagement fut rejeté pour d'autres raisons, il avait toutefois paru légitime. Ainsi que le relevait Madame Fossereau dans son rapport, les critiques sont majoritairement favorables, « *nul n'ayant d'ailleurs jamais contesté le but de moralisation, de rééquilibrage de ces contrats et des rapports de force, visé par la Cour de cassation, mais seulement le mécanisme juridique utilisé pour y parvenir* » (*ibid.*).

¹¹⁷⁷ Jéol, concl. sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, D. 1996.13. L'avocat général observe que, dans les années 1990, le contexte économique n'est plus le même : le marché n'a plus les mêmes caractéristiques et le distributeur n'est plus systématiquement la partie faible. Par ailleurs, le paysage juridique a également changé : de nouvelles branches du droit ont émergé qui viennent précisément en aide aux parties en position de faiblesse : le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Pour l'ensemble de ces raisons, l'aménagement prétorien a donc perdu toute utilité.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), D. 1996.13, concl. Jéol, note L. Aynès, JCP 1996.II.22565, concl. Jéol, note J. Ghestin, JCP E. 1996.II. 776, note L. Leveneur, JCP N. 1996.I.93, obs. D. Boulanger, *Gaz. Pal.* 1995.2.626, concl. Jéol, note P. de Fontbressin, CCC. 1996, n° 5, chr. L. Leveneur, LPA 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis, *Defrénois* 1996.747, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1996, 153 obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 152-155.



l'intervention du juge n'est pas, pour autant, à l'abri des critiques : le contenu de l'aménagement peut être mis en cause, même s'il préserve les intérêts particuliers, parce qu'il porte atteinte à un intérêt général. Il risquera alors d'être rejeté pour contrariété à l'ordre social.

Section 2^{nde}

L'aménagement prétorien incivique

148. L'aménagement prétorien peut être rejeté s'il est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette limite à la créativité est imposée aux contractants¹¹⁸⁰ qui, tout en étant libres dans la conception du contrat, doivent toutefois faire preuve d'un certain « *civisme contractuel* »¹¹⁸¹. Ils doivent se conformer à l'ordre social, qui recouvre « *l'ensemble des exigences fondamentales* » considérées « *comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité* » ou encore « *à la marche de l'économie* »¹¹⁸².

Il en va de même pour le juge. Chargé de faire respecter ces exigences, il doit lui-même en tenir compte. Sa création ne peut donc affecter l'ordre public, c'est-à-dire « *la paix, la tranquillité et la sécurité publique* »¹¹⁸³. Elle ne peut, de la même façon, aller à l'encontre des bonnes mœurs, c'est-à-dire essentiellement de la « *morale sexuelle* »¹¹⁸⁴. Si c'est le cas, la

¹¹⁸⁰ Plusieurs textes formulent cette limite. L'art. 6 c. civ, selon lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », et les articles 1131 et 1133 c. civ., aux termes desquels, est nulle la convention ayant une cause illicite, c'est-à-dire, « *prohibée par la loi* », « *contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

¹¹⁸¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 983, p. 2035.

¹¹⁸² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 10^{ème} éd., 2014, à l'entrée « ordre public », sens n°I, et comprenant la référence aux bonnes mœurs. La définition englobe aussi « *la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux* », mais ce point sera envisagé ultérieurement, ainsi qu'il est indiqué dans la note suivante.

¹¹⁸³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, (sens n° 1). L'ordre public, qui est une notion « *protéiforme* » (B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *Le Code civil 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 473 et s.) est donc ici entendue au son sens le plus général. Les aspects particuliers de l'ordre public seront envisagés dans des développements ultérieurs. Les aspects de l'ordre public dit *classique*, la protection de la famille et la protection de la personne humaine seront traités successivement dans les paragraphes relatifs aux bonnes mœurs (v. *infra*, n° 153 et s.) et dans la section consacrée aux droits fondamentaux (v. *infra*, n° 179 et s.). Quant à l'ordre public moderne dit de protection, il a été abordé dans la section consacrée à l'équité, s'agissant de prendre en compte des intérêts particuliers même s'ils sont catégorisés. V. *supra*, n° 134 et s.

¹¹⁸⁴ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 12^{ème} éd., 2012, n° 264, p. 206. C'est ainsi que la notion de bonnes mœurs est traditionnellement entendue dans la pratique française (J. Carbonnier, *op. ci.*, n° 989, p. 2044). Les autres aspects des bonnes mœurs, c'est-à-dire de la « *morale commune* » (G. Cornu,



création prétorienne sera souvent rejetée (§I). Et, inversement, si la création prétorienne vient au soutien de l'ordre social en favorisant sa protection ou, du moins, en évitant qu'il subisse de trop grands bouleversements, elle sera plus facilement admise (§II).

§ I. Le rejet de l'aménagement incivique

149. En général, « *le juge se sent lié et respecte en fait les impératifs de la fonction qu'il remplit dans le groupe social* »¹¹⁸⁵. Il arrive, toutefois, que sa création heurte ces impératifs ; elle est alors désapprouvée.

C'est le cas, lorsqu'elle représente un danger pour l'ordre public, la sûreté et la tranquillité de la population (A). Et c'est également le cas lorsqu'elle va à l'encontre des bonnes mœurs, car même si la notion, conformément à son évolution générale, est en recul, elle semble toutefois rester une limite à l'action du juge (B).

A. L'aménagement contraire à l'ordre public

150. Le juge ne peut porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la tranquillité publique. L'intérêt général du « *peuple* », de la « *société* »¹¹⁸⁶ marque une limite à son pouvoir normatif. Une création prétorienne contraire à l'ordre public risquerait donc d'être rejetée, surtout lorsqu'elle représente une menace grave. C'est le cas, par exemple, lorsqu'elle est susceptible de mettre en péril l'économie nationale et les finances de l'Etat.

151. C'est ainsi que l'arrêt *Leroux*, rendu le 18 juillet 2000¹¹⁸⁷, déclencha une polémique. La Cour de cassation semblait y changer la qualification du contrat d'assurance-vie, en le retirant de la catégorie des contrats d'assurance pour le rattacher à la catégorie des contrats de

Vocabulaire juridique, *op. cit.* à l'entrée « bonnes mœurs ») sont traités dans la section dédiée à l'équité. *V. supra*, n° 141 et s.

¹¹⁸⁵ S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 276.

¹¹⁸⁶ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 984, p. 2037.

¹¹⁸⁷ *Arrêt Leroux*, Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, *Bull. civ. I*, n° 213, JCP 2000, Actualité, p. 2215, note J. Bigot, J. Ghestin, M. Billiau, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP N 2001, p. 1194 ; L. Mayaux, « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », RGDA 2000, p. 775 ; G. Courtieu, « Assurance sur la vie : les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? », Resp. civ. et assur. 2000, n° 12, chr. 28.



capitalisation. Cette requalification paraissait pourtant justifiée en droit. Le contrat d'assurance est aléatoire par nature. Or, y a-t-il véritablement un aléa dans le contrat d'assurance vie ? C'est sans doute le cas dans la version originelle d'une assurance décès : si au terme du contrat, le souscripteur n'est pas décédé, il a versé les primes à fonds perdu¹¹⁸⁸. Mais les versions actuelles du contrat d'assurance-vie font disparaître l'aléa : les primes sont capitalisées et reversées quoi qu'il en soit au terme du contrat¹¹⁸⁹. De sorte, qu'il n'y a plus de risque de gain ou de perte pour les parties. Ce n'est plus un contrat aléatoire, c'est un contrat d'épargne.

La requalification de l'assurance-vie en contrat de capitalisation risquait, cependant, d'entraîner de graves conséquences. En effet, elle se répercutait naturellement sur le régime juridique de l'assurance-vie, qui perdait dès lors ses règles favorables en matières civile et fiscale et retombait sous le coup du droit commun des libéralités. L'assurance-vie impliquait donc désormais le respect des droits des héritiers réservataires et, surtout, le paiement des droits de mutation à titre gratuit - un changement de régime juridique qui rendait ce contrat moins attrayant. Or, dissuader le recours à l'assurance-vie était une voie dangereuse à plusieurs égards et c'est pourquoi l'arrêt *Leroux*, malgré une rédaction ambiguë, suscita immédiatement des réactions.

Les auteurs évoquèrent un risque de « *tempête* »¹¹⁹⁰ ou de « *séisme* »¹¹⁹¹, qui conduisit bientôt le Premier président de la Cour de cassation à saisir la Chambre mixte et à recourir au système de l'*amicus curiae*¹¹⁹². Différents groupes d'intérêts purent ainsi s'exprimer sur les enjeux économiques de la question. C'est dans ce cadre qu'ont été rédigées les notes du 30 juin 2003, par le Président du Conseil supérieur du notariat et les notes du 12 décembre 2003, des 23 juillet et 9 septembre 2004, signées par la Fédération Française des Sociétés d'Assurance. Celles-ci soulignèrent « *l'importance du secteur de l'assurance-vie au plan économique* »,

¹¹⁸⁸ Dans le cadre d'une assurance décès, le souscripteur versait des primes à la compagnie d'assurance, en faveur d'un bénéficiaire pour le cas où il mourrait prématurément. Si c'était le cas, la compagnie pouvait se trouver dans l'obligation de verser au bénéficiaire une somme bien supérieure aux primes versées. Si ce n'était pas le cas, le souscripteur avait versé les primes à fonds perdu. Il y a donc bien un aléa dans ce type de contrat : un événement incertain représentant une chance de gain ou de perte pour les parties.

¹¹⁸⁹ Les fonds capitalisés sont toujours reversés, soit à l'assuré, s'il n'est pas décédé, soit au bénéficiaire, dans le cas contraire.

¹¹⁹⁰ J. Bigot, *note précit.*

¹¹⁹¹ G. Courtieu, *chr. précit.*

¹¹⁹² R. Encinas de Munaorri, « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », RTD civ. 2005, p. 88.



précisant que les contrats d'assurance-vie « *couvrent plus de 20 millions de personnes* » et représentent « *des actifs s'élevant à 812 milliards d'euros* »¹¹⁹³.

Deux ministres furent ensuite consultés : le ministre de la justice, par une note du 9 juillet 2004, et le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, par une note du 6 juillet 2004. Il ressortait de ces consultations qu'une requalification du contrat d'assurance-vie risquait « *d'affecter profondément la confiance des ménages et de perturber des circuits financiers essentiels au développement de l'économie nationale* »¹¹⁹⁴. La note d'analyse du ministère révèle, en effet, l'ampleur du risque financier au niveau national : « *Compte tenu des montants en jeu et de l'image très sécurisante de l'assurance-vie, un tel bouleversement serait non seulement porteur de risques systémiques pour la place de Paris mais ne manquerait pas de susciter une crise de confiance profonde et durable des épargnants vis-à-vis de l'ensemble du régime légal et fiscal mis en place par l'État autour des produits d'épargne et de prévoyance* »¹¹⁹⁵.

Dissuader le recours au contrat d'assurance-vie, c'était donc mettre en péril l'économie nationale, en bouleversant l'un de ses secteurs les plus importants. C'était en outre, menacer le budget de l'Etat. La plupart des fonds de l'assurance-vie sont, en effet, investis dans des obligations d'Etat. Aussi, toute mesure de dissuasion à l'égard de l'assurance-vie risque de « *mettre en péril les finances publiques* »¹¹⁹⁶. C'était donc à la fois la paix des ménages, l'économie générale et les finances de l'Etat qui étaient en jeu. La nécessité de préserver l'ordre public marquait ainsi une limite du pouvoir prétorien.

152. La Cour de cassation en tint compte. Par quatre arrêts du 23 novembre 2004¹¹⁹⁷, elle apporta un démenti à la position réellement ou prétendument adoptée par l'arrêt *Leroux*. La Chambre mixte qualifia le contrat d'assurance vie de contrat aléatoire, car celui-ci « *dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa* ». La Cour de cassation

¹¹⁹³ Les extraits de la note sont cités par J. Ghestin, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP 2005.I.111.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, *Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007, n° 132, spéc. p. 749.

¹¹⁹⁷ Cass. ch. Mixte, 23 nov. 2004, D. 2005.1905, note B. Beignier, JCP 2005.I.111, *chr. précit.* par J. Ghestin, RDC 2005/2.297, obs. A. Bénabent, RTD civ. 2005.434, obs. M. Grimaldi, Resp. civ. et assur. 2005, n° 42 et chr. n° 3, par F. Leduc et Ph. Pierre, RDI 2005.11, obs. L. Grynbaum, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 132, p. 740 et s.



prenait donc « *un par un chaque élément* »¹¹⁹⁸ de l'assurance-vie, afin de déduire de l'un de ces éléments - la référence à la durée de la vie humaine- le caractère aléatoire du contrat tout entier. Ceci, alors même que la référence à la durée de la vie humaine ne commande pas l'équilibre de l'assurance-vie ; elle n'est qu'un élément secondaire, servant seulement à déterminer le destinataire de l'épargne. En décomposant l'opération contractuelle, le juge se donnait la possibilité de modifier la hiérarchie de ses éléments, telle qu'elle découlait de la nature du contrat.

Aussi, la Haute juridique a-t-elle « *préféré tordre les catégories juridiques plutôt que de pouvoir être suspectée d'avoir déclenché un séisme financier* »¹¹⁹⁹. Dans cette affaire, a-t-on commenté, « *le glaive de l'Etat a fait tinter les plateaux de la balance de la justice* »¹²⁰⁰. Ce nouvel aménagement prétorien, plus critiquable d'un point de vue juridique, mais respectueux de l'ordre public, a ainsi été accepté. Les quatre arrêts du 23 novembre 2004 ont reçu une critique favorable¹²⁰¹ et ont été qualifiés tour à tour d'arrêts « *attendus* »¹²⁰² et d'arrêts « *sains, cohérents, respectueux de la loi telle qu'elle est* »¹²⁰³. On leur a reconnu l'avantage de redonner « *toute sécurité à la souscription de contrats d'assurance-vie* » ce qui est « *particulièrement appréciable* »¹²⁰⁴.

Cet exemple permet donc d'apprécier la limite constituée par l'ordre public : le juge ne peut porter atteinte à la tranquillité générale et à l'économie nationale. « *Son pouvoir s'arrête là et sa légitimité plus encore* »¹²⁰⁵. Et de même qu'il se heurte à l'ordre public, le pouvoir prétorien bute sur les bonnes mœurs.

B. L'aménagement contraire aux bonnes mœurs

153. Les bonnes mœurs ont longtemps représenté une limite importante du pouvoir prétorien. Le juge ne pouvait prendre des positions contraires à la morale sexuelle commune. Ainsi, c'est parce que le concubinage fut longtemps considéré comme une menace pour le

¹¹⁹⁸ B. Beignier, *obs. précit.*

¹¹⁹⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.* p. 749.

¹²⁰⁰ B. Beignier, *note précit.*

¹²⁰¹ V. Toutefois, les critiques relatives aux droits des héritiers (M. Grimaldi, *obs. précit.*).

¹²⁰² M. Grimaldi, *obs. précit.*

¹²⁰³ B. Beignier, *note précit.*

¹²⁰⁴ L. Grynbaum, *obs. précit.*

¹²⁰⁵ *Ibid.*



mariage, que les premières décisions ayant admis la demande en réparation de la concubine pour les dommages causés par la mort de son compagnon, bien avant l'arrêt *Dangereux*¹²⁰⁶, aux alentours des années 1930, avaient fait l'objet d'une critique particulièrement vive en doctrine¹²⁰⁷. Ce mouvement avait conduit, à l'élaboration d'une nouvelle condition de l'action en réparation – « *l'intérêt légitime juridiquement protégé* »¹²⁰⁸ - visant à sauvegarder les bonnes mœurs, qui devait précisément être abandonnée par la suite¹²⁰⁹.

Aujourd'hui, suite à l'évolution sociale et au mouvement de libération des mœurs, on constate un recul général de la notion de bonnes mœurs¹²¹⁰. Ce recul est tel qu'on a même pu annoncer « *la mort des bonnes mœurs* »¹²¹¹. L'étude des réactions à la création prétorienne permet toutefois d'apporter une nuance : si, aujourd'hui, les bonnes mœurs n'ont plus la même importance qu'autrefois, il est néanmoins possible d'avancer qu'elles sont « *toujours vivantes* »¹²¹². La notion a reculé, mais elle n'a pas disparu. Partant, la limite qu'elle représentait pour l'aménagement prétorien a subi le même sort : elle a été repoussée, mais elle existe toujours.

154. C'est pourquoi certains aménagements prétoriens ont fait l'objet d'un rejet général, parfois quasi-unanime, en doctrine, pour des raisons tenant aux bonnes mœurs. On trouve un premier exemple, à travers la jurisprudence admettant la validité des libéralités entre concubins. Longtemps déclarées nulles pour contrariété aux bonnes mœurs, ces libéralités ont

¹²⁰⁶ *Arrêt Dangereux*, Cass. ch. Mixte, 27 févr. 1970, D. 1970, Jur., p. 201, note Combaldieu, JCP 1970.II.16305, concl. Lindon, note Parlange, RTD civ. 1970, p. 353, obs. G. Durry, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°185-186, p. 300.

¹²⁰⁷ Lorsque le 26 novembre 1986, la Cour de cassation crut pouvoir se fonder sur les termes généraux de l'article 1382 pour indemniser la concubine du préjudice lié à la mort de son concubin (Cass. crim. 26 nov. 1926, D. 1927.1.73, note H. Lalou, S. 1927.1.273, note J.-A. Roux), elle fit l'objet d'une « *désapprobation presque unanime en doctrine* » (R. Savatier, note sous *Arrêt Méténier*, Cass. civ. 27 juill. 1937, D. 1938.1.5). L'indemnisation de la concubine sur la base de « *relations tenues pour illicites par notre législation* » (H. Lalou, note *précit.*) affectait gravement les bonnes mœurs ; elle était « *un coup nouveau et sensible porté au respect du mariage et à celui de la famille* » (J.-A. Roux, note *précit.*). La critique prit une ampleur toute particulière dans les années 1930 où les juges du fond rendirent une série de décisions jugées « *étonnantes et assez choquantes* » (G. Marty, note sous *Arrêt Méténier précit.* S. 1938.1.321), parce qu'elles éconduisaient l'épouse légitime au profit de la concubine adultère (Trib. corr. de la Seine, 12 févr. 1931, D.P. 1931.2.57), ou parce qu'elles indemnisaient simultanément deux concubines (CA Paris 18 nov. 1932, S. 1933.2.25).

¹²⁰⁸ *Arrêt Méténier*, Cass. civ. 27 juill. 1937, D.H. 1937, p. 437, D. 1938.1.5, note R. Savatier, S. 1938.1.321, note Marty, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.* Tome 2, n° 185-186, p. 300 et s. V. *supra*, n° 125.

¹²⁰⁹ V. *infra*, n° 161.

¹²¹⁰ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 270, p. 209.

¹²¹¹ D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! » in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Mél. P. Catala, Litec, 2001, p. 487.

¹²¹² J. Foyer, « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 495.



été reconnues valables, par un arrêt de la première Chambre civile du 3 février 1999¹²¹³. La solution fut reprise par la Cour de cassation, et suite à la résistance de la cour de renvoi, l'affaire fut renvoyée devant l'Assemblée plénière. Le 29 oct. 2004¹²¹⁴, celle-ci consacra la solution nouvelle, en posant que « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* ».

La décision a déclenché des réactions particulièrement véhémentes en doctrine. Elle fut qualifiée de décision « *très contestable* »¹²¹⁵, propre à faire « *scandale* »¹²¹⁶, « *sans doute immorale* » et « *certainement illicite* »¹²¹⁷. Les circonstances particulières de l'espèce portèrent les auteurs à exprimer leur « *indignation* »¹²¹⁸ sur un ton sarcastique : la donation, disait-on, a été faite par « *un vieillard libidineux* »¹²¹⁹ à l'égard de sa maîtresse de « *soixante-quatre ans sa cadette* »¹²²⁰, qui, en lui déclarant « *pas d'argent, pas d'amour* »¹²²¹, se comportait « *ouvertement comme une prostituée* »¹²²². L'ensemble des commentaires de doctrine est donc très défavorable : la Cour de cassation, soutient-on, est allée beaucoup trop loin. Elle a franchi les limites admissibles et, « *n'en déplaît, il y a des limites que le naturel fait revenir au galop* »¹²²³.

L'étude de ces commentaires révèle que le reproche principal ne tient pas à la validation des libéralités entre concubins. Les auteurs sont, en général, prêts à convenir que les mœurs ont évolué et que le concubinage ne faisant plus l'objet de réprobation morale, il paraît légitime de valider les libéralités entre concubins¹²²⁴. Le problème vient de ce que la libéralité

¹²¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, D. 1999.267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrue, JCP 1999.II.10083, note M. Billiau et G. Loiseau, I, 152, chron. L. Leveneur, Defrénois 1999.738, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1999.817, obs. J. Hauser et C. Larroumet, « La libéralité consentie par un concubin adultère », D. 1999, chr. p. 351.

¹²¹⁴ Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, D. 2004.3175, note D. Vigneau, JCP 2005.II.10011, note F. Chabas, et I, 187, n° 7, obs. Le Guidec, JCP 2005, n° 17, p. 229, « Libres propos », F. Terré, Dr. Fam. 2004, n° 230, note B. Beignier, CCC 2005, n° 40, obs. L. Leveneur, Defrénois 2004.1732, obs. Libchaber, 2005.535, note S. Piédelièvre et 1045, note V. Mikalef-Toudic, RDC 2005.1273 et s., chr. J.-L. Sourieux, Ph. Malaurie, A. Bénabent, D. Fenouillet, G. Pignarre et B. Fages. V., sur ces deux arrêts, H. Capitaint, F. Terré, Y. Lequette, *op. civ.*, Tome 1, n° 28-29, p. 212 et s.

¹²¹⁵ D. Vigneau, *note précit.*

¹²¹⁶ Libchaber, *obs. précit.*

¹²¹⁷ V. Mikalef-Toudic, *note précit.*

¹²¹⁸ F. Terré, *note précit.*

¹²¹⁹ H. Capitaint, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 222.

¹²²⁰ F. Terré, *note précit.*

¹²²¹ B. Beignier, *note précit.*

¹²²² H. Capitaint, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*

¹²²³ D. Vigneau, *note précit.*

¹²²⁴ V. D. Mazeaud, *note précit.*, L'auteur invite à porter une « *appréciation sereine sur cette solution nouvelle qui témoigne d'une bienveillance certaine de la Cour pour l'union libre* », mettant fin à une « *hypocrisie* ».



litigieuse était consentie à une concubine *adultère*. L'aménagement prétorien va donc à l'encontre des règles du mariage, des devoirs de respect et de fidélité prévus par l'article 212 du Code civil¹²²⁵. Or ces règles sont d'ordre public parce que l'institution du mariage est considérée comme un pilier de la société.

155. Un autre aménagement prétorien a été rejeté pour les mêmes raisons. Il porte sur la convention de courtage matrimonial. Cette convention, dont la validité est consacrée depuis longtemps¹²²⁶, était frappée, toutefois, de nullité, lorsqu'elle était conclue par une personne mariée. Le 4 novembre 2011¹²²⁷, la Cour de cassation change de position. Elle pose, de manière générale, que le contrat de courtage matrimonial « *n'est pas nul comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du fait qu'il est conclu par une personne mariée* ».

A nouveau, l'arrêt fait scandale. Les auteurs parlent d'une décision « *critiquable* »¹²²⁸, « *contestable* »¹²²⁹, « *étriquée* »¹²³⁰ et même « *choquante* »¹²³¹. Le ton est également ironique, parfois cynique, et la solution retenue est tournée en dérision : on imagine une annonce « *personne mariée : recherche nouveau conjoint ou partenaire* »¹²³² ou l'on présage un « *contrat de prostitution* » comme prochain « *contrat de consommation* »¹²³³. La Cour de cassation, déclare-t-on enfin, finit ainsi « *d'achever les bonnes mœurs* »¹²³⁴. Les commentaires doctrinaux sont donc majoritairement critiques¹²³⁵. Le juge paraît avoir « *allègrement* » franchi « *les limites du raisonnable* »¹²³⁶.

V. aussi, C. Larroumet, *chr. précit.* L'auteur estime que la Cour de cassation entérine ainsi « *la libéralisation des mœurs* ».

¹²²⁵ D. Vigneau, *note précit.* La position adoptée contribue ainsi à « *l'affaiblissement organisé de l'institution du mariage* ».

¹²²⁶ La Cour de cassation en a reconnu la validité (Req. 27 déc. 1944, D.C. 1945. 121, S. 1945. 1. 32). Elle est désormais encadrée par le droit de la consommation (Art. 6, L. n° 89-421, 23 juin 1989, relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales).

¹²²⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, D. 2012, p. 59, note R. Libchaber, p. 840, notes H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud, A.J. Famille 2011, p. 613, obs. F. Chénéde, JCP 2012.I.9, obs. D. Bakouche, Droit de la famille, n°2, févr. 2012, comm. 21, note D. Vigneau, RTD civ. 2012, p. 93, note J. Hauser et p. 113, note B. Fages, CCC, n° 3, mars 2012, comm. 76, par G. Raymond.

¹²²⁸ H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud, *note précit.*

¹²²⁹ D. Vigneau, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, *précit.*

¹²³⁰ B. Fages, *note précit.*

¹²³¹ R. Libchaber, *obs. précit.*

¹²³² D. Vigneau, *note précit.*

¹²³³ G. Raymond, *note précit.*

¹²³⁴ D. Bakouche, *obs. précit.*

¹²³⁵ V. toutefois, les opinions nuancées de J. Hauser, *note précit.* et de F. Chénéde, *obs. précit.*

¹²³⁶ D. Bakouche, *obs. précit.*



Encore une fois, le reproche principal ne porte pas sur la tentative d'adaptation du droit à l'évolution des faits. Le mariage n'est plus l'unique manière de vivre en couple et d'autres formes d'union sont apparues comme le pacs ou le concubinage. Reconnaître ce pluralisme est « *très loin d'être choquant* »¹²³⁷. Ce qui l'est, aux dires des auteurs, c'est que la Cour de cassation fasse primer ces nouvelles formes d'union sur celle du mariage, qu'elle renonce à « *faire respecter l'encadrement légal minimal* »¹²³⁸ de cette institution. Le mariage suppose des devoirs de fidélité et de respect, ce qui paraît exclure la conclusion d'un contrat de courtage matrimonial par l'un des conjoints. Face à ce « *démantèlement de l'institution du mariage* »¹²³⁹, les auteurs opposent, à défaut de bonnes mœurs, un « *ordre public matrimonial* »¹²⁴⁰.

Autrement dit, la limite constituée par les bonnes mœurs réapparaît aujourd'hui, par le biais de l'ordre public et plus précisément, de « *l'ordre public matrimonial* »¹²⁴¹. Le juge ne peut aller à l'encontre des règles du mariage qui sont d'ordre public, parce qu'elles concernent une institution essentielle de la société. Dans les deux cas, c'est bien l'objet de la critique : non pas que la Cour de cassation reconnaisse d'autres formes d'union, mais qu'elle le fasse au détriment des règles du mariage. Dans le premier exemple, « *la Cour faisait passer les intérêts du concubinage avant la fidélité exigée des époux* »¹²⁴². Et dans le deuxième, elle faisait primer « *l'épanouissement de la volonté individuelle* »¹²⁴³ de l'époux infidèle sur les règles du mariage. Autrement dit, l'adaptation du droit à l'évolution des mœurs n'est pas sans limites : elle peut justifier une reconnaissance de la diversité des mœurs ; mais elle ne paraît pas pouvoir légitimer « *une destruction* »¹²⁴⁴ de la substance du mariage.

Concluons ainsi que les bonnes mœurs restent une limite de l'aménagement prétorien. Cette limite a certes reculé et changé de forme en se manifestant à travers la notion d'ordre public, et notamment d'ordre public matrimonial. Mais elle demeure présente et se manifeste à travers des réactions particulièrement vives lorsqu'elle est franchie.

¹²³⁷ Libchaber, *obs. précit.*

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ D. Bakouche, *obs. précit.*

¹²⁴⁰ D. Vigneau, *note précit.*

¹²⁴¹ F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, préface J. Revel, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2008. L'auteur évoque précisément cette montée en puissance des droits individuels des conjoints au détriment des règles du mariage.

¹²⁴² Libchaber, *obs. précit.*

¹²⁴³ D. Bakouche, *obs. précit.*

¹²⁴⁴ Libchaber, *obs. précit.*



Si les aménagements prétoriens sont plus facilement rejetés lorsqu'ils représentent une menace pour l'ordre public ou les bonnes mœurs, l'inverse est également vrai. Les apports du juge seront plus aisément acceptés s'ils sont protecteurs de l'ordre social ou du moins s'ils lui sont conformes.

§ II. La réception de l'aménagement civique

156. L'intervention du juge pourra être approuvée, ou du moins acceptée, si elle est conforme à l'ordre social, c'est-à-dire si elle ne bouleverse ni la sécurité publique ni les institutions, piliers de la société.

Elle le sera d'autant plus, si l'aménagement vise à protéger l'ordre public, par exemple, en évitant une atteinte à un intérêt général de la population ou de l'Etat (A). Elle le sera de la même façon, si l'aménagement prétorien sans être protecteur des bonnes mœurs est conciliable avec elles, parce qu'il ouvre le droit à l'évolution des faits sans contredire les règles de l'institution du mariage (B).

A. L'aménagement protecteur de l'ordre public

157. En théorie, le juge judiciaire n'est pas le gardien de l'intérêt général. C'est là le rôle du juge administratif. Toutefois, le juge judiciaire s'appuie parfois sur des considérations d'intérêt général pour intervenir. Si ces considérations ne sont pas seulement considérées comme nécessaires par le juge, mais reconnues collectivement, l'aménagement prétorien sera rendu légitime.

158. Cet intérêt général, propre à justifier l'aménagement prétorien peut être de toute nature, pourvu qu'il soit reconnu par la collectivité. Il peut s'agir, par exemple, d'un intérêt de santé publique, face à un risque incertain de dommage. C'est ainsi que le principe de précaution a vu le jour en jurisprudence dans le cadre du contentieux des antennes-relais. Plusieurs décisions de première instance et d'appel ont, en effet, ordonné le démantèlement de ces antennes de téléphonie mobile, pour éviter un risque sanitaire pourtant incertain en l'état



des connaissances scientifiques¹²⁴⁵. Quant à la Cour de cassation, elle a clairement reconnu l'existence du principe de précaution dans un arrêt du 3 mars 2010¹²⁴⁶. Un profond aménagement prétorien était ainsi apporté aux règles de la responsabilité civile : un « *risque non prouvé, "hypothétique"* »¹²⁴⁷ pouvait donner lieu à réparation, alors que le dommage réparable doit, en principe être certain ou, du moins, de réalisation certaine¹²⁴⁸.

Mais parce qu'il était fondé sur un intérêt général, cet aménagement a été bien accueilli. En doctrine, les auteurs ont jugé qu'une reconnaissance du principe de précaution en droit de la responsabilité civile était « *souhaitable* »¹²⁴⁹, même s'ils ont, par ailleurs, souligné la nécessité d'en encadrer la mise en œuvre¹²⁵⁰. Ce principe correspond effectivement « *aux préoccupations temporelles nées de l'évolution des technologies et des sciences* »¹²⁵¹. Il découle d'une aspiration des peuples à une plus grande sécurité face au progrès technique et bénéficie d'une large consécration en droit communautaire¹²⁵² et constitutionnel¹²⁵³. L'intervention du juge est ainsi rendue légitime dans son principe, même si elle doit veiller à être mesurée dans son application¹²⁵⁴.

159. Dans la lignée du principe de précaution, la protection de l'environnement paraît également pouvoir justifier l'action prétorienne. L'impératif écologique a, en effet, conduit la

¹²⁴⁵ TGI Grasse, 17 juin 2003, S. Kowouvi, « Les troubles anormaux de voisinage et les antennes relais de téléphonie mobile : une utilisation inédite du principe de précaution en matière de responsabilité civile », RCA 2003, ét. 29, TGI Nanterre, 18 sept. 2008, D. 2008, p. 2916, note M. Boutonnet, RDI 2008.489, obs. F.-G. Trébulle et M. Boutonnet « Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile au nom du principe de précaution ? », D. 2009, chr. 819. Depuis, les décisions des juges du fond invoquant explicitement le principe de précaution se sont multipliées (V. not. TGI Toulon, 19 nov. 2007, n° 06/3678 ; CA Orléans, 2 mars 2009, n° 08/00182 ; CA Aix en Provence, 2 oct. 2009, n° 07/21120).

¹²⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, *Bull. civ. III*, n°53, D. 2010.706, obs. G. Forest, 2419, et 2474, obs. F.-G. Trébulle. Si bien que la doctrine en conclut que « *d'une manière générale, le principe de précaution est invocable en droit de la responsabilité civile* » (M. Boutonnet, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », D. 2010.2662), même s'il reste toujours lié à l'article 1382 du c. civ. (Ph. Malinvaud, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 19 déc. 2012, RDI 2013, p. 162).

¹²⁴⁷ M. Boutonnet « Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile au nom du principe de précaution ? », *art. précit.*

¹²⁴⁸ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 602, p. 476.

¹²⁴⁹ M. Boutonnet, *note précit.*

¹²⁵⁰ F.-G. Trébulle, obs. précit. sous TGI Nanterre, 18 sept. 2008. V. d'ailleurs, la limite apportée par l'arrêt de la troisième chambre civile du 3 mars 2010, *précit.*

¹²⁵¹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 692, p. 747.

¹²⁵² Ce principe, d'origine communautaire (Article 174 du Traité de l'Union européenne), a été intégré dans le droit français par le biais de la loi *Barnier* en matière environnementale (du 2 févr. 1995, devenue l'article 110-1 du Code de l'environnement).

¹²⁵³ Puis, la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement et la loi de transposition du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale, ont encore renforcé l'importance du principe de précaution.

¹²⁵⁴ V. *infra*, n° 163 et s.



jurisprudence à apporter d'autres aménagements en matière délictuelle. Ainsi a-t-il été procédé à la création d'un préjudice écologique, nouvelle forme de préjudice admise par la jurisprudence à l'occasion de l'affaire *Erika*. Le naufrage du pétrolier, au cours de l'année 1999 avait, en effet, donné aux juges du fond¹²⁵⁵, puis à la Cour de cassation¹²⁵⁶ l'occasion de franchir « *un cap* »¹²⁵⁷ et de consacrer ce nouveau type de préjudice consistant en une « *atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement* ».

Cet aménagement a été « *presque unanimement applaudi* »¹²⁵⁸. En doctrine, il a été qualifié de « *grand arrêt* »¹²⁵⁹ et même d'arrêt « *salvateur* »¹²⁶⁰. En renforçant la protection de l'environnement, a-t-on déclaré, « *la jurisprudence française fait la preuve de sa détermination à protéger ses intérêts les plus légitimes. Il faut s'en réjouir* »¹²⁶¹. Le gouvernement a également bien accueilli la création prétorienne. C'est un « *grand jour pour le droit de l'environnement* », a déclaré la ministre de l'écologie¹²⁶². Ainsi, parce que la protection de l'environnement représente à la fois une aspiration des populations¹²⁶³ et un objectif collectif consacré par le droit communautaire¹²⁶⁴, l'intervention du juge était rendue légitime.

La nécessité de préserver l'ordre public écologique peut donc justifier l'action du juge et rendre son œuvre admissible. Elle ne saurait, toutefois, représenter un argument systématique. En matière contractuelle, par exemple, la référence à l'intérêt général¹²⁶⁵ visant à la protection de l'environnement est moins bienvenue. C'est ainsi qu'un arrêt rendu le 26 septembre

¹²⁵⁵ TGI Paris, 16 janv. 2008, D. 2008 273, édito. F. Rome, D. 2008 2681, chron. L. Neyret ; CA Paris, 30 mars 2010, D. 2010. 2468, obs. F. G. Trébulle, Rev. sociétés 2010. 524, note J.-H. Robert, RTD com. 2010. 622, obs. Ph. Delebecque, JCP 2010, n° 432, note K. Le Couvieur.

¹²⁵⁶ *Arrêt Erika*, Cass. crim. 25 sept. 2012, D. 2012, p. 2711, note Ph. Delebecque, D. 2012.2557, obs. F.-G. Trébulle, D. 2012.2673, point de vue L. Neyret, JCP 2012, n° 1243, note K. Le Couvieur, Rev. sociétés 2013. 110, note J.-H. Robert, AJ Pénal 2012.574, note A. Montas et G. Roussel.

¹²⁵⁷ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, op. cit., n° 595, p. 470.

¹²⁵⁸ J.-H. Robert, note précit. sous *Arrêt Erika*, Cass. crim. 25 sept. 2012. Une grande partie de la doctrine se déclarait déjà favorable à la réparation du préjudice écologique. V. not. Ravit et O. Sutterlin, « Réflexions sur le destin du préjudice écologique "pur" », D. 2012. 2675.

¹²⁵⁹ Ph. Delebecque, note sous *Arrêt Erika*, Cass. crim. 25 sept. 2012.

¹²⁶⁰ K. Le Couvieur, note sous *Arrêt Erika*, Cass. crim. 25 sept. 2012.

¹²⁶¹ A. Montas et G. Roussel, note précit.

¹²⁶² L. Neyret, note sous *Arrêt Erika*, Cass. crim. 25 sept. 2012, extrait de *Le Monde*, 27 sept. 2012, p. 6.

¹²⁶³ J.-H. Robert, note précit.

¹²⁶⁴ Art. 4 de la Charte de l'environnement et directive 2004/35/CE, instituant un régime de responsabilité environnementale.

¹²⁶⁵ Sur les interactions de plus en plus fréquentes entre l'intérêt général et le contrat, v. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2004, spéc. n° 33 et s., p. 27 et s.



2007¹²⁶⁶ par la cour d'appel de Nancy a reçu des commentaires mitigés. Les juges d'appel y avaient imposé la renégociation d'un contrat, dans une perspective environnementale : le contrat conclu concernait la fourniture d'énergie et son déséquilibre actuel pouvait avoir des conséquences sur l'environnement¹²⁶⁷. Cette « *influence nouvelle de l'ordre public écologique* » sur le droit des contrats¹²⁶⁸ ne fit pas l'unanimité. Le contrat, fruit des volontés privées, ne peut raisonnablement devenir l'instrument de l'intérêt général¹²⁶⁹.

Ainsi, la protection de l'ordre public ne justifie pas toujours l'action prétorienne, mais elle représente un argument considéré comme valable. La protection des bonnes mœurs ne saurait avoir le même effet. A une époque où la sélection des mœurs paraît devenue illégitime¹²⁷⁰, ce n'est pas la protection des bonnes mœurs qui autorisera l'aménagement prétorien, mais, plus modestement, le fait que celui-ci soit conciliable avec elles.

B. L'aménagement conciliable avec les bonnes mœurs

160. Certaines interventions du juge fondées sur une évolution des mœurs n'ont pas reçu de critiques. La raison paraît tenir essentiellement à ce que ces aménagements sont conciliables avec l'institution du mariage. Tant que le juge ajoute, à côté de l'institution du mariage et dans le respect de ses règles, d'autres modes de vies pratiqués dans les faits, il reste dans les limites acceptables.

161. Prenons, pour exemple, le cas de l'indemnisation de la concubine pour le préjudice né de la mort de son compagnon. Lorsque l'arrêt *Dangereux*¹²⁷¹ supprime la condition prétorienne d'« *intérêt légitime juridiquement protégé* »¹²⁷² afin d'accueillir la demande en réparation de la concubine, l'arrêt est remarqué et commenté. Mais il ne soulève pas un mouvement de désapprobation, semblable à ceux qui suivirent les décisions envisagées

¹²⁶⁶ CA Nancy, 26 septembre 2007, D. 2008, 2965, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, D. 2008, 1120, note M. Boutonnet.

¹²⁶⁷ Les juges d'appel décidèrent ainsi de corriger le déséquilibre contractuel « *dans l'intérêt général de la réduction des gaz à effet de serre* ».

¹²⁶⁸ M. Boutonnet, *note précit.* sous CA Nancy, 26 septembre 2007.

¹²⁶⁹ S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *obs. précit.*

¹²⁷⁰ D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *art. précit.*

¹²⁷¹ *Arrêt Dangereux*, Cass. ch. Mixte, 27 févr. 1970, D. 1970, Jur., p. 201, note Combaldieu, JCP 1970.II.16305, concl. Lindon, note Parlange, RTD civ. 1970, p. 353, obs. G. Durry, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°185-186, p. 300. V. *supra*, n° 125.

¹²⁷² *Arrêt Méténier*, Cass. civ. 27 juill. 1937, *précit.*



précédemment¹²⁷³. Au contraire, il est question d'un arrêt « *très bienvenu* »¹²⁷⁴, et même d'une décision « *tant désirée* »¹²⁷⁵, dont la position était déjà « *défendue* »¹²⁷⁶ en doctrine depuis plusieurs années.

A l'époque, l'arrêt est donc relativement approuvé. Pourquoi ? Plusieurs raisons peuvent être avancées. La première est liée à la reconnaissance collective d'une évolution des mœurs. Les auteurs s'accordent pour dire qu'« *en matière de concubinage une évolution s'est produite* »¹²⁷⁷. Déjà en 1957, on notait que « *la réprobation d'ordre moral que soulevait autrefois l'union libre s'atténue de plus en plus* »¹²⁷⁸. Des études allaient bientôt démontrer la montée spectaculaire des chiffres du concubinage¹²⁷⁹. Dans l'affaire *Dangereux*, Monsieur l'avocat général Lindon soulignait ainsi que « *le concubinage stable et non entaché d'adultère n'est pas contraire aux mœurs d'aujourd'hui* »¹²⁸⁰.

Cette reconnaissance collective d'une évolution des mœurs ne se retrouve pas dans les exemples précédents, où l'intervention du juge a été rejetée. Car l'évolution portait moins alors sur un phénomène objectif (la montée des chiffres du concubinage) que sur un phénomène subjectif (l'intensité de la réprobation morale de l'adultère). A propos du déclin de la désapprobation de l'adultère, le Doyen Carbonnier évoquait une « *évolution (présumée) des mœurs* »¹²⁸¹, ou encore une « *sociologie impressionniste* » manquant de « *rigueur* »¹²⁸². Car sur quelles bases peut-on affirmer que l'adultère ne fait plus l'objet de réprobation morale ? La lecture du rapport du conseiller Bizot, mentionnant la dépénalisation¹²⁸³ et « *la banalisation de l'adultère* » et en concluant que « *le devoir de fidélité n'est plus d'ordre public* » est jugée « *surprenante* »¹²⁸⁴. Ces arguments « *n'emportent pas la conviction* »¹²⁸⁵,

¹²⁷³ V. *supra*, n° 154 et s.

¹²⁷⁴ J. Vidal, « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », JCP 1971.I.2390.

¹²⁷⁵ Combaldieu, *note précit.* L'auteur évoque une jurisprudence « *humaine et égale pour tous* », démontrant que la Cour de cassation ne confond pas « *attachement à la tradition et immobilisme* »

¹²⁷⁶ G. Durry, *obs. précit.*

¹²⁷⁷ J. Vidal, *art. précit.*

¹²⁷⁸ Bérenger, cité par J. Vidal, *art. précit.*

¹²⁷⁹ Pour un exposé des multiples études effectuées dans les années 1980, v. J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 651, p. 1464. D'où cette conclusion : « *on a sondé les mœurs. Elles ont évolué : le concubinage ne se cache plus ; les concubins sont tolérés, acceptés, fêtés par leurs familles, par leur milieu...* » (n° 652, p. 1466).

¹²⁸⁰ Lindon, *concl. précit.*

¹²⁸¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 649, p. 1459.

¹²⁸² J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 654, p. 1471.

¹²⁸³ L'adultère cessa d'être condamné pénalement en 1975.

¹²⁸⁴ B. Beignier, *note précit.* sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004.

¹²⁸⁵ V. Mikalef-Toudic, *note précit.* sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004.



parce qu'ils ne sont pas fondés sur des observations scientifiques, mais seulement sur une impression vague et personnelle. Seul le législateur paraît pouvoir diligenter les recherches nécessaires pour obtenir des informations fiables sur ce point¹²⁸⁶.

La deuxième raison tient à ce que la reconnaissance prétorienne du concubinage peut parfaitement se concilier avec l'institution du mariage. Le juge ne fait que reconnaître, à côté du mariage, d'autres formes d'unions présentes dans les mœurs. Ce faisant, il renonce seulement à une attitude de « *combat* »¹²⁸⁷ : il cesse de vouloir décourager le recours à l'union libre, en refusant aux concubins les droits et avantages réservés aux couples mariés. Mais il ne porte pas atteinte à l'institution même du mariage : l'arrêt *Dangereux* est une consécration du concubinage et non une remise en cause du mariage. Ce n'était pas le cas dans les deux exemples précédents. Les solutions retenues portaient directement atteinte au mariage et à ses règles. Autrement dit, le juge ne se limitait pas à cesser de combattre le concubinage ; il cessait de défendre le mariage. Or, s'il « *n'est plus question d'attitude de combat* », il « *faut veiller à ce que l'union "de droit" ne soit pas pénalisée* »¹²⁸⁸.

162. L'arrêt *Dangereux* avait d'ailleurs inclus une réserve : la concubine ne pouvait être indemnisée en cas de concubinage délictueux. Il reste donc à comprendre pourquoi l'évolution ultérieure de la jurisprudence qui fit « *sauter le verrou* »¹²⁸⁹ et indemnisa la concubine adultère¹²⁹⁰, ne fut pas été rejetée. En effet, et même si elle fut parfois regrettée¹²⁹¹, cette évolution ne provoqua pas de scandale. Une troisième raison l'explique et paraît propre à la matière délictuelle : il s'agit de l'équité et de la nécessité d'indemniser les victimes¹²⁹². Laisser la concubine adultère sans réparation avait paru injuste¹²⁹³. L'atteinte portée aux règles du mariage était excusée par ce motif : la Cour de cassation avait eu « *du cœur* »¹²⁹⁴. En matière délictuelle, l'indemnisation des victimes, qui ont subi une perte, doit primer sur la

¹²⁸⁶ V. *infra*, n° 206 et s.

¹²⁸⁷ J. Rubellin-Devichi, « Des éléments constitutifs du concubinage », RTD civ. 1990, p. 53.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 655, p. 1471.

¹²⁹⁰ Cass. crim. 15 juin 1973, D. 1973.585.

¹²⁹¹ F. Chabas, « Le cœur de la Cour de cassation », D. 1973, chr. p. 211.

¹²⁹² V. *supra*, n° 136.

¹²⁹³ La concubine ne faisait qu'invoquer « *une règle fondamentale d'équité et justice qui est d'application générale* » (J. Vidal, art. *précit.*).

¹²⁹⁴ F. Chabas, art. *précit.*



morale¹²⁹⁵. Mais en matière contractuelle ? Est-il possible de méconnaître les règles du mariage pour obtenir un gain, une donation, ou même le bénéfice d'un contrat ? La différence tient peut-être au domaine dans lequel le problème se pose.

Nous retiendrons donc que l'aménagement prétorien peut être admis si un accord existe sur l'existence d'une évolution des mœurs et si cet aménagement ne porte pas directement et gratuitement atteinte aux règles du mariage.

Si l'aménagement prétorien a trouvé un point d'équilibre satisfaisant entre les intérêts en présence, des intérêts particuliers et de l'intérêt général, l'aménagement prétorien sera plus facilement accepté. A moins qu'il ne soit jugé inadmissible, parce qu'il est *incompatible* avec le droit existant.

¹²⁹⁵ « Toutes conditions relevant de considérations subjectives et a fortiori morales semblent, en effet, bannies de notre droit contemporain de la responsabilité » (D. Mazeaud, « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », D. 2002.2559).



CHAPITRE 2nd

L'INCOMPATIBILITE DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

« *Maintenir en adaptant, tel serait le rôle des juristes* »

*G. Morin*¹²⁹⁶

163. Même si l'aménagement prétorien aboutit à un résultat de justice, il peut être tout de même rejeté parce qu'il est *incompatible* avec le droit existant. Il contredit ouvertement des principes ou des valeurs qui sont à la fois consacrées par les textes et reconnues dans le savoir actuel des juristes. Or, le juge, comme tout aménageur, ne doit pas uniquement se concentrer sur son apport. « *En même temps qu'il transforme, il doit songer à sauvegarder* »¹²⁹⁷. Ce sera souvent la doctrine, gardienne de la théorie juridique, qui lui rappellera, au besoin, cette exigence de sauvegarde.

Cette incompatibilité peut se situer à deux niveaux : soit l'aménagement prétorien est contraire à la loi (Section 1) soit il porte atteinte à un ensemble de valeurs consacrées dans des textes supérieurs à la loi – la Constitution ou les traités internationaux - que l'on nomme les « *droits et libertés fondamentaux* » (Section 2).

Section 1^{ère}

L'aménagement prétorien contraire à la loi

164. Il a été vu que, techniquement parlant, le juge peut produire des créations *contra legem*. Mais ce type d'aménagement prétorien n'est admis que dans certaines circonstances exceptionnelles. C'est le cas, par exemple, lorsque le texte méconnu est vide de contenu

¹²⁹⁶ G. Morin, *La révolte du droit contre le code*, Librairie du recueil Sirey, 1945, p. 3.

¹²⁹⁷ Archives Assemblée Nationale, 1^{ère} session ordinaire de 1963-1964, Compte rendu intégral 61^{ème} séance, 2^{ème} séance du 26 novembre 1963, Ordre du jour : « Aménagement du territoire- Déclaration du gouvernement ».



comme l'article 1384 alinéa 1^{er} dans lequel le juge a découvert un principe nouveau¹²⁹⁸. De cette manière, l'intention du législateur est méconnue mais aucune norme n'a été renversée à proprement parler. Pour que le juge puisse renverser un principe légal, il faut qu'il soit jugé inopportun, comme le principe d'exécution par équivalent prévu à l'article 1142 du Code civil¹²⁹⁹, ou inefficace, comme le système législatif en matière de clauses abusives¹³⁰⁰, ou encore désuet, comme le caractère réel du prêt d'argent¹³⁰¹. Dans ces cas particuliers, le juge paraît pouvoir consacrer un aménagement *contra legem* qui sera bien accueilli et coexistera avec une loi contraire.

Dans les autres cas, le juge ne sera admis qu'à aménager la loi et non à en affecter la substance. Il est attendu du juge français le même respect que le juge de *common law* porte à la loi¹³⁰². Une création prétorienne qui affecterait trop gravement la substance aux textes serait ainsi rejetée (§I). Le juge ne peut agir que dans le respect de l'existant. La nécessité de préserver la cohérence du système juridique, qui s'impose au législateur lui-même lorsqu'il crée du droit¹³⁰³, s'applique *a fortiori* dans son cas. Le juge doit veiller à assurer l'intégration de son apport au système juridique (§II).

¹²⁹⁸ V. *supra*, n° 17-18.

¹²⁹⁹ Le principe d'exécution par équivalent a été majoritairement désapprouvé par la doctrine. « *Fort heureusement ce principe est loin d'avoir une portée absolue ; sinon le débiteur pourrait, par sa seule inertie, transformer ses obligations en nature en obligations de sommes d'argent, ce qui serait inadmissible* » (Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 886, p. 710). Ainsi, en marge de l'article 1142, la jurisprudence a apporté un aménagement prétorien *contra legem* en admettant le principe de l'exécution forcée en nature et cet aménagement n'a pas été rejeté. Au contraire, les juristes en reconnaissent le bien-fondé (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1112 et s., p. 1157 et s.).

¹³⁰⁰ La loi du 10 janvier 1978 refusait expressément tout pouvoir au juge. Celui-ci s'est pourtant attribué le pouvoir refusé, ce qui fut admis parce qu'en l'état, le système législatif était inefficace (v. *infra*, n° 209). L'aménagement prétorien a ainsi été généralement admis.

¹³⁰¹ Le principe selon lequel le prêt est un contrat réel, considéré comme désuet par la majorité des auteurs. En dépit des termes de la loi, la jurisprudence a admis que le prêt consenti par un professionnel du crédit était de nature consensuelle (v. *supra*, n° 49-50) et la solution, qui n'a pas toujours été approuvée, n'a pas, cependant, déclenché de vive réaction de rejet.

¹³⁰² « *Le juge anglais respecte naturellement la souveraineté du parlement, et refusera en conséquence de juger dans un sens qui contredirait la volonté du pouvoir législatif* » (G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, n° 163, p. 100).

¹³⁰³ Tout créateur de droit doit respecter la cohérence du système juridique. C'est une nécessité pour assurer la rationalité et l'efficacité du droit. « *Ainsi, le droit doit tendre vers une bonne coordination des éléments innombrables qui le composent, en particulier des textes, au sein d'un système harmonieux et cohérent* ». Ses règles doivent s'articuler les unes avec les autres ; elles doivent être « *compatibles et interdépendantes* » (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, Thémis, 1^{ère} éd., 2001, spéc. p. 203). Le législateur doit en tenir compte au moment de créer une loi nouvelle. V. J.-L. Bergel, *op. cit.*, p. 286 et s. (dans la phase de conception de la loi) et p. 279 et 302 (dans la phase de rédaction). De même, lorsqu'il doit opérer une codification (J.-L. Bergel, *op. cit.*, spéc. p. 322 et s.).



§ I. Le rejet de l'aménagement contraire à la loi

165. Une création prétorienne, même si elle est fondée sur d'impérieuses raisons, pourra échouer si elle porte une atteinte trop forte à la loi. Le seuil de tolérance se déplace selon les époques. A partir des années 1950, les juristes ont paru pouvoir accepter un degré de méconnaissance des textes qui n'aurait pas été admis à une époque antérieure, ce qui s'explique à la fois par une dépréciation de la loi et par une reconnaissance générale du pouvoir normatif de la jurisprudence.

Mais il apparaît que même à l'époque actuelle, le juge va trop loin s'il dénature une *notion légale* (A) ou lorsqu'il renverse les *principes directeurs* d'une matière (B).

A. La dénaturation des notions légales

166. Le juge dispose d'une grande liberté dans l'emploi des notions légales. Mais il ne peut aller à l'encontre de leur « *essence* », de leur « *substance au regard du Droit* »¹³⁰⁴. Les institutions juridiques comportent, en effet, des caractères essentiels et irréductibles sans lesquels elles ne sont plus reconnaissables.

L'impossibilité de dénaturer les concepts explique que la déformation des notions légales, qui est possible et pratiquée dans les faits, ne soit, en général, qu'une simple étape du processus d'aménagement prétorien et non un état permanent et définitif¹³⁰⁵. Le juge ne peut dénaturer les concepts existants sans provoquer de vives réactions, conduisant souvent à un changement de position total ou partiel, dans l'hypothèse où les résultats recherchés sont approuvés parce que légitimes.

167. C'est ainsi, par exemple, que le juge n'a pu se servir de la notion légale de « *gestion d'affaires* », que jusqu'à un certain point¹³⁰⁶. A la fin du XIX^{ème} siècle, l'exploitation du mécanisme à des fins d'équité, avait conduit à le dénaturer. Pour augmenter ses possibilités de retenir une solution équitable, la jurisprudence avait supprimé une condition essentielle de la

¹³⁰⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, à l'entrée « *nature* » (sens n° 2).

¹³⁰⁵ V. *supra*, n° 79 et s.

¹³⁰⁶ V. *supra*, n° 81.



notion : l'intention de gérer¹³⁰⁷. Or, cette condition fait partie de la nature de la gestion d'affaires ; c'est l'élément qui la caractérise. C'est pourquoi la doctrine réagit ; elle parla d'une « *confusion évidente* »¹³⁰⁸ conduisant à « *défigurer* »¹³⁰⁹ la notion légale. Mais comme elle approuvait les résultats recherchés, elle proposa un nouveau fondement juridique, le principe d'enrichissement sans cause, qui lui fut substitué¹³¹⁰.

La même remarque peut être présentée à propos de la notion légale de « *solidarité* »¹³¹¹. La jurisprudence l'a longtemps employée pour garantir les intérêts de la victime en matière délictuelle. Mais, ce faisant, elle dénaturait le mécanisme qui ne peut, aux termes de l'article 1202 du Code civil, n'être que d'origine légale ou conventionnelle. La jurisprudence, relèvent les auteurs de l'époque, a « *déformé l'institution primitive* »¹³¹², contre la lettre de la loi. « *Cela seul suffit à condamner cette tendance, au point de vue légal* »¹³¹³. Et c'est de la nécessité de remédier à cette situation problématique, qu'est née l'obligation *in solidum*, laquelle fut acceptée parce qu'elle était « *seule compatible, en tout cas, avec l'état actuel de nos textes* »¹³¹⁴.

Cette déformation temporaire des notions est fréquente dans le processus de construction d'un droit nouveau. On la retrouve donc également pour la notion de « *bâtiment* », qui fut un palliatif utilisé par les juges, avant la création du principe de responsabilité du fait des choses. Afin d'assurer la réparation des victimes du machinisme, les juges avaient, au départ, étendu cette notion aux chaudières et machines fixées au sol¹³¹⁵ afin d'exploiter les règles sur la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment. Mais lorsque se présenta l'affaire *Teffaine*¹³¹⁶ dans laquelle la chaudière était fixée sur un remorqueur, donc un meuble, l'expédient parut « *inadmissible* »¹³¹⁷. Le juge était arrivé au bout de la flexibilité des textes : toute nouvelle

¹³⁰⁷ Cass. Req. 18 juin 1872, D.P. 1872.1.471. V. aussi, Req. 16 juill. 1890, D. 91.1.49.

¹³⁰⁸ A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 38.

¹³⁰⁹ M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine », RTD civ. 1922, p. 11.

¹³¹⁰ Arrêt *Patureau-Miran*, Cass. Req. 16 juin 1892, D. 1892.1.596; S. 1893.1.281, note Labbé, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 239.

¹³¹¹ V. *supra*, n° 82.

¹³¹² J. Vincent, « L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », RTD civ. 1939, p. 605.

¹³¹³ J. Français, *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation « in solidum »*, Th. Paris, 1936, p. 36.

¹³¹⁴ J. Vincent, art. précit., p. 683.

¹³¹⁵ V., par ex., l'affaire *Lejon* (Cass. civ. 19 avril 1887 ; D.1887.1.521, S. 1887.1.217), *Répertoire général de législation et de jurisprudence*, tome XXXII, 1903, à « Responsabilité civile », n° 1436 et s., p. 941.

¹³¹⁶ Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433, note Saleille, et S. 1897.1.17, note Esmein.

¹³¹⁷ « *Qu'on ait pu étendre le domaine de l'art. 1386 à des machines devenues l'accessoire d'un immeuble véritable, d'un bâtiment au sens de l'article 1386, c'est une application très légitime des principes juridiques ; mais lorsque la machine qui a été la cause de l'accident ne se rattache à aucun immeuble par nature susceptible de rentrer parmi les bâtiments ou constructions tels que les vise l'art. 1386, il n'y a plus d'analogie*



extension aurait conduit à dénaturer la notion, car il ne peut logiquement y avoir d'immeuble par destination sans un immeuble par nature. D'où la cassation de l'arrêt d'appel qui s'était fondé sur ce moyen, et la référence, pour la première fois, au fondement vivement proposé par la doctrine, l'article 1384 alinéa 1^{er}.

168. Le juge peut donc utiliser les notions légales et exploiter leur « *flexibilité* »¹³¹⁸ naturelle mais il ne peut les dénaturer. S'il va à l'encontre des caractères essentiels de ces notions, son apport sera rejeté. C'était manifeste à l'époque des grandes créations prétoriennes et cette limite paraît toujours valable aujourd'hui. Toute déformation excessive d'une notion est généralement désapprouvée par la doctrine.

On trouve quelques exemples à travers le recours à la faute dite « *virtuelle* »¹³¹⁹. Lorsque le juge caractérise une faute hypothétique ou imaginaire, sur la base, par exemple, de l'absence de toute autre cause du dommage, voire de la seule existence du dommage, il provoque une dénaturation de la notion légale. La faute ne peut être vidée de tout contenu, ce que rappellent alors les auteurs. Le recours à la faute virtuelle a ainsi été critiqué en matière de transport bénévole pour retenir des fautes inexistantes¹³²⁰ ou encore en matière d'accidents sportifs¹³²¹, ou médicaux¹³²², pour habiller des cas de maladresse non fautive. La faute virtuelle ne peut être qu'un expédient temporaire ou d'usage strictement limité.

En droit des contrats, la notion de « *cause* » a été dénaturée à plusieurs reprises. L'arrêt *Chronopost*¹³²³ en a fait un usage « *artificiel* »¹³²⁴, s'apparentant à un « *véritable tour de*

possible ni d'extension permise ; car autant vaudrait dire que l'art. 1386 vise toute espèce de machines, d'outillage ou de métiers, ce qui serait contraire à la fois à ses termes les plus exprès, à ses motifs juridiques et à son esprit » (Saleilles, note précit.).

¹³¹⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

¹³¹⁹ La théorie de la « *faute virtuelle* » a été développée par Josserand (*Cours de droit civil positif français*, Tome 2, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, n° 472-4).

¹³²⁰ Cass. 2^{ème} sect. civ., 5 avr. 1962, D. 1963, jur. 78, et la chr., p. 21, J. Boré, « La chambre civile a-t-elle créé une présomption de faute à la charge du transporteur bénévole ? ».

¹³²¹ Cass. civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, n° 98-12.802, *Bull. civ. II*, n° 85, p. 59, JCP 2000.I.280, note G. Viney, *Gaz. Pal.* 2002.390, note A. Bolze. Les auteurs critiquent ce recours à la faute virtuelle, qui est inapproprié en matière sportive, où une faute qualifiée est normalement nécessaire, et encore plus en matière d'escalade, comme c'était le cas en l'espèce, où les risques sont élevés.

¹³²² Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000 (2 arrêts), JCP 2000.I.280, note G. Viney, *RTD Civ* 2000.840, P. Jourdain.

¹³²³ Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997.121, note A. Sériaux, *somm.* 175, obs. Ph. Delebecque, p. 145, chr. C. Larroumet, JCP 1997.II.22881, note D. Cohen., et I.4002, n° 177, obs. G. Viney, *CCC* 1997, n° 24, note L. Leveneur, *Defrénois* 1997.333, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1997.418, obs. J. Mestre, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°157, p. 111 et s.

¹³²⁴ D. Cohen, *note précit.*



passé-passe »¹³²⁵. En tenant compte des motifs des contractants pour contrôler l'existence de la cause de l'obligation, la jurisprudence est allée trop loin : elle a « *déformé la notion* » et l'a « *employée à un usage pour lequel elle est mal adaptée* »¹³²⁶. Cette confusion était apparue quelques mois plus tôt avec encore plus d'acuité dans l'affaire dite des « *cassettes-vidéo* ». L'arrêt rendu le 3 juillet 1996¹³²⁷ avait ainsi attiré des critiques plus vives encore, et ce mouvement doctrinal devait entraîner un recul significatif de la subjectivisation de la cause dans la jurisprudence ultérieure.

De même, la notion de prêt à usage a été dénaturée par l'arrêt *Leininger*¹³²⁸. Cet arrêt, en posant que le prêteur ne peut récupérer son bien qu'à partir du moment où l'emprunteur n'en a plus besoin, consacrait une règle qui n'était pas seulement inéquitable ; elle était en tous points à la nature du prêt à usage. Elle méconnaissait, d'abord, le caractère gratuit de ce contrat¹³²⁹, puisqu'elle n'accordait aucune considération au geste du prêteur et lui appliquait même un traitement plus sévère que celui réservé au bailleur. Elle négligeait, ensuite, le fait que le prêt à usage est, par nature, un contrat de restitution, dans la mesure où elle conduisait à « *paralyser très longtemps la restitution* »¹³³⁰, voire indéfiniment¹³³¹. Enfin, la règle prétorienne ignorait le fait que le prêt à usage est un « *contrat entre amis* »¹³³² et instaurait une « *jurisprudence hautement processive* »¹³³³, décourageant l'esprit d'amitié et ce, « *en violation de l'esprit même de ce contrat* »¹³³⁴.

La critique fut donc générale et catégorique. « *Une telle dénaturation du prêt à usage n'était pas admissible* »¹³³⁵. Elle conduisit à un retour à la position traditionnelle. Le 3 février

¹³²⁵ A. Sériaux, *note précit.*

¹³²⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 118 et s.

¹³²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, D. 1997.500, note Ph. Reigné, RTD civ 1997, 901, obs. J. Mestre, RTD com. 1997, 308, obs. B. Bouloc.

¹³²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, n° 94-20.446, *Bull. civ. I*, n° 407, D. 1997. 145, note A. Bénabent et M.-L. Izorche, « Emprunter et retenir ne vaut ? (1^{ère} et 2^{ème} parties) », CCC 1997, chr. n° 8, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287, p. 805 et s. V. *supra*, n° 140.

¹³²⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2012, n° 910. Le geste du prêteur mérite donc quelque considération, que la loi lui accorde par ailleurs. L'article 1889 du Code civil autorise, en effet, le prêteur à demander la restitution anticipée du bien, au mépris de la force obligatoire du contrat.

¹³³⁰ M.L. Mathieu-Izorche, « Emprunter et retenir ne vaut », art. *précit.* et A. Bénabent, *note précit.*

¹³³¹ Dans l'hypothèse où l'emprunteur est une personne morale. V. *supra*, n° 140.

¹³³² Il ressort de la catégorie des « *contrats de bienfaisance, des services d'amis* » (J. Carbonnier, *Flexible droit, op. cit.*, p. 339).

¹³³³ C. Noblot, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004.903.

¹³³⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°286-287, spéc. p. 812.

¹³³⁵ C. Noblot, *note précit.*



2004¹³³⁶, la Cour de cassation, dans la même affaire, réunie dans la même Chambre et sous la même présidence¹³³⁷, se déjugea. Elle revint à « *la véritable nature du commodat* »¹³³⁸, approuvée par la doctrine, soulagée de ce retour à une solution conforme à la nature de l'institution¹³³⁹.

Ces observations permettent d'avancer que la liberté du juge dans l'utilisation du droit existant n'est pas illimitée. Si les notions sont dénaturées, l'action prétorienne encourt des critiques, lesquelles mènent souvent à un recul de la jurisprudence. La remarque est la même lorsque le juge ne se contente pas d'utiliser le droit existant, mais crée un concept nouveau : cet élément entièrement prétorien doit alors s'intégrer au droit existant sans renverser les principes légaux.

B. Le renversement des principes légaux

169. Le juge n'a pas une liberté illimitée dans la création des notions nouvelles. Il ne peut renouveler l'ordre juridique et changer les fondements choisis par le législateur. Si le principe ou la notion nouvelle qu'il ajoute conduit à renverser les principes de la matière, des réactions s'ensuivront nécessairement.

170. La notion prétorienne d'enrichissement sans cause en fournit un exemple. Lorsque, le 15 juin 1892¹³⁴⁰, l'arrêt *Patureau-Miran* consacre le « *principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* », et précise, en outre, que ce principe « *n'est soumis à aucune condition déterminée* », il entraîne de vives réactions. Les auteurs de l'époque parlent d'« *une formule exagérée* » et même d'« *une boutade* »¹³⁴¹, pouvant conduire, si elle est prise au sérieux, à une véritable « *anarchie juridique* »¹³⁴². La notion nouvelle risque, en effet, de renverser l'ensemble des principes du droit des obligations. Elle paraît, d'abord, autoriser à remettre en cause tous les avantages, même ceux reçus en vertu d'un contrat ou de la

¹³³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004.903, note C. Noblot, CCC 2004, n°53, note L. Leveneur, Defrénois 2004, 1452, note R. Crône ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°286-287, p. 805 et s.

¹³³⁷ C'est la Première Chambre civile sous la présidence de M. Lemontey qui statue à la fois le 19 novembre 1996 et le 3 février 2004.

¹³³⁸ Langlade-O'sughrué, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, D. 1999.414.

¹³³⁹ V. C. Noblot, note *précit.*, L. Leveneur, note *précit.* Crône, note *précit.* et H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*,

¹³⁴⁰ Arrêt *Patureau-Miran*, Cass. Req. 16 juin 1892, *précit.*

¹³⁴¹ A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 44.

¹³⁴² *Ibid.*



réparation d'un délit¹³⁴³. Elle semble, ensuite, permettre de contourner le régime juridique de toutes les actions légales qui, elles, sont soumises à conditions. « *Ce serait la fin du droit positif, son absorption par le droit naturel* »¹³⁴⁴. La Cour de cassation en prit bientôt conscience et, sous la pression des critiques et de la subite montée des actions *de in rem verso*¹³⁴⁵, s'efforça de repenser sa création pour la rendre compatible avec le système juridique¹³⁴⁶.

La notion prétorienne de « *risque* » subit le même sort. Lorsque l'arrêt *Jand'heur*¹³⁴⁷ fit de la notion de « *risque* » un nouveau fondement de la responsabilité civile, on lui reprocha sa rédaction imprudente. Il ne fallait pas que le risque supplante le fondement choisi par le législateur, en absorbant tout le contentieux de la responsabilité pour faute. La Cour de cassation, avait déclaré le Doyen Ripert, « *ne saurait tout de même pas s'attribuer le droit de changer le fondement donné par le Code à la responsabilité civile, et, de sa propre autorité, substituer le risque à la faute* »¹³⁴⁸. La création prétorienne ne peut renverser l'ordre établi par le législateur. La Cour de cassation en tint compte et marqua, par la suite, un retour à l'idée de faute dans l'arrêt *Franck*¹³⁴⁹.

Un autre exemple peut être évoqué, relevant de la théorie générale des obligations : la compensation judiciaire¹³⁵⁰. Lorsque ce mécanisme prétorien s'est enfin distingué de la compensation légale en recevant le « *qualificatif de judiciaire* »¹³⁵¹, il a fonctionné en toute autonomie. La Cour de cassation déclarait ainsi, dans un arrêt du 12 juillet 1956¹³⁵², que les règles régissant la compensation légale n'étaient pas applicables à la compensation judiciaire, « *dont l'appréciation appartient aux tribunaux* ». Mais n'était-ce pas excessif de déclarer la compensation judiciaire « *purement autonome* » et d'estimer le juge « *entièrement libre par*

¹³⁴³ Le prêteur pourrait ainsi réclamer à l'emprunteur tous les bénéfices réalisés grâce au prêt, l'ouvrier pourrait exiger du patron l'ensemble des profits auquel son travail a contribué, etc. (*Ibid.*, p. 43 et s.).

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ Au lendemain de l'arrêt, on constata effectivement une multiplication des actions fondées sur l'enrichissement sans cause. La raison en est simple : puisque l'action dérive de la pure équité et n'est soumise à aucune condition, les avocats y trouvent naturellement un moyen de sauver n'importe quel procès mal engagé (*Ibid.* p. 44).

¹³⁴⁶ V. *infra*, n° 178.

¹³⁴⁷ Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert, S. 1930.1.121, note Esmein, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 199.

¹³⁴⁸ G. Ripert, note *précit.*

¹³⁴⁹ Arrêt *Franck*, Cass. ch. réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25, note Ripert, S. 1941.1.217, note Mazeaud, JCP 1942.II.1766, note Mihura, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 200, p. 389 et s.

¹³⁵⁰ V. *supra*, n° 66.

¹³⁵¹ N-C. Ndoko, « Les mystères de la compensation », RTD civ. 1991.690.

¹³⁵² Cass. 1^{ère} sect. civ. 12 juillet 1956, *Bull.*, I, 301, RTD civ. 1956.737, obs. Mazeaud, RTD civ. 1956.762, obs. Hébraud.



rapport aux prescriptions du Code »¹³⁵³ ? Les auteurs mirent la jurisprudence en garde. « *Il ne faut pas créer une compensation judiciaire sans conditions, distincte de la compensation légale sous conditions* »¹³⁵⁴. Quelques années plus tard, la jurisprudence faisait donc marche arrière, en élaborant, par un arrêt du le 18 janvier 1967¹³⁵⁵, le système de la compensation pour dettes connexes.

On note ainsi que dans ces exemples, la Cour de cassation a chaque fois tenu compte des critiques et refusé de renverser les principes. Elle aurait pu le faire si elle l'avait souhaité ; « *qui l'en empêchait ?* »¹³⁵⁶ Rien ne vient, en théorie, limiter la liberté de l'interprète. « *Rien, si ce n'est la haute conscience que la Cour régulatrice a toujours eue de sa mission* »¹³⁵⁷. Et cette haute conscience la porte à respecter la hiérarchie des sources du droit : si elle dispose d'un pouvoir créateur, ce ne peut être qu'un pouvoir secondaire, un pouvoir d'aménagement. Elle s'autorise à apporter des compléments ou des correctifs, mais « *ne s'attribue pas le pouvoir d'aller au-delà* »¹³⁵⁸.

171. Cette prudence est-elle toujours d'actualité ? Lorsque le 13 octobre 1998¹³⁵⁹, la Cour de cassation a créé un principe de résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier qui concurrençait directement le principe légal de résolution judiciaire¹³⁶⁰, sa décision a provoqué des critiques. Et ces critiques n'ont pas freiné la jurisprudence, au contraire. Dans les décisions suivantes, la Cour de cassation a confirmé l'existence de ce principe prétorien et sa portée extrêmement générale : après avoir repris mot à mot sa précédente motivation, elle ajoutait que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier peut être mise en œuvre « *que le contrat soit à durée déterminée ou non* »¹³⁶¹. Le

¹³⁵³ F. Chabas, « Réflexions sur la compensation judiciaire », JCP 1966.I.2026.

¹³⁵⁴ Mazeaud, obs. *précit.*

¹³⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, D. 1967.358, note Mazeaud ; JCP 1967.II.15005, note J.A. ; RTD civ. 1967.812, obs. J. Chevallier ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n°251, p. 613 et s.

¹³⁵⁶ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 68.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹³⁵⁹ Arrêt *Tocqueville*, Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. Civ. I, n°300, D. 1999.197, note C. Jamin ; Somm. 115, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1999.II.10133, note Rzepecki, RTD civ. 1999. 374, obs. J. Mestre, *Defrénois* 1999.374, obs. D. Mazeaud ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n°180, p. 266 et s. v. supra, n° 45-46.

¹³⁶⁰ C. Jamin, note *précit.*

¹³⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, D. 2001, jur., p. 1568, note C. Jamin, somm. 3239, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2001, chr. jur. 37365, p. 705, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages.



« *temps n'est plus* », a-t-on déclaré, « *où les juges se faisaient un devoir de respecter les textes, ou du moins de ne pas sciemment les violer* »¹³⁶².

Notons ainsi que lorsque la création prétorienne menace les principes en place, elle provoque des critiques, qui marquent les limites du pouvoir prétorien. Le juge ne peut remettre en cause le droit existant ; seule une création compatible avec le droit existant et respectueuse de sa cohérence pourra être admise.

§ II. La réception de l'aménagement compatible avec la loi

172. Comment l'aménagement prétorien est-il rendu compatible avec la loi ? Le contenu des critiques relatives aux créations imprudentes et les directions adoptées par les arrêts ultérieurs fournissent des informations sur ce point.

Deux conditions paraissent devoir être remplies. Il faut, tout d'abord, que l'aménagement prétorien se « *juridicise* », qu'il se soumette à la technique juridique, c'est-à-dire à un *régime déterminé*. Si l'aménagement était abandonné à l'arbitraire des juges, il ne pourrait pas être maintenu (A). Il faut, ensuite, que l'aménagement se coordonne avec les règles existantes, en veillant à maintenir l'autorité de la loi. C'est pourquoi l'aménagement prétorien a, en général, un *caractère subsidiaire* (B).

A. Le régime juridique de l'aménagement

173. Pour que l'aménagement soit admissible, il doit être soumis à un régime juridique : ses conditions d'application et ses effets doivent être déterminés. L'aménagement prétorien ne peut être laissé à la libre appréciation des tribunaux ; ce serait prendre le risque de sombrer dans l'arbitraire et le « *gouvernement des juges* »¹³⁶³. En général, les tribunaux se livrent spontanément à ce travail et manifestent un « *scrupule* »¹³⁶⁴ tout particulier à encadrer les règles d'origine prétorienne. Les formulations extrêmement générales qu'elles revêtent sont

¹³⁶² C. Jamin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *précit.*

¹³⁶³ G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^{ème} éd. 1972, n° 126, p. 234.

¹³⁶⁴ G. Calbrairac, « Considérations sur la règle “*fraus omnia corrumpit*” », D. 1961. Chr. p. 169.



donc trompeuses ; elles ne rendent pas compte de la réalité des positions jurisprudentielles, qui sont, en pratique, beaucoup plus limitées.

174. Ainsi, la maxime selon laquelle « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* » n'est pas aussi large qu'elle paraît. Elle semble pouvoir bloquer toute restitution des prestations, suite de l'annulation d'un contrat immoral. Mais, les recherches de Monsieur le Tourneau ont fait apparaître que cette maxime ne peut rendre compte seule des positions de la jurisprudence¹³⁶⁵. Il faut, en réalité, la combiner avec une autre maxime, « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* », que les juges invoquent expressément dans les décisions¹³⁶⁶. La règle prétorienne est donc soumise à un régime juridique. Elle implique une comparaison des turpitudes respectives des parties et n'est appliquée qu'à l'encontre de celle qui est la plus coupable. Voilà « *le véritable critère d'application de l'exception d'indignité* »¹³⁶⁷. La règle prétorienne n'est pas abandonnée à la libre appréciation des tribunaux ; elle est encadrée et c'est pourquoi elle est admise.

Il en va de même, pour les troubles du voisinage. Cette « *création prétorienne* »¹³⁶⁸ n'est pas laissée à la discrétion des juges. Elle est soumise à un critère d'application : l'« *anormalité* » du trouble. En effet, seul un trouble « *anormal* » du voisinage peut être indemnisé. Le trouble normal de voisinage, c'est-à-dire celui qui est inhérent à la vie commune et n'a pas de caractère excessif, doit être supporté. Ainsi que le suggérait le Doyen Carbonnier, le « *véritable principe* », ce « *n'est point l'obligation de réparer les inconvénients anormaux, mais bien l'obligation de supporter les inconvénients normaux* »¹³⁶⁹. Quant au seuil au-delà duquel un trouble de voisinage devient anormal, il est extrêmement variable : c'est une question de fait, abandonnée à l'appréciation des juges du fond. Mais cette appréciation n'est pas arbitraire ; elle est guidée par un critère objectif.

On retrouve encore la même exigence en matière d'abus de droit. Voici une notion qui, si elle avait été délivrée de tout régime juridique, aurait pu renverser l'ordre établi. A l'époque de sa création, la doctrine l'avait d'ailleurs redouté : « *si respectable que soit son but, la théorie nouvelle semble d'une application bien délicate ; comme fixer juridiquement donc non*

¹³⁶⁵ Ph. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970, spéc. n° 47.

¹³⁶⁶ V. par ex. CA Alger, 9 mai 1894, D.P. 1895.2.21 ; Cass. civ. 15 déc. 1873, D.P. 1874.1.222 ; Cass. com. 27 avr. 1981, D. 1982.51, note Ph. Le Tourneau.

¹³⁶⁷ Ph. Le Tourneau, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », D. 1994, chr. p. 298.

¹³⁶⁸ Y. Strickler, *Les biens*, Puf, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2006, n° 242, p. 334.

¹³⁶⁹ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 834, p. 1790.



*arbitrairement – la limite du permis et de l’interdit, où commencera l’abus » ? »¹³⁷⁰ La jurisprudence a répondu à cette question en dégagant un critère d’application : ne commet un abus de son droit que celui qui agit sans intérêt pour lui-même et donc, dans l’unique but de causer du tort à autrui¹³⁷¹. L’« *intention de nuire* » a ainsi permis à la jurisprudence de réfréner les excès virtuels de l’abus de droit¹³⁷².*

De même, le mécanisme de l’apparence a été encadré par la jurisprudence. En soi, il « *aurait pu rendre lettre morte le droit des nullités* »¹³⁷³. N’importe quelle apparence aurait pu être invoquée pour régulariser un acte nul. Cela n’a pas été le cas. L’apparence n’a pu être admise que parce que son application était soumise à conditions : elle ne joue que lorsque le tiers est de bonne foi et à la condition qu’il ait commis une erreur commune¹³⁷⁴. Le « *risque de*

¹³⁷⁰ Bufnoir, cité par D. Deroussin, dans la Préface à L. Josserand, *De l’esprit des droits et de leur relativité*, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006. Le critère avancé par certains auteurs – l’usage anormal d’un droit - n’était guère rassurant. La théorie nouvelle paraissait confier aux tribunaux un pouvoir sans limite : celui qui tient un droit de la loi en abuserait dès lors qu’un juge considère qu’il en a fait un usage inapproprié. N’était-ce pas alors le juge qui risquait alors d’abuser de son pouvoir ? N’allait-on pas « *ruiner le droit lui-même, le dépouiller de ses avantages essentiels, en en soumettant l’exercice au bon plaisir du juge ?* » (J. Charmont, « De l’abus du droit », RTD civ. 1902.122) En prenant la mesure de ce qu’est la théorie de l’abus de droit, « *je me demande* », confiait Henri Capitant, « *si ce n’est pas abuser de l’esprit de systématisation que de l’ériger en un principe dominant le Droit tout entier* » ? (H. Capitant, « Sur l’abus des droits », RTD civ. 1928.365).

¹³⁷¹ Cass. 19 nov. 1817, S. 1818.1.170 ; Cass. 4 déc. 1849, D. 1849.1305 ; CA Colmar, 2 mai 1855, D. 1856.2.9, CA Lyon 18 avril 1856, D. 1856.2.99 ; CA Lyon 18 avril 1856, D. 1856.2.99 ; Cass. Req. 23 juin 1857, D. 1858.1.106 ; CA Paris 2 déc. 1871, D.P. 1873.2.185 ; Cass. Req. 8 mai 1876, D. 1876.1.259 ; Cass. Req. 11 juin 1890, D.P. 1891.1.193 ; Cass. civ. 22 juin 1892, S. 1893.1.11 ; Cass. Req. 26 déc. 1893, D.P. 1895.1.529. Lorsque la notion d’abus de droit a commencé à se détacher de la notion légale de faute (V. *supra*, n° 85), les conditions précédemment dégagées, sous le couvert de la faute, étaient maintenues par les juges. « *Une jurisprudence immuable, appuyée par la doctrine toute entière, considère que l’exercice d’un droit donne lieu à des dommages et intérêts, et que l’art. 1382 devient applicable, si le droit est exercé uniquement dans une intention malicieuse, dans le but de nuire à autrui, sans aucun profit pour l’auteur de l’acte* », rappelait l’avocat général Desjardins, dans les années 1890 (Desjardins, concl. sous Cass. civ. 9 juin 1896, S. 1897.1.25). Les juges du fond poursuivirent dans cette voie (CA Chambéry 14 mars 1893, D.P. 1893.2.191). La doctrine remarquait ainsi que dans « *la plupart des cas où les tribunaux ont vu un abus du droit, l’abus résultait pour eux de l’intention de nuire* » (J. Charmont, *art. précit.*). Et l’arrêt *Clément-Bayard* lui-même y fait référence (Cass. Req. 3 août 1915, D. 1917.1.79 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 67). Le critère proposé par la doctrine, l’usage anormal d’un droit, est donc remplacé par une condition beaucoup plus précise, étroitement limitée et issue de la jurisprudence antérieure. Cette condition ficelle la notion nouvelle, l’empêche de s’étendre et de bouleverser les principes de l’ordre établi.

¹³⁷² « *Il y a là sans doute un danger* », convenait Monsieur Charmont. Mais la « *pratique nous montre pourtant qu’il ne faut pas l’exagérer* » (*art. précit.*). Quelques années après la consécration jurisprudentielle de la notion, il était ainsi possible de dire que « *la notion proprement dite de l’abus des droits se ramène en jurisprudence à celle beaucoup plus étroite de l’intention de nuire qui, étant donné les difficultés de preuve, s’applique somme toute assez rarement* » (M. Picard, « La gestion d’affaires dans la jurisprudence contemporaine (2^{ème} partie) », RTD civ. 1922, p. 9).

¹³⁷³ P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », n° 4 et 5, Cycle droit et technique de cassation 2005-2006, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF, n° 82, p. 54.

¹³⁷⁴ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat-droit privé », 13^{ème} éd., 2012, n° 503 et s., p. 361 et s.



subversion de l'ordre juridique »¹³⁷⁵ a ainsi été évité et l'aménagement prétorien a pu être admis.

La référence à la « *connexité* » est venue verrouiller d'autres créations prétoriennes : le droit de rétention, d'abord, qui ne peut être invoqué que lorsqu'il existe un lien de connexité entre la créance et la chose retenue¹³⁷⁶ ; la compensation judiciaire, ensuite¹³⁷⁷. C'est pour éviter une « *compensation judiciaire sans conditions* »¹³⁷⁸, soumise au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, que la Cour de cassation décida d'exiger un lien de connexité entre les deux dettes¹³⁷⁹. Par cette condition d'application, elle bridait ainsi les « *virtualités destructrices* »¹³⁸⁰ de la création prétorienne.

Même la maxime selon laquelle « *la fraude fait exception à toutes les règles* », qui paraît pouvoir tenir tout le droit en échec¹³⁸¹, est soumise à un régime juridique. La fraude n'est prise en compte que s'il s'agit d'une fraude prouvée et non d'une fraude simplement alléguée¹³⁸². La formulation extrêmement large de la règle prétorienne ne correspond donc pas à « *l'utilisation limitée* »¹³⁸³ qui en est faite. Un décalage apparaît lorsque l'on procède à « *la confrontation de sa formulation absolue, de l'affirmation de son pouvoir supérieur à toutes les règles, avec les limites à cette règle paradoxale qui, en droit, ne fait pas échec à toutes les règles* »¹³⁸⁴.

175. L'expérience enseigne ainsi qu'un aménagement prétorien ne peut être admis que s'il est contenu dans des « *limites rassurantes* »¹³⁸⁵, c'est-à-dire s'il est soumis à un régime juridique défini¹³⁸⁶. Lorsque la jurisprudence se forme de manière coutumière, ce régime nécessaire se dégage naturellement. Ainsi, les « *excès virtuels* » des créations prétoriennes

¹³⁷⁵ P. Morvan, *art. précit.*

¹³⁷⁶ Cass. 1^{ère} sect. civ., 22 mai 1962, D. 1965.58, note Rodière, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 300, p. 872 et s.

¹³⁷⁷ V. *supra*, n° 170.

¹³⁷⁸ Mazeaud, *obs. précit.* sous Cass. 1^{ère} sect. civ., 12 juill. 1956.

¹³⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, D. 1967.358, note Mazeaud, RTD civ. 1967.812, *obs.* J. Chevallier ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 251, p. 613 et s.

¹³⁸⁰ P. Morvan, *art. précit.*

¹³⁸¹ V. *supra*, n° 55-56.

¹³⁸² G. Calbrairac, *art. précit.*

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 126, p. 234.

¹³⁸⁶



« se trouvent tempérés par le lent dépôt sédimentaire des solutions jurisprudentielles »¹³⁸⁷.

Lorsque la formation de la jurisprudence est accélérée, ces freins naturels disparaissent. Les notions deviennent alors plus menaçantes, et les positions jurisprudentielles, plus imprévisibles, ce qui entraîne des réactions.

La faveur contemporaine pour les notions de *bonne foi* et d'*abus*, entendues de manière large et évasive, suscite des craintes. Ces notions tendent à supplanter les concepts techniques du Code civil, comme le *dol* ou la *faute* sans avoir la même précision, et entourée d'un halo moral qui paraît parfois favoriser des solutions arbitraires. C'est pourquoi, alertée par la doctrine, la Cour de cassation a été amenée à réduire sensiblement le domaine de la notion de bonne foi¹³⁸⁸.

De même, l'abandon de la distinction des conditions purement et simplement potestatives¹³⁸⁹, a été préconisé en raison de son imprécision. Ce critère, qui a pourtant une apparence objective et technique¹³⁹⁰, laisse à l'interprète une trop grande liberté. Déjà dans les années 1970, Monsieur Taisne déclarait dans sa thèse de doctorat qu'« une seule certitude existe : toutes ne sont pas nulles. Au-delà règne la confusion la plus totale »¹³⁹¹. Plus tard, et tandis que la distinction devenait un instrument de justice contractuelle¹³⁹², la doctrine fit remarquer à nouveau l'imprécision de la distinction et la nécessité d'y renoncer : le juge paraît décider arbitrairement s'il faut ou non annuler le contrat¹³⁹³.

Un régime juridique est donc nécessaire pour assurer la prévisibilité des solutions. Toute la difficulté consistera à trouver la juste mesure entre l'encadrement juridique des qualifications prétoriennes et la marge d'appréciation des faits, tout aussi indispensable : le critère d'application doit être assez précis pour rendre les solutions jurisprudentielles prévisibles, mais assez flexible pour ne pas enfermer le pouvoir souverain des juges du fond¹³⁹⁴. Pourvu

¹³⁸⁷ P. Morvan, *art. précit.*

¹³⁸⁸ V. *supra*, n° 122.

¹³⁸⁹ La jurisprudence a tempéré le principe de prohibition des conditions potestatives, en ajoutant en marge des textes une distinction entre deux espèces de conditions potestatives dont l'une seulement serait prohibée : les conditions purement potestatives, qui laissent la réalisation de la condition à l'entière volonté du débiteur. En revanche, les conditions simplement potestatives, où la réalisation de la condition dépend à la fois de la volonté du débiteur et de circonstances externes, sont valables.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 1208. V. aussi, B. Dondero, « De la condition potestative licite », RTD civ. 2007. 677.

¹³⁹¹ J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille II, 1976, p. 130.

¹³⁹² J. Ghestin, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », *Mél. A. Weil, Dalloz*, 1983, p. 243, spéc. p. 258.

¹³⁹³ S. Gjidara, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil », *PA*, 21 juin 2000, n°123, p. 4.

¹³⁹⁴ V. *infra*, n° 210 et s.



d'un tel régime, l'aménagement prétorien favorisera sa réception. Mais si cet encadrement est nécessaire, il n'est point suffisant. Pour s'intégrer au droit existant, l'aménagement prétorien doit également être d'application *subsidaire*.

B. Le caractère subsidiaire de l'aménagement

176. Pour réussir, l'aménagement prétorien doit être *subsidaire* : il doit venir en « *second lieu* »¹³⁹⁵, à défaut d'une loi existante. En effet, ce n'est qu'ainsi que la loi sera sauvegardée. Si l'aménagement prétorien venait en premier, elle serait systématiquement déchuë. La loi perdrait, d'abord, toute utilité : elle représenterait un fondement juridique interchangeable avec une règle prétorienne. Elle serait ensuite, dépouillée de son autorité : ses conditions pourraient être systématiquement contournées par une règle prétorienne plus favorable. Si la jurisprudence prenait une place équivalente à celle de la loi dans les sources du droit, le droit prétorien deviendrait un droit concurrent et même subversif.

Ce risque est évité si la création prétorienne est « *réellement praeter legem* »¹³⁹⁶. A ce moment-là, les productions législatives et prétoriennes peuvent se concilier : les différentes règles se coordonnent, selon un principe d'organisation hiérarchique des sources du droit. La loi reste la source première et principale. Quant à la jurisprudence, elle ne paraît pouvoir remplir qu'un rôle normatif de seconde main. C'est une source d'appoint, secondaire. « *En ce cas, mais en ce cas seulement, elle est source efficiente de droit et s'applique : c'est sous cet angle qu'il est loisible de soutenir que l'usage d'un adage juridique n'intervient jamais qu'à titre subsidiaire* »¹³⁹⁷.

177. Ce caractère subsidiaire de l'aménagement prétorien emporte une première conséquence : s'il existe à la fois une loi et un aménagement prétorien pouvant conduire tous deux au même résultat, c'est la loi qui sera mise en œuvre. La règle prétorienne a un « *caractère supplétif* »¹³⁹⁸ : elle ne servira qu'en l'absence d'un texte équivalent. C'est pourquoi la jurisprudence ne s'appuiera, par exemple, sur l'adage « *fraus omnia corrumpit* », qu'en l'absence d'une loi permettant d'aboutir au résultat recherché. « *Aussi souvent qu'elle*

¹³⁹⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹³⁹⁶ Ph. Le Tourneau, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », art. *précit.*

¹³⁹⁷ *Ibid.* (à propos de la référence, par le juge, aux maximes traditionnelles).

¹³⁹⁸ G. Calbrairac, « Considérations sur la règle “*fraus omnia corrumpit*” », art. *précit.*



en a eu le moyen, elle a préféré un texte à la règle extra-légale pour asseoir la sanction de la fraude »¹³⁹⁹. Elle a pu ainsi se fonder sur les principes du dol et des vices du consentement¹⁴⁰⁰ ou, dans les hypothèses où elle le pouvait, sur les règles applicables à la fraude en matière de mariage sous le régime de la communauté des biens¹⁴⁰¹. L'adage « *fraus omnia corrumpit* » n'est donc pas d'application systématique. Ce n'est qu'« en l'absence de support législatif que se manifeste le recours à celui-ci »¹⁴⁰².

La même remarque peut être faite pour l'adage « *nemo auditur* ». Cet adage n'est visé dans les décisions qu'en l'absence de fondement légal. Si les règles de la responsabilité civile suffisent, l'adage sera sans effets. Ainsi, la faute de la victime conduira à un partage de responsabilité, sans que l'on ait besoin de recourir au principe « *nemo auditur...* »¹⁴⁰³. Il en va de même, si les règles du droit des contrats sont applicables. C'est au nom de la bonne foi contractuelle¹⁴⁰⁴ et non au regard de l'adage, que le débiteur ne sera pas autorisé à se prévaloir de sa propre faute. Et même dans le domaine réservé de l'adage, c'est-à-dire celui des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat, la jurisprudence préférera souvent ne pas citer l'adage, mais le lire « *divinatoirement* »¹⁴⁰⁵ dans le texte de l'article 1131 du Code civil. L'adage « *nemo auditur* » est donc lui aussi d'application subsidiaire¹⁴⁰⁶.

C'est, d'ailleurs, pourquoi les récentes évolutions de cet adage, ont entraîné des réactions. L'adage *nemo auditur* tend à se disperser¹⁴⁰⁷ ; « *trop commode à invoquer* », il « *a envahi les réflexions et les prétoires ; et chacun de répéter : "nul ne peut se prévaloir en justice de sa propre turpitude"* »¹⁴⁰⁸. La jurisprudence a ainsi fait usage de l'adage pour le cas voisin de

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, th. Paris, Dalloz, 1927, spéc. p. 144 et les décisions citées. Pour une utilisation combinée des deux fondements, v. Cass. Req. 14 juin 1847, 1847.1.332.

¹⁴⁰¹ Pour une application, du reste contestable, des anciennes règles de protection de la femme commune en biens contre les actes effectués par le mari en fraude de ses droits (Cass. civ. 23 janv. 1928, S. 1928.1.168) ou des règles sur les peines de recel pour sanctionner le détournement par aliénation, au cours du mariage, des biens de la communauté (Cass. civ. 8 juill. 1912, S. 1913.1.308).

¹⁴⁰² G. Calbrairac, art. *précit.* Même si la règle paraît extrêmement large, « *il ne s'agit donc que d'une règle subsidiaire, comme le principe d'enrichissement sans cause* » (H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations*, t. 2, vol. 1, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, n° 306, p. 306).

¹⁴⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1982, *Bull. civ. I*, n° 355.

¹⁴⁰⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 29 mai 1991, *Bull. civ. II*, n° 165.

¹⁴⁰⁵ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 1025, p. 2104.

¹⁴⁰⁶ Chaque fois que « *l'application de la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle (et quasi-délictuelle), y compris précontractuelle, ou encore une loi spéciale (telle celle du 5 juillet sur les accidents de la circulation), permet de résoudre le litige, il est inopportun, et même incongru de faire donner la règle Nemo auditur* » (Ph. Le Tourneau, art. *précit.*).

¹⁴⁰⁷ Dans les années 1990, Monsieur le Tourneau notait le « *nombre croissant des pourvois qui la citent, principalement dans des espèces où une faute pouvait être relevée à l'encontre du demandeur* » (*ibid.*).

¹⁴⁰⁸ C. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*. Litec professionnels, 5^{ème} éd., 2010, n° 485, p. 271.



l'illicéité de la cause¹⁴⁰⁹, puis chaque fois que le créancier de mauvaise foi n'est pas admis à invoquer un droit conféré par la loi ou le contrat¹⁴¹⁰. Elle a même tenté de l'appliquer en matière délictuelle¹⁴¹¹. On le pressentait déjà, il y a plusieurs années : « *la tentation affleure de prétendre qu'un principe général du droit, conforme à la morale élémentaire, s'évince de la maxime Nemo auditur, à savoir que nul ne peut invoquer sa propre faute pour obtenir un avantage ou un droit* »¹⁴¹². La doctrine critique l'émancipation dangereuse de cet adage qui tend ainsi à prendre le pouvoir sur l'ensemble des textes pour devenir une « *arme appréciable* »¹⁴¹³, permettant d'écartier des demandes fondées sur des intérêts jugés illégitimes. Pour rester admissible, l'aménagement prétorien doit demeurer d'application subsidiaire.

178. Le caractère subsidiaire emporte une deuxième conséquence : s'il existe une loi stricte et un aménagement prétorien plus favorable, le second ne pourra être utilisé pour contourner le régime de la première. Le droit prétorien ne peut être une source du droit concurrente, permettant d'échapper systématiquement au régime juridique des actions légales. Les maximes d'équité en particulier, parce qu'elles sont extrêmement vagues et souples, ne doivent être appliquées qu'en présence d'un véritable vide législatif et non pas seulement une législation insatisfaisante. « *En aucun cas, le recours au Droit naturel ne doit permettre de "tourner" un texte de Droit positif* »¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁹ Cass. Req. 15 fév. 1877, D.P. 1877.1.520 ; 6 janv. 1913, D.P. 1914.1.13 ; Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1959, *Bull. civ.*, I, n° 358, p. 298 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 27 nov. 1984, *Bull. civ.*, I, n° 319 ; Gaz. Pal. 1985.2.135 ; CA Paris, 29 mai 1986, D. 1986, IR 308 ; Com. 3 nov. 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 287.

¹⁴¹⁰ Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, janv. 2009, dernière mise à jour : mars 2014, n° 103.

¹⁴¹¹ On a vu des juges faire jouer le principe en matière délictuelle, pour débouter le demandeur en réparation, en raison d'une faute commise (Cass. soc. 11 déc. 1958, *Bull. civ.*, IV, n° 133 ; CA Paris, 24 sept. 1991, *Juris-Data*, n° 023205 ; CA Versailles, 18 fév. 1994, *Juris-Data* n° 41034 ; CA Metz, 27 juin 1991, cassé par Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, *Bull. civ.*, III, n° 5). La Cour de cassation elle-même, n'a-t-elle pas débouté un demandeur de sa demande en réparation d'un préjudice illégitime, au motif qu'il ne « *pouvait exciper de sa propre turpitude* » (Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, n° 01-11.582, *Bull. civ.*, I, n° 249) ? L'adage s'émancipe ; « *franchissant les limites de l'immoral, il envahit l'appréciation du délit civil et prend figure de principe général* » (C. Atias, « Nul ne peut se prévaloir », D. 1999, p. 218.). Le principe *Nemo auditur* investit la matière délictuelle, alors qu'il n'aurait, *a priori*, rien à y faire (Ph. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur*, *op. cit.*, n° 47) et en dépit du fait qu'une « *faute* » et une « *turpitude* » ne se confondent pas : une faute, au sens du Code civil, n'a pas nécessairement un caractère de gravité, tandis qu'une turpitude est, par nature, un comportement inexcusable. L'adage pourrait, bien plutôt, signifier, *a contrario* que « *l'allégation de sa propre faute n'interdit pas de se faire entendre en justice* » (C. Atias, art. précit.).

¹⁴¹² Ph. Le Tourneau, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », art. précit.

¹⁴¹³ C. Atias, art. précit.

¹⁴¹⁴ A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1922, p. 96.



Le principe d'enrichissement sans cause, par exemple, n'a pu être admis *in fine*, que parce qu'il était d'application subsidiaire. L'appauvri ne peut former une action *de in rem verso*, que s'il ne dispose « *d'aucune autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* »¹⁴¹⁵. Cette condition est nécessaire pour sauvegarder les règles régissant ces quatre sources d'obligations. S'il était possible de former une action *de in rem verso* en présence d'une autre action disponible, le principe d'enrichissement sans cause apparaîtrait comme un moyen de contourner les règles applicables aux contrats, aux quasi-contrats, aux délits et aux quasi-délits. La loi serait systématiquement rattrapée par l'équité. Le juge s'y oppose ; l'action *de in rem verso* ne peut être utilisée pour contourner les conditions d'une autre action disponible¹⁴¹⁶. Ce n'est qu'un « *extremum remedium* »¹⁴¹⁷, qui n'est accordé en équité, que parce que la loi n'a rien prévu.

C'est encore pour sauvegarder la loi que l'enrichissement doit être « *sans cause légitime* »¹⁴¹⁸. Il ne saurait autoriser à remettre en question ceux auxquels la loi a reconnu une juste cause. Si l'avantage a été procuré sur le fondement d'un contrat, par exemple, il ne peut être contesté, même si le contrat est inéquitable. Les règles du droit des contrats – le principe de force obligatoire et le principe selon lequel la lésion n'est pas une cause générale de nullité des conventions – doivent s'appliquer. La condition d'absence de cause tient ainsi « *à la rencontre de la matière de l'enrichissement sans cause avec le droit des Obligations* »¹⁴¹⁹. Cette condition permet de garantir le respect des principes de la matière et la sécurité des conventions, ce qui est une condition *sine qua non* au succès de la création prétorienne¹⁴²⁰. « *Munie de ces qualités qui sont celles de toutes bonne loi, la coutume prend place dans le Droit positif* »¹⁴²¹.

¹⁴¹⁵ Cass. civ. 12 mai 1914, S. 1918.1.41, note Naquet et Cass. civ. 2 mars 1915, D.P. 1920.1.102. Dans ces deux espèces, la Cour de cassation déboutait ainsi le prêteur qui, n'ayant pu prouver l'existence du contrat de prêt, demandait le remboursement sur le fondement de l'action *de in rem verso*. Et elle réservait le même sort à l'entrepreneur qui, sur ce même fondement, avait tenté d'obtenir un supplément de prix, contre le contrat et les dispositions de la loi.

¹⁴¹⁶ Elle ne peut suppléer, ainsi que l'indiquera la Cour de cassation, « *une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion ou par l'effet de l'autorité de chose jugée ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige ou par suite de tout autre obstacle de droit* » (Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 1971, Bull. civ. III, n° 277). « *Et de fait, pourquoi subordonner une action contractuelle ou délictuelle à des conditions précises, si celui qui ne les remplit pas peut contourner ces exigences en invoquant la théorie de l'enrichissement sans cause ?* » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1073, p. 1122).

¹⁴¹⁷ Naquet, note précit.

¹⁴¹⁸ Cass. civ. 12 mai 1914, précit.

¹⁴¹⁹ A. Rouast, art. précit., p. 106.

¹⁴²⁰ « *Pour prendre place dans notre droit positif, la coutume doit respecter les actes juridiques pourvus de cause* » (*Ibid.*).

¹⁴²¹ *Ibid.*



« Mais, dira-t-on, s'il s'agit ici d'un nouveau droit positif, pourquoi ne pas lui permettre de concurrencer l'ancien ? Pourquoi ? » s'interroge-t-on. « Parce que nous vivons sous un régime de droit écrit »¹⁴²². L'aménagement prétorien ne peut réussir que s'il s'intègre au système juridique sans en bouleverser les structures. Ce qui implique non seulement d'être conforme à la loi, mais également de respecter, à un degré supérieur, les droits et libertés fondamentaux.

Section 2^{nde}

L'aménagement prétorien contraire aux droits fondamentaux

179. Comme la loi civile, la jurisprudence est « *sous la tutelle des lois politiques* »¹⁴²³. Elle doit respecter les normes constitutionnelles¹⁴²⁴, d'une part, et les normes européennes, d'autre part, c'est-à-dire à la fois le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme. Un aménagement prétorien peut donc être rejeté parce qu'il porte atteinte à ces textes supérieurs. C'est surtout lorsqu'un droit ou une liberté fondamentale est en jeu, que la réaction est sensible. Toute atteinte, même légère, à ces valeurs protégées, déclenche aussitôt des mouvements de désapprobation qui dépassent le cadre juridique, notamment par le biais des médias.

Un aménagement prétorien contraire aux droits et libertés fondamentaux sera ainsi vivement rejeté (§I). Et, inversement, une règle prétorienne qui viendra au renfort de ces valeurs sera généralement admise (§II).

¹⁴²² Et l'auteur poursuit : « *parce que la loi a une autorité supérieure à celle de la coutume ; parce que, en dernière analyse, la loi procède non seulement du droit naturel, mais du pouvoir légitime de commander qui appartient au législateur, tandis que la coutume procède du seul droit naturel* » (*Ibid.*, p. 105).

¹⁴²³ Ph. Malinvaud, « La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. 53, spéc., p. 60 (à propos de la loi, dans la conception de Portalis).

¹⁴²⁴ Le juge judiciaire est également lié par les interprétations de la loi imposées par le Conseil constitutionnel (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2013, n° 143, p. 125).



§ I. Le rejet de l'aménagement contraire aux droits fondamentaux

180. Lorsque la création prétorienne affecte les droits fondamentaux, elle suscite immédiatement des réactions : critiques doctrinale, résistances des juges du fond. Dans certains cas, les répliques sont plus larges et diffuses : les médias interviennent, des associations ou des syndicats se mobilisent, des comités rendent des avis, des personnalités se prononcent. Ces réactions en chaîne conduisent souvent à un revirement ou, dans les cas extrêmes, à un bris de jurisprudence par le législateur.

Les droits fondamentaux forment ainsi une limite importante à l'action prétorienne : si le juge peut créer du droit, il ne peut porter atteinte aux valeurs supérieures qui s'imposent au législateur lui-même. Cette limite est d'autant plus forte que les réactions auront la même vigueur, que l'atteinte portée aux droits fondamentaux soit *réelle* (A) ou seulement *superficielle* (B).

A. L'atteinte réelle aux droits fondamentaux

181. L'atteinte est réelle, lorsque l'intervention du juge affecte véritablement un droit ou une liberté fondamentale : elle conduit à en réduire considérablement la portée. Des réactions s'ensuivent, poussant le juge à tempérer ses positions afin de sauvegarder le droit ou la liberté en cause.

182. Dans l'affaire *Branly*, par exemple, la Cour de cassation rendit un arrêt menaçant une liberté fondamentale. Le 27 février 1951¹⁴²⁵, elle condamnait un historien, le Professeur Turpain, pour ne pas avoir cité, dans son ouvrage sur l'invention de la télégraphie sans fil, le nom du Professeur Branly, auquel cette découverte est communément attribuée. Le Professeur Branly ayant agi en réparation de son préjudice, la Cour de cassation accueillait la demande. Aux termes de la décision, le Professeur Turpain avait commis une faute d'omission en négligeant de citer le nom de l'inventeur attitré de la TSF, preuve qu'il ne s'était pas comporté en historien « *prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombaient* ».

¹⁴²⁵ Arrêt *Branly*, Cass. 1^{ère} Sect. Civ., 27 févr. 1951, *Bull. civ.* n° 77, p. 62, D. 1951.329, note Desbois, JCP 1951.II.6193, note Mihura, RTD civ. 1951, p. 246, note H. et L. Mazeaud, Gaz. Pal. 1951, 1^{er} sem., p. 230, avis de l'avocat général Rey.



A l'époque, l'arrêt « *fit sensation* »¹⁴²⁶ : il suscita de nombreuses réactions en doctrine¹⁴²⁷ et même au-delà, dans les revues non juridiques¹⁴²⁸. Le Doyen Carbonnier, signant à cette occasion l'une de ses chroniques les plus célèbres, exprima « *les doutes et les craintes* »¹⁴²⁹ que l'arrêt *Branly* pouvait susciter. N'était-ce pas porter atteinte à la liberté d'opinion ? Car, que reprochait-on, en définitive, à l'historien ? Non pas d'avoir exprimé des propos injurieux à l'égard de Branly, d'avoir formé des accusations, d'avoir terni son honneur, ou encore d'avoir contesté ses qualités scientifiques. Il lui été reproché d'avoir volontairement tu ses travaux, alors que Branly représentait, selon la formule de l'avocat général, « *l'une de nos gloires nationales* »¹⁴³⁰. Autrement dit, l'historien, par son silence évocateur, avait porté atteinte « *à la gloire* »¹⁴³¹ de Branly.

Le Doyen Carbonnier relevait cette atteinte à la liberté d'opinion¹⁴³², proclamée à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, et à peine réitérée dans l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'homme, qui avait été signée quatre mois plus tôt. La liberté d'opinion, déclarait-t-il, « *est bien menacée si un auteur n'a plus le choix de ses silences et si, pour les gloires nationales, les dommages-intérêts établissent un culte d'Etat* »¹⁴³³. Certes, en convient le Doyen Carbonnier, toute liberté comporte des limites. « *Mais c'est la liberté de la pensée intérieure qui est ici en cause, et il n'est pas de valeur qui soit supérieure à celle-là* »¹⁴³⁴. Tant qu'il n'y a aucune atteinte réelle aux droits des tiers ou à l'intérêt général¹⁴³⁵, aucune limite ne semble pouvoir être apportée à cette liberté intime dont

¹⁴²⁶ L'arrêt « *donna naissance à de nombreuses notes critiques ; même la presse périodique non judiciaire s'intéressera à cette décision* » (J. Gilissen, « La responsabilité civile et pénale de l'historien (deuxième partie) », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1960, vol. 38, n° 38-4, p. 1005 et s., spéc. p. 1025).

¹⁴²⁷ Certains auteurs étaient favorables à la solution. Messieurs les Professeurs Desbois (note *précit.*) et Mazeaud (note *précit.*) et Monsieur le conseiller Mihura (note *précit.*) ont approuvé cette tentative de « *moraliser l'histoire* ». D'autres se montrèrent plus critiques : le Doyen Carbonnier (« Le silence et la gloire », D. 1951, chr. p. 119) et le Doyen Savatier (*Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953, p. 174-175) et ce sont ces dernières réactions que la postérité a retenues.

¹⁴²⁸ Comp. à propos d'une décision similaire, rendue par Tirb. Civ. Nantes, 23 oct. 1953, D. 1953, Jur. P. 656, v. aussi, J. Montigny, « L'histoire et le procès de Nantes », *Revue des Deux mondes*, fév. 1954, p. 425 et s.

¹⁴²⁹ J. Carbonnier, art. *précit.*

¹⁴³⁰ Rey, avis *précit.*

¹⁴³¹ J. Carbonnier, art. *précit.*

¹⁴³² Sur la liberté d'opinion, v. J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2012, n° 174 et s., p. 185 et s. Il s'agit de « *la forme la plus classique de la liberté d'expression qui est à l'origine de cette garantie majeure, tant il est vrai que la pluralité d'opinions individuelles est la source même de la liberté d'expression* ».

¹⁴³³ J. Carbonnier, art. *précit.*

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ Sur les adaptations de cette liberté dans les « *cas extrêmes* » où ces intérêts sont en jeu (v. J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 177 et s., p. 187 et s.).



« *l'importance est considérable* »¹⁴³⁶ et qui est le gage de la démocratie¹⁴³⁷. Le juge ne peut s'insinuer dans les esprits et pratiquer « *une police de la pensée* »¹⁴³⁸.

L'atteinte à la liberté d'opinion était d'autant plus forte, qu'elle concernait un historien. Et réduire la liberté d'opinion dans ce domaine, c'est risquer de bloquer la recherche scientifique et, donc, la découverte de la vérité historique¹⁴³⁹. « *Veut-on le triomphe de l'histoire plate ? C'est-à-dire de l'histoire conformiste ?* »¹⁴⁴⁰. La liberté d'opinion « *ne saurait s'accommoder d'une pensée unique ou du "politiquement correct"* »¹⁴⁴¹. Réduire la liberté de l'historien, c'est en outre, faire fi des incertitudes inévitables en la matière et auxquelles le silence sied parfois fort bien¹⁴⁴². On ne peut raisonnablement songer, et c'est ce qui irrita la communauté scientifique, à instaurer un « *contrôle judiciaire des historiens* »¹⁴⁴³.

L'arrêt *Branly* se heurtait ainsi aux limites de l'intervention du juge. Et la Cour de cassation tempéra sa position. Dans les affaires suivantes, elle revint à une « *appréciation plus libérale* »¹⁴⁴⁴, dégageant peu à peu les principes gouvernant la liberté d'opinion en matière historique¹⁴⁴⁵. Le 8 juillet 1981¹⁴⁴⁶, trente ans après l'arrêt *Branly*, une décision invoquait ainsi la « *pleine et entière liberté de l'historien* », pour refuser de saisir un ouvrage litigieux¹⁴⁴⁷. Plusieurs décisions soutiendront, par la suite, que « *le juge n'a ni qualité ni*

¹⁴³⁶ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013, n° 176.

¹⁴³⁷ Car une société démocratique se définit précisément par « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* ». (J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 175, p. 185).

¹⁴³⁸ J.-Y. Dupeux et T. Massis, *Droit de la presse* – janvier 2005, juillet 2006, D. 2007, p. 1038.

¹⁴³⁹ En la matière, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est « *traditionnellement libérale* », puisqu'elle étend la liberté d'expression à des idées « *qui pourraient heurter et même inquiéter les autorités de l'État ou une fraction quelconque de la population* » (J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 178, p. 137). V. toutefois, le cas particulier du « *révisionnisme* », (op. cit., n° 179, p. 139).

¹⁴⁴⁰ J. Carbonnier, art. précit. Du côté des historiens, l'arrêt *Branly* est ainsi resté comme une « *tâche sur l'honneur de la justice d'un pays libre* » (J. Marzac, *L'affaire Branly, Le procès de l'invention de la TSF*, Broché, 2005).

¹⁴⁴¹ J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 175, p. 186.

¹⁴⁴² « *Le silence est respectueux, religieux, charitable. Il procède de la défiance de soi, du doute méthodique* » (J. Carbonnier, art. précit.).

¹⁴⁴³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, op. cit., n° 1146, p. 2309.

¹⁴⁴⁴ J. Carbonnier, op. cit. V. Cass. civ. 2^{ème}, 17 juill. 1953, D. 54.533.

¹⁴⁴⁵ B. Favreau, « *Le jugement de l'histoire* », in *La loi peut-elle dire l'histoire ?*, Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 9 et s., spéc. p. 13.

¹⁴⁴⁶ TGI Paris, 8 juillet 1981, D. 1982, Jur. 59, note B. Edelman.

¹⁴⁴⁷ Aux termes du jugement, la saisie de l'ouvrage représentait « *la suprême atteinte à la liberté d'expression et d'information* » qui ne pouvait être qu'« *exceptionnelle et seulement imposée par une nécessité impérieuse* ».



compétence pour juger l'histoire »¹⁴⁴⁸. La Cour européenne des droits de l'homme est, du reste, en ce sens¹⁴⁴⁹.

183. Dans son action créatrice, le juge doit donc tenir compte des droits fondamentaux. Une autre affaire permet d'en mesurer l'importance : celle dite des *Guignols de l'Info*. Dans cette affaire opposant la société *Canal Plus* aux sociétés *Automobiles Peugeot* et *Citroën*, dont les véhicules avaient été tournés en dérision dans le cadre de l'émission satirique des « *Guignols de l'info* », la Cour de cassation avait condamné la chaîne de télévision. Dans la mesure où l'émission avait présenté, au sujet des véhicules *Peugeot* et *Citroën*, des propos outranciers, provocateurs et renouvelés, la Haute juridiction avait considéré qu'une faute avait été commise, donnant lieu à réparation¹⁴⁵⁰.

La décision entraîna des réactions en doctrine. Les auteurs y virent une réduction de la liberté d'expression¹⁴⁵¹, garantie par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Une réduction particulièrement grave en l'espèce, puisqu'elle concernait la liberté de la presse et aboutissait pratiquement à la suppression du genre satirique, qui suppose précisément des propos irrévérencieux¹⁴⁵². Ceci, contre l'opinion de la Cour européenne de droits de l'homme, qui « reconnaît que la liberté journalistique comprend également le recours possible à une dose d'exagération, voire même de provocation »¹⁴⁵³. La doctrine se montra ainsi critique. « *Le dernier espoir de voir cette jurisprudence s'infléchir réside dans la résistance de la cour de renvoi* »¹⁴⁵⁴. Et celle-ci résista¹⁴⁵⁵.

Dans ces circonstances, l'Assemblée plénière fut saisie, qui tenant compte des critiques doctrinales, revint sur la position précédente. Elle exclut catégoriquement, en matière de presse, la possibilité d'invoquer une faute sur le fondement de l'article 1382 et décida que « *les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de*

¹⁴⁴⁸ V. not., TGI Paris, 25 mai 1987, Gaz. Pal. 1987.1.339, TGI Paris, 14 févr. 1990, Gaz. Pal. 1991.2.452.

¹⁴⁴⁹ CEDH, *Py c. France*, 11 janv. 2005, n° 66289/01, 2005-1.

¹⁴⁵⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, *Bull. civ. II*, n° 113, JCP 1998.II.10010, note C. Bigot, et I.185, n° 11, obs. G. Viney ; D. 1997.411, note B. Edelman.

¹⁴⁵¹ Sur la liberté d'expression, dans son aspect « *information* », v. J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, n° 181 et s., p. 196 et s.

¹⁴⁵² V. not. B. Edelman, « La Cour de cassation ne rit pas », D. 1997, p. 411.

¹⁴⁵³ J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, n° 182, p. 198 et la décision citée : CEDH, 26 avr. 1995, *Prager e Oberschlick c/ Autriche*, n° 15974/90, § 38. V. aussi, du même auteur, *Droit européen des droits de l'homme*, n° 184 et s., p. 144 et .

¹⁴⁵⁴ B. Edelman, « La Cour de cassation ne rit pas », art. précit.

¹⁴⁵⁵ CA Reims, 9 févr. 1999, JCP 1999.II.10144, note C. Bigot.



confusion entre la réalité et l'œuvre satirique »¹⁴⁵⁶. Dans la jurisprudence ultérieure, la Cour de cassation s'est montrée favorable à la liberté d'expression, n'hésitant pas à s'y référer directement dans ses décisions¹⁴⁵⁷.

Les droits et libertés fondamentaux représentent ainsi une limite à l'action prétorienne. Une limite d'autant plus sensible que même une atteinte superficielle, qui paraît n'avoir aucune conséquence réelle pour ces valeurs protégées, peut déclencher des réactions tout aussi importantes.

B. L'atteinte superficielle aux droits fondamentaux

184. L'atteinte est superficielle lorsque l'innovation prétorienne ne vient pas réellement réduire ou supprimer un droit fondamental. Ce n'est qu'une atteinte apparente, visant parfois, au contraire, à favoriser, dans les faits, les valeurs protégées. Mais elle suffit à déclencher de vives réactions.

185. Nul exemple n'en témoigne mieux que l'affaire *Perruche*¹⁴⁵⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait cru pouvoir accueillir la demande en réparation d'un enfant handicapé formée contre le médecin qui n'avait pas mis sa mère en mesure de faire une interruption volontaire de grossesse. La solution était innovante¹⁴⁵⁹. Elle provoqua aussitôt un cataclysme « *juridico-médiatico-politique* »¹⁴⁶⁰ : abondants commentaires doctrinaux au point

¹⁴⁵⁶ Arrêt *Guignols de l'info*, Cass. Ass. Pl. 12 juill. 2000, JCP 2000.II.10439, note A. Lepage, JCP 2000.1.280, n° 77, obs. G. Viney, RTD civ. 2000.842, obs. P. Jourdain ; J.-P. Gridel, « Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des Guignols de l'Info », D. 1988, chr. 183.

¹⁴⁵⁷ Cass. Crim. 12 nov. 2008, D. 2009, 402, note J. Pradel, au sujet de propos relatifs à l'homosexualité : « *en matière de presse... les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite* ».

¹⁴⁵⁸ Arrêt *Perruche* Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, D. 2001.332, note D. Mazeaud, 336, note P. Jourdain, JCP 2000.II.10438, concl. Sainte-Rose, rapp. Sargos, note F. Chabas, 2001.I.293, n°7, obs. J. Rubbelin-Devichi, Defrénois, 2001.262, obs. J.-L. Aubert, LPA 8 déc. 2000, p. 9, note M. Gobert, RTD civ. 2001.103, obs. J. Hauser, 226, obs. R. Libchaber, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 187, p. 308 et. V. la première décision rendue dans cette affaire, Cass. civ., 26 mars 1996, D. 1997.35, JCP 1996.I. 3985, obs. G. Viney, RTD civ. 1996.871, obs. J. Hauser.

¹⁴⁵⁹ Jusqu'alors, la jurisprudence n'avait encore jamais indemnisé directement le préjudice de l'enfant. Elle procédait de manière détournée, en augmentant l'indemnisation des parents, qui avaient perdu une chance d'exercer l'interruption volontaire de grossesse ou subissaient un préjudice réfléchi, en voyant quotidiennement le handicap (TGI Montpellier, 15 déc. 1989, JCP G. 1990.II.21556, note J.-P. Gridel ; CA Paris, 17 déc. 1993, Gaz. Pal. 1994.I. p. 147).

¹⁴⁶⁰ P. Jourdain, « La loi anti-Perruche : une loi démagogique », D. 2002, p. 891.



qu'on a pu dire de l'arrêt *Perruche* qu'il fut la décision la plus commentée depuis 1804¹⁴⁶¹, critiques glissant immédiatement vers la grande presse¹⁴⁶², résistance des juges du fond¹⁴⁶³, mobilisation des associations en faveur de personnes handicapés¹⁴⁶⁴, prises de position du comité national d'éthique, interventions de personnalités du monde médical, grèves des médecins¹⁴⁶⁵, et, enfin, bris de jurisprudence par le législateur¹⁴⁶⁶.

La position prétorienne semblait, en effet, affecter plusieurs droits fondamentaux. Elle paraissait, d'abord, aller à l'encontre du droit à la vie. Car quel était le préjudice de l'enfant ? C'était, semble-t-il, le préjudice d'être né. L'enfant demandait réparation aux médecins de ne pas avoir mis sa mère en mesure d'interrompre la grossesse. Il s'agissait donc de réparer une sorte de « *préjudice de naissance* » ou de « *préjudice de vie* »¹⁴⁶⁷. De sorte que la Cour de cassation semblait opposer au droit à la vie, un « *droit de ne pas naître* »¹⁴⁶⁸. La position adoptée affectait, ensuite, la dignité de la personne humaine : le préjudice n'existait apparemment que dans la mesure où il était lié au handicap. La solution retenue paraissait donc sous-entendre que la vie d'une personne atteinte d'un handicap « *ne vaut pas d'être vécue* »¹⁴⁶⁹.

Y avait-il réellement atteinte aux droits fondamentaux ? Une partie de la doctrine prit la plume pour défendre l'arrêt *Perruche*¹⁴⁷⁰. Du point de vue du droit, elle expliqua la position

¹⁴⁶¹ Au point que l'on a pu dire de l'arrêt *Perruche* qu'il avait été le plus commenté depuis 1804 (Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, v. édition précédente, 4^{ème} éd., 2009, n° 89, p. 43, note 11). V. pour des accusations et des défenses de l'arrêt, D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories juridiques fondamentales », RTD civ. 2002, p. 47 et s. ; M. Gobert, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000 », LPA 8 déc. 2000, n° 245 ; A. Bénabent, « Une doctrine de masse », D. 2002, p. 651.

¹⁴⁶² Mme Labrusse-Riou, M. Bertrand et vingt-huit autres professeurs et chercheurs des Facultés de droit, publient aussitôt, dans le journal *Le Monde*, une tribune intitulée « *La vie humaine, comme préjudice ?* » (*Le Monde*, édition du 24 novembre 2000).

¹⁴⁶³ CA Orléans, 5 févr. 1999, RTD civ. 2000.80, obs. J. Hauser.

¹⁴⁶⁴ Deux semaines après l'arrêt, ce sont déjà plus de cent familles regroupées en un « *Collectif des parents contre l'handiphobie* » qui appellent une intervention du législateur.

¹⁴⁶⁵ Les assureurs pratiquèrent une augmentation exponentielle du montant des primes, multiplié par huit ou par dix, ce qui provoqua une grève des médecins échographistes (V. not. A. Choux, « La loi anti-Perruche », D. 2002, p. 1212).

¹⁴⁶⁶ Après de multiples discussions à l'Assemblée nationale, puis au Sénat, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, vint briser la jurisprudence *Perruche*. Le texte déclare, dans son article 1^{er} : « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».

¹⁴⁶⁷ « *Bref, le dommage, c'est la vie et l'absence de dommage, c'est la mort* » (Sainte-Rose, *concl. précit.*).

¹⁴⁶⁸ O. Cayla et T. Thomas, *Du droit de ne pas naître, A propos de l'affaire Perruche*, Le Débat, Gallimard, 2001. V. aussi, J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, n° 81, p. 106 et s.

¹⁴⁶⁹ Sainte-Rose, *concl. précit.*

¹⁴⁷⁰ L'autre partie de la doctrine reproche ainsi aux anti-Perruche d'avoir saisi la grande presse et livré à l'opinion publique une « *présentation partisane* » de l'arrêt et « *manipulatrice* », puisqu'elle laissait entendre qu'elle était partagée par l'ensemble des juristes (P. Jourdain, *art. précit.*).



au regard du problème juridique posé qui, dégagé de ses implications éthiques et sociales, tenait à l'existence d'un lien de causalité entre la faute du médecin et le dommage invoqué¹⁴⁷¹. Du point de vue de l'équité, elle fit valoir les avantages de la solution quant au montant de la réparation : accueillir la demande de l'enfant était un moyen non pas de pénaliser la victime en bafouant ses droits, mais de la favoriser, en augmentant l'indemnisation globale de la famille afin de mieux couvrir les frais du handicap¹⁴⁷² - ce que, du reste, le système de loi *Perruche* ne parvint pas à réaliser par la suite¹⁴⁷³. S'il y avait eu atteinte aux droits fondamentaux, celle-ci ne paraissait donc que superficielle. Les droits à la vie ou à la dignité de la personne humaine n'étaient pas réellement menacés.

186. L'arrêt *Perruche* fut pourtant catégoriquement rejeté. Qu'enseigne cet événement ? En premier lieu, que les droits fondamentaux en cause représentent des valeurs trop graves pour qu'une atteinte, même superficielle, puisse leur être portée. Le droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, est « *le premier des droits de l'homme* » et « *la condition même de la jouissance des autres droits* »¹⁴⁷⁴. Le droit à la dignité de la personne humaine, constitue, quant à lui, le « *socle des droits fondamentaux* »¹⁴⁷⁵. Il est consacré par le Conseil constitutionnel¹⁴⁷⁶ et figure, depuis 2004, dans le Code civil¹⁴⁷⁷. Toute atteinte à ces droits suscite une réaction instantanée et défensive. D'ailleurs, les mots employés à l'occasion des débats avaient une forte charge émotionnelle : « *Hiroschima éthique* »¹⁴⁷⁸, « *euthanasie prénatale* »¹⁴⁷⁹, « *eugénisme* »¹⁴⁸⁰, etc.

¹⁴⁷¹ Déjà dans le cadre de l'affaire *Perruche*, le conseiller rapporteur Pierre Sargos, avait tenté de ramener le débat sur un terrain strictement juridique. Le dommage subi par l'enfant n'est pas « *la naissance et la vie* », mais le « *handicap* ». Et ce dommage est en lien de causalité avec la faute des médecins. Peu importe que sans cette faute, il n'y eût pas eu de vie non plus – « *cette conséquence (...) est sans incidence sur l'appréciation du lien de causalité* » (Sargos, rapp. précit.). Mme Gobert reprit et expliqua ce raisonnement par la suite (art. précit.).

¹⁴⁷² Sargos, rapp. précit.

¹⁴⁷³ Le dispositif de la loi *Perruche* invite l'enfant handicapé à se tourner vers la « *solidarité nationale* ». Son indemnisation paraît donc beaucoup moins bien assurée (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 187, p. 319).

¹⁴⁷⁴ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 86, p. 60. V. aussi, du même auteur, *Traité de droit européen de droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 66, p. 89. Le droit à la vie est le « *noyau dur* » des droits de l'homme.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, n°1, p. 13.

¹⁴⁷⁶ C. Const., décision n° 94-343-344 du 27 juillet 1994. A propos des lois bioéthiques, le Conseil constitutionnel déclare, sur le fondement du préambule de 1946, que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ».

¹⁴⁷⁷ Art. 16 du Code civil : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

¹⁴⁷⁸ La formule est du Pr. Israël Nisand (*Le Monde*, édition précit. du 12 juill. 2001).

¹⁴⁷⁹ L'expression est de M. J. Hauser, note sous Cass. civ., 26 mars 1996, précit.



En deuxième lieu, l'arrêt *Perruche* fut rejeté en raison des difficultés d'accessibilité du raisonnement juridique. La « *discussion d'une décision d'Assemblée plénière est, par hypothèse, trop minutieuse et trop serrée pour être suivie utilement par les non-spécialistes* »¹⁴⁸¹. Or, l'affaire fut exposée dans les médias, tandis que la justification de la solution retenue supposait « *des explications juridiques techniques que l'on n'a pas coutume de voir développer dans la grande presse pour laquelle le ton polémique et rapide est mieux adapté* »¹⁴⁸². Le problème strictement juridique fut donc occulté par la question éthique, voire « *métaphysique* »¹⁴⁸³, rendant la réponse apportée par la Cour de cassation beaucoup plus contestable.

Voici donc le signe que les droits fondamentaux représentent une limite extrêmement forte à l'action du juge, surtout lorsque les médias diffusent l'affaire, afin de mobiliser l'opinion publique. Une atteinte à ces valeurs protégées, fût-elle seulement apparente et justifiée par des raisons techniques ou d'équité, entraîne alors le rejet de l'aménagement prétorien, au point, comme dans le cas présent, d'aboutir à un véritable bris de jurisprudence – bris de jurisprudence qui, du reste, a été atténué par la Cour européenne des droits de l'homme ayant condamné son effet rétroactif¹⁴⁸⁴.

C'est pour cette raison que dans une autre affaire, dite des maternités de substitution¹⁴⁸⁵, la Cour de cassation fut approuvée pour avoir agi de manière opposée. Elle entendit condamner immédiatement cette pratique, fût-ce au mépris des règles de procédure¹⁴⁸⁶, parce que les valeurs en jeu – la vie, l'intégrité du corps humain, l'indisponibilité de la personne – étaient trop importantes pour que leur protection fût retardée. Ces valeurs relevaient des droits fondamentaux attachés à la personne humaine et devaient donc bénéficier d'une protection urgente et maximale. Cette décision du 31 mai 1991, contrairement à l'arrêt *Perruche*, fut

¹⁴⁸⁰ Le Comité national d'éthique, dans son avis du 29 mai 2001, parle d'une jurisprudence à tendance eugéniste (Avis n° 68, intitulé « Handicaps congénitaux et préjudices »).

¹⁴⁸¹ M. Gobert, art. *précit*.

¹⁴⁸² *Ibid.*

¹⁴⁸³ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 187, spéc. p. 315.

¹⁴⁸⁴ CEDH 6 oct. 2005, Draon c./ France, n° 1513/03, § 86. Cette décision a été reprise par les juridictions françaises (Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, n° 02.12-260). V. M.-E. Boursier, « La revanche de la jurisprudence *Perruche* ou l'inconventionnalité de la loi anti-*Perruche* », LPA, 30 mai 2002, p. 4.

¹⁴⁸⁵ Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, D. 1991.417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991.II.21752, communication J. Bernard, concl. Dontenville, note F. Terré, Defrénois, 1991.1267, obs. Aubert, RTD civ. 1991.517, obs. D. Huet-Weiller, LPA 23 oct. 1991, n° 127, p. 4, note M. Gobert, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 50. V. *supra*, n° 108.

¹⁴⁸⁶ M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD civ. 1992, p. 489.



bien accueillie sur le fond¹⁴⁸⁷. Ce qui démontre que les droits fondamentaux, qui peuvent justifier un rejet des aménagements prétoriens qui y portent atteinte, peuvent expliquer également l'accueil favorable réservé à ceux qui les protègent.

§ II. La réception de l'aménagement protecteur des droits fondamentaux

187. La création prétorienne peut être fondée sur des valeurs supérieures, qui justifient un dépassement des textes. L'histoire enseigne que « *c'est le juge qui a réalisé concrètement le respect des droits fondamentaux de l'homme* »¹⁴⁸⁸. Aujourd'hui, il n'hésite pas à invoquer expressément la Convention européenne des droits de l'homme dans ses arrêts¹⁴⁸⁹, voire même les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁹⁰.

Si l'action prétorienne va dans le sens du renforcement des droits fondamentaux, elle pourra donc combattre la loi, comme le contrat (A). Mais la protection des droits fondamentaux n'assure pas, l'approbation systématique de la solution de la part de la communauté des juristes. Pour recevoir « *le consensus des intéressés* »¹⁴⁹¹, encore faut-il que cette protection soit mesurée et prenne en compte les autres droits et intérêts en présence. Une protection des droits fondamentaux qui serait péremptoire et automatique, susciterait à nouveau des critiques et des résistances (B).

A. La force du recours aux droits fondamentaux

188. Lorsque le juge agit en faveur des droits fondamentaux, son intervention est, en général, bien accueillie. Aussi, la Cour de cassation invoque-t-elle directement la Convention européenne des droits de l'homme à l'appui de ses décisions. Lui accordant un « *effet*

¹⁴⁸⁷ Du point de vue de la méthode employée par le juge et notamment la méconnaissance évoquée des règles de procédure, v. les critiques de M. Gobert, art. *précit*.

¹⁴⁸⁸ S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », LGDJ, 1974, p. 305.

¹⁴⁸⁹ J.-P. Marguénaud, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Journées de l'Association Henri Capitant, 1996, p. 45.

¹⁴⁹⁰ P. Deumier, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », RTD civ. 2006, p. 510.

¹⁴⁹¹ 8 J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du 20ème siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, spéc. p. 43 et s.



horizontal »¹⁴⁹², la Haute juridiction se recommande de son autorité pour neutraliser des clauses contractuelles apparemment contraires aux droits fondamentaux. Cette prestigieuse référence paraît, en effet, justifier une double atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat.

189. En matière de bail d'habitation, la Cour de cassation s'est ainsi référée à une liberté fondamentale pour écarter les clauses d'habitation personnelle, souvent stipulées dans ce type de convention. Le 6 mars 1996¹⁴⁹³, elle déclarait que « *les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* ». Le bailleur ne peut empêcher le preneur de recevoir ses proches dans les lieux. Il y a là une « *liberté fondamentale* »¹⁴⁹⁴ du preneur, touchant à sa vie privée et familiale¹⁴⁹⁵, qui justifie l'atteinte au contrat et aux principes légaux.

Malgré l'audace de cette référence à une « *nouvelle source du droit civil* »¹⁴⁹⁶, la solution a été approuvée. Les auteurs y ont vu un arrêt « *remarquable* »¹⁴⁹⁷, « *conforme tout à la fois au droit et aux valeurs démocratiques françaises* »¹⁴⁹⁸, et même favorable au « *développement du sens de l'hospitalité* »¹⁴⁹⁹. L'action prétorienne était admise parce qu'elle était justifiée par la protection d'une valeur supérieure à la loi et au contrat. Et la référence à la Convention européenne des droits de l'homme, en l'espèce inutile pour justifier la solution retenue¹⁵⁰⁰, contribuait à renforcer le caractère supérieur de la valeur protégée.

La Cour de cassation a invoqué également une liberté fondamentale pour faire échec aux clauses d'adhésion obligatoire à une association, fréquemment prévue dans les baux

¹⁴⁹² B. Moutel, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, th. Limoges, 2006, spéc. p. 11 et s.

¹⁴⁹³ Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, JCP 1996.I.3958, n°1, obs. Ch. Jamin, D. 1997, Jur. p. 167, note B. de Lamy, RTD civ. 1996, p. 580, note J. Hauser, p. 897, note J. Mestre, p. 1024, obs. J.-P. Margénaud, RDI 1996, p. 620, note F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé, AJDI 1996, p. 704, note B. Wertenschlag.

¹⁴⁹⁴ J. Hauser, note *précit.*

¹⁴⁹⁵ Sur le droit à la vie privée et familiale, v. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, n° 251 et s., p. 209 et s.

¹⁴⁹⁶ B. de Lamy, note *précit.*

¹⁴⁹⁷ F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé, note *précit.*

¹⁴⁹⁸ B. Wertenschlag, note *précit.*

¹⁴⁹⁹ J.-P. Margénaud, obs. *précit.*

¹⁵⁰⁰ Les auteurs ont fait valoir que le recours à l'article 9 du Code civil et à la protection de la vie privée (J. Hauser, note *précit.*) ou à l'article 6 et à la prohibition des clauses contraires à l'ordre public (J. Mestre, note *précit.*, Ch. Jamin, obs. *précit.* et J.-P. Margénaud, obs. *précit.*) aurait suffi.



commerciaux. Le 12 juin 2003¹⁵⁰¹, elle écartait ces clauses au nom de la liberté d'association. La décision était rendue au visa de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dont elle reprenait le texte dans un chapeau : « *toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association...* »¹⁵⁰².

A nouveau, la décision reçut bon accueil. La doctrine évoqua une « *importante décision* »¹⁵⁰³, assurant une « *protection rigoureuse et intégrale* »¹⁵⁰⁴ d'une liberté « *ô combien essentielle* »¹⁵⁰⁵ parce qu'à la fois « *politique* », « *juridique et individuelle* »¹⁵⁰⁶. La liberté d'association¹⁵⁰⁷, dont l'existence est mieux établie que celle de la liberté contractuelle, pour être maintes fois proclamée dans les textes¹⁵⁰⁸, érigée au rang des principes fondamentaux par le Conseil constitutionnel¹⁵⁰⁹ et renforcée par le droit européen¹⁵¹⁰ est un impératif supérieur qui prime sur la volonté des parties. Et la Cour de cassation insistait encore une fois sur la supériorité de la liberté d'association, en invoquant expressément la Convention européenne des droits de l'homme, tandis qu'elle aurait pu asseoir sa décision sur un texte de droit interne¹⁵¹¹.

190. La liberté de religion¹⁵¹², proclamée à l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme, ne reçut pas les mêmes faveurs. Dans l'affaire du *Digicode*¹⁵¹³, la Cour de

¹⁵⁰¹ Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, RTD civ. 2003, p. 771, note J. Raynard, D. 2003, p. 1694, note Y. Rouquet, RTD civ. 2004, p. 280, obs. J. Mestre et B. Fages, Rev. Sociétés 2003, p. 880, obs. M.-L. Coquelet, AJDI 2003, p. 663, note J.-P. Blatter, D. 2004, p. 367, note C.-M. Bénard, RTD com. 2004, p. 72, note J.-P. Monéger, RTD com. 2003, p. 755, note L. Grosclaude). V., déjà, le principe selon lequel « *nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi de 1901 ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre* », formulé par la Cour de cassation sur le fondement du droit interne (Cass. Ass. Pl. 9 févr. 2001, n° 99-17.642, D. 2001.1493, note E. Alfandari). V. *supra*, n° 116.

¹⁵⁰² La liberté de s'associer comprend celle de ne pas s'associer (J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 214, p. 175, E. Alfandari, « La liberté d'association », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 20^{ème} éd., 2014, spéc. n° 639, p. 532) ; la Cour de cassation s'alignait ainsi sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a, en effet, tiré de l'article 11 un « *droit d'association négatif* » (CEDH 30 juin 1993, n° 16130/190, D. 1994.181, note J.-P. Margénaud, RTD com. 1994.317, obs. E. Alfandari et M. Jeantin).

¹⁵⁰³ Note C. Créton et B. Vassalo, chr. de jurisprudence de la Cass., 1^{ère} ch. civ., D. 2012, p. 2050.

¹⁵⁰⁴ C.-M. Bénard, note *précit.*

¹⁵⁰⁵ J. Mestre et B. Fages, obs. *précit.*

¹⁵⁰⁶ M.-L. Coquelet, obs. *précit.*

¹⁵⁰⁷ Sur la liberté d'association, v. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 209 et s., p. 173 et s.

¹⁵⁰⁸ En premier lieu, dans la loi du 1er juillet. 1901.

¹⁵⁰⁹ Cons. const., 16 juill. 1971, AJDA 1971, p. 537, note J. Rivero ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 6, p. 50 et s.

¹⁵¹⁰ L'article 4 de la loi de 1901 aurait suffi à justifier la solution (M.-L. Coquelet, note *précit.*).

¹⁵¹¹ Sur la liberté de religion, v. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 198 et s., p. 159 et s.



cassation lui dénia le pouvoir de s'imposer au contrat. Elle refusait, en effet, d'ajouter une obligation à la charge d'un bailleur, afin d'assurer l'effectivité de la liberté religieuse. Si les parties n'avaient pas prévu cette obligation, estima-t-elle, il n'y avait pas véritablement d'entrave à la liberté religieuse¹⁵¹⁴. Cette attitude de « réserve »¹⁵¹⁵ fut, toutefois, approuvée au regard d'un principe se hissant apparemment au-dessus de la liberté de religion et en garantissant, en définitive, l'exercice : le « principe de laïcité »¹⁵¹⁶, appelé à dominer la matière contractuelle. En « *matière de respect des convictions tout au moins, trop de droits de l'Homme étouffe les droits de l'Homme* »¹⁵¹⁷.

Ce dernier exemple permet de mesurer les limites de la référence aux droits fondamentaux. Elle est puissante, mais ne peut suffire justifier les aménagements prétoriens que dans une certaine mesure.

B. La mesure du recours aux droits fondamentaux

191. Si le juge accorde aux droits fondamentaux une protection systématique, sa création peut, à nouveau, susciter des réactions défavorables. Le risque, comme l'avait souligné le Professeur Michel Villey¹⁵¹⁸, est de transformer ces valeurs en « *droits discrétionnaires* »¹⁵¹⁹, autorisant à négliger d'autres droits et intérêts en cause. La position du juge doit donc être mesurée, même lorsqu'elle en appelle aux droits fondamentaux.

192. La protection de la vie privée et familiale, qui avait permis d'écarter les clauses d'habitation personnelle incluses dans les baux¹⁵²⁰, fut ainsi encadrée par la suite. Certains auteurs avaient d'ailleurs, dès l'arrêt du 3 mars 1996, souligné la nécessité de fixer des limites¹⁵²¹. Le droit reconnu au preneur d'héberger ses proches ne pouvait être absolu ; c'eût

¹⁵¹³ Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, D. 2004, p. 844, note N. Damas, RTD civ. 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 383, note J.-P. Margénaud, p. 575, obs. R. Libchaber, AJDI 2003, p. 182, concl. O. Guérin, et note Y. Rouquet.

¹⁵¹⁴ O. Guérin, concl. *précit.*

¹⁵¹⁵ R. Libchaber, obs. *précit.*

¹⁵¹⁶ N. Damas, note *précit.*, J.-P. Margénaud, note *précit.* et J. Mestre et B. Fages, obs. *précit.*

¹⁵¹⁷ J.-P. Margénaud, note *précit.*

¹⁵¹⁸ « *L'ennui avec les droits de l'homme, est que nul ne saurait en jouer qu'au détriment de certains hommes* » (M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Puf, coll. « Quadrige », 2008, p. 153).

¹⁵¹⁹ A. Rouast, « Droits discrétionnaires et droits contrôlés », RTD civ. 1944. p.1.

¹⁵²⁰ V. *supra*, n° 189.

¹⁵²¹ F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, *précit.*



été négliger les droits du bailleur. La Cour de cassation reconnut ainsi la validité des clauses interdisant le prêt du bien loué, ce qui permit d'éviter des situations d'hébergement permanent et de ménager les intérêts adverses¹⁵²². La doctrine salua une décision, qui mettait en « *en balance* »¹⁵²³ les intérêts en cause et qui apparaissait tout à la fois « *conforme à la nature des choses et à la destination d'un local mis à bail* »¹⁵²⁴.

En matière de liberté d'association, des réactions extérieures furent nécessaires à la pondération des solutions. La Cour de cassation avait paru, en effet, aller dans le sens d'une protection excessive. En prononçant systématiquement la nullité des clauses d'adhésion obligatoire à une association, elle avait refusé de prendre en compte les intérêts des associations de commerçants¹⁵²⁵. Celles-ci avaient pourtant fourni des services auprès des commerçants. Était-il équitable de les contraindre à rembourser les cotisations payées et de les priver ainsi de toute rétribution pour les services fournis ? Au-delà du caractère inéquitable de la solution, celle-ci risquait d'aboutir, au niveau économique, à une « *déstabilisation des centres commerciaux* »¹⁵²⁶. Le 23 novembre 2011¹⁵²⁷, la Cour de cassation pondéra donc sa position.

Le même constat peut être fait au sujet des actions en responsabilité pour atteinte à la vie privée. Alors que la Cour de cassation avait paru assurer une protection systématique de ce droit, en déclarant que « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »¹⁵²⁸, les décisions ultérieures apportèrent des nuances. D'autres droits devaient être pris en considération : les droits de la presse, la liberté d'expression et le droit à l'information du public¹⁵²⁹. La Cour de cassation entreprit donc de procéder à une « *une*

¹⁵²² Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2010, D. 2011, p. 1181, note précit. N. Dalmas, RTD civ. 2010, p. 343, note P.-Y. Gautier, D. 2010, p. 1531, note J.-M. Brigant, AJDI 2010, p. 808 note N. Damas.

¹⁵²³ J.-M. Brigant, note précit.

¹⁵²⁴ P.-Y. Gautier, note précit.

¹⁵²⁵ V. *supra*, n° 189 et 116.

¹⁵²⁶ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, précit. V. aussi, H. Kenfack, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, D. 2012. 2490.

¹⁵²⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, D. 2011, p. 2928, obs. Y. Rouquet, D. 2012, p. 1844, note M.-P. Dumont-Lefrand, AJDI 2012, p. 263, note M.-P. Dumont-Lefrand. Confirmé par Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n°11-17.587, D. 2012.1954, obs. Y. Rouquet et 2050, spéc. 2053, chron. C. Creton, et 2490, note H. Kenfack, RTD com. 2012.510, note J. Monéger.

¹⁵²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1996, D. 1997.403, somm. 289, obs. P. Jourdain, JCP 1997.II.22805, note J. Ravanas, Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, JCP 1997.II.22873, note Ravanas, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 20, spéc. p. 149 et s.

¹⁵²⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 24 avr. 2003, *Bull. civ.*, II, n° 114, p. 98.



balance des intérêts » en s'efforçant de rechercher « *dans chaque cas le juste équilibre entre les droits et libertés en présence* »¹⁵³⁰.

De l'autre côté, la liberté d'expression, si vivement protégée par l'Assemblée plénière dans l'affaire des *Guignols de l'Info* fut elle aussi encadrée. En excluant systématiquement la possibilité d'une faute, en matière de liberté de la presse, la Cour de cassation avait paru aller trop loin. Le juge doit conserver la possibilité d'apprécier l'existence d'une faute, même si cette appréciation est stricte¹⁵³¹. Aussi « *le principe absolu d'exclusion de l'article 1382* »¹⁵³² recula-t-il par la suite. Deux arrêts ultérieurs des 8 avril¹⁵³³ et 30 octobre¹⁵³⁴ 2008 tentèrent de « *redonner une place à l'article 1382 en cas d'abus de la liberté d'expression* »¹⁵³⁵. Ce faisant, elle tempérait la protection de la liberté d'expression, en se laissant la possibilité d'envisager les autres droits et intérêts en cause¹⁵³⁶.

Lorsque la protection des droits fondamentaux est excessive, elle suscite donc des réactions quoique celles-ci ne conduisent pas toujours à un changement de position. On en trouve un exemple en matière de droit de propriété. Ce « *droit fondamental* »¹⁵³⁷, déclaré à la fois « *absolu* » par l'article 544 du Code civil et « *sacré* » dans l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, et ayant désormais valeur constitutionnelle¹⁵³⁸ bénéficie d'une protection particulièrement efficace en matière d'empiètement. La Cour de cassation y décide invariablement, que le propriétaire peut toujours demander la démolition de la construction construite sur son terrain¹⁵³⁹ et ce, peu importe que le constructeur soit de bonne ou de

¹⁵³⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, spéc. p. 155.

¹⁵³¹ Il paraît « *opportun de faire produire un certain effet justificatif à l'exercice de libertés fondamentales comme la liberté d'expression et tout particulièrement celle de la presse* » (P. Jourdain, « Dommages commis par voie de presse : vers un "droit à la satire" opérant comme un fait justificatif et repoussant le seuil de la faute », RTD civ. 2000, p. 842).

¹⁵³² J.-Y. Dupeux et T. Massis, Droit de la presse – janvier 2008 – décembre 2008, D. 2009, p. 1779.

¹⁵³³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2008, RTD civ. 2008. 487, obs. P. Jourdain.

¹⁵³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, CCE 2008, Comm. n° 12, obs. A. Lepage.

¹⁵³⁵ J.-Y. Dupeux, T. Massis, note *précit.*

¹⁵³⁶ Même une liberté aussi essentielle que la liberté d'expression a des limites. V. J.-F. Renucci, Note sous Cass. crim. 8 juin 2004, RSC. 2004, p. 967 et « La liberté d'expression n'est pas sans limites », D. 2004, p. 2358.

¹⁵³⁷ R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 20^{ème} éd., 2014, n° 1014 p. 783 et s., spéc. p. n°1026 p. 792 et s., Y. Strickler, *Les biens*, Puf, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2006, n° 221 et s., p. 301 et s.

¹⁵³⁸ CC Déc. n° 81-132, DC du 16 janv. 1982 et n° 82-139 du 11 févr. 1982, L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 8^{ème} éd., Dalloz, 1995, n° 31, p. 444. Après une période de remise en doute, une décision du 29 juillet 1998 a réaffirmé la valeur fondamentale du droit de propriété (CC, déc. n° 98-403, DC du 29 juillet 1998, JO 31 juill. 1998, p. 11710).

¹⁵³⁹ Cass. civ. 22 avr. 1823, S. 1822-1824.1.234, Cass. civ. 3^{ème}, 21 nov. 1969, D. 1970.426, note Lindon, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 70-71, p. 451 et s. Le propriétaire n'a pas à justifier d'un préjudice, « *la plénitude* » de son droit de propriété suffit : « *nul autre que lui ne doit pouvoir tirer la moindre*



mauvaise foi, que la construction soit importante ou très légère. Elle soutient, par principe, que « *la défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus* »¹⁵⁴⁰.

Cette protection peut paraître excessive dans certains cas. Elle conduit à négliger les autres intérêts en cause. Refuser une réparation en argent et persister à prononcer la démolition lorsque la construction a été réalisée de bonne foi et que l’empiètement est infime, c’est faire supporter au constructeur des frais, tandis que le propriétaire ne retire véritablement aucun profit. D’où la proposition, faite par les auteurs, de refuser la démolition en recourant à la théorie de l’abus du droit de propriété¹⁵⁴¹. Si la Cour de cassation persiste à refuser tout contrôle en la matière, elle n’est pas suivie par les juridictions inférieures¹⁵⁴². « *La fermeté de la Cour de cassation ne se dément pas ; la résistance des juges du fond est extrêmement vive* »¹⁵⁴³.

Si une protection systématique des droits fondamentaux peut être désapprouvée, le contraire est également vrai. Lorsque la Cour de cassation refuse à plusieurs reprises de protéger une liberté fondamentale, elle fait l’objet de critiques. Ainsi, la position adoptée par la Cour de cassation dans l’affaire des Cabanes¹⁵⁴⁴ au sujet de la liberté de religion, a reçu des commentaires plus mitigés¹⁵⁴⁵ que ceux qui accompagnaient l’arrêt rendu dans l’affaire du *Digicode*¹⁵⁴⁶. La Haute juridiction déclarait, à cette occasion, que « *la liberté religieuse, pour fondamentale qu’elle soit* » n’autorisait pas à écarter des dispositions contractuelles entravant l’exercice de cette liberté. Si les commentateurs accueillirent la décision avec moins d’enthousiasme, c’est parce que la situation n’était pas la même : écarter une clause contraire à la liberté religieuse est un acte moins grave qu’ajouter au contrat une obligation favorable à cette liberté. En refusant catégoriquement de protéger la liberté de religion en matière

utilité de son bien, ni prétendre exercer sur lui la moindre prérogative » (J.-L. Bergel, *La propriété*, Dalloz, coll. « *Connaissance du droit* », 1994, p. 31).

¹⁵⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1990, *Bull. civ. III*, n° 140, D. 1991, p. 323, obs. Aubert ; 7 nov. 1990, *Bull. civ. III*, n° 226.

¹⁵⁴¹ M. Raynal, « L’empiètement matériel sur le terrain d’autrui en droit privé », JCP 1976.II.2800.

¹⁵⁴² CA Grenoble, 30 juin 1998, D. 2000.472, note M.-C. Lebreton.

¹⁵⁴³ C. Atias, *Droit civil, Les biens*, Litec, 12^{ème} éd., 2014, n° 113.

¹⁵⁴⁴ Arrêt dit des *Cabannes*, Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, D. 2006, p. 2887, note C. Atias, AJDI 2006, p. 609, note J. Raynaud, AJDI 2007, p. 311, note P. Capoulade, RTD civ. 2006, p. 722, note J.-P. Margénaud.

¹⁵⁴⁵ Certains auteurs confrontent les arguments *pro* et *contra* (J. Raynaud, note *précit.*). D’autres insistent sur l’aspect défavorable à la liberté religieuse (C. Atias et J.-P. Margénaud, notes *précit.*).

¹⁵⁴⁶



contractuelle, a-t-on demandé, la Cour de cassation ne consacre-t-elle pas, en définitive, le « *principe contraire* »¹⁵⁴⁷ ?

Ces différentes observations permettent d'avancer que le juge, comme le législateur, doit tenir compte des droits et libertés fondamentaux dans l'exercice de son pouvoir normatif. Si la création prétorienne est à la fois juste et compatible avec le droit existant, elle ne paraît plus pouvoir être véritablement critiquée sur le fond. Mais elle peut encore être contestée sur la forme. Ce n'est plus alors le contenu de l'œuvre prétorienne qui est désapprouvé, mais la manière dont le juge a procédé dans l'acte de création. Ainsi, au-delà des limites substantielles de l'aménagement prétorien, le juge se heurte à une deuxième série de limites, cette fois d'ordre *méthodologique*.

¹⁵⁴⁷C. Atias, note *précit.*



TITRE 2nd

LES LIMITES METHODOLOGIQUES

194. Le rejet de la création prétorienne peut être lié, non plus à son contenu, mais à la *manière* dont elle a été produite. C'est l'intervention du juge, sa « *manière* »¹⁵⁴⁸, sa « *démarche* »¹⁵⁴⁹, sa « *méthode* »¹⁵⁵⁰ qui fait l'objet de la critique : le pouvoir prétorien est exercé en dépit des exigences qui pèsent sur la production des lois. Les réactions qui s'ensuivent marquent ainsi les limites *méthodologiques* de l'action du juge, en matérialisant une sorte de procédure prétorienne¹⁵⁵¹, semblable à la procédure législative¹⁵⁵².

C'est parfois l'*incompétence* du juge qui est dénoncée. Dans ce cas, et même si la règle prétorienne était, en soi, justifiée, ce n'était pas au juge d'intervenir dans tel domaine, qui relevait d'une autre institution (Chapitre 1). D'autres fois, c'est l'*insécurité* créée par les méthodes du juge qui est contestée. La démarche prétorienne amplifie l'incertitude et l'instabilité du droit (Chapitre 2).

¹⁵⁴⁸ R. Perrot, note sous Cass. Ass. Pl. 7 juill. 2006, RTD civ. 2006, p. 825 (à propos du principe de concentration des moyens).

¹⁵⁴⁹ J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D. 2003.2326 (à propos du principe selon lequel la victime n'est pas tenue de minimiser son dommage).

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ Actuellement, il n'existe aucune procédure prétorienne officielle et unifiée. La raison en est évidente : puisqu'au niveau institutionnel, le juge n'est pas un créateur officiel de droit, aucun dispositif ne vient réglementer sa production. D'où cette situation paradoxale : la création prétorienne sous couvert d'« *application* » du droit est plus libre que sa « *création* » (C. Atias, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, D. 2000, p. 593).

¹⁵⁵² Toute loi fait l'objet d'une procédure d'élaboration. Cette procédure comprend un domaine à respecter et des étapes à suivre : la loi doit être successivement déposée, débattue, éventuellement amendée, votée, et enfin promulguée. Sur la procédure législative, v., Site de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n°32, « La procédure législative », publiée le 28 avril 2014 ; L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2014, n° 1155 et s. p. 830 et s. ; J.-C. Bécane et M. Courderc, *La loi*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1994, spéc. p. 117 et s. ; G. Schmitter, « L'incompétence négative du législateur », AIJC, vol. V, 1989, p. 137 ; R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Economica, 1984.



CHAPITRE 1^{er}

L'INCOMPÉTENCE DE LA JURISPRUDENCE

« Si, comme nous le pensons, la jurisprudence suprême est une variété de législation, elle n'est néanmoins qu'une législation dérivée et auxiliaire »

F. Zenati¹⁵⁵³

195. Dans certains cas, la création prétorienne peut être critiquée parce que le juge n'était pas *compétent* pour agir. En effet, si l'on reconnaît au juge une compétence normative, celle-ci ne saurait être infinie. Le législateur lui-même ne peut prétendre à un tel privilège ; son domaine de compétence est délimité par la Constitution¹⁵⁵⁴. La compétence prétorienne doit donc se cantonner dans certaines limites, afin que les sources du droit soient convenablement coordonnées¹⁵⁵⁵.

Ainsi, le juge ne paraît pas pouvoir produire certaines créations, qui semblent, en raison de leur nature ou de leur ampleur, exclusivement *réservées au législateur*. Le juge vient aménager l'œuvre législative, non en bâtir ou en rebâtir les fondations. (Section 1^{ère}). Et il lui est également déconseillé de créer une règle de droit qui empièterait, à l'autre extrémité, sur le domaine de *l'appréciation des faits*. L'aménagement prétorien des textes doit guider le pouvoir souverain des juges du fond, mais non l'enfermer (Section 2^{nde}).

¹⁵⁵³ « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 359.

¹⁵⁵⁴ A la loi est attribué un domaine de compétence, c'est-à-dire « un champ délimité de matières (ou domaines) dans lesquels le législateur va exercer son pouvoir normatif » (L. Favoreu (dir.), *op. cit.*, n° 1129, p. 793 et s.). Cette compétence est dite d'attribution, par rapport à la compétence de principe reconnue au gouvernement : le législateur peut intervenir dans certaines matières limitativement énumérées par l'article 34 de la Constitution, et le règlement est compétent partout ailleurs (Art. 37 de la Constitution du 4 oct. 1958 : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* »). Un autre partage de compétence s'effectue entre la loi et le droit communautaire, le législateur national n'ayant qu'une compétence secondaire et le législateur communautaire, une compétence primaire (V. not. L. Favoreu (dir.), *op. cit.*, n° 1152, p. 815 et s.).

¹⁵⁵⁵ Sur l'importance du bon agencement des règles pour l'effectivité et la cohérence du système juridique, v. J.-L. Bergel, « La coordination des sources du droit », in *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Association internationale de Méthodologie juridique, Puam 2001, p. 127.



Section 1^{ère}

L'empiètement sur le domaine de la loi

196. L'aménagement prétorien pourra être rejeté s'il empiète sur le *domaine exclusivement législatif*. La proposition peut surprendre : tout aménagement prétorien n'est-il pas, par définition, un empiètement sur le domaine législatif ? L'étude des réactions à la création prétorienne révèle cependant que toutes les règles prétoriennes n'encourent pas cette critique. Certaines seulement sont accusées de ce chef, de sorte qu'il paraît exister un domaine irréductible où seul le législateur est compétent pour agir.

Le juge n'a donc pas une compétence normative équivalente à celle du législateur. S'il empiète sur le domaine exclusif de la loi en prétendant réaliser de véritables *réformes*, son apport sera rejeté (§I). La compétence prétorienne paraît n'avoir qu'un rôle secondaire et n'être qu'une compétence d'*aménagement*, ne pouvant être raisonnablement exercée que dans ces limites (§II).

§ I. Le rejet des réformes prétoriennes

197. Certaines créations prétoriennes ont spécialement été accusées d'empiéter sur le domaine législatif. Dans chacun de ces cas, c'était moins la règle en elle-même qui posait problème que son origine prétorienne. La même règle créée par le législateur eût été acceptée ; mais consacrée par le juge, elle était rejetée. Cette règle s'apparentait, en effet, à une véritable réforme, ayant de graves conséquences en pratique.

Le juge ne semblait pas être en position de de l'imposer : c'était le cas, par exemple, de *l'établissement d'un formalisme* (A). Ou bien le juge ne paraissait pas avoir les moyens techniques pour l'élaborer : c'était le cas, entre autres, de *la construction d'un régime spécial* (B).



A. L'établissement d'un formalisme

198. Les auteurs relèvent que jurisprudence paraît « *incapable de créer un formalisme contractuel ou procédural* »¹⁵⁵⁶. Les quelques tentatives faites en ce sens ont été rejetées : selon les commentaires, l'action du juge avait une telle ampleur que ce n'était pas au juge, mais au législateur d'intervenir. Les tentatives qui ont réussi s'expliquent presque à chaque fois par des circonstances particulières¹⁵⁵⁷. Le formalisme, qui correspond, en effet, à une réduction de la liberté, paraît donc, en raison de sa gravité¹⁵⁵⁸, relever exclusivement du pouvoir du législateur.

199. Dans le domaine de la procédure civile, le principe de concentration des moyens, élaboré par l'Assemblée plénière le 7 juillet 2006¹⁵⁵⁹, a ainsi entraîné de nombreuses critiques. Obligeant les parties à l'instance à présenter, dès la première instance, l'ensemble des moyens susceptibles de fonder leurs demandes¹⁵⁶⁰, le principe prétorien a été critiqué sur le fond¹⁵⁶¹. Et, en raison la gravité de ses conséquences, l'intervention même du juge a été critiquée. Avait-il compétence pour créer un tel principe ? « *En législation* », a-t-on commenté, « *il est juste de reconnaître qu'une telle obligation pourrait se comprendre* »¹⁵⁶². Mais en jurisprudence ?

¹⁵⁵⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 534, p. 493.

¹⁵⁵⁷ Notons, toutefois, que certains formalismes prétoriens ont réussi. C'est le cas, par exemple, de la stipulation d'intérêt, que le juge a fait surgir de l'article 1907 alinéa 2 c. civ. en bouleversant l'interprétation traditionnelle de ce texte (Cass. civ. 1^{ère} 24 juin 1981, JCP 1982.II.19713, note Vasseur, RTD civ. 1982.429, obs. Rémy). Dans ce cas, la solution a été approuvée et même été jugée « *heureuse* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12^{ème} éd., 2008, n° 285, p. 800 et s., spéc. p. 803). Mais des circonstances particulières expliquent cette réussite : l'intervention prétorienne avait été précédée d'une loi (28 décembre 1966, devenue par la suite, l'article L. 313-2 du Code de la consommation), si bien que la création prétorienne a pu ressembler davantage à l'extension d'un formalisme légal, plutôt qu'à la création d'un formalisme prétorien de toutes pièces.

¹⁵⁵⁸ Le formalisme correspond en effet à une « *exigence de forme poussée au plus haut degré* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « *Quadrige* », 10^{ème} éd., 2014) : la validité d'un acte en dépend. Les parties sont donc affectées dans leur liberté ; elles doivent désormais se soumettre à une forme. Or, pour un créateur comme le juge, qui n'a aucune légitimité politique, il paraît moins difficile d'aller dans le sens de l'indulgence que dans le sens de la rigueur. Une entorse à une règle contraignante peut être bien accueillie, même si elle est d'origine prétorienne. Une atteinte à la liberté le sera moins ; d'autant qu'il s'agira d'une atteinte plus imprévisible et rétroactive.

¹⁵⁵⁹ Arrêt *Césaro*, Cass. Ass. Pl. 7 juill. 2006, RDI 2006, p. 500, note Ph. Malinvaud, RTD civ. 2006, p. 825, obs. R. Perrot, D. 2006, p. 2135, note L. Weiller.

¹⁵⁶⁰ Y. Strickler, *Procédure civile*, Larcier, coll. « *Paradigme* », 4^{ème} éd., 2013, n° 467, p. 265. V. aussi, du même auteur, « *La localisation de l'autorité de la chose jugée* », in *L'autorité de la chose jugée*, L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), 2^{ème} rencontres de procédure civile, IRJS, 2012, p. 37 et s.

¹⁵⁶¹ N'était-il pas excessivement « *sévère* » à l'égard des praticiens et difficilement compatible avec « *le principe de la contradiction* » et le « *droit d'accès au juge qui sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme* » ? (Ph. Malinvaud, note *précit.*).

¹⁵⁶² R. Perrot, note *précit.*



« En réalité, ce qui surprend dans l'arrêt commenté, ce n'est pas tant le principe lui-même que la manière dont, sous couvert d'interprétation, la Cour de cassation, s'efforce de l'imposer »¹⁵⁶³. Est-ce admissible ? La Haute juridiction peut-elle « de sa propre autorité », « bouleverser la physionomie du procès »¹⁵⁶⁴ ? N'est-ce pas un domaine qui paraît relever de la loi ? Les règles de procédure qui représentent une garantie fondamentale des justiciables sont normalement de la compétence du législateur¹⁵⁶⁵. Le juge peut-il créer du droit en la matière ? Surtout si ce droit instituant « l'autorité de la chose non jugée ? »¹⁵⁶⁶ aboutit à la « démolition insidieuse d'un texte aussi fondamental que celui de l'article 1351 c. civ. »¹⁵⁶⁷ ? Le problème de la compétence prétorienne a ainsi été évoqué dans les critiques adressées à cette création. « Le principe de séparation des pouvoirs », a-t-il été déploré, « semble bien tomber en quenouille »¹⁵⁶⁸.

200. En droit des obligations, plusieurs formalismes prétoriens ont été critiqués, certains ayant même été supprimés à la suite de ces réactions¹⁵⁶⁹. L'exemple le plus « éclatant »¹⁵⁷⁰ reste celui de la mention manuscrite de la caution. Cette création prétorienne, déjà rencontrée à plusieurs reprises¹⁵⁷¹, fait, en effet, partie des « échecs »¹⁵⁷² prétoriens les plus nets. La tentative menée par la Cour de cassation dans les années 1980¹⁵⁷³, d'imposer un « formalisme »¹⁵⁷⁴ en matière de cautionnement, avait suscité des critiques. Celles-ci portaient

¹⁵⁶³ *Ibid.*

¹⁵⁶⁴ L. Weiller, note *précit.*

¹⁵⁶⁵ Plus précisément, le pourvoi en cassation et le caractère contradictoire de la procédure relèvent du domaine de la loi, par décision du Conseil constitutionnel (respectivement, C. Constit. 80-113 L, 14 mai 1980, Rec. Des décisions du Cons. Constit. 1980, p. 61, spéc. p. 64 et C. Constit. 85-142 L DC, 13 nov. 1985 : JORF 20 nov. 1985, p. 13457). Le code de l'organisation judiciaire et la procédure civile relèvent du domaine réglementaire.

¹⁵⁶⁶ F. Théry, « Rapport de synthèse », Procédures, n°8-9, Août 2007, étude n°22.

¹⁵⁶⁷ R. Perrot, note *précit.*

¹⁵⁶⁸ *Ibid.* Malgré les critiques doctrinales, les différentes chambres de la Cour de cassation se sont progressivement reliées à cette position : la première chambre civile, dans un arrêt du 16 janv. 2007 (*Bull. civ. I*, n° 18), la chambre commerciale, dans un arrêt du 20 février 2007 (*Bull. civ. IV*, n° 49), la troisième chambre civile dans un arrêt du 13 févr. 2008 (RDI 2008, p. 280, note Ph. Malinvaud).

¹⁵⁶⁹ Plusieurs formalismes prétoriens ont échoué. C'est le cas du formalisme originaire en matière de stipulation d'intérêt, consacré le 30 juillet 1895 (Cass. Req. 30 juill. 1895, D.P. 96.1.86, S. 96.1.353, note Appert et rapport Lardenois) et abandonné quelques années plus tard (Cass. Req. 10 déc. 1902, D. 1903.1.202, rapp. Denis). Plus récemment, le formalisme imposé pour réaliser une subrogation légale dans une créance hypothécaire, élaboré par la troisième Chambre civile dans les années 1970 (Cass. civ. 3^{ème}, 5 nov. 1970, D. 1970. J. 86, note E.-E. Frank ; 2 févr. 1982, D. 1982. J. 306, note E.-E. Frank), a été également abandonné (Cass. civ. 3^{ème}, 16 juill. 1987, *Bull. civ. III*, n° 145, p. 85), après avoir été vivement critiqué (M. Gobert, « La publicité foncière, cette mal aimée », *Mél. Flour*, p. 244).

¹⁵⁷⁰ M. Gobert, « « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », in *La jurisprudence aujourd'hui, libre propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 344.

¹⁵⁷¹ V. *supra*, n° 14-15, 91.

¹⁵⁷² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 847.

¹⁵⁷³ Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 835 et s.

¹⁵⁷⁴ M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, v. 1^{ère} édition, Litec, 1990, n° 112, p. 95.



moins sur la règle elle-même, qui consistait à faire du cautionnement un contrat solennel, que sur son origine prétorienne. Aux termes de la loi, ce contrat est consensuel. On peut le regretter, « *mais il est plus regrettable encore qu'il devienne solennel de cette manière, par la volonté du juge contre celle du législateur* »¹⁵⁷⁵. Seule la loi peut « *décider si le cautionnement doit devenir un contrat solennel* »¹⁵⁷⁶.

Pour quelle raison ? En quoi l'établissement d'un formalisme serait-il une prérogative exclusivement législative ? Les recherches de Monsieur Jacques Flour¹⁵⁷⁷, indiquent quelques pistes de réflexion. L'auteur avait, en effet, noté ce double phénomène : le formalisme est essentiellement d'origine légale. En général, c'est le législateur qui impose des formes nouvelles. Le juge de son côté, obéit plutôt à la tendance inverse : il est davantage porté à assouplir, voire à détruire les formalités imposées par la loi¹⁵⁷⁸.

Les illustrations des tempéraments prétoriens sont nombreuses. Le juge a su atténuer les règles de publicité foncière en recourant à la maxime *fraus omnia corrumpit*¹⁵⁷⁹. Il a assoupli les règles de preuve, en faisant une interprétation « *laxiste* »¹⁵⁸⁰ des textes en la matière. Il a multiplié les qualifications dérogatoires, pour échapper aux formalités de la donation : donation déguisée, don manuel, donation indirecte, etc.¹⁵⁸¹ Il a également disqualifié un certain nombre d'exigences prescrites par la loi, qui étaient énoncées sans autre précision. De manière « *presque systématique* »¹⁵⁸², la qualification de règle de preuve a été préférée à celle de règle de forme. Il en fut ainsi, par exemple, en matière de transaction, pour l'« *écrit* » mentionné par l'article 2044, alinéa 2 du Code civil¹⁵⁸³.

Ces tendances contraires, poursuit l'auteur, s'expliquent au regard des offices respectifs du législateur et du juge. Le législateur envisage le formalisme *a priori* et de manière générale. C'est pour cette raison qu'il souhaitera l'imposer : au niveau où il se situe, il peut apprécier ses vertus préventives sur l'équilibre des relations contractuelles et sur la sécurité

¹⁵⁷⁵ M. Gobert, art. *précit.*

¹⁵⁷⁶ M. Storck, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 fév. 1984, JCP G.II.20442.

¹⁵⁷⁷ J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, p. 93.

¹⁵⁷⁸ « *Ici comme ailleurs, elle a créé le droit ; mais son influence s'est exercée dans le sens opposé. Elle a parfois détruit, souvent atténué les règles légales qui écartaient le consensualisme* » (J. Flour, art. *précit.*).

¹⁵⁷⁹ V. *supra*, n° 143.

¹⁵⁸⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. Quadrige, 2004, n° 1008, p. 2076.

¹⁵⁸¹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 144, p. 169.

¹⁵⁸² J. Flour, art. *précit.*

¹⁵⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 74, Civ. 3^{ème}, 6 fév. 1973, *Bull. civ. III*, n° 104.



juridique¹⁵⁸⁴. Le juge, de son côté, adopte un autre angle de vue. Il envisage le formalisme *a posteriori* et dans un cas particulier ; il est donc confronté à ses travers, et notamment à l'utilisation frauduleuse des règles de forme¹⁵⁸⁵.

Ces réflexions permettent de répondre à la question posée : le formalisme paraît être une prérogative exclusive du législateur parce qu'il paraît seul en position de concevoir ses avantages et ses inconvénients de manière générale. De son côté, le juge ne paraît pouvoir apporter que des correctifs prétoriens. Tant qu'il agit en ce sens, ses créations ne suscitent pas la critique. Même si elles sont importantes en volume ou en puissance, elles sont acceptées, parce qu'elles sont liées à l'office du juge et à l'expérience des procès. De telles règles ne remettent pas en cause l'autorité de la loi ; elles correspondent seulement à un moyen d'éviter leurs excès¹⁵⁸⁶.

Le juge paraît donc rester dans les limites de l'aménagement prétorien, lorsqu'il va dans le sens de la modération. Il franchit ces limites, lorsqu'il va à « *contre-courant* »¹⁵⁸⁷, dans le sens de la rigueur. En établissant un formalisme nouveau, n'ayant aucune base légale, le juge s'arroge un pouvoir d'une autre nature. Il se place en dehors du procès et agit de manière préventive. Il n'exerce plus un pouvoir modérateur, admissible de la part d'un créateur dépourvu de légitimité démocratique. Il exerce un pouvoir politique en redéfinissant l'organisation des rapports sociaux, à l'encontre de ce qui est prévu dans la loi. C'est ce point précis qui semble être à l'origine des réactions : le juge encourt des critiques, non parce qu'il ne pouvait créer du droit, mais parce qu'il était manifestement incompétent pour créer ce type de droit.

La jurisprudence audacieuse en matière de cautionnement fut abandonnée¹⁵⁸⁸. Elle montrait ainsi les aléas de « *cette voie difficile qu'est l'établissement jurisprudentiel d'un formalisme* »¹⁵⁸⁹. Et un événement ultérieur devait confirmer que le problème ne venait pas du contenu de la règle, mais bien de son origine prétorienne : le législateur reprit cette

¹⁵⁸⁴ J. Flour, art. *précit.*

¹⁵⁸⁵ « *La réaction du juge contre la règle de forme est donc, par certains côtés, inévitable. Elle est l'un des aspects de sa réaction plus générale contre tout un système qui, enserrant trop étroitement sa liberté, prétend lui faire rendre – au nom d'une règle abstraite dont il ne conteste pas pour autant la valeur – des décisions qu'il estime concrètement injustifiées* » (*Ibid.*).

¹⁵⁸⁶ « *Poussant le raisonnement à l'extrême, on peut dire que la loi est respectée dans l'esprit en étant violée dans la lettre* » (*Ibid.*).

¹⁵⁸⁷ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 847 et s.

¹⁵⁸⁸ V. *supra*, n° 91.

¹⁵⁸⁹ C. Mouly, note sous Cass. civ. 1^{ère} 15 nov. 1989, D. 1990, p. 177.



jurisprudence dans une loi du 3 décembre 1989¹⁵⁹⁰. Et la réforme fut conduite avec succès. Le législateur était en position d'imposer un formalisme et en outre, il avait les moyens de l'élaborer¹⁵⁹¹ - ces mêmes moyens qui manquent également au juge, lorsqu'il entreprend, par ailleurs, la construction d'un régime spécial.

B. La construction d'un régime spécial

201. Le législateur dispose d'un large éventail de mesures dans l'élaboration du droit. Il choisit entre elles, celle qui apparaît la plus adaptée à l'objectif poursuivi¹⁵⁹². Le juge n'a pas la même aisance. Il ne dispose, de son côté, que de « *moyens limités* »¹⁵⁹³ pour réaliser ses buts. Contraint de respecter les textes, il travaille à partir et dans les limites de l'environnement juridique existant.

Cet aspect des choses apparaît assez nettement, s'agissant de la construction d'un régime spécial. Si le juge ne trouve, dans les textes, que des clauses générales, il ne pourra pas « *déduire de l'interprétation de la loi des distinctions qui s'imposeraient ni prescrire les mesures économiques d'accompagnement nécessaires* »¹⁵⁹⁴. Le mécanisme prétorien risque alors de l'entraîner plus loin qu'il ne voudrait. L'interprétation nouvelle va changer dans sa totalité et se répercuter sur tous les contentieux qui en relèvent et pas seulement celui que le juge visait.

202. L'arrêt *Desmares* en offre un exemple. Pour faciliter l'indemnisation des victimes d'accidents de la route, la Cour de cassation a pu, le 21 juillet 1982¹⁵⁹⁵, supprimer la faute de la victime des causes d'exonération du gardien. Seule la force majeure demeurerait efficace. Or, ce faisant, le juge ne réduisait pas seulement l'exonération du conducteur d'un véhicule. Il réduisait l'exonération de *tous* les gardiens de *toutes* les choses. L'interprétation nouvelle ne pouvait se limiter au seul contentieux des accidents de la circulation. En présence d'un texte général, elle s'appliquait à tous les cas.

¹⁵⁹⁰ Loi *Niertz* du 3 décembre 1989, codifiée dans les articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation.

¹⁵⁹¹ Parce qu'il a pu notamment poser les conditions nécessaires pour limiter les excès de la solution.

¹⁵⁹² J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, Thémis, 2001, p. 286 et s.

¹⁵⁹³ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 534, p. 493 et s.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 494.

¹⁵⁹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449, concl. Charbonnier, note Larroumet ; JCP 1982.II.19861, note F. Chabas, Defrénois 1982.1689, obs. Aubert ; RTD civ. 1982.607, obs. Durry ; H. Capitain, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 211-213, p. 428 et s. V. *supra*, n° 119.



Cet exemple permet de discerner à quel moment la création prétorienne atteint « *ses limites* »¹⁵⁹⁶. Sur la base d'un texte général, le juge ne parvient pas à construire un régime spécial. « *Là où il peut le plus, il ne peut pas le moins, dans la mesure où la jurisprudence étant construite à partir de la loi et de son interprétation, il n'est pas possible, le plus souvent d'isoler une interprétation particulière d'un texte pour la soumettre à un régime juridique qui lui serait propre, différent de la situation générale, lorsque le texte ne permet pas de distinguer* »¹⁵⁹⁷. Le juge est contraint de faire un choix de type « tout » ou « rien » : le partage des responsabilités sera accueilli d'une manière générale ou refusé tout aussi généralement. La demi-mesure ne paraît pas possible.

Dans cet exemple, c'était donc au législateur qu'il incombait de « *consacrer un système d'indemnisation automatique efficace* »¹⁵⁹⁸. Celui-ci bénéficiait d'une marge d'action plus importante : il pouvait, d'abord, séparer le régime spécial, du régime général, laissé intact. Puis, il pouvait prévoir toutes les règles utiles à son fonctionnement, prescrire l'ensemble des conditions d'application, des modes d'exonération, organiser les recours des tiers payeurs, prévoir un fonds de garantie, etc. Une telle réforme excédait manifestement « *le pouvoir créateur de la jurisprudence* »¹⁵⁹⁹. Elle relevait de la seule compétence du législateur, qui intervint quelques années plus tard¹⁶⁰⁰.

Le problème s'est posé, de la même manière, à l'origine de la responsabilité du fait des choses. La réécriture de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil¹⁶⁰¹ était venue régler deux contentieux particuliers : les accidents du travail et, déjà, les accidents automobiles. Or, l'article 1384 alinéa 1^{er} était extrêmement général : il visait toutes les « *choses* ». Propulsée par la flexibilité de ce mot – « *le plus vague de la langue française* »¹⁶⁰²-, la création prétorienne a donc été appliquée bien au-delà de sa raison d'être, à des choses inoffensives ou inertes qui ne représentaient pas un risque social issu du progrès technique : une boîte aux lettres¹⁶⁰³, une baie vitrée¹⁶⁰⁴, un sol glissant¹⁶⁰⁵, un plot en ciment¹⁶⁰⁶, ou encore une vague¹⁶⁰⁷, etc.

¹⁵⁹⁶ C. Larroumet, note *précit.*

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 436.

¹⁶⁰⁰ Le législateur intervint quelques années plus tard, par la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation.

¹⁶⁰¹ V. *supra*, n° 17-18.

¹⁶⁰² J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 1171, p. 2353.

¹⁶⁰³ Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 2001, *Bull. civ.*, II, n° 162.



Un texte trop général peut donc entraîner un glissement de la création prétorienne, au-delà de sa *ratio juris*. Il conduira à accueillir des demandes plus nombreuses, qui ne seront pas toutes justifiées. Les conséquences seront plus graves lorsque ce glissement portera à rejeter des demandes dignes d'intérêt. L'exemple de l'intérêt légitime juridiquement protégé peut être ici évoqué. Cette condition avait ajoutée à l'article 1382 en vue de repousser la demande de la concubine en réparation, jugée immorale¹⁶⁰⁸. Mais le texte étant général, cette condition avait été appliquée bien au-delà de ce contentieux. Elle devait désormais être remplie par tous les demandeurs en réparation. Des victimes dignes d'intérêt ont ainsi été déboutées : les enfants naturels¹⁶⁰⁹, la fiancée¹⁶¹⁰ ou la personne handicapée qui vivait des subsides de la victime.

203. C'est pour éviter ces effets secondaires que la jurisprudence en est venue, parfois, à ne pas accepter de créer. Son refus fut net, par exemple, au sujet de l'aléa thérapeutique. Tandis que la doctrine encourageait la Cour de cassation à admettre la réparation de ce type d'accident médical¹⁶¹¹, celle-ci s'y refusa¹⁶¹². Elle suivait, en cela, la mise en garde de Monsieur le conseiller Pierre Sargos : « *les textes en vigueur nous interdisent de limiter de quelque façon que ce soit le préjudice indemnisable par rapport aux règles de droit commun de la réparation du préjudice dans son intégralité* »¹⁶¹³. La généralité de l'article 1382 et de son interprétation empêchait la création d'un régime spécifique. Et admettre la réparation de l'aléa thérapeutique sans réserve, c'était s'exposer à de dangereuses dérives.

¹⁶⁰⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, *Bull. civ. II*, n° 51, p. 48, D. 2005, 1395, note N. Damas, JCP 2005.I.149, n°6, obs. G. Viney, RTD civ. 2005, 407 et s., obs. P. Jourdain.

¹⁶⁰⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 1985, *Bull. civ. II*, n° 21.

¹⁶⁰⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 18 septembre 2003, JCP 2004.II.10013.

¹⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 293.

¹⁶⁰⁸ Cass. civ. 27 juill. 1937, D.P. 1938.1.8, note Savatier, S. 1938.1.321, note Marty, D.H. 1937. 437. H. Mazeaud, « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », D. 1954, chr. VIII, p. 39. Cette condition a été abandonnée par l'arrêt *Dangereux*, v. *supra*, n° 125.

¹⁶⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère} 21 oct. 1952, JCP 1953.II.7592, note R. Rodière.

¹⁶¹⁰ Cass. civ. 13 oct. 1943, D. 1944, p. 14, note H. Lalou.

¹⁶¹¹ V. G. Viney (dir.), *L'indemnisation des accidents médicaux*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1997 ; Ch. Larroumet, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », D. 1999.93 ; P. Sargos, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », JCP 2000.I.202.

¹⁶¹² Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, JCP 2001.II.10493, rapp. P. Sargos et note F. Chabas, I, 340, n° 19, obs. G. Viney, D. 2001.570, note Y. Lambert-Faivre, somm. 2236, obs. D. Mazeaud, CCC 2001, n° 3, note L. Leveneur, RCA 2001, n° 375, Defrénois 2001, 267, obs. J-L. Aubert, RTD civ. 2001.154, obs. P. Jourdain. Cette position fut confirmée par la suite (Cass. civ. 1^{ère} 22 nov. 2007, D. 2008.816, note M. Bacache).

¹⁶¹³ P. Sargos, concl. *précit*.



Le Conseil d'Etat, qui avait, de son côté, pris le parti d'intervenir¹⁶¹⁴, ne rencontra pas les mêmes difficultés. Le juge administratif est « libre »¹⁶¹⁵ par rapport aux textes et la matière est essentiellement prétorienne. Son pouvoir normatif est donc plus étendu, ce qui lui permet de poser les conditions adéquates pour limiter les excès de la règle nouvelle¹⁶¹⁶. Une telle entreprise paraît, au contraire, excéder le pouvoir prétorien de la Cour de cassation. « *En droit privé, c'est impossible* »¹⁶¹⁷. Il revient au législateur d'agir, puisqu'il semble seul être en mesure de construire un régime spécial. Ce qu'il fit quelques années plus tard, en matière d'aléa thérapeutique, à travers la loi du 4 mars 2002¹⁶¹⁸.

On perçoit ainsi la faiblesse du pouvoir prétorien. Il reste subordonné à la loi, même lorsqu'il la déforme pour lui faire remplir une fonction pour laquelle elle n'a pas été conçue. La loi fait obstacle, non pas à la création prétorienne, mais à son développement raisonnable : elle impose sa propre logique. C'est, en quelque sorte, la revanche du texte de loi ainsi malmené. Et le phénomène sera d'autant plus prégnant qu'une tendance observée en jurisprudence, pousse les juges à resserrer le lien entre la création prétorienne et les textes et, paradoxalement, « *ce lien est d'autant plus étroit que l'interprétation a été plus déformante* »¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁴ CE 9 avr. 1993, Arrêt *Bianchi* (Rev. Dr. Publ. 1993, p. 1099, note Paillet).

¹⁶¹⁵ M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936, p. 142. Le Conseil d'Etat se « *montre beaucoup plus indépendant des textes* ». Lorsqu'il a créé du droit, il « *a constaté la défaillance des textes, il ne s'est pas contraint au rattachement de ses créations, des textes plus ou moins éloignés, par des détours ingénieux. Il n'a donc pas adopté la méthode chère aux tribunaux judiciaires et surtout à la Cour de cassation* » (p. 46). Jean Appleton avait envisagé cette différence de méthodes entre les deux hautes juridictions. « *La Cour de cassation se juge liée par les textes. Lorsqu'elle sent la nécessité d'une évolution de jurisprudence imposée par les faits, elle en cherche la justification, au moins apparente dans la loi ; elle veut voir là (où elle feint d'y voir) la solution cherchée* ». Quant au Conseil d'Etat, continuait l'auteur, il « *dédaigne cette subtilité ou cette fiction. S'il n'a pas de texte, il s'en passe et le dit bien haut* » (J. Appleton, note sous CE, 22 déc. 1924, D.P. 1925.3.9, en matière de responsabilité du fait des choses). Saleilles l'avait évoqué, dans sa note, au Dalloz, sous l'arrêt *Teffaine* (Cass. civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433) : la Cour de cassation ne pouvait agir comme le Conseil d'Etat, « *s'agissant de droit privé, il fallait se rattacher aux principes formulés par les textes* ». Pour une analyse comparative des méthodes des deux juridictions pour cet exemple particulier, v. « *Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation* », n° 4 et 5, *Cycle droit et technique de cassation 2005-2006*, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF, n° 60, p. 41.

¹⁶¹⁶ L'arrêt *Bianchi*, précit. soumet la réparation de l'aléa thérapeutique à conditions : il faut qu'il soit « *de réalisation exceptionnelle* », « *sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état* » et qu'il présente « *un caractère d'extrême gravité* ».

¹⁶¹⁷ F. Chabas, obs. précit.

¹⁶¹⁸ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (titre IV, « Réparation des conséquences des risques sanitaires »).

¹⁶¹⁹ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction, op. cit.*, n°535. p. 495.



La compétence prétorienne ne se situe donc pas au même niveau que la loi. Elle se place à un rang inférieur ; c'est une compétence modératrice et secondaire. Lorsqu'elle conserve ces caractères, elle respecte le domaine de la loi.

§ II. La réception des accessoires prétoriens

204. La compétence prétorienne doit être d'ordre secondaire. Le juge peut interpréter, tempérer, ramifier les principes établis, etc. De telles règles accessoires ne posent pas de difficultés ; elles s'inscrivent dans le prolongement de la loi et se concilient aisément avec elle. C'est ce type de compétence qui revient naturellement au juge : non pas l'œuvre de construction, mais le travail d'aménagement prétorien (A).

Cependant, pour que le juge puisse s'en tenir à cette compétence secondaire, le législateur doit effectivement, accomplir son propre devoir et réaliser les réformes de structures qui touchent fondamentalement aux principes. Si celui-ci manque à sa mission, le juge est porté à prendre le relais : il s'arroge alors le droit de dénaturer les textes et les qualifications pour pallier la carence législative (B).

A. Le rôle du juge

205. S'il existe une « *législation jurisprudentielle* »¹⁶²⁰, ce ne peut qu'une « *législation dérivée et auxiliaire* »¹⁶²¹, déclare Monsieur Zénati. La compétence normative du juge ne peut être qu'une compétence d'aménagement. « *La jurisprudence peut interpréter, aménager des textes ou des usages relatifs à une situation juridique, mais là doit se cantonner son rôle normatif* »¹⁶²². Une telle compétence est naturellement liée à l'office du juge. Il est interrogé, non pas sur l'opportunité de créer un principe général, mais sur les problèmes nés de l'application d'un principe existant dans un cas particulier et sur l'éventuelle possibilité d'apporter une règle complémentaire ou dérogatoire pour y remédier.

¹⁶²⁰ F. Zénati, « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD Civ. 1992, p. 359.

¹⁶²¹ « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 359.

¹⁶²² F. Chabas, « Le cœur de la Cour de cassation », D. 1973, chr. p. 211.



Tant qu'il interprète et corrige les principes établis et le fait conformément à leur raison d'être, le juge reste dans les limites de ses fonctions. Il exerce une compétence normative, car il crée des règles secondaires. Mais il ne paraît pas commettre d'abus car ces règles se concilient avec les principes, sans les déformer ou les renverser. Même des règles larges et puissantes semblent demeurer de la compétence du juge, si elles viennent aménager les conséquences des principes, si elles représentent ce que Monsieur Sargos a appelé des « *garde-fou de l'excès du droit* »¹⁶²³. De même la correction des « *erreurs* »¹⁶²⁴ du législateur entre dans la compétence du juge.

206. Les « *réformes de structures* »¹⁶²⁵, qui touchent trop fondamentalement aux principes, devraient lui échapper. Même en pays de *common law*, les « *évolutions par trop générales et ambitieuses* »¹⁶²⁶ requièrent une intervention du législateur. La voie parlementaire semble, en effet, « *la voie naturelle d'une telle évolution* » et le juge trouve « *une limite importante à sa capacité normative* »¹⁶²⁷. Outre-manche, les raisons paraissent être les mêmes : au-delà de l'organisation des systèmes juridiques et de leurs traditions, la loi apparaît comme « *une source qualitativement supérieure* »¹⁶²⁸ à la jurisprudence.

Le juge n'a pas les « *hautes vues* »¹⁶²⁹ du législateur qui envisage « *les choses plus généralement et d'une manière plus étendue et plus vaste* »¹⁶³⁰. Pour réunir tous les éléments nécessaires à la prise de décision, il peut diligenter des recherches : bilans, études d'impact, évaluations critiques, études sociologiques, etc.¹⁶³¹ Ces études lui permettront de vérifier le caractère nécessaire de la loi envisagée et de mesurer l'ensemble de ses répercussions juridiques, sociales ou économiques.

¹⁶²³ P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », JCP 2001.I.306.

¹⁶²⁴ Ph. Malinvaud, « Le contrôle de la loi par le juge », RDI 2011, p. 125. Le pouvoir du juge peut même s'étendre à « *rayé un texte de l'arsenal législatif* », lorsqu'il révèle une « *maladresse* » du législateur.

¹⁶²⁵ Ainsi que le relevait Monsieur Philippe Malaurie, « *seul le législateur a qualité pour réaliser les "réformes de structure" et l'on ne peut escompter des juges qu'ils opèrent ce genre de révolutions* » (« La jurisprudence combattue par la loi », in *Mél. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603).

¹⁶²⁶ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, n° 163, p. 99.

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ *Ibid.*

¹⁶²⁹ *Ibid.*

¹⁶³⁰ Portalis, « Exposé des motifs du titre préliminaire », in *Ecrit et discours juridiques et politiques*, Puam, 1998, p. 77.

¹⁶³¹ Sur la phase d'étiologie et de diagnostic du besoin social de loi, v. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, Thémis, 2001, p.278 et s. ; J.-P. Duprat, « Le Parlement évaluateur », RIDC 1998, 551 ; A. Noury, « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », RRJ 2000/2, Puam, p. 599 et s. ; Ph. Bonfils, « L'outil statistique et son utilisation dans les sciences juridiques », Cahier de méthodologie juridique, n° 11, RRJ, 1996/4, Puam, p. 1029.



Le juge ne dispose pas ces éléments et se trouve, au contraire, dans une position qui complique l'entreprise de législation. Il intervient dans le cadre d'un litige. Sa perception du problème est donc doublement déformée par le contentieux, qui n'est qu'une fraction du réel¹⁶³², et par le cas d'espèce, qui n'est qu'une fraction du contentieux. Le rapport d'un conseiller, les conclusions d'un avocat général, et même le recours à un *amicus curiae*¹⁶³³, ne peuvent être comparés à la somme d'informations globales et approfondies dont dispose le législateur. Disposant d'éléments partiels et fragmentaires, le juge n'est pas en mesure de déterminer la meilleure direction à emprunter. C'est pour cette raison, d'ailleurs, qu'il a parfois refusé d'intervenir, alors même qu'une évolution des principes pouvait paraître souhaitable.

En matière de révision pour imprévision, par exemple, le juge a volontairement renoncé à agir. Rompre avec l'arrêt *canal de Craponne* et le refus de réviser le contrat pour cause d'imprévision¹⁶³⁴, c'était s'engager dans une voie inconnue sans en mesurer toutes les implications. L'économie générale risquait d'être bouleversée « *par un jeu de réactions en chaîne, impossibles à limiter et même à prévoir, de provoquer un déséquilibre généralisé* »¹⁶³⁵. Comment le juge, saisi de la question dans une affaire particulière et n'ayant à sa disposition que des informations relatives à ce litige, pourrait-il apprécier si sa décision « *sera, au regard de l'économie nationale, bonne ou mauvaise* »¹⁶³⁶ ? Un tel problème devrait être envisagé à un niveau supérieur de généralité, sur la base de recherches et de débats approfondis, puis être résolu grâce au recours à des mesures appropriées. C'est au

¹⁶³² J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 23.

¹⁶³³ Ce fut le cas dans l'affaire des maternités de substitution, où fut entendu Monsieur le Professeur Jean Bernard, Président du Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Mais l'on a douté de l'utilité de son intervention (M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD civ. 1992, p. 489). Le Professeur avait-il véritablement éclairé la Cour sur l'opportunité de cette décision ? Ou n'avait-il été que « *le moyen de s'abriter derrière l'autorité morale d'une personnalité éminente* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 50, p. 363) ?

¹⁶³⁴ *Arrêt canal de Craponne*, Cass. civ. 6 mars 1876, D. 1876.1.193, note Giboulot, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 165, p. 183 et s. La jurisprudence a, sur ce point, opposé un refus de principe et n'a admis quelques tempéraments qu'avec beaucoup de précautions (Arrêt *Huard*, Cass. com. 3 nov. 1992, JCP 1993.II.22614, note Virassamy, RTD civ. 1993, 124, obs. Mestre ; Com. 24 nov. 1998, Defrénois, 1999.371, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1999.98, obs. Mestre).

¹⁶³⁵ J. Flour, J.-L. Aubert et R. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, Tome 1, *L'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 410, p. 410.

¹⁶³⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 165, spéc. p. 190.



législateur d'intervenir qui semble « *mieux armé pour apprécier les conséquences économiques de tel ou tel choix* »¹⁶³⁷.

Un autre refus a été précédemment évoqué, en matière d'aléa thérapeutique¹⁶³⁸. Là encore, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique risquait de changer en profondeur le droit de la responsabilité médicale, en aggravant la responsabilité des médecins. De graves conséquences pouvaient s'ensuivre, surtout pour les représentants des spécialités à risque. En outre, les textes dont le juge disposait ne semblaient pas permettre de construire un régime juridique adéquat : il aurait fallu admettre la réparation de l'aléa thérapeutique sans réserve, ce qui exposait à de dangereuses dérives¹⁶³⁹. « *C'est dire que les données du problème étaient complexes et que sa résolution paraissait relever plus de la compétence du législateur que de celle du juge, lequel était mal armé pour lui apporter une solution équilibrée* »¹⁶⁴⁰. Ce qu'il fit, d'ailleurs, deux ans plus tard¹⁶⁴¹.

Sur les questions de société, de manière générale, une réponse de la jurisprudence sera moins bien reçue, qu'une réponse du législateur, porteur de la volonté générale. Là intervient la question de légitimité, qui est d'ailleurs indépendante de la nature du système juridique. Les juges de *common law* eux-mêmes cantonnent aujourd'hui leur fonction à l'administration du système juridique existant et préfèrent laisser au législateur les questions à forte connotation politique¹⁶⁴². « *Ce conservatisme judiciaire* » des juridictions anglaises a ainsi « *pu pousser ces dernières à fréquemment refuser de faire évoluer le Common law au motif que la décision serait plus politique que juridique, et qu'elle n'appartenait en conséquence qu'au pouvoir législatif* »¹⁶⁴³.

Le juge ne semble pas avoir les hautes vues du législateur ; il ne paraît pas, non plus, avoir ses moyens d'action¹⁶⁴⁴. Il « *bute sur des obstacles formalistes* »¹⁶⁴⁵. Le juge ne peut, par

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, *précit.*

¹⁶³⁹ *V. supra*, n° 203.

¹⁶⁴⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 162-163, p. 171.

¹⁶⁴¹ Loi du 4 mars 2002, *précit.*, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁶⁴² G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, n° 164, p. 100.

¹⁶⁴³ *Ibid.*

¹⁶⁴⁴ « *Le législateur lorsqu'il vise un résultat déterminé, peut mettre en œuvre tous les moyens nécessaires. La jurisprudence en est incapable* » (J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 534, p. 493). Sur la phase de détermination des solutions législatives, détermination des objectifs et choix des mesures à édicter, v. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, Thémis, 1^{ère} éd., 2001, p.283 et « Informatique et légistique », D. 1987, I, 171 ; J. Chevallier, « Les lois expérimentales », in *Evaluation législative et lois expérimentales*, Puam, 1992, p. 119 et s.



exemple, produire des règles à caractère quantitatif, comme un chiffrage¹⁶⁴⁶, un délai ou un régime de publicité. Il ne peut mettre en place une institution de grande ampleur, comme la Sécurité sociale¹⁶⁴⁷, ou créer une organisation administrative, tel qu'un système d'actes d'Etat civil¹⁶⁴⁸, ou encore un fonds de garantie.

Aussi, dans l'hypothèse où le juge entendrait créer du droit dans ces circonstances, il n'est pas sûr qu'il arrive à une solution efficace. Monsieur François Chabas faisait ainsi remarquer que la sévérité de l'arrêt *Franck*, qui avait refusé d'engager la responsabilité du propriétaire de la voiture volée et laissé ainsi la victime sans indemnisation¹⁶⁴⁹, avait poussé le législateur à intervenir et à créer un fonds d'indemnisation. Il avançait qu'à l'inverse, « *si la petite Lise Jand'heur avait été sacrifiée – à l'avantage des plus riches galeries belfortaises – et si le législateur s'était ému de ce scandale, quel gaspillage d'intelligence et de réflexion aurait été épargné, que de procès, peut-être, évités* »¹⁶⁵⁰.

Mais l'auteur ajoutait aussitôt qu'il est « *facile de reprocher à la Cour de cassation de dissuader le législateur d'intervenir quand celui-ci se montre aussi inerte* »¹⁶⁵¹. C'est dire que les compétences normatives du juge et du législateur sont liées : le juge ne peut limiter sa compétence, que lorsque le législateur exerce effectivement la sienne.

B. Le rôle du législateur

207. Pour que le juge puisse s'en tenir à un authentique travail d'aménagement prétorien, il faut que le législateur remplisse parallèlement sa propre mission. Si celui-ci ne réalise pas les réformes nécessaires, le juge est porté à prendre le relais. « *L'abdication du législateur engendre le pouvoir du juge* »¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Puf, coll. « *Quadrige* », 2004, n° 147, p. 280.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

¹⁶⁴⁷ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 534, p. 493.

¹⁶⁴⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, op. cit.*,

¹⁶⁴⁹ *V. supra*, n° 139.

¹⁶⁵⁰ F. Chabas, « Le cœur de la Cour de cassation », art. *précit.* *V. supra*, n° 146.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*

¹⁶⁵² J.-L. Bergel, « La loi du juge, dialogue ou duel ? », in Mél. Kayser, Tome 1, Puam, 1979, p. 29. « *Si le législateur était plus attentif à adapter la loi aux besoins nouveaux, peut-être y aurait-il moins matière à revirement de jurisprudence* » (Ph. Malinvaud, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 312).



La doctrine fait, en effet, observer que « *jurisprudence et législation exercent dans la formation du droit un rôle inversement proportionnel* »¹⁶⁵³ : à plus de législation, moins de jurisprudence et *vice et versa*. Et la remarque n'est pas d'ordre quantitatif ; elle est d'ordre qualitatif. Si les réformes législatives ne sont pas opérées ou ne le sont que de manière insatisfaisante, le juge se mobilise. C'était déjà le cas à l'époque romaine, où le préteur se mit à créer des règles en raison de la dégradation du droit écrit¹⁶⁵⁴. Ce le fut à nouveau tout au long du XX^{ème} siècle, où « *l'œuvre du législateur se caractérise par la médiocrité, voire l'esprit de réaction* »¹⁶⁵⁵.

208. Certaines créations prétoriennes ont vu le jour parce que le législateur restait inerte. La responsabilité du fait des choses, par exemple, s'est développée pour pallier « *les lenteurs* »¹⁶⁵⁶ de la procédure législative, face à un problème de société à la fois grave et urgent : les accidents du travail. Tandis qu'à l'époque, les législateurs voisins procédaient aux réformes nécessaires¹⁶⁵⁷, leur homologue français se perdait en discussions parlementaires qui devaient se prolonger pendant dix-huit ans¹⁶⁵⁸. Dans ces circonstances, et alors que des affaires « *spectaculaires* » soulevaient l'opinion publique¹⁶⁵⁹, que le Conseil d'Etat prenait de son côté, les mesures utiles¹⁶⁶⁰ et que la doctrine encourageait la Cour de cassation à suivre

¹⁶⁵³ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in Mél. Savatier, p. 619.

¹⁶⁵⁴ « *C'est quand le droit écrit a décliné que le préteur romain a fait le Droit* » (J.-L. Bergel, art. précit. p. 28). « *Le préteur romain en est l'exemple classique : son pouvoir créateur est apparu lorsque les sources écrites du droit se sont sclérosées, il a décliné lorsque le pouvoir législatif a repris son empire* » (Ph. Malaurie, art. précit.) V. aussi, M. Villey, *Le droit romain*, puf, coll. « Que-sais-je ? », 10^{ème} éd., 2005, p. 28 et s.

¹⁶⁵⁵ F. Chabas, « Cent ans de responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 24 août 2000, n° 237, p. 2.

¹⁶⁵⁶ « *C'est donc de la jurisprudence avant tout qu'il nous faut attendre l'évolution du progrès juridique* » (R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897, n° 1, p. 1).

¹⁶⁵⁷ L'Allemagne est la première des nations européennes à légiférer sur la question des accidents du travail par une loi de 1884, réformée par une loi de 1900, édictant l'assurance obligatoire des ouvriers contre les conséquences des accidents industriels. Elle met la réparation des accidents survenus aux ouvriers, non pas à la charge du patron, mais à la charge de l'ensemble des industriels (I. T. Berend, *Histoire économique de l'Europe du XXème siècle*, éd. Cambridge University Press, 2006, p. 216).

¹⁶⁵⁸ La première proposition de loi est déposée par le député ouvrier Martin Nadaud, en 1880. Le débat parlementaire débute un an plus tard et de nombreux amendements et contre-projets sont présentés. Un « *texte de compromis* » est enfin adopté par la Chambre en 1884, et transmis au Sénat. Entretemps, en 1885, un autre projet de loi est déposé par Rouvier, ministre du commerce. Au terme de longues discussions, le projet est adopté par la Chambre en 1888. Il est remanié en profondeur par le Sénat, puis refondu à nouveau par la Chambre. Des projets supplémentaires sont déposés en 1893 et les députés s'accordent sur un texte, transmis au Sénat en 1895. Ce texte est largement modifié par le Sénat, ce qui pousse la Chambre à élaborer encore un projet, à nouveau remanié par le Sénat. En 1897, le projet revient devant la Chambre, qui lui substitue un autre texte, renvoyé devant le Sénat. Sa commission façonne un texte transactionnel, enfin adopté par le Sénat en 1898, et voté par la Chambre le 9 avril 1898 (F. Horden, « Le droit des accidents du travail au XIX^{ème} siècle », cahiers n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix en Provence).

¹⁶⁵⁹ F. Horden, art. précit. L'auteur évoque l'explosion d'une cartoucherie au Mont Valérien, en 1883, et la catastrophe de Bessières et Terre Noire.

¹⁶⁶⁰ CE 21 juin 1895, D.P. 1896.3.65, concl. Romieu. Le Conseil d'Etat y pose un principe de responsabilité de l'Etat pour les accidents industriels qui se sont produits dans les manufactures de l'Etat. L'influence de la



cet exemple, celle-ci décida, finalement d'agir. L'affaire *Teffaine*¹⁶⁶¹ s'étant présentée, elle initia la création du principe de responsabilité du fait des choses – création qui se figea un moment, lorsque la loi sur les accidents du travail de 1898 fut enfin adoptée.

Le législateur avait réglé le problème des accidents du travail. Mais il se montra, à nouveau, inactif face au problème des accidents de la circulation. La Cour de cassation reprit donc son ouvrage et acheva le principe de responsabilité du fait des choses¹⁶⁶², lequel, imaginé pour les machines, pouvait servir aussi pour les automobiles. La Cour de cassation en fit usage, jusqu'à ce que ce substitut de réforme montre son insuffisance : l'indemnisation des victimes n'était pas assurée, tandis que le nombre d'accidents de la route augmentait. Des avant-projets de loi avaient été déposés¹⁶⁶³, mais ils tardaient à aboutir. D'où l'arrêt *Desmares*¹⁶⁶⁴, « *provocant* »¹⁶⁶⁵ à dessein, qui vint inciter le législateur à agir. Une commission nouvelle fut instituée qui aboutit à la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation. Au total, un demi-siècle avait été nécessaire pour que le législateur sorte de sa réserve, permettant au juge de revenir à sa position initiale¹⁶⁶⁶.

209. D'autres créations prétorienne sont apparues, bien que le législateur ait agi, parce que son intervention n'avait pas été suffisante. C'est ainsi que la jurisprudence refondit le texte de la loi de 1978 sur les clauses abusives¹⁶⁶⁷. Le système mis en place, qui attribuait au gouvernement le pouvoir d'identifier les clauses abusives s'était avéré inefficace. Le gouvernement fut peu entreprenant et presque dix ans plus tard, on ne comptait toujours qu'un

décision du Conseil d'Etat est d'autant plus importante qu'elle est rendue au moment où la Cour de cassation est saisie de l'affaire *Teffaine*.

¹⁶⁶¹ Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433, note Saleilles, S. 1897.1.17, note Esmein.

¹⁶⁶² Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert, S. 1930.1.121, note Esmein, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 199.

¹⁶⁶³ Dès le mois de décembre 1964, une première commission avait été instituée pour réfléchir aux problèmes des accidents de la circulation. Un premier avant-projet avait ainsi été élaboré sous la direction de Monsieur Tunc (A. Tunc, *La sécurité routière ; La circulation routière, Appréciation critique des règles juridiques actuelles, Appréciation critique des différents projets de loi*, Rapport à M. le ministre de la justice, E. Bertrand et autres, La documentation française, 1964). Cet avant-projet suscita des discussions productives. Une deuxième commission fut instituée sous la présidence de Monsieur Bellet. Elle aboutit au projet de loi final, déposé par Monsieur Badinter, qui aboutit à la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation. Sur la genèse de la réforme, v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 930, p. 985 et s.

¹⁶⁶⁴ Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, *précit.*

¹⁶⁶⁵ Aubert, obs. *précit.*

¹⁶⁶⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, *Bull. civ.*, II, n° 86, p. 49, D. 1988.32, note C. Mouly, JCP 1987.II.20828, note F. Chabas, Defrénois, 1987.1136, obs. Aubert, RTD civ. 1987.767, obs. Huet ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°211-213, p. 428 et s.

¹⁶⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449, note Ghestin et Somm. 320, obs. Aubert, JCP 1991.II.21763, note Paisant, CCC 1991, n°160, note L. Leveneur, Defrénois, 1991, 1268, obs. Aubert, RTD civ. 1991. 526, obs. J. Mestre.



seul et unique décret, adopté le 24 mars 1978¹⁶⁶⁸ qui n'identifiait que deux types de clause. En outre, sa disposition la plus importante fut annulée en Conseil d'Etat¹⁶⁶⁹. La doctrine encouragea donc la jurisprudence à conquérir le pouvoir qui lui avait été refusé et qui était nécessaire pour remédier à « *l'échec du système mis en place par la loi du 10 janvier 1978* »¹⁶⁷⁰.

En conséquence, si le juge devrait, en principe, n'exercer qu'une compétence secondaire, il s'arroge des pouvoirs plus importants de manière exceptionnelle, lorsque le législateur est défaillant. C'est lui qui se livre alors aux « *réformes de structure* », même s'il n'y parvient que de manière imparfaite et laborieuse, parfois en malmenant les textes et les concepts. Concluons ainsi que le juge ne peut rester dans les limites de son office, que si le législateur occupe son propre domaine.

La compétence prétorienne suppose de respecter un domaine exclusivement législatif. Elle implique, à l'autre extrémité, de respecter le pouvoir des juges du fond ; c'est le problème du partage des compétences entre le droit prétorien et les faits.

Section 2^{nde}

L'empiètement sur le domaine des faits

210. Un aménagement prétorien qui empièterait sur le *domaine des faits* risquerait aussi d'être mal accueilli. Ce n'est pas alors l'origine prétorienne de la règle qui est visée : c'est le choix même de produire une règle générale dans un domaine réservé à l'appréciation des faits. Ce domaine appartient aux juges du fond, qui sont chargés d' « *appréhender les faits litigieux afin d'en constater l'existence* » et d'en « *peser la portée, la gravité, la valeur, les*

¹⁶⁶⁸ n° 78-464.

¹⁶⁶⁹ Le gouvernement fut peu entreprenant et presque dix ans plus tard, on ne comptait toujours qu'un seul et unique décret, adopté le 24 mars 1978 (n° 78-464), qui n'identifiait que deux types de clause. En outre, sa disposition la plus importante fut annulée en Conseil d'Etat (CE 13 déc. 1980, D. 1981.228, note C. Larroumet).

¹⁶⁷⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 159, p. 144.



caractères »¹⁶⁷¹. Toute règle générale commandant l'application d'une solution systématique paraît entraver cette démarche.

Les auteurs notent une tendance montante de la Cour de cassation à procéder à de véritables réglementations prétorienne, aboutissant à une réduction de l'appréciation des faits¹⁶⁷², signe que cette limite du pouvoir prétorien est souvent franchie. Mais elle se manifeste à travers la résistance, souvent souterraine, des juges du fond et les critiques de certains auteurs (§I). Pour être recevable, l'aménagement prétorien paraît donc devoir tenir compte du domaine des faits et tendre à guider le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, plutôt qu'à le contraindre (§II).

§ I. Le rejet des réglementations prétorienne

211. A l'occasion du contrôle de droit, la Cour de cassation est amenée à créer des règles générales. Pour mieux contrôler les dispositions légales, elle est portée à faire apparaître les présupposés de la règle et à y confronter les appréciations de fait. Toutes les règles élaborées à

¹⁶⁷¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 10^{ème} éd., 2014, à l'entrée « appréciation », sens n° 3. En principe, le partage des compétences entre la Cour de cassation et les juges du fond est nettement défini. Si tous deux sont compétents pour appliquer le droit, seuls les juges du fond peuvent apprécier les faits. L'art. L. 311-1, al. 2 du c. org. Jud. énonce que « *la cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires* » (les grandes catégories de matières relevant du pouvoir d'appréciation des faits comprennent : la force probante des éléments de preuve, les expressions de volonté, les appréciations d'ordre quantitatif, les qualifications juridiques, dans la mesure du contrôle de la Cour de cassation (sur le détail, v. X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Droit et technique de cassation*, BICC, n° 702 du 15 mai 2009, qui renvoie également à la rubrique « pouvoir des juges » et plus précisément « *appréciation souveraine* », au bulletin des arrêts de la Cour de cassation). La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Son rôle se limite à contrôler la conformité des décisions aux règles de droit et elle ne « *peut connaître du fond des affaires* » (Art. L. 411-2, al. 2 du c. org. jud.). V. aussi, article 604 du c. pr. civ. : « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque au règles de droit* ». Les juges du fond sont donc libres dans l'appréciation des faits ; leur pouvoir est dit souverain.

¹⁶⁷² V. not. J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications », in *Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, volume jubilaire, p. 193 et « La Cour de cassation, juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 53 et s. ; C. Atias, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2000, p. 744 et *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis, coll. « Carré droit », 2011, spéc. n° 115 et s. p. 66 et s. et n°188 et s., p. 104 et s. ; P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RID, 1980, p. 293, spéc. p. 297 ; F. Luxembourg, « La Cour de cassation juge du fond », D. 2006, p. 2358 ; J. Buffet, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 116 ; C. Charrault, « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », in *Droit et techniques de cassation*, 2009, BICC, n° 702, du 15 mai 2009. Cette tendance est favorisée par les incertitudes entourant la distinction du droit et du fait. Sur ce point, v. not. G. Marty, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Préf. de M. Charles César-Bru, th. Toulouse, 192 ; J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », D. 2005, chr., 115.



cette occasion ne font pas l'objet d'une critique. Certaines seulement sont accusées de déborder sur le domaine de l'appréciation des faits.

Il s'agit de règles jugées *encombrantes*, qui interviennent à propos de questions essentiellement factuelles et n'ont pour effet que d'embarrasser la démarche des juges du fond sans parvenir à la guider (A). Il peut s'agir, *a fortiori*, de règles *contraignantes* qui viennent alors réduire excessivement, voire éliminer complètement la marge d'appréciation des faits (B).

A. Les règles encombrantes

212. Certaines questions sont essentiellement factuelles : leur réponse ne peut être que particulière et trouvée à travers l'appréciation des faits. Sur ces questions, les divergences de solution ne sont pas, en elles-mêmes, problématiques ; elles ne font que refléter la diversité des faits. Les tentatives d'unification sont donc portées à échouer ou, lorsqu'elles réussissent, à constituer des règles apparemment peu utiles et encombrantes. De telles règles ne réalisent aucune unité réelle de la jurisprudence et paraissent plutôt entraver la démarche des juges du fond, contraints de se conformer à des formules de principe, au lieu de développer les raisons de décider dans un sens ou dans l'autre.

La cause réelle et sérieuse du licenciement en est un exemple. Voici une qualification appartenant à la catégorie des notions empiriques, qui « *procèdent d'appréciations d'ordre essentiellement factuel, liées à l'espèce sans possibilité de systématisation* »¹⁶⁷³. La Cour de cassation a toutefois tenté d'élaborer des règles générales en la matière. Jusqu'en 1987, la Chambre sociale s'est, en effet, efforcée de systématiser les multiples solutions retenues, afin d'établir un catalogue de cas-types¹⁶⁷⁴. Les comportements du salarié, une fois schématisés, semblaient pouvoir être classés en deux colonnes, selon qu'ils constituaient ou ne constituaient pas une cause réelle et sérieuse du licenciement.

¹⁶⁷³ M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^{ème} éd. 2003, p. 101.

¹⁶⁷⁴ V. par ex., pour l'insuffisance des résultats obtenus par un salarié, Cass. soc. 12 mai 1980, *Bull. civ. V*, n° 412, p. 312 ; 4 juin 1980, *Bull. civ. V*, n° 482, p. 365 ; 17 juin 1982, *Bull. civ. V*, n° 404, p. 300 ; 15 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 325, p. 230 ; 5 oct. 1983, *Bull. civ. V*, n° 472, p. 336.



Cette tentative de réglementation n'aboutit pas. La question de savoir si tel comportement constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement relève, en effet, de l'appréciation des faits. Il est « impossible de dire si a priori le licenciement est justifié »¹⁶⁷⁵. La réponse « dépend, par trop, d'éléments contingents (capacités, comportement, ancienneté du salarié, nature du travail, situation de l'entreprise) »¹⁶⁷⁶. Il paraît donc difficile de poser une règle générale en la matière. La « trop grande variété des situations » rend « impossible toute systématisation »¹⁶⁷⁷. La Chambre sociale, ayant pris « conscience qu'elle s'épuisait dans un contrôle qui en définitive n'apportait rien, au-delà du jugement de l'affaire, à l'élaboration du droit »¹⁶⁷⁸, renonça finalement à exercer son pouvoir prétorien, par un revirement du 21 janvier 1987¹⁶⁷⁹.

Les difficultés particulières rencontrées lors de l'élaboration de la règle peuvent ainsi signaler l'existence d'un empiètement sur le domaine des faits. C'est le signe qu'en la matière, la systématisation paraît impossible. La Cour de cassation a été confrontée à des difficultés de ce genre à propos de l'abus de fonction du préposé. Les formations supérieures de la Cour de cassation ont paru s'embourber dans un laborieux travail de définition, à la recherche d'une « formule générale applicable à tout abus de fonctions »¹⁶⁸⁰, un « modèle unique à l'imitation des juges du fond »¹⁶⁸¹. Or, les définitions successives de la notion ne parvenaient pas à fixer la jurisprudence¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁵ X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 91.

¹⁶⁷⁶ M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 111. V. aussi, X. Bachellier, art. *précit.* : « Aucune unité de solution n'est envisageable et on conçoit que le contrôle soit abandonné ».

¹⁶⁷⁸ X. Bachellier, art. *précit.*

¹⁶⁷⁹ Cass. soc. 21 janv. 1987, *Bull. civ. V*, n° 36. La Cour de cassation conserve ainsi, non pas un contrôle de la qualification, mais un contrôle de la motivation (A. Cristau, « Rupture, licenciement pour motif personnel », *Répertoire de droit du travail*, janv. 2004, mise à jour : mars 2014, spéc. n° 229 et s.).

¹⁶⁸⁰ C. Larroumet, note sous Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, D. 1988, Jur. 513.

¹⁶⁸¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 219-223, p. 470.

¹⁶⁸² V. les définitions successives, formulées par Cass. ch. réun. 9 mars 1960, D. 1960.329, note R. Savatier, JCP 1960.II.11559, note Rodière ; Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, D. 1977.465, note C. Larroumet, JCP 1977.II.18730, concl. Gulphe, Defrénois 1977.1517, obs. Aubert, RTD civ. 1977.74, obs. Durry ; 17 juin 1983, JCP 1983.II.20120, concl. Sadon, note F. Chabas, RTD civ. 1983.749, obs. Durry ; 17 nov. 1985, D. 1986.81, note Aubert, JCP 1986.II.20568, note G. Viney, RTD civ. 1986.128, obs. J. Huet ; 19 mai 1988, D. 1988.513, note Larroumet, Gaz. Pal. 1988.2.640, concl. Dorwling-Carter, Defrénois 1988.1097, obs. Aubert, RTD civ. 1989.89, obs. Jourdain.



On a attribué ces complications, au moins pour partie, au fait que la question semblait, par nature, relever de l'appréciation des faits¹⁶⁸³. En effet, « *la difficulté n'est pas tant ici de définir le contenu d'une règle de droit que d'apprécier presque cas par cas si le préposé est ou non sorti de ses fonctions* »¹⁶⁸⁴. Dans ce domaine, les situations semblent trop nombreuses et trop variées, pour qu'une règle générale puisse être dégagée. L'appréciation des faits y paraît « *irremplaçable* »¹⁶⁸⁵ ; une règle générale ne saurait s'y substituer complètement. Si la règle est tout de même posée, elle ne paraît pouvoir aboutir qu'à une unification superficielle. Ainsi, la dernière définition de l'abus de fonction formulé le 19 mai 1988 énonçant qu'il s'agit, pour le préposé, d'agir « *sans autorisation* », « *à des fins étrangères à ses attributions* » et de se placer « *en dehors de ses fonctions* »¹⁶⁸⁶, ne semble pas avoir véritablement fixé la jurisprudence. Si elle a bien scellé « *sa formule de référence* »¹⁶⁸⁷, les divergences se perpétuent au niveau des solutions retenues¹⁶⁸⁸.

214. Une telle règle de droit a l'allure d'une règle encombrante. Elle contraint les juges du fond à raisonner à un niveau élevé de généralité et d'abstraction, là où une appréciation concrète des faits serait manifestement nécessaire. En outre, la règle générale ne prépare pas la motivation judiciaire, en indiquant des raisons de décider dans un sens ou dans l'autre. Conçue pour réaliser l'unité, au-delà des divergences de position, elle s'apparente à une règle « *descriptive* »¹⁶⁸⁹, selon la formule du Professeur Atias, qui dépeint une situation parfaite sur laquelle l'ensemble des juridictions peuvent s'accorder par principe. La dernière définition de l'abus de fonction décrit ainsi la situation idéale qui ne suscite aucune difficulté. Il est certain que si le préposé a à la fois, agi « *sans autorisation* », « *à des fins étrangères à ses attributions* » et « *s'est placé en dehors de ses fonctions* », il a commis un abus de fonction. Si cette situation se présente en pratique, la solution s'impose avec évidence. En réalité, il s'agit

¹⁶⁸³ Ainsi que le faisait remarquer Monsieur Christian Larroumet, « *aucune formule, aussi précise puisse-t-elle être ne peut permettre d'appréhender l'abus de fonctions dans des termes aussi variables pour déterminer si le commettant doit ou non être obligé à réparation* » (Note précit. sous Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988).

¹⁶⁸⁴ X. Bachellier, art. précit.

¹⁶⁸⁵ C. Atias, art. précit.

¹⁶⁸⁶ Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, précit.

¹⁶⁸⁷ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 1164, p. 2341.

¹⁶⁸⁸ « *Car pour ce qui est des solutions concrètes, la conciliation n'est pas toujours aisée* » (*Ibid.*). Il est lit aujourd'hui que « *selon les périodes, la partie favorisée sera le commettant ou la victime : la jurisprudence restrictive favorisera le commettant dont la responsabilité ne sera pas engagée en cas d'abus de fonctions ; la jurisprudence extensive défendra mieux les intérêts de la victime puisqu'alors le commettant sera responsable de tout abus de fonctions* » (F. Bénac-Schmidt et C. Larroumet, « Responsabilité des commettants », Répertoire de droit du travail, juillet 1999, mise à jour : sept. 2011, spéc. n° 122).

¹⁶⁸⁹ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, Puf, coll. « L'interrogation philosophique », 2009, n° 252, p. 165.



précisément d'un cas où la question de savoir si le préposé a ou non commis un abus de fonction ne se pose pas.

Lorsque les difficultés se rencontrent, parce que le préposé a agi, par exemple, dans ses fonctions, avec une autorisation, mais à des fins étrangères à ses attributions, la règle posée n'est pas d'une grande aide : elle ne contient pas des raisons de décider dans un sens ou dans l'autre. Cette règle risque seulement d'encombrer la démarche des juges du fond, sans parvenir à la guider. « *La description du cas qui ne laisse place à aucune question n'est pas nécessairement la voie à emprunter pour préparer la réponse aux questions qui se posent effectivement* »¹⁶⁹⁰.

Le Professeur Atias envisage également un autre exemple : la définition de la garde de la chose, formulée par l'arrêt *Franck*¹⁶⁹¹, comme les pouvoirs d' « usage », de « contrôle » et de « direction ». Il est certain que lorsqu'une personne exerce ces trois pouvoirs sur la chose, elle en a manifestement la garde. Cette situation, si elle se présente dans les faits, ne comporte aucune difficulté : c'est la situation idéale où le problème de la détermination du gardien ne se pose pas. Lorsque ce problème se pose, parce que deux personnes sont susceptibles de revêtir cette qualité, l'une ayant l'usage, l'autre, par exemple le contrôle et la direction, que décider ? L'arrêt *Franck* n'apporte aucun élément de réponse sur ce point. Par conséquent, la règle générale qu'il formule « *ne guide guère, lorsque ces diverses conditions ne sont pas réunies sur la même tête, la distinction des cas soumis à la disposition et de ceux qui lui échappent* »¹⁶⁹².

¹⁶⁹⁰ L'auteur évoque un autre exemple de règle encombrante, lorsque la Cour de cassation pose en principe que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* » (Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. Civ. I, n° 300, p. ?; D. 1999.197, note C. Jamin ; Somm. 115, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1999.II.10133, note Rzepecki, Defrénois 1999.374, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 374, obs. J. Mestre). Dire que le créancier peut mettre fin au contrat « *à ses risques et périls* », c'est décrire une situation. Lorsque le créancier rompt le contrat, il prend le risque d'être désapprouvé par les juges, si le débiteur conteste la rupture. Une telle formule représente donc une règle « *descriptive* », qui ne guide pas vraiment les juges du fond dans la résolution des problèmes, en indiquant les raisons pour lesquelles la résolution unilatérale du contrat sera considérée comme justifiée ou non. « *Si la fonction de la règle n'est pas de raconter son impuissance, en lui donnant l'apparence d'un principe, si elle peut être de porter la recherche du juste en préparant la détermination des raisons de décider, la référence aux « risques et périls » de la position adoptée est peu pertinente* » (C. Atias, « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », D. 2000, P. 1103).

¹⁶⁹¹ Arrêt *Franck*, Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25, note Ripert, S. 1941.1.217, note Mazeaud, JCP 1942.II.1766, note Mihura, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 200, p. 389 et s. V. *supra*, n° 139.

¹⁶⁹² C. Atias, *op. cit.*, n° 262, p. 171.



Ainsi, lorsque la question paraît relever, par nature, de l'appréciation des faits, le rôle de la Cour de cassation semble trouver ses « *limites* »¹⁶⁹³. La diversité des situations et l'impossibilité de systématisation pourraient marquer la fin de sa mission d'unification du droit et de son pouvoir prétorien. Dans ces circonstances, il est permis de se demander si la Cour de cassation « *ne doit pas se tenir en retrait, veillant seulement au respect de certains principes, mais s'abstenant de vouloir tout régler* »¹⁶⁹⁴.

Cette même question peut être posée, *a fortiori*, pour les règles *contraignantes* qui paraissent avoir un impact plus lourd sur l'appréciation des faits.

B. Les règles contraignantes

215. Les règles prétoriennes sont contraignantes lorsqu'elles conduisent à réduire la marge de manœuvre des juges du fond, parfois au point de l'éliminer complètement¹⁶⁹⁵. Ces règles excluent, en effet, certains éléments du champ d'appréciation des faits. Mais cette exclusion n'est pas justifiée par des raisons véritablement juridiques : il ne s'agit pas de limiter le pouvoir des juges du fond en déterminant les conditions de mise en œuvre des dispositions légales, conformément à leur *ratio legis*. La réduction de leur pouvoir s'explique plutôt par des raisons politiques : il s'agit de mener une certaine politique jurisprudentielle qui ne s'accommode pas de la liberté des juges du fond.

216. En proclamant, par exemple, que « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »¹⁶⁹⁶, la Cour de cassation insère une règle prétorienne sous l'article 1382 du Code civil. Cette règle, motivée par une politique d'indemnisation des victimes¹⁶⁹⁷, a pour effet de limiter la marge d'appréciation des faits. Elle empêche les juges du fond d'apprécier si la victime a commis ou non une faute à l'origine de l'aggravation du dommage. La faute de la victime est donc un élément écarté d'office ; il est exclu du champ d'appréciation des faits. De cette manière, les juges du fond sont privés de la possibilité de

¹⁶⁹³ X. Bachellier, art. *précit.*

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*

¹⁶⁹⁵ C. Atias, art. *précit.*, et « La condition ajoutée à la loi par le juge », D. 2009.2654.

¹⁶⁹⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D. 2003.2326, note Chazal, 2004. Somm. 1346, obs. Mazeaud, JCP 2004.I.101, n° 9, obs. G. Viney, Defrénois, 2003.1574, obs. J.-L. Aubert, LPA 2003, n° 218, p. 5, note S. Refeigerste, RTD civ. 2003.716, obs. P. Jourdain ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n°190, p. 334. V. *supra*, n° 104-105.

¹⁶⁹⁷ Note J.-P. Chazal, sous Cass. civ. 2^{ème} 19 juin 2003, D. 2003, p. 2326.



débouter la victime, pour absence de lien de causalité entre la faute originaire de l'auteur du dommage et l'aggravation invoquée.

Dans cette hypothèse, la règle prétorienne n'est pas dégagée du principe applicable, conformément à sa raison d'être. Elle s'ajoute à lui, à un degré inférieur de généralité et vient réduire la marge de manœuvre des juges du fond. Cette façon de procéder suscite des réactions. Au-delà des solutions retenues, « *c'est la méthode choisie par la Cour de cassation qui encourt la critique la plus grave. La qualité du droit français est affectée par cette démarche qui occulte la complexité des faits, esquive la casuistique, pour se réfugier derrière la proclamation de règles générales* »¹⁶⁹⁸.

La remarque est la même, lorsque la Cour de cassation pose en principe que « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* »¹⁶⁹⁹. Cette règle limite l'appréciation des faits : elle empêche les juges du fond d'apprécier si l'erreur commise par l'*errans* était ou non excusable. Elle « *revient à proscrire l'allégation et la prise en considération des circonstances susceptibles de caractériser la faute commise en se trompant* »¹⁷⁰⁰. L'erreur grossière de l'*errans* est donc un fait désormais exclu du champ d'appréciation des juges du fond ; ceux-ci ne peuvent plus en tenir compte pour rejeter la demande de l'*errans*.

On parvient encore au même résultat, lorsque, dans l'arrêt *Bootshop*, la Cour de cassation déclare que « *le tiers à un contrat peut invoquer un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »¹⁷⁰¹. En posant cette règle générale, la Haute juridiction retire aux juges du fond la possibilité d'apprécier le caractère fautif ou non du manquement contractuel. Ceux-ci ne sont plus autorisés à apprécier si la faute commise par le débiteur à l'égard du créancier et dans le cadre de l'exécution du contrat, mérite ou non la qualification de « *faute* » délictuelle à l'égard du tiers. La règle posée implique que la réponse est nécessairement positive, *a priori* et de manière générale.

¹⁶⁹⁸ J.-P. Chazal, note *précit.*

¹⁶⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, D. 2001, p. 272, note D. Mazeaud, et somm. Com. , p.3236, obs. L. Aynès, JCP 2001.I.330, obs. A. Constantin, Defrénois 2001.703, obs. Libchaber, RTD civ. 2001.353, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁷⁰⁰ C. Atias, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », art. *précit.*

¹⁷⁰¹ Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, D. 2006.2825, note G. Viney, JCP 2006.II.10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau, I. 115, n° 4 obs. Ph. Stoffel-Munck, RTD civ. 2007.123, obs. P. Jourdain, CCC 2007, n° 63, note Leveneur, RDC 2007, p. 540, note P. Ancel, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°177, p. 244 et s.



On trouve encore de nombreux exemples de ces règles contraignantes. Lorsque la Cour de cassation déclare, dans l'arrêt *Baldus*, qu'« aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur »¹⁷⁰², elle exclut l'éventuelle réticence dolosive de l'acheteur du champ d'appréciation des faits. Tous les éléments de fait démontrant que son silence était animé par une intention dolosive ne peuvent plus être pris en considération. De même, lorsque la Haute juridiction pose que « le fait de causer la chute d'un grimpeur constitue une faute »¹⁷⁰³, elle empêche les juges d'apprécier les faits et d'écarter la qualification de faute. Désormais, le fait de causer la chute d'un grimpeur « constitue, en soi, une faute »¹⁷⁰⁴.

Ces règles prétoriennes ont été contestées. Ceci, moins pour leur contenu, que pour leur existence même. En « refoulant le fait sur lequel elle n'a aucun pouvoir »¹⁷⁰⁵, la Cour de cassation réduit ou supprime la liberté des juges du fond et transforme « la nature de notions qui, en elles-mêmes, sont empiriques »¹⁷⁰⁶. Les notions de faute, de dol ou d'erreur, reposent « sur une appréciation concrète des faits particuliers »¹⁷⁰⁷. Elles se trouvent donc dénaturées lorsqu'elles « accueillent des solutions systématiques exclusives de toute considération tenant aux circonstances propres à l'espèce »¹⁷⁰⁸. Réduire la marge d'appréciation des faits, c'est aussi perdre le sens de la « question de droit »¹⁷⁰⁹ et condamner définitivement les « causes perdues »¹⁷¹⁰.

217. Remarquons que, dans les faits, ces règles contraignantes ne sont pas toujours efficaces. Les juges du fond peuvent « aisément s'en affranchir »¹⁷¹¹ et retrouver la marge de manœuvre nécessaire à la résolution des questions concrètes. Leur résistance est ainsi souvent souterraine et plusieurs procédés sont utilisés pour déroger discrètement aux formules imposées par la Cour de cassation.

¹⁷⁰² Arrêt *Baldus*, Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 131, D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond, JCP 2000.I.272, obs. Loiseau et II.10510, note Jamin, CCC 2000, n° 140, note Leveneur, RTD civ. 2000.566, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁷⁰³ Cass. civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, *Bull. civ. II*, n° 85, p. 59, JCP 2000.I.280, obs. G. Viney, Gaz. Pal. 2002.390, note A. Bolze. V. *supra*, n° 168.

¹⁷⁰⁴ G. Viney, note *précit.* Et ce, alors même que « a priori normale, la maladresse ne peut être fautive que si l'on vérifie en quoi elle est anormale. Contrairement aux apparences, la notion de maladresse rend encore plus indispensable la recherche de l'illicite » (A. Bolze, note *précit.*).

¹⁷⁰⁵ J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », art. *précit.*

¹⁷⁰⁶ C. Atias, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », art. *précit.*

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*

¹⁷⁰⁹ C. Atias, « L'introuvable question de droit », RTD civ. 2010, p. 243.

¹⁷¹⁰ C. Atias, « La revanche des causes perdues », D. 2006, p. 3004.

¹⁷¹¹ X. Bachelier, art. *précit.*



Un premier procédé consiste à retenir « *une circonstance de fait non envisagée dans la formule* »¹⁷¹². Pour écarter la règle selon laquelle « *aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur* », les juges du fond ont pu ainsi, dans des affaires ultérieures, relever des circonstances de fait qui caractérisaient particulièrement la mauvaise foi de l'acheteur - le recours à un prête-nom et l'insertion dans le contrat d'une clause de substitution, par exemple¹⁷¹³ - et qui paraissaient ainsi autoriser une dérogation à la règle prétorienne qui ne mentionnait pas ces éléments. Egalement, pour écarter le principe selon lequel « *le fait de provoquer la chute d'un grimpeur constitue une faute* », les juges du fond se sont appuyés sur les particularités de fait des espèces suivantes : du côté du grimpeur, ses faibles compétences, son rôle mineur dans la cordée, et du côté de la victime, sa connaissance du parcours et sa conscience du danger¹⁷¹⁴. Ces circonstances particulières justifiaient ainsi l'adoption d'une solution contraire au principe consacré.

Un deuxième procédé consiste à déplacer la question de droit sur un autre fondement, où les juges disposent d'une plus grande liberté d'appréciation. Par exemple, si « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend nécessairement excusable l'erreur provoquée* », les juges du fond sont privés de la possibilité de débouter l'*errans*, parce que son erreur était grossière. Mais ils peuvent retrouver leur liberté d'appréciation en se plaçant au niveau des conditions du dol et en jugeant qu'elles ne sont pas remplies. La demande n'est plus alors rejetée parce

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ CA Rennes, 8 déc. 1998, confirmé par Cass. civ. 3^{ème} 15 nov. 2000, D. 2002 Somm. 928, obs. Tournafond, CCC, 2001, n° 23, obs. L. Leveneur, RTD civ. 2001.355, obs. J. Mestre et B. Fages. La Cour de cassation approuve la solution et reprend longuement les circonstances de fait, souverainement appréciées par les juges du fond : « *Attendu, dit-elle, qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les vendeurs ignoraient la qualité du sous-sol de leurs terres, que l'acte de vente avait été signé sans que M. Y. ne révèle pour le compte de qui il contractait, que le fait qu'une clause de substitution ait été prévue ne pouvait justifier que la société Carrières de Brandefert se soit dissimulée derrière un prête-nom, son propre directeur général, alors qu'elle avait connaissance de la richesse de la composition du sol, qu'elle s'était tue, jusqu'à la signature du « compromis », sur son projet d'exploitation, maintenant ses cocontractants dans l'ignorance que le projet d'acte authentique qu'elle entendait soumettre aux vendeurs stipulait que l'immeuble était destiné pour partie à l'habitation et le surplus à usage agricole, la cour d'appel a pu considérer que le dol était constitué* ». Ainsi, si, en principe, l'acheteur n'a aucune obligation d'information, toutefois, « *dans certaines circonstances particulières* » (L. Leveneur, obs. *précit.*), sa réticence peut se trouver sanctionnée. « *Tout est simplement fonction des circonstances de l'espèce* » (J. Mestre et B. Fages, obs. *précit.*).

¹⁷¹⁴ CA Paris, 9 mai 2000, confirmé par Cass. civ. 2^{ème}, 24 avril 2003, n° 01-00.450, Bull. civ. II, n° 116, p. 99. Dans la mesure où le défendeur, déclare-t-elle, « *n'avait pas une compétence d'alpiniste suffisante pour être qualifié de chef de cordée et pour endosser la responsabilité de la conduite de l'escalade et qu'il ne pouvait encourir le reproche d'avoir omis, marchant en tête, d'informer ses amis du risque de chute de pierres parce que tous le connaissaient par la lecture préalable du guide-topo du parcours et parce que la connaissance d'un tel danger sur un parcours pierreux « tombait sous le sens commun »* », les juges du fond ont pu déduire « *que le déclenchement de la chute d'une pierre par M. Y... n'était pas fautif* ».



que l'erreur était inexcusable, mais parce que la réticence dolosive n'était pas établie¹⁷¹⁵. La véritable raison du rejet de l'action est ainsi dissimulée.

De la même façon, si « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* », les juges du fond ne peuvent plus débouter la victime négligente au titre de la faute commise dans l'aggravation du dommage. En revanche, ils conservent la possibilité de diminuer l'indemnisation de la victime en disqualifiant son préjudice : ce n'est plus un dommage plein et entier ; ce n'est qu'une perte de chance¹⁷¹⁶.

En somme, il n'est pas complètement certain que la production de règles soit nécessairement un progrès. L'inflation prétorienne paraît entraîner les mêmes désagréments que l'inflation législative : le « *discrédit* » de l'organe producteur de droit et la « *désobéissance généralisée, ouverte ou cachée* »¹⁷¹⁷. La résistance des juges du fond est ainsi fréquente, à l'encontre des règles qui réduisent le pouvoir d'appréciation des faits. Et cette résistance contribue à dissimuler les véritables raisons pour lesquelles les demandes sont accueillies ou rejetées, ce qui est préjudiciable pour la sécurité juridique.

Peut-être y a-t-il donc ici une « *limite* » du pouvoir prétorien : « *le juge du droit ne peut sans doute pas porter atteinte aux principes fondamentaux, à ceux qui gouvernent le procès en particulier* »¹⁷¹⁸. Ce n'est que dans le respect de cette limite, que la création prétorienne peut être admise.

¹⁷¹⁵ « *Reste tout de même qu'en présence de situations trop criantes, dans lesquelles le cocontractant a commis une erreur grossière, les juges conservent la possibilité de refuser l'annulation du contrat en se fondant sur les autres conditions du dol, et notamment l'élément matériel (en déduisant de ce que l'information était facile à obtenir le fait qu'elle n'a pas été véritablement cachée ou omise par l'autre contractant), l'élément intentionnel (en estimant que le cocontractant n'a pas cherché à tromper son cocontractant, dès lors qu'il pouvait légitimement croire que celui-ci connaissait l'information), voire l'élément psychologique (en tenant l'erreur pour invraisemblable)* » (A. Constantin, obs. *précit.*). Pour un exemple, où les juges du fond ont rejeté la demande, non pas pour erreur inexcusable, mais pour erreur non déterminante (Cass. com. 10 juill. 2001, n° 98-16.202). Ainsi, « *l'analyse in concreto du caractère déterminant de l'erreur permet au juge de refuser l'annulation lorsqu'il apparaît que celui qui la demande aurait dû se renseigner* » (D. Poracchia, Lamy Droit du contrat, mai 2010, n° 207-11).

¹⁷¹⁶ CA Agen, 4 sept. 2007, cassé par Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, D. 2009, p. 1114, note R. Loir. « *Si l'arrêt d'appel a mérité la censure, c'est en réalité, parce que les juges du fond n'avaient utilisé la qualification de perte de chance que dans le seul but de justifier une limitation du montant de l'indemnisation* » (R. Loir, note *précit.*).

¹⁷¹⁷ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, éd. Flammarion, 1996, p. 30 (sur les effets de l'inflation législative). V. aussi, C. Atias, « La fin du mythe ou la défaillance du juridique », D. 1997, p. 44.

¹⁷¹⁸ C. Atias, art. *précit.*



§ II. La réception des critères prétoriens

218. Pour que le partage des compétences soit respecté, il faut que la Cour de cassation n'exerce son pouvoir prétorien que dans certaines limites. Dans les matières qui relèvent de l'appréciation des faits, elle ne devrait produire, apparemment, que des critères à apprécier, c'est-à-dire des normes utiles et « *périphériques* »¹⁷¹⁹, qui préservent la marge d'action des juges du fond (A).

Cela suppose, toutefois, que les juges du fond se livrent effectivement à leur tâche. S'ils négligent d'apprécier les faits pour se déterminer au regard de motifs théoriques ou doctrinaux, ils délaissent d'eux-mêmes leur territoire et incitent la Cour de cassation à agir (B).

A. *Le rôle de la Cour de cassation*

219. Pour rester dans les limites acceptables, la Cour de cassation ne paraît pouvoir intervenir que dans les domaines où le droit prime sur les faits, c'est-à-dire là où une certaine unité peut être atteinte. C'est le cas, chaque fois qu'il est possible de dégager, au-delà de la multiplicité et de la diversité des faits, « *des éléments d'appréciation objectifs détachés des contingences factuelles* »¹⁷²⁰. Dans ce cas, l'apport prétorien sera utile parce qu'il permettra « *d'affiner la définition du présumé de la règle de droit* »¹⁷²¹, sans entraver la liberté des juges du fond, mais en la guidant utilement.

Il faut donc que la question se prête à des généralisations. « *Il y aura contrôle, chaque fois qu'il est possible de dégager des catégories de comportements susceptibles d'entrer dans la qualification* »¹⁷²². Les qualifications plus déterminées, ne s'appliquant qu'à une série limitée de faits seront un terrain propice. Des cas-types apparaîtront naturellement, sans qu'il soit

¹⁷¹⁹ X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », Droit et technique de cassation, BICC, n°702 du 15 mai 2009.

¹⁷²⁰ X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », art. *précit.*

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », art. *précit.*



besoin de conceptualiser une définition. Ils découleront directement des faits - *jus ex facto oritur*.

220. La « *faute grave* » du salarié par exemple, ne recouvre pas une série illimitée de faits. Cette notion est naturellement restrictive et des catégories majeures de fautes graves peuvent être tirées de l'observation des faits : « *la malhonnêteté, la déloyauté* », « *l'indiscipline* », « *la violence* », le « *harcèlement sexuel* »¹⁷²³, etc. Il en va de même et *a fortiori*, pour la « *faute inexcusable* » en matière d'accidents de la circulation. En effet, « *il n'y a pas cent façons de traverser une chaussée imprudemment et le comportement du piéton qui laisse assez peu de place aux considérations d'ordre psychologique peut être "objectivisé"* »¹⁷²⁴.

Ces catégories peuvent représenter des repères utiles pour l'appréciation des faits. Elles guident le travail des juges du fond sans l'entraver, pourvu qu'elles conservent une certaine souplesse et une perpétuelle ouverture. Les juristes romains disaient que « *toute formulation rigide est dangereuse en droit civil* » car « *il en est peu qui ne puissent être démolies ou réfutées victorieusement dans la controverse* »¹⁷²⁵. Les typologies doivent donc rester indicatives et se garder d'être exhaustives.

221. Pour ce qui concerne les questions dépendant d'éléments multiples et contingents, la Cour de cassation ne semble pas pouvoir intervenir utilement. Si les qualifications recouvrent une série indéfinie de faits, l'unification apparaîtra impossible. Elle ne pourra être, à tout le mieux, que relativement superficielle, voire artificielle. La Cour de cassation est donc invitée par les auteurs à se tenir en « *retrait* »¹⁷²⁶. D'une manière générale, le contrôle des qualifications, en tant qu'il implique la création de règles, « *doit être abandonné lorsque l'unité du droit n'est pas réalisable* »¹⁷²⁷ ou lorsqu'elle « *ne paraît pas être un impératif essentiel* »¹⁷²⁸.

Cela ne signifie pas, pour autant, que la Cour de cassation perde tout contrôle en la matière. Elle conserve un pouvoir prétorien, mais un pouvoir atténué. Elle peut continuer de dégager

¹⁷²³ X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », art. *précit*.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ Javolenus, liv. XI de ses *Lettres*, cité par M. Villey, *Le droit romain*, Puf, 10^{ème} éd., 2005, p. 124.

¹⁷²⁶ X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », art. *précit*.

¹⁷²⁷ *Ibid.*

¹⁷²⁸ J. Chevreau, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 85 et s.



des règles générales, mais des règles « *périphériques* »¹⁷²⁹, déterminant un cadre unitaire dans lequel le pouvoir souverain pourra s'exercer. Ces règles « *vont l'encadrer et l'insérer dans certaines limites* »¹⁷³⁰. Car si l'unité de solution ne peut être atteinte, une unité de raisonnement et d'approche, en revanche, peut être réalisée.

Il s'agit alors, par exemple, de dégager des « *indices à apprécier* »¹⁷³¹. Par exemple, s'il l'on ne parvient pas à obtenir une définition générale de l'abus de fonction du préposé, parce que les faits sont trop nombreux et trop variés, il reste possible de s'accorder sur les indices en fonction desquels on décidera de l'existence ou de l'absence d'un abus de fonction. Le Doyen Carbonnier citait quelques-uns de ces « *critères plus concrets* » qui pourraient guider les juges du fond dans l'appréciation d'un abus de fonction : le « *temps et le lieu* », « *le but, l'intérêt* », ou encore « *les moyens* »¹⁷³².

La jurisprudence ultérieure au revirement de 1987 en matière de cause réelle et sérieuse du licenciement contient d'autres exemples de ces critères plus concrets. L'appréciation de la cause réelle et sérieuse, déclare la Cour de cassation doit se fonder sur « *des éléments objectifs* »¹⁷³³. Les juges peuvent s'appuyer sur « *le comportement du salarié* », en tenant compte notamment de « *la nature de ses fonctions* » et « *de la finalité propre de l'entreprise* »¹⁷³⁴. En revanche, la « *perte de confiance alléguée par l'employeur* »¹⁷³⁵, qui est un élément subjectif, n'est pas un argument suffisant pour justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. La Chambre sociale a donc complètement changé son approche du problème : elle n'établit plus un catalogue des causes réelles et sérieuses du licenciement, mais indique des critères à apprécier et les limites de l'appréciation des faits dans ce domaine. C'est pourquoi on y a vu le « *terrain d'élection de l'émergence de ces principes périphériques* »¹⁷³⁶.

Dans les domaines dévolus à l'appréciation des faits, la compétence prétorienne paraît devoir s'exercer dans ces limites. Les règles posées ne viennent pas se substituer à l'appréciation des faits ; elles viennent guider le travail des juges du fond en constituant des repères et des

¹⁷²⁹ X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », art. *précit.*

¹⁷³⁰ *Ibid.*

¹⁷³¹ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, op. cit., n° 262, p. 171.

¹⁷³² J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, op. cit., n° 1159, p. 2334 et s.

¹⁷³³ Cass. Soc. 29 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 597.

¹⁷³⁴ Cass. Soc. 17 avr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 201.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », art. *précit.*



frontières utiles. La Cour de cassation continue ainsi d'exercer sa mission de gardien de l'unité du droit, mais non pas « *le gardien d'une prison qui tourne les clés des grilles les unes derrière les autres* »¹⁷³⁷. Plutôt, le « *gardien d'une maison sans barreaux, ouverte sur la vie qui n'a d'autre arme que sa force de conviction* »¹⁷³⁸.

Au-delà de son pouvoir prétorien, la Cour de cassation garde, par ailleurs, un contrôle d'une autre nature : le contrôle de la *motivation* des décisions de justice. Il ne s'agit plus alors d'un « *contrôle normatif* » mais d'un « *contrôle disciplinaire* »¹⁷³⁹, qui sera d'autant plus strict, que la question sera factuelle¹⁷⁴⁰. Ce contrôle lui permettra notamment de vérifier que les juges du fond se livrent effectivement à leur mission d'appréciation des faits, ce qui n'est pas toujours le cas.

B. Le rôle des juges du fond

222. La remarque est la même qu'en matière de partage des compétences entre le droit prétorien et la loi : pour que la Cour de cassation puisse s'en tenir aux limites établies, il faut que les juges du fond remplissent leur part du travail et apprécient *effectivement* les faits. En conséquence, s'ils renoncent d'eux-mêmes à leur liberté et cessent d'apprécier les faits, ils incitent la Cour de cassation à exercer son pouvoir prétorien. En se déterminant, non plus au regard des circonstances de la cause, mais en fonction de motifs manifestement doctrinaux ou théoriques, ils laissent entendre, en effet, que la formulation d'un principe de solution est possible.

223. La règle posée au sujet de la formation du contrat entre absents en est un exemple. La question de savoir à quel moment se forme un contrat par échange de lettres paraît, en effet, étroitement mêlée aux faits. Le contrat s'est-il formé au moment où la lettre d'acceptation a été envoyée ou au moment où elle a été reçue ? Il paraît plutôt difficile de faire un choix d'ordre général. La solution semble davantage liée à une série de circonstances : l'intention des parties, l'état de leur relation, les usages d'une profession, les coutumes d'une région, la

¹⁷³⁷ X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », art. *précit.*

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *La technique de cassation, op. cit.* p. 46.

¹⁷⁴⁰ « *Moins le contrôle du fond est poussé, plus le contrôle formel doit l'être* » (X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », art. *précit.*).



nature de la question posée, etc. C'est pourquoi la Cour de cassation y a longtemps vu une « *question de fait* » c'est-à-dire une question dont la réponse « *peut varier selon les circonstances particulières de chaque espèce, de telle sorte que les juges du fond sont nécessairement investis en cette matière d'un pouvoir très étendu d'appréciation* »¹⁷⁴¹. Les décisions des juges du fond, dans un sens ou dans l'autre, étaient ainsi motivées par des particularités de fait¹⁷⁴².

Leur attitude changea, lorsque des systèmes furent développés en doctrine. Certains auteurs soutenaient la théorie de l'émission¹⁷⁴³, selon laquelle la formation du contrat entre absents se réalisait au moment de l'envoi de la lettre d'acceptation. D'autres considéraient à l'inverse que le contrat était formé au moment où cette lettre d'acceptation était reçue : c'était la théorie dite de la réception¹⁷⁴⁴. Disposant de ces deux principes de solution, les juges du fond cessèrent bientôt d'apprécier les faits. Leurs décisions n'étaient plus fondées sur les circonstances de la cause, mais sur « *un raisonnement purement théorique* »¹⁷⁴⁵. Elles se prononçaient « *en droit* » et au regard d'un « *principe général* »¹⁷⁴⁶, certaines en faveur de la théorie de l'émission¹⁷⁴⁷, d'autres pour la théorie de la réception¹⁷⁴⁸.

224. Lorsque, comme dans ce cas, les juges du fond cessent d'apprécier les faits, la Cour de cassation est incitée à agir. Puisque les « *les cours d'appel se sont refusées à envisager le*

¹⁷⁴¹ Cass. Req. 6 août 1867, D.P. 1868.1.35. V. aussi, Cass. Req. 1^{er} déc. 1875, D. 1877.1.451 ; Cass. Civ. 16 nov. 1910, D.P. 1912.1.150 ; Cass. Req. 29 janv. 1923, D.P. 1923.1.176 ; Cass. civ. 2 fév. 1932, S. 1932.1.68.

¹⁷⁴² V. not. CA Bourges, 19 janv. 1866, D.P. 1866.2.64 ; CA Montpellier, 26 déc. 1874, confirmé par Cass. Req. 1^{er} déc. 1875, D. 1877.1.451 ; CA Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 1892.2.390, et la référence aux « *usages constants de la place de Bordeaux* » ; Trib. Civ. D'Yssingeaux, 18 juill. 1910, confirmé par Cass. civ. 16 nov. 1910, D. 1912.1.50, note H.-L. et la référence aux « *usages corporatifs de l'industrie de la soie dans la région* », CA Alger, 27 avr. 1921, confirmé par Cass. Req. 29 janv. 1923, DP 1923.1.176, CA Paris 2 avr. 1928 et la référence à « *la volonté des parties* », confirmé par Cass. civ. 2 fév. 1932, S. 1932.1.68.

¹⁷⁴³ V. not. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^{ème} éd., 1871, n° 343. A l'origine, cette théorie était dite de l'*acceptation*.

¹⁷⁴⁴ V. not. Demogue, *Traité des obligations en général*, Librairie A. Rousseau, 1923, n° 578, p. 223. A l'origine, cette théorie était dite de l'*information*.

¹⁷⁴⁵ Sallé de la Marnière, note sous Cass. req. 21 mars 1932, D.P. 1933.1.65.

¹⁷⁴⁶ CA Orléans, 26 juin 1885, D. 86.2.135, et la référence à l'article 932 du Code civil comme édictant un « *principe général et applicable à toutes les conventions* » : « *il suit de ce principe que lorsque les parties ont adopté, pour réaliser leurs engagements, le mode de la correspondance, ce n'est qu'à partir du moment où la lettre contenant l'acceptation est parvenue à celle des parties qui a fait l'offre et qu'elle en a été touchée réellement, que le contrat est devenu pour elle définitif et qu'elle a perdu toute faculté de rétractation* ». V. aussi, CA Bourges 19 janv. 1866, D. 1866.2.64, (Comp. CA Bruxelles, 25 fév. 1867, D. 1867.2.193 : « *en droit, la vente par correspondance n'est parfaite que du moment où l'acceptation a été reçue par celui qui a fait l'offre* »).

¹⁷⁴⁷ CA Lyon, 26 mai 1928, Gaz. Palais, 1928.2.581 ; CA Nancy, 20 janv. 1925, D.P. 1926.2.15, note A.-C.

¹⁷⁴⁸ CA Aix, 23 nov. 1908, D.P. 1909.2.61. « *la vente par correspondance n'est parfaite que du moment où l'acceptation a été reçue par celui qui a fait l'offre* ».



problème autrement que du point de vue purement théorique »¹⁷⁴⁹, elles suggèrent que la question posée n'est pas vraiment être une question de fait, mais plutôt une question de droit, susceptible de recevoir une réponse générale et unifiée. La Cour de cassation paraît donc pouvoir exercer sa compétence prétorienne. Le 21 mars 1932¹⁷⁵⁰, elle sortait ainsi de sa réserve. La Haute juridiction plaçait « *la question sur le terrain théorique* » et « *sans tenir aucun compte des circonstances de la cause* », élaborait « *une règle de droit* »¹⁷⁵¹. De cette façon, elle admettait « *purement et simplement que le problème de la formation du contrat entre absents [relevait] de sa compétence* »¹⁷⁵².

La Cour de cassation peut donc poser des règles parce que les juges du fond l'y invitent eux-mêmes. En invoquant des motifs théoriques ou doctrinaux, ils transmettent le message que la question posée est susceptible de recevoir une réponse générale, indépendante des circonstances de la cause. La variété des solutions qui ne semblait, auparavant, que refléter la variété des faits, devient alors problématique. Elle traduit l'existence d'une divergence de jurisprudence que la Cour de cassation doit trancher. Une règle de droit devient nécessaire pour unifier les positions des juges.

Mais si la question est, par nature, une question de fait, l'énoncé d'une règle ne suffira pas à unifier la jurisprudence. Le commentateur indiquait ainsi que la solution semblait « *trop rigide pour se plier aux nécessités de la pratique* » et qu'il était « *douteux qu'elle fasse jurisprudence* »¹⁷⁵³. Ce qui se produisit par la suite. Quelques années plus tard et devant la diversité des solutions retenues¹⁷⁵⁴, la Cour de cassation renonça à la règle posée et abandonna à nouveau la question à l'appréciation des juges du fond. Dans les contrats entre absents, déclarait-elle le 20 juillet 1954¹⁷⁵⁵, « *la fixation du moment et, en conséquence, du lieu où le contrat est devenu parfait est généralement une question de fait dont la solution dépend des circonstances de la cause* ».

¹⁷⁴⁹ Sallé de la Marnière, note *précit.*

¹⁷⁵⁰ Cass. req. 21 mars 1932, DP 1933.1.65, note Sallé de la Marnière.

¹⁷⁵¹ Sallé de la Marnière, note *précit.*

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ Les cours d'appel « *hésitent entre les deux systèmes et paraissent adopter celui dont l'application leur paraît être la plus équitable à l'espèce qui leur est soumise* » (H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : supplément au cours élémentaire de droit civil français d'A. Colin et H. Capitant*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1950, n° 84).

¹⁷⁵⁵ Cass. soc. 20 juill. 1954, JCP 1955.II.8775, note A. Rabut. Cette solution fut réaffirmée, Cass. 1^{ère} sect. Civ., 21 déc. 1960, D. 1961.Jur. 117, note Malaurie.



Malgré une autre tentative de généralisation le 7 janvier 1981¹⁷⁵⁶, la portée de la règle édictée « *demeure sujette à controverses* »¹⁷⁵⁷. Certains auteurs l'évoquent comme étant le « *droit civil commun supposé* »¹⁷⁵⁸ ou maintiennent que la question est toujours abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁷⁵⁹. Et notons que la jurisprudence continue de fluctuer sur ce point, un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 16 juin 2011 ayant, une nouvelle fois, adopté une position générale et contraire à celle des deux arrêts de principe précédents¹⁷⁶⁰. L'incompétence de la jurisprudence peut ainsi avoir des effets sur la stabilité et la prévisibilité du droit et, en cela, se retrouve liée à un autre problème méthodologique de la création prétorienne : celui de l'*insécurité* de la jurisprudence.

¹⁷⁵⁶ Cass. com. 7 janv. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 14, p. 11, RTD civ. 1981.849, obs. F. Chabas ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n° 143-144, p. 13 et s. : le contrat conclu « *était destiné à devenir parfait, non pas par la réception par la société l'aigle de l'acceptation de la société comase, mais par l'émission par celle-ci de cette acceptation* ». Même si la rédaction n'a pas la netteté de l'arrêt du 21 mars 1932, elle a manifestement une dimension générale : la Cour de cassation semble prendre parti pour le système de l'émission. « *On se félicitera que soit ainsi affirmé un principe, supplétif, sans doute, mais un principe juridique* » (F. Chabas, obs. *précit.*). Certains auteurs présentent cette position comme étant « *la dernière expression du droit positif* » (Y.-M. Sérinet, note sous Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, JCP n° 39, 26 sept. 2011, 1016).

¹⁷⁵⁷ N. Dissaux, sous Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, D. 2011, p. 2260.

¹⁷⁵⁸ Y.-M. Sérinet, note *précit.* Un arrêt de la Cour de Nancy (11 sept. 2009, JCP n°5, 1^{er} fév. 2010, 109, obs. X. Henry), optant pour le système de la réception, estime qu'aucune jurisprudence constante de la Cour de cassation ne permet de prendre parti en faveur de l'un ou de l'autre des systèmes doctrinaux.

¹⁷⁵⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, les obligations*, v. précédente édition, 4^{ème} éd., 2009, n° 479, p. 248 : « *En réalité, la jurisprudence n'est pas nette et s'abrite derrière la recherche de la volonté des parties, ce qui explique que la Cour de cassation reconnaisse un pouvoir souverain aux juges du fond pour l'interpréter ou la découvrir* ». V. J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 941, p. 1966 : « *La Cour de cassation paraît reconnaître aux juges du fond un pouvoir souverain pour en décider* ».

¹⁷⁶⁰ Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, avec les notes de Y.-M. Sérinet et N. Dissaux *précit.* La Cour de cassation prend position pour la théorie de la réception, contrairement aux deux arrêts de principe précédents.



CHAPITRE 2nd

L'INSECURITE DE LA JURISPRUDENCE

« Si la “jurisprudence” peut assurément changer, il faudra bien un jour se demander comment concilier ses variations avec les exigences de la justice ».

C. Atias¹⁷⁶¹

225. La jurisprudence peut être source d'*insécurité juridique*. La manière dont le juge procède à la création amplifie l'incertitude et l'instabilité inhérentes à toute intervention prétorienne. L'aménagement prétorien est alors plus facilement rejeté. Le juge ne saurait échapper aux exigences de « *bonne législation* »¹⁷⁶² qui sont imposées au législateur lui-même - les principes de clarté, d'accessibilité, d'intelligibilité et de non-rétroactivité des lois. Ces principes sont garants du respect des droits procéduraux du justiciable¹⁷⁶³, en permettant de remplir les exigences du procès équitable formulées à l'article 6 §1, de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁶⁴. Si le juge décide d'exercer sa compétence normative, il est invité à respecter un substitut de procédure législative.

Cette limite paraît souvent franchie aujourd'hui, la jurisprudence se montrant de plus en plus audacieuse, au détriment de la sécurité juridique. Mais elle se manifeste à travers les nombreuses réactions doctrinales, qui dénoncent l'*incertitude* de la jurisprudence (Section 1) et sa *rétroactivité* (Section 2).

¹⁷⁶¹ C. Atias, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, D. 2000, p. 593.

¹⁷⁶² L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2014, n° 1154-2, p. 821 et s.

¹⁷⁶³ Sur cette catégorie spéciale de droits fondamentaux, v. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013, n° 345 et s., p. 307 et s.

¹⁷⁶⁴ Les exigences du procès équitable recouvrent le droit à un tribunal établi par la loi et impartial, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et le droit à ce que la cause du justiciable soit entendue publiquement et équitablement (J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 381 et s., p. 347 et s. et Y. Strickler, « Le droit à un procès équitable », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. R. Cabrillac), Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, p. 597 et s.). C'est à partir de cette dernière exigence que les règles prétoriennes ont été critiquées du point de vue de la faiblesse de la motivation et du point de vue de l'instabilité de la jurisprudence.



Section 1^{ère}

L'incertitude de la jurisprudence

226. Les principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité, rappelés au législateur par le Conseil constitutionnel¹⁷⁶⁵, imposent de rendre le droit compréhensible et fiable¹⁷⁶⁶. Si le juge manque à ces principes, en recourant à des méthodes de création qui augmentent l'ambiguïté et l'instabilité du droit, des réactions se manifesteront. Même si le résultat est de qualité, l'aménagement prétorien pourra être critiqué : les désagréments qu'il entraîne paraissent plus importants que les progrès qu'il peut réaliser.

Il est donc possible de soutenir que l'incertitude de la jurisprudence compte parmi les causes de rejet de l'aménagement prétorien (§I). L'apport du juge ne sera véritablement admis que si les exigences de bonne législation nécessaires à la sécurité juridique et au respect des droits individuels ont été respectées (§II).

§ I. Le rejet de l'aménagement incertain

227. Tandis que la loi existe, en principe, de manière officielle et permanente, la jurisprudence apparaît plus incertaine et plus instable. Parce que la décision de justice est à la fois judiciaire et potentiellement normative¹⁷⁶⁷, la règle prétorienne, ainsi que le disait le Doyen Gény, est toujours « *plus ou moins douteuse* »¹⁷⁶⁸. L'incertitude de la jurisprudence fait donc l'objet de critiques qui sont plus vives encore lorsque la démarche du juge augmente

¹⁷⁶⁵ CC, déc. n° 98-401 du 10 juin 1998, Rec. CC n° 258 ; CC, déc. n° 98-407 du 14 janv. 1999, JO 20 janv. 1999 ; CC déc. n° 99-423 du 13 janv. 2000, JO 20 janv. 2000. Sur ces nouveaux impératifs constitutionnels, v. M-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, chron. 361 ; Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^{ème} siècle », D. 2002, chron. 1157 ; E. Matutano, « Le législateur à l'épreuve des exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », RRJ 2006-4, vol. 1, p. 1791.

¹⁷⁶⁶ Les trois principes sont liés. Le principe de « clarté » et « d'intelligibilité » imposent la « compréhensibilité » de la loi (V. Lasserre-Kiesow, art. *précit.*, ou plus précisément, combattent « la loi incompréhensible », c'est-à-dire celle qui est « tellement imprécise et obscure qu'elle permet l'arbitraire de ceux qui l'appliquent » (M-A. Frison-Roche et W. Baranès, art. *précit.*). Quant au principe d'« accessibilité », il assure que « l'accès au droit soit effectif » (M-A. Frison-Roche et W. Baranès, art. *précit.*).

¹⁷⁶⁷ C. Atias, (« Une distinction nécessaire », D. 2008, p. 177.

¹⁷⁶⁸ F. Gény, cité sans références par M. Chrétien, in *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936, p. 110.



l'obscurité ou la précarité de la règle, causant de ce fait une atteinte trop forte à la sécurité juridique¹⁷⁶⁹.

Une motivation judiciaire insuffisante, qui n'indique ni l'adoption d'une règle nouvelle ni les raisons de ce choix, cultive l'*ambiguïté* de la règle (A). Et une brutale accélération du processus d'aménagement prétorien, conduisant à négliger la nécessité d'un débat et d'une expérience préalables, favorise l'*instabilité* de la règle (B).

A. *L'ambiguïté cultivée*

228. La loi existe de manière certaine, dès lors qu'elle a fait l'objet d'une procédure d'élaboration régulière et d'une publication au journal officiel¹⁷⁷⁰. On peut discuter de son bien-fondé, de ses failles ou de ses limites, mais on ne peut guère mettre en doute son existence. La situation est différente pour la règle prétorienne. Elaborée dans le cadre du règlement d'un litige, elle comporte un caractère incertain. La décision contient-elle une règle générale ou une solution particulière ? Toute décision de justice est ambiguë par nature¹⁷⁷¹, parce qu'elle contient les deux facettes : elle est à la fois judiciaire et potentiellement normative, individuelle et généralisable.

229. Cette ambiguïté est d'autant plus gênante qu'elle est parfois cultivée par les juges qui y trouvent un moyen de conserver une certaine marge de manœuvre dans l'œuvre de création. La méthode des petits pas¹⁷⁷², par exemple, qui permet de ne dévoiler la règle que très progressivement, a l'avantage de leur laisser une immense liberté par la suite. Si la règle n'est ni indiquée, ni justifiée, il est possible de la développer, comme de la réduire, de la maintenir, comme de la supprimer. Dans les années 1970, Monsieur le conseiller André Breton révélait la pensée des juges de cassation : « *Cette idée que nous lançons aujourd'hui, nous nous*

¹⁷⁶⁹ La sécurité juridique doit prévaloir sur la liberté du juge. La « *sécurité donnée par les règles de droit doit être considérée comme ayant une valeur plus grande que l'élasticité vivante du droit libre* » (G. Gurvitch, « Théorie pluraliste des sources du droit positif », *Annales de l'Institut International de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1934, p. 128 et s.). V. également, P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1946, p. 71 et s.

¹⁷⁷⁰ Site de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n°32, « La procédure législative », publiée le 28 avril 2014.

¹⁷⁷¹ Ainsi que l'explique C. Atias, « *le passage de la juris-dictio, qui s'exerce seulement dans la singularité de l'espèce, à la normativité prétorienne, demeure tout à fait incertain* » (« Une distinction nécessaire », *D.* 2008, p. 177).

¹⁷⁷² V. *supra*, n° 71 et s.



réservons, selon les circonstances futures, de l'infléchir dans un sens ou dans un autre, de lui donner une grande portée ou de la réduire à presque rien »¹⁷⁷³.

Dans certains cas, la crainte de trop s'engager est si forte, qu'elle conduit les juges à rester volontairement équivoques. Les petits pas sont alors « *si discrets* » que les évolutions ne semblent « *pouvoir être décelés que par les rédacteurs eux-mêmes, tant les nuances sont volontairement menues et dissimulées* »¹⁷⁷⁴. C'est ainsi que la Cour de cassation, redoublant de prudence après avoir créé une règle inopportune en matière de cautionnement¹⁷⁷⁵, a reculé petit à petit de manière presque imperceptible¹⁷⁷⁶. Le retour à la position traditionnelle a été rendu « *sibyllin au point que nombre d'auteurs ont pu douter du changement de doctrine* »¹⁷⁷⁷. La méthode des petits pas, qui se recommande pourtant de la sécurité juridique¹⁷⁷⁸, peut donc créer de l'incertitude.

230. L'arrêt de principe ne devrait pas avoir le même défaut. Puisqu'il pose directement la règle prétorienne, il devrait rendre le droit certain. Il a, pourtant été remarqué que les décisions de principe sont « *ambigües* »¹⁷⁷⁹. Elles sont « *généralement assez faiblement motivées* »¹⁷⁸⁰ et procèdent « *d'avantage par affirmation que par justification* »¹⁷⁸¹. Elles ne contiennent pas la mention d'un revirement et la création ou la suppression d'une règle ne sont pas signalées. Quant aux objectifs et aux motifs de la règle nouvelle, surtout s'ils sont d'ordre social, économique ou moral, ils disparaissent derrière une référence parfois artificielle à la loi. En réalité, chacune de ces décisions représente « *le point de départ de divers possibles, y compris son contraire* »¹⁷⁸².

¹⁷⁷³ A. Breton, « L'arrêt de la Cour de cassation », « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Toulouse, 1975, p. 27.

¹⁷⁷⁴ C. Mouly, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 123.

¹⁷⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 292-295, p. 835 et s. V. *supra*, n° 14-15.

¹⁷⁷⁶ V., *supra*, n° 91.

¹⁷⁷⁷ C. Mouly, art. *précit.*

¹⁷⁷⁸ V. *supra*, n° 72 et 86.

¹⁷⁷⁹ C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984.I.3145.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.* V. aussi R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975.I.2681.

¹⁷⁸¹ C. Atias, art. *précit.* et du même auteur, v. aussi, « La "simple affirmation" du juge », *D.* 2010, p. 221.

¹⁷⁸² J. Carbonnier, « Notes sur des notes d'arrêt », reproduit in *J. Carbonnier, Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008, p. 619, spéc. p. 623.



L'arrêt *Franck*, par exemple, déjà envisagé¹⁷⁸³, paraît prendre position. Il tranche le débat entre deux théories de la notion de garde et rejette celle de la garde juridique pour adopter celle de la garde matérielle. Pourtant, les termes choisis dans l'arrêt sont équivoques. La garde y est définie par trois mots, qui sont précisément empruntés aux deux théories rivales. L'« usage » est la caractéristique de la garde matérielle. Quant aux termes de « direction » et de « contrôle », c'étaient précisément ceux qui étaient employés par les partisans de la théorie de la garde juridique¹⁷⁸⁴. Mais en réunissant ces trois termes, sans doute dans un esprit de compromis pour rétablir l'unité de la jurisprudence, l'arrêt *Franck* est une illustration de ces décisions de principe qui font « *dominer une théorie sans se défaire totalement de sa rivale* »¹⁷⁸⁵.

En raison d'une motivation ambiguë, le sens de la règle peut ainsi rester incertain. Sa portée peut l'être également. La règle posée par le juge n'est-elle qu'une règle supplémentaire, qui s'ajoute aux règles posées ? Ou s'agit-il d'une règle totalement nouvelle, qui vient raser complètement l'édifice jurisprudentiel ?

Même les arrêts les plus nets en apparence, comportent cette part d'incertitude. L'arrêt *Dangereux*¹⁷⁸⁶, par exemple, paraît dépourvu d'ambiguïté. Il supprime une condition prétorienne ajoutée, plus de trente ans auparavant : l'intérêt légitime juridiquement protégé¹⁷⁸⁷. Pourtant, cette notion n'apparaît pas explicitement dans la motivation¹⁷⁸⁸. Il y est

¹⁷⁸³ Arrêt *Franck*, Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25, note Ripert, S. 1941.1.217, note Mazeaud, JCP 1942.II.1766, note Mihura, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°200, p. 389 et s. V. *supra*, n° 139.

¹⁷⁸⁴ La « direction » et le « contrôle » sont « *les expressions mêmes par lesquelles les juristes contemporains définissent la garde juridique* » (Note Ripert, note *précit.*). Le recours au terme d'« usage » change le sens de ces expressions, en visant soudain un « pouvoir » et un « contrôle » effectif et non plus juridique. Mais l'ambiguïté est dangereuse.

¹⁷⁸⁵ C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », art. *précit.*. Dans cette hypothèse, on pourrait même aller plus loin et dire que la garde juridique est la théorie dominante dans l'arrêt *Franck*. Car remarquons ainsi, après le Doyen Carbonnier, que cet arrêt « *s'exprimait négativement* » : le propriétaire volé n'avait plus la garde parce qu'il était « *privé de l'usage, du contrôle et de la direction* » de sa chose. « *Il n'aurait pas été impossible d'en induire une définition un peu différente : que la garde est la propriété, à moins que...* » (Droit civil, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 1179, p. 2365). En effet, l'arrêt n'énumérait les composantes de la garde qu'afin de préciser les conditions de l'exonération du propriétaire. Celui était présumé responsable, à moins qu'il ne démontre qu'il avait perdu la garde. La jurisprudence, du reste, est plutôt en ce sens. Elle a toujours appliqué « *cette règle de preuve que le propriétaire doit être présumé gardien* », ajoute le Doyen Carbonnier.

¹⁷⁸⁶ Arrêt *Dangereux*, Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, D. 1970, Jur. p. 201, note Combaldieu, RTD civ. 1970, p. 353, obs. G. Durry, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.* Tome 2, n° 185-186, p. 300 et s. V. *supra*, n° 125.

¹⁷⁸⁷ Arrêt *Méténier*, Cass. civ. 27 juill. 1937, DP 1938.1.8, note Savatier, S. 1938.1.321, note Marty, D.H. 1937. 437. V. *supra*, n° 125.



question d'un « *lien de droit* » qui ne serait plus une condition requise. Or, le « *lien de droit* » n'est que la forme la plus radicale de l'intérêt légitime juridiquement protégé. L'abandon de ce lien de droit, déjà avérée en pratique¹⁷⁸⁹, peut donc seulement représenter un assouplissement de la règle applicable. Partant, l'arrêt *Dangereux* ne romprait pas avec la jurisprudence antérieure, mais se placerait plutôt dans son prolongement en se *superposant* à elle. Il se limiterait ainsi à « *confirmer l'interprétation plus souple de la règle "révélée" en 1937, au lieu de nier cette règle* »¹⁷⁹⁰.

Et même l'arrêt *Desmares*¹⁷⁹¹ a été rédigé de manière ambiguë. Il semblait, pourtant, adopter une position radicale. Il supprimait brutalement la règle du partage de responsabilités en matière de responsabilité du fait des choses¹⁷⁹². Mais, à l'analyse, la motivation de l'arrêt est tendancieuse : en réalité, ce n'est pas le partage de responsabilité qui serait supprimé de manière générale, mais seulement le partage de responsabilité sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} en cas de fait non fautif de la victime. Cette hypothèse correspondait, en effet, à l'époque, à un excès de la jurisprudence antérieure¹⁷⁹³. Mais le partage de responsabilité sur le fondement de l'article 1382 et en cas de faute réelle de la victime paraît rester possible. Ainsi, tel qu'il est formulé, l'arrêt *Desmares* « *ne contredit pas directement une autre norme antérieure, mais s'ajoute à un ensemble jurisprudentiel dont il vient diversifier le contenu* »¹⁷⁹⁴.

L'arrêt de principe est donc rendu ambigu par la rédaction adoptée. Une technique plus récente employée par la Cour de cassation pour « *brouiller le sens de ses arrêts* », consiste à

¹⁷⁸⁸ L'arrêt *Dangereux* « *n'opère pas la négation de cette condition d'un intérêt légitime* » (A. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé*, coll. « critiques du droit », Pul, 1985, p. 271).

¹⁷⁸⁹ Dans les années précédant le revirement, la jurisprudence « *n'exigeait plus un droit lésé* », mais la lésion d'un « *simple intérêt* », à condition qu'il soit légitime (J. Vidal, « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », JCP.1971.1.2390).

¹⁷⁹⁰ A. Jeammaud, cité par A. Serverin, in *La jurisprudence en droit privé*, *op. cit.*

¹⁷⁹¹ Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449, concl. Charbonnier, note Larroumet ; JCP 1982.II.19861, note F. Chabas, Defrénois 1982.1689, obs. Aubert ; RTD civ. 1982.607, obs. Durry ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, n°211-213, p. 428 et s. V. *supra*, n° 119.

¹⁷⁹² L'exonération était totale si la faute de la victime présentait les caractères de la force majeure, et partielle, dans le cas contraire (Cass. Req. 13 avril 1934, D.P. 1934.1.41, S. 1934.1.313, note Mazeaud).

¹⁷⁹³ « *Ce qui est visé, en réalité, par l'arrêt Desmares, n'est pas le partage de responsabilité, mais la jurisprudence relative à l'exonération de l'auteur, partielle ou totale, sur les faits non fautifs de la victime, jurisprudence qui faisait depuis plusieurs années l'objet de critiques doctrinales très vives* » (E. Serverin, *op. cit.*, p. 271 et s.). Les juges avaient, en effet, adopté à l'époque une conception extrêmement souple de la faute de la victime (V. not., Civ. 2^{ème}, 3 nov. 1971, *Bull. civ. II*, n° 297 ; 7 nov. 1973, *Bull. civ. II*, n° 283 ; 12 fév. 1975, *Bull. civ. II*, n° 48 ; 6 mars 1975, *Bull. civ. II*, n° 77 ; 1er oct. 1975, *Bull. civ. II*, n° 236).

¹⁷⁹⁴ E. Serverin, *op. cit.*



troubler la compréhension de la décision par des « *messages annexes* », comme des communiqués de presse, des commentaires officiels, des rapports, et « *qui viennent dire ce qu'il faut comprendre au-delà ou à l'inverse des termes utilisés* »¹⁷⁹⁵. Cultivant ainsi l'incertitude, le juge franchit les limites de l'aménagement prétorien. Il les dépasse également, lorsqu'il favorise, par la suite, l'*instabilité* de la jurisprudence.

B. L'instabilité favorisée

231. La multiplication des revirements de jurisprudence a donné lieu à des critiques. Les revirements successifs, affectent gravement la sécurité juridique ; d'autant qu'ils sont, par essence, rétroactifs¹⁷⁹⁶. Des recherches sont menées sur les causes de cette augmentation de l'instabilité de la jurisprudence.

La multiplication des revirements paraît provenir, tout d'abord, de l'absence d'encadrement. En théorie, rien ne vient limiter le pouvoir de la Cour de cassation d'opérer des revirements de jurisprudence. N'étant pas une source officielle du droit, ses règles n'ont pas, à proprement parler, force obligatoire : elles n'ont qu'une autorité morale¹⁷⁹⁷. Il en va autrement en pays de *common law*. Le pouvoir normatif de la jurisprudence y étant reconnu, il est encadré par le système du précédent : les juges sont tenus par les règles qu'ils ont posées¹⁷⁹⁸. Un tel système « *s'oppose au revirement de jurisprudence* »¹⁷⁹⁹, qui fut même interdit en Angleterre pendant une grande partie du XX^{ème} siècle. Ce n'est qu'en 1966, que la Chambre des Lords se reconnut le droit de procéder à des revirements de jurisprudence et « *comme effrayée par sa propre audace* », elle affirma à plusieurs reprises que la liberté qu'elle s'était arrogée ne devait être utilisée qu'avec « *parcimonie* » et notamment « *qu'une mauvaise solution jurisprudentielle ne justifiait pas à elle seule un revirement de jurisprudence* »¹⁸⁰⁰.

¹⁷⁹⁵ P. Ancel, note sous Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, RDC 2007, p. 540.

¹⁷⁹⁶ V. infra, n° 241 et s.

¹⁷⁹⁷ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, vol. 1, PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd. 2004, n°144, p. 274.

¹⁷⁹⁸ R. David et X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais, op. cit.*, p. 60 et s., G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, n° 165, p. 100.

¹⁷⁹⁹ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 175, p. 105 et s.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, n° 176, P. 106 et s.



De même en droit romain, où le préteur était lié par les formules qu'il avait énoncées dans son édit *perpetuum*. C'était tout l'objet de la *lex Cornelia*, adoptée en 67 av. J.-C.¹⁸⁰¹, qui venait brider la créativité des préteurs, alors que la jurisprudence connaissait son âge d'or. Cette exigence était soigneusement respectée par les préteurs romains. *Verrès* fut le seul d'entre eux qui dut sa célébrité au fait qu'il violait systématiquement et sans scrupules les promesses de son édit, méprisant ainsi « *à la fois la science juridique et la tradition dont les prudents étaient les dépositaires* »¹⁸⁰².

Dans les systèmes de droit prétorien, les revirements de jurisprudence sont donc extrêmement encadrés. Cela provient du fait que la jurisprudence y est une « *source officielle et principale du droit* »¹⁸⁰³. Et seule une source officielle peut être soumise à une procédure d'élaboration, prenant en compte les exigences de prévisibilité et de stabilité du droit. Dans le système français où le droit est d'origine légale, ces exigences sont imposées au législateur. Mais, la jurisprudence qui est « *une source officieuse et d'exception* »¹⁸⁰⁴, y échappe. D'où la possibilité de multiplier les changements de position. « *A l'opposé des juridictions britanniques, les juridictions françaises ne semblent pas hésiter à modifier leur jurisprudence* »¹⁸⁰⁵.

233. Cette multiplication des revirements est également liée à un changement des méthodes de création de la jurisprudence. Alors que les grandes créations prétoriennes faisaient l'objet d'une lente élaboration, impliquant le travail conjugué de l'ensemble des juristes, les règles plus récentes semblent être le résultat d'un processus accéléré et concentré par la Cour de cassation. Les règles sont parfois posées sans préalables, ni expérience ni débat. Or, ce changement des méthodes présente un danger pour la sécurité juridique : les règles les plus précoces sont souvent les plus instables. Des « *réajustements ultérieurs* »¹⁸⁰⁶, voire des revirements complets pourront être nécessaires. « *Accélérer l'unification de la jurisprudence par la Cour de cassation, c'est prendre le risque d'une multiplication de revirements de jurisprudence* »¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰¹ M. Villey, *Le droit romain*, puf, coll. « Que-sais-je ? », 10^{ème} éd., 2005, p. 33.

¹⁸⁰² B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, th. Paris, 1965, éd. Sirey, coll. « Publications de l'institut de droit romain de l'Université de Paris », 1968, p. 188.

¹⁸⁰³ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 178, p. 108.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ P. Deumier, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 521.

¹⁸⁰⁷ M. Jeantin, « Réformer la Cour de cassation ? », in Mél. Hébraud, Toulouse, 1981, spéc. p. 469.



Un exemple s'impose pour l'analyse : c'est la succession des arrêts de principe au sujet de l'abus de fonction du préposé¹⁸⁰⁸. Aucune autre question n'a, en effet, « donné lieu à un aussi grand nombre de décisions rendues en un temps aussi bref par la Cour de cassation siégeant dans sa formation la plus solennelle »¹⁸⁰⁹. Les Chambres réunies, puis l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ont ainsi rendu, en l'espace de dix-huit ans, cinq arrêts de principe successifs, qui changeaient la règle applicable. Une divergence de jurisprudence opposait alors la chambre criminelle et la deuxième chambre civile sur la définition de l'abus de fonction du préposé¹⁸¹⁰. C'est donc cette incertitude sur la règle applicable qui avait justifié une accélération maximale du processus prétorien par le recours immédiat aux formations supérieures de la Cour de cassation. Le résultat fut inverse : l'instabilité de la règle posée dans l'urgence augmenta l'insécurité juridique.

L'instabilité régna, d'abord, jusqu'à l'élaboration de la règle générale. Car celle-ci ne fut consommée qu'au troisième essai. Le premier arrêt, rendu par les Chambres réunies le 9 mars 1960¹⁸¹¹, adoptait une motivation trop hésitante et liée aux circonstances de l'espèce. Il ne fit pas jurisprudence. Le deuxième arrêt, rendu par l'Assemblée plénière le 10 juin 1977¹⁸¹², formulait, cette fois, une règle générale, mais dont la portée était limitée à une hypothèse trop spécifique. Ce n'est donc qu'à la troisième tentative qu'une règle applicable à tout abus de

¹⁸⁰⁸ V. *supra*, n° 213.

¹⁸⁰⁹ H. Capitain, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 219-223, p. 470.

¹⁸¹⁰ La deuxième chambre civile avait une conception très large de la notion et exonérait facilement le commettant (Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 1954, D. 1954.628, JCP 1954.II.8352), tandis que la chambre criminelle adoptait une conception rigoureuse de l'abus de fonction, afin d'engager le plus souvent possible sa responsabilité (Cass. civ. 2^{ème} sect. civ., 14 juin 1957, D. 1958.2.53).

¹⁸¹¹ Cass. ch. réun. 9 mars 1960, D. 1960.329, note R. Savatier, JCP 1960.II.11559, note Rodière. Les Chambres réunies semblaient condamner la position de la Chambre criminelle. Celle-ci commence par reprendre une à une les constatations des juges du fond : « attendu que les juges du fond observant que la conduite de la camionnette, ayant produit le dommage ne rentrait pas dans les attributions d'Abos, lequel, non titulaire d'un permis de conduire, avait utilisé le véhicule à des fins personnelles, au mépris des ordres et à l'insu de son commettant, la responsabilité de celui-ci ne pouvant résulter du seul fait qu'Abos avait accès, en raison de son emploi, au hangar où se trouvait l'instrument du dommage ». Puis, la décision conclut que « de ces constatations et énonciations qui impliquent qu'Abos avait accompli un acte indépendant du rapport de préposition qui l'unissait à son employeur, la Cour d'appel a pu déduire qu'Huret n'était pas civilement responsable des agissements de son préposé ». Mais la portée de la décision était obscurcie par l'extrême « discrétion » (R. Rodière, note *précit.*) de la décision.

¹⁸¹² Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, D. 1977.465, note C. Larroumet, JCP 1977.II.18730, concl. Gulphe, Defrénois 1977.1517, obs. Aubert ; RTD civ. 1977.74, obs. Durry. L'Assemblée plénière déclarait ainsi que le préposé commet un abus de fonction lorsqu'il « utilise sans autorisation, à des fins personnelles, le véhicule à lui confié pour l'exercice de ses fonctions ». Elle tentait donc de déterminer un « critère objectif susceptible de réaliser l'unité de la jurisprudence » (Gulphe, concl. *précit.*). Mais elle en limitait la portée à une hypothèse très particulière : celle de l'emprunt abusive d'un véhicule. Ce détail n'échappa pas à la Chambre criminelle qui s'en saisit pour cantonner le principe nouveau à cette hypothèse et maintenir sa jurisprudence dans toutes les autres situations (Cass. Crim. 18 juill. 1978, *Bull. crim.* n° 237).



fonction était posée. Le 17 janvier 1983¹⁸¹³, l'Assemblée plénière, rendant « *l'arrêt de la dernière chance* »¹⁸¹⁴, déclara ainsi que le préposé commet un abus de fonction lorsqu'« *agissant sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, [il] s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé* ».

La stabilité paraissait donc revenue. Mais une deuxième période d'instabilité devait s'ouvrir, car la règle posée de manière si précoce, devait encore être précisée et ajustée. Notamment, la règle comportait-elle deux conditions, « *l'absence d'autorisation* », le « *but étranger aux attributions* », et le « *dépassement des fonctions* » ? Ou seulement deux conditions, la troisième n'était que la conclusion de la réunion des deux premières ? Le manque d'expérience rendait les choses plus difficiles. Dans quel sens ajuster la règle ? Un quatrième arrêt, rendu par l'Assemblée plénière le 15 novembre 1985¹⁸¹⁵ se prononça en faveur de deux conditions. Mais l'arrêt du 19 mai 1988¹⁸¹⁶ prit parti pour trois conditions cumulatives. Ces modifications avaient un lourd impact : l'Assemblée plénière changeait la position adoptée derrière la règle¹⁸¹⁷. Les oscillations de la jurisprudence ne semblaient plus finir¹⁸¹⁸. Le dernier arrêt parut toutefois fixer la jurisprudence¹⁸¹⁹ – du moins « *sa formule de*

¹⁸¹³ Cass. Ass. Pl. 17 juin 1983, JCP 1983.II.20120, concl. Sadon, note F. Chabas, RTD civ. 1983.749, obs. Durry. L'arrêt du 17 janvier 1983 semblait avoir formulé la règle en des « *termes suffisamment généraux pour embrasser tout le problème de l'abus de fonctions* » (F. Chabas, note *précit.*). Les commentateurs s'en réjouirent. « *Merveilleuse décision ! Vrai arrêt d'Assemblée plénière ; c'est l'arrêt de la dernière chance* » (*Ibid.*). Le droit paraissait donc fixé.

¹⁸¹⁴ F. Chabas, note sous *précit.*

¹⁸¹⁵ Cass. Ass. Pl. 17 nov. 1985, D. 1986.81, note Aubert, JCP 1986.II.20568, note G. Viney, RTD civ. 1986.128, obs. J. Huet. L'Assemblée plénière approuvait la cour d'appel d'avoir retenu que le préposé avait agi « *de façon délibérée* » et à « *des fins contraires à ses attributions* », puis d'en avoir « *justement déduit* » que le préposé « *s'était placé hors des fonctions auxquelles il était employé* ». Elle semblait donc opter pour deux conditions uniquement. Le fait que le préposé se soit placé « *hors des fonctions dans lesquelles il était employé* » n'était pas une condition distincte, mais un « *constat* » (Aubert, note *précit.*) que les deux autres conditions étaient réunies.

¹⁸¹⁶ Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, D. 1988.513, note Larroumet ; Gaz. Pal. 1988.2.640, concl. Dorwling-Carter, Defrénois 1988.1097, obs. Aubert, RTD civ. 1989.89, obs. Jourdain. L'Assemblée plénière déclarait, en effet, que « *le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions* ». Le principe prétorien comportait, en fait, trois conditions distinctes : les deux déjà connues et le dépassement objectif des fonctions, qui passait « *au premier plan* » et devenait désormais une « *condition autonome* » (H. Capitain, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.* Tome 2, n° 219-223, p. 476).

¹⁸¹⁷ Elle passait d'une position excessivement favorable au commettant, dans l'arrêt du 17 novembre 1985, à une position excessivement favorable au préposé, dans l'arrêt du 19 mai 1988 (Larroumet, note *précit.*).

¹⁸¹⁸ Il n'y a aucune raison, affirma-t-on à l'époque, « *pour que l'Assemblée plénière n'intervienne pas à nouveau dans un sens opposé à son arrêt de 1988 jusqu'à ce que cette nouvelle intervention soit jugée trop restrictive et qu'on fasse repartir le balancier dans un autre sens et ainsi de suite* » (*Ibid.*).

¹⁸¹⁹ Cette dernière version de la définition avait donc de quoi convaincre la Chambre criminelle (Cass. crim. 15 mai 1986, Gaz. Pal. 1986.2.682 ; 22 janv. 1987, *Bull. crim.*, n° 37 ; 10 nov. 1987, D. 1988.IR.23). Ce qui était prévisible puisque cette dernière formulation tranchait plutôt le débat en faveur de sa position.



référence »¹⁸²⁰, car peut-être toute tentative d'unification était-elle peut-être vaine, en la matière¹⁸²¹.

233. Les arrêts de principe en cascade, tous différents, rendent ainsi le droit instable. Lorsque ces arrêts ne sont pas seulement différents, mais bien contraires entre eux, l'instabilité du droit est aggravée. Car il n'est plus seulement question d'ajustements successifs, mais bien de revirements successifs. Dans ce cas, une règle est posée, qui renverse une jurisprudence constante. Ce revirement est aussitôt suivi d'un autre, par lequel le juge supprime la règle nouvelle et revient à la solution initiale. Il se peut, en outre, que des revirements supplémentaires émaillent la période intermédiaire. Cet enchaînement dessine une figure identifiée par la doctrine sous le nom de « *revirement circulaire* »¹⁸²².

Une affaire paraît apporter sur ce point une illustration « *symptomatique* »¹⁸²³ : l'affaire *Leininger*¹⁸²⁴ qui fut, en effet, l'occasion pour la Cour de cassation d'effectuer un revirement circulaire au cours d'une même affaire – phénomène extrêmement rare¹⁸²⁵. Elle effectua, en effet, un premier revirement le 19 octobre 1996¹⁸²⁶, en renversant une jurisprudence constante en matière de prêt à usage. Deux ans plus tard, et suite aux critiques doctrinales, elle opéra un second revirement, où elle adoptait une position intermédiaire¹⁸²⁷. Enfin, lorsque suite à la résistance des juges du fond, l'affaire *Leininger* reparut devant elle, huit ans plus tard, elle réalisa un troisième revirement et revint à la règle traditionnelle¹⁸²⁸. Ce « *retour à la case*

¹⁸²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 1164, p. 2341.

¹⁸²¹ V. *supra*, n° 213.

¹⁸²² Cette figure identifiée vise les cas où « *la haute juridiction n'abandonne sa jurisprudence initiale que pour y revenir ultérieurement* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 286-287, p. 811).

¹⁸²³ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287, p. 811.

¹⁸²⁴ V. *supra*, n° 140.

¹⁸²⁵ Parmi les grands arrêts en droit des obligations, seule l'affaire *Franck*, en matière de garde de la chose, peut s'y apparenter. Cette affaire donna lieu, en effet, à un premier arrêt consacrant la thèse de la garde juridique (Cass. civ. 3 mars 1936, DP 1936.1.81), puis cinq ans plus tard et après résistance des juges du fond, un deuxième arrêt adoptant la thèse de la garde matérielle (Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941, DC 1942.25, note Ripert, S. 1941.1.127, note Mazeaud, JCP 1942.II.1766, note Mihura, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 200, p. 389 et s.). A cette différence près, que dans cette affaire, la jurisprudence antérieure à la consécration de la garde juridique, était encore incertaine, tandis que dans l'affaire étudiée la jurisprudence était ancienne et constante.

¹⁸²⁶ Cass. civ. 19 nov. 1996, n° 94-20.446, *Bull. civ. I*, n° 407, D. 1997. 145, note A. Bénabent, CCC 1997, chr. n° 8 par M-L. Izorche, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287, p. 805 et s. Elle refusait ainsi aux héritiers de M. *Leininger*, d'obtenir la restitution du logement que leur père avait prêté à leur oncle, quatorze ans auparavant.

¹⁸²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, D. 1999.414, note Langlade-O'sughrue, JCP 1999.II.10157, note M. Audit, CCC 1999, n° 22, note L. Leveneur, Defrénois 1999.802, note A. Bénabent, RTD civ. 1999.128, obs. P-Y. Gautier.

¹⁸²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004.903, note C. Noblot, CCC 2004, n°53, note L. Leveneur, Defrénois 2004, 1452, note R. Crône ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n°286-287, p. 805 et s.



départ »¹⁸²⁹ provoqua un soulagement général. Mais l'on déplora ces « *revirements intempestifs* »¹⁸³⁰ qui avaient gravement et inutilement bouleversé la sécurité du droit, alors même que la solution traditionnelle était « *incontestée* » et s'imposait « *avec la force de l'évidence* »¹⁸³¹.

Un enseignement peut être tiré de l'ensemble de ces tentatives peu fructueuses. Tandis que les règles prétorienne sont bien souvent élaborées dans le souci d'assurer la sécurité juridique¹⁸³², il apparaît que les règles précoces, posées dans l'urgence ou sans débat préalable, peuvent avoir l'effet inverse. Elles aboutissent à une situation d'insécurité. En outre, elle décrédibilise les interventions de la Cour de cassation et l'ensemble des procédés utiles à la fixation d'une jurisprudence mûre et dégagée au fil du temps et de l'expérience¹⁸³³. La jurisprudence pourrait perdre en autorité lorsqu'elle favorise l'instabilité du droit par des décisions hâtives. Elle gagne en respect, au contraire, lorsqu'elle s'efforce d'atténuer l'incertitude inhérente à la règle prétorienne par des méthodes appropriées.

§ II. La réception de l'aménagement fiable

234. Dans l'œuvre de création, la jurisprudence doit respecter les exigences de « *bonne législation* »¹⁸³⁴ et celles relatives au procès équitable. L'aménagement prétorien apporté devra donc présenter un certain degré de fiabilité.

Deux méthodes semblent pouvoir aider à dissiper l'incertitude de la règle prétorienne. L'ambiguïté de la règle peut, d'abord, être corrigée par une *motivation* claire et complète. A l'instar du législateur, le juge, dès qu'il exerce une fonction normative, devrait proclamer l'existence de la règle nouvelle et en exposer les motifs (A). L'instabilité des règles peut,

¹⁸²⁹ L. Leveneur, note *précit.*

¹⁸³⁰ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 286-287, p. 812.

¹⁸³¹ *Ibid.*, p. 810.

¹⁸³² G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », Mél. J. Boré, *La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 79 et s.

¹⁸³³ Comp. l'accélération de la procédure prétorienne, pour la question des maternités de substitution. « *On voudrait applaudir à tout rompre que la Cour de cassation soit capable de tant d'innovations, on se retient de le faire devant ce qu'il faut bien appeler le bouleversement de ce qu'elle devrait être. Car les innovations, de forme, sont de celles qui laissent perplexe lorsqu'elles conduisent à reconsidérer la méthode utilisée pour dire le droit* » (M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD civ. 1992, p. 489).

¹⁸³⁴ L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2014, n° 1154-2, p. 821 et s.



quant à elle, être combattue naturellement : il suffit de respecter le processus naturel et spontané de la jurisprudence, qui assure la *maturation* de la règle (B).

A. La motivation des revirements de jurisprudence

235. L'ambiguïté de la règle peut être dissipée par une forte *motivation*. Outre le fait que cette démarche permet de mener une vérification expérimentale du bien-fondé de la règle nouvelle, elle permet d'informer les destinataires de l'existence d'une règle nouvelle et d'en exposer les raisons.

La motivation des décisions de justice est, en effet, « *inhérente au procès équitable* »¹⁸³⁵. Cette obligation est imposée, en droit interne, par l'article 455 du Code de procédure civile, qui contraint le juge à exposer l'ensemble de ses motifs, c'est-à-dire des justifications en fait et en droit de la solution¹⁸³⁶. Et elle est réitérée dans l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸³⁷. Et l'obligation de motivation devrait être renforcée lorsque la jurisprudence exerce son pouvoir prétorien. Elle devrait alors s'apparenter à l'exposé des motifs et la déclaration d'objectifs auxquels le législateur doit procéder lorsqu'il crée une loi nouvelle¹⁸³⁸. Cette motivation *prétorienne* devrait contenir une série d'informations essentielles.

236. Le rapport dirigé par Monsieur Molfessis contient des propositions à ce sujet. Le juge devrait, tout d'abord, mentionner l'existence d'un revirement ou la création d'une règle nouvelle. En effet, il « *est le seul à disposer du moyen de faire que le revirement en soit un au regard du droit positif* »¹⁸³⁹. Après avoir précisé que cette démarche ne remettrait nullement en cause les prérogatives de la doctrine, qui conserve la possibilité de critiquer le revirement, le groupe de travail a exposé plusieurs techniques nouvelles. Le revirement devrait faire

¹⁸³⁵ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013, n° 418, p. 375.

¹⁸³⁶ M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^{ème} éd. 2003, p. 155.

¹⁸³⁷ Même si cette exigence n'apparaît pas explicitement dans les textes, les juges européens considèrent que l'obligation de motivation fait partie des exigences d'un procès équitable (J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 417, p. 375).

¹⁸³⁸ « *Les projets de loi sont précédés de l'exposé de leurs motifs* » (article 7 de la loi n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application de plusieurs articles de la Constitution). V. aussi, J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, coll. « Thémis », 2001, p. 269 et s.

¹⁸³⁹ N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis à M. le premier président Guy Canivet, Litec, 2005, spéc. n° 3.3.



l'objet d'une « *qualification expresse* », pouvant apparaître sous la forme d'un « *marquage spécifique de l'arrêt* »¹⁸⁴⁰. La création « *devrait se présenter comme telle* ». De cette manière, les « *“revirements” seraient rendus plus clairs et prévisibles* »¹⁸⁴¹.

Le revirement doit être mentionné ; il doit être également justifié. La nécessité d'exposer les raisons d'un revirement de jurisprudence a été mise en lumière dès les années 1970¹⁸⁴². Le « *manque de clarté* » des décisions de justice était évoqué et l'on mesurait l'avantage qu'il y aurait à connaître « *les raisons pour lesquelles la Cour de cassation fait choix de tel ou tel principe, et plus particulièrement à l'occasion d'un revirement de jurisprudence* »¹⁸⁴³. Les « *véritables raisons de décider* » permettraient, mieux que des « *justifications souvent peu convaincantes* »¹⁸⁴⁴ d'assurer la compréhension et la bonne application de la règle. Sa réception et sa mise en œuvre en seraient facilitées. Le rapport *Molfessis* insiste sur ce point. Le « *revirement de jurisprudence sollicite l'exigence de motivation davantage que tout autre arrêt* »¹⁸⁴⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme a fait écho à ces propositions dans un arrêt *Boumaraf* rendu le 30 août 2011¹⁸⁴⁶. Elle y déclare, dans un *obiter dictum*, que la Cour de cassation française méconnaîtrait l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, si elle omettait de motiver ses revirements de jurisprudence. Une règle prétorienne ancienne et constante peut sans doute être abandonnée, mais il faut de sérieuses raisons à l'appui¹⁸⁴⁷. Le juge ne saurait être totalement libre dans la gestion de sa propre jurisprudence ; il n'en est pas complètement maître. Sa liberté s'arrête là où commencent la sécurité juridique et le droit à un procès équitable.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*

¹⁸⁴¹ C. Atias, « La simple affirmation du juge », D. 2010.211.

¹⁸⁴² Touffait et Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment de celles de la Cour de cassation », RTD civ. 1974, p. 487 et s., R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP 1975.I.2681. Comp. A. Perdriau, « Des arrêts “brévissimes” de la Cour de cassation », JCP 1996.I.3943.

¹⁸⁴³ R. Lindon, art. *précit.*

¹⁸⁴⁴ C. Atias, « Restaurer le droit du contrat », D. 1999, p. 137. V. aussi, du même auteur, « Juris-dictio : redire l'inédit », D. 1992, p. 281 et « Par où le droit se meurt à l'École et au Palais », D. 2001, p. 2059.

¹⁸⁴⁵ N. Molfessis, *rapp. précit.*

¹⁸⁴⁶ CEDH, décis., 30 août 2011, *Boumaraf* c. France, n° 32820/08, D. actualités 30 septembre 2011, par C. Demunck, D. 2011, p. 2283, « Revirement de jurisprudence versus bonne administration de la justice ». V. aussi, L. Boré, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », JCP 2002.I.104.

¹⁸⁴⁷ En l'espèce, le requérant reprochait à la Cour de cassation d'avoir opéré un revirement de jurisprudence à propos de l'interprétation d'une loi pénale. La requête a été jugée irrecevable, car il y avait un doute sur l'existence d'une jurisprudence constante antérieure à l'arrêt rendu. Mais, par le biais d'un *obiter dictum*, la Cour européenne des droits de l'homme précise que si le juge interne est libre dans l'interprétation des textes, il doit apporter des raisons étayées lorsqu'il entend changer sa signification traditionnelle.



237. La motivation occupe une place centrale en pays de *common law*. Le pouvoir normatif de la jurisprudence s'accompagne, en effet, d'un profond travail d'argumentation. Le jugement « *ne peut être simplement rendu, il doit être justifié, légitimé par une démonstration qui se fera en plusieurs pages jusqu'à des centaines* »¹⁸⁴⁸. Par tradition, les juges de *common law* motivent abondamment leurs décisions. « *Et lorsqu'ils changent de solution, ils redoublent de motivation* »¹⁸⁴⁹. Les opinions dissidentes et les arguments rejetés apparaissent également. Ils favorisent ainsi la réception de la règle en facilitant la compréhension de ses motifs et de sa portée.

En l'état, les méthodes du juge français ne paraissent pas adaptées à ce travail d'envergure. La référence aux dispositions légales ne peut suffire, lorsqu'il s'agit d'adopter une règle nouvelle. A ces « *mythes* » censés fonder des « *déductions* »¹⁸⁵⁰, il faudrait préférer les véritables raisons qui conduisent à l'adoption de la règle, qu'elles soient d'ordre juridique ou extra-juridiques. Du reste, il n'est pas certain que de faux arguments techniques soient mieux partagés que des raisons économiques ou sociales¹⁸⁵¹. Mais l'histoire des grandes créations prétoriennes enseigne que ce ne sont pas les arguments grammaticaux ou logiques qui ont emporté l'adhésion de la communauté des juristes. C'étaient les résultats de justice que l'on obtenait par ces voies.

Le Conseil d'Etat, créateur plus assumé, livre ses raisons et cela ne paraît pas avoir entamé son autorité. L'arrêt *Blanco* l'ayant jadis délivré des textes, il ne s'embarrasse pas de fictions et donne ses raisons, même si elles sortent du cadre légal. L'exemple de la responsabilité du fait des choses, admise par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, à la même époque et pour les mêmes raisons, met « *bien en relief la différence des deux méthodes* »¹⁸⁵². Alors que la Cour de cassation prétend appliquer une fausse présomption de responsabilité « *édictee* » par l'article 1384 alinéa 1^{er}¹⁸⁵³, le Conseil d'Etat expose les raisons de la règle nouvelle. Elles

¹⁸⁴⁸ A. J. Bullier, *La common law*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3^{ème} éd., 2012, p. 126.

¹⁸⁴⁹ C. Mouly, « Pour un droit transitoire des revirements de jurisprudence », art. *précit.*

¹⁸⁵⁰ C. Atias, *Philosophie du droit*, Puf, coll. « Thémis droit privé », 3^{ème} éd., 2012, p. 364.

¹⁸⁵¹ « *Partout, on préfère une interprétation grammaticale et logique, et on souligne avec complaisance que l'on obéit au législateur, lorsque cette obéissance conduit à un résultat de justice* » (R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 1971, n° 95, p. 99).

¹⁸⁵² J. Appleton, note sous CE 22 déc. 1924, D.P. 1925, 3, 9.

¹⁸⁵³ Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert, S. 1930.1.121, note Esmein, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 199, p. 381. V. *supra*, n° 17-18.



tiennent aux « *conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile* » qui « *doivent faire admettre une présomption de responsabilité à la charge du service public du fait du conducteur* »¹⁸⁵⁴. La règle posée en est rendue plus claire et son admission s'en trouve favorisée.

En assurant la clarté des règles, la motivation permet donc de favoriser leur acceptation et leur stabilité. Elle vient ainsi renforcer le processus de *maturation*.

B. La maturation des créations prétorienne

238. L'incertitude et l'instabilité des règles prétorienne peuvent être évitées. « *Une formation plus prudente permet d'atténuer ces méfaits* »¹⁸⁵⁵. Ce processus nécessite du temps et un travail collectif. Une règle prétorienne, présentant des gages de qualité et de stabilité, doit, en effet, être tout à la fois mûrie pendant de longues années et travaillée par l'ensemble des juristes, praticiens et théoriciens réunis.

En pays de *common law*, la jurisprudence continue de se dégager ainsi. Il convient d'insister sur le fait que le juge anglais dégage la règle de droit, mais ne la pose pas. La première mission de la Chambre des Lords, selon ses propres termes, n'est pas « *de rationaliser le droit de l'Angleterre* », mais de « *résoudre les litiges entre particuliers* »¹⁸⁵⁶. Le juge anglais « *se méfie des règles générales* » il « *préfère procéder par étapes et confronter la règle à l'épreuve des faits* »¹⁸⁵⁷. De là se dégage naturellement une règle, mais qui n'est pas le fruit d'une volonté de systématisation.

239. En droit français, la plupart des grandes créations prétorienne se sont réalisées sur ce modèle. Elles faisaient l'objet d'une « *prudente et lente interprétation de la loi, à laquelle de litige en litige (des litiges individuels), les juridictions se livraient du haut en bas de la pyramide judiciaire, chaque degré s'exprimant l'un après l'autre, et ainsi apportant sa pierre*

¹⁸⁵⁴ CE, 29 juin 1934, S. 1934, 3, 63, D.H. 1934, 497.

¹⁸⁵⁵ P. Deumier, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *précit*.

¹⁸⁵⁶ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 194, p. 177.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, n° 172, p. 104.



en déposant, pour le moins, son modeste grain de sel »¹⁸⁵⁸. Pas à pas, au fil du temps, au hasard des espèces et des questions de droit, la création prenait forme. Et ce n'était qu'au terme, de cette longue période de maturation, de défrichements, de tâtonnements, que la Cour de cassation, disposant de tous les éléments nécessaires à la prise de décision, sortait de sa réserve parce qu'elle était prête à trancher. Le « *grand arrêt* » ne devait, en fin de compte, d'être « *grand* » qu'au fait qu'il arrivait à la fin du processus et fixait une jurisprudence longuement mûrie.

239. Prenons, la responsabilité du fait des choses, par exemple. C'est d'abord la pratique, avocats et juges du fond, qui firent évoluer le droit en élargissant les règles existantes pour protéger les victimes d'un dommage causé par une machine. Dès les années 1870, ils étendirent ainsi la notion de faute au point d'admettre de véritables fautes virtuelles¹⁸⁵⁹, et se servirent des règles sur la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment¹⁸⁶⁰. Les auteurs ayant réfléchi à un fondement plus adéquat et redécouvert l'utilité potentielle de l'article 1384 alinéa 1^{er}¹⁸⁶¹ la règle a été essayée¹⁸⁶², avant d'être véritablement consacrée par la Cour de cassation, dans l'arrêt *Jand'heur*, soit près de soixante ans plus tard¹⁸⁶³.

L'abus de droit connut le même sort. Dès les premières années du XIX^{ème} siècle et bien avant que la formule n'apparaisse, la jurisprudence en avait démontré la nécessité de sanctionner

¹⁸⁵⁸ M. Bandrac, « La jurisprudence ? », in *La jurisprudence aujourd'hui, libre propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 340.

¹⁸⁵⁹ Les tribunaux condamnaient l'employeur, bien qu'il fût prévoyant, en prenant toutes les précautions conformes à l'état des connaissances scientifiques. Dans ce cas, sa faute consistait « à ne pas avoir pris des précautions plus grandes que celles qui sont habituellement prises et dont l'évènement a démontré l'insuffisance » (CA Grenoble, 6 fév. 1894, D.P. 1894.2.304). On le constate : « il fallait vouloir condamner à tout prix le chef d'entreprise pour baser une décision sur de semblables motifs sous l'empire des art. 1382 et suiv. » (*Répertoire général de législation et de jurisprudence*, tome XXXII, 1903, à « Responsabilité civile », n°1445 et s., p. 941).

¹⁸⁶⁰ V. *supra*, n° 167.

¹⁸⁶¹ C'est chez Laurent que l'idée est émise pour la première fois (F. Laurent, *Principes de droit civil Français*, Vol. 20, 3^{ème} éd., 1878, p. 696). Elle est reprise par des auteurs influents de l'époque, Labbé (Note sous Cass. civ. 19 juill. 1870, S. 1871.1.9), puis Saleilles (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897) et surtout Jossierand (*De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897) qui militent pour l'admission de la notion risqué comme le fondement renouvelé de la responsabilité civile.

¹⁸⁶² Trib. Civ. Gien 26 avril 1888, sous CA Orléans, 20 déc. 1888, S. 1890.2.14 : « aux termes de l'art. 1384 C. civ., on est responsable des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde ; que cet article établit au profit de la victime des dommages, et contre le propriétaire de la chose une présomption légale de faute à la charge du propriétaire de la chose cause du dommage » ; Trib. Civ. Bourgoin, 10 juin 1891, sous CA Grenoble 10 fév. 1892, S. 1893.2.205 : « l'art. 1384 C. civ. édicte cette présomption de faute relativement aux dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde ».

¹⁸⁶³ Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, *précit.* V. *supra*, n° 17-18.



l'usage abusif d'un droit¹⁸⁶⁴ et évoqué l'idée d'abus de droit. La doctrine avait ensuite conceptualisé la notion nouvelle¹⁸⁶⁵, dégagé son régime et reconstruit – assez artificiellement, d'ailleurs – l'histoire de la notion¹⁸⁶⁶. Puis après avoir été mise à l'essai, l'arrêt *Clément Bayard*¹⁸⁶⁷ consacra l'autonomie de la notion d'abus de droit, dont la formation avait pris plus d'un siècle.

L'obligation *in solidum* a subi aussi cette longue maturation. Elle fut admise sous couvert de « *solidarité* » légale dès les premières années du XIX^{ème} siècle¹⁸⁶⁸. Cette déformation des règles avait conduit la doctrine à rechercher un fondement nouveau. Mais la thèse de la solidarité imparfaite n'ayant pas abouti, c'est à partir d'une expression employée par les juges du fond¹⁸⁶⁹ que les auteurs reprirent l'ouvrage de conceptualisation¹⁸⁷⁰. Après l'avoir expérimentée¹⁸⁷¹, la Cour de cassation consacra enfin la règle nouvelle, dans l'arrêt du 4 décembre 1939¹⁸⁷². Un siècle et demi avait été nécessaire à son élaboration.

Mais c'est peut-être le principe selon lequel « *nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage* » qui remporte le record de maturité. Il a été consacré près de deux siècles après les premières décisions qui admettaient la solution sur le fondement de la faute¹⁸⁷³. La notion de

¹⁸⁶⁴ V. *supra*, n° 85.

¹⁸⁶⁵ V, not. J. Charmont, « De l'abus du droit », RTD civ. 1902.113, L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, rééd. Préf. D. Deroussin, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, (1^{ère} éd. : 1905).

¹⁸⁶⁶ Contrairement à ce qu'ont pu prétendre les partisans de la notion nouvelle (Préface D. Deroussin, *in*, L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, op. cit.*). V. aussi, P. Ancel et C. Didry, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? » L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^{ème} siècle, *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p.51.

¹⁸⁶⁷ Cass. Req. 3 août 1915, D. 1917.1.79, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 67, p. 435.

¹⁸⁶⁸ V. *supra*, n° 82.

¹⁸⁶⁹ V. not. CA Alger 13 mars 1890, D. 1894.1.513, qui déclare expressément : « *leur obligation au regard des parties lésées n'est pas alors à proprement parler une obligation solidaire mais une obligation in solidum* » ; CA Nîmes, 30 avril 1895, D. 1895.2.335 ; CA Douai, 31 juillet 1897, D. 1899.2.211 ; CA Amiens, 5 déc. 1933, D.H. 1934.75 ; CA Nîmes, 5 nov. 1934, Gaz. Pal. 1934.2.816 ; Trib. Civ. Saumur, 15 fév. 1935, Gaz. Pal. 1935.1.717.

¹⁸⁷⁰ V. not. L. Mazeaud, « Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels », RCLJ, 1930, p. 145, P. Kayser, « La solidarité au cas de faute », RCLJ., 1931, p. 197 et s., J. Français, *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation « in solidum »*, th. Paris, 193.

¹⁸⁷¹ Cass. civ. 27 nov. 1935, D.P. 1935.1.25, note M. Rouast.

¹⁸⁷² Cass. civ. 4 déc. 1939, D.C. 1941.1.124, note G. Holleaux. V. *supra*, n° 83.

¹⁸⁷³ V. not. CA Metz, 10 nov. 1808, S. 1808.1.438 ; CA Metz, 1821, S. 1821.2.154 ; Cass. Req. 11 juill. 1826, S. 1825-27.1.388 ; Cass. civ. 19 juill. 1826, S. 1825-1827.1.396 ; Cass. Req. 3 mai 1827, S. 1825-1827.1.588 ; Cass. Req. 29 janv. 1829, S. 1829.1.201 ; Cass. civ. 27 nov. 1844, D. 1845.1.13. Le Répertoire de Droit Français de 1857 contient au mot *Propriété*, une banale rubrique intitulée « *des limitations du droit de propriété – intérêt public- intérêt privé – droits des voisins ou des tiers* » (*Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome XXXVIII^{ème}, spéc.p. 219 et s., n°144 et s.) ; v. aussi tome XXVII^{ème}, 1852, à l'entrée « *industrie et commerce* », p. 646 et s., spéc. n° 210 et s. et tome XXXI^{ème}, à l'entrée « *manufactures, fabriques et ateliers dangereux, insalubres ou incommodes* », p. 1 et s., spéc. n° 169 et s.



trouble de voisinage n'a, en effet, été systématisée en doctrine que tardivement¹⁸⁷⁴. Le fondement nouveau a pu ainsi acquérir finalement son autonomie par rapport à la faute¹⁸⁷⁵, ce que consacrait l'arrêt du 19 novembre 1986¹⁸⁷⁶.

240. En analysant le déroulement de ce processus, il était possible d'y retrouver, dans une version typiquement prétorienne, les trois phases de la procédure législative¹⁸⁷⁷. L'initiative de la règle nouvelle était souvent le fait des juges du fond, et derrière eux de la pratique, des avocats. La doctrine, qui observait ce phénomène à un niveau plus élevé, remplissait ensuite un rôle essentiel : elle systématisait les solutions retenues, conceptualisait la règle nouvelle et lui donnait une forme compatible avec le droit existant¹⁸⁷⁸. Cette règle était soumise à la controverse ; elle recevait, au besoin, quelques amendements. Après cette phase de débat et d'expérimentation, la Cour de cassation intervenait pour la consacrer. La troisième phase s'achevait ainsi sur une sorte de *promulgation* prétorienne.

Lorsque ce processus coutumier était respecté, la création paraissait promise à la postérité. Elle semblait, d'abord, mieux acceptée, parce qu'elle n'était pas véritablement imposée d'en haut, mais plutôt dégagée d'en bas. Le « *consensus des intéressés* »¹⁸⁷⁹ nécessaire au succès de toute règle prétorienne avait ainsi plus de chance d'être obtenu. Et la création prétorienne apparaissait ensuite, mieux intégrée, car les multiples infimes ajustements lui avaient permis de trouver une place dans le système de droit, dans les raisonnements et même dans les traditions juridiques.

Les grandes créations prétoriennes, qui se sont distinguées par leur stabilité, semblent ainsi livrer cette leçon : pour qu'une règle réussisse, il ne suffit pas qu'elle soit posée ; il faut qu'elle soit dégagée. C'est ce mode d'aménagement qui vient pallier l'absence de titre de légalité. « *Le caractère sédimentaire ou cristallisé des principes leur tient lieu de fondement*

¹⁸⁷⁴ V. not., P. Stefani, *La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage*, Th. Montpellier, éd. Carlier Saumade, 1941, Marty et Raynaud, *Droit civil*, tome II, p. 498, n° 464, etc.

¹⁸⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème} 4 fév. 1971 (2 arrêts), JCP G 1971 II 16781, note Lindon.

¹⁸⁷⁶ Cass. civ. 2^{ème} 19 nov. 1986, *Bull. civ. II*, n° 172, D. 1988. Somm. Comm. 16.

¹⁸⁷⁷ La procédure législative comprend trois phases principales : le dépôt du texte à l'initiative du premier ministre ou d'un parlementaire, le débat devant le Parlement, puis la promulgation par le Président de la République (Site de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n°32, « La procédure législative », publiée le 28 avril 2014).

¹⁸⁷⁸ C. Atias, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », D. 1983, chr. p. 145.

¹⁸⁷⁹ J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », Mél. Ripert, *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle*, LGDJ, 1950, spéc. p. 43 et s.



juridique. La sédimentation est le titre de légalité des principes »¹⁸⁸⁰. Le long processus de conception et de décantation de l'aménagement prétorien est un gage de qualité. C'est la démonstration qu'il n'est pas uniquement le fruit de l'arbitraire du juge, mais correspond bien à une règle juridique reconnue comme telle par la communauté des intéressés¹⁸⁸¹. Comment aurait-il pu sinon résister aux épreuves du temps et de la critique ? « *Puisqu'il a subsisté envers et contre toutes les mutations sociales ou juridiques, puisque le droit positif ne s'en est jamais départi, la nécessité absolue de sa présence en son sein est démontrée* »¹⁸⁸². La formation coutumière de la jurisprudence est ainsi porteuse de stabilité.

Ces mesures permettent d'assurer le respect des principes directeurs de la production des lois. Des mesures supplémentaires sont nécessaires pour empêcher un autre travers de la jurisprudence : sa *rétroactivité*.

Section 2^{de}

La rétroactivité de la jurisprudence

241. La *rétroactivité* de l'aménagement prétorien peut être une autre cause de rejet. Là encore, ce n'est pas le contenu de l'aménagement qui est discuté, ni même un problème de compétence : c'est le fait que la règle prétorienne puisse s'appliquer à des faits antérieurs à sa création. Cette rétroactivité inhérente à la jurisprudence paraît d'autant moins acceptable que la loi elle-même ne peut avoir cette force. Le législateur doit respecter le principe de non-

¹⁸⁸⁰ P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », n° 4 et 5, Cycle droit et technique de cassation 2005-2006, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF, n° 77, p. 51.

¹⁸⁸¹ Comp. les réflexions de H.-L.-A. Hart sur « la règle de reconnaissance », *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, p. 119 et s.

¹⁸⁸² P. Morvan, art. *précit*.



rétroactivité¹⁸⁸³. Ce qui explique l'ampleur de la critique doctrinale et l'importance de cette limite assignée au pouvoir prétorien¹⁸⁸⁴.

En réalité, toutes les règles prétoriennes ne sont pas critiquées pour leur rétroactivité. Seules certaines d'entre elles le sont, pour lesquelles le juge a aggravé cet effet naturel de la jurisprudence (§I). Les auteurs l'invitent donc à emprunter la voie opposée : il s'agit d'atténuer la rétroactivité de la jurisprudence pour la rendre admissible et respectueuse de la sécurité juridique (§II).

§ I. Le rejet de l'aménagement rétroactif

242. La jurisprudence est, « *par essence rétroactive* »¹⁸⁸⁵. Puisque le juge crée du droit au moment où un litige s'est déjà réalisé, la règle nouvelle va forcément s'appliquer à des faits antérieurs. Toutes les règles prétoriennes ne sont pourtant pas rejetées à ce titre : elles ne le sont que lorsque la rétroactivité inhérente à la jurisprudence est augmentée par le juge, par la brutalité ou l'imprévisibilité des revirements, par exemple¹⁸⁸⁶.

Les critiques les plus vives concernent les cas où le juge a volontairement augmenté l'effet rétroactif de la règle nouvelle à d'autres justiciables que ceux qui avaient été mis en cause

¹⁸⁸³ En vertu de l'article 2 c. civ., « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Le principe de non-rétroactivité des lois, même s'il ne s'impose pas à proprement parler au législateur (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., n° 150, p. 129 et *Introduction à l'étude du droit, cadre juridique des relations économiques*, Litec, 7^{ème} éd., 1995, n° 28 et s., p. 30 et s.) est respecté en pratique, afin de préserver la sécurité juridique. Ce principe connaît, toutefois, une série d'exceptions : les lois déclarées rétroactives par le législateur, celles qui sont justifiées par des circonstances exceptionnelles, les lois interprétatives, les lois de validation législative, et enfin, les lois de rétablissement, qui réhabilitent de lois abrogées.

¹⁸⁸⁴ V. M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, th. Besançon, 2011, spéc. p. 310 et s. ; l'ensemble des contributions parues dans la tribune, *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence* n°7 à 21), RTD civ. 2005 ; « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? » Entretiens avec G. Canivet et N Molfessis, JCP G 2004.I.189, C. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005, p. 988, C. Montfort, « Application immédiate d'un revirement de jurisprudence », D. 2005, p. 878, N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis à M. le premier président Guy Canivet, *précit.*, spéc. n° 2 et s. V. déjà, C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », JCP 1994,I, n° 3776, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », LPA, 4 mai 1994, n° 53 et « Les revirements de jurisprudence », art. *précit.* ; A. Hervieu, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », RRJ 1989, p. 257 ; J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, p. 15 ; D. Landraud, « A propos des revirements de jurisprudence », JCP 1982.I.3093 ; P. Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », JCP 1959.I.1467.

¹⁸⁸⁵ J. Ghustin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 516 et s., p. 480 et s.

¹⁸⁸⁶ Plus les parties à l'instance sont surprises par le changement des règles applicables, plus la rétroactivité est dommageable.



dans l'arrêt de revirement, sur la base de raisonnements apparemment logiques. Le juge a, par exemple, *répété* la rétroactivité, en appliquant la solution nouvelle à d'autres affaires mettant en cause des faits antérieurs au revirement (A) ou bien a *élargi* la rétroactivité, en appliquant la solution nouvelle à des affaires auxiliaires, qui ne concernaient pas directement le problème de droit tranché par l'arrêt de revirement (B).

A. La rétroactivité répétée

243. La rétroactivité de la jurisprudence est supportée, tant qu'elle est justifiée par un progrès du droit. C'est le prix à payer pour améliorer la qualité des règles. L'évolution générale paraît compenser l'injustice de la décision pour les parties à l'instance qui ne connaissaient pas la règle nouvelle, au moment où elles avaient engagé leur action. En revanche, la rétroactivité suscite des réactions lorsqu'elle est gratuite. Il est des cas, en effet, où l'évolution envisagée s'est déjà produite. Un revirement a eu lieu précédemment, consacrant une règle meilleure. Le juge réitère pourtant dans des affaires ultérieures, « *la violence originelle, fondatrice de l'arrêt de revirement* »¹⁸⁸⁷. Il ravive ainsi la rétroactivité du changement initial et pénalise d'autres justiciables.

244. C'est ainsi, par exemple, qu'après avoir supprimé une jurisprudence favorable à l'acheteur au cours de l'année 1993¹⁸⁸⁸, la Cour de cassation répéta le revirement sept ans plus tard. Le 21 mars 2001¹⁸⁸⁹, alors qu'elle était saisie d'une autre affaire mettant en cause des faits antérieurs au changement, elle débouta un autre acheteur au nom de la règle nouvelle. Elle réveillait ainsi la rétroactivité de l'arrêt de revirement, sans qu'aucune amélioration générale du droit ne le justifiait.

Cette amélioration avait, par définition, déjà été apportée ; et elle avait produit ses effets rétroactifs. Dans l'affaire précitée qui donna lieu au revirement du 5 mai 1993¹⁸⁹⁰, un premier acheteur avait été déjà pénalisé. Alors qu'il avait engagé son action sous l'empire d'une jurisprudence favorable, il avait été ensuite débouté au nom d'une nouvelle jurisprudence.

¹⁸⁸⁷ R. Libchaber, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, RTD civ. 2002.176.

¹⁸⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, D. 1993.507, note Bénabent. La Cour de cassation abandonnait ainsi une jurisprudence initiée dans les années 1980 (V. *supra*, n° 39-40).

¹⁸⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97, p. 65, D. 2000, p. 593, note C. Atias ; RTD civ. 2000, p. 592, obs. P-Y. Gautier, p. 666, obs. N. Molfessis.

¹⁸⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, *précité*.



Cette rétroactivité, en soi regrettable, avait été supportée, parce qu'elle impliquait un progrès du droit. Une jurisprudence inopportune était supprimée et cette évolution générale légitimait l'injustice de la décision.

Il n'y avait donc aucune raison de sanctionner un deuxième acheteur le 21 mars 2000. La Cour de cassation n'en tint pas compte et c'est ce qui lui fut reproché. Elle déclara, dans une formule de principe, que « *la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* ». Mais cet argument n'aurait été valable que dans la première affaire, au cas où le premier acheteur se fût opposé à une évolution du droit. Dans la deuxième affaire, il était relativement inopérant. Le deuxième acheteur ne refusait pas une évolution du droit qui, précisément, avait déjà eu lieu, mais demandait simplement à être jugé en fonction des données jurisprudentielles en vigueur à l'époque des faits.

La rétroactivité attire ainsi des critiques lorsqu'elle est inutile, superflue. Car le résultat est grave : la double atteinte à la sécurité juridique et au droit à un procès équitable¹⁸⁹¹ est disproportionnée. Le tort causé au justiciable n'est pas compensé par un impératif supérieur lié à la qualité du droit. Il est donc excessif. Et cette disproportion sera d'autant plus importante que le tort fait au justiciable sera grand. S'il est privé d'une action favorable, c'est déjà fâcheux. Mais s'il est sanctionné au nom d'une obligation nouvelle, c'est pire. Car la rétroactivité est beaucoup plus nuisible : elle conduit à engager la responsabilité d'un justiciable au titre d'une obligation qui n'existait pas au moment des faits¹⁸⁹².

245. L'arrêt rendu le 9 octobre 2001¹⁸⁹³ déclencha ainsi des réactions encore plus vives. Cet arrêt renouvelait, en effet, un revirement intervenu trois ans plus tôt, lequel avait découvert une obligation d'information à la charge du médecin. Saisie à nouveau de faits antérieurs au

¹⁸⁹¹ Dans l'affaire du 21 mars 2001, le pourvoi invoquait ces deux fondements.

¹⁸⁹² On pourrait songer à appliquer, en matière de jurisprudence et de responsabilité civile, ce qui se fait en matière de loi et de responsabilité pénale. Si seules les lois pénales plus douces peuvent être rétroactives, seules les jurisprudences plus douces en matière de responsabilité civile, devraient l'être. Une jurisprudence qui supprime une obligation devrait pouvoir être applicable immédiatement, tandis que celle qui en découvre une nouvelle, devrait n'être valable que pour les faits postérieurs.

¹⁸⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n° 249, p. 157, D. 2001.3470, rapport P. Sargos, note F. Thouvenin, JCP 2002.II.10045, note O. Cachard, RTD civ. 2002.176, obs. R. Libchaber, LPA 13 mars 2002, n°52, p. 17, note F. Mermoz, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 11, p. 85 et s. Une autre affaire a été jugée en ce sens plus récemment (Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009 (deux arrêts), RTD civ. 2009, p. 495, note P. Deumier).



revirement du 7 octobre 1998¹⁸⁹⁴, et alors même qu'un premier médecin avait déjà été « sacrifié »¹⁸⁹⁵ sur l'autel du progrès juridique, la Cour de cassation sanctionnait un deuxième médecin. Un autre justiciable était ainsi pénalisé pour ne pas avoir respecté une obligation qui n'existait pas au moment des faits. C'est cette injustice supplémentaire, inutile parce que le revirement avait déjà eu lieu, et particulièrement grave parce que le revirement concernait l'ajout d'une obligation nouvelle, qui fut à l'origine des critiques.

La motivation de la Cour de cassation, renforcée par un argument d'ordre logique, ne parut pas convaincre les auteurs. Elle soutint, en effet, que « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ». La Cour de cassation semblait donc s'appuyer sur une vision traditionnelle de l'interprétation, où celle-ci n'aurait consisté qu'à révéler le sens unique et nécessaire de la loi¹⁸⁹⁶. Dans cette conception, il est certain que deux interprétations contraires ne pouvaient coexister en même temps¹⁸⁹⁷. Mais l'interprétation dont il s'agissait faisait partie de ces interprétations prétorienne qui avaient déformé la loi à des fins protectrices. Dès lors que le juge sort de ses fonctions pour créer du droit, peut-il y entrer à nouveau pour refuser de se plier aux exigences de sécurité juridique qui encadrent la production de toute norme¹⁸⁹⁸ ?

¹⁸⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, D. 1999.145, JCP 1998.II.10179, concl. Sainte-Rose, note P. Sargos. Dorénavant, le médecin ne serait plus seulement tenu de donner des « *soins attentifs et conformes aux données de la science* », conformément à la formule de l'arrêt *Mercier* (Cass. Civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88, concl. Matter, rapp. Jossierand, note E.P., S. 1937.1.321, note Breton, Gaz. Pal. 1936.2.41), mais devrait aussi informer les patients « *sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés* ».

¹⁸⁹⁵ Nous employons cette expression après Monsieur R. Libchaber (note *précit.*).

¹⁸⁹⁶ La Cour de cassation dresse le portrait d'une jurisprudence modeste, qui contribuerait « *à l'évolution du droit par son interprétation des règles et non par voie de création prétorienne* » (N. Molfessis, obs. *précit.*).

¹⁸⁹⁷ Puisqu'elle s'intègre à la loi, la règle prétorienne prend date « *au jour de la naissance du texte interprété* » (C. Mouly, « Les revirements de jurisprudence », art. *précit.*). C'est dire que la règle prétorienne fonctionne exactement comme une loi interprétative, que le législateur prendrait pour corriger un texte ambigu. Elle a « *dans la hiérarchie des normes la même valeur que celle-ci* » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 1, n° 10, p. 84) et « *la même sphère d'application* » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 132, p. 237). Aussi, la conclusion est-elle la même : « *elle s'appliquera donc naturellement à des faits antérieurs à son entrée en vigueur* » (J. Carbonnier, *Ibid.*). Cette rétroactivité est justifiée par l'idée d'amélioration : la règle prétorienne, comme la loi interprétative, vient corriger une erreur, rétablir le sens véritable de la loi. Elle remplace, « *annule rétroactivement l'interprétation antérieure, et s'applique à toutes les situations en cours comme si elle avait toujours été la seule* » (C. Mouly, *Ibid.*). Cette conception des choses avait été défendue, dans l'affaire, par Monsieur le conseiller P. Sargos. L'« *essence de la décision juridictionnelle* », soutenait-il, « *est d'être interprétative, ce qui signifie qu'elle s'applique depuis la date du texte normatif* » (P. Sargos, rapp. *précité*, sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001). Autrement dit, le jugement n'est pas créateur d'une règle nouvelle ; il est neutre, « *transparent* » (M.-A. Frison-Roche, « Le juge et son objet », in Mélanges C. Mouly, Tome 1, 1998, p. 21) par rapport à la loi interprétée.

¹⁸⁹⁸ On notera cet étrange retournement de situation : « *"l'application" du droit est plus libre que sa "création"* », puisque le législateur ne crée du droit que dans le cadre d'une procédure législative qui exclut, en principe tout effet rétroactif (C. Atias, note *précit.*).



Derrière la motivation de la Cour de cassation, se trouve également une autre idée d'ordre politique : l'égalité des justiciables devant la loi. Le raisonnement est alors le suivant : s'il y a égalité devant la loi, il doit y avoir aussi égalité devant la jurisprudence qui n'en est que le prolongement. Les justiciables ne peuvent donc être jugés selon des interprétations différentes de la loi ; cela reviendrait à les juger selon des lois différentes. Mais cet argument ne conduit-il pas à des conséquences excessives ? Car faut-il souhaiter l'égalité des justiciables devant la rétroactivité des revirements ? Peut-on se prévaloir du principe d'égalité, pour niveler par le bas le traitement des justiciables ?

Si l'on tient compte des réactions de la doctrine, on arrive à cette conclusion que le juge doit prendre garde à ne pas attiser la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Au cas où le revirement a déjà eu lieu, il faudrait veiller à ne pas le réitérer et à revenir à l'ancienne jurisprudence pour trancher les affaires relevant de la période antérieure au changement.

Car si la rétroactivité attire des reproches lorsqu'elle est répétée dans le temps, elle en suscite aussi lorsqu'elle est élargie dans l'espace.

B. La rétroactivité élargie

246. La rétroactivité est contestée lorsqu'elle est élargie, au-delà de l'arrêt de revirement, à des tiers au procès. Dans ce cas, le juge ne se contente pas d'appliquer la règle nouvelle aux parties à l'instance. Il raisonne comme si la règle nouvelle avait toujours existé pour tous les justiciables. Il étend ainsi l'effet rétroactif à des affaires auxiliaires, mettant en cause des tiers au problème de droit tranché par l'arrêt de revirement.

Ces affaires portent, principalement, sur la responsabilité des professionnels du droit. Ceux-ci ont le devoir de tenir compte des revirements de jurisprudence pour remplir leur mission. Et ce devoir se trouve soudain amplifié au point d'être déformé. Le juge va, en effet, leur appliquer rétroactivement le revirement de jurisprudence : il va agir comme si la règle nouvelle avait déjà existé au moment de leur intervention et les sanctionner pour ne pas l'avoir prise en compte.



Pour cela, le juge peut procéder de deux manières. La première et la plus flagrante consiste à faire le choix d'une rétroactivité franche et assumée. C'est ce que fit la Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2008¹⁸⁹⁹. Jamais, elle « *n'était allée aussi loin (...) dans les conséquences de la rétroactivité* »¹⁹⁰⁰. En l'espèce, la Cour de cassation raisonnait ouvertement comme si un revirement intervenu le 4 mars 2005¹⁹⁰¹ rendant inopérant un moyen de droit en matière d'exigence d'agrément, avait existé neuf ans plus tôt. Les avocats qui étaient intervenus à l'époque étaient ainsi excusés de ne pas l'avoir soulevé et ce, alors même qu'à ce moment-là le moyen paraissait pouvoir être invoqué¹⁹⁰².

Cet arrêt a suscité la critique ; on lui a reproché d'être rétroactif. Mais l'on note que ce n'est pas la rétroactivité de l'arrêt du 5 mars 2005 qui est critiquée en elle-même, c'est-à-dire le fait qu'elle ait surpris les parties à l'instance dans l'arrêt de revirement. Ce qui est contesté, c'est le fait qu'elle atteigne les tiers. La responsabilité des professionnels du droit ne devrait pas pouvoir être jugée en fonction d'un revirement ultérieur censé avoir toujours existé. Pourrait-on raisonnablement juger un professionnel du droit pour ne pas avoir tenu compte d'un texte, au motif qu'il a été abrogé après son intervention ? Cela paraît difficile à soutenir. Il devrait donc en aller de même en matière jurisprudentielle. La responsabilité d'un professionnel du droit ne devrait être jugée qu'en fonction des données jurisprudentielles en vigueur à l'époque de son intervention. Car ce n'est qu'ainsi que pourra être appréciée, avec justesse, la diligence du professionnel.

Une telle rétroactivité est rejetée parce qu'à nouveau, elle est gratuite. Loin d'être justifiée par un progrès du droit, elle n'est qu'un effet pervers de la fiction que constitue la rétroactivité. Si la règle est censée avoir toujours existé, elle était opposable à tous, aux justiciables directement visés par le revirement, comme aux professionnels du droit qui avaient le devoir d'en tenir compte. La fiction est donc poussée à l'excès. Ce qui est d'autant plus malvenu, que cette fiction est liée à une conception de la jurisprudence elle-même fictive. Le juge ne serait pas un créateur de droit, mais un simple interprète. Si la règle est rétroactive c'est donc uniquement parce qu'elle n'existe pas en elle-même et se confond complètement avec le texte

¹⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, D. 2008.1448, note A. Aynès, JCP E 2008.10074, note H. Slim, RTD civ. 2008, p. 442, note P. Deumier, LPA 10 avr. 2008, n° 73, p. 18, note J. Lasserre-Capdeville.

¹⁹⁰⁰ Note P. Deumier, RTD civ. 2008, p. 442.

¹⁹⁰¹ Cass. Ass. Pl. 4 mars 2005, RTD civ. 2005.388, obs. J. Mestre et B. Fages. Selon cet arrêt, le défaut d'agrément n'emporte pas la nullité du prêt.

¹⁹⁰² Du moins, sa validité faisait l'objet de discussions (v. not. Cass. com. 19 nov. 1991, RTD civ. 1992.381, obs. J. Mestre, Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, RTD civ. 1995.100, obs. J. Mestre).



de loi. On retrouve ainsi la question délicate de savoir si le juge peut se prévaloir des limites de son office lorsqu'il les franchit.

248. Cette extension directe de l'effet rétroactif d'un revirement est rare. Plus souvent, le juge agit de manière subtile. Selon cette deuxième manière de faire, le juge fait remonter le revirement à une date antérieure à l'arrêt qui officialise le changement. Il déclare que le revirement s'est opéré en réalité dans un arrêt précurseur, *a priori* incertain, qui préparait l'arrêt de principe. Et en appliquant cet arrêt antérieur, le juge aboutit exactement au même résultat que s'il avait appliqué rétroactivement l'arrêt de principe.

L'arrêt du 7 mars 2006¹⁹⁰³ apporte, sur ce point, une illustration concrète. En l'espèce, la Cour de cassation a pu sanctionner un notaire et un agent immobilier pour ne pas avoir tenu compte d'un revirement de jurisprudence qu'elle situait à une date antérieure à l'arrêt officiel. La question envisagée - une question technique relative au bail agricole¹⁹⁰⁴ - avait été réglée par un arrêt de principe du 27 mars 1985¹⁹⁰⁵. Les professionnels du droit, qui avaient agi avant cette date¹⁹⁰⁶, étaient toutefois sanctionnés pour ne pas en avoir tenu compte, dans la mesure où les prémisses de cette évolution étaient déjà présents dans un arrêt précédent, du 7 décembre 1983¹⁹⁰⁷. C'est ce premier arrêt qui avait en réalité effectué le revirement, l'arrêt de 1985 ne faisant que consacrer l'évolution.

¹⁹⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 136, p. 126, RTD civ. 2006, p. 521, obs. P. Deumier, p. 580, obs. P.-Y. Gautier.

¹⁹⁰⁴ Il s'agissait de savoir si le paiement d'un pas de porte est valable lors de la cession d'un bail agricole. Plus précisément, il s'agissait de savoir si le fermier entrant peut demander au fermier sortant une indemnité pour les fumures et arrières-fumures, c'est-à-dire pour les engrais déjà déposés sur le sol. Jusqu'alors, la pratique était validée ; la jurisprudence y voyait une coutume de la région du Nord et la contrepartie justifiée de l'indemnité versée par le fermier sortant le jour de son entrée dans les lieux (Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1999, *Bull. civ.*, III, n° 174, p. 540 ; 22 janv. 1971, *Bull. Civ. III*, n° 49, p. 34, D. 1971. Somm. 109 ; 9 avr. 1974, *Bull. civ.*, III, n° 136, p. 103 ; CA Paris, 3 mars 1976, *Gaz. Pal.* 1977.1.20). Le notaire et l'agent immobilier avaient donc prévu le paiement de cette indemnité dans l'acte de cession.

¹⁹⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1985, *Bull. civ. III*, n° 62, p. 46. La Cour de cassation condamne cette pratique, en qualifiant les engrais « *d'améliorations culturelles* ». Cette qualification a, effectivement, pour effet de rendre la pratique illicite, puisque de telles améliorations ne peuvent donner lieu à indemnité de la part du preneur entrant, et ne sont dues que par le bailleur.

¹⁹⁰⁶ Plus exactement, ils avaient agi après cette date, en mai 1985, mais avant la publication de l'arrêt, qui n'eut lieu qu'en juin 1985, « *soit postérieurement à la réalisation de l'opération* ». L'arrêt d'appel excusait ainsi les professionnels de ne pas en avoir tenu compte. Ceux-ci avaient agi « *en fonction et conformément aux données d'usage et de jurisprudence de l'époque* ».

¹⁹⁰⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 7 déc. 1983, *Bull. civ. III*, n° 256, p. 194, D. 1985.IR.70, obs. E.-N. Martine, *Gaz. Pal.* 1984.1.258, note J. Hudault. Dans l'arrêt du 7 mars 2006, la Cour de cassation reproche, en effet, aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *si, eu égard aux textes applicables, l'état du droit positif existant à l'époque de l'intervention du notaire et de l'agent immobilier, fixé par l'arrêt du 27 mars 1985, ne procédait pas d'une évolution antérieure apparue dès un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1983* ».



Or, l'arrêt du 7 décembre 1983 n'était qu'un arrêt d'espèce qui statuait sur une question voisine. Il est vrai que le point de droit y apparaît, dans une phrase incidente, mais celle-ci ne pouvait raisonnablement apparaître comme un *obiter dictum* qu'*a posteriori*¹⁹⁰⁸. Sur le moment, la proposition n'avait qu'une faible autorité, s'agissant d'un autre problème de droit et compte tenu des particularités de fait du cas¹⁹⁰⁹. L'arrêt du 7 décembre 1983, « *arrêt d'espèce, peu diffusé, peu commenté et à la portée incertaine* »¹⁹¹⁰, ne représentait, en définitive, qu'un premier pas potentiel. Ce « *supposé précédent* »¹⁹¹¹ n'avait ni la clarté ni la fermeté d'un arrêt de principe, et les professionnels du droit pouvaient légitimement ne pas l'avoir remarqué.

Mais en donnant à ce premier pas une valeur qu'il n'avait pas sur le moment, la Cour de cassation parvenait à appliquer rétroactivement le revirement du 27 mars 1985. La reconstruction rétrospective de l'évolution jurisprudentielle lui permettait d'antidater le revirement de jurisprudence. Ainsi, par ce moyen détourné, la rétroactivité était élargie, mais avec une certaine subtilité. En effet, le juge n'appliquait pas rétroactivement l'arrêt du 27 mars 1985. Il appliquait tout simplement l'arrêt du 7 décembre 1983, rétrospectivement relu, à des faits postérieurs.

Le problème de la rétroactivité des revirements de jurisprudence atteint son comble lorsque le juge est saisi d'un cas antérieur à deux revirements de jurisprudence successifs. Auquel des deux accorder un effet rétroactif ? Ainsi, dans l'arrêt rendu le 14 mai 2009¹⁹¹², se posait la question de savoir si un avocat engageait sa responsabilité pour ne pas avoir transposé la

¹⁹⁰⁸ La Cour de cassation y emploie effectivement la qualification nouvelle puisque les fumures litigieuses y sont envisagées comme des « *améliorations culturelles* ». Mais cette qualification apparaît de façon incidente, s'agissant d'un litige opposant non pas le fermier sortant et le fermier entrant sur la validité de l'indemnité, mais le fermier sortant et le bailleur, à propos des conditions du paiement de cette indemnité. Il s'agit donc d'un autre problème de droit (P.-Y. Gautier, obs. *précit.*).

¹⁹⁰⁹ Et la qualification nouvelle apparaît, ensuite, « *étroitement mêlée aux circonstances de la cause* » (P. Deumier, obs. *précit.*). Car, en l'espèce, le fermier sortant ne justifiait d'aucun versement à son entrée dans les lieux. Dans cette hypothèse, la jurisprudence admet qu'il peut tout de même obtenir une indemnité s'il laisse davantage de fumures qu'il n'en a trouvées (CA Amiens, 6 juill. 1976, JCP 1977.IV.42, D. 1976.I.R.277, Cass. civ. 3ème, 10 fév. 1981, JCP 1981.IV.142). Or, dans ce cas particulier, « *le rapprochement entre ces indemnités et celles dues pour améliorations culturelles paraît s'imposer les tribunaux n'accordant les unes et les autres qu'à la condition que le demandeur fasse la preuve d'une augmentation de la productivité du sol* » (E.-N. Martine, obs. *précit.*). L'arrêt du 7 décembre 1983 n'opère donc pas un revirement sur la qualification générale des fumures et arrières-fumures.

¹⁹¹⁰ P. Deumier, obs. *précit.*

¹⁹¹¹ P.-Y. Gautier, obs. *précit.*

¹⁹¹² Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n° 08-15.899, JCP 2009.94, note H. Slim, RTD civ. 2009, p. 493, obs. P. Deumier.



jurisprudence *Costedoat*¹⁹¹³ à un cas voisin¹⁹¹⁴. Cette possibilité n'avait été admise, que lors d'un arrêt ultérieur¹⁹¹⁵. Mais, elle avait été, ensuite, supprimée par un arrêt encore plus récent¹⁹¹⁶. Lequel des deux revirements allait-il produire ses effets rétroactifs ? La Cour de cassation donna effet au premier revirement et condamna l'avocat¹⁹¹⁷. Si elle avait opté pour le second revirement, l'avocat était exonéré. La question peut donc être posée de savoir si la responsabilité d'un professionnel du droit à un moment donné peut raisonnablement varier en fonction du revirement que le juge choisira de faire prévaloir.

En somme, le juge doit veiller à ne pas augmenter la rétroactivité des revirements car alors il « franchit le Rubicon »¹⁹¹⁸. Il est plutôt encouragé à atténuer cet effet rétroactif. Car ce n'est qu'ainsi qu'il pourra exercer son rôle créateur tout en restant dans des limites du respect de la sécurité juridique.

§ II. La réception de l'aménagement prospectif

249. Le rapport Molfessis invite à la reconnaissance, au profit du juge, d'un pouvoir de « modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence »¹⁹¹⁹. A l'heure actuelle, certains procédés permettent d'amoindrir la rétroactivité des revirements¹⁹²⁰. Le juge peut, tout d'abord, diluer la rétroactivité d'un revirement, en procédant par « petits pas »¹⁹²¹. En avançant par petites touches, les juges peuvent, en effet, annoncer le changement et laisser

¹⁹¹³ Arrêt *Costedoat*, Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000, D. 2000.673, note Ph. Brun, JCP 2000.I.241, obs G. Viney, II.10295, concl. R. Kessous, note Biliau, RCA 2000, chron. N°11, obs. H. Groutel, Gaz. Pal. 2000.2.1462, note Grimaldi. V. *supra*, n° 89.

¹⁹¹⁴ Il s'agissait de savoir si le principe d'immunité civile pouvait être soulevé lorsque le préposé a commis une faute pénale.

¹⁹¹⁵ Cass. Crim. 23 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 21, RDC 2001, n° 212. L'arrêt admet que le préposé puisse s'en prévaloir alors même qu'il a commis une faute pénale. Auparavant, la question était très débattue (P. Deumier, obs. *précit.*).

¹⁹¹⁶ L'arrêt du 8 mars 2006 (Cass. crim. 8 mars 2006, *Bull. Crim.* n° 91, JCP 2006.II.10188, note J. Mouly, RTD civ. 2007.135, obs. P. Jourdain) supprime cette possibilité : le préposé ne peut invoquer l'immunité civile en cas d'infraction pénale non intentionnelle.

¹⁹¹⁷ L'avocat « se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge a des chances sérieuses de la faire prospérer ».

¹⁹¹⁸ P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005. 247.

¹⁹¹⁹ N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, rapp. *précit.*, n° 2.5.1. V. aussi, Ph. Malinvaud, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 312.

¹⁹²⁰ Pour un panorama de ces méthodes, voir la « vague ébauche de droit transitoire jurisprudentiel », in T. Piazzon, *La sécurité juridique*, th. Paris II, 2006, éd. Defrénois, 2009, n° 176, p. 476.

¹⁹²¹ V. *supra*, n° 71 et s.



aux justiciables la possibilité de s'y adapter. Il faut toutefois que les petits pas soient assez clairs pour être identifiés, ce qui n'est pas toujours le cas¹⁹²².

Dans le cadre d'un arrêt de principe, qui pose directement la règle, la démarche du juge devra être plus franche et ferme : la rétroactivité pourra être *refusée*, si le juge rejette ouvertement l'application rétroactive du revirement (A) ou *évitée*, s'il écarte l'effet rétroactif sans le dire, en usant de techniques détournées (B).

A. La rétroactivité refusée

250. Le juge peut rejeter ouvertement l'effet rétroactif du revirement. Il énonce la règle nouvelle et refuse de l'appliquer en l'espèce, au nom d'un impératif supérieur. L'affaire est donc tranchée selon la jurisprudence antérieure et le revirement ne vaut véritablement que pour les cas futurs. C'est un « *revirement prospectif* »¹⁹²³ ou un « *revirement pour l'avenir* »¹⁹²⁴.

Dans ce cas, la démarche du juge est franche. Elle reflète l'image d'un juge reconnaissant son rôle créateur et acceptant de se soumettre à une procédure d'élaboration du droit. Comme le législateur, il s'abstient de produire des règles rétroactives. Le rapport Molfessis encourage cette technique claire et efficace. Il se prononce « *pour la consécration, par la Cour de cassation elle-même, de la possibilité de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence* »¹⁹²⁵.

251. L'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile le 8 juillet 2004¹⁹²⁶ en est une illustration particulièrement nette. « *Jamais la Cour de cassation n'était allée aussi loin dans le sens de la non-rétroactivité de sa jurisprudence* »¹⁹²⁷. Dans cette affaire, une action en réparation fondée sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, soulevait un problème d'interprétation des textes. Plus précisément, la question se posait de savoir

¹⁹²² V. *supra*, n° 229. Sur « l'insuffisance des techniques préventives » de manière générale, v. N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, rapp. *précit.*

¹⁹²³ V. not. C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », art. *précit.* P. Morvan, art. *précit.*

¹⁹²⁴ V. not. P. Morvan, note sous Cass. Ass. Pl., 21 déc. 2006, D. 2005. 247.

¹⁹²⁵ N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, rapp. *précit.*

¹⁹²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, D. 2004, p. 2956, note C. Bigot.

¹⁹²⁷ P. Deumier, obs. *précit.* sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008.



comment calculer le délai de prescription de l'action¹⁹²⁸. La Cour de cassation répond à cette question en apportant une règle complémentaire, précisant le sens des textes¹⁹²⁹. Mais elle l'écarte aussitôt pour l'espèce en cours.

A l'appui, elle invoque un droit fondamental : « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours, aboutirait à priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁹³⁰. Pour refuser d'appliquer la règle, la Cour de cassation préfère donc fonder sa solution sur le droit à un procès équitable, plutôt sur le principe de sécurité juridique. Ce « *prétendu "principe"* »¹⁹³¹ est plus discutable et restait, en outre, lié, dans les mémoires, à la solution inverse¹⁹³².

Le droit à un procès équitable, désigne, en effet, « *le droit à une bonne justice* »¹⁹³³, c'est-à-dire « *une justice de qualité dans laquelle ils puissent avoir confiance* »¹⁹³⁴. Or, les justiciables perdent confiance en leur justice, si l'interprétation des règles change au cours de leur procès. La norme jurisprudentielle doit être accessible et prévisible pour le justiciable¹⁹³⁵. Ces exigences imposées au législateur doivent être *a fortiori* appliquées au juge, qui n'est pas un créateur officiel de droit.

Dans cette hypothèse, la rétroactivité est donc rejetée : le juge l'écarte ouvertement. Il ne cherche pas à la paralyser par des expédients. Il la réfute franchement, ce qui se traduit, au niveau rédactionnel, par une subdivision de la motivation judiciaire. Dans un premier temps,

¹⁹²⁸ L'interruption de la prescription du délai trimestriel, prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, fait-elle courir un nouveau délai trimestriel ?

¹⁹²⁹ Elle décide que l'interruption de la prescription fait courir un nouveau délai trimestriel.

¹⁹³⁰ L'article 6.1 de la CEDH dispose : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou de la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

¹⁹³¹ P. Morvan, note sous Cass. Ass. Pl., 21 déc. 2006, D. 2007.835.

¹⁹³² C'est en écartant ce fondement, en effet, que la Cour de cassation avait appliqué rétroactivement les revirements de jurisprudence, en consacrant le principe selon lequel « *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* », v. *supra*, n° 244-245.

¹⁹³³ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013, n° 380, p. 347.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, n° 382, p. 347.

¹⁹³⁵ P. Morvan, note *précit.*, sous Cass. Ass. Pl., 21 déc. 2006.



apparaît « *l'énoncé de la règle* »¹⁹³⁶ nouvelle. C'est la partie normative de la décision : le juge agit en législateur auxiliaire. Puis, dans un deuxième temps, figurent « *les raisons de ne pas l'appliquer* »¹⁹³⁷ : c'est la partie judiciaire, relative à l'espèce. Le juge revient au litige, tout en tenant compte du caractère nouveau de la règle applicable, qui le conduit précisément à l'écarter pour préserver les droits des parties à l'instance.

Dans cette hypothèse, relativement rare jusqu'à présent, le juge assume sa fonction créatrice jusqu'au bout. Il ne se présente plus comme un simple intermédiaire, qui n'aurait aucune influence sur le contenu des règles. Son action n'est pas seulement interprétative ou déclarative. Elle est créatrice et la règle prétorienne a son existence propre. Le juge, en appliquant le principe de non-rétroactivité et en aménageant l'entrée en vigueur de la règle nouvelle, se reconnaît un pouvoir « *nouveau* », un « *pouvoir de modulation dans le temps* »¹⁹³⁸ de l'effet des revirements de jurisprudence.

252. Dans cette affaire, la deuxième Chambre civile gelait l'effet rétroactif de l'arrêt de revirement. Aussitôt posée, la règle était paralysée. Poursuivant dans cette voie, l'Assemblée plénière a refusé de dégeler l'effet rétroactif dans une espèce suivante, mettant à nouveau en cause des faits antérieurs au revirement. Le 21 décembre 2006¹⁹³⁹, elle refusait d'appliquer la règle nouvellement découverte à d'autres justiciables, pour des faits passés. Elle réaffirmait ainsi la valeur prospective du revirement effectuée le 8 juillet 2004 : il ne vaut que pour les affaires à venir et n'est pas applicable aux affaires antérieures.

La solution contraire, aurait, en effet, consacré le pire de la rétroactivité. La règle nouvelle, qui n'avait pas été appliqué rétroactivement dans l'arrêt de revirement, l'aurait été dans un arrêt ultérieur. La rétroactivité aurait donc été écartée au moment où elle accompagnait un progrès du droit, et appliquée au moment où elle n'en impliquait aucun. La rétroactivité utile aurait été refusée, mais la rétroactivité inutile aurait été admise. La solution adoptée par l'Assemblée plénière s'imposait donc.

¹⁹³⁶ Ph. Théry, obs. *précit.*

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ P. Deumier, obs. *précit.*

¹⁹³⁹ Cass. Ass. Pl., 21 déc. 2006, RTD civ. 2007.72, P. Morvan, et p. 168, obs. Ph Téry, D. 2007.835, JCP 2007.II.10040.



Toutefois, une précision apportée dans sa motivation pourrait en réduire la portée. Les fondements invoqués sont les mêmes, mais elle précise que l'application immédiate de la règle nouvelle aurait privé le justiciable de son droit à un procès équitable « *en lui interdisant l'accès au juge* ». Cette précision semble rattacher la portée de la solution aux circonstances particulières des deux affaires du 8 juillet 2004 et du 21 décembre 2006. S'agissant d'une règle de prescription et la nouveauté ayant consisté à réduire le délai, l'action du demandeur, valable sous l'empire de la jurisprudence antérieure, aurait été irrecevable. Il semblerait souhaitable que cette solution soit plutôt élargie, et appliquée à des revirements qui ne portent pas nécessairement sur des règles de procédure.

Ainsi qu'il a été indiqué, l'hypothèse où le juge refuse ouvertement la rétroactivité du revirement est relativement rare. Plus souvent, le juge use de moyens de fortune pour éviter l'effet rétroactif.

B. La rétroactivité évitée

253. Le juge peut éviter l'effet rétroactif du revirement, sans le rejeter expressément. Il use alors de moyens techniques, qui permettent de détourner l'effet rétroactif. Il peut, ainsi qu'il a été vu, recourir à l'*obiter dictum*¹⁹⁴⁰ : il pose alors la règle nouvelle dans une espèce où elle n'est pas utile, parce que le juge tranche un problème voisin. Ainsi, la règle est formulée mais elle n'est pas appliquée rétroactivement.

Le recours à l'*obiter dictum* n'a pas les faveurs du juge de *common law*. Bien que celui-ci ait la rétroactivité des revirements en « *horreur* »¹⁹⁴¹ il éprouve une certaine réticence à l'égard de ce procédé. Parce qu'il accorde une importance primordiale aux faits et se refuse à poser une règle sans pouvoir la confronter à l'espèce, « *le juge anglais s'interdit de faire évoluer la jurisprudence préventivement* »¹⁹⁴².

Un autre moyen, encore plus discret, consiste à formuler la règle nouvelle et la soumettre à une condition qui n'est pas remplie en l'espèce. De cette façon, la règle est créée, mais elle

¹⁹⁴⁰ V. *supra*, n° 100.

¹⁹⁴¹ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 171, p. 104 et n° 173, p. 105.

¹⁹⁴² *Ibid*, n° 174, p. 105.



n'est pas appliquée. La solution ne change pas pour les parties à l'instance : que l'on applique la règle antérieure, ou que l'on refuse d'appliquer la règle nouvelle parce que les conditions ne sont pas satisfaites, le résultat est le même¹⁹⁴³.

254. Des revirements de grande ampleur ont été effectués de cette façon, sans bouleverser la sécurité juridique. Par le revirement « *surprenant et spectaculaire* »¹⁹⁴⁴ opéré le 26 mai 2006¹⁹⁴⁵ en matière de pacte de préférence, la Cour de cassation consacrait une règle nouvelle : elle validait la substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence. Mais elle le faisait dans une espèce où la règle nouvelle était inapplicable : la substitution du bénéficiaire n'était valable que si le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Lorsque le juge procède de cette façon, la règle nouvelle apparaît, mais seulement de manière incidente : « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit (...) d'obtenir sa substitution à l'acquéreur...* ». La conjonction de subordination « *si* », introduit une potentialité. La subordination est désormais potentiellement valable. Cette manière d'introduire la règle nouvelle ressemble à la technique de l'*obiter dictum* : le juge énonce « *soit dit en passant* »¹⁹⁴⁶, la règle nouvelle. A cette différence près, toutefois, que cette règle n'est pas étrangère au problème de droit en cause¹⁹⁴⁷. La substitution est potentiellement valable ; elle n'aura pourtant pas lieu en l'espèce. Puisque les conditions de la mauvaise foi du tiers ne sont pas remplies, on ne se situe pas dans le cas où une substitution aurait pu être prononcée. Rien ne change donc pour les parties à l'instance : que la substitution soit refusée de manière générale, ou qu'elle soit écartée en l'espèce parce que les conditions ne sont pas remplies, la solution reste la même.

¹⁹⁴³ Ceci, dans l'hypothèse où la règle nouvelle est opposée à la règle antérieure. S'il ne s'agit que d'une règle complémentaire ou différente, le raisonnement n'est plus valable.

¹⁹⁴⁴ D. Mainguy, note sous Cass. ch. mixte 26 mai, D. 2006.1861

¹⁹⁴⁵ Cass. ch. mixte 26 mai 2006, D. 2006.1861, note P-Y Gautier et D. Mainguy, CCC 2006, n°153, note L. Leveneur, JCP 2006.I.176, n°1, obs. F. Labarthe, RDC 2006.1080, obs. D. Mazeaud et 1131, obs. F. Collart-Dutilleul, Defrénois 2006.1206, obs. E. Savaux, RTD civ. 2006.550, obs. J. Mestre et B. Fages ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, Tome 2, n° 258, p. 653 et s. V. *supra*, n° 101.

¹⁹⁴⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 7^{ème} éd., 2005.

¹⁹⁴⁷ C'est la règle applicable en général, même si elle est écartée en l'espèce.



Introduite de cette manière, la règle nouvelle n'est donc pas rétroactive. On trouve d'autres exemples du recours à ce procédé. Lorsque par l'arrêt du 7 novembre 2000¹⁹⁴⁸, également envisagé, la Cour de cassation opère un revirement au sujet des cessions de clientèles civiles, elle procède de la même manière. Elle proclame la licéité de ces cessions dans une proposition incidente et renverse ainsi la jurisprudence antérieure. Mais la licéité de ces cessions est subordonnée à une condition qui n'est pas remplie en l'espèce. La cession de clientèle n'est valable qu'à la condition de ne pas porter atteinte à la liberté de choix du client, ce qui n'est pas le cas dans l'affaire du 7 novembre 2000.

255. Ce procédé visant à atténuer la rétroactivité de la jurisprudence est parfois si puissant qu'il risque même, en définitive, de bloquer l'effectivité de la règle nouvelle. En effet, dans les deux affaires évoquées, les conditions posées pour rejeter les demandes étaient si restrictives que la règle nouvelle a pu sembler paralysée. En gelant les effets rétroactifs de la règle nouvelle, le juge avait gelé la règle nouvelle elle-même.

Dans l'affaire du 7 novembre 2000, la licéité des cessions de clientèle était soumise à une condition : le respect de la liberté de choix du client. Or, cette condition existait déjà dans la jurisprudence antérieure. En réalité, elle était au fondement de la position inverse. Mais en faisant du fondement de la position antérieure la condition de la position nouvelle, le juge consacrait une règle relativement ineffective. La jurisprudence risquait de ne changer qu'en surface. Jugeons-en plutôt : auparavant, la cession de clientèle civile était illicite parce qu'elle portait atteinte au libre choix du client ; désormais, elle est licite du moment qu'elle ne porte pas atteinte au libre choix du client. La doctrine fait ainsi ce commentaire : « *dorénavant, on fera comme d'habitude* »¹⁹⁴⁹.

L'affaire précitée du 26 mai 2006 est encore plus nette sur ce point. La règle nouvelle y est soumise à une double condition : pour que le bénéficiaire soit substitué au tiers acquéreur, il faut que celui-ci ait eu connaissance à la fois de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La première condition paraît raisonnable ; elle atteste de la mauvaise foi du tiers qui a agi en connaissance de cause. Mais la deuxième condition semble plus discutable. Comment le tiers pourrait-il avoir su que le bénéficiaire souhaitait se

¹⁹⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, JCP 2001.II.10452, note Violla, I.301, n°16, obs. Rochfeld, D. 2002, somm. Com. P. 930, obs. Tournafond, Defrénois 2001.431, note Libchaber, CCC 2001, n°18, obs. Leveneur. V. *supra*, n° 102.

¹⁹⁴⁹ Y. Serra, D. 2001, p. 2295.



prévaloir du pacte, alors que celui-ci, n'ayant pas été informé de la vente, n'avait pas forcément eu cette intention ? Prouver la connaissance d'une intention est déjà chose difficile. Mais prouver la connaissance d'une intention qui n'existe pas apparaît impossible. La doctrine a vu ainsi, dans cette deuxième condition qui permettait d'enrayer l'effet rétroactif du revirement, une véritable « *probatio diabolica* »¹⁹⁵⁰. La règle nouvelle était bloquée au point qu'on a pu dire de l'arrêt du 26 mai 2006 qu'il n'effectuait, en réalité, qu'un « *demi-revirement de jurisprudence* »¹⁹⁵¹.

Les procédés qui permettant d'atténuer la rétroactivité de la jurisprudence sont ainsi redoutablement efficaces et le sont même parfois au-delà du nécessaire. En paralysant les effets de la règle nouvelle pour le passé, ils peuvent les bloquer également dans le présent et dans l'avenir.

¹⁹⁵⁰ Ch. Mixte, 26 mai 2006, note P.Y. Gautier, « Exécution forcée du pacte de préférence : la Chambre mixte est-elle allée trop loin ou pas assez ? » D. 2006, 1861. La doctrine est ainsi sceptique, voire déçue : « *Le juge n'aurait-il pas repris d'une main, ce qu'il venait d'offrir de l'autre ?* » (T. Piazzon, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, p. 433).

¹⁹⁵¹ T. Piazzon, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, p. 433.



Conclusion de la deuxième partie

256. La Cour de cassation ne paraît pas totalement libre dans l'exercice de son pouvoir prétorien. Lorsqu'elle agit avec trop d'audace, des réactions se manifestent, matérialisant ainsi les limites du pouvoir prétorien. Ces réactions, qui ont toujours existé¹⁹⁵², semblent s'exprimer aujourd'hui avec plus de vigueur, au point de constituer de nouveaux objets d'étude pour la recherche : les réactions doctrinales¹⁹⁵³, la résistance des juges du fond¹⁹⁵⁴ ou le bris de jurisprudence¹⁹⁵⁵ ont fait l'objet de conceptualisations relativement récentes. À une époque où la Cour de cassation assume davantage son pouvoir normatif, les juristes semblent ainsi aspirer à un « *encadrement* »¹⁹⁵⁶ de la jurisprudence.

Sans doute, ces réactions ne sont-elles pas toujours fiables : la critique doctrinale, la résistance des juges du fond ou le bris de jurisprudence, sont des données difficiles à traiter, qui ne fournissent aucune certitude scientifique. Elles résistent aux tentatives de classement ou de hiérarchisation. En outre, leur déclenchement n'est pas automatique¹⁹⁵⁷ et certaines seulement conduisent à un changement de position¹⁹⁵⁸. Surtout, les conclusions qu'il est possible de tirer

¹⁹⁵² H.-F. Rivière, *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1862 (v. spéc. l'avant-propos).

¹⁹⁵³ *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXI, Economica, 1982, P.-Y. Gautier, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », D. 2003, p. 2839.

¹⁹⁵⁴ J.-L. Aubert, O. Bouillane de Lacoste, A. Oriol, et C. Choucro, « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 181, J.-L. Aubert, « Pour des rébellions constructives », RTD civ. 1992, p. 238.

¹⁹⁵⁵ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in Mél. Savatier, 1965, p. 603, J.-L. Bergel, « La loi du juge, dialogue ou duel ? », in Mél. Kayser, 1979, p. 21.

¹⁹⁵⁶ C'est le terme employé par M. Tascher dans sa thèse récente (*Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, th. Besançon, 2011, spéc. p. 248).

¹⁹⁵⁷ S'agissant de comportements humains, leur déclenchement n'est pas automatique et dépend de multiples facteurs. Une création prétorienne abusive pourra ne provoquer aucune réaction, parce que la doctrine n'en aura pas connaissance (Ph. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989, p. 25), parce que les juges du fond refuseront d'encourir la censure de leur arrêt, parce qu'aucune action ne sera portée devant la Cour européenne des droits de l'homme ou encore parce que les faibles enjeux de la question ne justifieront pas une intervention du législateur. Et inversement, une action prétorienne bien fondée pourra être rejetée, par exemple, par simple crainte de l'innovation.

¹⁹⁵⁸ Il est des critiques doctrinales qui ne parviennent pas à convaincre la Cour de cassation d'opérer un revirement. C'est le cas, par exemple, en matière de promesse unilatérale de vente. La Cour de cassation refuse de prononcer l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente rétractée, alors même que le bénéficiaire a levé l'option dans le délai imparti (Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, D. 1995. Somm. 230, obs. L. Aynès, JCP 1995.II.22366, obs. Mazeaud, Defrénois 1994.795, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1994.588, obs. J. Mestre, et



de leur étude contiennent inévitablement une certaine part de subjectivité : la question des limites de la création prétorienne emporte toujours, d'une certaine manière, celle de ses *justes limites*.

257. Mais si les limites du pouvoir prétorien sont incertaines, aléatoires, franchissables, il est possible de dire qu'elles existent et sont de mieux en mieux perçues. Ainsi, parce que le juge exerce un pouvoir *normatif*, il paraît devoir se soumettre aux contraintes qui pèsent sur la création de toute loi : identifier les règles nouvelles et régler leurs modalités d'entrée en vigueur. Les propositions émises dans le rapport *Molfessis* représentent ainsi les premiers éléments d'une méthodologie prétorienne officielle¹⁹⁵⁹. Et ce n'est pas tout : parce que le juge exerce un pouvoir *prétorien*, la légitimité de son intervention n'est pas de droit ; elle est toute entière à démontrer. L'arrêt *Boumaraf*, rendu le 30 août 2011¹⁹⁶⁰ par la Cour européenne des droits de l'homme, a rappelé ainsi à la Cour de cassation la nécessité de motiver ses arrêts de revirement.

En tout état de cause, le juge semble invité à faire preuve de sobriété et de prudence dans l'exercice de son pouvoir normatif : il ne doit agir « *qu'en tremblant* »¹⁹⁶¹, en veillant à rechercher un véritable équilibre entre les intérêts en présence et à produire des règles compatibles avec le droit existant. Et sa vigilance doit être particulièrement accrue, car si « *la résistance à la loi est illégitime* », rappelons que « *la résistance à la jurisprudence ne l'est pas* »¹⁹⁶². Les faits démontrent ainsi que les aménagements prétoriens sont jugés avec plus de sévérité encore que les lois : puisque le juge ne peut se retrancher derrière le suffrage universel, il ne paraît être admis à agir qu'au nom du *juste naturel*.

en dernière date, Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1273, édito F. Rome, p. 1457, note D. Mazeaud, p. 1460, note D. Mainguy, même si la Cour de cassation change le fondement de la solution, v. N. Molfessis, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente », D. 2012, p. 231). Cette jurisprudence, jugée « *calamiteuse* » (Ph. Malaurie, L. Aynès, et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, ancienne édition, 4^{ème} éd., 2009, n° 444, p. 228) est pourtant maintenue par la Cour de cassation, en dépit de la vive critique doctrinale. Également, la résistance des juges du fond est parfois vaine. La sanction prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme peut n'être suivie d'aucun effet, même si les juges européens tendent à assurer de mieux en mieux l'exécution de leurs décisions, notamment par la procédure dite des arrêts pilote (V. Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2013, n° 86, p. 79, J.-F. Renucci, N. Fricero et Y. Strickler, « L'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme », D. 2013, p. 201). Et même le bris de jurisprudence peut s'avérer inutile ; le juge demeure libre d'interpréter la loi qui combat son œuvre.

¹⁹⁵⁹ N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à M. le premier président Guy Canivet*, Litec, 2005.

¹⁹⁶⁰ CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c. France*, n°32820/08, D. 2011, p. 2283, D. actualités 30 sept. 2011, par C. Demunck.

¹⁹⁶¹ « Ne légiférer qu'en tremblant », disait le Doyen Carbonnier, (*Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 490).

¹⁹⁶² J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. « Quadrige », 2004, n° 144, p. 274.



Conclusion générale

258. La « prise de conscience »¹⁹⁶³, par le juge, de son propre rôle normatif a transformé ses méthodes de création. La « prudente et lente interprétation des lois »¹⁹⁶⁴ a laissé place à des cas de dépassement, voire, parfois, de méconnaissance des textes. L'élaboration traditionnelle de la jurisprudence dans « le creuset du travail collectif »¹⁹⁶⁵ a été remplacée par un processus décisionnel, qui paraît réservé à la Cour de cassation. Autrement dit, la jurisprudence s'est progressivement éloignée du modèle coutumier pour se adopter des méthodes quasi-législatives. De sorte qu'aujourd'hui, le processus de création d'une règle jurisprudentielle ressemble de plus en plus au processus d'élaboration d'une loi : c'est l'expression d'un « pouvoir »¹⁹⁶⁶, d'une autorité *officieusement* habilitée à agir.

Mais l'assurance avec laquelle la Cour de cassation a parfois usé « de sa liberté nouvelle »¹⁹⁶⁷ a entraîné des réactions. La critique doctrinale, la résistance des juges du fond, l'intervention du législateur, ont semblé marquer les limites du pouvoir prétorien au moment même où elles étaient franchies. Ces réactions traduisent une volonté d' « encadrement »¹⁹⁶⁸ et il s'en dégage une sorte de « droit naturel » de la création prétorienne ou, du moins, pour reprendre la formule du Doyen Carbonnier, « une morale »¹⁹⁶⁹. Le rapport Molfessis¹⁹⁷⁰ qui développe les

¹⁹⁶³ G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 79 et s.

¹⁹⁶⁴ M. Bandrac, « La jurisprudence ? », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 340.

¹⁹⁶⁵ C. Atias, « Sur les revirements de jurisprudence », in *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTD civ. 2005, p. 298.

¹⁹⁶⁶ C. Atias, *Philosophie du droit*, Puf, coll. « Thémis droit privé », 3^{ème} éd., 2012, p. 197 et s. V. aussi, « Pouvoir et autorité judiciaire », D. 1992, p. 180.

¹⁹⁶⁷ C. Atias, « Les maux du droit et les mots pour le dire », D. 1997, p. 231.

¹⁹⁶⁸ C'est le terme employé par M. Tascher dans sa thèse récente (*Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, th. Besançon, 2011, spéc. p. 248).

¹⁹⁶⁹ Le Doyen Carbonnier avait évoqué la nécessité d'élaborer un « droit naturel de la législation » ou « à défaut, une morale » (J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 11). Cette réflexion pourrait également s'appliquer au juge, dès lors qu'il exerce un pouvoir normatif et avec une certaine « passion » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 57 et s.).

¹⁹⁷⁰ N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à M. le premier président Guy Canivet*, Litec, 2005.



techniques de modulation des revirements de jurisprudence et l'arrêt *Boumaraf*¹⁹⁷¹, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme impose au juge interne de motiver les arrêts de revirements, représentent les premiers éléments d'une procédure prétorienne officielle.

259. Si bien qu'il est possible de conclure que le pouvoir du juge n'est pas illimité¹⁹⁷² et que l'époque actuelle est à la construction d'un régime juridique de l'aménagement prétorien. C'est précisément le changement des modes de création qui rend nécessaire cette tentative d'encadrement. Les modes traditionnels empêchaient, de manière naturelle, les désagréments des règles prétoriennes. La « *sédimentation* »¹⁹⁷³ et la maturation de la jurisprudence rendait la règle prévisible et atténuait son effet rétroactif. La dimension collective de la création garantissait le bien-fondé de la règle, qui n'était pas issue de l'arbitraire du juge, mais d'une décision commune. Le succès et la pérennité de la règle étaient, dès lors, favorisés : l'unité de la jurisprudence n'était pas imposée, mais dégagée, et le « *consensus des intéressés* »¹⁹⁷⁴ était acquis. Les grandes créations prétoriennes tiraient ainsi leur légitimité de leur « *propre histoire jurisprudentielle* »¹⁹⁷⁵.

Les méthodes nouvelles ne présentent pas les mêmes garanties. En montrant parfois une « *totale indépendance* »¹⁹⁷⁶ à l'égard de la loi le juge paraît s'attirer plus facilement la désapprobation. La multiplication des règles générales, parfois excessives ou superflues, provoque également des critiques : il leur est reproché d'empiéter sur le domaine de l'appréciation des faits et d'encombrer le raisonnement juridique. La concentration et l'accélération du processus de création, qui tendent à écourter le débat judiciaire, aboutissent à des règles quelquefois impraticables et dommageables pour la sécurité juridique. Par une

¹⁹⁷¹ CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c. France*, n°32820/08, D. 2011, p. 2283, D. actualités 30 sept. 2011, par C. Demunck.

¹⁹⁷² La remarque est d'ordre général. Même dans les systèmes jurisprudentiels, ainsi qu'il a été dit, le juge ne dispose pas d'un pouvoir illimité. De même, pour les juges européens, qui ne doivent pas dépasser certaines limites (J.-F. Renucci, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », JCP 2007, act. 120).

¹⁹⁷³ J.-L. Bergel, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », in *Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques*, Cahiers de Méthodologie juridique n° 8, RRJ 1993-4, p. 1055.

¹⁹⁷⁴ J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, spéc. p. 43 et s.

¹⁹⁷⁵ P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », n° 4 et 5, *Cycle droit et technique de cassation*, 2005-2006, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF, p. 51.

¹⁹⁷⁶ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante, mais menacée », RTD civ. 1992, p. 344.



attitude peut-être trop audacieuse, la jurisprudence contemporaine pourrait avoir perdu en qualité¹⁹⁷⁷.

260. Dans ces circonstances, comment faudra-t-il encadrer le pouvoir du juge ? Les systèmes de droit prétorien offrent deux modèles. Dans les pays de *common law*, c'est la voie coutumière qui a été empruntée : le pouvoir du juge a été limité par les traditions judiciaires du précédent et de la dialectique. La voie légale paraissait, en effet, peu appropriée : comment la jurisprudence qui, en droit de *common law*, est la source principale du droit, aurait-elle pu être dirigée par une source secondaire ? Le droit romain offre un modèle plus proche du nôtre : puisque la loi y représentait la source première du droit, c'est elle qui est venue encadrer le pouvoir du préteur. Le droit français produira-t-il sa propre *lex Cornelia*¹⁹⁷⁸ ? Et le cas échéant, comment parviendra-t-il à trouver un juste milieu entre les exigences de sécurité juridique et l'appréciable flexibilité de la jurisprudence ?

C'est dire que les questions relatives à l'encadrement du pouvoir prétorien sont encore loin d'être résolues. Mais elles se posent aujourd'hui avec acuité. Et déjà, il pourrait y avoir là un progrès. Le Professeur Michel Villey déclarait, il y a de cela une cinquantaine d'années, que la doctrine « *constate la liberté du juge à l'égard de la loi* », mais n'y oppose aucune réaction. « *Mieux serait d'enseigner au juge dans quelle mesure son devoir est l'obéissance à la loi et quelles autres sources on doit suivre, quand on n'a pas la loi pour guide* »¹⁹⁷⁹. Peut-être était-ce, d'ailleurs, la direction indiquée par le Doyen Gény, il y a plus d'un siècle¹⁹⁸⁰ ? C'est

¹⁹⁷⁷ Cette présentation chronologique des méthodes de création doit être nuancée. Il y eut, dans le passé, des accélérations de la jurisprudence et des dépassements de la loi. Le Professeur Oppetit, lorsqu'il décrivait les nouvelles méthodes de la Cour de cassation, évoquait ainsi l'arrêt *Patureau-Miran* comme un arrêt « *isolé* », ayant, de « *manière tout-à-fait exceptionnelle* », écarté complètement les textes au profit d'un principe général du droit (« Les "principes généraux" dans la jurisprudence de cassation », Entretiens de Nanterre 1989, JCP E. 1989, suppl.). Et, inversement, il y a toujours aujourd'hui des créations prétoriennes obtenues par voie coutumière, même si elles sont consacrées plus brutalement. C'est ainsi que le Professeur Vasseur disait, dans les années 1980, à propos de la garantie à première demande, que cette création était « *devenue aujourd'hui de droit positif, en attendant qu'un jour venu, la Cour de cassation vienne la consacrer* » (note sous CA Riom, 14 mai 1980, D. 1981.1.336).

¹⁹⁷⁸ V. *supra*, n° 6.

¹⁹⁷⁹ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 133 (l'ouvrage est rédigée au cours de l'année 1962).

¹⁹⁸⁰ Le Doyen Gény ne semblait pas encourager les juges à se révolter contre la loi, ni à renverser les principes. En réalité, il redécouvrait les enseignements de Portalis auxquels il se référerait d'ailleurs expressément (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n° 47, p. 98 et s.) et cherchait à exposer les méthodes auxquelles le juge pourrait recourir dans sa fonction d'aménageur (v. not. M. Villey, « François Gény et la renaissance du droit naturel », in *Le dépassement du droit*, Archives de philosophie du droit, n° 8, Sirey, 197 et s.). Qu'on en juge seulement, à partir de la critique acerbe qu'il fait du « *phénomène Magnaud* », qu'il décrit comme « *une sorte d'impressionnisme anarchique* » (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 2, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n°200, p.303).



celle, désormais, dans laquelle les juristes semblent s'être engagés. Ils précisent les conditions de l'intervention prétorienne et les limites à ne pas franchir. C'est, du moins, ce que la présente étude a tenté de démontrer.



Remerciements

A Messieurs les Professeurs Christian ATIAS et Yves STRICKLER, qui ont assuré successivement la direction de cette thèse, pour tout ce qu'ils savent et tout ce qu'ils ne savent pas avoir fait pour moi.

A Messieurs les Professeurs Jean-Louis BERGEL, Philippe MALINVAUD, Jean-François RENUCCI et Michel TROPER, pour avoir accepté de siéger dans ce jury de thèse, me donnant ainsi l'occasion improbable et inespérée, de leur dire toute mon admiration.

A mon grand-père, le Professeur Hubert CHARLES, pour m'avoir donné, ainsi qu'à bien d'autres étudiants, un modèle à suivre et à honorer.

A *Fabrizio*, pour ses mots de courage et de persévérance, qui m'ont tant de fois portée et remise à l'ouvrage.

A mes parents, pour cette passion du droit qu'ils possèdent et savent transmettre. A mes trois sœurs, pour leur affection et leur soutien.

Pour ces brèves discussions volées à la Faculté ou au détour d'un colloque, dont je garde un excellent souvenir et qui ont contribué à éclairer mon travail au cours de ces années, mes remerciements à Mesdames les Professeurs Jacqueline MORAND-DEVILLER, Laëtitia ANTONINI-COCHIN et Pascale STEICHEN, ainsi qu'à Messieurs les Professeurs Jean-Yves CHEROT, Hugo BARBIER, Olivier THOLOZAN, Franck HAID, Daniel TRICOT, Georges DE LEVAL et Frédéric GEORGES. Mes remerciements également aux regrettés Messieurs Gérard FARJAT et Roget PERROT.

A Danielle CARBONNEL, Roberto FARRIOLI et Pietro CALLIVA, dont j'ai pu apprécier les superbes œuvres littéraires, pour leurs précieux conseils sur le travail d'écriture.



A Pierre, Karima et Eric, les amis fidèles, ainsi qu'à Diane, Dalida, Marie-Cécile, Hania et tant d'autres qui, à un moment donné, ont accepté d'écouter, de lire ou d'aider par leurs conseils et leurs encouragements.

Et, pour finir, à Monsieur Howard S. BECKER, sociologue de l'Ecole de Chicago, pour avoir offert aux étudiants à la plume capricieuse, le plus bel ouvrage qui soit sur les difficultés d'écriture¹⁹⁸¹.

¹⁹⁸¹ *Ecrire les sciences sociales*, Préface de J-C. Passeron, *Economica*, 1986.



BIBLIOGRAPHIE

§ I. OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, Puam, 1995.

ANCEL (P.) *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, th. Dijon, 1978.

ARRIGHI (J.-P.), *Apparence et réalité en droit privé*, th. Nice, 1974.

ARNAUD (A.-J.), *Les juristes face à la société, du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Puf, 1975.

ATIAS (C.)

- *Philosophie du droit*, Puf, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2012.
- *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis, coll. « Carré droit », 2011.
- *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, coll. « Litec professionnels », 5^{ème} éd., 2010.
- *Questions et réponses en droit*, Puf, coll. « L'interrogation philosophique », 2009.
- *Droit civil, Les biens*, Litec, 12^{ème} éd., 2014
- *Le droit civil*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 7^{ème} éd., 2004 (en ligne : 2010)
- *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002.
- *Science des légistes, savoir des juristes*, Puam, 3^{ème} éd., 1993.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Tome IV, 4^{ème} éd., 1871, et Tome VI, 4^{ème} éd., 1873.

BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé*, th. Caen, LGDJ, 2004.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome II, 6^{ème} éd. 1897.

BECANE (J.) et COUDERC (M.), *La loi*, 1994, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1994.

BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol XVII, Paris, LGDJ, 1974.



BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat-droit privé », 13^{ème} éd., 2012.

BERENGER (F.), *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, th. Aix en Provence, Puam, 2007.

BERGEL (J.-L.)

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^{ème} éd., 2012.
- *Méthodologie juridique*, Puf, Thémis, 2001, p. 269 et s.
- *La propriété*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1994.
- (dir.), *Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques*, Cahiers de Méthodologie juridique n° 8, 1993.
- (dir.), *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Cahiers de Méthodologie juridique n° 3, 1988.

BOUIX (C.), *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. Saint-Etienne, 2012.

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd., 2013.

BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.), HEUSCHLING (L.), (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, publications de la Sorbonne, coll. « Sciences politiques », 2001.

BRUNET (C.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Paris, 1973.

BULLIER (A.-J.), *La common law*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3^{ème} éd., 2012.

CABRILLAC (M.) et MOULY (C.), *Droit des sûretés*, (première édition) Litec, 1990.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.) et CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010.

CAPITANT (H.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : supplément au cours élémentaire de droit civil français d'A. Colin et H. Capitant*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1950.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, *Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008.



CARBONNIER (J.)

- *Jean Carbonnier, Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Puf, coll. « Quadrige », 2004.
- *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Puf, coll. « Quadrige », 2004.
- *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.
- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, éd. Flammarion, 1996.
- *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, Puf, coll. « Thémis », 19^{ème} éd., 1995.
- *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979.

CARRE DE MALBERG (R.), *La loi expression de la volonté générale*, Economica, 1984.

CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006.

CAYLA (O.) et THOMAS (T.), *Du droit de ne pas naître, A propos de l'affaire Perruche*, Le Débat, Gallimard, 2001.

CHABAS (F.), *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, th. Paris, éd. 1967.

CHARLES (H.), *Droit de l'urbanisme*, Puf, coll. « Thémis », 1997, p. 26.

CHRETIEN (M.), *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, th. Lille, 1936.

CORNU (G.),

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1990, n° 479, p. 163.
- *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, photocopié, Les cours de droit, 1970-1971.

CUNIBERTI (G.), *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011.

DABIN (J.), *La technique d'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant et Librairie Recueil Sirey, 1935.

DAVID (R.) et BLANC-JOUVAN (X.), *Le droit anglais*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 10^{ème} éd., 2003.

DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2002.



DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Puf, coll. « Quadrige », 2004.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, Tome II et Tome V, Librairie A. Rousseau, 1923.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, *Traité des contrats*, 1877.

DENIS-FÂTOME (A.), *Apparence et contrat*, th. Paris I, 2002, LGDJ 2004.

DESBOIS (H.), *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, th. Paris, Dalloz, 1927.

DE PAGE (H.), *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1931.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, corpus « Histoire du droit », 2007.

DEUMIER (P.)

- (dir.), *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.
- *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, préf. P. Bouretz, introduction F. Michaut, Puf, coll. « Léviathan », 1995.

FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2014.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2011.

FISCHER (J.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Aix, Préf. Ph. Le Tourneau, Puam, 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, Tome 1, *L'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012.

FRANÇAIS (J.), *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation "in solidum"*, Th. Paris, Les éditions internationales, 1936.



FRYDMAN (B.), *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 3^{ème} éd., 2011.

GARAPON (A.) (dir.), *Les juges, un pouvoir irresponsable ?*, éd. Nicolas Philippe, 2003.

GAUDEMET (E.), *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Présentation C. Jamin et Ph. Jestaz, éd. La mémoire du droit, 2002.

GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, th. Paris II, 1971, LGDJ, 1972.

GENY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1 et 2, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919.

GHESTIN (J.),

- *Droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993.
- *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Préface J. Boulanger, LGDJ, 1963.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2003, p. 42 et s.

GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spéciale des contrats*, th. Paris II, éd. 2009.

GOLDMAN (B.), *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, th. Lyon, 1946, Sirey, 1947.

GRIDEL (J.-P.), *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994.

HART (H.-L.-A.), *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005

HEBRAUD (P.), *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, Rec. Académie Législation, Toulouse, XIX, 1949, p. 36.

HUFTEAU (Y.-L.), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série « Droit privé », n° 2, 1965.

JESTAZ (P.), *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1968.



JHERING (R.) *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, Forni editore, 3^{ème} éd., 1969.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^{ème} éd. 2013.

JONESCO (B.), *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, th. Strasbourg, 1928.

JOSSERAND (L.)

- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, rééd. Préf. D. Deroussin, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006.
- *Cours de droit civil positif français*, Tome 2, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 3^{ème} éd., 1939.
- *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Volume XX, Bruylant, 3^{ème} éd., 1878.

LE BALLE (R.), *Genèse du droit jurisprudentiel*, Cours de droit civil, Doctorat, Paris, 1960-1961.

LEBRUN, *La coutume*, th. Paris, 1932.

LE TOURNEAU (P.), *La règle Nemo auditur*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970.

LE TOURNEAU (P.) et CADIET (L.), *Droit de la responsabilité*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2002-2003.

LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2013.

MALINVAUD (P.),

- *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^{ème} éd. 2013.
- *Introduction à l'étude du droit, cadre juridique des relations économiques*, Litec, 7^{ème} éd., 1995.



MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 13^{ème} éd., 2014.

MARTINEAU (F.), *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Dalloz, coll. « Praxis », 5^{ème} éd., 2012.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^{ème} éd. 1972.

MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Préf. de M. Charles César-Bru, th. Toulouse, 1929.

MARZAC (J.), *L'affaire Branly, Le procès de l'invention de la TSF*, Broché, 2005.

MATHIAS (E.), *Procédure pénale*, Bréal, coll. « Lexifac-droit », 3^{ème} éd., 2007, p.136.

MAZEAUD (H.) et (J.), *Leçons de droit civil, Obligations : théorie générale*, par F. Chabas, 8^{ème} éd., Montchrestien, 1991.

MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 6^{ème} éd. et 9^{ème} éd., par F. Chabas, 1980 et 1998.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2004.

MIGNOT (M.), *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, th. Bourgogne, Préf. E. Loquin, Dalloz, 2002.

MOLFESSIS (N.),

- (dir.) *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004.
- (dir.) *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à M. le premier président Guy Canivet*, Litec, 2005.

MONOD (J.) « L'aménagement du territoire », Puf, coll. « Que sais-je? », 16ème éd., 2012.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, in *Œuvres de Montesquieu*, éd. complète dirigée par M. Colin De Plancy, Librairie de jurisprudence et d'Administration, 1825.

MORAND (C.-A.) (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Actes du Vème Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Montreux, 1997, Puam, 1999

MORIN (G.), *La révolte du droit contre le Code*, Librairie du Recueil Sirey, 1945.



MOUTEL (B.), *L'“effet horizontal” de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, th. Limoges, 2006.

NIBOYER (F.), *L'ordre public matrimonial*, préface J. Revel, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2008.

OST (F.), *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2^{ème} éd., 2012.

PELISSIER (J.), SUPPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd., 2006 et PELISSIER (J.), AUZERA (G.) et DOCKES (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 27^{ème} éd., 2013.

PERELMAN (C.)

- (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^{ème} éd., 1999.

PERREAU (E-H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Préface de F. Gény, tome 1^{er}, LGDJ, 1923.

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, th. Paris II, 2006, éd. Defrénois, 2009

PORCHEROT, *De l'abus du droit*, th. Dijon, 1901-1902.

PORTALIS (J.-M.-E.), *Ecrit et discours juridiques et politiques*, Puam, 1998.

REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1875-1914*, th. Paris, 1988.

RENUCCI (J.-F.),

- *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013.
- *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2012.
- *L'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Dossier sur les droits de l'homme, n° 20, éd. du Conseil de l'Europe, 2004.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Tome II, LGDJ, 1957.



RIVIERE (H.-F.), *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1862.

RORIVE (I.), *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, th. Bruxelles, Préf. X. Dieux, Bruylant, 2003.

ROSENFELD (M.), *Les interprétations justes*, Bruylant, LGDJ, 2000.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1946.

ROYER (J.-P.), JEAN (J.-P.), DURAND (B.), DERASSE (N.), DUBOIS (B.), *Histoire de la justice en France*, Puf, coll. « Droit fondamental », 4^{ème} éd., 2010.

SAINT BONNET (F.), *L'état d'exception*, Puf, coll. « Léviathan », 2001.

SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative, Droit commun, Droit spécial*, th. Bordeaux, 1986.

SAK (H.-P.), *Les principes généraux du droit dans le raisonnement justificatif du juge civil*, th. Paris, 1998

SALEILLES (R.), *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, LGDJ, 1897.

SALUDEN (M.), *Le phénomène de la jurisprudence, Etude sociologique*, th. Ronéot. Paris II, 1983.

SAVATIER (R.), *Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953.

SERVERIN (E.), *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Pul, coll. « critique du droit », 1985.

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2012.

STEFANI (P.), *La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage*, Th. Montpellier, éd. Carlier Saumade, 1941.

STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

STRICKLER (Y.),

- *Procédure civile*, Larcier, coll. « Paradigme », 4^{ème} éd., 2013.
- *Les biens*, Puf, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2006.



SUEUR (J.-J.) (dir.), *Interpréter et traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007.

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille II, 1976.

TARTANSON (J.), *L'action "de in rem verso" en droit civil français*, Th. Grenoble, 1909.

TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2012

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.

TERRE (F.)

- *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2012.
- (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.
- (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011.
- (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013.

TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, th. Montpellier, éd. 1975.

TROPER (M.)

- *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, th. Paris, 1967, LGDJ, 2^{ème} éd., 1980.
- *La théorie du droit, Le droit, l'Etat*, Puf, coll. « Léviathan », 2001.
- *La philosophie du droit*, Puf, 2011.
- *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, 1994.

TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et GRZEGORCZYK (C.) *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

TUNC (A.), *La sécurité routière ; La circulation routière, Appréciation critique des règles juridiques actuelles, Appréciation critique des différents projets de loi*, Rapport à M. le ministre de la justice, E. Bertrand et autres, La documentation française, 1964.

VIANDER (A.), *Recherche de légistique comparée*, Fondation européenne de la science, « Le processus législatif », Springer-Verlag, 1988.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, th. Toulouse, 1957.



VILLEY (M.)

- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002.
- *Philosophie du droit, Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, réédition présentée par F. Terré, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2001.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, Puf, coll. « Léviathan », 2003.
- *Le droit et les droits de l'homme*, Puf, coll. « Quadrige », 2008.
- *Le droit romain*, puf, coll. « Que-sais-je ? », 10^{ème} éd., 2005.

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.

VONGLIS (B.), *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, th. Paris, 1965, éd. Sirey, coll. « Publications de l'institut de droit romain de l'Université de Paris », 1968.

WOLMARK (C.), *La définition prétorienne, Etude en droit du travail*, th. Paris, 2007.

ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991.

➤ **Ouvrages collectifs sans direction**

« A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », dossier paru à la RTD civ. 2005.

Etudes sur le rôle du juge, Trav. Capitant, Dalloz, 1950.

La jurisprudence, Archives de Philosophie du droit, Sirey, 1985.

La création du droit jurisprudentiel, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007.

La création du droit par le juge, Archives de Philosophie du Droit, Actes du Colloque des 25-26 janv. 2006

La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée, RTD civ. 1992.

Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, Trav. Capitant, 1980

L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française.



§ II. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALFANDARI (E.), « La liberté d'association », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 20^{ème} éd., 2014, p. 523.

ANCEL (P.) et DIDRY (C.), « L'abus de droit : une notion sans histoire ? » L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXème siècle, *L'abus de droit, comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p.51.

AMSELEK (P.), « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995.

ATIAS (C.),

- « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », JCP 1984.I.3145.
- « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2009, p. 744.
- « La "simple affirmation" du juge », D. 2010, p. 221.
- « L'obligation de délivrance conforme », D. 1991, p. 1.
- « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, p. 1.
- « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », D. 1998, p. 203.
- « Nul ne peut se prévaloir », D. 1999, p. 218.
- « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », D. 1983, chr. p. 145.
- « L'image doctrinale de la Cour de cassation », D. 1993, p. 133.
- « Sur les revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 298.
- « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », D. 2000, P. 1103.
- « La condition ajoutée à la loi par le juge », D. 2009.2654.
- « Une distinction nécessaire », D. 2008, p. 177.
- « Par où le droit se meurt à l'Ecole et au Palais », D. 2001, p. 2059.
- « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », RTD civ. 2007, p. 23.
- « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique », D. 2003, p. 513.
- « Pouvoir et autorité judiciaire », D. 1992, p. 180.
- « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », D. 1997, p. 44.



- « Les maux du droit et les mots pour le dire », D. 1997, p. 231.
- « Restaurer le droit du contrat », D. 1998, p.137
- « L'introuvable question de droit », RTD civ. 2010, p. 243.
- « Jurisprudence a contrario ? », D. 1997, p. 297.
- « La revanche des causes perdues », D. 2006, p. 3004.
- « Juris-dictio : redire l'inédit », D. 1992, p. 281.

ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977, chr. p.251.

AUBERT (J.-L.),

- « La résistance des juges du fond », *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 181.
- « Pour des rébellions constructives », RTD civ. 1992, p. 238.
- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », D. 2005. Chr., 115.

BACHELLIER (X.),

- « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Droit et technique de cassation*, BICC, n° 702 du 15 mai 2009.
- « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 91.

BANDRAC (M.), « La jurisprudence ? », *in La jurisprudence aujourd'hui, libre propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 340.

BENABENT (A.),

- « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », D. 1994.115.
- « Une doctrine de masse », D. 2002, p. 651.

BELLETT (P.),

- « Le juge et l'équité », *in Mél. Rodière*, 1981, p. 12.
- « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RID, 1980, p. 293.



BERGEL (J.-L.)

- « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », in *Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques*, Cahiers de Méthodologie juridique n° 8, RRJ 1993-4, p. 1055.
- « Informatique et légistique », D. 1987, I, 171.
- « Le processus des concepts émergents », in E. Le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, Lextenso, coll. « Droit et économie », 2010, p. 439.
- « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », in *Analogie et méthodologie juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n° 10, RRJ 1995-4, p. 1079.
- « A la recherche des concepts émergents en droit », D. 2012, p. 1567.
- « La découverte du sens en droit par la finalité », *Revue Internationale de philosophie du droit*, ARSP, 1992, n° 48, p. 67.
- « La loi du juge, dialogue ou duel ? », *Mél. Kayser*, Tome 1, Puam, 1979, p. 21 et s.
- « La coordination des sources du droit », in Association internationale de Méthodologie juridique, *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Puam 2001, p. 127.

BLOCH (E.), « La faute inexcusable du piéton », JCP 1988.1.3328.

BONFILS (P.), « L'outil statistique et son utilisation dans les sciences juridiques », Cahier de méthodologie juridique, n° 11, RRJ, 1996/4, Puam, p. 1029.

BORE (J.),

- « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications », in *Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, volume jubilaire, p. 193.
- « La Cour de cassation, juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 53.
- « La chambre civile a-t-elle créée une présomption de faute à la charge du transporteur bénévole ? », D. 1963, chr. 212, p. 21 et s.

BORE (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », JCP 2002.I.104.



BOUILLANE DE LACOSTE (O.), « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 187.

BOULANGER (J.),

- « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 51.
- « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, p. 417.

BOUTONNET (M.),

- « Le risque, condition “de droit” de la responsabilité civile au nom du principe de précaution ? », *D.* 2009, chr. 819.
- « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.* 2010.2662.

BOURSIER (M.-E.), « La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi anti-Perruche », *LPA*, 30 mai 2002, p. 4.

BREDIN (J.-D.), « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, 1994, p. 77.

BRETON (A.), « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Toulouse, 1975, p. 8.

BRUNET (J.-P.), « Observations critiques sur l'obligation “in solidum” en responsabilité délictuelle », *Gaz. Pal.* 1965, p. 75.

BUFFET (J.), « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, p. 116

CALBAIRAC (G.), « Considérations sur la règle “fraus omnia corrumpit” », *D.* 1961. Chr. p. 169.

CANIVET (G.), « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, tome 50, Dalloz 2007.

CANIVET (G.) et MOLFESSIS (N.),



- « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 79.
- « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? » (Entretiens), JCP G 2004.I.189.

CAPITANT (H.), « Sur l'abus des droits », RTD civ. 1928.365

CARBONNIER (J.),

- « Le silence et la gloire », D. 1951, chr. p. 119.
- « Notes sur des notes d'arrêt », reproduit in *J. Carbonnier, Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008, p. 619.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *J. Carbonnier, Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008, p. 649.
- « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », in *J. Carbonnier, Ecrits*, Textes rassemblés par R. Verdier, Puf, 2008, p. 538.

CATALA (P.),

- « Réforme du droit des obligations et de la prescription : parlons-en ! », D. 2005, p. 2961.
- « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », JCP 2005.I.170.
- « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, p. 11.
- « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, chron. p. 535.

CHABAS (F.),

- « Remarques sur l'obligation in solidum », RTD civ. 1967, p. 310 et s.
- « Le cœur de la Cour de cassation », D. 1973, chr. p. 211.
- « Réflexions sur la compensation judiciaire », JCP 1966.1.2026.
- « Cent ans de responsabilité civile », Gaz. Pal. 24 août 2000, n° 237, p. 2.

CHAGNY (M.),

- « Les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs devant la Cour de cassation ! », CCE, n° 10, oct. 2010, comm. 98.



- « L'empiètement du droit de concurrence sur le droit du contrat », RDC 2004, p. 861.

CHARMONT (J.), « De l'abus du droit », RTD civ. 1902.113.

CHARRAULT (C.), « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », in *Droit et techniques de cassation*, 2009, BICC, n° 702, du 15 mai 2009.

CHARTIER (Y.),

- « La clientèle civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Rapport de la Cour de cassation 1996, La documentation française, p. 71.
- « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 149.

CHAUVEL (P.), « Dol, erreur et contrainte », D. 1997, p. 20.

CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, Dalloz, 2003, p. 99.

CHEVALLIER, (J.), « Les lois expérimentales », in *Evaluation législative et lois expérimentales*, Puam, 1992, p. 119 et s.

CHEVRAUX (J.), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 85 et s.

CHOUCROY (C.), « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 197.

CHOUX (A.), « La loi anti-Perruche », D. 2002, p. 1212.

COQUELET (M.-L.), « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in Mél. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 195.

CORNU (G.), « Le règne discret de l'analogie », in Mél. Colomer, Litec, 1993, p. 129.



- COURTIEU (G.), « Assurance sur la vie : les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? », *Resp. civ. et assur.* 2000, n° 12, chr. 28.
- DE BECHILLON (D.), « Porter atteinte aux catégories juridiques fondamentales », *RTD civ.* 2002, p. 47 et s
- DEUMIER (P.),
- « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2006, p. 510.
 - « Les qualités de la loi », *RTD civ.* 2005, p. 93.
- DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat organisation », *in* Mél. F. Terré, 1999, p. 635.
- DONDERO (B.), « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007. 677.
- DORD (O.), « QPC "AOC" et QPC "d'assemblage". A propos du Conseil constitutionnel juge électoral d'un grief d'inconstitutionnalité », *AJDA* 2012, p. 961.
- DUPEYROUX (O.), « La jurisprudence, source abusive de Droit », *in* Mél. Maury, t. II, Dalloz, 1960, p. 349.
- DUPRAT (J.-P.), « Le Parlement évaluateur », *RIDC* 1998, 551.
- EDELMAN (B.), « La Cour de cassation ne rit pas », *D.* 1997, p. 411.
- ENCINAS de MUNAORRI (R.), « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD iv.* 2005, p. 88.
- ESMEIN (A.), « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTD civ.* 1903, p. 9.
- FAVREAU (B.), « Le jugement de l'histoire », *in* *La loi peut-elle dire l'histoire ?*, Institut des droits de l'homme des avocats européens, 2012, p. 9
- FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'ordre public », *in* *Le Code civil 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 473 et s.
- FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! » *in* *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Mél. P. Catala, Litec, 2001, p. 487.



FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 93.

FORIERS (P.), « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 9.

FORRAY (V.), « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », RTD civ. 2009, p. 463.

FOYER (J.), « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 495.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge et son objet », in Mél. C. Mouly, Tome 1, 1998, p. 21.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, chr. 361.

GALLIOU-SCANVION (A.-M.), « Une responsabilité civile enfin trouvable ou les voies de l'indemnisation de victimes d'enfants de parents divorcés », Gaz. Pal. 1997.1, doct. 658.

GAUDEMET (Y.), « Plurimae leges, corruptissima res publica (l'inflation normative) » in j ; Foyer (dir.), *Les abus du juridisme*, Actes du colloque du 14 novembre 1995, Institut de France-Académie des sciences morales et politiques, 1997, p. 5.

GAUTIER (P.-Y.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », BICC n° 590 du 15 janvier 2004.

GHESTIN (J.),

- « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP 2005.I.111.
- « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », Mél. A. Weil, Dalloz, 1983, p. 243, spéc. p. 258.

GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.), « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP N 2001, I, n° 329.

GILISSEN (J.), « La responsabilité civile et pénale de l'historien (deuxième partie) », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1960, vol. 38, n° 38-4, p. 1005.



GJIDARA (S.), « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudence de l'article 1174 à 1178 du code civil », 2^{ème} partie, LPA. 2000, n°124, p. 4.

GOBERT (M.),

- « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *in La jurisprudence aujourd'hui, libre propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992, p. 344.
- « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD civ. 1992, p. 489.
- « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000 », LPA 8 déc. 2000, n° 245.
- « La publicité foncière, cette mal aimée », *in Mél. Flour*, p. 244.

GORPHE (F.), « Formation de la nouvelle jurisprudence sur la responsabilité des accidents », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. LI, 1931, p. 177.

GOURGUES (J.-C.) « Le mandat posthume ou le trust à la française », *Droit des sociétés*, n° 7, juillet 2007, alerte 34.

GRASS (E.), « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RD Publ.* 2003, p. 139.

GRIDEL (J.-P.),

- « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.
- « Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des Guignols de l'Info », *D.* 1988, chr. 183.

GROSCLAUDE (L.), « Application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », *RTD com.* 2006, p. 619.

GRUA (F.), « Le prêt d'argent consensuel », *D. Affaires* 2003. 1492.

GUIHO (P.), « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954.1.

GUENZOUY (Y.), « Un conflit de doctrines », *RTD civ.* 2014, p. 275.

GURVITCH (G.), « Théorie pluraliste des sources du droit positif », *Annales de l'Institut International de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1934, p. 128 et s.



HAID (F.), « L'apparente simplicité de l'argument littéral », in *Le droit, entre autonomie et ouverture*, Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 272.

HEBRAUD (P.), *Le juge et la jurisprudence*, in Mél. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

HERMITTE (M.-A.), « Le corps, hors du commerce, hors du marché », *Arch. philo. droit*, Tome 33, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 238.

HERVIEU (A.), « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, p. 257.

HILAIRE (J.), « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^{ème} siècle », in *Le Code civil 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p 155 et s.

HORDEN (F.), « Le droit des accidents du travail au XIX^{ème} siècle », cahiers n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix en Provence.

HUBERLANT (C.), « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 31.

JACK (A.), « Les conventions relatives à la personne physique », *RCLJ*, 1933, p. 6.

JEAMMAUD (A.), « Fraus omnia corrumpit », *D.* 1997, p. 19.

JEANTIN (M.), « Réformer la Cour de cassation ? », in Mél. Hébraud, Toulouse, 1981, p. 465.

JESTAZ (P.),

- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996.299.
- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 25.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD civ.* 1985.1., spéc. p. 42.

JOLOWICZ (J.-A.), « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », in *La jurisprudence*, Archives de philosophie du droit, tome 30, Sirey, 1985, p. 105.



JOSSERAND (L.), « Le gardien, l'automobile, le voleur et la victime d'un accident », D.H. 1936, chr. p. 37.

JOURDAIN (P.),

- « Rapport Français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, n° 43, Litec, 1992, p. 123.
- « La loi anti-Perruche : une loi démagogique », D. 2002, p. 891.
- « Dommages commis par voie de presse : vers un "droit à la satire" opérant comme un fait justificatif et repoussant le seuil de la faute », RTD civ. 2000, p. 842.

KAYSER (P.), « La solidarité au cas de faute », RCLJ., 1931, p. 197.

KOWOUVIH (S.), « Les troubles anormaux de voisinage et les antennes relais de téléphonie mobile : une utilisation inédite du principe de précaution en matière de responsabilité civile », RCA 2003, ét. 29.

LABRUSSE-RIOU (C.), « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Mél. R. Rodière*, 1981, p. 151.

LAGARDE (X.), « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », D. 2005, p. 82.

LALAUT (C.), « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 7_8 mai 1999, doctr.

LAMBERT-FAIVRE, « Le transport bénévole », *Chr. D.* 1969, p. 91.

LANDRAUD (D.), « A propos des revirements de jurisprudence », JCP 1982.I.3093.

LARROUMET (C.), « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », D. 1999.93.

LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIème siècle », D. 2002, chr. 1157 et s.

LE BERRE (H.), « La jurisprudence et le temps », in *Temps, interprétation et droit*, Droits, n° 30, 2000, p. 78.

LESCOT (P.), « Les tribunaux en face de la carence du législateur », JCP 1966.I.2007.



LE TOURNEAU (P.), « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », D. 1994, chr. p. 298.

LIBCHABER (R.),

- « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », RTD civ. 2002, p. 604.
- « La propriété, droit fondamental », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 20^{ème} éd., 2014, p. 783.

LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP 1975.I.268.

LUXEMBOURG (F.) « La Cour de cassation, juge du fond », D. 2006, p. 2358.

LYON-CAEN (G.), « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ. 1946, p. 81.

MALAURIE (P.),

- « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », Defrénois, 1980, art. 32345.
- « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mél. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.
- « L'effet pervers des lois », in *Mél. Cornu*, 1994, Puf, 1994, p. 309.

MALINVAUD (P.),

- « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 312.
- « Le contrôle de la loi par le juge », RDI 2011, p. 125.
- « La loi au secours de la jurisprudence », RDI 2011.61.
- « La protection des consommateurs », D. 1981, chr. p. 49.
- « Droit et obligations des sous-traitants dans les marchés privés », RDI 2006.165.
- « Propos conclusifs » pour le colloque *L'exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 157.
- « La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. 53.
- Contribution à la tribune « Penser le droit flexible », RRJ 2010-1, Puam, p. 27.

MALINVAUD (P.) et BOUBLI (B.),



- « Va-t-on remettre en cause la distinction du vice et du défaut de conformité ? », RDI 1997, p. 594.
- « Point sur le problème des concours d'action », RDI 1994.460.

MARGUENAUD (J.-P.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Journées de l'Association Henri Capitant, 1996, p. 45.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Emprunter et retenir ne vaut ? (1^{ère} et 2^{ème} parties) », CCC 1997, chr. n° 8.

MATUTANO (E.), « Le législateur à l'épreuve des exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », RRJ 2006-4, vol. 1, p. 1791.

MAURY (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in *Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle*, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 28.

MAYAUX (C.), « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », RGDA 2000, p. 775.

MAZEAUD (L.), « Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, p. 145.

MAZEAUD (H.), « La maxime « error communis facit jus » », RTD civ. 1924, p. 929.

MAZEAUD (H.), « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », D. 1954, chr. VIII, p. 39.

MAZEAUD (J.), « L'adage "Fraus omnia corrumpit" et son application dans le domaine de la publicité foncière », *Deffrénois*, 1962, art. 28265.

MAZEAUD (D.),

- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », D. 2009, chron. 1364.
- « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », D. 2002.2559.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et les points d'équilibre d'un contrat institution », RTD civ. 2007, p. 347.



MEURISSE (R.), « Le déclin de l'obligation in solidum », D. 1962, chr., p. 243.

MOLFESSIS (N.),

- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », RTD civ. 2001.699.
- « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente », D. 2012, p. 231

MONEGER (J.), « Bail commercial et théorie de l'apparence », JCP N 1993.I.103.

MONTFORT (C.), « Application immédiate d'un revirement de jurisprudence », D. 2005, p. 878.

MORLET-AÏDARA (L.), « Vers la reconnaissance d'un droit spécial du dommage corporel ? », Responsabilité civile et assurances, n°12, décembre 2010, étude n° 13.

MORVAN (P.),

- « En droit, la jurisprudence est une source du droit », RRJ. 2001-1, Puam, p. 77.
- « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », n° 4 et 5, *Cycle droit et technique de cassation 2005-2006*, 5^{ème} conférence, 4 avr. 2006, Site de la Cour de cassation, version PDF.
- « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005. 247.

MOTULSKI (H.), « L'état actuel de la philosophie et de la science du droit », Rapport au III^{ème} Congrès international de Droit comparé, *in Etudes de droit contemporain*, Trav. et Rech. Inst. Dr. Comp. de Paris, Tome XV, 1959, p. 199

MOULY (C.),

- « Faute inexcusable : trois notes en marge d'une interprétation », D. 1987.234.
- « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 123.
- « Le revirement pour l'avenir », JCP 1994,I, n° 3776
- « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », LPA, 4 mai 1994, n° 53.



NDOKO (N.-C.), « Les mystères de la compensation », RTD civ. 1991.690.

NEVEU (P.) et GUERY (D.), « Caution, coobligé, garant et procédure de sauvegarde - “Imbroglia et Aggiornamento” », Revue des Procédures collectives, n°6, novembre 2012, ét. 44

NIQUEGE (S.), « Le Conseil d’Etat et la technique de l’assimilation », RFDA 2009. 929.

NOURY (A.), « L’étude d’impact des projets de loi et de décret en Conseil d’Etat : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », RRJ 2000/2, Puam, p. 599.

OPPETIT (B.),

- « Les “principes généraux” dans la jurisprudence de cassation », Entretiens de Nanterre 1989, JCP E. 1989, suppl.
- « Le rôle créateur de la Cour de cassation », in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991.

ORIOLE (A.), « La résistance des juges du fond », in *L’image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, p. 197.

OUTIN-ADAM (A.) et REITA-TRAN (A.-M.), « Excès et dérives dans l’art de légiférer (quelques réflexions sur le droit des affaires) », D. 2006, p. 2919.

PACTET (P.), « La loi, permanence et changements », in Mél. Chapus, Montchrestien, 1992, p. 503.

PAPERON (B.), « Exégèse des textes sacrés et interprétation juridique », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995, p. 86.

PELLE (S.), « La réception des correctifs d’équité par le droit », D. 2011, p. 1230.

PERDRIAU (A.),

- « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », JCP 1990.I.3468.
- « Des arrêts “brévissimes” de la Cour de cassation », JCP 1996.I.3943.

PERELMAN (C.), « De la justice », in *Justice et raison*, Editions de l’Université de Bruxelles, 1970, p. 20.



PFERSMANN (O.), « Lacunes et incomplétude », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, Lamy, 2003.

PICARD (M.),

- « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (première partie) », RTD civ. 1921, p. 419 ;
- « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine (deuxième partie) », RTD civ. 1922, p. 5.

PICOD (Y.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Actes du colloque d'Aix en Provence du 28 mai 1993, puam, 1993, p. 57.

PIERI (G.) « Ius et iurisprudentia », in *La jurisprudence*, Archives de philosophie du droit, tome 30, Sirey, 1985, p. 53.

PIGNARRE (G.), « Un petit pas pour l'obligation naturelle, un grand bond pour les sources des obligations ? », D. 2013, p. 411.

PONSEILLE (A.), « Le sort de la cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait de leurs enfants », RTD civ. 2003.645.

PONTIER (J.-M.), « Considérations générales sur les principes en droit », in *Les principes et le droit*, Puam, 2007, p. 9.

PUIGELIER (C.), « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », RRJ 2004-1, p. 17

RADE (C.) « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005, p. 988.

RANDOUX (D.),

- « L'application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », Rev. Sociétés 2006, p. 855.
- « Vers un droit commun des groupements », JCP 1966.I.3982, n° 5.

RAVIT et SUTTERLIN (O.), « Réflexions sur le destin du préjudice écologique "pur" », D. 2012. 2675.



RAYNAL (M.), « L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé », JCP 1976.II.2800.

REMY (P.),

- « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323.
- « Eloge de l'exégèse », *in* Droits, n°1, 1985, p. 115.
- « Des autres sources d'obligations », *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 31 et s.

RENARD (J.), « L'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », RTD civ. 1922, p. 243.

RENUCCI (J.-F.)

- « La liberté d'expression n'est pas sans limites », D. 2004, p. 2358.
- « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », JCP 2007, act. 120.

RENUCCI (J.-F.), FRICERO (N.) et STRICKLER (Y.), « L'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme », D. 2013, p. 201.

RIPERT et TESSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause », RTD civ. 1904, p. 727.

RIVERO (J.), « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, p. 15.

ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », AJDA 1963, p. 529.

ROUAST (A.),

- « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD civ. 1922, p. 35.
- « Droits discrétionnaires et droits contrôlés », RTD civ. 1944. p.1.

RUBELLIN-DEVICHI, (J.), « Des éléments constitutifs du concubinage », RTD civ. 1990, p. 53.

SAINT BONNET (F.), « *Exception, nécessité, urgence* », *in* D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, Lamy, 2003.

SARGOS (P.),



- « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », JCP 2001.I.306.
- « L'opération "Glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », Gaz. Pal. 1988, 1, doct. 219.
- « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2006 au Palais du Luxembourg, les colloques du Sénat, p. 318.
- « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », Rapport de la Cour de cassation, 1986, p. 33 et s.
- « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », JCP 2000.I.202.

SAVATIER (R.),

- « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934.525.
- « L'inflation des lois et l'indigestion du corps social », D. 1977, chr., p. 43.
- « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 521.

SCHMITTER (G.), « L'incompétence négative du législateur », AIJC, vol. V, 1989, p. 137.

SIMLER (P.), « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP 1990.1.3427.

SINAY (H.), « La résurgence des arrêts de règlement », D. 1958, chr. p. 85.

SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », JCP 1982.I.3052.

STRICKLER (Y.),

- « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in *De code en code*, Mél. G. Wiederkehr, 2009, p. 809.
- « La protection de la partie faible en droit civil », LPA, n° 213, 25 oct. 2004, p. 6.
- « Le droit à un procès équitable », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, p. 597.
- « La localisation de l'autorité de la chose jugée », in *L'autorité de la chose jugée* (dir. L. Cadiet et D. Loriferne), 2e rencontres de procédure civile, IRJS, 2012, p 37 et s.



STRIKLER (Y.) et FOULON (M.), « Le danger du visa des conclusions », *Gaz. Pal.* 2012, n° 63, p. 14.

TERRAY, « Le cautionnement, une institution en danger », *JCP* 1987.1.3295.

TERRE (F.),

- « Quelle réforme pour le droit des contrats ? », *LPA* 26 févr. 2008, n°41, p. 4.
- « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, p. 2992.
- « Les lacunes du droit », *in Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par C. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 143.

THERY (F.), « Rapport de synthèse », *Procédures*, n°8-9, Août 2007, étude n°22.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.),

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.
- « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD civ.* 1999, p. 561.

TIMSIT (G.), « La loi. A la recherche du paradigme perdu », *in De la logique des lois*, Revue européenne des sciences sociales, Tome XXXIV, n°104, Librairie Droz, Genève, 1996, p. 76.

TOUFFAIT et TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.

TOURNAFOND (O.), « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », *D.* 1989, *Chr.*, p. 238.

TOURNEAUX (S.), « *L'obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, p. 45.

TROPER (M.),

- « Existe-t-il un danger de gouvernement des juges ? », *in D. Soulez-Larivière et H. Dalle (dir.) Notre Justice*, Paris, Robert, Laffont, 2002, p. 229
- « Interprétation », *in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd. 2003, p. 843.
- « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *in Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Puam, 1995, spéc. p. 238.
- « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs », *in F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), L'héritage politique de la Révolution française*, Lille, Pul, 1993, p. 95.



- « A propos de la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denys de Béchillon », RRJ, 1994, 247.
- « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mél. Conac, Economica, 2001, p. 49.
- « Les contraintes juridiques dans la production des normes », E. Serverin et A. Berthoud, *La production des normes entre Etat et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27 et s.
- « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Conseil constitutionnel n°22, dossier : le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007.
- « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », in *La Justice*, Pouvoirs, n° 16, 1981, p. 5.
- « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française, in 1791, la première constitution française, Actes du colloque de Dijon, 1991, Economica, 1993, p. 355.
- « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2006 au Palais du Luxembourg, les colloques du Sénat, p. 28.

TUNC (A.),

- « Sur un projet de loi en matière d'accidents de la circulation routière », RTD civ. 1967.82.
- « Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées », JCP 1957.I.1384.

VAN DE KERCHOVE (M.), « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications de la Faculté de Saint-Louis, 1978, p. 13.

VIDAL (J.), « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », JCP.1971.1.2390.

VIGNON-BARRAULT (A.), « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », LPA., 25 janv. 2007, n° 19, p. 22.

VILLEY (M.), « François Gény et la renaissance du droit naturel », in *Le dépassement du droit*, Archives de philosophie du droit, n° 8, Sirey, 197.

VINCENT (J.), « L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », RTD civ. 1939, p. 601.

VOIRIN (P.), « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », JCP 1959 I 1467.



WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in* Mél. G. Scelle, vol. 2, LGDJ, 1950, p. 613.

WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2009, p. 6.

ZAJAC (P.), « Le bail accidentel de la chose d'autrui », *JCP N.* 1995.I.641, n°46.

ZENATI (F.),

- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.
- « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *in La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, *RTD civ.* 1992, p. 359.

§ III. NOTES DE JURISPRUDENCE, RAPPORTS ET CONCLUSIONS

ANCEL (P.), note sous Arrêt *Boot shop*, *Cass. Ass. Pl.* 6 oct. 2006, *RDC* 2007, p. 540.

APPERT (G.)

- note sous *Cass. Req.* 30 juill. 1895, *S.* 1896.1.353.
- note sous *Trib. Sedan*, 17 déc. 1901, *S.* 1904.2.217.

APPLETON (J.), note sous *CE*, 22 déc. 1924, *D.P.* 1925.3.9

ATIAS (C.)

- note sous *Cass. civ. 1^{ère}*, 21 mars 2000, *D.* 2000, p. 593.
- note sous Arrêt dit des *Cabannes*, *Cass. civ. 3^{ème}*, 8 juin 2006, *D.* 2006, p. 2887.

ALFANDARI (E.)

- note sous *CA Colmar*, 30 janv. 1970, *D.* 1970, *Jur.* p. 297.
- note sous *Cass. Ass. Pl.* 9 févr. 2001, *D.* 2001.1493.

ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.), obs. sous *CEDH* 30 juin 1993, *RTD com.* 1994.317.

AMRANI MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), obs. sous *CA Nancy*, 26 septembre 2007, *D.* 2008, 2965.

AUBERT (J.-L.)



- obs. sous CA Colmar, 30 janv. 1970, Defrénois, art. 29914, n° 66.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, Defrénois 1977.1517.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1977, Defrénois 1977, art. 31582, n° 111, p. 1597.
- obs. sous Cass. com. 2 juin 1981, Defrénois, 1982, art. 32905, n° 36.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 juill. 1981, Defrénois 1982, 1085.
- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juill. 1982, Defrénois 1982, p. 1085.
- note sous Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, Defrénois 1982, p. 1689.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 17 nov. 1985, D. 1986.81.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème} 6 avril 1987, Defrénois, 1987. 1136.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, D. 1987, somm. 456.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, *Defrénois* 1988.1097.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989, *Defrénois* 1991. 366.
- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, Defrénois 1990, 743.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1990, D. 1991, p. 323.
- note sous Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, D. 1991, somm. 324.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, Somm. 320 et Defrénois, 1991, 1268.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, Defrénois, 1991.1267.
- obs. sous Arrêt *Besse*, Cass. Ass. Pl. 12 juillet 1991, Defrénois, 1991.1301.
- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 fév. 1993, Defrénois 1993, n° 22, p. 1375.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 9 nov. 1999, Defrénois 2000.250.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Defrénois 2000.720.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, Defrénois 2001, 267.
- obs. Sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, Defrénois, 2001.262.
- obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, Defrénois, 2003.1574.

AUBRY (H.), POILLOT (E.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, D. 2012, p. 59, p. 840.

AUDIT, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, JCP 1999.II.10157.

AUGUET (Y.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, D. 2001, p. 2400.

AYNES (L.)

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, D. 1989. Somm. 290.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, D. 1995. Somm. 230.
- note sous Arrêt *Alcatel* Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, D. 1995.122.



- note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, D. 1996.13.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, D. 2001, somm. com., p.3236.
- obs. sous Cass. Com. 10 juill. 2007, RDC 2007.1107.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, D. 2008.1448.

BACACHE (M.), note sous Cass. civ. 1^{ère} 22 nov. 2007, D. 2008.816.

BAILLE-DUCLOS (B.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, JCP. 2004.II.10004.

BAKOUICHE (D.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 4 nov. 2011, JCP 2012.I.9.

BARBIERI (J.-F.), note sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, Revue des sociétés 2006, p. 808.

BEIGNIER (B.), note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, Dr. Fam. 2004, n° 230.

BENABENT (A.),

- note Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, D. 1986.293.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, D. 1993.507.
- note sous Cass. civ. 19 nov. 1996, D. 1997. 145.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Defrénois 1999.802.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, D. 1993.507.
- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, RDC 2005/2.297.

BENARD (C.-M.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, D. 2004, p. 367.

BECQUE (E.), note sous Cass. civ. 10 mai 1949, JCP 1949.II.4972.

BEIGNIER (B.), note sous Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, D. 2005.1905.

BELLET (P.), note sous Cass. civ. 29 mars 1954, JCP 1954.II.8249.

BERLY (X), note Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, Gaz. Pal. 1986.2.543.

BERNARD (J.), Communication, Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, JCP 1991.II.21752.

BICTIN, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, JCP E 2005, 1867.

BIGOT (J.)

- note sous *Arrêt Leroux*, Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 2000, JCP 2000, Act., p. 2215.
- note sous *Affaire Guignols de l'info*, Cass. civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, JCP 1998.II.10010.
- note sous *Affaire Guignols de l'info*, CA Reims, 9 févr. 1999, D. 1999.449.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, D. 2004, p. 2956.



BILIAU (M.)

- note sous *Arrêt Costedoat*, Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000, JCP 2000.II.10295.
- note sous *Arrêt Cousin*, Cass. Ass. Pl. 14 déc. 2001, JCP 2002.II.10026.
- note sous *Arrêt Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, JCP 2006.II.10181.

BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, JCP 1999.II.10083.

BLATTER (J.-P.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, AJDI 2003, p. 663.

COHEN (D.), note sous *Arrêt Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, JCP 1997.II.22881.

BOLZE (A.), note sous Cass. civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, Gaz. Pal. 2002.390.

BORE (J.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1981, D. 1981, Jur. 429.

BOULANGER (D.), note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, JCP N. 1996.I.93.

BOULOC (B.),

- obs. sous *Arrêts Alcatel* Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, , RTD com. 1995.464.
- obs. sous *Arrêt dit des cassettes-vidéo*, Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, RTD com. 1997.308.

BOUTONNET (M.)

- note sous TGI Nanterre, 18 sept. 2008, D. 2008, p. 2916.
- note sous CA Nancy, 26 septembre 2007, D. 2008. 1120.

BOUYSSIC (R.), conc. sous Cass. civ. 2^{ème}, 20 juill. 1987, *Rapport de la Cour de cassation*, La documentation française, 1987, p. 24

BRETON (A.), note sous *Arrêt Mercier*, Cass. civ. 20 mai 1936, S. 1937.1.321.

BRIGANT (J.-M.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2010, D. 2010, p. 1531.

BRUN (P.) et GOUT (O.), note sous, Cass. civ. 2^{ème}, 11 sept. 2008, D. 2010.49.

BRUN (P.), note *Arrêt Costedoat*, sous Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000, D. 2000.673.

BRUSCHI (M.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, D. 1999.194.

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, LPA 27 déc. 1995, n° 155, p. 11.

CABANNES, concl. sous Cass. Ass. Pl. 9 mai 1984, D. 1984.525,

CABRILLAC (R.) et TEYSSIE



- obs. sous Cass. com. 20 mai 1982, D. 1983. 365, RTD com. 1983.446.
- obs. sous Cass. com. 8 nov. 1983, RTD com. 1984.501.

CACHARD (O.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, JCP 2002.II.10045.

CALAIS-AULOY

- note sous Cass. Ass. Pl. 13 déc. 1962, D. 1963.277.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 1963, D. 1964.1.306.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, D. 1988.49.

CAPITANT (H.)

- note sous Cass. civ. 16 juill. 1902, D. 1903.1.401.
- note sous Cass. civ. 3 mai 1936, D. 1936.1.81.

CAPOULADE (P.), note sous Arrêt dit des *Cabannes*, Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, AJDI 2007, p. 311.

CARBONNIER (J.)

- note sous CA Angers, 14 avr. 1948, D. 1948.462.
- note sous CA Bordeaux, 2 juill. 1947, RTD civ. 1947.437.

CHABAS (F.),

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 17 mars 1971, D. 1971.494.
- obs. sous Cass. com. 7 janv. 1981, RTD civ. 1981.849.
- note sous Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, JCP 1982.II.19861.
- note sous Cass. Ass. Pl. 17 juin 1983, JCP 1983.II.20120.
- note sous Cass. Ass. Pl. 9 mai 1984, D. 1984.525.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, JCP 1987.II.20828.
- note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, JCP 2005.II.10011.
- note sous Arrêt *Bertrand*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997.1.572.
- note sous Arrêt *Samda*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 1997, Gaz. Pal. 1997.1.572.
- obs. sous Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, Gaz. Pal. 1992.2.513.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, RTD civ. 1996.187.
- note sous Cass. crim. 10 oct. 1996, JCP 1997.II.22833.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, JCP 2001.II.10493.



- note sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, JCP 2000.II.10438.

CHANTEPIE (G.), note sous Cass. com., 23 oct. 2007, D. 2008, 954.

CHARBONNIER, concl. *Arrêt Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449.

CHARTIER (Y.),

- rapp. Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, D. 1991.417.
- rapp. sous Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, D. 1995, p. 633.

CHAUVEL (P.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1995, D. 1997, p. 20.

CHAZAL (P.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D. 2003.2326.

CHENEDE (F.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 4 nov. 2011, A.J. Famille 2011, p. 613.

CHEVALLIER (J.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, RTD civ. 1967.812.

COHENDY, note sous Cass. Req. 11 juin 1890, D.P. 1891.1.193.

COHET-CORDEY (F.), obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, AJDI 2008, p.795.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DERUPPE (J.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, RDI 1996, p. 620.

COMBALDIEU, note sous Arrêt *Dangereux*, Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, D. 1970. Jur. p. 201.

CONNELY, rapp. sous Cass. Req. 6 mai 1874, D. 1874, 1. 412.

CONSTANTIN (A.)

- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, JCP 2001.I.330.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2006, JCP 2006.I.153, n° 7.

COQUELET (M.-L.), obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, Rev. Sociétés 2003, p. 880.

CORNU (G.)

- obs. sous Cass. Ass. Pl. 13 déc. 1962, D. 1963.277, RTD civ. 1963.572.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1979, RTD civ. 1980.368.

COURBE, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, JCP 1984.II.20295.

CRETON (C.), chr. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, D. 2012.2050.



CRETON (C.) et VASSALO (B.), chr. de jurisprudence de la Cass., 1^{ère} ch. civ., D. 2012, p. 2050.

CRISTAU, note sous Cass. civ. 1^{ère} 9 nov. 1999, D. 2000.507.

CRONE (R.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, Defrénois 2004, 1452.

DAGOT (M.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 1974, JCP 1975.II.18001.

DAMAS (N.),

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, D. 2005, 1395.
- note sous Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, D. 2004, p. 844.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2010, AJDI 2010, p. 808.

DAVID (X), concl. sous Arrêt *Blanco*, T.C., 8 févr. 1873, D. 1873.3.20.

DE LAMY (B.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, D. 1997, Jur. p. 167.

DELEBECQUE (P.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989, JCP 1990.II.21534.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, Defrénois 1994.352.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, Defrénois 1994.795.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995 au Defrénois 1995, p.1038.
- note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, Defrénois 1996.747.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, Defrénois 1997, p 1007.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, Defrénois 1998. 1054.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, D. 1999. Somm. 115.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, D. 2000. 482, Somm. 358.
- obs. sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997, somm. 175.
- obs. sous Affaire *Erika*, CA Paris, 30 mars 2010, RTD com. 2010. 622.
- obs. sous Arrêt *Erika*, Cass. Crim. 25 sept. 2012, D. 2012, p. 2711.

DEMUNCK (C.), note sous Arrêt *Boumaraf c. France*, CEDH, 30 août 2011, D. actualités 30 sept. 2011.

DENIS, rapp. sous Cass. Req. 10 déc. 1902, D. 1903.1.202.

DESBOIS, note sous Arrêt *Branly*, Cass. civ. Sect. Civ., 27 févr. 1951, D. 1951.329.

DESJARDINS, concl. sous Cass. civ. 9 juin 1896, S. 1897.1.25.



DESPORTES, rapp. sous Cass. Crim. 26 mars 1997, JCP 1997.II.22868.

DEUMIER (P.),

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 521.
- note sous Cass. Ass. Pl. 21 déc. 2006, RTD civ. 2007, p. 72.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, RTD civ. 2008, p. 442.
- note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, RTD civ. 2009, p. 495.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, RTD civ. 2009, p. 493.

DISSAUX (N.), note sous Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, D. 2011, p. 2260.

DONTENWILLE,

- concl. Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, JCP 1991.II.21752.
- concl. sous Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, JCP 1991.II.21673.

DOWRLING-CARTER, concl. sous Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, Gaz. Pal. 1988.2.640.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.)

- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, D. 2010.1790.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, D. 2012, p. 1844 et AJDI 2012, p. 263.

DUPEUX (J.-Y.) et MASSIS (T.), Droit de la presse – janvier 2008 – décembre 2008, D. 2009, p. 1779.

DUPICHOT, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 juill. 1981, Gaz. Pal. 1982.1. Pan. 93.

DURAND (P.), note sous Cass. . 2^{ème} sect. civ. 28 janv. 1954, Dr. soc. 1954.161.

DURRY (G.)

- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 13 janv. 1966, RTD civ. 1966.806.
- note sous Arrêt *Dangereux*, Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, RTD civ. 1970, p. 353.
- obs. sous Cass. Ch. mixte, 26 mars 1971, RTD civ. 1971.655.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1971, RTD civ. 1972.139.
- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1973, RTD civ. 1974.816.
- note sous Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, RTD civ. 1977.74.
- note sous Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, RTD civ. 1982, p. 607.
- note sous Cass. Ass. Pl. 17 juin 1983, RTD civ. 1983.749.



EDELMAN (B.)

- note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, D. 1982, Jur. 59.
- note sous Cass. Civ. 13 novembre 1983, D. 1984.165.
- note sous Affaire *Guignols de l'info*, Cass. civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, D. 1997.411.

ESMEIN (A.)

- note sous Cass. Req. 29 juin 1897, S. 1898.1.17.
- note sous Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896. S. 1897.1.17.

ESMEIN (P.)

- note sous Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, S. 1930.1.121.
- note sous Cass. Civ. 6 déc. 1932, S. 1934.1.81.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 9 mars 1962, JCP 1962.2.12728.
- note sous Cass. Ass. Pl. 13 déc. 1962, JCP 1963.II.13105.

E.-P.-S., note sous Arrêt *Mercier*, Cass. civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88.

FAGES (B.)

- obs. sous Cass. Com. 10 juill. 2007, RTD civ. 2007.773.
- note sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, RTD civ. 2012, p. 113.

FERRIER (D.), note sous Cass. com. 7 avr. 1992, D. 1992.396.

FLOUR (J.), note sous Cass. civ. 19 févr. 1945, D.P. 1945, Jur. 181.

De FONTBRESSIN (P.), note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, Gaz. Pal. 1995.2.626.

FOREST (G.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, D. 2010.706.

FOYER (J.) et HOLLEAUX (D.), note Arrêt des *Cafés Jacques Vabre*, Cass. Ch. Mixte 24 mai 1975, Rev. crit. DIP 1975.347.

FRANCK (E.-E.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 5 nov. 1970, D. 1970. J. 86.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 2 févr. 1982, D. 1982. J. 306.

GAUTIER (P.-Y.)

- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, RTD civ. 1997, p. 685.



- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, RTD civ. 1999.128.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, RTD civ. 2000, p. 592.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, RTD civ. 1999, p. 128.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 580.
- note sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, D. 2006.1861.
- note sous Cass. Com. 10 juill. 2007, D. 2007.2844.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2010, RTD civ. 2010, p. 343.

GARIAZZO (A.), avis sous Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, JCP 2006.II.10181.

GAVALDA, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, D. 1991.41.

GAVALDA et SOUFFLET, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 fév. 1988, JCP 1988.II.21026.

GENICON (T.)

- note sous Cass. com., 23 oct. 2007, RDC 2008, 234.
- note sous Cass. ch. mixte, 28 novembre 2008, *Revue des contrats*, 01 avril 2009, n°2, p. 487.

GHESTIN (J.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989 et TGI Paris, 17 janv. 1990, D. 1990, p. 289.
- note sous Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, JCP 1991.II.21673.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449.
- note sous Arrêt *Besse*, Cass. Ass. Pl. 12 juillet 1991, D. 1991.549.
- note sous Arrêts *Alcatel* Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, JCP 1995.II.22371.
- note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, JCP 1996.II.22565.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2006, D. 2007.477.

GIBOULOT

- note sous Arrêt *canal de Craponne*, Cass. civ. 6 mars 1876, D. 1876.1.193.

GOBERT (M.)

- note sous Arrêt dit des *maternités de substitution*, Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, LPA 23 oct. 1991, n° 127, p. 4.
- note sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, LPA 8 déc. 2000, p. 9.



GRIDEL (J.-P.), note sous TGI Montpellier, 15 déc. 1989, JCP G. 1990.II.21556..

GROSLANDE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, RTD com. 2006.619.

GRIMALDI, obs. sous Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, RTD civ. 2005.434.

GROSCLAUDE (L.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, RTD com. 2003, p. 755.

GRYNBAUM

- note sous CA Paris, 9 juin 2000, RCA 2001, n° 74.
- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, RDI 2005.11

GUERIN (O.), concl. sous Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, AJDI 2003, p. 182.

GULPHE, concl. Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, JCP 1977.II.18730.

HAUSER (J.)

- note sous Cass. 6 mars 1996, RTD civ. 1996, p. 580.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, RTD civ. 1999.817.
- obs. sous CA Orléans, 5 févr. 1999, RTD civ. 2000.80.
- obs. Sous Affaire *Perruche*, Cass. Civ., 26 mars 1996, RTD civ. 1996.871.
- obs. sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, RTD civ. 2001.103.
- note sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, RTD civ. 2012, p. 93.

HEBRAUD (P.), obs. sous Cass. 1^{ère} sect. civ. 12 juillet 1956, RTD civ. 1956.762.

HENRY (X.), note sous CA Nancy, 11 sept. 2009, JCP n°5, 1^{er} fév. 2010, 109.

HOLLEAUX (G.)

- note sous Cass. civ. 4 déc. 1939, D.C. 1941.1.124.
- note sous Cass. civ. 10 nov. 1941, D.C. 1942, p. 99.

HOUIN (R.), note sous Cass. com. 11 oct. 1978, D. 1979.135.

HOUTCIEFF (D.)

- note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, LPA 24 oct. 2002, p. 16.
- note sous Cass. 3^{ème} civ. 21 sept. 2011, Gaz. Pal., n° 307, 3 nov. 2011.

HUDAULT (J.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 déc. 1983, Gaz. Pal. 1984.1.258.



HUET (J.)

- obs. sous Cass. Ass. Pl. 9 mai 1984, RTD civ. 1984.508.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 17 nov. 1985, RTD civ. 1986.128.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, RTD civ. 1986.364.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, RTD civ. 1987.767.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 1993, D. 1993.331.

HUET-WEILLER (D.), obs. sous Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, RTD civ. 1991.517.

HUYETTE (M.)

- note sous Cass. crim. 10 oct. 1996, D. 1997.309.
- note sous Cass. civ. 2^{ème} 20 janv. 2000, D. 2000.571.

JAMIN (C.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, JCP 1996.I.3958.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, D. 1999.197.
- note sous Arrêt *Baldus*, Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2000, JCP 2000.II.10510.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, D. 2001, p. 1568.

JEOL (M.)

- concl. Cass. com. 7 mars 1989, D. 89, J., p 231.
- concl. sous Cass. com. 22 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 36, p. 22, D. 1991.175.
- concl. Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, D. 1996.13, JCP 1996.II.22565 et Gaz. Pal. 1995.2.626.
- concl. sous Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, JCP 1996.II.22564.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, D. 2001, Somm. 1615.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, 1999.194, Somm. 28.

JOSSERAND (L.)

- note sous Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905, D. 1906.2.105.
- note sous Trib. com. d'Eprenay 28 fév. 1906, D. 1908.2.73.
- note sous CA Lyon 28 janv. 1907, D. 1908.2.73.
- note sous Cass. Civ. 6 déc. 1932, D.P. 1933.1.137.



- rapp. sous Arrêt *Mercier*, Cass. civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88.

JOURDAIN (P.)

- note sous Cass. Ass. Pl. 9 mai 1984, JCP 1984.II.20256.
- note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, JCP G 1988.II.21070.
- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère} 21 juin 1988, JCP G 1988.II. 21125.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, RTD civ. 1988.89.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 1989 et 28 mars 1990, RTD civ. 1990.287.
- obs. sous Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, RTD civ. 1991.541.
- obs. sous Arrêt *Besse*, Cass. Ass. Pl. 12 juillet 1991, RTD civ. 1991.750.
- note sous Cass. Crim. 26 mars 1997, D. 1997.496.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, RTD civ. 1995.899.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1996, D. 1997.403, somm. 289.
- note sous Arrêt *Bertrand*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, D. 1997.265.
- obs. sous Arrêt *Samda*, Cass civ. 2^{ème} 19 fév. 1997, RTD civ. 1997.670.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 19 mars 1997, RTD civ. 1997.675.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000 (2 arrêts), RTD Civ 2000.840.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, RTD civ. 2001.154.
- obs. sous Arrêt *Guignols de l'info*, Cass. Ass. Pl. 12 juill. 2000, RTD civ. 2000.842.
- note sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, D. 2001.336 et obs. RTD civ. 2001.148.
- obs. sous Arrêt *Cousin*, Cass. Ass. Pl. 14 déc. 2001, RTD civ. 2002.109.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 2002, RTD civ. 2003.305.
- obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, RTD civ. 2003.716.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, RTD civ. 2004.106.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, RTD civ. 2005, 407.
- obs. Cass. crim. 8 mars 2006, RTD civ. 2007.135.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006, RTD civ. 2007.132.
- note sou Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, RTD civ. 2007.123.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 avr. 2008, RTD civ. 2008. 487.

KENFACK (H.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, D. 2012.2490.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n°11-17.587, D. 2012.2490.



KESSOUS

- concl. sous Arrêt *Bertrand*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, JCP 1997.II.22848.
- concl. sous Arrêt *Samda*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, JCP 1997.II.22848.
- concl. sous Arrêt *Costedoat*, Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000, JCP 2000.II.10295.
- concl. Sous Arrêt *Seita*, Cass. Civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, D. 2003.2902.

LABARTHE (F.), obs. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, JCP 2006.I.176.

LABBE,

- note sous Cass. civ. 19 juill. 1870, S. 1871.1.9.
- note sous Arrêt *Patureau-Miran*, Cass. Req. 16 juin 1892, S. 1893.1.281.

LAGARDE, rapp. sous Arrêt *Franck*, Cass. ch. Réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25.

LALOU (H.)

- note sous Cass. crim. 26 nov. 1926, D. 1927.1.73.
- note sous Cass. civ. 13 oct. 1943, D. 1944, p. 14.

LAMBERT-FAIVRE

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 27 janv. 1965, D. 1965.619.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, D. 2001.570.

LANGLADE O'SUGRHUE

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, D. 1999.414.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, D. 1999.267.

LARDENOIS, rapp. sous Cass. Req. 30 juill. 1895, S. 1896.1.353.

LARROUMET (C.),

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 nov. 1976, D. 1977.595.
- note sous Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, D. 1977.465.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 3 oct. 1979, D.S. 1980.325.
- note sous Arrêt *Desmares*, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, D. 1982.449.
- note sous Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, D. 1988.513.
- note sous Arrêt *Blieck*, Cass. Ass. Pl., 29 mars 1991, D. 1991.324.



- note sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997.121, p. 145.

LASSERE-CAPDEVILLE (J.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, LPA 10 avr. 2008, n° 73, p. 18.

LATINA (M.), obs. sous Cass. 3^{ème} civ. 21 sept. 2011, *L'Essentiel, Droit des contrats*, 1^{er} nov. 2011, n° 10, p. 6.

LAYDU, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 21 févr. 2008, D. 2008. 2125.

LEBRETON (M.-C.)

- note sous Arrêt *Bertrand*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, LPA 15 sept. 1997.
- note sous CA Grenoble, 30 juin 1998, D. 2000.472.

LEGEAIS (D.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, JCP 1989.II.21317.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 1997, JCP E. 1997.II.944.

LE GUIDEC, note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, JCP 2005.I, 187, n° 7.

LE KOUVIOUR (K.)

- note sous *Affaire Erika*, CA Paris, 30 mars 2010, D. 2010. 2468, JCP 2010, n° 432.
- note sous *Arrêt Erika*, Cass. Crim. 25 sept. 2012, JCP 2012, n° 1243.

LE MARC'HADOUR, rapp. Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57.

LEMOINE, conc. sous Cass. 2^{ème} sect. civ. 28 janv. 1954, JCP 1954.II.7978.

LE PAGE (A.)

- note sous Arrêt *Guignols de l'info*, Cass. Ass. Pl. 12 juill. 2000, JCP 2000.II.10439.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, CCE 2008, Comm. n° 12, obs. A. Lepage.

LE NABASQUE (H.), note sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, BJS, n° 8, 1^{er} août 2006.

LETELLIER, rapp. sous Cass. Req., 21 nov. 1893, S. 1895.1.166.

LEVENEUR (L.),



- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449, CCC 1991, n° 160.
- Obs. sous Cass. com. 9 mars 1993, CCC 1993, n°129.
- note sous Cass. com. 26 avr. 1994, JCP 1994.II.22356.
- obs. sous Arrêts *Alcatel* Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, CCC 1995, n° 24.
- note sous Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, JCP E. 1996.II. 776 et CCC. 1996, n° 5, chr.
- note sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, CCC 1997, n° 24.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, CCC 1999, n°22.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, D. 1999.267, JCP 1999.I, 152, chr.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, CCC 2000, n° 106.
- note sous Arrêt *Baldus*, Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2000, CCC 2000, n°140.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, CCC 2001, n° 3.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème} 15 nov. 2000, CCC, 2001, n° 23.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, CCC 2004, n° 53.
- note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, CCC 2005, n° 40.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, CCC 2006, comm. 128.
- obs. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, CCC 2006, n° 153.
- note sous Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, CCC 2007, n° 63.
- obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, CCC 2008, comm. n° 65.

LE TOURNEAU (P.), note sous Cass. com. 27 avr. 1981, D. 1982.51.

LE TOURNEAU (P.) et AZABALDA (A.), note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, chr. n°22.

LEVASSEUR (G.), note sous Cass. 2^{ème} sect. civ. 28 janv. 1954, D. 1954.217.

LEVILLAIN, note sous Arrêt *Compagnie générale Transatlantique*, Cass. Civ. 11 juill. 1892, D.P. 1894.1.513.

LIBCHABER (R.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, Defrénois 2001.431.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, RTD civ. 2002.176.
- obs. sous Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, RTD civ. 2003, p. 575.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, Defrénois 2004.1732.
- note sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, Defrénois 2007, p. 1048.
- obs. Sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, RTD civ. 2001.226.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, Defrénois 2001.703.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 13 mai 2003, Defrénois 2003.1568.



- obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, Defrénois 2007.1729.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 4 nov. 2011, D. 2012, p. 59.

LINDON (R.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 nov. 1969, D. 1970.426.
- note sous Cass. civ. 3^{ème} 4 fév. 1971, JCP G 1971 II 16781.
- note sous Cass. Ch. mixte, 26 mars 1971, JCP 1971.II.16762.
- note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, D. 1976.397.

LOIR (R.), note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, D. 2009, p. 1114.

LOISEAU

- obs. sous Arrêt *Baldus*, Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2000, JCP 2000.I.272.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, JCP 2005.II.10173.

LOUCHOUARN (D.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, JCP N 2000, p. 1270.

LOUSSOUARN (Y.)

- obs. sous CA Colmar, 30 janv. 1970, RTD civ. 1970, p. 755.
- note sous Cass. com. 11 oct. 1978, JCP 1978.II.19034 et RTD civ. 1980.364.

De LOYNES (P.), note sous Cass. civ. 5 juill. 1911, D. 1912.1.513.

LUCAS (F.-X.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère} 16 mai 1995, JCP G. 1996.II.22736.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, D. 2006.2037, JCP E. 2006, 2675.

LYON-CAEN, note sous Cass. Civ. 21 nov. 1911, S. 1912.1.73.

MAINGUY (D.)

- note sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, D. 2006.1861.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1460.

MALAURIE (P.)

- note sous Cass. 1^{ère} sect. Civ., 21 déc. 1960, D. 1961.Jur. 117.
- note sous Cass. com. 9 nov. 1987, D. 1989. Jur. 35.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1989, D. 1989. Jur. 253.



- note sous CA Paris, 20 sept. 1990, D. 1991, p. 165.

MALINVAUD (P.)

- note Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, JCP 1986.II.20616.
- note sous Arrêt *Césaro*, Cass. Ass. Pl. 7 juill. 2006, RDI 2006, p. 500.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, RDI 2008, p. 280.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 19 déc. 2012, RDI 2013, p. 162.

MALINVAUD (P.) et BOULI (B.)

- obs. sous CA Versailles, 28 avr. 1989, RDI 1990.88.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 1993 et Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1994, RDI 1994, p. 256.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 1995, RDI 1995.757.

MARMOZ (F.), obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, LPA 13 mars 2002, n° 52, p. 17.

MARGUENAUD (J.-P.)

- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, RTD civ. 1996, p. 1024.
- note sous CEDH 30 juin 1993, D. 1994.181.
- note sous Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, RTD civ. 2003, p. 383.
- note sous Arrêt dit des *Cabannes*, Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, RTD civ. 2006, p. 722.

MARTIN, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, LPA 15 sept. 2006, n°185.

MARTINE (E.-N.), obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 déc. 1983, D. 1985.IR.70.

MARTY (G.), note sous Arrêt *Méténier*, Cass. civ. 27 juill. 1937, S. 1938.1.321.

MASSART (T.), note sous Cass. com. 22 févr. 2005, Bull. Joly Sociétés, 01 oct. 2005, n°10, p. 1105.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), note sous Cass. civ. 3^{ème} civ. 4 mai 2000, D. 2001.3154.

MATTER (P.)

- concl. sous Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57.
- concl. sous Arrêt *Mercier*, Cass. civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88.

MAZEAUD (H.) et (L.)



- note sous Cass. Req. 13 avril 1934, D.P. 1934.1.41, S. 1934.1.313.
- note sous Arrêt *Branly*, Cass. civ. Sect. Civ., 27 févr. 1951, RTD civ. 1951, p. 246.

MAZEAUD (J.)

- obs. sous Cass. 1^{ère} sect. civ. 12 juillet 1956, RTD civ. 1956.737.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 1963, JCP 1964.II.13502.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, D. 1967.358.
- note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, D. 1968.412.

MAZEAUD (D.)

- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, JCP 1995.II.22366.
- obs. sous Arrêts *Alcatel* Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, RTD civ. 1995.358.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, D. 1997, Jur. p. 475.
- obs. sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, Defrénois 1997.333.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 11 févr. 1998, Defrénois 1998, p. 1044.
- obs. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Defrénois* 1999.374.
- obs. sous Cass. com. 24 nov. 1998, Defrénois 1999, art. 36853.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, Defrénois 1999.738.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 3 fév. 2000, Defrénois 2000.724.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, D. 2001, somm. 2236.
- note sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, D. 2001.332.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, D. 2001, p. 272.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, D. 2002, Somm.com., p 2839.
- note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, D. 2002, p. 2963.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, D. 2001, somm. 3239.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 2001, D. 2002.71.
- obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D. 2004. Somm. 1346.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, D. 2006.761.
- obs. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, RDC 2006.1080.
- obs. sous Cass. Com. 10 juill. 2007, RDC 2007.1110.
- obs. sous Arrêt *Cousin*, Cass. Ass. Pl. 14 déc. 2001, D. 2002, Somm. 1317.
- note sous Cass. ch. Mixte, 6 sept. 2002, D. 2002, p. 2963.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457.



MENJUCQ (M.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1998, D. 1999.337.

MESTRE (J.)

- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1977, RTD civ. 1997.921.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 21 mars 1984, RTD civ. 1985, p.382.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, RTD civ. 1986 p. 594.
- obs. sous Cass. com. 24 juin 1986, RTD civ. 1987.95.
- obs. sous Cass. com. 25 févr. et 22 juill. 1986, RTD civ. 1987, p. 94.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, RTD civ. 1988.14.
- obs. sous Cass. com. 9 nov. 1987, RTD civ. 1988, p 527.
- obs. sous Cass. com. 12 janvier 1988, RTD civ. 1988, p. 527.
- obs. sous Cass. com. 7 mars 1989, RTD civ 1990, p 71.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989, RTD civ. 1990.277.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, RTD civ. 1991.111.
- obs. sous Cass. com. 22 janv. 1991, RTD civ. 1991, p. 322.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, RTD civ. 1991. 526.
- obs. sous Cass. Com. 19 nov. 1991, RTD civ. 1992.381.
- note sous Cass. com. 7 avr. 1992, RTD civ. 1992, p. 759.
- obs. sous Arrêt *Huard*, Cass. com. 3 nov. 1992, RTD civ. 1993, 124.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, RTD civ. 1994.97.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, RTD civ. 1994.588.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, RTD civ. 1995.100.
- obs. Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, RTD civ. 1996, 153.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, RTD civ. 1996, p. 897.
- obs. sous Arrêt des *Cassettes-vidéo*, Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, RTD civ. 1996, 901.
- obs. sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, RTD civ. 1997.418.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, RTD civ. 1997, p. 673.
- obs. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, RTD civ. 1999. 374.
- obs. sous Cass. com. 24 nov. 1998, RTD civ. 1999.98.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, RTD civ. 2004, p. 280.

MESTRE (J.) et FAGES (B.)

- obs. sous Arrêt *Baldus*, Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2000, RTD civ. 2000.566.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, RTD civ. 2001 p. 130.



- obs. sous Cass. civ. 3^{ème} 15 nov. 2000, RTD civ. 2001.355.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, RTD civ. 2001, p. 363.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, RTD civ. 2001.353.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, RTD civ. 2003, 94.
- obs. sous Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, RTD civ. 2003, p. 290.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, obs. J. Mestre et B. Fages
- obs. sous Cass. com. 4 fév. 2004, RTD civ. 2004.731.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 4 mars 2005, RTD civ. 2005.388.
- obs. Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, RTD civ. 2005.776.
- obs. sous Cass. ch. mixte 26 mai 2006, RTD civ. 2006.550.

MIKALEF-TOUDIC (V.), note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, *Deffrénois* 2005.1045.

MIHURA

- note sous *Arrêt Franck*, Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941, JCP 1942.II.1766.
- note sous Arrêt *Branly*, Cass. civ. Sect. Civ., 27 févr. 1951, JCP 1951.II.6193.

MOLFESSIS (N.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, RTD civ. 2000, p. 666.

MONEGER (J.)

- note sous CA Douai, 27 nov. 1997, RTD com. 1998, p. 824.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, RTD com. 2004, p. 72.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, RTD com. 2012.510.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, RTD com. 2012.510.

MONTAS (A.) et ROUSSEL (G.), note sous *Arrêt Erika*, Cass. Crim. 25 sept. 2012, *AJ Pénal* 2012.574.

MOULY (C.)

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, D. 1988.32.
- note sous Cass. civ. 1^{ère} 15 nov. 1989, D. 1990, p. 177.

MOULY (J.)

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, JCP 1995.II.22550.
- note sous TGI Cusset, 29 fév. 1996, JCP 1997.II.22849.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 3 fév. 2000, JCP 2000.II.10313.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, JCP 2004.II.10017.



- note sous Cass. crim. 8 mars 2006, JCP 2006.II.10188.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 11 sept. 2008, JCP 2008.II.10184.

MORVAN (P.), note sous Cass. Ass. Pl., 21 déc. 2006, D. 2007.835.

NAQUET, note sous Cass. civ. 12 mai 1914, S. 1918.1.41.

NEYRET (L.)

- chr. sous *Affaire Erika*, TGI Paris, 16 janv. 2008, D. 2008 2681.
- Point de vue sous *Arrêt Erika*, Cass. Crim. 25 sept. 2012, D. 2012.2673.

NOBLOT (C.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, D. 2004.903.

PAILLET, note sous Arrêt *Bianchi*, CE 9 avr. 1993, Rev. Dr. Publ. 1993, p. 1099.

PAISANT,

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, JCP 1988.II.21001.
- obs. Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, JCP 1991.II.21763.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, D. 1993.568.

PENNEAU (J.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, D. 2001, p. 3081.

PETITON, concl. sous Cass. Req. 11 juill. 1889, D. 1889.1.393.

PERROT (R.), note sous Arrêt *Césaro*, Cass. Ass. Pl. 7 juill. 2006, RTD civ. 2006, p. 825.

PIEDELIEVRE (S.)

- note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, Defrénois 2005.535.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, D. 2000. 482.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, Defrénois 1999.21

PLANIOL (M.)

- note sous Cass. Req. 16 juill. 1890, D. 1891.1.49.
- note sous Cass. civ. 14 avr. 1891, D.P. 1891.1.329.
- note sous CA Limoges, 6 févr. 1889, D. 1890.2.73.

PLANCQUEEL (A.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, JCP 1968.II.15587.



- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 1974, Gaz. Pal. 1974.2.Somm. 570.

PRADEL (J.), note sous Cass. Crim. 12 nov. 2008, D. 2009, 402.

PONCET, note sous Cass. Req. 5 déc. 1906, D. 1908.1.545.

PORRACHIA (D.), note au Lamy Droit du contrat, mai 2010, n° 207-11

POUVREAU (A.), obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1991, D. 1992. Somm. 403.

RABUT (A.), note sous Cass. soc. 20 juill. 1954, JCP 1955.II.8775.

RADE (C.)

- note sous CA Aix, 9 oct. 2003, RCA 2004, n° 89.
- note sous Arrêt *Samda*, Cass civ. 2^{ème} 19 fév. 1997, D. 1997, chron. 279.

RADOUANT, note sous Cass. 2^{ème} sect. civ. 13 mars 1957, D. 1958.73.

RANDOUX (D.), obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, Rev. sociétés 2006.855.

RAVANAS (J.),

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1996, JCP 1997.II.22805.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, JCP 1997.II.22873.

RAYMOND (G.)

- note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, CCC 2002, n° 151.
- note sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, CCC, n° 3, mars 2012, comm. 76.

RAYNARD (J.), note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, RTD civ. 2003, p. 771.

RAYNAUD (J.), note sous Arrêt dit des *Cabannes*, Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, AJDI 2006, p. 609.

REIFEGERSTE (S.)

- note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, JCP 2002.II.10173.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, LPA 2003, n° 218, p. 5.

REIGNE (P.), note sous Affaire dite *des cassettes-vidéos*, Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, D. 1997.500.

REMY (P.),



- obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 24 juin 1981, RTD civ. 1982.429.
- obs. sous Cass. com. 5 oct. 1982, RTD civ. 1983.351.
- obs. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1985, Bull. Civ. I, n° 287, RTD civ. 1986. 370.
- obs. Cass. Ass. Pl. 7 févr. 1986, RTD civ. 1986 p. 605.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1987, RTD civ. 1988.368.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 juill. 1981, RTD civ. 1982, 427.
- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juill. 1982, RTD civ. 1982.427.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1989, RTD civ. 1990.101.

REINHARD (Y.), obs. sous Cass. com. 7 mars 1989, D. 89, Jur., p 231.

RENUCCI (J.-F.), note sous Cass. crim. 8 juin 2004, RSC. 2004, p. 967.

RENET (T.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, RTD civ. 2001 p. 167.

REY, avis sous Arrêt *Branly*, Gaz. Pal. 1951, 1^{er} sem., p. 230.

RICOL, note sous CA Grenoble 15 nov. 1921, Caen, 26 nov. 1924, Paris 9 mai 1925, Lyon 23 mai et 10 juin 1925, Douai, 30 nov. 1925, Nîmes, 14 déc. 1925, D.P. 1926.2.121

RIPERT (G.),

- obs. sous Arrêt *Jand'heur*, Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.1.57.
- note sous Arrêt *Franck*, Cass. ch. réun. 2 déc. 1941, D. 1942, Jur. 25.
- note sous Arrêt *Lamoricière*, Cass. sect. com. 19 juin 1951, D. 1952.717.
- note sous Cass. civ. 27 mars 1928, DP 1928.1.145.

RIVERO (J.), note sous Cons. const., 16 juill. 1971, AJDA 1971, p. 537.

RIVES-LANGE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, Rev. Banque 1990.1097.

ROBERT (J.-H.)

- note sous Affaire *Erika* CA Paris, 30 mars 2010, Rev. sociétés 2010. 524.
- note sous Arrêt *Erika*, Cass. Crim. 25 sept. 2012, Rev. sociétés 2013. 110.

ROCHFLED (J.)

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, JCP 2001.I.354.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, JCP G 2002,I, n°134.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, JCP 2001. I.301, n° 16.



- obs. sous Cass. com. 4 fév. 2004, JCP 2004.1275.

RODIERE (R.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1952, JCP 1953.II.7592.
- note sous *Arrêt Oxygène Liquide*, Cass. Civ. 2^{ème} sect. Civ., 5 janv. 1956, D. 1957.261.
- note sous Cass. Civ. 2^{ème} sect. 23 janv. 1959, D. 1959.281.
- note sous Cass. ch. réun. 9 mars 1960, JCP 1960.II.11559.
- note sous Cass. 1^{ère} Sect. civ., 16 janv. 1962, D. 1962, Jur. 199.
- note sous Cass. civ. 1^{ère} sect. Civ., 22 mai 1962, D. 1965.58.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 27 janv. 1965, RTD civ. 1965, 660.
- obs. sous Trib. pour enfants de Dijon, 27 février et 22 mars 1965, D. 1965.439, RTD civ. 1965.652.

RODRIGUEZ (K.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, D. 2006.2037.

ROGET (N.), obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, JCP 2008.II.10024.

ROME (F.)

- édito TGI Paris, 16 janv. 2008, D. 2008 273.
- édito Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1273.

ROMIEU, concl. sous CE 21 juin 1895, D.P. 1896.3.65.

RONJAT, concl. sous Cass. civ. 22 juin 1892, S. 1893.1.11.

ROUAST (A.)

- note sous Cass. ch. réun. 16 juill. 1941, D.C. 1941.117.
- note sous Cass. civ. 27 nov. 1935, D.P. 1935.1.25.
- note sous Cass. civ. 6 août 1894, D.P. 1895.1.99.

ROUQUET (Y.)

- note sous Arrêt dit du *Digicode*, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, AJDI 2003, p. 182.
- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, D. 2003, p. 1694.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, D. 2011, p. 2928.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, D. 2012.1954.



ROUX (J.-A.), note sous Cass. crim. 26 nov. 1926, S. 1927.1.273.

ROZES (L.)

- obs. sous Cass civ. 3^{ème}, 31 janv. 2001, D. 2001. Somm. Comm. 3520,
- « Baux commerciaux : panorama 2005 », D. 2006.925.

RUBBELIN-DEVICHI (J.), note sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, JCP 2001.I.293.

RUZIE, note sous Arrêt des *Cafés Jacques Vabre*, Cass. Ch. Mixte 24 mai 1975, obs. JDI 1975.801.

RZEPECKI, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998,, JCP 1999.II.10133.

SADON, concl. sous Cass. Ass. Pl. 17 juin 1983, JCP 1983.II.20120.

SAINTE-ROSE (J.)

- concl. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, D. 1999.145, JCP 1998.II.10179.
- concl. sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, JCP 2000.II.10438.
- concl. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, JCP 2000.II. 10296.

SALEILLES (R.), note sous Arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433.

SALLE DE LA MARNIERE, note sous Cass. req. 21 mars 1932, D.P. 1933.1.65.

SARGOS (P.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, D. 1999.145, JCP 1998.II.10179.
- rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, D. 2001, 3470.
- rapp. sous Arrêt *Perruche*, Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, JCP 2000.II.10438
- rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, JCP 2001.II.10493.

SARRUT,

- note sous Cass. Civ. 21 nov. 1911, D.P. 1913.1.249.
- note sous Cass. civ. 26 janv. 1897, D.P. 1900.1.33.

SAVATIER (R.)

- note sous CA Poitiers 9 juin 1913, 12 juin et 23 déc. 1918, D. 1920.2.41.



- note sous Cass. civ. 7 déc. 1925, D.P. 1926.1.185.
- note sous Cass. Req. 9 juin 1928, D.P. 1928.1.153.
- note sous Arrêt *Méténier*, Cass. civ. 27 juill. 1937, D.P. 1938.1.8.
- note sous Arrêt *Oxygène Liquide*, Cass. Civ. 2^{ème} sect. Civ., 5 janv. 1956, JCP 1956.II.9095.
- note sous Cass. ch. réun. 9 mars 1960, D. 1960.329.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 9 mars 1962, D. 1962.625.
- note sous CA Paris, 27 juin 1967, D. 1968.180.
- obs. sous CA Colmar, 30 janv. 1970, RTD civ. 1970, p. 601.
- note sous Cass. crim. 30 oct. 1974, D. 1975.178.

SAVATIER (X.), rapp. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, D. 1999.267.

SAVAUX (E.)

- note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, *Defrénois* 2002.1608.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, *Defrénois* 2001, chr. jur. 37365, p. 705.

SCHMELCK, concl. sous Cass. Ch. mixte, 20 décembre 1968, D. 1969.37.

SERIAUX (A.), note sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997.121.

SERINET (Y.-M.), note sous Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, JCP n° 39, 26 sept. 2011, 1016.

SHULTZ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, LPA 27 juill. 2007, 13.

SIMLER, note, Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1991, JCP 1992.II.21923.

SINDRES (D.), note sous Cass. 3^{ème} civ. 21 sept. 2011, LPA, 06 déc. 2011, n° 242, p. 15.

SLIM (H.)

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, JCP E 2008.10074.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, JCP G. 2009.94.

SOURIOUX (J.-L.), note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, RDC 2005.1273.

STOFFEL-MUNCK (P.)

- obs. sous Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, JCP 2006.I. 115, n° 4.
- note sous Cass. Com. 10 juill. 2007, D. 2007.2839.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 26 oct. 2008, JCP 2007.II.10004.



STORCK (M.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 fév. 1984, JCP G.II.20442.

TERRE (F.)

- note sous Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, JCP 1991.II.21752.
- obs. sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, JCP 2005, n°17, p. 229.

THERY (P.), obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, RTD civ. 2005.176.

THOUVENIN (D.),

- note sous Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, D. 1991.417.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, D. 2001, 3470.

TOUFFAIT, concl. sous Arrêt des *Cafés Jacques Vabre*, Cass. Ch. Mixte 24 mai 1975, D. 1975.497, JCP 1975.II.18180 bis et Gaz. Pal. 1975.2.470.

TOURNAFOND (O.)

- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 29 janv. 1991, D. 1992. Somm. 201.
- obs. sous Arrêt *Baldus*, Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2000, D. 2002. Somm. 928.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, D. 2002, p. 930.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème} 15 nov. 2000, D. 2002 Somm. 928.

THUILLIER (B.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, JCP 1997, II, 22963.

TREBBULLE (F.-G.)

- obs. sous TGI Nanterre, 18 sept. 2008, RDI 2008.489.
- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, D. 2010.2474.
- obs. sous Affaire *Erika*, CA Paris, 30 mars 2010, D. 2010. 2468.
- obs. sous Arrêt *Erika*, Cass. Crim. 25 sept. 2012, D. 2012.2557.

TUNC (A.)

- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 9 mars 1962, RTD civ. 1962, 625.

VASSEUR (M.)

- note sous CA Riom, 14 mai 1980, D. 1981.336.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, JCP 1982.II.19713.
- note sous Cass. com. 14 oct. 1981, D. 1982.301.
- note sous CA Paris, 24 nov. 1981, D. 1982.296.
- obs. sous Cass. com. 22 mars 1982, D. 1982.I.R.498.



- note sous Cass. Com. 20 mai 1982, D. 1983. 365.

VIALLA

- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, JCP 2001.II.10452.

VIAL-PEDROLETTI (B.)

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ. 21 sept. 2011, *L'Essentiel, Droit de l'immobilier été urbanisme*, 1^{er} nov. 2011, n° 10, p. 7.

VIGNEAU (D.)

- note sous Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, D. 2004.3175.
- note sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, *Droit de la famille*, n° 2, févr. 2012, comm. 21.

VINEY (G.)

- note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 nov. 1975, JCP 1976.II.18479.
- note sous Cass. Ass. Pl. 17 nov. 1985, JCP 1986.II.20568.
- note sous Arrêt *Besse*, Cass. Ass. Pl. 12 juill. 1991, JCP G 1991.II.21743.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, JCP 1993.I.3727.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, JCP 1995.I.3893.
- note sous Cass. Ass. Pl. 10 nov. 1995, JCP 1996.II.22564.
- obs. sous Arrêt *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, JCP 1997.I.4002, n°177.
- note sous Arrêt *Bertrand*, Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 1997, JCP 1997.II.22848.
- note sous Arrêt *Samda*, Cass. civ. 2^{ème} 19 fév. 1997, JCP 1997.II.22848.
- obs. Sous Affaire *Perruche*, Cass. Civ., 26 mars 1996, JCP 1996.I. 3985.
- note sous Affaire *Guignols de l'info*, Cass. civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, JCP 1998.I.185.
- obs. sous Arrêt *Costedoat*, Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000, JCP 2000.I.241.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000 (2 arrêts), RTD civ. 2000.840.
- note sous Cass. civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, JCP 2000.I.280.
- obs. sous Arrêt *Guignols de l'info*, Cass. Ass. Pl. 12 juill. 2000, JCP 2000.I.280.
- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, JCP 2001.I.340.
- obs. sous Arrêt *Cousin*, Cass. Ass. Pl. 14 déc. 2001, JCP 2002.I.1124.
- obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, JCP 2004.I.101.
- obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, JCP 2005.I.149.
- note sous Arrêt *Boot shop*, Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006, D. 2006.2825.

VIRASSAMY



- note sous Cass. com. 9 nov. 1987, JCP 1989.II.21186.
- note sous Cass. com. 22 janv. 1991, JCP 1991.II.21679.
- note sous Arrêt *Huard*, Cass. com. 3 nov. 1992, JCP 1993.II.22614.

VOIRIN (P.)

- note sous Trib. corr. de la Seine, 12 févr. 1931, D.P. 1931.2.57.
- note sous Cass. Req. 29 mars 1938, D.P. 1939.1.5.

WEILLER (L.)

- note sous Arrêt *Césaro*, Cass. Ass. Pl. 7 juill. 2006, D. 2006, p. 2135.

WERTENSCHLAG (B.)

- note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996. 897, AJDI 1996, p. 704.

§ IV. JURISCLASSEURS, REPERTOIRES ET DICTIONNAIRES PERMANENTS

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, Lamy, 2003.

AMBROISE-CASTEROT (C.), « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, sept. 2012, mise à jour : janv. 2014, n°600.

ARNAUD (A.-J.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

BACH (L.), « Jurisprudence », *Répertoire de Droit civil*, septembre 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012).

BOUDOT (M.), « Apparence », *Répertoire de droit civil*, mai 2009, n° 55 et s. (dernière mise à jour : juin 2013).

BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (C.), « Responsabilité des commettants », *Répertoire de droit du travail*, juillet 1999, mise à jour : sept. 2011

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Puf, coll. « Quadrige », 10^{ème} éd., 2014.



CRISTAU (A.), « Rupture, licenciement pour motif personnel », *Répertoire de droit du travail*, janv. 2004, mise à jour : mars 2014

FOURNIER (A.), « Publicité foncière », *Répertoire de Droit civil*, févr. 2007, (dernière mise à jour, janv. 2014),

LATINA (M.), « Contrat (généralités) », in *Répertoire de droit civil*, déc. 2013, (dernière mise à jour : juin 2014).

LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, janv. 2009, (dernière mise à jour : mars 2014).

NAJJAR (I.), « Donation », *Répertoire de droit civil*, janv. 2008 (dernière mise à jour : janv. 2014).

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3^{ème} éd., 1992.

SERIAUX (A.), « Patrimoine », *Répertoire de droit civil*, « Patrimoine », janv. 2010 (dernière mise à jour : janv. 2013).

Répertoire général de législation et de jurisprudence, tome XXXII, 1903, à « Responsabilité civile », n°1445 et s., p. 941

Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, tome XXXVIII^{ème}, 1857, à l'entrée « propriété » ; v. aussi tome XXVII^{ème}, 1852, à l'entrée « industrie et commerce », p. 646 et s., spéc. n°210 et s. et tome XXXI^{ème}, à l'entrée « manufactures, fabriques et ateliers dangereux, insalubres ou incommodes », p. 1 et s., spéc. n°169 et s.

§ V. AUTRES RESSOURCES

Rapports du Conseil d'Etat, Rapport public 1991, n°43, spéc. De la sécurité juridique, p. 15 ; Rapport public 2006, n°57, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française.

Site de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n°32, « La procédure législative », publiée le 28 avril 2014 .



INDEX

A

Abus

- de droit, n° **85**, 174, 175, 239
- de fonction du préposé, n° 213, 221, 232

Accidents

- de la circulation, n° 119, 202, 208
- du travail, n° 202, 208

Adage traditionnel, n° 50, 142 et s.,

Aléa thérapeutique, n° 203

Aménagement prétorien, n° 3, 8, **207 et s.**

- *Intra legem*, 58 et s.
- *Praeter legem*, n° 63 et s., 176
- *Contra legem*, n° 63 et s., 164

Analogie, n° **26** et s.,

Apparence, n° **52-53**, 143-144, 174,

Appréciation des faits, n° **210 et s.**,

Arrêt de principe,

- Généralités n° **97 et s.**,
- Ambiguïté, n° 230

Association, n° **29-30**

Assurance-vie,

- validité, n° **32-33**
- caractère aléatoire, **151-152**

Astreinte, n° **68-69**

B

Bâtiment, n° 167

Bonne foi

- obligation de contracter de, n° **84**
- obligation générale de, n° **122**, 175

Bonnes mœurs, n° 148 et s., **153 et s.**

Bris de jurisprudence, n° 130, 256

C

Cause

- déformation de la, n° 36-37, n° 168
- Réelle et sérieuse du licenciement, n° 213, 221

Clause

- abusive, n° 15, **75**, 146, 209
- d'adhésion obligatoire à une association, n° **116**, 188, 192
- d'habitation personnelle, n° 189, 192

Clientèles civiles, n° **102**, 254-255

Cohabitation, n° **136**

Common law, n° 1, 6, 127, 206, 231, **237-238**, 253

Compensation judiciaire, n° 66, 170, 174

Compétence

- législative, n° 206,
- prétorienne, n° 195 et s., **205-206**

Complément prétorien, n° **57 et s.**,

Concubinage

- validité des libéralités, n° **154**,

- demande en réparation, n° 125, 153, **161-162**,

Condition potestative,

- mode d'appréciation de la, n° **62**,
- conditions purement et simplement, n° 175

Conseil d'Etat,

- méthodes du, n° 203, 237
- intervention du, n° 208

Contraintes juridiques (théorie des), n° **128-129**,

Convention d'exclusivité, n° **137**,

Correction, n° **41 et s.**,

Courtage matrimonial, n° **155**

Critique doctrinale, n° 130, 163 et s., n° 225 et s., 233, 256

D

Défaut de conformité, n° **39-40**,

Déplacement,

- du contrôle judiciaire, 62
- de la question de droit, n° **217**

Dérogation, n° 35 et s., n° 64 et s.,

Désuétude, n° 96,

Dignité de la personne humaine, n° **185-186**

Dol, n° **60-61**, 84, 216-217,

Donation, n° 200

Droit spontané, n° 2, 127,

Droits fondamentaux, n° **179 et s.**

Droit

- à la vie, n° **185-186**
- à la vie privée, n° **192**

- à la vie privée et familiale, n° **189**, 192
- à un procès équitable, n° **225 et s.**, **236**, 244, 251
- de propriété, n° 192

E

Effet relatif des conventions, n° 47, 126

Erreur

- condition du dol, n° 60-61, 216-217
- sur la cause, n° 37

Enrichissement sans cause, n° **21-22**, 81, 83, 167, 170, 178

Equité, n° **133 et s.**,

Error communis facit jus (v. apparence)

Etrangers (droits des), n° 77

Exception

- prétorienne, n° **42 et s.**, 88 et s.
- d'indignité, n° 143, 174, 177

Exégèse, n° 3, **11 et s.**,

F

Faits (v. appréciation des -)

Faute, n° 85, 89,

- appréciation de la, n° 216-217
- grave du salarié, n° 220
- inexcusable, n° **62**, n° 220
- virtuelle, n° 168

Fiction, n° 12 et s., 247

Force obligatoire du contrat, n° 122, 178 188

Formalisme, n° 200



Formation du contrat entre absents, n° 223-224

Fraude, n° **55-56**, 143-144, 174, 177

G

Garde

- juridique et matérielle, n° **139**, 214, 230
- de structure et de comportement, n° 95

Garantie à première demande, n° **111-112**,

Gestion d'affaires, n° **81**, 83, 165

Gouvernement des juges, n° 6, 173

Grandes créations prétorienne, n° 3, 239-240

Groupes de contrat, n° **126**

I

Imprévision (révision pour), n° 206

Indisponibilité du corps humain, n° **108-109**, 186

Induction, n° **19**

Infans (responsabilité de), n° **136**

Inflation, n° 217

Injustice, n° **132 et s.**

Insécurité juridique, n° **225 et s.**

Intérêt légitime juridiquement protégé, n° **125**, 153, 161, 202, 230

Interprétation, n° **10 et s.**

J

Juges du fond

- Résistance des, n° 130, 210, **217**, 233, 256

- Pouvoir souverain des, v. appréciation des faits

Jurisprudence,

- Histoire de la, n° **3 et s.**

L

Lacune législative, n° 34 et s., **57 et s.**

Liberté

- contractuelle, n° 122, 188
- d'association, n° 116, 188, 192
- d'expression, n° 183, 192
- de religion, n° 190, 193
- d'opinion, n° 182

M

Maternités de substitution, n° 5, **108-109**, 186

Maturation de la jurisprudence, n° 238 et s.

Maxime traditionnelle, (v. adage traditionnel)

Mécanisme correcteur, n° 41, **50 et s.**

Mention manuscrite de la caution, n° **14-15**, 76, **91**, 137, 229

Méthode

- de la jurisprudence, n° 194 et s.
- des « petits pas », n° **71 et s.**, 229, 249

Modération, (v. pouvoir modérateur)

Motivation des décisions de justice, n° 236, 257, 258

N

Nemo auditur, (v. exception d'indignité)

Notion prétorienne,

- formation, n° 79 et s., 99 et s.
- suppression, 97 et s., 120 et s.

O

Obiter dictum, n° 100, 275,

Obligation

- d'information, n° 216-217, 245
- de minimiser le dommage, n° **104-105**, 216-217
- de moyens et de résultat, n° **24-25**
- de sécurité, n° 3, 25
- *in solidum*, n° **65-66**, 82-83, 94, 123, 167, 239

Ordre public, n° 148 et s., **150 et s.**

- Matrimonial, n° 155
- Ecologique, n° 159

P

Pacte de préférence, n° **101**, 254-255

« Petits pas » (V. Méthode)

Personne morale, n° 77

Perte de chance, n° 217

Pilonnage d'arrêts, n° n° 5, **103 et s.**

Q

Quasi-contrat de fausse promesse d'un gain, n° 15, 146

Politique jurisprudentielle, n° **145 et s.**

Pouvoir modérateur, n° 41 et s., 200

Précédent (système du), n° 6, **231**

Préjudice écologique, n° **159**

Prêt

- à usage, n° 5, 118, **140**, 168
- consenti par un professionnel du crédit, n° **48-49**

Préteur romain, n° 6, 127, 207, 231

Principes généraux du droit, n° 4, 50, 142 et s.,

Principe

- de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité des lois, n° 225, **226**
- de concentration des moyens, n° 199
- d'immunité civile du préposé, n° **89**
- de non rétroactivité des lois, n° 225
- de précaution, n° **158**
- de responsabilité du fait d'autrui, n° **78**, 146
- de responsabilité du fait des choses, n° **17-18**, 146, 167, 202, 208, 239

Prix

- détermination du, n° **61**, **90**, 147
- vileté du, n° **36-37**

Processus, n° **70**

R

Rapport *Molfessis*, n° 236, 249, 257, 258

Règle prétorienne,

- formation, n° 73 et s., 99 et s.



- suppression, 87 et s., 114 et s.
- contraignante, n° **215 et s.**
- descriptive, n° 214
- encombrante, 212 et s.
- périphérique, n° 218 et s.

Rente viagère, n° 37

Résistance,

- générale, n° 132, 256
- des juges du fond (v. juges du fond).

Résolution aux risques et périls du créancier, n° **45-46**, 171

Rétention (droit de), n° 174

Revirement de jurisprudence,

- généralités, n° 6, 86 et s., 113 et s., **231 et s., 242 et s.**

- circulaire, n° 5, 233
- prospectif, n° 250 et s.

Rétroactivité des revirements, n° 6, 231, **241 et s.**

Risque (notion de), n° 170

S

Séparation des pouvoirs.....n° **1**

Solidarité, n° **82-83**, 94, 123, 167

Stipulation pour autrui, n° **32-33**

T

Transaction, n° 200

Transport bénévole, n° 118, **147**

Trouble anormal du voisinage, n° **174**, 239



INDEX DES GRANDS ARRÊTS

1870

T.C., 8 févr. 1873 (Arrêt *Blanco*), n° 3,

Cass. civ. 6 mars 1876 (Arrêt canal de *Craponne*), n° 206

1880

Cass. civ. 16 janv. 1888, n° **32-33**.

1890

Cass. Req. 16 juin 1892 (Arrêt *Patureau-Miran*), n° 3, n° **21-22**, 81, 83, 170

Cass. civ. 11 juill. 1892, (Arrêt *Compagnie générale Transatlantique*), n° 3, 65, **82**, 123

Cass. civ. 16 juin 1896 (Arrêt *Teffaine*), n° 17, 167, 208

Cass. civ. 26 janv. 1897 (Arrêt *De la Boussinière*), n° 52-53,

1910

Cass. civ. 12 mai 1914, n° 178

Cass. civ. 2 mars 1915, n° 178

Cass. civ. 21 nov. 1911, n° 3,

Cass. Req. 3 août 1915 (Arrêt *Clément-Bayard*), n° 3, **85**, 239

1920

Cass. civ. 27 mars 1928, n° 147,

1930

Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, (Arrêt *Jand'heur*) n° 3, **17**, 146, 170, 206, 239

Cass. req. 21 mars 1932, n° **224-225**

Cass. civ. 20 mai 1936, (Arrêt *Mercier*), n° 3, **24**.

Cass. civ. 27 juill. 1937 (Arrêt *Méténier*), n° 125,

Cass. civ. 4 déc. 1939, n° 65, 83, 123, 239



1940

Cass. ch. réun. 2 déc. 1941 (Arrêt *Franck*), n° **139**, 170, 214, 230

1950

Cass. 1^{ère} sect. civ., 27 févr. 1951 (Arrêt *Branly*), n° **182**

Cass. sect. com. 19 juin 1951 (Arrêt *Lamoricière*), n° 94,

Cass. 2^{ème} sect. civ. 28 janv. 1954, n° 77

Cass. civ. 2^{ème} sect. civ., 5 janv. 1956 (Arrêt *Oxygène Liquide*), n° 96

1960

Cass. 1^{ère} sect. civ., 22 mai 1962, n° 174.

Cass. Ass. Pl. 13 déc. 1962, n° 52

Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, n° 170, 174

Cass. ch. mixte, 20 décembre 1968, n° 118, 147

1970

Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 (Arrêt *Dangereux*), n° **125**, 153, 161,

Cass. ch. mixte 24 mai 1975 (Arrêt des *Cafés Jacques Vabre*), n° 4

Cass. Ass. Pl. 10 juin 1977, n° 5, 213, 232

1980

Cass. com. 7 janv. 1981, n° 224

Cass. com. 20 mai 1982, n° **111-112**,

Cass. civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982 (Arrêt *Desmares*), n° 4, **119**, 139, 202, 208, 230,

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, n° 5, **39-40**,

Cass. Ass. Pl. 17 juin 1983, n° 5, 213, 232

Cass. Ass. Pl. 9 mai 1984, n° **136**,

Cass. Ass. Pl. 17 nov. 1985, n° 5, 213, 232

Cass. civ. 2^{ème} 19 nov. 1986, n° 239

Cass. soc. 21 janv. 1987, n° 213

Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 1987, n° 118,

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, n°5, **14-15**, **76**,



Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, n° 5, 213, 232

1990

Cass. Ass. Pl. 29 mars 1991 (Arrêt *Blieck*), n° **78**, 146
Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 5, **75**, 146, 209
Cass. Ass. Pl. 31 mai 1991, n° 5, **108-109**, 186
Cass. Ass. Pl. 12 juillet 1991 (Arrêt *Besse*), n° **126**,
Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994 (arrêts *Alcatel*), n° 90,
Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, n° **78**, 146
Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1995 (dol), n° **60-61**,
Cass. Ass. Pl. 1^{er} déc. 1995, n° 5, 61, 90, 147,
Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 189
Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n° 168
Cass. com. 22 oct. 1996 (Arrêt *Chronopost*), n° **168**
Cass. civ. 19 nov. 1996 (Arrêt *Leininger*), n° 5, 118, **140**, 168, 233
Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 1997 (Arrêt *Samda*), n° **136**
Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, (Arrêt *Tocqueville*), n° 5, **45-46**, 171,

2000

Cass. Ass. Pl. 25 fév. 2000 (Arrêt *Costedoat*), n° **89**
Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 6, **244**
Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° **48-49**,
Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000 (Arrêt *Baldus*), n° 216-217
Cass. Ass. Pl. 12 juill. 2000, n° **183**
Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000 (Arrêt *Leroux*), n° **151-152**,
Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° **102**, 254-255,
Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, n° **203**
Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000 (Arrêt *Perruche*), n° 6, **185-186**
Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001, n° **216-217**
Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n° 6, 245.
Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, n° **61**,
Cass. Ass. Pl. 14 déc. 2001 (Arrêt *Cousin*), n° **89**,



Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 6, 16, 146
Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002 (arrêt dit du *Digicode*), n° 190
Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, n° 116, 188,
Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, n° **104-105**, 216-217,
Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, n° 5, 118, 168, 233
Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004, n° 6, **154**,
Cass. ch. Mixte, 23 nov. 2004, n° **152**
Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° **122**,
Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n° **29-30**,
Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° **101**, 254-255
Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006 (Arrêt dit des *Cabannes*), n° 193
Cass. Ass. Pl. 7 juill. 2006 (Arrêt *Cesaro*), n° 199
Cass. Ass. Pl. 6 oct. 2006 (arrêt *Bootshop*), n° **216-217**
Cass. com. 10 juill. 2007, n° **122**,

2010

Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, n° **158**
Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2010, n° 192
Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, n° 224.
Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, n° **36-37**,
CEDH, décis., 30 août 2011 (*Boumaraf*), n° **236**, 257, 258
Cass. civ., 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° **155**
Cass. civ. 3^{ème}, 23 nov. 2011, n° **116**, 192
Cass. crim. 25 sept. 2012 (Arrêt *Erika*), n° **1**



TABLE DES MATIERES

<i>Introduction</i>	1
---------------------------	---

PREMIERE PARTIE

LES POUVOIRS DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

TITRE 1. LE POUVOIR DES INSTRUMENTS PRETORIENS	19
---	----

CHAPITRE 1. L'interprétation prétorienne	20
---	----

<i>Section 1. L'exégèse prétorienne</i>	21
---	----

§I. La transformation d'un principe légal.....	22
--	----

A. L'exégèse modificatrice.....	23
---------------------------------	----

B. L'exégèse créatrice.....	26
-----------------------------	----

§II. La transformation de l'œuvre législative.....	31
--	----

A. L'exégèse rénovatrice.....	31
-------------------------------	----

B. L'exégèse réorganisatrice.....	35
-----------------------------------	----

<i>Section 2. L'analogie prétorienne</i>	39
--	----

§I. La déformation d'un principe légal.....	40
---	----

A. L'analogie forcée.....	40
---------------------------	----

B. L'analogie prohibée.....	44
-----------------------------	----

§II. La déformation de l'œuvre législative.....	47
---	----

A. L'analogie dérogatoire.....	48
--------------------------------	----

B. L'analogie « abrogatoire ».....	51
------------------------------------	----

CHAPITRE 2. La correction prétorienne	57
--	----

<i>Section 1. L'exception prétorienne</i>	58
---	----

§I. Le renversement d'un principe légal.....	59
--	----



A. L'exception concurrente.....	59
B. L'exception subversive.....	63
§II. Le renversement de l'œuvre législative.....	67
A. L'exception générale.....	68
B. L'exception polyvalente.....	72
Section 2. Le complément prétorien.....	76
§I. La neutralisation d'un principe légal.....	76
A. Le complément réducteur.....	77
B. Le complément désactivateur.....	80
§II. La neutralisation de l'œuvre législative.....	85
A. Le complément dérogatoire.....	85
B. Le complément transgressif.....	89
TITRE 2. LE POUVOIR DES PROCESSUS PRETORIENS.....	93
CHAPITRE 1. Les arrêts successifs.....	95
Section 1. Les « petits pas » en avant.....	96
§I. La formation progressive d'une règle prétorienne.....	97
A. La création progressive.....	97
B. La généralisation progressive.....	100
§II. La formation progressive d'une notion prétorienne.....	104
A. Le développement progressif.....	104
B. Le détachement progressif.....	109
Section 2. Les « petits pas » en arrière.....	114
§I. Le reflux progressif d'une règle prétorienne.....	114
A. La réduction progressive.....	115
B. La suppression progressive.....	119
§II. Le reflux progressif d'une notion prétorienne.....	121
A. Le rattachement progressif.....	122
B. L'anéantissement progressif.....	125



CHAPITRE 2. L'arrêt de principe	128
<i>Section 1. Le « grand bond » en avant</i>	129
§I. La formation accélérée d'une règle prétorienne.....	129
A. La création immédiate.....	130
B. La généralisation immédiate.....	134
§II. La formation accélérée d'une notion prétorienne.....	137
A. Le développement immédiat	137
B. Le détachement immédiat.....	141
<i>Section 2. Le « grand bond » en arrière</i>	144
§I. Le reflux accéléré d'une règle prétorienne.....	145
A. La réduction immédiate.....	145
B. La suppression immédiate.....	148
§II. Le reflux accéléré d'une notion prétorienne.....	150
A. Le rattachement immédiat	151
B. L'anéantissement immédiat.....	154
<i>Conclusion de la première partie</i>	158

DEUXIEME PARTIE

LES LIMITES DE L'AMENAGEMENT PRETORIEN

TITRE 1. LES LIMITES SUBSTANTIELLES	161
CHAPITRE 1. L'injustice de l'aménagement prétorien	164
<i>Section 1. L'aménagement prétorien inéquitable</i>	165
§I. Le rejet de l'aménagement inéquitable.....	165
A. La surprotection de la partie faible.....	166
B. Le sacrifice de la partie forte.....	171
§II. La réception de l'aménagement équitable.....	175
A. Les maximes traditionnelles d'équité.....	176



B. Les politiques jurisprudentielles d'équité.....	179
Section 2. L'aménagement prétorien incivique.....	184
§I. Le rejet de l'aménagement incivique.....	185
A. L'aménagement contraire à l'ordre public.....	185
B. L'aménagement contraire aux bonnes mœurs.....	188
§II. La réception de l'aménagement civique.....	193
A. L'aménagement protecteur de l'ordre public.....	193
B. L'aménagement conciliable avec les bonnes mœurs.....	196
CHAPITRE 2. L'incompatibilité de l'aménagement prétorien.....	200
Section 1. L'aménagement prétorien contraire à la loi.....	200
§I. Le rejet de l'aménagement contraire à la loi.....	202
A. La dénaturation des notions légales.....	202
B. Le renversement des principes légaux.....	206
§II. La réception de l'aménagement compatible avec la loi.....	209
A. Le régime juridique de l'aménagement.....	209
B. Le caractère subsidiaire de l'aménagement.....	214
Section 2. L'aménagement prétorien contraire aux droits fondamentaux.....	218
§I. Le rejet de l'aménagement contraire aux droits fondamentaux.....	218
A. L'atteinte réelle aux droits fondamentaux.....	219
B. L'atteinte superficielle aux droits fondamentaux.....	223
§II. La réception de l'aménagement protecteur des droits fondamentaux.....	227
A. La force du recours aux droits fondamentaux.....	227
B. La mesure du recours aux droits fondamentaux.....	230
TITRE 2. LES LIMITES METHODOLOGIQUES.....	235
CHAPITRE 1. L'incompétence de la jurisprudence.....	236
Section 1. L'empiètement sur le domaine de la loi.....	237
§I. Le rejet des réformes prétoriennes.....	237



A. L'établissement d'un formalisme.....	238
B. La création d'un régime spécial.....	242
§II. La réception des accessoires prétoriens.....	246
A. Le rôle du juge.....	246
B. Le rôle du législateur.....	250
Section 2. L'empiètement sur le domaine des faits.....	253
§I. Le rejet des règlementations prétoriennes.....	254
A. Les règles encombrantes.....	254
B. Les règles contraignantes.....	259
§II. La réception des critères prétoriens.....	264
A. Le rôle de la Cour de cassation.....	264
B. Le rôle des juges du fond.....	267
CHAPITRE 2. L'insécurité de la jurisprudence.....	271
Section 1. L'incertitude de la jurisprudence.....	272
§I. Le rejet de l'aménagement incertain.....	272
A. L'ambiguïté cultivée.....	273
B. L'instabilité favorisée.....	277
§II. La réception de l'aménagement fiable.....	282
A. La motivation des revirements de jurisprudence.....	282
B. La maturation des créations prétoriennes.....	286
Section 2. La rétroactivité de la jurisprudence.....	290
§I. Le rejet de l'aménagement rétroactif.....	291
A. La rétroactivité répétée.....	291
B. La rétroactivité élargie.....	295
§II. La réception de l'aménagement prospectif.....	299
A. La rétroactivité refusée.....	299
B. La rétroactivité évitée.....	303
Conclusion de la deuxième partie.....	307



<i>Conclusion générale</i>	309
<i>Remerciements</i>	313
<i>Bibliographie</i>	315
<i>Index</i>	377
<i>Index des grands arrêts</i>	382
<i>Table de matières</i>	384